

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

2023/1

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: 727.000.23/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

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

2023/1

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

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

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

April/avril/aprile 2023

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	Surveillance 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.

A	Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Rapporti d'attività	
A 1	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2022 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2022 de la Commission de la concurrence (COMCO)	22
	3. Rapporto annuale 2022 della Commissione della concorrenza (COMCO)	44
	4. Annual Report 2022 of the Competition Commission	64
B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. [Elektroprodukte]	84
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Zusammenarbeit im TV-Bereich	96
	2. SIA – Value App	100
	3. Rangierbares Glasfasernetz	106
	4. Rangierbares Glasfasernetz II	110
	5. Datenplattform in der Sportindustrie	113
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. DSM Venturing/Fonterra (Europe)/JV	122
	2. Stellantis/Hon Hai/JV	124
	3. Invision AG/Careanesth AG	126
	4. Airbus/Safran/TAC/Aubert & Duval	129
	5. BMF/Uniper SE	131
	6. Valora Schweiz AG/Unternehmensteil der Volare-Gruppe	134
	7. Sems/Conforama	154
	8. CINVEN/OTPP/Dogado GmbH	157
	9. Remgro/SAS Shipping Agencies Services/Mediclinic	160
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Arrêt du 16 février 2023 – relative à l'inobservation de l'obligation de renseigner (art. 52 LCart)	163
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Arrêt du 30 novembre 2022 – Adjudication d'une concession exclusive d'affichage, recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 19 octobre 2021	174
	2. Arrêt du 3 mars 2022 Les Editions Flammarion SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français	183
	3. Arrêt du 8 décembre 2022 Interforum Suisse SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français	199
	4. Arrêt du 8 décembre 2022 Servidis SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français	217
	5. Arrêt du 8 décembre 2022 Diffusion Transat SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français	229

6.	Urteil vom 2. November 2022 – Netzbaustrategie - Anordnung vorsorglicher Massnahmen, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 30. September 2021 (B-161/2021)	243
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone die Grigioni del 6 dicembre 2022 concernente appalto	252
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	258
	Index (deutsch, français e italiano)	260

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2022 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	--

Inhaltsverzeichnis

1	Das Jahr 2022 im Überblick	2	8	Spezialthema 2022: Anwendung des Kartellgesetzes in Krisenzeiten	16
2	Über die WEKO und das Sekretariat	2			
3	Wichtigste Entscheide 2022	3	8.1	Sicherstellung der Winterversorgung mit Gas	17
3.1	Entscheide der WEKO	3	8.2	Hohe Preise für fossile Brennstoffe	17
3.2	Urteile der Gerichte	4	8.3	Covid-Selbsttests	20
4	Tätigkeiten	7	8.4	Fazit	21
4.1	Tätigkeiten in verschiedenen Märkten	7	9	Anhang: Mitglieder der Kommission und der Geschäftsleitung des Sekretariates	21
4.1.1	Automobilsektor	7			
4.1.2	Bauwirtschaft	7			
4.1.3	Digitale Dienstleistungen	8			
4.1.4	Energie	8			
4.1.5	Finanzmärkte	9			
4.1.6	Freiberufliche Dienstleistungen (Wartungs- und Reparaturdienste)	9			
4.1.7	Gesundheitswesen	10			
4.1.8	Landwirtschaft	10			
4.1.9	Medien (Kinowerbung und Bücher)	10			
4.1.10	Post	11			
4.1.11	Sport	11			
4.1.12	Telekommunikation	11			
4.1.13	Uhren	11			
4.1.14	Weitere Tätigkeiten	11			
a.	Relative Marktmacht	11			
b.	Vertikale Preisabreden und Marktabschottungen	12			
c.	Internationale Einkaufskooperation	12			
4.2	Binnenmarkt	12			
5	Internationales	13			
6	Gesetzgebung	13			
7	Statistik	14			

1 Das Jahr 2022 im Überblick

Die Wettbewerbskommission (WEKO) und ihr Sekretariat haben auch dieses Jahr mehrere hundert Meldungen und Anzeigen von Bürgerinnen und Bürgern, der öffentlichen Hand, Unternehmen, Verbänden etc. erhalten und geprüft. Diese Meldungen und Anzeigen betrafen verschiedenste Märkte und mündeten in rund 75 neuen kleineren und grösseren **Verfahren** sowie **Beratungen**. Betroffen waren etwa der Automobilsektor, die Bauwirtschaft, der Energiebereich, die Finanzmärkte, der Glasfaserausbau, die Post, der Pharmasektor und der Uhrenbereich.

Die WEKO fällt verschiedene **Entscheide**, so auch jenen zu den Abreden der Tessiner Autohändlerinnen (Concessionari VW). Ausserdem verabschiedete die WEKO die überarbeitete Vertikalbekanntmachung, an der sich die Unternehmen bei der kartellrechtskonformen Ausgestaltung von Vereinbarungen mit Unternehmen anderer Marktstufen, z.B. Lieferanten oder Abnehmern, orientieren können. WEKO-Entscheide werden regelmässig vor den Rechtsmittelinstanzen angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) und das Bundesgericht (BGer) haben dieses Jahr eine Reihe von Urteilen gefällt. Das BGer hat beispielsweise die vorsorglichen Massnahmen der WEKO beim Glasfaserausbau der Swisscom bestätigt und das BVGer den marktöffnenden Entscheid zu Live-Übertragungsrechten für Fussball- und Eishockeyspiele im Pay-TV.

Auf den 1. Januar 2022 traten die neuen Bestimmungen zur **relativen Marktmacht** in Kraft. Sie gehen auf die Fair-Preis-Initiative zurück und dienen speziell der Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz. Der im Parlament diskutierte grosse Ansturm mit Anzeigen ist zwar ausgeblieben. Jedoch führten zwei Anzeigen zur Eröffnung von ersten *Untersuchungen*. Eine betrifft den Pharmabereich, die andere den Bereich Bücher in der Romandie. Die WEKO möchte so rasch wie möglich zur Rechtssicherheit beitragen und Regeln schaffen, die klar und einheitlich sind.

Der Bundesrat führte die **Teilrevision des Kartellgesetzes** weiter. Auch die WEKO äusserte sich zu den vorgeschlagenen Anpassungen im Gesetzesentwurf. Sie befürwortet die zentralen Punkte der bundesrätlichen Vorlage wie die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, die Stärkung des Kartellzivilrechts und die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Hingegen lehnt sie die Umsetzung von parlamentarischen Vorstössen ab, welche teilweise auf unzutreffenden Prämissen beruhen, die Verfahren erschweren und das Kartellrecht schwächen. Die Schweiz braucht ein schlagkräftiges Kartellgesetz mit klaren Regeln, um schädliche Verhaltensweisen effektiv bekämpfen zu können.

Nachdem SARS-CoV-2 Gesellschaft, Politik und Wirtschaft über die letzten Jahre forderte, führte die Kriegssituation in der Ukraine zu Anspannungen und Unsicherheiten. In diesen **Krisenzeiten** stellen sich auch kartellrechtliche Fragen. Aus Sicht der Schweiz stehen die Winterversorgung mit Gas und die hohen Preise für fossile Brennstoffe im Vordergrund. Die WEKO sprach sich für eine gemeinsame Überwindung der Krisensituation im Gasbereich aus, setzte sich jedoch gleichzeitig gegen

Missbräuche ein. Die hohen Preise für fossile Brennstoffe führten zu vielen Meldungen aus der Bevölkerung. Das Sekretariat der WEKO analysierte die preiserhöhenden Faktoren und fand keine Hinweise auf Abreden. Zudem klärte die WEKO im Zusammenhang mit Covid-Selbsttests Hinweise auf Preisabreden ab. Die WEKO profitierte in der Krisenzeit von dem Wissen, das sie sich in der Vergangenheit angeeignet hat. Die Aktivitäten in den Bereichen Gas, Brennstoffe und Covid-Selbsttests bilden das Spezialthema des Jahresberichtes 2022.

2 Über die WEKO und das Sekretariat

Was wäre das Resultat des Ironmans in Rapperswil-Jona wert, wenn vor dem Wettkampf die Gewinnerin und der Gewinner bestimmt würden? Was wäre, falls die Schwinger an der Brünigschwinget untereinander den Festsieger absprechen würden? Was wäre der Asconalocarno Run, falls die Läuferinnen und Läufer untereinander vor dem Rennen das Podium abmachen? Es wären keine echten Wettkämpfe und Bestresultate würden ausbleiben. So ist es auch im Wirtschaftsleben. Unternehmen, die durch unzulässige Abreden über Preise oder die Qualität von Produkten und Dienstleistungen den Wettbewerb einschränken oder ausschalten, erbringen keine Bestleistungen. Absprachen wirken sich negativ auf die «Resultate» bzw. das Preis-Leistungsverhältnis von Gütern und Dienstleistungen aus. Zur Bekämpfung solcher Machenschaften und zur Förderung des Wettbewerbs hat das Parlament das **Kartell- und Binnenmarktgesetz** verabschiedet. Den Willen des Gesetzgebers setzen die WEKO und ihr Sekretariat seit über 25 Jahren um. Sie bekämpfen Abreden und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, prüfen grosse Zusammenschlüsse (Fusionen) und sorgen dafür, dass Unternehmen und Selbstständige nicht durch kantonale Vorschriften behindert werden. Sie beraten Unternehmen, verfassen Gutachten an verschiedene Bundesämter und Zivilgerichte und prüfen zudem auf Bundesebene Gesetze auf deren Wettbewerbswirkungen hin.

Die **WEKO** (Entscheidinstanz) ist eine Milizbehörde und besteht derzeit aus zwölf vom Bundesrat gewählten Mitgliedern, u.a. Rechts- und Ökonomieprofessorinnen und -professoren, Anwältinnen sowie Vertreterinnen und Vertretern der grossen Wirtschaftsverbände und Konsumentenorganisationen (zu den Mitgliedern siehe Anhang). Die WEKO kommt alle zwei bis vier Wochen zusammen und trifft die wichtigen Entscheide inkl. Bussen auf Antrag des Sekretariates. Sie führte 2022 zwölf ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch.

Der WEKO steht ein vollamtliches **Sekretariat** (Untersuchungsinstanz) zur Verfügung. Dieses führt die kartellrechtlichen Verfahren durch, bereitet die Entscheidungen der WEKO vor und ist Ansprechstelle für Unternehmen, Private und Behörden in wettbewerbsrechtlichen Fragen. Es besteht aus vier Diensten (Abteilungen), dem Fachbereich Binnenmarkt und einem Dienst Ressourcen (zu den Mitgliedern der Geschäftsleitung siehe Anhang). Das Sekretariat beschäftigte Ende 2022 76 (Vorjahr 76) Personen (ohne Praktikantinnen und Praktikanten), mehrheitlich Juristinnen und Juristen sowie Ökonominen und Ökonomen. Der Anteil Frauen betrug 44,7 (Vor-

jahr 44,7) Prozent. Die 76 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitlich und besetzen insgesamt 65,3 (Vorjahr 65,2) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung), beträgt 57 (Vorjahr 57), was 50,7 Vollzeitstellen (Vorjahr 50,6) entspricht. 19 (Vorjahr 19) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten der Behörde; dies entspricht 14,6 (Vorjahr 14,6) Vollzeitstellen (diese Mitarbeitenden nehmen auch Querschnittsaufgaben für das Bundesamt für Wohnungswesen, BWO, und Bundesamt für die wirtschaftliche Landesversorgung, BWL, wahr). Das Sekretariat bietet zudem vier (Vorjahr vier) Vollzeitstellen für Praktikantinnen und Praktikanten an.

Ende 2022 endete die Präsidentschaft von **Andreas Heinemann**. Er trat der WEKO 2011 bei, war ab 2012 Vizepräsident und ab 2018 Präsident. Andreas Heinemann ist seit 2007 Professor für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und ständiger Gastprofessor an der Universität Lausanne. Er verfügt über eine Ausbildung in Recht, Ökonomie und Verwaltungswissenschaften. Mit seiner langjährigen Tätigkeit in Lehre und Forschung im In- und Ausland ist Andreas Heinemann ein anerkannter Experte für schweizerisches, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht mit besonderen Schwerpunkten in den Bereichen Kartell- und Immaterialgüterrecht.

Andreas Heinemann verstand es ausgezeichnet, seine umfangreichen Fachkenntnisse konstruktiv und fruchttragend in die Arbeit der WEKO einzubringen. Seine Expertise des europäischen und des deutschen Kartellrechts war in der Anwendung der schweizerischen kartellrechtlichen Regeln äusserst hilfreich. Neuen Fragestellungen wie beispielsweise «Digitalisierung und Kartellrecht» oder dem Zusammenhang zwischen Nachhaltigkeit und Kartellrecht hat er besondere Aufmerksamkeit geschenkt und dafür gesorgt, dass die Wettbewerbsbehörde stets auf dem neusten Stand der Diskussion war, die er als Wissenschaftler auch massgeblich selbst mitgeprägt hat.

Ein grosses Augenmerk von Andreas Heinemann galt der Stellung der Schweizer Wettbewerbsbehörden in internationalen Gremien. So war er aktiv tätig im International Competition Network ICN, in der Gruppe der International Government Experts in Competition Law der UNCTAD sowie im Competition Committee der OECD. In Letzterem wurde er 2019 ins leitende Gremium (Bureau) gewählt und hat dort Akzente bei der Wahl der zu behandelnden Themen gesetzt. Ein besonderes Anliegen waren ihm die Beziehungen zu den Wettbewerbsbehörden der deutschsprachigen Nachbarländer Deutschland, Österreich und Liechtenstein. Jeweils einmal pro Jahr treffen sich die Behörden dieser vier Länder unter der Bezeichnung DACHLIE und pflegen einen intensiven und vertrauensvollen Austausch. Andreas Heinemann konnte in diesem Rahmen Freundschaften aufbauen und pflegen, die weit über sein Amtsende hinaus Bestand haben werden.

Eine zu betonende Charaktereigenschaft von Andreas Heinemann hat seine Amtszeit geprägt und wird noch lange Spuren in der Wettbewerbsbehörde hinterlassen:

Er hat den Mitgliedern der WEKO und allen Mitarbeitenden des Sekretariats, von der obersten Leitung bis zu den Personen im Hintergrund, eine enorme Wertschätzung entgegengebracht. Er hat es verstanden, allen Personen mit grosser Höflichkeit zu begegnen und bei seinen Rückmeldungen auf Vorschläge und Anträge immer zuerst das Gute hervorzuheben. Kritische Rückmeldungen hat er mit Bedacht und Rücksicht auf die Person formuliert und Korrekturen auf eine Art eingebracht, die immer mit positiven Assoziationen verknüpft war.

Andreas Heinemann war über die gesamten zwölf Jahre ein äusserst engagiertes Kommissionsmitglied, das viele Entscheide der WEKO prägte. Er führte die Kommission als Präsident mit grossem Fingerspitzengefühl, umsichtig und demokratisch. Andreas Heinemann war der WEKO eine Säule, ein Botschafter im In- und Ausland und treuer Gefährte. Er wird der WEKO und dem Sekretariat fehlen. Ihm gilt ein sehr grosser Dank für die geleistete Arbeit und den enormen Einsatz!

3 Wichtigste Entscheide 2022

3.1 Entscheide der WEKO

Die WEKO hat am 12. Dezember 2022 die Überarbeitung ihrer **Vertikalbekanntmachung** zu Vereinbarungen von Unternehmen abgeschlossen. Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, z.B. zwischen Herstellern und Händlern, sind an der Tagesordnung. Solche Vereinbarungen erhöhen in der Regel die Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette. Gewisse Vereinbarungen wie Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Marktes sind jedoch grundsätzlich unzulässig. Die EU hat ihre Regeln (Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung inkl. Vertikalleitlinien) modernisiert und per 1. Juni 2022 in Kraft gesetzt. Die WEKO hat in der Folge ihre Bekanntmachung überarbeitet und sichergestellt, dass weiterhin grundsätzlich die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der EU. Zudem berücksichtigte sie die jüngste schweizerische Rechtsprechung und Fallpraxis. Dazu gehört auch der Leitentscheid des Bundesgerichts («Hors-Liste-Medikamente») über Preisempfehlungen. Vor der Revision führte die WEKO eine öffentliche Vernehmlassung durch. Die vorgeschlagenen Anpassungen wurden weitgehend begrüsst, insbesondere die starke Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht. Die Bekanntmachung trat am 1. Januar 2023 in Kraft. Die Unternehmen haben ein Jahr Zeit, ihren Vertrieb an die neuen Regeln anzupassen.

Am 31. Oktober 2022 hat die WEKO die letzten zwei offenen **Einsichtsgesuche** behandelt, die im Nachgang zu den zehn Entscheiden über Submissionsabreden im Kanton Graubünden gestellt wurden. Nebst diesen hat die WEKO in der Vergangenheit weitere Einsichtsgesuche zu Verfügungen über Submissionsabreden behandelt (Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau und im Kanton Zürich, Bauleistungen See-Gaster). Die Behandlung von Einsichtsgesuchen war mit hohem Personalaufwand verbunden, da jeweils sämtliche Akten mit oftmals tausenden von Seiten auf eine mögliche Herausgabe zu prüfen waren. Aus all den Einsichtsgesuchen und diesbezüglichen Entscheiden der WEKO und der Gerichte sind zwei Punkte hervorzuheben: Zum einen

folgte das BGer der Ansicht der WEKO, wonach Beschaffungsstellen zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen und/oder vergaberechtlichen Massnahmen noch vor dem Abschluss der Rechtsmittelverfahren gegen eine WEKO-Sanktionsverfügung Einsicht in eine Version der Sanktionsverfügung, in der einzelne Bauprojekte offengelegt werden, und die entsprechenden Akten erhalten können. Zum anderen setzte sich der Grundsatz durch, dass Selbstanzeigerinnen bei der Behandlung von Einsichtsgesuchen nicht schlechter (aber auch nicht besser) zu stellen sind als Unternehmen, die keine Selbstanzeige eingereicht hatten. Selbstanzeigerinnen haben uneingeschränkt mit der WEKO zu kooperieren und zeigen in der Folge auf, an welchen Submissionsabreden sie beteiligt waren. Deshalb gibt die WEKO keine Einsicht in Dokumente und von Abreden betroffene Beschaffungsprojekte, die sie erst mit Hilfe der Selbstanzeigerinnen erhalten, verstehen und feststellen konnte. Andernfalls würde das Institut der Selbstanzeige untergraben.

Anfang 2021 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen **Mastercard** wegen einer möglichen Behinderung des National Cash Scheme (NCS) von SIX und erliess gleichzeitig vorsorgliche Massnahmen. Die WEKO schuf mit den vorsorglichen Massnahmen für Banken die Möglichkeit, bereits während der laufenden Untersuchung Mastercard-Debitkarten herauszugeben, welche rein technisch in der Lage gewesen wären, NCS-Transaktionen zu verarbeiten. Zu diesem Zweck hätte das NCS-System neben dem Mastercard-System auf den Karten aufgebracht werden dürfen (sogenanntes «Co-Badging»), das NCS-System hätte aber noch nicht aktiv genutzt werden können. Zwischenzeitlich hat sich gezeigt, dass die Karten herausgebenden Banken diese Möglichkeit nicht nutzten. SIX hat daher den Markteintritt von NCS bis zum Abschluss der Untersuchung verschoben. Damit entfiel die Grundlage für die vorsorglichen Massnahmen, weshalb die WEKO diese am 22. August 2022 aufhob (aufgrund einer Beschwerde von Mastercard waren die vorsorglichen Massnahmen bis zum Entscheidzeitpunkt nicht rechtskräftig). Davon unabhängig wird die Untersuchung weitergeführt.

Swissgenetics kam ihrer Meldepflicht bei der *Übernahme* von New Generation Genetics im Bereich Stiersamen nicht nach. Deshalb büsste die WEKO Swissgenetics am 27. Juni 2022 mit 50'000 Franken. Die WEKO passte ihre **Sanktionsbemessungspraxis** insofern an, als dass sie neu darauf verzichtet, den Basisbetrag auf 0,1 Promille des Jahresumsatzes des fehlbaren Unternehmens anzusetzen. Dieses Kriterium ist nicht geeignet, um die kartellrechtliche Meldepflicht von Zusammenschlüssen sicherzustellen.

Im Juni 2018 eröffnete die WEKO die Untersuchung **Concessionari VW**. Im Ergebnis entschied sie am 23. Mai 2022, dass sich sieben Händlerinnen von Fahrzeugen der VW-Marken im Kanton Tessin unzulässig verhalten haben und büsste diese dafür mit insgesamt rund 44 Mio. Franken. Die Händlerinnen bildeten von 2006 bis 2018 ein unzulässiges Kartell beim Verkauf von Neufahrzeugen an Private und die öffentliche Hand. Es war ihr Ziel, den Wettbewerb unter den Autohändlerinnen zu verringern und die Verkaufspreise von Neufahrzeugen für Private und die öffentliche Hand auf einem

überhöhten Niveau zu halten. Die Autohändlerinnen sprachen sämtliche Verkaufsaktivitäten im Tessin ab: Sie trafen Abreden über Submissionen der öffentlichen Hand, einigten sich auf eine Preispolitik (z.B. Rabatte, Aktionen und Rücknahmepreise) beim Verkauf von Neuwagen an Private und teilten sich den Kanton Tessin in Tätigkeitsgebiete auf. Fünf Unternehmen erklärten sich zu einer einvernehmlichen Regelung des Verhaltens bereit. Zwei Händlerinnen haben beim BVGer Beschwerde eingereicht. Für die anderen fünf Händlerinnen ist der Entscheid rechtskräftig.

3.2 Urteile der Gerichte

2011 hat die WEKO dem Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (**ASCOPA**) und dessen Mitgliedern verboten, sensible Marktinformationen (Preise, Umsätze, Werbekosten und allgemeine Geschäftsbedingungen) auszutauschen. Der Informationsaustausch erfolgte über Brutto-Preislisten, Brutto-Umsatzzahlen und Angaben zu den Werbeinvestitionen zwischen 27 Unternehmen der Kosmetik- und Parfümeriebranche sowie die Empfehlungen von ASCOPA zu allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Der Austausch erlaubte den Unternehmen, ihr Marktverhalten einander anzupassen. Dies hat zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Parfümerie- und Kosmetikprodukte geführt. Mit seinem Urteil vom 12. Dezember 2022 hat das BVGer die eine Beschwerde gegen den WEKO-Entscheid abgewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig.

Das BVGer hat am 16. November 2022 über neun Beschwerden der zum WEKO-Entscheid **«Luftfracht»** vom 2. Dezember 2013 entschieden. Die WEKO-Verfügung war gegen 14 Parteien gerichtet und betraf Strecken zwischen der Schweiz und fünf Staaten ausserhalb der EU. In fünf Fällen bejaht das BVGer Preisabreden grundsätzlich: Für das Gericht ist es erwiesen, dass im Luftfrachtbereich verschiedene Fluggesellschaften über längere Zeit einen wettbewerbsschädlichen Austausch zu Treibstoffzuschlägen und zur Kommissionierung von Zuschlägen pflegten. Es reduzierte jedoch die Bussen. Drei Beschwerden heisst das BVGer vollständig gut, da die drei betroffenen Unternehmen ihre Fracht zuerst auf dem Landweg in ein EU-Land und anschliessend per Flugzeug in ein Drittland transportierten. Das hierzu einschlägige Abkommen über den Luftverkehr zwischen der Schweiz und der EU sieht eine Zuständigkeit der Schweiz nur für «Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern» vor, weshalb das Gerichts die WEKO nicht zuständig erachtet, um Abreden bezüglich der Frachtransporte zu beurteilen. Zudem heisst das BVGer auch die Beschwerde einer selbstanzeigenden Fluggesellschaft teilweise gut. Sechs Urteile wurden vor BGer angefochten.

Am 14. Dezember 2020 eröffnete die WEKO die Untersuchung **Netzbastrategie Swisscom**. Gleichzeitig erliess sie vorsorgliche Massnahmen gegenüber Swisscom und untersagte dieser mit sofortiger Wirkung, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht. Gegen die vorsorglichen Massnahmen rekurrierte Swisscom vor BVGer und vor BGer. Nach dem BVGer hat auch das BGer die Beschwerde

abgewiesen. In seinem Urteil vom 2. November 2022 hat das BGer die Zuständigkeit der WEKO für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bejaht, die Verletzung des Willkürverbots und die Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung verneint. Damit bleiben die vorsorglichen Massnahmen der WEKO bis zum Entscheid im Hauptverfahren in Kraft.

Am 29. November 2010 hatte die WEKO die Firma **SIX** mit rund 7 Mio. Franken gebüsst, weil sie anderen Anbieterinnen von Zahlkartenterminals den Zugang zur **DCC-Funktion** (Dynamic Currency Conversion) verweigert hatte. Nachdem das BVGer die Beschwerde mit Urteil vom 18. Dezember 2018 abgewiesen hatte, wies nun auch das BGer die Beschwerde mit Urteil vom 2. November 2022 ab. Worum ging es? SIX Multipay hatte ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, um die Zahlkartenterminals ihrer Schwestergesellschaft SIX Card Solutions zu bevorzugen: Die von SIX Multipay im Jahr 2005 lancierte DCC-Funktion war nur auf den Terminals der Konzernschwester verfügbar, nicht jedoch auf denjenigen anderer Terminalanbieter. Bei der DCC handelte es sich um eine Fremdwährungsumrechnung am Zahlkartenterminal des Händlers. DCC erlaubte Inhaberinnen und Inhabern einer ausländischen Kredit- oder Debitkarte direkt am Terminal zu wählen, ob sie den Kaufbetrag in Franken oder in ihrer Heimwährung begleichen wollten.

Mit Urteil vom 25. Oktober 2022 trat das BVGer nicht auf die Beschwerde einer Partei betreffend die vorläufige Verweigerung der vollständigen Akteneinsicht, der Beweisaufnahme, Verletzung des rechtlichen Gehörs und die Gebührenfestsetzung ein, da kein nicht wiedergutzumachender Nachteil vorliege. Die Partei verlangte in der laufenden Untersuchung **Costruzioni Moesa** wiederholt vollständige Akteneinsicht und die Aufnahme von Beweisen, namentlich die Anhörung von Zeugen. Das Sekretariat der WEKO verweigerte vorübergehend die vollständige Akteneinsicht, verschob die Beurteilung des Antrags auf Beweisaufnahme auf einen späteren Zeitpunkt und erliess eine Zwischenverfügung.

Mit Urteil vom 14. September 2022 wies das BGer die Beschwerde eines Unternehmens gegen den Entscheid des BVGer vom 9. August 2021 zur WEKO-Entscheidung «**Bauleistungen Graubünden**» aus dem Jahre 2019 ab. Das BGer bestätigte wie auch das BVGer die Massnahmen, welche die WEKO den Unternehmen auferlegte. Mit den Massnahmen untersagte die WEKO den Unternehmen Submissionsabreden zu treffen, sich vorgängig zu Offerteingaben bei Beschaffungsstellen über Offertpreise, Preiselemente, die Zu- und Aufteilungen von Kunden und Kundinnen und Gebieten sowie die Interessenslage auszutauschen (Ausnahmen nannte die WEKO im Zusammenhang mit ARGE und Subunternehmerverhältnissen). Vor dem BVGer sind vier Beschwerden gegen den WEKO-Entscheid hängig.

Mit seinen Urteilen vom 16. August 2022 behandelte das BVGer drei Beschwerden gegen einen WEKO-Entscheid vom 19. Oktober 2015. Die WEKO büsste vier Autohändler mit Pauschalsanktionen von 10'000 bis 320'000 Franken wegen Preisabreden. Diese vier Konzessionäre der Marken des VW-Konzerns und die AMAG hatten Anfang 2013 eine gemeinsame Konditionenliste verein-

bart, welche Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst-Offerte für neue Autos der Marken des VW-Konzerns betraf. Die WEKO stellte fest, dass die Händler im März 2013 im Rahmen von regionalen Stammtischen des Verbandes der Partner des Volkswagenkonzerns (**VPVW**) die abgestimmte Rabattpolitik kommunizierten. Bereits am 8. August 2014 schloss die WEKO das Verfahren gegen die AMAG mit einer einvernehmlichen Regelung ab. Drei der vier übrigen Autohändler legten beim BVGer Beschwerde ein. Das BVGer bestätigte die Entscheide der WEKO weitgehend, hob allerdings die durch die WEKO angeordneten Verhaltensaufgaben auf, da es diese als zu wenig begründet erachtete. Ein Autohändler zog das Verfahren weiter ans BGer.

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

Mit Urteil vom 4. Mai 2022 wies das BVGer die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung der WEKO zur **Beteiligung eines Unternehmens als Dritte** in der Untersuchung gegen Mastercard wegen einer möglichen Behinderung des National Cash Scheme (NCS) von SIX «Co-Badging» ab. Die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung ist zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid (verbunden mit deutlich tieferem Verfahrensaufwand und tieferen Kosten) herbeiführen würde. Beides ist vorliegend nicht gegeben, weshalb das BVGer nicht auf die Beschwerde eintrat.

Mit Urteil vom 19. Januar 2022 bestätigte das BVGer den WEKO-Entscheid gegen HCI-Solutions. Die Grossisten sowie Spitäler, Apotheken, Ärzte und Drogerien benötigen für den Vertrieb, die Abgabe und die Abrechnung von Medikamenten elektronisch zugängliche Medikamenteninformationen. HCI Solutions AG, ein Unternehmen der Galenica AG, stellt diese Informationen zur Verfügung. Die WEKO gelangte im Dezember 2016 zum Schluss, dass die HCI Solutions AG eine marktbeherrschende Stellung im Bereich der **Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen** innehat und diese missbraucht hat. So nahm sie in die Verträge mit Softwarehäusern Klauseln auf, welche die

Verwendung von Datenbanken anderer Anbieter von Medikamenteninformationen verhindern sollten. Auch hat sie Pharmaherstellern die Aufnahme derer Medikamenteninformationen in ihre Datenbanken nur gekoppelt mit weiteren Dienstleistungen angeboten. Das BVGer bestätigte den WEKO-Entscheid inhaltlich, senkte jedoch die Sanktion von rund 4,5 auf 3,8 Mio. Franken, u.a. da es die Gesetzesverstösse leicht weniger schwer gewichtete als die WEKO. Das Urteil ist nun vor BGer hängig.

Am 27. Mai 2013 hatte die WEKO gegen zehn **Grosshändler von französischsprachigen Büchern** in der Schweiz Sanktionen wegen der Beschränkung von Parallelimporten erlassen. Aufgrund von Exklusivvereinbarungen zwischen den Grosshändlern und den Verlagen konnten die Buchhändler während des Untersuchungszeitraums keine Bücher im Ausland beziehen. Mit Datum vom 30. Oktober 2019 bestätigte das BVGer die Rechtswidrigkeit der Vereinbarungen. Es reduzierte allerdings die gegenüber vier Grosshändlern verhängten Sanktionen. Gegen die Urteile des BVGer erhoben acht Parteien Beschwerde beim BGer. *Ende des Jahres 2021 und während des Jahres 2022* beurteilte das BGer die acht Beschwerden:

- In seinem Urteil vom 21. Dezember 2021 hiess das BGer die Beschwerde von **Dargaud**, einem Grosshändler französischsprachiger Bücher in der Schweiz, teilweise gut. Bei einigen Vertriebsverträgen, die das BVGer – mit Urteil vom 30. Oktober 2019 – als Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes angesehen hatte, kam das BGer zum Schluss, dass die Vorinstanz deren Inhalt nicht hinreichend festgestellt hatte. Demzufolge und wegen unzureichender Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Urteil war es nach Ansicht des BGer nicht möglich festzustellen, ob alle fraglichen Vertriebsverträge während des Untersuchungszeitraums tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für den Vertrieb französischsprachiger Bücher in der Schweiz bezweckt oder bewirkt hatten. Aufgrund des Konzernprivilegs und wegen unzureichender Sachverhaltsfeststellung durch das BVGer reduzierte das BGer die Anzahl der problematischen Vereinbarungen und wies die Sache zur Neuurteilung der gegenüber den Grosshändlern zu erlassenden Sanktionen an das BVGer zurück.
- Das BGer wies am 3. März 2022 im Wesentlichen die Beschwerde von **Flammarion** in der Hauptsache ab und bestätigte das Vorliegen unzulässiger Absprachen sowie die Sanktion. In Bezug auf das Agenturverhältnis urteilte es, dass die Anerkennung des vom europäischen Recht inspirierten Handelsvertreterprivilegs aus kartellrechtlicher Sicht keinen «Blankoscheck» darstellt. Für die Verpflichtungen, die die Parteien einander gegenüber eingegangen sind, um ihre gegenseitigen Beziehungen zu regeln, gilt in jedem Fall das Kartellgesetz. Dies ist gerade bei den exklusiven Gebietsklauseln der Fall, die in den Vertriebsverträgen zwischen Flammarion und seinem Vertriebspartner in der Schweiz enthalten sind. Für die dem «Lieferanten» auferlegten Verpflichtungen entschied das BGer, dass die von Flammarion eingegangene Verpflichtung, die Schweizer Wiederverkäufer nicht direkt von Frankreich aus zu beliefern, nicht vollständig einer Herstellerverpflichtung gleichkommt, sondern eine Vertriebsverpflichtung darstellt, insofern sie auch Bücher betrifft, die normalerweise von der Flammarion-Gruppe im Ausland vertrieben werden, ohne jedoch von ihr verlegt worden zu sein. Unter diesem Gesichtspunkt stellt die Vereinbarung sehr wohl eine Aufteilung von Märkten nach Gebieten dar.
- Bezüglich **Albert le Grand SA** wurde die Beschwerde vom BGer am 14. Juni 2022 vollumfänglich gutgeheissen, die Sanktion aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung der Verfahrenskosten und Parteientschädigungen hinsichtlich der vorinstanzlichen Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen. Das BGer entschied nämlich, dass die Verurteilung von Albert le Grand durch die Vorinstanzen hinsichtlich aller Vereinbarungen unbegründet war.
- Hinsichtlich **Diffulivre SA** und **Diffusion Transat SA** ist das Resultat mit demjenigen in der Sache Dargaud vergleichbar, bestätigte doch das BGer am 3. August 2022 sowie am 8. Dezember 2022, dass sich Diffulivre bzw. Diffusion Transat an rechtswidrigen Absprachen beteiligt hatten, entschied allerdings aus denselben Gründen wie im Fall Dargaud, dass die Verstösse nicht so schwerwiegend waren wie von den Vorinstanzen beurteilt. Die Fälle liegen derzeit dem BVGer zur Neuurteilung der Sanktion vor.
- Bezüglich **Editions Glénat (Suisse) SA** und **Servidis SA** wurden die Beschwerden durch das BGer am 8. Dezember 2022 wie im Fall Albert le Grand SA vollumfänglich gutgeheissen, die Sanktionen aufgehoben und beide Fälle zur Neuurteilung der Verfahrenskosten und Parteientschädigungen hinsichtlich der vorangegangenen Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen. Das BGer entschied, dass die Verurteilungen von Glénat und Servidis in Bezug auf alle von den Vorinstanzen beurteilten Vereinbarungen unbegründet waren.
- Schliesslich wies das Bundesgericht am 8. Dezember 2022 in Bezug auf **Interforum Suisse SA** die Beschwerde von Interforum in der Hauptsache im Wesentlichen ab und bestätigte das Vorliegen unzulässiger Absprachen sowie die Sanktion. In Bezug auf das Agenturverhältnis urteilte es so wie im Urteil Flammarion, dass die Anerkennung des vom europäischen Recht inspirierten Handelsvertreterprivilegs aus kartellrechtlicher Sicht keinen «Blankoscheck» darstellt. Für die Verpflichtungen, die die Parteien einander gegenüber eingegangen sind, um ihre gegenseitigen Beziehungen zu regeln, gilt in jedem Fall das Kartellgesetz. Dies ist gerade bei den exklusiven Gebietsklauseln der Fall, die in den Vertriebsverträgen zwischen Interforum und seinem Vertriebspartner in der Schweiz enthalten sind. Im Übrigen urteilte das BGer, dass Interforum zweifellos an einer vertikalen Vertriebsvereinbarung beteiligt war, die seinem Vertriebspartner in der Schweiz einen absoluten Gebietsschutz garantierte.
- Sowohl im Urteil **Dargaud** als auch im Urteil **Diffulivre** fügte das BGer ausserdem hinzu, dass die jüngste Änderung des Kartellgesetzes (relative Marktmacht) möglicherweise die Praxis bestimmter

Konzerne verbietet, wonach diese die Belieferung der Schweizer Kunden zu ausländischen Preisen und Geschäftsbedingungen verweigern und sie stattdessen an die entsprechenden Vertriebsgesellschaften in der Schweiz (oftmals Konzerngesellschaften) verweisen, damit sie zu (höheren) schweizerischen Bedingungen und Preisen einkaufen. Es handelt sich hierbei um eine gewisse Relativierung des Konzernprivilegs durch das BGer.

Mit Urteil vom 1. Dezember 2021 befasste sich das BGer erstmals mit zwei Beschwerden im Zusammenhang mit einer **Hausdurchsuchung**, die in gleicher Sache beim BVGer und Bundesstrafgericht (BStGer) eingereicht und von diesen beiden Gerichten abgewiesen wurden. Das BGer vereinigte die Beschwerdeverfahren gegen die Entscheide des BVGer und des BStGer, um widersprüchliche Entscheide innerhalb des BGer zu vermeiden. Das BGer erachtete die Voraussetzungen für die Hausdurchsuchung als erfüllt und bestätigte deren Rechtmässigkeit. Es hob das Urteil des BVGer auf und schrieb es als gegenstandslos ab, da dieses zu Unrecht auf die Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme eingetreten sei. Die Beschwerde gegen den Entscheid des BStGer hiess das BGer gut und wies die Sache zur Neubeurteilung ans BStGer zurück, weil das BStGer das rechtliche Gehör der Partei verletzt habe und die Entsiegelung folglich unrechtmässig sei.

4 Tätigkeiten

4.1 Tätigkeiten in verschiedenen Märkten

Das Kartell- und Binnenmarktgesetz gilt für alle Märkte. Entsprechend erstrecken sich die Tätigkeiten der WEKO und des Sekretariates auf verschiedene Branchen. Das WEKO-Sekretariat erhält jedes Jahr mehrere hundert Meldungen und Anzeigen von Bürgerinnen und Bürgern, der öffentlichen Hand, Unternehmen, Verbänden etc. Durchschnittlich münden diese Meldungen und Anzeigen jährlich in 80–90 Verfahren. Rund 75 Prozent davon sind kleine informelle Marktbeobachtungen, etwa 18 mittelgrosse Verfahren («Vorabklärungen») und etwa 7 Prozent grössere Verfahren («Untersuchungen»)¹. **Im Folgenden** werden die wichtigsten Erkenntnisse aus diesen Verfahren sowie aus Beratungen, Stellungnahmen zu staatlichen Erlassen und Beihilfen nach Märkten gegliedert dargestellt. Zudem werden neu eröffnete Vorabklärungen und Untersuchungen beschrieben.

4.1.1 Automobilsektor

Der Automobilsektor ist im **Umbruch**. Zunächst besteht ein Trend zur vertikalen Integration, zum Einsatz von Agenturmodellen und zum direkten Onlineverkauf durch die Hersteller. Verbrennungsmotoren werden zunehmend durch Elektrofahrzeuge ersetzt. Diese sind im Werkstattgeschäft weniger aufwändig als Verbrennungsmotoren. Sie benötigen etwa weniger Ersatzteile und weniger Wartungsarbeiten. Durch die zunehmende Digitalisierung steigen zudem die Anforderungen an das Werkstattgeschäft. Das Kartellgesetz und die so genannte KFZ-Bekanntmachung² schaffen die notwendigen Instrumente, um möglichen kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen in den Vertriebsnetzen entgegenzuwirken und gleichzeitig den Zugang unabhängiger Werk-

stätten zu technischen Informationen und Ersatzteilen für Reparatur- und Unterhaltsarbeiten zu gewährleisten.

Das Sekretariat der WEKO beantwortete regelmässig Anfragen zur Einhaltung der Regeln in der **KFZ-Bekanntmachung**. So stellte es auch 2022 in verschiedenen Fällen klar, dass die gesetzliche Gewährleistung und die Herstellergarantie nicht verfallen, wenn Konsumentinnen und Konsumenten ihr Kraftfahrzeug durch eine unabhängige Werkstatt reparieren oder unterhalten lassen und die entsprechenden Arbeiten nicht fehlerhaft durchgeführt worden sind. Konsumentinnen und Konsumenten sind daher nicht verpflichtet, ihr Kraftfahrzeug während der Garantiedauer ausschliesslich innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten unterhalten oder reparieren zu lassen.

Da das Parlament im März 2022 die Motion Pfister annahm (vgl. Abschnitt 6), ist geplant die KFZ-Bekanntmachung in eine **Verordnung** zu überführen. Sie wird unter Federführung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) erarbeitet.

An dieser Stelle zu erwähnen ist, dass die WEKO (**Concessionari VW**) und das BVGer (**VPVW**) dieses Jahr im Automobilsektor Entscheide fällten. Sie sind in Abschnitt 3 zusammengefasst.

4.1.2 Bauwirtschaft

Im Mai 2022 schloss das Sekretariat der WEKO eine **Vorabklärung zu Brandschutzabschottungen** ab, die es ein Jahr zuvor eröffnet hatte. Es bestand der Verdacht, dass sechs Unternehmen (fünf Vertreterinnen und eine Herstellerin) ihre Offerten zu Brandschutzelementen für ein privates Bauprojekt koordiniert hatten (die Offerten lagen zwischen 200'000-400'000 Franken). Das Sekretariat stellte fest, dass die identischen Zu- und Abschlüsse, welche die Vertreterinnen in einem ersten Berechnungsschritt verwendeten, zwar auf eine Verhaltenskoordination hindeuteten. Im konkreten Fall reichten die vorhandenen Indizien jedoch nicht aus, um von einer Submissionsabrede auszugehen. Auch bestanden Anzeichen dafür, dass die Herstellerin im Rahmen von Schulungen bzw. Erstberatungen unverbindlich gewisse Zu- und Abschlüsse genannt hatte. Ausser beim in Frage stehenden Bauprojekt gab es aber keine Anzeichen für die Umsetzung gleicher Zu- und Abschlüsse. Auch deshalb war auf Seiten der Herstellerin nicht von einer kartellrechtlich relevanten Verhaltenskoordination auszugehen.

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

² Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (www.weko.admin.ch → Rechtliches / Dokumentation → Bekanntmachungen / Erläuterungen).

In einer weiteren *Vorabklärung* setzte sich das Sekretariat der WEKO ebenso mit Hinweisen für eine Submissionsabrede auseinander. Eine öffentliche Beschaffungsstelle meldete dem Sekretariat konkrete Hinweise auf die Preiskoordination von zwei Unternehmen, die anlässlich eines Einladungsverfahrens zur Beschaffung von **Elektroprodukten** zu Tage traten. Das Sekretariat stellte in seiner im März eröffneten und im Oktober 2022 abgeschlossenen Vorabklärung fest, dass die beiden Unternehmen ihre Offerten koordiniert hatten, indem eines der Unternehmen beide Offerten gerechnet hatte, und die beiden Unternehmen gegenüber der Beschaffungsstelle vorgegeben hatten, unabhängig voneinander Offerten einzureichen. Auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtete das Sekretariat, da die Abrede erfolglos blieb und die Unternehmen sich zur Ergreifung von Massnahmen verpflichteten, um Submissionsabreden zukünftig zu unterbinden.

Im Rahmen von *Marktbeobachtungen* behandelte das Sekretariat der WEKO 2022 fünf weitere Meldungen und Anzeigen zu möglichen **Submissionsabreden**. Diese stammten von Beschaffungsstellen oder an den jeweiligen Beschaffungsverfahren beteiligten Unternehmen. Die Beschaffungen lancierten primär öffentliche Stellen, aber auch Private meldeten Auffälligkeiten. Diese Beschaffungen lagen im Wert von wenigen Tausend bis 1.5 Mio. Franken. Das WEKO-Sekretariat geht solchen Hinweisen auf Submissionsabreden konsequent nach und berät betroffene Bauherrinnen. Dabei gilt zu erwähnen, dass seit Anfang 2021 auf Stufe Bund und seit 2022 teilweise auch auf Stufe Kantone eine Meldepflicht an die WEKO bei Verdacht auf Submissionsabreden besteht (auf Stufe Kantone sind die Ratifizierungsprozesse des revidierten Beschaffungsrechts weiter im Gange). Als Hilfestellung publizierte das Sekretariat eine Checkliste «Submissionsabreden bekämpfen» und ein Faktenblatt «Verdacht auf Submissionsabreden» (www.weko.admin.ch → Anzeigen → Hinweise zu Submissionsabreden) und führte zu diesem Thema auch 2022 mehrere Sensibilisierungsvorträge durch.

Der Verband Swissolar wandte sich im Rahmen einer *Beratungsanfrage* zwecks Lancierung eines **Preisindex für Photovoltaikanlagen** an das WEKO-Sekretariat. Dieser Preisindex soll primär der Indexierung der Preise bei Abschluss von Bauaufträgen dienen, da aufgrund der Lieferengpässe bei Photovoltaikanlagen oftmals über ein Jahr zwischen Vertragsabschluss und Installation vergeht und die Preise für Photovoltaikanlagen grossen Schwankungen unterworfen sind. Das Sekretariat beriet den Verband bei einer kartellrechtskonformen Ausgestaltung des Preisindex, so dass durch dessen Aufbau und Publikation keine Preiskoordination unter Photovoltaikhändlern und Installateuren resultiert. Im Vordergrund der Beratung standen statistische Anforderungen an die Erhebung der Preisinformationen (u.a. Repräsentativität, Erhebung durch eine neutrale Stelle) und an die Darstellung des Preisindex (u.a. Aggregationsniveau sowie Darstellung der Streuung der publizierten Preisinformationen).

Das Sekretariat der WEKO eröffnete im Januar 2022 eine *neue Untersuchung* wegen Anhaltspunkten für mutmassliche Submissionsabreden von vier Unternehmen aus den Kantonen Freiburg, Jura, Neuenburg und

Waadt. Im Juni 2022 dehnte das Sekretariat die Untersuchung anschliessend auf ein weiteres Unternehmen aus. Das Sekretariat führte bei allen Unternehmen Hausdurchsuchungen durch. Es besteht der Verdacht, dass diese Unternehmen ihre Offerten und Preise während mehreren Jahren für Beschaffungen der öffentlichen Hand für **Strassensanierungen** (Splittstreuung und bituminöse Oberflächenbehandlung) koordinierten.

4.1.3 Digitale Dienstleistungen

Auf den digitalen Märkten, auf denen die **GAFAM** (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft), aktiv sind, werden von den schweizerischen Wettbewerbsbehörden teilweise weniger eigene Verfahren geführt. Gerade wenn ausländische Wettbewerbsbehörden denselben Sachverhalt bereits untersucht und Massnahmen verhängt haben, wäre ein eigenes Verfahren in der Schweiz somit redundant, denn häufig operieren GAFAM in den umliegenden Nachbarstaaten nicht massgeblich anders als in der Schweiz. In solchen Fällen fordern die Wettbewerbsbehörden jedoch systematisch von den GAFAM, dass diese die Massnahmen, die ihnen in einem ausländischen Verfahren auferlegt wurden, auch in der Schweiz umsetzen. So gelten beispielsweise die Massnahmen, die Google 2015 von der Europäischen Union im Rahmen der Untersuchung "Google Shopping" auferlegt wurden, seit mehreren Jahren auch in der Schweiz. Kürzlich wurde Google auch von den französischen Wettbewerbsbehörden in zwei separaten Verfahren verurteilt. Die Verfahren führten dazu, dass gegen Google vorsorgliche Massnahmen im Markt für *Ad-Server* und im Markt für verwandte Schutzrechte (*Snippets*) verfügt wurden. Das Sekretariat der WEKO hat von Google verlangt, dass die im Rahmen der ersten Untersuchung angeordneten Massnahmen auch in der Schweiz umgesetzt werden, was seit Anfang 2022 der Fall ist. Hinsichtlich der Massnahmen aus der zweiten Untersuchung wartet das Sekretariat das Ergebnis des derzeit in der Schweiz laufenden Gesetzgebungsprozesses im Zusammenhang mit der Verwaltung von verwandten Schutzrechten ab, bevor es sicherstellt, dass die für den französischen Markt eingeführten Massnahmen auch in der Schweiz von Google angewendet werden.

4.1.4 Energie

Das Jahr 2022 war geprägt von zahlreichen *Ämterkonsultationen* und *Vernehmlassungsverfahren* zu diversen Verordnungen im **Strom- und Gasbereich**. Inhaltlich ging es vor allem um die durch den Ukraine-Krieg entstandene **Energiekrise** und um entsprechende Lösungsansätze zur Sicherstellung der Energieversorgung. Im Vordergrund standen dabei die «Verordnung über die Sicherstellung der Lieferkapazitäten bei einer schweren Mangellage in der Erdgasversorgung» sowie die Verordnungen betreffend Massnahmen für den Fall einer Strom- bzw. Gasmangellage (wie insbesondere Beschränkungen und Verbote der Verwendung und Kontingentierung des Strom- bzw. Gasbezugs). Dabei setzten sich das Sekretariat und die WEKO vor allem für eine diskriminierungsfreie und verursachergerechte Überwälzung der durch die Schaffung von Reserven entstandenen Kosten ein. Zudem wiesen die WEKO und sein Sekretariat stets darauf hin, dass bei der Datenwei-

terleitung zwecks Überwachung der Einhaltung der Vorschriften und beim Monitoring keine Verbraucherdaten oder andere wirtschaftlich sensible Daten an auf Produktions-, Liefer- und Handelsstufe tätige Akteure gelangen dürfen. Bei der Verordnung zur Errichtung einer Wasserkraftreserve setzten sich das Sekretariat und die WEKO insbesondere für eine technologieneutrale Ausgestaltung ab dem Winter 2023/24 ein und dafür, dass die Anlagen, welche künftig ausserhalb des Strommarktes als Reservekraftwerke zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winter tätig sein werden, in wettbewerblichen Zuteilungsverfahren ermittelt werden.

4.1.5 Finanzmärkte

Auch im Jahr 2022 spielte die Digitalisierung ihre disruptive Rolle im Bereich der Finanzdienstleistungen. Die «traditionellen» Finanzinstitute mussten auf neue, sehr dynamische Akteure reagieren, die neue innovative Finanzprodukte anbieten. Die Pandemie hat die **digitale Transformation** des Finanzsektors weiter beschleunigt, indem sie die Akteure dazu zwang, eine ganze Reihe von Massnahmen zu ergreifen, die es ihnen ermöglichen, die Bedürfnisse ihrer Kunden im Lockdown – wie übrigens auch ihrer Angestellten im Home Office – noch umfassender aus der Distanz zu befriedigen und ihnen gleichzeitig weiterhin grösstmögliche Sicherheit zu garantieren. Zahlreiche elektronische Plattformen und Börsen bieten mittlerweile eine immer umfassendere Palette an Finanzdienstleistungen an. In mehreren dieser Bereiche musste das Sekretariat im Jahr 2022 den Marktteilnehmern Ratschläge erteilen, um die Einhaltung der Bestimmungen des Kartellgesetzes zu gewährleisten. Besonders hervorzuheben ist die *Beratung* der SIX Swiss Exchange AG (SIX) in Sachen **Übermittlung von Datensignalen**:

SIX legte dar, dass für den Börsenhandel allgemein und insbesondere den – parallelen oder ergänzenden – Handel auf mehreren Handelsplätzen die schnellsten Datenverbindungen zentral sind. Aktuell stellten Low Latency-Technologien (z.B. über Mikrowellen) die schnellsten Verbindungen zwischen zwei Börsenplätzen dar, wobei einzelne Marktteilnehmer bereits eigene Mikrowellennetzwerke gebaut hätten. Damit es zu keinen Wettbewerbsverzerrungen komme, sei essenziell, dass nicht einzelne Marktteilnehmende ein Monopol auf die schnellste Verbindung zwischen zwei Handelsplätzen erlangen können. Um das zu verhindern, plant SIX, nur einen einzigen direkten Zugang zu den Low Latency-Verbindungen von SIX bereitzustellen, der allen Marktteilnehmenden zu gleichen Bedingungen zur Verfügung steht. Das Sekretariat der WEKO gelangte im konkreten Fall gestützt auf die Ausführungen von SIX zum Schluss, dass mit dem Vorhaben der SIX prima facie keine kartellrechtlichen Probleme verbunden zu sein scheinen, solange der Zugang sämtlichen interessierten Marktteilnehmern gleichermassen nach den Prinzipien der Offenheit, Fairness und Diskriminierungsfreiheit und zu angemessenen Bedingungen zur Verfügung steht.

Anfang 2022 beschwerten sich der Handel und seine Interessenverbände und -vertreter öffentlich und auch direkt bei den Wettbewerbsbehörden sowie der Preisüberwachung über gestiegene Gebühren als Folge der Einführung der **neuen Debitkarten von Mastercard**

und Visa. Die breit vorgetragene Kritik aus dem Handel veranlasste Politikkreise, eine Regulierung von Kartengebühren zu fordern. Aus wettbewerblicher Sicht ist der Wechsel auf eine neue Kartengeneration zu begrüssen. Die alte Kartengeneration (Maestro/VPay) wird durch eine neue (Debit Mastercard/Visa Debit) ersetzt, die den Vorteil hat, dass sie im Online-Handel verwendet werden kann. Dieser Kartentausch-Prozess – der ganz Europa und nicht nur die Schweiz betrifft – verschärft den Wettbewerb zwischen Visa- und Mastercard-Debitkarten und löst das Quasi-Monopol auf, das Maestro viele Jahre lang in der Schweiz genossen hat. Um die Problematik besser zu verstehen, muss man zwischen Händlergebühren (MSC) und multilateralen Interbankenentgelten (MIF) unterscheiden: Erstere, die vom Handel an die Acquirer bezahlt werden, sind bei höheren Transaktionen relativ hoch, da sie auf der Grundlage eines Prozentsatzes berechnet werden. Dieser Umstand bewog die Preisüberwachung, mit SIX/Worldline eine einvernehmliche Regelung zu einer Gebührendeckelung zu treffen. Die MIF – die von den Acquirern an die kartenausgebenden Banken gezahlt werden, aber von jenen dem Handel als (kleinerer) Teil der MSC weiterberechnet werden – sind Gegenstand einer Vorabklärung des Sekretariats der WEKO, die im September 2022 eröffnet wurde. Die Wettbewerbsbehörden sind der Ansicht, dass die MIF als Wettbewerbsabsprachen im Sinne des Kartellgesetzes betrachtet werden könnten. Es ist zur Problematik der verschiedenen Gebühren, die bei Kartenzahlungen anfallen, zu beachten, dass die WEKO kein Preisregulator ist. Sie kann nur eingreifen, wenn mutmasslich gegen das Kartellgesetz verstossen wird. Wenn das Parlament für Kartenzahlungen eine echte Preisregulierung anstreben möchte, wäre ein Spezialgesetz zu erlassen, das für alle Gebühren, die in einem Kartensystem anfallen, und sämtliche Zahlungsmittel (einschliesslich Twint, Postcard usw.) und ihre jeweiligen Gebühren gilt.

Am 5. Dezember 2022 eröffnete das Sekretariat der WEKO eine *Vorabklärung* gegen zahlreiche Banken in der Deutschschweiz, um zu untersuchen, ob zwischen ihnen **Ab sprachen über die Löhne** und Lohnbestandteile von verschiedenen Kategorien ihrer Angestellten bestehen. Die Problematik im Zusammenhang mit Kartellen, die künstlich eine Monopsonmacht auf dem Arbeitsmarkt schaffen, wird von zahlreichen Wettbewerbsbehörden thematisiert, die in ihren Analysen zunehmend das Wohlergehen der Arbeitnehmer berücksichtigen. Die vom Sekretariat der WEKO durchgeführte Vorabklärung ist die erste ihrer Art in der Schweiz. Sie soll klären, inwieweit das Kartellgesetz auf Arbeitsverhältnisse anwendbar ist, die nicht durch Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern zustande gekommen sind.

4.1.6 Freiberufliche Dienstleistungen (Wartungs- und Reparaturdienste)

Die Digitalisierung der Wirtschaft hat erhebliche Auswirkungen auf eine Reihe von Dienstleistungen, insbesondere auf die Märkte für Wartung und Reparatur. Um ihre Dienstleistungen anbieten zu können sind viele Unternehmen, die in diesen Bereichen tätig sind, je länger je mehr auf computergestützte technische Daten angewiesen, über die alleine die Hersteller des jeweiligen Produktes verfügen. Dies ist konkret beispielsweise im Be-

reich der **Aufzüge** der Fall, wo sich unabhängige Reparaturunternehmen regelmässig über die Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Originalersatzteilen sowie von Diagnosewerkzeugen, die ihnen die Interaktion mit bestimmten Aufzügen und Lastenaufzügen erst ermöglichen, beschwerten. Das Sekretariat der WEKO hatte 2011 eine *Vorabklärung* durchgeführt, wobei gewisse Einschränkungen beim Zugang zu Schnittstellen und technischen Hilfsmitteln festgestellt wurden. Es erkannte bereits damals, dass die externe Wartung in Zukunft möglicherweise schwieriger werden könnte, da traditionelle Aufzüge bald durch neuere Modelle mit mehr elektronischen Komponenten abgelöst werden würden und beschloss, die Entwicklungen in dieser Hinsicht weiter zu beobachten. Vor diesem Hintergrund eröffnete die Kommission im Oktober 2022 eine neue Vorabklärung, um die aktuellen Marktbedingungen für den Einbau und die Wartung von Aufzügen zu untersuchen.

4.1.7 Gesundheitswesen

Im Jahr 2022 sah sich das Sekretariat der WEKO veranlasst, den Marktakteuren im Bereich der **Spitalzusatzleistungen** (Hotellerie, ambulante und stationäre Zusatzleistungen) einige Grundsätze in Erinnerung zu rufen. Die WEKO betonte gegenüber den Marktakteuren, welche sich im Bestreben um kartellrechtskonformes Verhalten an sie gewandt hatten, die folgenden Aspekte: 1) Tarifverhandlungen müssen – getrennt oder in kleinen Gruppen, je nach den vorhandenen Kräften – zwischen Versicherern und Spitaleinrichtungen (und nicht auf Verbandsebene) stattfinden; 2) die Versicherer als Käufer können Einkaufskooperationen bilden, solange sie sich nicht über die Prämien und die den Versicherten angebotenen Produkte verständigen; 3) die Marktmacht der Versicherer darf nicht dazu führen, dass den Spitälern unangemessene Preise aufgezwungen werden; 4) die Marktmacht bestimmter Spitäler darf nicht dazu führen, dass sie sich weigern, Geschäftsbeziehungen mit den Versicherern zu unterhalten oder ihnen unangemessene Preise aufzuzwingen. Da der Bereich der Spitalzusatzversicherung erheblichen Veränderungen unterworfen ist, werden die Wettbewerbsbehörden die Entwicklungen weiterhin beobachten und gegebenenfalls eingreifen, um einen wirksamen Wettbewerb im Gesundheitswesen zu gewährleisten.

Am 10. August 2022 erhielt die WEKO die Meldung eines *Zusammenschlussvorhabens* zwischen dem **Universitätsspital Basel (USB)** und der **Bethesda Spital AG**. Angesichts ihrer jeweiligen Marktanteile hätte es in den Bereichen Geburten (GEB) und Gynäkologie (GYN) zu wettbewerbsrechtlichen Problemen kommen können. Die WEKO konnte dennoch darauf verzichten, eine vertiefte Prüfung einzuleiten. Aufgrund der Erkenntnisse aus dem Fall *USB/KSBL* ging die WEKO davon aus, dass die beiden Spitäler von den Patientinnen in den Bereichen GYN und GEB weiterhin als unterschiedliche Spitäler wahrgenommen werden. Da der besagte Zusammenschluss eine bestehende Spezialisierung weiterführen und gleichzeitig diesen Bereich weiter rationalisieren werde, hätte die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung durch die aus dem Zusammenschluss resultierenden Effizienzgewinne aufgewogen werden können. Hinzu kamen die Verhandlungsstärke der Krankenversicherer sowie die Intervention der FIN-

MA und des Preisüberwachers für eine grössere Transparenz der Spitalabrechnungen im Bereich der Zusatzversicherungen. Aus all diesen Gründen kam die WEKO zum Schluss, dass der Zusammenschluss den beiden Instituten nicht die Möglichkeit eröffnen wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Am 13. September 2022 leitete die WEKO eine *Untersuchung* gegen Novartis ein, indem sie eine Hausdurchsuchung am Hauptsitz des Konzerns in Basel durchführte. Der Verdacht lautet, dass Novartis versucht haben soll, eines ihrer Medikamente zur Behandlung von Hautkrankheiten zu schützen, indem sie ein Patent zur Blockierung eines konkurrierenden Medikaments genutzt haben soll. Die Untersuchung soll klären, ob es sich um einen Fall eines „**Blockingpatents**“ handelt, was potenziell einen unzulässigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen könnte. Es handelt sich um die erste Untersuchung in einem Fall von möglicher missbräuchlicher Verwendung eines geistigen Eigentumsrechts im Sinne des Kartellgesetzes. Die Eröffnung dieser Untersuchung erfolgte in enger Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission gestützt auf das seit 2014 bestehende bilaterale Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz im Bereich des Wettbewerbsrechts.

Am 16. August 2022 eröffnete die WEKO die erste *Untersuchung* zum Thema der **relativen Marktmacht** (vgl. Abschnitt 4.1.14.a). Die Pharmagrossistinnen kaufen bei in- und ausländischen Unternehmen Pharma- und Gesundheitsprodukte ein und vertreiben diese in der Schweiz. Der WEKO liegen Anhaltspunkte vor, dass Fresenius Kabi, ein international tätiges Pharmaunternehmen, die schweizerische Grossistin Galexis darin behindert, verschiedene auch in der Schweiz angebotene Waren im Ausland zu ausländischen Konditionen zu beziehen. Betroffen davon sind Produkte wie **Trink- und Sondennahrung**. Sollte festgestellt werden, dass Fresenius Kabi relativ marktmächtig ist, könnte die besagte Lieferverweigerung gegen das Kartellgesetz verstossen.

4.1.8 Landwirtschaft

Im Rahmen eines *Gutachtens* von Oktober 2022 beantwortete die WEKO eine Reihe von Fragen des Regionalgerichts Bern-Mittelland. Die Fragen betrafen die kartellrechtliche Zulässigkeit des **Ausschlusses eines Landwirts** aus dem Verein **IP-SUISSE**, weil jener aufgrund mangelhafter Tierhaltung gegen die Produktionsrichtlinien des Vereins IP-SUISSE verstossen hatte. Die WEKO beurteilte den Ausschluss als gerechtfertigt.

Die WEKO büsste Swisssgenetics für einen nicht gemeldeten *Zusammenschluss* (vgl. Abschnitt 3.1). Der Zusammenschluss betraf den Bereich Stiersamen.

4.1.9 Medien (Kinowerbung und Bücher)

Das WEKO-Sekretariat stellte die *Marktbeobachtung* im Bereich der **Vermarktung und Vermittlung von Kinowerbung** wegen allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ein. Der betreffende Kinovermarkter sicherte gegenüber dem Sekretariat zu, die exklusiven Vertragsbeziehungen mit den Kinobetreibern auf höchstens fünf Jahre zu begrenzen und den Kinobetreibern keine einseitigen Vorgaben betreffend die Zu-

sammenarbeit mit anderen Werbevermarktern bzw. -vermittlern zu machen. Vor diesem Hintergrund bestanden keine Anhaltspunkte, dass andere Kinowerbevermarkter bzw. -vermittler in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.

Im Herbst 2022 zeigte Payot die Gruppe Madrigall wegen Missbrauchs einer relativ marktmächtigen Stellung an. Die Buchhändlerin machte eine Einschränkung der Möglichkeit geltend, **Bücher**, die in der Schweiz und in Frankreich angeboten werden, in Frankreich zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen. Das Sekretariat der WEKO nahm im Rahmen einer *Marktbeobachtung* erste Abklärungen vor und eröffnete im Januar 2023 eine *Untersuchung*.

4.1.10 Post

Im Bereich **Post** erhielt die WEKO mehrere Anzeigen im Zusammenhang mit Akquisitionen der Schweizerischen Post. Darin werden verschiedene Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung geltend gemacht. Die angeführten missbräuchlichen Verhaltensweisen bestehen dabei im Wesentlichen in unzulässigen Quersubventionierungen, der Weitergabe von Daten aus dem Monopolbereich, Preisdiskriminierungen sowie unzulässigen Kopplungsgeschäften. Zur weiteren Abklärung der angeführten Verhaltensweisen eröffnete das WEKO-Sekretariat zwei *Marktbeobachtungen*.

4.1.11 Sport

Im Jahr 2022 stützte sich das Sekretariat der WEKO auf verschiedene Überlegungen aus mehreren *Stellungnahmen* zu Entscheidungen von Sportverbänden, insbesondere im Bereich Eishockey, um seine Stellungnahme im Rahmen der Antwort des Bundesrates auf die **Interpellation Regazzi** abzugeben, in der der Bundesrat unter anderem aufgefordert wurde, die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Einführung von Regeln über das finanzielle Fairplay in professionellen Sportligen im Kartellgesetz zu prüfen. Das Sekretariat hält es nicht für notwendig, solche Regeln in das Kartellgesetz einzuführen, da dieses Gesetz bereits vorsieht, dass solche Vereinbarungen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein können, wenn sie zur Erreichung bestimmter sportspezifischer Ziele notwendig sind.

Die unbestrittene Autonomie der Sportverbände und -vereine in ihrer Organisation wird also durch das geltende Recht eingeschränkt. Die von Sportverbänden und -vereinen getroffenen Regelungen und Maßnahmen müssen, da es keine Ausnahmebestimmungen – wie z. B. Gesamtarbeitsverträge – gibt, anhand des Kartellgesetzes geprüft werden. Diese auf das Kartellgesetz konzentrierte Analyse führt zu einem vergleichbaren Ergebnis wie die Prüfung anhand des spezifischen Tests, der aus dem europäischen Fallrecht «Meca-Medina» abgeleitet wurde. Nach diesem Test werden Sportregeln und -massnahmen in jedem Fall einer "klassischen" wettbewerbsrechtlichen Analyse unterzogen, wenn hinreichend belegt ist, dass sie nicht untrennbar mit der Organisation und dem ordnungsgemässen Ablauf eines Sportwettbewerbs verbunden sind und keinen fairen Ablauf des Wettbewerbs gewährleisten. Der euro-

päische Ansatz ist dem Ansatz im Schweizer Kartellgesetz unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, den man bei der Analyse der Gründe der wirtschaftlichen Effizienz findet, ähnlich.

4.1.12 Telekommunikation

Im Zusammenhang mit der *Untersuchung Netzbaustrategie Swisscom* sind der Entscheid des BGer über die vorsorglichen Massnahmen der WEKO (vgl. Abschnitt 3.2) sowie die *Beratungsanfrage* der Swiss Fibre Net AG (SFN) zu erwähnen. SFN fragte das Sekretariat der WEKO, ob das von SFN entwickelte FTTH-Ausbaumodell, welches aufgrund der Rangierbarkeit mindestens einer Faser im Bereich des Feeders ein echtes Layer 1 Angebot auch im Rahmen einer P2MP-Netzarchitektur ermögliche (**rangierbares Glasfasernetz**), den vorsorglichen Massnahmen und den darin aufgeführten Anforderungen eines Layer 1-Zugangs genüge. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass nicht von einem Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen der WEKO auszugehen sei, soweit mittels des SFN-Rangiermodells die heutige und zukünftige Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang gedeckt werden könne und der von SFN angebotene Layer 1-Zugang als gleichwertig anzusehen sei.

Die *Marktbeobachtung* im Bereich **Breitbandinternet** wegen allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer Kosten-Preis-Schere wurde 2022 eingestellt. Vor dem Hintergrund der Anpassung der Vorleistungspreise und durch Zusicherung gewisser Grundsätze bei der zukünftigen Preisgestaltung für Internet-Angebote besteht für das WEKO-Sekretariat derzeit kein Handlungsbedarf mehr. Allerdings wird sich erst anhand zukünftiger Promotionen zeigen, ob sich die mitgeteilten Grundsätze für die Verhinderung von Kosten-Preis-Scheren bewähren.

4.1.13 Uhrenindustrie

Ende Jahr schloss das Sekretariat der WEKO die *Vorabklärung Assortiments* mit Anregungen ab. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die zum Swatch Group-Konzern gehörende Nivarox. Nivarox stellt sog. Assortiments her, welche als Bauteile für die Herstellung von mechanischen Uhrwerken und Fertiguhren benötigt werden. Sie ist Lieferantin zahlreicher Unternehmen der Schweizer Uhrenindustrie. Die Vorabklärung ergab namentlich Anhaltspunkte, dass Nivarox die Möglichkeit des Bezugs ihrer Produkte durch konzernexterne Herstellerinnen von mechanischen Uhrwerken und Fertiguhren unzulässig einschränkte und konzernexterne Nachfragerinnen gegenüber ihren konzerninternen Abnehmerinnen unzulässig diskriminierte. Das Sekretariat verzichtete aus Verhältnismässigkeitsgründen auf weitere Ermittlungen, regte gegenüber Nivarox aber die Anpassung ihres Verhaltens an.

4.1.14 Weitere Tätigkeiten

a. Relative Marktmacht

Die Wettbewerbsbehörden sind für die verwaltungsrechtliche Durchsetzung der **neuen Bestimmungen** zur relativen Marktmacht zuständig (vgl. Abschnitt 1). In diesem Zusammenhang sind sie Anlaufstelle für Fragen, Anre-

gungen und Meldungen. Unternehmen werden für erstmalige Verstösse gegen die neuen Bestimmungen nicht gebüsst. Die WEKO kann ihnen jedoch Handlungs- und Unterlassungspflichten auferlegen. Ein Unternehmen ist relativ marktmächtig, wenn ein anderes Unternehmen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hat und deshalb von Produkten oder Dienstleistungen von jenem Unternehmen abhängig ist. Die relative Marktmacht an sich ist nicht unzulässig. Verboten ist dagegen, dass das relativ marktmächtige Unternehmen seine Stellung missbraucht, indem es das abhängige Unternehmen im Wettbewerb behindert oder benachteiligt.

Unmittelbar nach der Verabschiedung der Vorschriften zur relativen Marktmacht nahm das Sekretariat der WEKO die Vorbereitungsarbeiten an die Hand, um die **reibungslose Umsetzung** sicherzustellen. Es setzte eine interne Arbeitsgruppe ein und veröffentlichte ein Merkblatt und ein Meldeformular, um betroffenen Unternehmen eine Anzeige zu erleichtern. In zwei Fällen mündeten die Anzeigen in der Eröffnung einer *Untersuchung*: Die erste Untersuchung betrifft den Pharmabereich (vgl. Abschnitt 4.1.6), der zweite Fall den Bereich Bücher in der Romandie (vgl. Abschnitt 4.1.9). Diese laufenden Untersuchungen betreffen mögliche Einschränkungen gegenüber Schweizer Unternehmen bei der Beschaffung der jeweiligen Produkte im Ausland. Damit steht eine mögliche Anwendung der neuen Bestimmung im Zentrum, wonach ein Missbrauch auch darin bestehen kann, dass ein relativ marktmächtiges Unternehmen andere Unternehmen darin behindert, eine in der Schweiz und im Ausland angebotene Ware oder Dienstleistung zu den ausländischen Konditionen zu beziehen. Mit den Entscheiden in den beiden Untersuchungen wird die WEKO die erste Praxis zu den neuen Bestimmungen schaffen.

b. Vertikale Preisabreden und Marktabschottungen

Im Mai schloss das WEKO-Sekretariat die *Vorabklärung Vertriebssystem von Yamaha-Produkten* mit Anregungen ab. Diese sollen die Anhaltspunkte für unzulässige Preis- und Gebietsschutzabreden beseitigen. Die Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisabrede ergaben sich insbesondere aus der Verpflichtung der Yamaha-Händler, die Fahrzeuge in der Verkaufsstelle mit den empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften, und dem Umstand, dass die Fahrzeuge überwiegend mit diesem Verkaufspreis ausgezeichnet waren. Die Anhaltspunkte für die absoluten Gebietsschutzabreden ergaben sich aus der Alleinbezugsverpflichtung der Yamaha-Händler bei der Schweizer Generalimporteurin sowie deren Weigerung, auf importierten Fahrzeugen die Herstellergarantie zu gewähren.

Das Sekretariat der WEKO führte rund 15 *Marktbeobachtungen* wegen Verdachts auf **vertikale Preisabreden und Abschottung des Schweizer Markts** durch. Gegenstand waren unter anderem Hinweise auf Exportverbote in ausländischen Vertriebsverträgen, Aussagen von Mitarbeitenden, dass unaufgeforderte Anfragen aus der Schweiz nicht bedient werden dürften oder eine Pop-up-Nachricht auf der Internetseite des Importeurs mit dem Hinweis, dass Garantieleistungen nicht übernom-

men würden, wenn die Händler ein bestimmtes Preisniveau unterschreiten würden. In mehreren Fällen erwirkte das Sekretariat konkrete Verhaltensänderungen oder Massnahmen wie z.B. die Anpassung von Verträgen, Rundschreiben an Vertriebspartner und Schulungen von Mitarbeitenden mit der Klarstellung, dass unaufgeforderte Bestellungen von Kundinnen und Kunden aus der Schweiz uneingeschränkt bedient werden können und die Händler in der Preissetzung frei sind. Unter Berücksichtigung von Opportunitätsüberlegungen, wie etwa den Umständen, dass die problematischen Vertriebsverträge noch nicht in Kraft waren, keine relevanten Umsätze betroffen waren, die Hersteller keine Vertretung in der Schweiz hatten oder technische Handelshemmnisse vorlagen, verzichtete das Sekretariat auf weitere Verfahrensschritte.

c. Internationale Einkaufskooperation

Im Rahmen einer *Beratung* äusserte sich das WEKO-Sekretariat zu einer **internationalen Einkaufskooperation**. Das Sekretariat erachtete die Kooperation namentlich unter folgenden Bedingungen als kartellrechtlich zulässig: a) Die Marktanteile der beteiligten Händler auf den Einkaufsmärkten liegen unter 15 Prozent; b) die beteiligten Händler sind absatzseitig nicht Wettbewerber; c) die Zusammenarbeit der beteiligten Händler ist notwendig, um gegenüber angebotsmächtigen internationalen Markenherstellern eine Gegenmacht zu schaffen («countervailing buyer power»); d) die Einkaufskooperation führt zu einer Verstärkung des absatzseitigen Wettbewerbs in der Schweiz, weil die beteiligten Händler allfällige Kostensenkungen an die Konsumentinnen und Konsumenten weitergeben; e) der Informationsaustausch im Rahmen der Einkaufskooperation erfasst einzig solche Informationen, welche für das Funktionieren der Einkaufskooperation notwendig sind.

4.2 Binnenmarkt

Das Binnenmarktgesetz gewährleistet den freien Marktzugang in der ganzen Schweiz. Im interkantonalen Bereich ist der Marktzugang nach Massgabe des Herkunftsprinzips zu gewähren. Ein Recht auf **freien Marktzugang** besteht, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird (sog. Cassis-de-Dijon Prinzip). Die diesbezüglichen Aufsichtstätigkeiten der WEKO ergaben sich unter anderem wegen Anzeigen bei der spitalexternen Pflege und bei Hebammen. Diese üben ihre Tätigkeiten oft in verschiedenen Kantonen aus und benötigen dazu kantonale Zulassungen. Nicht alle kantonalen Gesundheitsbehörden halten bei der Zulassungsbeurteilung die binnenmarktrechtlichen Vorgaben ein. In einem Fall in der Westschweiz erhob eine *Spitex-Anbieterin* unter Einbezug der Wettbewerbsbehörde Beschwerde gegen eine nicht erteilte Zulassung. Die WEKO selber erhob in einem Zentralschweizer Fall Beschwerde gegen eine Kostenauflegung für eine Zulassung einer *Hebamme*, da der Marktzugang kostenlos zu gewähren ist. Die beiden Beschwerdeverfahren sind vor den zuständigen kantonalen Gerichten hängig.

Die **Übertragung von kantonalen Monopolen auf Private** hat gestützt auf das Binnenmarktgesetz durch eine diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung zu erfolgen. Diese binnenmarktrechtliche Vorgabe hat sich aufgrund der Rechtsprechung immer mehr als Mindest-

standard für Übertragungen von beschränkt verfügbaren Rechten der öffentlichen Hand auf Private entwickelt. Eine öffentliche Ausschreibung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Beispiel durchzuführen, wenn der öffentliche *Plakataushang* auf Private übertragen wird. Die WEKO reichte in einem Beschwerdeverfahren vor BGer betreffend den Plakataushang im Kanton Genf eine Stellungnahme ein. Eine Gemeinde hatte eine Konzession ohne Ausschreibung an die bestehende Anbieterin erteilt, obwohl sich noch ein weiteres Unternehmen interessiert war. Das BGer erachtete dies in seinem Urteil vom 30. November 2022 als klaren Verstoss gegen das Binnenmarktgesetz und berücksichtigte bei seinen Erwägungen auch die Ausführungen der WEKO. Weitere Fälle der Übertragung von öffentlichen Monopolen auf Private betrafen *Luftrettungsdienste* und *städtische Gastronomiebetriebe*.

Das Binnenmarktgesetz enthält ein **Diskriminierungsverbot für kantonale und kommunale Beschaffungen**. Die Wettbewerbsbehörde nimmt insbesondere Fälle auf, in denen allgemein der Marktzugang zu Lasten von Anbieterinnen beschränkt wird. Kantonale und kommunale Vergabestellen beauftragen für die Planung von öffentlichen Ausschreibungen gelegentlich externe Unternehmen. In manchen Fällen wird der Zuschlag an eine Anbieterin erteilt, die mit dem Planungsunternehmen in Verbindung steht. Dies ist nicht fair und beschränkt den Wettbewerb, da andere Firmen keine Chance für einen Erhalt des Auftrags erhalten. In solchen Fällen liegt ein Verstoss gegen das binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot sowie gegen die beschaffungsrechtlichen **Vorbefassungs- und Ausstandsregeln** vor. Die WEKO erhob im Jahr 2022 in einem solchen Fall eine Beschwerde an ein kantonales Verwaltungsgericht in der Ostschweiz. Das kantonale Verwaltungsgericht wies die Beschwerde der WEKO ab. Gegen dieses kantonale Urteil erhob die WEKO *Beschwerde* an das BGer, da die WEKO das kantonale Urteil als rechtlich unzutreffend erachtete.

Weitere Tätigkeiten im **Beschaffungswesen** betrafen Abklärungen in Zusammenhang mit freihändigen Vergaben. Der Ausnahmetatbestand einer freihändigen Vergabe wird bisweilen zu leichthin und ohne genügende Begründung angerufen. Besonders viele Anzeigen erhielt die WEKO zu freihändigen Vergaben in der Informationstechnologie. Zudem führte die Wettbewerbsbehörde Marktbeobachtungen in der Deutschschweiz und der Romandie zur Unterstellung des Stromeinkaufs unter das öffentliche Beschaffungsrecht durch und beantwortete dazu zahlreiche Anfragen der betroffenen Akteure. Überdies stellte die Wettbewerbsbehörde durch ihre Rückmeldungen in Konsultationen sicher (u.a. zum Beschaffungsleitfaden TRIAS), dass die Umsetzung des revidierten Beschaffungsrechts auch den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben entspricht.

5 Internationales

EU: Das Kooperationsabkommen im Bereich des Wettbewerbsrechts, welches die Schweiz und die EU im 2013 abgeschlossen hatten, ermöglichte der WEKO auch im Berichtsjahr eine effiziente Zusammenarbeit mit der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission. So konnten die beiden Schwesterbehörden z.B. die Er-

öffnung einer Untersuchung im Pharmabereich zeitlich koordinieren und anschliessend Beweismittel austauschen. Auch in anderen parallel geführten Untersuchungen kam es zu einem Informationsaustausch. Das Kooperationsabkommen hilft, Doppelspurigkeiten zu vermeiden und die Verfahren zu beschleunigen, was auch im Interesse der von einer Untersuchung betroffenen Unternehmen ist.

Deutschland: Im November 2022 unterzeichnete die Schweiz mit Deutschland ein Abkommen über die Zusammenarbeit im Bereich des Wettbewerbsrechts. Es handelt sich um ein Amtshilfeabkommen nach dem Vorbild des Kooperationsabkommens mit der EU, dem es inhaltlich weitgehend entspricht. Abweichungen sind mehrheitlich auf Unterschiede zwischen dem Wettbewerbsrecht der EU und Deutschlands und entsprechende Begriffsbestimmungen oder Anpassungen redaktioneller Natur zurückzuführen. In der Schweiz muss das Abkommen noch von der Bundesversammlung genehmigt werden. Es kann somit erst in der zweiten Hälfte 2023 in Kraft treten.

OECD: Das Sekretariat der WEKO beteiligte sich jeweils mit einem schriftlichen und einem mündlichen Beitrag an den OECD Diskussionen zu Daten-Screening Tools, zu Einkaufsmacht und einkaufsseitigen Kartellen sowie zu vorsorglichen Massnahmen. Zudem verfolgte es die Diskussion, wie die internationale Kooperation der Wettbewerbsbehörden zur Bekämpfung grenzüberschreitender Wettbewerbsrechtsverstösse verstärkt werden könnte. Die Schweiz setzte diesbezüglich bisher auf bilaterale Kooperationsabkommen mit ausgewählten Jurisdiktionen wie die EU und Deutschland.

ICN: Im Mai 2022 nahm das WEKO-Sekretariat an der 21. ICN-Jahreskonferenz in Berlin teil. Das Sekretariat beteiligte sich an verschiedenen ICN-Umfragen und -Berichten. Hierbei ist insbesondere die Mitwirkung an einem Bericht zur Digitalisierung und Effizienz der Wettbewerbsbehörden hervorzuheben. Zudem nutzte das Sekretariat die verschiedenen ICN-Webinare zum Erfahrungsaustausch. Für die Zukunft ist geplant, dass sich das Sekretariat im Bereich «Machine Learning» verstärkt am Informations- und Wissensaustausch im ICN engagiert, da das Sekretariat in diesem Bereich international eine Führungsrolle einnimmt.

UNCTAD: Das Sekretariat der WEKO nahm im Juli 2022 an der UNCTAD Jahreskonferenz in Genf teil. Zudem wurde die Mitarbeit in der Arbeitsgruppe zu grenzüberschreitenden Kartellen (Cross-Border Cartels) in enger Zusammenarbeit mit dem SECO fortgesetzt. Aufgrund der grossen Relevanz internationaler Kooperation bei der Bekämpfung von grenzüberschreitenden Kartellen wurde das Mandat dieser Arbeitsgruppe um ein Jahr verlängert, um künftig kleine und junge Wettbewerbsbehörden noch besser zu unterstützen und den Austausch zwischen den Behörden zu erleichtern.

6 Gesetzgebung

Mit der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung der neuen Bestimmungen zur **relativen Marktmacht**, welche der Gesetzgeber als Antwort auf die Fair-Preis-Initiative einführte, haben die Wettbewerbsbehörden eine neue

Aufgabe erhalten, der sie im Jahre 2022 bereits nachgekommen sind (vgl. Abschnitte 1 und 4.1.13.a).

Der Bundesrat führte die **Teilrevision des Kartellgesetzes** weiter, welche er nach dem Scheitern der letzten Revision 2014 aufgegleist hatte. Im Frühjahr 2022 gingen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zahlreiche Stellungnahmen ein. Voraussichtlich im ersten Halbjahr 2023 wird der Bundesrat einen Gesetzesentwurf und die Botschaft dazu veröffentlichen. Danach wird die Revision in den Räten behandelt. Die Federführung für die Teilrevision des Kartellgesetzes seitens der Verwaltung liegt beim GS-WBF und beim SECO. Das Sekretariat der WEKO wirkt bei den Arbeiten mit.

Auch die WEKO äusserte sich im Rahmen der **Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes** zu den vorgeschlagenen Anpassungen im Gesetzesentwurf. Sie befürwortet die zentralen Punkte der bundesrätlichen Vorlage, und zwar die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, die Stärkung des Kartellzivilrechts und die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Sie begrüsst auch zahlreiche weitere Revisionspunkte im Entwurf, die zu mehr Rechtssicherheit sowie zu kürzeren und einfacheren Verfahren führen. Hingegen lehnt die WEKO die Umsetzung von parlamentarischen Vorstössen ab, die teilweise auf unzutreffenden Prämissen beruhen und auf eine Schwächung der Kartellrechtsdurchsetzung zielen oder eine solche zumindest bewirken können: Insbesondere fordert sie, dass auf die Anpassung des Kriteriums der Erheblichkeit für Abreden in Artikel 5 des Kartellgesetzes (Umsetzung der Motion 18.4282 Français) sowie auf die Einführung von Fristen und von Parteientschädigungen in Kartellverfahren (Umsetzung der Motion 16.4094 Fournier) verzichtet wird. Ebenso problematisch sind die seither überwiesene Motion 21.4189 Wicki und die von mehreren Vernehmlassungsteilnehmenden geforderte Reform der Wettbewerbsbehörden, sofern sie nicht sorgfältig umgesetzt werden.

Der aktuelle Stand der **parlamentarischen Vorstösse** mit Bezug zum Kartellgesetz präsentiert sich wie folgt:

- Die **Motion 16.3902 Bischof** vom 30. September 2016 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» führte zu einer Ergänzung des UWG: Seit dem 1. Dezember 2022 sind sogenannte Paritätsklauseln zwischen Online-Plattformen und Hotels und anderen Beherbergungsbetrieben verboten. Letztere dürfen seither Zimmer über ihre eigene Website günstiger anbieten als auf Hotelbuchungs-Plattformen.
- Von der **Motion 16.4094 Fournier** vom 15. Dezember 2016 «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» haben die Räte zwei von vier Punkten überwiesen, nämlich Fristen für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren und Parteienentschädigungen für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren. Der Bundesrat hat die beiden Punkte in die Teilrevision des Kartellgesetzes integriert.

- Die **Motion 18.4282 Français** vom 13. Dezember 2018 «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» wurde in die Teilrevision des Kartellgesetzes integriert. Die Stellungnahmen hierzu sind kontrovers: Die einen möchten keine Änderung von Artikel 5 des Kartellgesetzes, den anderen geht die vorgeschlagene Regelung zu wenig weit.
- Die **Motion 21.4189 Wicki** vom 30. September 2021 «Untersuchungsgrundsatz wahren – keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» wurde von beiden Räten überwiesen, obwohl die darin behaupteten Missstände beim Gesetzesvollzug *nicht* gegeben sind, wie die Rechtsprechung der Gerichte belegt, und die geforderten Anforderungen an die Unschuldsvermutung bereits im geltenden Gesetz enthalten sind. Der Bundesrat wird die Motion im Rahmen der Teilrevision des Kartellgesetzes umsetzen.
- Die **Motion 18.3898 Pfister** vom 27. September 2018 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» wurde überwiesen. Der Bundesrat arbeitet an der Umsetzung unter Berücksichtigung der Entwicklungen in der EU.
- Die **Motion 22.3838 Gugger** vom 17. Juni 2022 «Schutz vor der einseitigen Einführung des Agenturmodells im KFZ-Markt» ist in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion 22.3885 WAK-Nationalrat** vom 15. August 2022 «Vorabklärung des Weko-Sekretariates bzw. Untersuchung der Weko zu Wettbewerbsproblemen bei Brenn- und Treibstoffen» fordert den Bundesrat auf, das WBF zu beauftragen, die WEKO mit der Eröffnung einer Untersuchung zu beauftragen. Der Nationalrat hat die Motion am 14. Dezember 2022 angenommen.
- Die **Motionen Maitre und de Quattro** vom 22. September 2022 «Interchange Fees für Zahlungen mit Debitkarten verbieten» (22.3976 und 22.3977) sind in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion 22.4404 Rechsteiner** vom 14. Dezember 2022 «Verfahren beschleunigen – Rechtssicherheit erhöhen» fordert eine Änderung des Kartellgesetzes, wonach die Untersuchungsphase des Sekretariats der WEKO (d. h. von der Eröffnung des Verfahrens bis zum Antrag des Sekretariats an die WEKO) maximal ein Jahr dauern dürfe mit der Option einer einmaligen Verlängerung um maximal ein weiteres Jahr. Der Vorstoss wurde in den Räten noch nicht behandelt.

7 Statistik

Die Statistik über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates gestaltet sich für das Jahr 2022 wie folgt:

	2022	2021	2020
Untersuchungen			
Während des Jahres geführt	19	20	20
davon Übernahmen vom Vorjahr	16	16	13
davon Eröffnungen	3	4	7
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	0	0
Endentscheide	1	4	6
davon einvernehmliche Regelungen	1	3	4
davon behördliche Anordnungen	1	2	1
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	1	4	4
davon Teilverfügungen	0	0	2
Verfahrensleitende Verfügungen	1	2	2
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	1	2	1
Vorsorgliche Massnahmen	0	1	1
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	1	2	1
Vorabklärungen			
Während des Jahres geführt	14	11	14
davon Übernahmen vom Vorjahr	8	7	13
davon Eröffnungen	6	4	1
Abschlüsse	5	3	8
davon mit Untersuchungseröffnung	0	1	1
davon mit Anpassung des Verhaltens	4	1	4
davon ohne Folgen	1	1	3
Andere Tätigkeiten			
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	5	1	1
Erfolgte Beratungen	14	33	24
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	52	48	80
BGÖ-Gesuche	22	10	18
Sonstige erledigte Anfragen	511	519	565
Zusammenschlüsse			
Meldungen	49	31	35
Kein Einwand nach Vorprüfung	49	31	34
Prüfungen	0	0	1
Entscheide der WEKO nach Prüfung	0	0	1
Untersagung	0	0	0
Zulassung mit Bedingungen / Auflagen	0	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	0	0	1
Vorzeitiger Vollzug	0	0	0
Beschwerdeverfahren			
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	35 (88)	39 (92)	42
Urteile BVGer	6 (31)	11 (15)	9
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	4 (10)	8 (12)	6
davon teilweiser Erfolg	2 (6)	2 (2)	2
davon kein Erfolg	0 (3)	1 (1)	1
Urteile BGer	5 (7)	5 (12)	7
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	4 (4)	4 (11)	6
davon teilweiser Erfolg	1 (2)	1 (1)	1
davon kein Erfolg	0 (1)	0 (1)	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	29 (69)	30 (71)	29

Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.			
Gutachten (Art. 15 KG)	1	0	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	0	2	0
Nachkontrollen	0	0	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	1	0	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	327	335	327
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	14	11	12
Beihilfeprüfungen	0	1	2
BGBM			
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	1	0
Gutachten (Art. 10 BGBM)	1	4	1
Marktbeobachtungen / Beratungen (Sekretariat)	62	68	63
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	3	1	2

Aus der Statistik für das Jahr 2022 und dem Vergleich mit den Zahlen aus den Jahren 2021 und 2019 ergeben sich folgende wesentliche Erkenntnisse:

- Untersuchungen: Die WEKO und ihr Sekretariat führten 2022 praktisch gleich viele Untersuchungen wie in den Vorjahren. Jedoch schloss die WEKO weniger Verfahren als üblich ab. Zwei Gründe sind dafür ausschlaggebend: Diverse Verfahren befinden sich auf Stufe im Sekretariat in der Endphase. Zudem wurden der WEKO überdurchschnittlich viele Zusammenschlüsse gemeldet, die aufgrund der gesetzlichen Fristen prioritär zu behandeln sind.
- Vorabklärungen und Marktbeobachtungen: Die Anzahl Vorabklärungen und Marktbeobachtungen bewegt sich in ähnlichen Grössenordnungen zu jenen der letzten paar Jahre.
- Zusammenschlüsse: Im 2022 wurden 49 Zusammenschlüsse innerhalb der gesetzlichen Frist von einem Monat geprüft. Dies sind deutlich mehr Meldungen als in den vergangenen beiden Jahren und zweitmeisten seit 1996 (über die letzten 25 Jahre lag der jährliche Durchschnitt bei rund 27 Meldungen). Entsprechend waren Ressourcen für die Prüfung der Zusammenschlüsse gebunden.
- Beschwerdeverfahren: Zwar ist die Zahl hängiger Beschwerden vor den Gerichten weiterhin hoch. Jedoch fällten die Gerichte viele Entscheide, teilweise über einzelne, teilweise über alle Beschwerden zu einem WEKO-Entscheid. Zur Zählweise gilt es Folgendes zu beachten:
 - o WEKO-Entscheide (Verfügungen) richten sich meist gegen mehrere Parteien. Diese reichen vor den Gerichten einzeln eine Beschwerde ein. Die Gerichte behandeln in der Regel jede Beschwerde einzeln und fällen entsprechend mehrere Urteile zu einem einzelnen WEKO-Entscheid. Diese Gerichtsurteile sind in der Sache teilweise sehr ähnlich, können aber auch Einzelfragen behandeln.
 - o Ab dem Jahr 2021 werden neu nicht nur die parallelen Beschwerdeverfahren vor den Gerichten gemeinsam als ein Fall pro WEKO-Entscheid gezählt, sondern wird zusätzlich in Klammern die Gesamtsumme aller separaten, auch parallelen

Beschwerden insgesamt aufgeführt. Gleiches gilt für die Statistik auf Stufe Gerichte: Die Urteile werden zum einen unabhängig von der Anzahl Beschwerden zu einem WEKO-Entscheid als ein Urteil gezählt sowie zum anderen sind zusätzlich in Klammern die Urteile zu den einzelnen Beschwerden aufgeführt (z.B. zählen die Urteile des BVGer über die neun Beschwerden zum WEKO-Entscheid Luftfracht als ein Urteil sowie in Klammer als neun Urteile).

- Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen: Gutachten und Empfehlungen sind seit Jahren selten. Dieses Jahr erstellte die WEKO ein Gutachten an ein Zivilgericht. Auf konstant hohem Niveau bewegt sich die Anzahl Ämterkonsultationen, die das WEKO-Sekretariat zu behandeln hat. Alleine im Gesundheitswesen fielen rund 150 Ämterkonsultationen an. Im Bereich Landwirtschaft sind es etwa 30.
- BGBM: Die Anzahl der im Bereich des Binnenmarktgesetzes behandelten Fragen bewegt sich in ähnlichen Grössenordnungen wie in den letzten Jahren.

8 Spezialthema 2022: Anwendung des Kartellgesetzes in Krisenzeiten

Bereits die SARS-CoV-2-Lage forderte Gesellschaft, Politik und Wirtschaft. Im letzten Jahr kam die Kriegssituation in der Ukraine hinzu, welche Anspannungen und Unsicherheiten verursachte. In diesen Krisenzeiten stellen sich auch kartellrechtliche Fragen. Aus der Sicht der Schweiz stehen die Winterversorgung mit Gas und die hohen Preise für fossile Brennstoffe im Vordergrund. Zudem sah sich die WEKO im Zusammenhang mit Covid-Selbsttests mit Hinweisen auf Preisabreden konfrontiert.

Auch andere Wettbewerbsbehörden standen ähnlichen Fragestellungen gegenüber. Aufbauend auf internationalen Erfahrungen hat das Leitungsgremium des International Competition Network ICN (es umfasst Wettbewerbsbehörden aus 130 Staaten) eine Erklärung zur zentralen Rolle des Wettbewerbs und der Wettbewerbspolitik in Zeiten von Krisen wie Pandemie und Krieg publiziert.

Der Anwendung des Kartellgesetzes in Krisenzeiten ist deshalb das diesjährige Spezialthema gewidmet.

8.1 Sicherstellung der Winterversorgung mit Gas

Zur Bewältigung der durch den Ukraine-Krieg entstandenen Energiekrise wurde eine Task Force zur Sicherstellung der Gasversorgung in der Schweiz unter der Federführung des Verbands der Schweizerischen Gaswirtschaft (VSG) ins Leben gerufen. Neben Vertreterinnen und Vertretern der Gasbranche waren auch Bundesbehörden des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und des Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vertreten. Das Sekretariat der WEKO wurde dazu eingeladen, in der Task Force sowie in der die Task Force vorbereitenden Arbeitsgruppe Einsitz zu nehmen. An den seit März 2022 wöchentlich stattfindenden Sitzungen nahm es mit dem Ziel teil, den in der Task Force involvierten Akteuren von Gasbranche und Bund möglichst Rechtssicherheit zu geben und der Task Force zu ermöglichen, auf eine kartellrechtskonforme Winterversorgung 2022/2023 hinzuwirken. Zusätzlich haben die WEKO und das Sekretariat in zahlreichen Ämterkonsultationen und Vernehmlassungen Stellungnahmen zu entsprechenden relevanten Entwürfen von Erlassen abgegeben. Dabei setzten sich die Wettbewerbsbehörden dafür ein, dass in den Entwürfen zur Gasversorgung nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmende bevorzugt oder benachteiligt werden.

Im Zuge dieser Arbeiten wurde durch die Gasbranche der Vorwurf erhoben, die Wettbewerbsbehörden hätten die rasche Gasbeschaffung verzögert, indem sie auf Einhaltung des Kartellgesetzes gepocht hätten. Damit wurde unterstellt, dass die Pflicht zur Einhaltung des Kartellgesetzes durch die Gasbranche die Energiekrise und eine allfällige Mangellage verschärfe. Der Vorwurf ist unbegründet: Die Wettbewerbsbehörden stellten sich zu keinem Zeitpunkt gegen eine rasche und auch nicht gegen eine gemeinsame Beschaffung auf den Energiemärkten. Wie auch die übrigen europäischen Wettbewerbsbehörden machte auch das Sekretariat der WEKO aber regelmässig darauf aufmerksam, dass die Energiekrise nicht ausgenutzt werden dürfe, um unter dem Vorwand gestiegener Energiepreise ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen zu praktizieren und damit Handelspartnerinnen zu behindern oder Konsumenten und Konsumentinnen auszubeuten. Entsprechend hat sich das WEKO-Sekretariat in der Task Force dafür eingesetzt, dass die Winterversorgung nicht so ausgestaltet wird, dass einzelne Kundengruppen ungerechtfertigt entweder einen schlechteren Zugang zu Gas erhalten oder zu schlechteren Bedingungen als andere Kundinnen und Kunden.

Gerade in Krisenzeiten hat das Kartellgesetz die wichtige Aufgabe, das Ausnutzen einer Krisensituation zu verhindern und Unternehmen sowie Konsumentinnen und Konsumenten, die sich in Abhängigkeitsverhältnissen befinden vor «Kriegsgewinnern» zu schützen. Das Kartellgesetz und seine Anwendung sind dabei flexibel genug, um besonderen Umständen Rechnung tragen zu können. Das Kartellgesetz selbst sieht – ein demokratiepolitisch korrekter Prozess vorausgesetzt – eine Einschränkung seiner Anwendung vor, wenn andere öffent-

liche Interessen dem Wettbewerb in einer speziellen Situation vorgehen:

Einerseits findet das Kartellgesetz keine Anwendung, wenn in einem anderen Gesetz vorgesehen ist, dass Wettbewerb in einem bestimmten Markt nicht zugelassen ist. Dies bedingt, dass Vorschriften durch den Gesetzgeber oder den Ordnungsgeber erlassen werden, die auf einem bestimmten Markt Wettbewerb ausschliessen. Andererseits kann der Bundesrat von seiner im Kartellgesetz vorgesehenen Kompetenz Gebrauch machen, wonach er Entscheide der Wettbewerbskommission übersteuern kann, wenn für unzulässig erklärte Verhaltensweisen in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das Kartellgesetz in einer Krise wie der Energiekrise eine wichtige Funktion erfüllt, um Missbräuche zu verhindern, aber auch genügend flexibel ist, um speziellen Konstellationen Rechnung zu tragen, sofern Gesetzgeber oder Regierung die entsprechenden Massnahmen treffen. Werden keine solchen – demokratiepolitisch legitimierten – Massnahmen ergriffen, ist es aber nicht an Privaten, sich über das geltende Recht hinwegzusetzen.

8.2 Hohe Preise für fossile Brennstoffe

Die Marktpreise für fossile Brennstoffe und damit auch der Treibstoffpreis an Tankstellen sind infolge des Krieges in der Ukraine deutlich gestiegen. In diesem Zusammenhang erhielt das Sekretariat der WEKO seit Ende Februar 2022 diverse Anfragen von Bürgerinnen und Bürgern mit Hinweisen auf mögliche Wettbewerbsabreden. Das Sekretariat ging diesen Hinweisen nach und analysierte die preiserhöhenden Faktoren in Zusammenarbeit mit der Preisüberwachung. Dabei stützte es sich namentlich auf die vom Bundesamt für Statistik (BFS) publizierte Entwicklung der Durchschnittspreise für Treibstoffe und stellte auf dieser Grundlage Überschlagsrechnungen an.

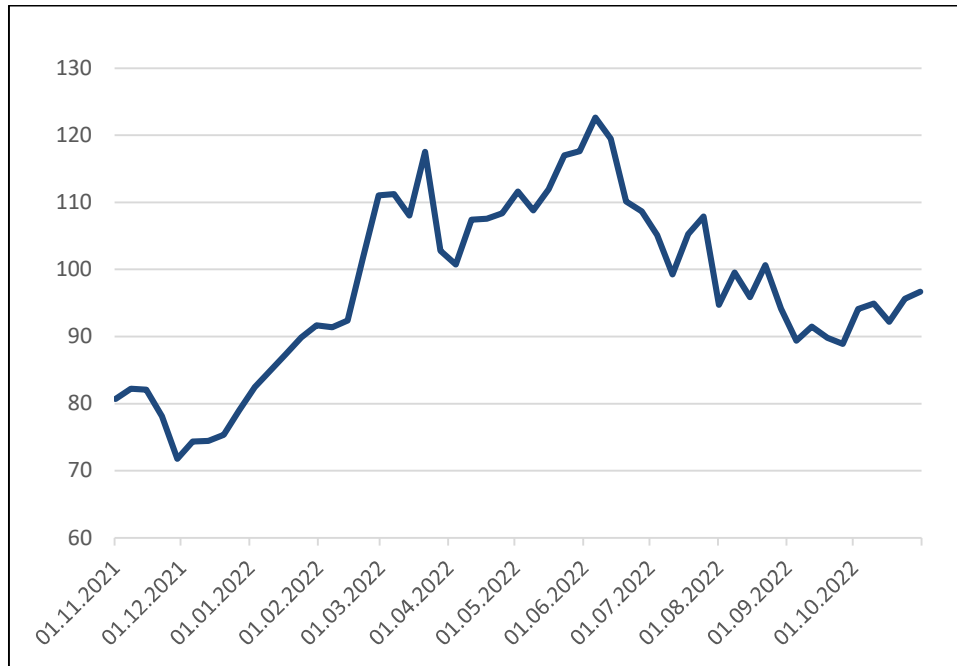
Das WEKO-Sekretariat zog folgendes Fazit: Die Analyse der Treibstoffpreise an Tankstellen ergab im Ergebnis keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden oder Preismissbräuche von marktbeherrschenden Unternehmen, die die Eröffnung eines Verfahrens gegen bestimmte Unternehmen gerechtfertigt hätten. Es gilt zu beachten, dass gleichzeitig ansteigende Preise an Tankstellen nicht zwingend das Ergebnis einer Preisabrede sein müssen, sondern kostenbasiert sein (z.B. Erhöhung Rohölpreise) und sich durch das Beobachten und Kopieren der Preise der Konkurrenz ergeben können. Dies gilt insbesondere bei homogenen Produkten wie Treibstoffen, die sich praktisch nur preislich unterscheiden. Die Übernahme derselben Preise wie die der Konkurrenz ist kartellrechtlich unproblematisch, solange Konkurrenten ihre Preissetzung nicht mittels Abreden koordinieren. Die teilweise erheblichen regionalen Preisunterschiede sowie der Preisaufschlag an Tankstellen an Autobahnen dürften auf unterschiedliche Kostenstrukturen sowie eine unterschiedliche Wettbewerbsintensität zurückzuführen sein. Nachstehend wird auf einzelne Überlegungen des Sekretariates der WEKO eingegangen.

Für den Treibstoffpreis an Tankstellen sind mehrere Faktoren relevant: Zunächst erklären Steuern und Abgaben (Mineralölsteuer, Mineralölsteuerzuschlag, Importabgabe und Mehrwertsteuer) rund 50 Prozent des Treibstoffpreises an der Zapfsäule. Weitere Einflussfaktoren sind der Rohölpreis (vgl. Abbildung 1), der Wechselkurs des Schweizer Franken zum US-Dollar (vgl. Abbildung 2) sowie die Frachtkosten auf dem Rhein mit einem gemeinsamen Preisanteil von ca. 34 Prozent. Die Analyse der Entwicklung der Treibstoffpreise an Tank-

stellen und deren Einflussfaktoren ergab keine Hinweise darauf, dass sich die Preise an der Zapfsäule entkoppelt von den dargelegten Einflussfaktoren entwickelt hätten. Mit anderen Worten ist die Preisentwicklung durch die nachfolgend dargelegten Einflussfaktoren grundsätzlich nachvollziehbar.

Abbildung 1 ist zu entnehmen, dass der Preis für Rohöl insbesondere von Februar bis April 2022 starken Schwankungen ausgesetzt war und sich seit Ende 2021 deutlich erhöhte.

Abbildung 1: Entwicklung Ölpreis Brent (US-Dollar je Barrel als Wochendurchschnittspreise)

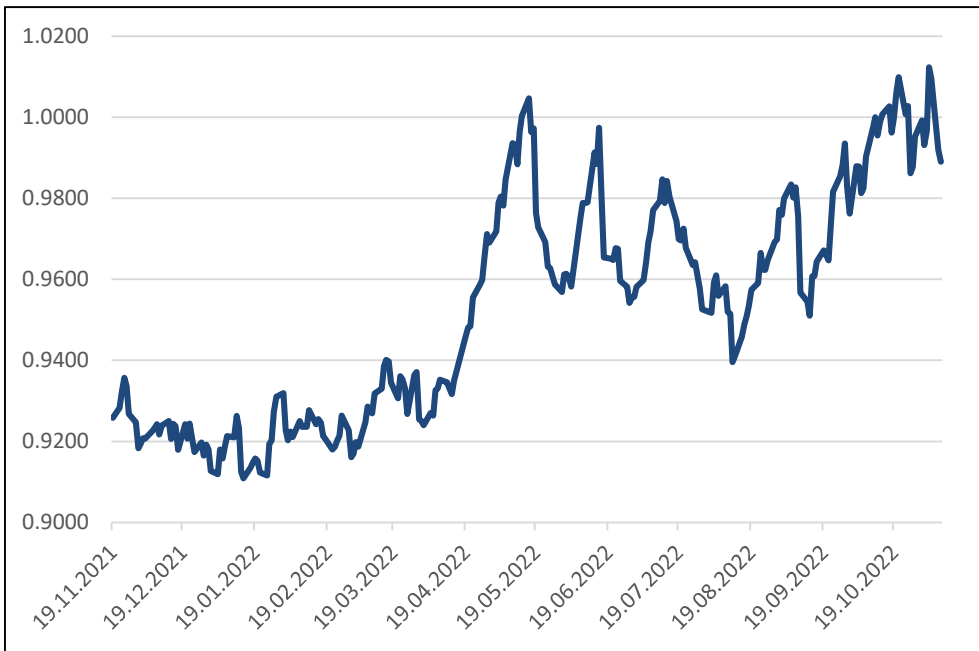


Quelle: www.onvista.de (Stand: 08.11.2022).

Abbildung 2 zeigt, dass sich der Schweizer Franken im Verlauf des Jahres gegenüber dem US-Dollar leicht abwertete. Mussten bis April 2022 noch ca. 93 Rappen für einen US-Dollar bezahlt werden, so verteuerte sich der US-Dollar bis Ende Oktober 2022 auf ca. 1 Franken. Dies entspricht einer Abwertung des Schweizer Franken

um ca. 8 Prozent. Diese Entwicklung ist deshalb relevant für die Treibstoffpreise an Tankstellen in der Schweiz, da das Rohöl in US-Dollar bezahlt werden muss. Eine Abwertung des Schweizer Franken gegenüber dem US-Dollar hat somit einen preistreibenden Effekt auf die Treibstoffpreise an Tankstellen in der Schweiz.

Abbildung 2: Wechselkursentwicklung USD in CHF (Preisnotation)

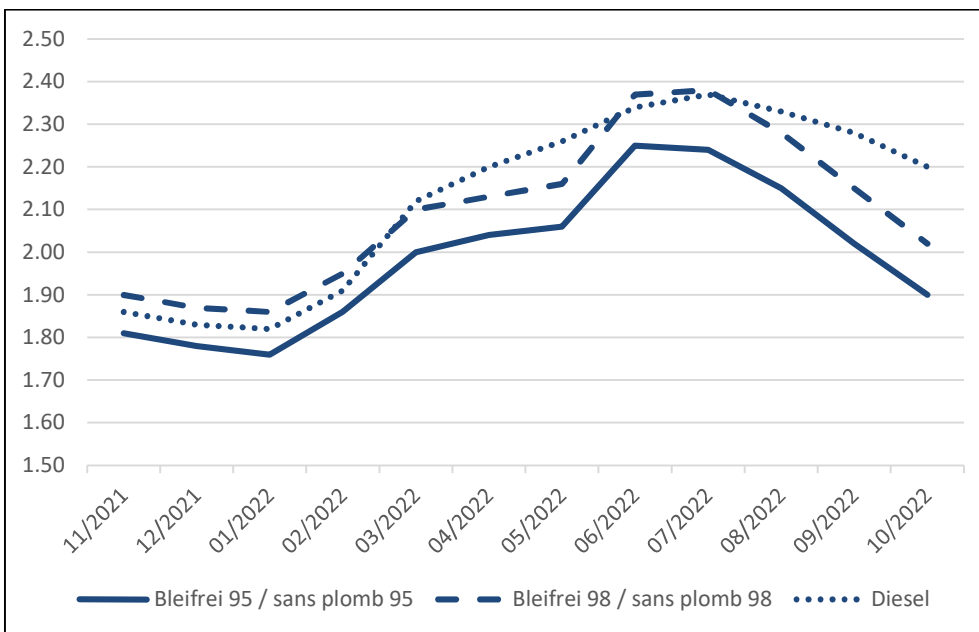


Quelle: SNB (Stand: 08.11.2022).

Abbildung 3 zeigt die Entwicklung der durchschnittlichen Treibstoffpreise an Tankstellen in der Schweiz im Zeitraum von November 2021 bis Oktober 2022. Daraus geht hervor, dass die Preise für Treibstoffe (Benzin 95,

Benzin 98 und Diesel) von Februar bis Juli 2022 von durchschnittlich ca. 1,91 Franken um 42 Rappen auf durchschnittlich ca. 2,33 Franken angestiegen sind.

Abbildung 3: Durchschnittspreise für Treibstoffe an Tankstellen in der Schweiz



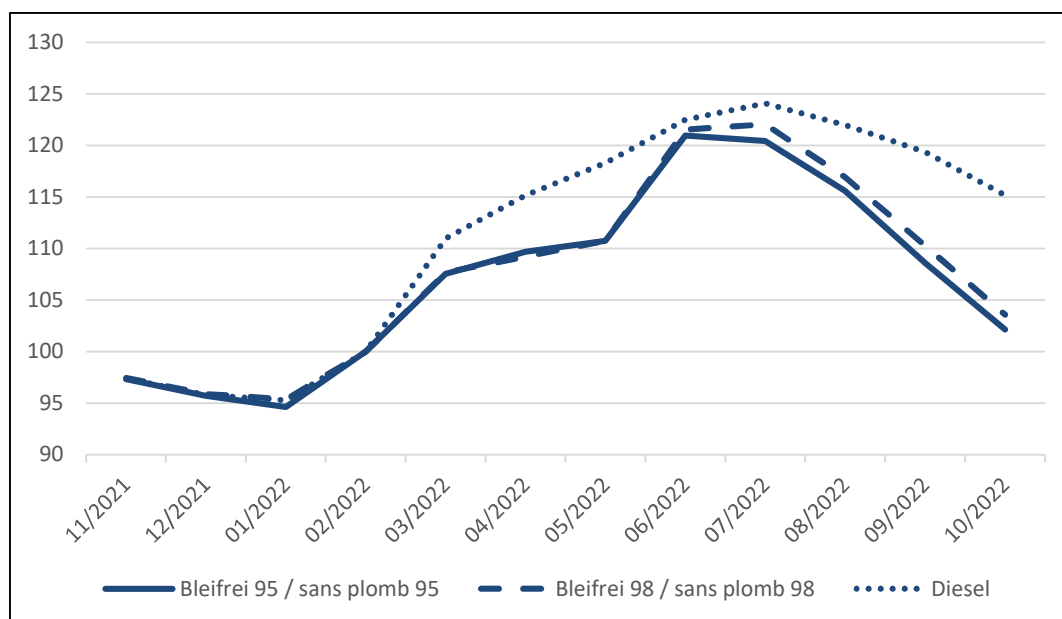
Quelle: BFS, Monatswerte Nov. 2021 bis Okt. 2022 (Stand: 08.11.2022).

Die Betrachtung der relativen Entwicklung der einzelnen Treibstoffe zeigt in *Abbildung 4*, dass der Tankstellenpreis von Benzin von Februar bis Juli 2022 um ca. 21 Prozent anstieg. Im gleichen Zeitraum erhöhte sich der Preis für Diesel mit ca. 24 Prozent etwas stärker. Bis Oktober 2022 sanken die Preise für Benzin wieder um ca. 20 Prozent und lagen damit etwa auf dem Niveau

von Februar 2022, jedoch noch ca. 8 Prozent höher als im Oktober 2021. Die Preise für Diesel sanken seit Juli 2022 nur um ca. 9 Prozent; damit war Diesel im Oktober 2022 noch immer ca. 20 Prozent teurer als im Oktober 2021. Die unterschiedliche preisliche Entwicklung von Diesel und Benzin dürfte darauf zurückzuführen sein, dass Heizöl mit Diesel substituiert werden kann und sich

die Nachfrage nach Heizöl bereits im Frühling 2022 erhöhte. Dies infolge des krisenbedingten, vorzeitigen Auffüllens der Tanks und Lager sowie Ausweicheffekten der Unternehmen von Gas auf Heizöl.

Abbildung 4: Treibstoffpreise an Tankstellen in der Schweiz (Indexiert: Feb. 2022 = 100)



Quelle: BFS und eigene Berechnung.

Treibstoffe in der Schweiz werden einzig durch die Raffinerie in Cressier in einem Umfang von ca. 25 Prozent des Verbrauches im Strassenverkehr hergestellt. Deshalb ist der Import von Treibstoffen via Rhein eine relevante Bezugsquelle. Infolge der grossen Trockenheit im Sommer 2022 und dem tiefen Rheinpegel mit der damit verbundenen niedrigeren Ladekapazität der Frachtschiffe stieg der Frachtpreis im Juli 2022 von dem vorher üblichen Preis in Höhe 15 – 35 Franken auf über 85 Franken pro Tonne an. Dies erklärt einen weiteren Anteil der Erhöhung der Treibstoffpreise an Tankstellen in der Schweiz.

Der Preisüberwacher und das Sekretariat der WEKO standen bezüglich der Preissituation auf den Energiemärkten in engem Austausch und koordinierten Aktivitäten entsprechend ihrer jeweiligen Kompetenzen. Beispielsweise analysierte der Preisüberwacher die Margen der einzigen Schweizer Raffinerie. Denn in Abwesenheit von Hinweisen auf einen Verstoss gegen das Kartellrecht können überhöhte Margen einen Preismissbrauch darstellen, der in den Kompetenzbereich der Preisüberwachung fällt. Nebst der Zusammenarbeit mit der Preisüberwachung war das Sekretariat in der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Energiepreise» vertreten, welche die Entwicklung der Energiepreise analysierte und Grundlagen für mögliche Handlungsfelder des Bundes prüfte.

Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden den Markt für Treibstoffe an Tankstellen bereits vor 2022 laufend beobachteten, namentlich aufgrund regelmässiger Anfragen zu Treibstoffpreisen aus der Bevölkerung. Allerdings gab es in den letzten

Jahren keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen, die eine Eröffnung eines Verfahrens gegen bestimmte Unternehmen gerechtfertigt hätten. Auch die Untersuchung der WEKO des Schweizer Benzinmarktes der Jahre 1992 bis 2000 ergab keine entsprechenden Anhaltspunkte. Die 2022 durchgeführte Branchenuntersuchung der österreichischen Wettbewerbsbehörden lieferte für den österreichischen Kraftstoffmarkt ebenfalls keine unmittelbaren Hinweise auf Kartellbildung oder Marktmachtmissbrauch.

8.3 Covid-Selbsttests

Während der Covid-19-Pandemie achteten die Wettbewerbsbehörden besonders darauf, dass die Unternehmen die Situation nicht ausnutzten, um sich wettbewerbswidrig zu verhalten. Bei unvorhergesehenen Ereignissen, die die Verbraucher dazu veranlassen, sich für kurze Zeit auf eine bestimmte Art von Waren zu stürzen, kann das Angebot die Nachfrage häufig nicht oder nur teilweise befriedigen. Angesichts dieser plötzlichen Nachfragespitzen können Unternehmen versucht sein, ihre Preise in koordinierter Weise zu erhöhen, was die Wettbewerbsbehörden zu einem raschen Eingreifen zwingt.

Eine entsprechende Intervention erfolgte Ende März 2021 im Bereich des Vertriebs von Schnelltests gestützt auf einen Hinweis eines Vertriebsunternehmens. Während die Schweizer Bevölkerung ab dem 7. April 2021 in den Apotheken kostenlos Covid-Selbsttests beziehen konnte, wurde versucht, einen Händler unter Druck zu setzen, damit er die Preise für seine Tests an diejenigen seiner Konkurrenten anpasste. Das Sekretariat der WEKO leitete umgehend eine Vorabklärung ein und veröf-

fentlichte eine Pressemitteilung. Es führte Ermittlungen durch, die zeigten, dass der Versuch gescheitert war. Da keine Hinweise auf weitere Absprachen gefunden werden konnten, sensibilisierte das Sekretariat der WEKO das betreffende Unternehmen für die wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhalte und beendete das Verfahren mit einer zweiten Pressemitteilung.

Damit machen die Wettbewerbsbehörden die Konsumentinnen und Konsumenten auf ein bestimmtes Problem aufmerksam und zeigen der Öffentlichkeit, dass sie sehr schnell eingreifen, um das Kartellgesetz durchzusetzen, wenn Unternehmen Notsituationen ausnutzen, um Preisabsprachen zu treffen bzw. dies zu versuchen oder um ihre starke Marktposition zu missbrauchen. Das Sekretariat der WEKO steht den Unternehmen jederzeit beratend zur Seite, um ihnen langwierige und kostspielige Verfahren zu ersparen.

8.4 Fazit

In Krisenzeiten können der Ruf nach Staatseingriffen laut werden und die Förderung und der Schutz des Wettbewerbs an Priorität verlieren. Die Geschichte und die letzten Jahre zeigten, dass es auch in Krisenzeiten wichtig ist, den Wettbewerb bei der Rechtsetzung und der Politikgestaltung im Auge zu behalten. Märkte, in denen Wettbewerb besteht, vermögen flexibler mit wirtschaftlichen Störungen umzugehen. Abgeschottete und geschützte Märkte hingegen drohen in Krisenzeiten zu scheitern. Werden staatliche Massnahmen zur Krisenbewältigung in Erwägung gezogen, stellen sich beispielsweise die Fragen, ob und inwiefern Unternehmen selbstständig mit einer Krise umgehen können, ob und in welcher Form staatliche Eingriffe nötig und zielführend sind sowie ob und über welchen Zeitraum Unternehmen staatliche Unterstützung rückvergüten sollen. Auch das WEKO-Sekretariat war im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Winterversorgung mit Gas mit solchen Fragen konfrontiert. Es hat sich für wettbewerbskonforme und nachhaltige Lösungen eingesetzt.

Dynamische Märkte reagieren in Krisenzeiten. Besteht beispielsweise Knappheit oder verteuern sich Produktionsfaktoren, reagieren Märkte mit Preiserhöhungen. Ähnliches zeigte sich 2022 bei den Preisen für fossile Brennstoffe. Die umgehende Analyse der zahlreichen Hinweise zeigte, dass die hohen Preise durch verschiedene Faktoren und Ereignisse erklärt werden konnten. Verfahren gegen bestimmte Unternehmen haben sich nicht gerechtfertigt.

Anders verhielt es sich bei den Druckversuchen einzelner Händler von Covid-Schnelltests, um Preiserhöhungen zu realisieren. Das Sekretariat der WEKO reagierte damals umgehend und eröffnete gegen mehrere Händlerinnen ein Verfahren. Die strenge Rechtsdurchsetzung kann dazu beitragen, dass Krisenzeiten nicht für wettbewerbswidrige Aktivitäten ausgenutzt werden. Für die wettbewerbskonforme Ausgestaltung von Verhaltensweisen zur Krisenbewältigung stehen die WEKO und ihr Sekretariat den Unternehmen und der Politik beratend zur Seite.

9 Anhang: Mitglieder der Kommission und der Geschäftsleitung des Sekretariates

Kommission:

- Bis 31.12.22: Andreas Heinemann, Präsident, Professor für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Zürich
- Ab 1.1.23: Baudenbacher Laura Melusine, Präsidentin, Partnerin in Schweizer Anwaltskanzlei mit Niederlassung in Brüssel
- Schmutzler Armin, Vizepräsident, Professor am Institut für Volkswirtschaftslehre der Universität Zürich
- Wüthrich-Meyer Danièle, Vizepräsidentin, ehemalige Richterin am Obergericht des Kantons Bern
- Bettschart-Narbel Florence, Mitglied, Anwältin, ehemals Verantwortliche für Politik und Recht im Zentralsekretariat der Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Diebold Nicolas, Mitglied, Professor für öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern
- Emons Winand, Mitglied, Professor an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern
- Grisel Rapin Clémence, Mitglied, Professorin im Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Universität Fribourg
- Këllezzi Pranvera, Mitglied, Selbständige Anwältin im Kanton Genf
- Martinez Isabel, Mitglied, Ökonomin (PostDoc) an der KOF Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich, ehemals Zentralsekretärin des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes SGB
- Minsch Rudolf, Mitglied, Chefökonom und GL-Mitglied economiesuisse
- Rufer Martin, Mitglied, Direktor Schweizer Bauernverband SBV
- Schneider Henrique, Mitglied, Stv. Direktor Schweizerischer Gewerbeverband sgv

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

Sekretariat der WEKO:

- Ducrey Patrik, Direktor
- Stüssi Frank, Stv. Direktor, Bau
- Graber Cardinaux Andrea, Vizedirektorin, Produktmärkte
- Schaller Olivier, Vizedirektor, Dienstleistungen
- Söhner-Bührer Carole, Vizedirektorin, Infrastruktur
- Brunner René, Leiter Ressourcen

A 1.	2. Rapport annuel 2022 de la Commission de la concurrence (COMCO)
------	--

Table des matières

1	L'année 2022 en bref	23	9	Annexe: membres de la COMCO et de la Direction de son Secrétariat	42
2	La COMCO et le Secrétariat	23			
3	Décisions les plus importantes en 2022	24			
3.1	Décisions de la COMCO	24			
3.2	Jugements des tribunaux	25			
4	Activités	28			
4.1	Activités sur divers marchés	28			
4.1.1	Secteur automobile	28			
4.1.2	Secteur de la construction	29			
4.1.3	Services digitaux	29			
4.1.4	Énergie	30			
4.1.5	Marchés financiers	30			
4.1.6	Services professionnels (services de maintenance et de réparation)	31			
4.1.7	Santé	31			
4.1.8	Agriculture	31			
4.1.9	Médias (publicité au cinéma et livres)	32			
4.1.10	La Poste	32			
4.1.11	Sport	32			
4.1.12	Télécommunications	32			
4.1.13	Industrie horlogère	32			
4.1.14	Autres activités	33			
a.	Pouvoir de marché relatif	33			
b.	Accords verticaux sur les prix et cloisonnements du marché	33			
c.	Coopération d'achat internationale	33			
4.2	Marché intérieur	33			
5	Relations internationales	34			
6	Législation	35			
7	Statistiques	36			
8	Thème spécial pour 2022: l'application de la loi sur les cartels en temps de crise	38			
8.1	Garantir l'approvisionnement en gaz durant l'hiver	38			
8.2	Des prix élevés pour les combustibles fossiles	39			
8.3	Autotests COVID	41			
8.4	Conclusion	42			

1 L'année 2022 en bref

La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat ont de nouveau reçu et examiné durant l'année sous revue plusieurs centaines de notifications et de dénonciations émanant de citoyens, des pouvoirs publics, d'entreprises, d'associations, etc. Ces notifications et dénonciations, qui concernaient des marchés très divers, ont débouché sur quelque 75 **procédures** et **conseils** nouveaux de grande ou petite importance. La branche automobile, la construction, le domaine de l'énergie, les marchés financiers, le développement de la fibre optique, la Poste, le secteur de la pharma et l'horlogerie ont été concernés.

La COMCO a rendu plusieurs **décisions**, notamment concernant les ententes entre concessionnaires automobiles tessinois (Concessionari VW). En outre, elle a adopté le remaniement de la communication sur les accords verticaux, à laquelle les entreprises peuvent se référer pour concevoir des accords conformes au droit cartellaire avec des entreprises d'autres niveaux de marché (p. ex. des fournisseurs ou des clients). Les décisions de la COMCO sont régulièrement attaquées devant les instances de recours. Durant l'année sous revue, le Tribunal administratif fédéral (TAF) et le Tribunal fédéral (TF) ont rendu une série de jugements. Par exemple, le Tribunal fédéral a confirmé les mesures provisionnelles de la COMCO concernant le développement de la fibre optique par Swisscom et le TAF a confirmé la décision d'ouvrir le marché par les droits de retransmission directe de matchs de hockey sur glace via Pay-TV.

Les nouvelles dispositions relatives au **pouvoir de marché relatif** sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2022. Elles remontent à l'initiative pour des prix équitables et visent en particulier à lutter contre l'îlot de cherté suisse. La vague de dénonciations thématisée au Parlement n'a certes pas eu lieu. Mais deux dénonciations ont conduit à l'ouverture de premières enquêtes. L'une concerne le domaine pharmaceutique et l'autre, le domaine du livre en Suisse romande. La COMCO souhaite contribuer aussi rapidement que possible à la sécurité du droit en créant des règles claires et uniformes.

Le Conseil fédéral a poursuivi la **révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)**. La COMCO s'est exprimée sur les adaptations proposées dans le projet de loi du Conseil fédéral. Elle en approuve les points essentiels, notamment la modernisation du contrôle des fusions, le renforcement du volet civil du droit des cartels et l'amélioration de la procédure d'opposition. Mais elle rejette la mise en œuvre d'interventions parlementaires dont certaines reposent sur des prémisses inexactes, entravent la procédure et affaiblissent le droit cartellaire. La Suisse a besoin d'une loi sur les cartels solide et dont les règles soient claires, afin de combattre efficacement les comportements dommageables.

Après que la pandémie de SARS-CoV-2 a mobilisé la société, la classe politique et le monde économique ces dernières années, la guerre en Ukraine a généré des tensions et des incertitudes. Dans de telles **périodes de crise**, des questions de droit cartellaire se posent. Du point de vue de la Suisse, l'approvisionnement hivernal

en gaz et les prix élevés des combustibles fossiles sont des thèmes prioritaires. La COMCO s'est prononcée en faveur d'une solution commune à la situation de crise dans le domaine gazier tout en s'engageant contre les abus. Les prix élevés des combustibles fossiles ont suscité de nombreuses notifications en provenance de la population. Le Secrétariat de la COMCO a analysé les facteurs de hausse des prix et n'a trouvé aucun indice d'entente. De plus, s'agissant d'autotests COVID, la COMCO a clarifié des indices d'entente sur les prix. En ces temps de crise, la COMCO a bénéficié des connaissances acquises par le passé. Les activités menées dans les domaines du gaz, des combustibles et des autotests COVID sont le thème spécial du présent rapport annuel 2022.

2 La COMCO et le Secrétariat

Quelle valeur aurait le résultat de l'Ironman de Rapperswil-Jona si le gagnant et la gagnante étaient déterminés avant la course ? Qu'en serait-il de la fête alpestre du Lac-Noir si les lutteurs s'entendaient pour désigner entre eux le vainqueur ? Et que serait l'Ascona-Locarno Run si les participants se mettaient d'accord pour définir le podium avant le départ ? Ce ne seraient pas de vraies compétitions et les records ne tomberaient plus. Il en va de même dans la vie économique: les entreprises qui restreignent la concurrence ou qui l'évincent par des accords illicites sur les prix ou la qualité des produits et des services ne fournissent pas les meilleures prestations. Les ententes influencent négativement les « résultats » ou le rapport prix-prestations des biens et des services fournis. Pour lutter contre de tels agissements et pour encourager la concurrence, le Parlement a adopté la **loi sur les cartels et la loi sur le marché intérieur (LMI)**. La COMCO et son Secrétariat appliquent la volonté du législateur depuis plus de 25 ans. Ils luttent contre les ententes et les comportements abusifs d'entreprises ayant une position dominante sur le marché, examinent les concentrations importantes (fusions) et veillent à ce que les entreprises et les indépendants ne soient pas entravés par les dispositions cantonales. Ils conseillent les entreprises et ils établissent des expertises à l'attention de divers offices fédéraux et tribunaux civils. En outre, ils contrôlent les lois au niveau fédéral quant à leurs effets sur la concurrence.

La **COMCO** (organe décisionnel) est une autorité de milice actuellement composée de douze membres nommés par le Conseil fédéral, notamment des professeurs de droit et d'économie, des avocats ainsi que des représentants des grandes associations économiques et des organisations de consommateurs (la liste des membres se trouve en annexe). La COMCO se réunit toutes les deux à quatre semaines pour prendre les décisions importantes (notamment les amendes) sur proposition du Secrétariat. En 2022, elle a tenu douze séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée.

La COMCO dispose d'un **Secrétariat** permanent (organe d'enquête) qui exécute les procédures relevant du droit cartellaire, prépare les décisions de la COMCO et assure le contact avec les entreprises, les particuliers et les autorités s'agissant du droit de la concurrence. Le

Secrétariat se compose de quatre services ou divisions, du domaine Marché intérieur et d'un service Ressources (la liste des membres de la Direction se trouve en annexe). Il occupait 76 personnes à la fin de 2022 (76 personnes l'année précédente), sans compter les stagiaires. Le personnel se compose en majorité de juristes et d'économistes. La part des femmes était de 44,7 % (44,7 % l'année précédente). Engagés à plein temps ou à temps partiel, les 76 collaborateurs représentent au total 65,3 équivalents plein temps (65,2 EPT l'année précédente). Le nombre de collaborateurs chargés de l'application de la législation sur les cartels et le marché intérieur, Direction comprise, est de 57 (57 l'année précédente), ce qui correspond à 50,7 EPT (50,6 EPT l'année précédente). Les 19 collaborateurs (19 l'année précédente) du service Ressources, soit 14,6 EPT (14,6 EPT l'année précédente) soutiennent tous les travaux de l'autorité. Ces collaborateurs assument aussi des tâches transversales pour l'Office fédéral du logement (OFL) et pour l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE). Le Secrétariat propose en outre 4 places de stage à plein temps (4 places l'année précédente).

La présidence d'**Andreas Heinemann** s'est achevée à la fin de 2022. Après être entré à la COMCO en 2011, il en a été le vice-président dès 2012 et le président dès 2018. Andreas Heinemann est depuis 2007 professeur de droit commercial, économique et européen à l'Université de Zurich. Il est professeur invité permanent à l'Université de Lausanne. Il dispose d'une formation en droit, en économie et en sciences administratives. Fort de sa longue activité dans l'enseignement et la recherche en Suisse et à l'étranger, Andreas Heinemann est un expert reconnu du droit économique suisse, européen et international dans les domaines de spécialisation du droit des cartels et de la propriété intellectuelle.

Andreas Heinemann s'est distingué par sa capacité à contribuer constructivement et fructueusement aux travaux de la COMCO par ses connaissances techniques étendues. Son expertise du droit allemand et européen des cartels s'est avérée extrêmement précieuse dans l'application des règles du droit cartellaire suisse. Il a accordé une attention particulière aux nouvelles thématiques comme « la numérisation et le droit des cartels » ou « le rapport entre la durabilité et le droit des cartels » et il a veillé à ce que l'autorité de la concurrence soit toujours à la pointe de la discussion qu'il influençait lui-même de manière déterminante en sa qualité de scientifique.

Andreas Heinemann a prêté une grande attention à positionner les autorités suisses de la concurrence au sein des organismes internationaux. Il s'est engagé lui-même dans le Réseau international de la concurrence (RIC), dans le groupe de l'International Government Experts in Competition Law de la CNUCED et dans le Comité de la concurrence de l'OCDE, dont il a été nommé au sein de l'organe directeur (Bureau) en 2019, ce qui lui a permis de fixer des priorités dans le choix des thèmes à traiter. Les relations avec les autorités de la concurrence des pays germanophones voisins (l'Allemagne, l'Autriche et le Liechtenstein) lui ont particulièrement tenu à cœur. Les autorités de ces quatre pays, qui entretiennent des échanges intensifs empreints de confiance, se retrou-

vent une fois par an dans le cadre du « DACHLIE ». Cette structure aura permis à Andreas Heinemann de tisser et de soigner des amitiés qui resteront bien au-delà du terme de sa fonction.

Il convient de souligner un trait de caractère d'Andreas Heinemann qui a marqué son mandat et restera longtemps encore gravé au sein de l'autorité de la concurrence: il a témoigné une très grande estime à tous les membres de la COMCO et à tous les collaborateurs du Secrétariat, de la Direction aux personnes qui œuvrent dans l'ombre. Il a su faire preuve d'une profonde déférence envers chacun et n'a jamais manqué, dans ses réactions, de relever les aspects positifs des propositions et demandes qui étaient formulées. Il a exprimé ses commentaires critiques avec prudence et dans le respect des personnes. Il a toujours veillé à introduire les corrections voulues en les associant à des éléments positifs.

Pendant les douze années de son mandat, Andreas Heinemann a été un membre extrêmement engagé au sein de la COMCO, dont nombre de décisions portent son sceau. Président de la Commission, il l'a conduite démocratiquement, avec beaucoup de tact et de circonspection. Andreas Heinemann était un pilier de la COMCO, un ambassadeur en Suisse et à l'étranger et un compagnon fidèle parmi les fidèles. Il manquera à la COMCO et à son Secrétariat. Il a amplement mérité notre très grande reconnaissance pour le travail fourni et son énorme engagement !

3 Décisions les plus importantes en 2022

3.1 Décisions de la COMCO

La COMCO a terminé le 12 décembre 2022 le remaniement de sa **communication sur les accords verticaux** passés entre entreprises. Elle tient ainsi compte de la jurisprudence et pratique les plus récentes en Suisse, ainsi que des développements dans l'UE. Les accords entre entreprises de différents échelons du marché, par exemple entre producteurs et détaillants, sont monnaie courante. De tels accords augmentent généralement l'efficacité au sein d'une chaîne de production ou de distribution. Cela étant, certains accords, tels que les prix imposés et le cloisonnement du marché suisse, sont en principe interdits. La COMCO et l'autorité européenne de la concurrence indiquent quels sont les comportements autorisés et ceux qui ne le sont pas. La COMCO publie à cet effet la communication sur les accords verticaux et la note explicative y relative, l'UE le règlement d'exemption par catégorie en matière d'accords verticaux, y compris les lignes directrices sur les accords verticaux. L'UE a modernisé ses règles, entrées en vigueur le 1^{er} juin 2022. Elle tient notamment compte des connaissances acquises dans le domaine du commerce en ligne et permet une plus grande flexibilité dans l'organisation des systèmes de distribution. La COMCO a par conséquent révisé sa communication et s'est assurée que les mêmes règles que celles en vigueur dans l'UE continuent d'être appliquées. Elle a également tenu compte de la jurisprudence et de la pratique suisses les plus récentes. Cela inclut la décision de principe du Tribunal fédéral (médicaments hors liste) sur les recommandations de prix. Avant la révision, la COMCO a mené une consultation publique. Les adaptations propo-

sées ont été largement saluées, notamment le fait qu'elles reflètent en très grande partie le droit de la concurrence de l'UE. La communication est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

Le 31 octobre 2022, la COMCO a traité les deux dernières **demandes de consultation** encore ouvertes qui avaient été déposées à la suite des dix décisions sur des accords de soumission dans le canton des Grisons. Outre celles-ci, la COMCO a traité par le passé d'autres demandes de consultation liées à des décisions sur des accords de soumission (travaux routiers et de génie civil dans les cantons d'Argovie et de Zurich, prestations de construction dans les districts de See-Gaster). Le traitement des demandes de consultation a impliqué un coût en personnel important, car il fallait dans chaque cas contrôler la possibilité de remettre chacune des pièces, qui comptaient souvent des milliers de pages. Parmi toutes les demandes de consultation et décisions correspondantes de la COMCO et des tribunaux, il faut relever les deux points suivants. Premièrement, le Tribunal fédéral a suivi l'avis de la COMCO selon lequel, pour faire valoir des prétentions en dommages-intérêts et/ou des mesures relevant du droit des marchés publics, les services d'achat peuvent consulter une version de la décision de sanction où sont divulgués des projets de construction concernés et recevoir les dossiers correspondants avant même la clôture des procédures de recours à l'encontre d'une décision de sanction rendue par la COMCO. Deuxièmement, le principe selon lequel les auteurs d'une autodénonciation ne doivent pas être désavantagés (ni avantagés) dans le traitement des demandes de consultation par rapport aux entreprises qui ne se sont pas autodénoncées s'est imposé. Les personnes qui s'autodénoncent doivent coopérer sans restriction avec la COMCO et indiquer en conséquence à quels accords de soumission elles ont été parties. C'est pourquoi la COMCO ne concède pas la possibilité de consulter les documents et les projets d'achat concernés par des accords dont elle a eu connaissance et qu'elle a pu comprendre et constater que grâce à des autodénonciations. L'institution de l'autodénonciation serait sinon vidée de sa substance.

Au début de 2021, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de **Mastercard** au motif d'une éventuelle entrave au National Cash Scheme (NCS) de SIX Swiss Exchange SA (SIX). Simultanément, elle a prononcé des mesures provisionnelles par lesquelles elle créait pour les banques la possibilité d'émettre des cartes de débit Mastercard susceptibles, sur le plan purement technique, de traiter des transactions NCS alors même que l'enquête était encore en cours. À cet effet, le système NCS aurait dû être apposé sur les cartes à côté du système Mastercard (cobadging), mais il n'aurait pas encore été possible d'utiliser le système NCS activement. Depuis lors, il est apparu que les banques émettrices des cartes ne recourent pas à cette possibilité, raison pour laquelle SIX a différé l'introduction sur le marché du NCS jusqu'à la clôture de l'enquête. Ainsi, la base des mesures provisionnelles disparaissait, ce qui a conduit la COMCO à les supprimer en date du 22 août 2022 (en raison d'un recours de Mastercard, les mesures provisionnelles n'étaient pas exécutoires jusqu'au moment de

la décision). Indépendamment de ces circonstances, l'enquête se poursuit.

Swissgenetics n'a pas rempli son obligation d'annonce lors de l'*acquisition* de New Generation Genetics, dans le domaine des semences de taureau. C'est pourquoi la COMCO lui a infligé une amende de 50 000 francs le 27 juin 2022. La COMCO a adapté sa **pratique de calcul des sanctions** en ce qu'elle renonce désormais à fixer le montant de base à 0,1 ‰ du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise fautive. Ce critère ne permet pas de garantir l'obligation d'annoncer les concentrations prévue par le droit cartellaire.

En juin 2018, la COMCO a ouvert l'enquête concernant les concessionnaires de Volkswagen (**Concessionari VW**). Dans sa décision du 23 mai 2022, elle parvient à la conclusion que sept concessionnaires de véhicules de la marque VW au Tessin se sont comportés de manière illicite et elle leur inflige une amende totalisant près de 44 millions de francs. Ces concessionnaires avaient formé, entre 2006 et 2018, un cartel illicite de vente de véhicules neufs aux privés et aux collectivités publiques. Leur but était de restreindre la concurrence entre les concessionnaires automobiles et de maintenir les prix de vente des véhicules neufs à un niveau surfaît pour les acheteurs privés et publics. Ces concessionnaires s'entendaient sur toutes les activités de vente au Tessin: ils passaient des accords de soumission aux pouvoirs publics, convenaient d'une politique de prix (p. ex. rabais, actions et prix de reprise) à la vente de véhicules neufs aux privés et se répartissaient le canton du Tessin en zones d'activité. Pour cinq entreprises qui se sont déclarées prêtes à un règlement amiable, la décision est exécutoire, alors que deux concessionnaires ont recouru auprès du TAF.

3.2 Jugements des tribunaux

En 2011, la COMCO a interdit à l'Association des producteurs, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de parfumerie (**ASCOPA**) et à ses membres d'échanger des informations sensibles relatives au marché (prix, chiffres d'affaires, coûts publicitaires et conditions générales). Les échanges d'informations entre les 27 entreprises du secteur de la parfumerie et de la cosmétique se concrétisaient par des listes de prix bruts, des renseignements sur les chiffres d'affaires bruts, des indications concernant les investissements publicitaires et des recommandations de l'ASCOPA au sujet des conditions générales (CG). Ces échanges permettaient aux entreprises d'adapter l'une à l'autre leur propre comportement sur le marché. Il en a résulté une restriction considérable de la concurrence sur le marché de la parfumerie et des produits cosmétiques. Par le jugement qu'il a rendu le 12 décembre 2022, le TAF a rejeté l'un des recours formés à l'encontre de la décision de la COMCO. Ce jugement est entré en force.

Le 16 novembre 2022, le TAF s'est prononcé au sujet de neuf recours déposés contre la décision « **Fret aérien** » rendue par la COMCO le 2 décembre 2013. Cette décision de la COMCO visait 14 parties et concernait des liaisons entre la Suisse et cinq États hors de l'UE. Dans

cinq cas, le TAF a fondamentalement confirmé l'existence d'ententes sur les prix: aux yeux du tribunal, il est prouvé que plusieurs compagnies aériennes actives dans le fret aérien ont entretenu sur la durée des échanges néfastes à la concurrence concernant les surtaxes de carburant et la perception de surtaxes. Il a toutefois réduit les amendes. Dans trois cas, le TAF a entièrement admis le recours parce que les trois entreprises concernées avaient tout d'abord transporté leur fret par la voie terrestre dans un pays de l'UE pour l'acheminer ensuite par avion dans un pays tiers. L'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien ne prévoit en effet une compétence de la Suisse que pour « les liaisons entre la Suisse et des pays tiers », raison pour laquelle le tribunal a considéré que la COMCO n'était pas compétente pour évaluer des accords portant sur le fret. En outre, le TAF a partiellement admis le recours d'une compagnie aérienne qui s'est autodénoncée. Six décisions ont été portées devant le TF.

Le 14 décembre 2020, la COMCO a ouvert l'enquête sur la **stratégie de Swisscom concernant la construction du réseau**. Simultanément, elle a ordonné des mesures provisionnelles à l'encontre de Swisscom et lui a interdit, avec effet immédiat, de construire son réseau de fibre optique de façon à empêcher les tiers d'accéder au Layer 1 de l'infrastructure à partir de ses centraux de raccordement. Swisscom a recouru contre ces mesures provisionnelles devant le TAF et le TF, qui ont l'un et l'autre rejeté ses recours. Dans son arrêt du 2 novembre 2022, le TF a confirmé la compétence de la COMCO à édicter des mesures provisionnelles tout en jugeant que ni l'interdiction de l'arbitraire ni le principe de la séparation des pouvoirs n'avaient été violés. De ce fait, les mesures provisionnelles prises par la COMCO restent en vigueur jusqu'à la décision attendue dans le cadre de la procédure principale.

Le 29 novembre 2010, la COMCO avait infligé une amende de quelque 7 millions de francs à la société **SIX** parce qu'elle avait refusé à d'autres fournisseurs de terminaux de cartes de paiement l'accès à la fonction **DCC** (Dynamic Currency Conversion). Après que le TAF eut rejeté le recours par sa décision du 18 décembre 2018, le TF a confirmé sa décision par son arrêt du 2 novembre 2022. De quoi était-il question ? SIX Multipay avait abusé de sa position dominante sur le marché pour privilégier les terminaux de cartes de paiement de sa société sœur SIX Card Solutions. La fonction DCC que SIX Multipay avait lancée en 2005 n'était disponible que sur les terminaux de la société sœur et non pas sur ceux d'autres fournisseurs de terminaux. Cette fonction de conversion des monnaies étrangères au terminal de cartes de paiement du commerçant permettait aux détenteurs d'une carte de crédit ou de débit étrangère de choisir directement au terminal s'ils entendaient payer le montant de l'achat en francs ou dans leur monnaie nationale.

Dans son arrêt du 25 octobre 2022, le TAF n'est pas entré en matière sur le recours d'une partie contre le refus temporaire de consulter la totalité du dossier, d'administrer des preuves, la violation du droit d'être entendu et la fixation des émoluments, car il n'en résultait aucun désavantage qui ne fût réparable. La partie

recourante a exigé à plusieurs reprises au cours de l'enquête **Costruzioni Moesa** la consultation du dossier complet et l'administration de preuves, notamment l'audition de témoins. Le Secrétariat de la COMCO a refusé temporairement la consultation du dossier complet, il a ajourné l'évaluation de la demande d'administration de preuves et il a rendu une décision incidente.

Dans son arrêt du 14 septembre 2022, le TF a rejeté le recours d'une entreprise contre le jugement prononcé le 9 août 2021 par le TAF sur la décision « **Bauleistungen Graubünden** », que la COMCO avait rendue en 2019. A l'instar du TAF, le TF a confirmé les mesures imposées par la COMCO aux entreprises. Avec ces mesures, la COMCO a interdit à ces entreprises de passer des accords de soumission, d'échanger au préalable, s'agissant de soumissions auprès de services adjudicateurs, sur les prix offerts, les éléments de prix, l'attribution et la répartition de clients et de zones ainsi que sur les intérêts en présence (la COMCO prévoyant des exceptions s'agissant de communautés de travail et de relations à des sous-traitants). Quatre recours contre la décision de la COMCO sont pendants devant le TAF.

Les arrêts rendus le 16 août 2022 par le TAF traitaient trois recours à l'encontre d'une décision prise par la COMCO en date du 19 octobre 2015 par laquelle elle infligeait à quatre concessionnaires automobiles des sanctions forfaitaires comprises entre 10 000 et 320 000 francs en raison d'accords sur les prix. AMAG et ces quatre concessionnaires des marques du groupe VW avaient convenu au début de 2013 une liste commune de conditions concernant des remises de prix et des forfaits de livraison à la soumission de la première offre pour des véhicules neufs des marques du groupe VW. La COMCO a constaté que les concessionnaires avaient communiqué, en mars 2013, la politique de rabais coordonnée dans le cadre de rencontres régionales de l'association des partenaires du groupe Volkswagen (Verband der Partner des Volkswagenkonzerns, **VPVW**). Dès le 8 août 2014, la COMCO clôturait la procédure ouverte contre AMAG par un règlement amiable. Trois des quatre autres concessionnaires ont recouru auprès du TAF. Celui-ci a largement confirmé les décisions de la COMCO, mais il a levé les obligations de comportement imposées par celle-ci, car il les a jugées insuffisamment fondées. L'un des concessionnaires a porté l'affaire devant le TF.

Par son jugement du 10 mai 2022, le TAF a confirmé la décision prise par la COMCO en 2016 à l'encontre de Swisscom, Cinetrade et Teleclub en raison de comportements anticoncurrentiels liés à la retransmission de matchs de football et de hockey sur glace. CT Cinetrade SA (aujourd'hui Blue Entertainment SA) disposait, durant la période d'enquête (de 2006 à 2013), de nombreux droits exclusifs de retransmission en direct pour les **matchs de football et de hockey sur glace via Pay-TV**, qu'elle cédait à Teleclub. Alors que Swisscom recevait de Teleclub une offre de football et de hockey sur glace complète pour Swisscom TV, les autres plateformes télévisuelles devaient se satisfaire d'une offre quantitativement réduite à des conditions moins favorables. Certaines plateformes de télévision ont été privées de l'offre complète. Comme la diffusion de matchs

de football et de hockey sur glace en Suisse fait partie de l'offre essentielle d'une plateforme de télévision, priver d'une telle offre et discriminer des plateformes télévisuelles en restreignant l'offre de sport de Teleclub constituent des comportements illicites. La décision est pendante devant le TF.

Le 4 mai 2022, le TAF a rejeté le recours formé contre une décision incidente de la COMCO visant la **participation d'une entreprise en tant que tiers** à l'enquête menée à l'encontre de Mastercard en raison d'une possible entrave du National Cash Scheme (NCS) du co-badging de SIX. Le recours contre une décision incidente est admissible lorsque cette décision peut entraîner un désavantage non réparable ou si l'acceptation du recours permet de rendre immédiatement une décision définitive (qui réduit nettement la durée de la procédure et les coûts). Aucune de ces conditions n'étant réalisée en l'occurrence, le TAF n'est pas entré en matière sur ce recours.

Le TAF a confirmé la décision de la COMCO à l'encontre de HCI-Solutions par son jugement du 19 janvier 2022. Les grossistes, hôpitaux, pharmacies, médecins et drogueries ont besoin d'informations médicales accessibles par la voie électronique pour assurer la distribution, la remise et la facturation de médicaments. HCI Solutions SA, une entreprise de Galenica SA, met ces informations à disposition. En décembre 2016, la COMCO est parvenue à la conclusion que la société HCI Solutions SA détenait une position dominante sur le marché de la **commercialisation des informations médicales électroniques** et qu'elle en abusait. En effet, elle introduisait dans ses contrats avec les sociétés de logiciels des clauses visant à empêcher l'utilisation de banques de données d'autres fournisseurs d'informations médicales. Elle ne proposait aussi aux fabricants de produits pharmaceutiques l'enregistrement de leurs informations médicales dans ses banques de données qu'en les couplant à d'autres services. Tout en confirmant la décision de la COMCO sur le fond, le TAF a réduit la sanction d'environ 4,5 à 3,8 millions de francs, notamment parce qu'il a accordé légèrement moins d'importance que la COMCO aux violations de la loi. Le cas est à présent pendant auprès du TF.

Le 27 mai 2013, la COMCO avait infligé des sanctions à dix **diffuseurs/distributeurs de livres rédigés en français** en Suisse en raison d'entraves aux importations parallèles. Les détaillants suisses n'ont pas pu s'approvisionner à l'étranger durant la période visée par l'enquête en raison de l'exclusivité convenue par les diffuseurs/distributeur avec les éditeurs. En date du 30 octobre 2019, le TAF a confirmé l'illicéité des accords. Il a cependant réduit les sanctions prononcées à l'encontre de quatre diffuseurs/distributeurs. Huit parties ont recouru contre les arrêts du TAF devant le TF. *Fin 2021 et durant 2022*, le TF s'est prononcé sur les huit recours:

- Dans son arrêt du 21 décembre 2021, le TF a partiellement admis le recours de **Dargaud**, diffuseur/distributeur en Suisse de livres en français. Pour certains contrats de diffusion/distribution que le TAF avait considérés – par arrêt du 30 octobre 2019 – comme portant sur des accords en matière de con-

currence au sens du droit des cartels, le TF est arrivé à la conclusion que l'autorité précédente n'avait pas établi leur contenu à suffisance. Partant et faute d'éléments de fait suffisants dans l'arrêt attaqué, il n'était pas possible selon le TF de savoir si tous les contrats de diffusion/distribution en cause avaient bien visé ou entraîné une restriction à la concurrence sur le marché de la distribution du livre en français en Suisse durant la période sous enquête. Réduisant le nombre d'accords problématiques en raison à la fois du privilège de groupe et d'un établissement insuffisant des faits de la part du TAF, le TF lui renvoie la cause pour nouvelle décision s'agissant de la sanction à infliger au diffuseur/distributeur.

- Le TF a rejeté le 3 mars 2022 l'essentiel du recours de **Flammarion** sur le fond et a confirmé l'existence d'accords illicites ainsi que la sanction. Concernant les relations d'agence, il a jugé que la reconnaissance du privilège de l'agent inspiré du droit européen ne représente pas un blanc-seing du point de vue du droit des cartels. Les engagements que les parties ont pris l'une envers l'autre, afin de régler leurs rapports réciproques, restent en tout état de cause soumis à la loi sur les cartels. Tel est précisément le cas des clauses d'exclusivité territoriale contenues dans les différents contrats de distribution successifs conclus entre Flammarion et son partenaire de distribution en Suisse. En ce qui concerne les obligations imposées au « fournisseur », le TF a jugé que l'engagement pris par Flammarion de ne pas livrer directement les revendeurs suisses depuis la France n'équivaut pas pleinement à un engagement de producteur, mais représente un engagement de distributeur en tant qu'il concerne également des livres qui sont normalement diffusés/distribués par le groupe Flammarion à l'étranger, sans toutefois être édités par lui. Sous cet angle, l'accord constitue bien une répartition territoriale.
- Concernant **Albert le Grand SA**, le recours a été entièrement admis par le TF le 14 juin 2022, la sanction a été annulée et l'affaire a été renvoyée devant l'instance précédente pour nouvelle décision s'agissant des frais et dépens des procédures précédentes. Le TF a en effet jugé que la condamnation d'Albert le Grand était mal fondée pour la totalité des accords retenus par les instances précédentes.
- En ce qui concerne **Diffulivre SA et Diffusion Transat SA**, le résultat est comparable à l'affaire Dargaud, à savoir que le TF a confirmé le 3 août 2022 ainsi que le 8 décembre 2022 que Diffulivre, respectivement Diffusion Transat, ont participé à des accords illicites, mais a jugé que les violations n'étaient toutefois pas aussi graves que celles retenues par les instances précédentes, cela pour les mêmes motifs que dans l'affaire Dargaud. Les dossiers sont actuellement devant le TAF pour nouvelles décisions s'agissant de la sanction.
- Concernant **Editions Glénat (Suisse) SA et Servidis SA**, à l'instar d'Albert le Grand SA, les recours ont été entièrement admis par le TF le 8 décembre 2022, les sanctions ont été annulées et les deux affaires ont été renvoyées devant l'instance précédente

pour nouvelles décisions s'agissant des frais et dépens des procédures précédentes. Le TF a en effet jugé que les condamnations de Glénat et de Servidis étaient mal fondées pour la totalité des accords retenus par les instances précédentes.

- Finalement et en ce qui concerne **Interforum Suisse SA**, le TF a rejeté le 8 décembre 2022 l'essentiel du recours d'Interforum sur le fond et a confirmé l'existence d'accords illicites ainsi que la sanction. Concernant les relations d'agence, il a jugé – à l'instar de l'arrêt *Flammarion* – que la reconnaissance du privilège de l'agent inspiré du droit européen ne représente pas un blanc-seing du point de vue du droit des cartels. Les engagements que les parties ont pris l'une envers l'autre, afin de régler leurs rapports réciproques, restent en tout état de cause soumis à la loi sur les cartels. Tel est précisément le cas des clauses d'exclusivité territoriale contenues dans les différents contrats de distribution successifs conclus entre Interforum et son partenaire de distribution en Suisse. Pour le reste, le TF a jugé qu'Interforum a indubitablement participé à un accord vertical de distribution garantissant une protection territoriale absolue à son partenaire de distribution en Suisse.
- Tant dans l'arrêt **Dargaud** que dans l'arrêt **Diffulivre**, le TF a en outre ajouté que la modification récente de la loi sur les cartels (pouvoir de marché relatif) proscribit potentiellement la pratique de certains groupes consistant à refuser d'approvisionner les clients suisses aux prix et conditions commerciales de l'étranger et à les renvoyer vers les sociétés de distribution correspondantes en Suisse (souvent des sociétés du groupe), pour qu'ils achètent aux conditions et au prix (plus élevés) suisses. Il s'agit là d'une certaine relativisation par le TF du privilège de groupe.

Dans le jugement qu'il a rendu le 1^{er} décembre 2021, le TF a traité pour la première fois deux recours liés à une **perquisition** qui, adressés au TAF et au Tribunal pénal fédéral (TPF) dans la même affaire, ont été rejetés par ceux-ci. Pour éviter des prononcés contradictoires au sein du TF, celui-ci a réuni les procédures de recours contre les décisions du TAF et du TPF. Le TF a considéré que les conditions d'une perquisition étaient remplies et il a confirmé sa licéité. Il a cassé le jugement du TAF et l'a classé comme étant sans objet au motif que le TAF était entré en matière à tort sur le recours formé contre la perquisition et la confiscation. Le TF a admis le recours formé contre la décision du TPF auquel il a renvoyé l'affaire aux fins de réexamen parce qu'il avait violé le droit d'être entendu de la partie, ce qui rendait illicite la levée des scellés.

4 Activités

4.1 Activités sur divers marchés

La loi sur les cartels et la loi sur le marché intérieur s'appliquent à tous les marchés de sorte que les activités de la COMCO et du Secrétariat s'étendent à diverses branches. Chaque année, le Secrétariat de la COMCO reçoit plusieurs centaines d'annonces et de dénonciations provenant des citoyens, des pouvoirs publics, des entreprises, des associations, etc. En moyenne, ces annonces et dénonciations débouchent

sur 80 à 90 procédures par année, dont environ 75 % sont de petites observations de marché informelles, environ 18 % sont des procédures de moyenne importance (« enquêtes préalables ») et environ 7 % sont des procédures importantes (« enquêtes »)¹. Nous présentons **ci-après**, par marchés, les principaux renseignements tirés de ces procédures ou issus des conseils dispensés, des prises de position sur des actes étatiques et des aides apportées. Nous décrivons en outre les enquêtes préalables et les enquêtes nouvellement ouvertes.

4.1.1 Secteur automobile

Le secteur automobile est **en mutation**. D'une part, on assiste à une tendance à l'intégration verticale, au recours à des modèles d'agence et à la vente directe en ligne par les constructeurs. Les moteurs à combustion sont de plus en plus remplacés par des moteurs électriques, qui sont moins coûteux en prestations d'atelier que les moteurs à combustion. Ils requièrent par exemple moins de pièces de rechange et moins de travaux d'entretien. De plus, en raison de la numérisation croissante, les exigences posées aux travaux en atelier augmentent. La loi sur les cartels et la « Communication automobile »² constituent les instruments nécessaires pour remédier aux éventuels comportements contraires au droit cartellaire dans les réseaux de distribution et garantir aux ateliers indépendants l'accès aux informations techniques et aux pièces de rechange destinées aux travaux de réparation et d'entretien.

Le Secrétariat de la COMCO a régulièrement répondu à des questions relatives au respect des règles prévues par la « **Communication automobile** ». En 2022 comme par le passé, il a expliqué dans divers cas que la garantie légale et la garantie du constructeur restent applicables si le consommateur fait réparer ou entretenir son véhicule par un atelier indépendant qui s'acquitte correctement de ces travaux. En conséquence, pendant la durée de la garantie, les consommateurs ne sont pas tenus de faire entretenir ou réparer leur véhicule exclusivement au sein du réseau des ateliers agréés.

Comme le Parlement a accepté la motion Pfister en mars 2022 (cf. section 6), il est prévu de transposer la « Communication automobile » en **ordonnance**. Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) est responsable de son élaboration.

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

² Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (www.weko.admin.ch → Législation et documentation → Communications / Notes explicatives).

Relevons ici que la COMCO (**Concessionari VW**) et le TAF (**VPVW**) ont rendu en 2022 des décisions concernant le secteur automobile. Ces décisions sont présentées sommairement au chapitre 3.

4.1.2 Secteur de la construction

En mai 2022, le Secrétariat de la COMCO a clôturé une *enquête préalable* sur des produits de protection des structures contre le feu (« **Brandschutzabschottungen** ») qu'il avait ouverte un an plus tôt. Six entreprises (cinq distributeurs et un fabricant) étaient soupçonnées d'avoir coordonné leurs offres d'éléments de protection anti-incendie pour un projet de construction privé (les offres étaient comprises entre 200 000 et 400 000 francs). Le Secrétariat a certes constaté que les suppléments et déductions identiques appliqués par les distributeurs dans une première étape de calcul suggéraient une coordination de leurs comportements. Mais dans le cas concret, les indices disponibles n'ont pas suffi à supposer une entente de soumission. On disposait aussi d'indices selon lesquels le fabricant avait mentionné, sans créer d'obligation, certains suppléments et déductions dans le cadre de formations ou de conseils initiaux. Mais hors le projet de construction en question, il n'y avait pas d'indice d'application de tels suppléments et déductions. C'est aussi pourquoi il n'y avait pas lieu de supposer une coordination des comportements au sens du droit cartellaire de la part du fabricant.

Le Secrétariat de la COMCO a également examiné, dans le cadre d'une autre *enquête préalable*, des éléments suggérant un accord de soumission. Un service d'achat public avait communiqué au Secrétariat des indices concrets de coordination des prix entre deux entreprises apparus lors d'un appel d'offres pour l'acquisition de **produits électriques**. Durant son enquête préalable, ouverte en mars et clôturée en octobre 2022, le Secrétariat a constaté que les deux entreprises avaient coordonné leurs offres, puisque l'une d'elles avait calculé les deux offres alors que les deux entreprises prétendaient au service d'achat qu'elles soumettaient leurs offres indépendamment l'une de l'autre. Le Secrétariat a renoncé à ouvrir une enquête parce que l'accord est resté infructueux et que les entreprises se sont engagées à prendre des mesures pour empêcher les accords de soumission à l'avenir.

Le Secrétariat de la COMCO a traité en 2022, dans le cadre d'*observations de marché*, cinq autres annonces et dénonciations concernant de possibles **accords de soumission**. Ces annonces et dénonciations provenaient de services d'achat ou d'entreprises engagées dans des procédures de marché public. Ces marchés publics, dont la valeur était comprise entre quelques milliers et 1,5 million de francs, étaient surtout lancés par des services publics, mais des acteurs privés ont aussi signalé des anomalies. Le Secrétariat de la COMCO examine systématiquement de tels indices d'accord de soumission et il conseille les maîtres d'ouvrage concernés. Relevons dans ce contexte qu'il est obligatoire de notifier les soupçons d'accord de soumission à la COMCO, depuis le début de 2021 au niveau fédéral et depuis 2022 dans certains cantons (au niveau des cantons, les processus de ratification du droit révisé des marchés publics sont encore en cours). Le Secrétariat a publié à

titre d'aide la liste de contrôle « Lutter contre les cartels de soumission » et la note « Soupçon de cartels de soumission » (www.weko.admin.ch → Plaintes → Informations sur les accords de soumission). Il a également organisé en 2022 plusieurs conférences de sensibilisation sur ce thème.

L'association Swissolar s'est adressée au Secrétariat de la COMCO dans le cadre d'une *demande de conseil* en vue de lancer un **indice des prix des installations photovoltaïques**. Cet indice des prix doit surtout servir à indexer les prix lors de la conclusion de contrats de construction puisqu'en raison des pénuries de livraison d'installations photovoltaïques, plus d'un an s'écoule souvent entre la signature du contrat et le montage et que les prix de ces installations sont soumis à de fortes fluctuations. Le Secrétariat a conseillé l'association dans la conception d'un indice de prix conforme au droit cartellaire de manière à ce que son développement et sa publication n'entraînent pas une coordination des prix entre commerçants et monteurs d'installations photovoltaïques. Ce conseil visait prioritairement les exigences statistiques posées au recensement des informations sur les prix (notamment la représentativité et la neutralité de l'organisme de recensement) ainsi qu'à la représentation de l'indice de prix (notamment le niveau d'agrégation de même que la représentation de la dispersion des informations sur les prix publiées).

En janvier 2022, le Secrétariat de la COMCO a ouvert une *nouvelle enquête* en raison d'indices d'accords de soumission présumés entre quatre entreprises des cantons de Fribourg, Jura, Neuchâtel et Vaud. En juin 2022, il étendait l'enquête à une entreprise supplémentaire. Il a mené des perquisitions dans toutes ces entreprises. On soupçonne ces entreprises d'avoir coordonné leurs offres et leurs prix pendant plusieurs années dans le cadre de marchés publics portant sur des **assainissements routiers** (gravillonnage et traitement bitumineux de surface).

4.1.3 Services digitaux

Dans les marchés digitaux relatifs aux **GAFAM** (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft), les autorités de la concurrence évitent d'ouvrir des procédures redondantes avec celles qui ont été menées à l'étranger par d'autres autorités de la concurrence. Toutefois, elles demandent systématiquement que la Suisse soit traitée de manière identique à ses voisins étrangers. Ainsi, depuis plusieurs années, les mesures imposées à Google par l'Union européenne en 2015 dans le cadre de l'enquête « Google Shopping » sont également valables en Suisse. Quant aux décisions rendues par l'Autorité française de la concurrence, qui a récemment condamné Google dans deux enquêtes distinctes aboutissant à des mesures conservatoires sur le marché des serveurs publicitaire et sur celui des droits voisins (*Snippets*), le Secrétariat de la COMCO a demandé à Google que les mesures prises dans le cadre de l'enquête sur le premier soient également valables en Suisse, ce qui est effectif depuis le début 2022. Pour la deuxième enquête, le Secrétariat attend le résultat du processus législatif actuellement en cours en Suisse en relation avec la gestion des droits voisins avant de s'assurer que les

mesures mises en place pour le marché français soient aussi appliquées en Suisse.

4.1.4 Énergie

2022 a été marquée par de nombreuses *consultations des offices* et *procédures de consultation* concernant diverses ordonnances dans le **domaine du gaz et de l'électricité**. Sur le fond, il s'agissait surtout de la **crise énergétique** provoquée par la guerre en Ukraine et d'éléments de solution correspondants visant à garantir l'approvisionnement en énergie. L'ordonnance sur la garantie des capacités de livraison en cas de pénurie grave de gaz naturel ainsi que les ordonnances concernant les mesures prévues en cas de pénurie de gaz ou d'électricité (notamment les restrictions et interdictions d'utilisation et le contingentement du gaz ou de l'électricité) ont occupé une place prépondérante. Dans ce contexte, le Secrétariat et la COMCO se sont surtout engagés en faveur d'une répercussion exempte de discrimination et conforme au principe de causalité des coûts nés de la création de réserves. En outre, la COMCO et son Secrétariat ont constamment signalé que les données relatives aux consommateurs ou d'autres données économiquement sensibles transmises dans le cadre du suivi et de la surveillance du respect des dispositions ne devaient en aucun cas parvenir aux acteurs engagés dans la production, la livraison et le négoce. S'agissant de l'ordonnance sur l'instauration d'une réserve hydroélectrique, le Secrétariat et la COMCO ont en particulier plaidé en faveur d'une conception technologiquement neutre à partir de l'hiver 2023/24 et pour que les installations destinées à être utilisées à l'avenir comme centrales de réserve pour garantir la sécurité de l'approvisionnement hivernal hors du marché de l'électricité soient déterminées dans le cadre de procédures d'attribution concurrentielles.

4.1.5 Marchés financiers

En 2022, la digitalisation a continué de jouer un rôle disruptif important dans le domaine des services financiers. Les établissements financiers « traditionnels » ont dû réagir face à de nouveaux acteurs très dynamiques qui proposent des produits financiers innovants. La pandémie a accéléré la **transformation digitale** du secteur financier en forçant les acteurs à prendre toute une série de mesures permettant de satisfaire à distance les besoins de leurs clients longtemps confinés, comme leurs employés du reste, tout en continuant à leur garantir une sécurité totale. De nombreuses plateformes et bourses électroniques offrent désormais une palette toujours plus complète de services financiers. Dans plusieurs de ces domaines, le Secrétariat a été amené à fournir en 2022 de nombreux *conseils* aux acteurs du marché, soucieux d'être conformes aux dispositions de la loi sur les cartels. Relevons en particulier le *conseil* suivant à SIX concernant la **transmission de signaux de données**.

SIX a expliqué que les connexions de données les plus rapides sont essentielles pour le négoce boursier en général et pour le commerce réalisé en parallèle ou à titre complémentaire sur plusieurs places de négoce en particulier. Actuellement, les technologies à faible latence (p. ex. grâce aux micro-ondes) constituent les connexions les plus rapides entre deux places boursières. Certains participants au marché auraient déjà

mis sur pied leurs propres réseaux à micro-ondes. Pour éviter des distorsions de la concurrence, il est crucial qu'aucun participant au marché ne puisse obtenir un monopole sur la connexion la plus rapide entre deux places de négoce. Afin d'éviter un tel scénario, SIX prévoit de ne mettre à disposition, aux mêmes conditions pour tous les participants au marché, qu'un seul accès direct à ses connexions à faible latence. Dans le cas concret, se fondant sur les explications de SIX, le Secrétariat de la COMCO est parvenu à la conclusion que le projet de SIX ne paraît lié de prime abord à aucun problème relevant du droit cartellaire dans la mesure où l'accès est également disponible à tous les participants au marché intéressés, selon les principes d'ouverture, d'équité, de non-discrimination et à des conditions adéquates.

Au début 2022, de nombreux commerçants ont réagi suite à la hausse des coûts liés à la mise en service des **nouvelles cartes de débit de Mastercard et Visa**, poussant plusieurs parlementaires fédéraux à demander une régulation des commissions dans ce secteur. En tant que tel, le changement de cartes n'est pas un problème en soi. L'ancienne génération de cartes (Maestro/VPay) est remplacée par une nouvelle (Debit Mastercard/Visa Debit) qui présente l'avantage d'être utilisables dans le commerce en ligne. Ce processus – qui concerne toute l'Europe et pas seulement la Suisse – accroît la concurrence entre les cartes de débit Visa et Mastercard, Maestro ayant joui d'un quasi-monopole pendant de nombreuses années. Pour comprendre le problème, il faut différencier entre les commissions des commerçants et les commissions multilatérales d'interchange (MIF): les premières – qui englobent les secondes – sont relativement élevées pour les transactions d'un montant important, car elles sont calculées sur la base d'un pourcentage. C'est pourquoi elles ont fait l'objet d'un règlement amiable entre la Surveillance des prix et SIX/Worldline. Les secondes – qui sont versées aux banques émettrices de cartes – font l'objet d'une *enquête préalable* ouverte en septembre 2022, car les autorités de la concurrence estiment que ces commissions pourraient être considérées comme des accords en matière de concurrence au sens de la loi sur les cartels. Il convient de noter que la COMCO n'est pas un régulateur de prix. Elle ne peut intervenir que si la loi sur les cartels est violée. Si le Parlement souhaitait une véritable régulation des prix, en prévoyant par exemple une réglementation des commissions, il devrait édicter une loi spécifique s'appliquant à l'ensemble des moyens de paiement (y compris Twint, Postcard, etc.).

Le 5 décembre 2022, le Secrétariat de la COMCO a ouvert une *enquête préalable* contre de nombreuses banques en Suisse allemande pour examiner s'il existe entre elles des **accords sur les salaires** de leurs employés de commerce avec un CFC bancaire et ceux de leurs apprentis. La problématique liée aux ententes qui créent artificiellement un pouvoir de monopsonie sur le marché du travail est analysée par de nombreuses autorités de la concurrence qui tiennent de plus en plus compte du bien-être des salariés dans leurs analyses. En 2016, la Federal Trade Commission et le ministère américain de la Justice ont publié à ce sujet un document intitulé « Antitrust Guidance to Human Resources

Professionals ». L'Union européenne a récemment annoncé qu'elle allait lancer une série d'enquêtes avec perquisitions dans ce domaine. L'enquête préalable menée par le Secrétariat de la COMCO est la première du genre en Suisse. Elle permettra de fixer la mesure dans laquelle la loi sur les cartels s'applique aux relations de travail qui ne sont pas le fruit de négociations entre partenaires sociaux.

4.1.6 Services professionnels (services de maintenance et de réparation)

L'informatisation de l'économie a des impacts importants sur un bon nombre de services, en particulier ceux qui sont liés aux marchés de la maintenance et à la réparation. En effet, de nombreuses entreprises actives dans ces domaines sont parfois tributaires des données techniques informatisées détenues par les fabricants pour être en mesure d'offrir leurs services. C'est le cas pour les **ascenseurs**, pour lesquels les réparateurs indépendants se plaignent régulièrement des difficultés qu'ils rencontrent, notamment pour obtenir les outils de diagnostic leur permettant d'interagir sur certains lifts et monte-charges ainsi que les pièces de rechange originales. Le Secrétariat de la COMCO avait mené une enquête préalable en 2011 qui démontrait qu'il existait certaines restrictions à l'accès aux interfaces et aux moyens techniques. Il avait remarqué que la maintenance externe allait peut-être être rendue plus difficile à l'avenir, vu le remplacement imminent des ascenseurs traditionnels par des modèles plus récents incluant davantage de composants électroniques. C'est pourquoi il a ouvert une nouvelle *enquête* préalable en octobre 2022 afin d'examiner les conditions actuelles du marché de l'installation et l'entretien des ascenseurs.

4.1.7 Santé

En 2022, le Secrétariat de la COMCO a été amené à rappeler quelques principes aux acteurs du marché des **prestations complémentaires hospitalières** (frais d'hôtel, prestations complémentaires ambulatoires et hospitalières). Désireux d'être conformes à la loi sur les cartels, les différents acteurs de ce marché se sont tournés vers le Secrétariat de la COMCO qui leur a rappelé les principes suivants: 1) les négociations tarifaires doivent se dérouler – séparément ou en petits groupes suivant les forces en présence – entre assureurs et établissements hospitaliers (et pas au niveau des associations); 2) les assureurs, en tant qu'acheteurs, peuvent constituer des coopératives d'achat pour autant qu'ils ne s'entendent pas sur les primes et les produits offerts aux assurés; 3) la puissance de marché des assureurs ne doit pas aboutir à imposer des prix inéquitables aux établissements hospitaliers; 4) la puissance de marché de certains hôpitaux ne doit pas aboutir à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les assureurs ou de leur imposer des prix inéquitables. Étant donné que le secteur des soins hospitaliers est soumis à des transformations importantes, les autorités de la concurrence continueront à observer l'évolution de la situation et interviendront si nécessaire afin de s'assurer de l'existence d'une concurrence efficace dans le domaine de la santé.

Le 10 août 2022, la COMCO a reçu la notification d'une *concentration* entre l'**hôpital universitaire de Bâle (USB)** et la **clinique bâloise Bethesda (BSB)**. Vu leurs parts de marché respectives, les domaines liés aux naissances (GEB) et à la gynécologie (GYN) auraient pu soulever des problèmes de droit de la concurrence. Toutefois, la COMCO a renoncé à ouvrir un examen approfondi. En effet, sur la base des connaissances acquises dans le cas USB/KSBL, la COMCO a estimé que les deux établissements hospitaliers continueront à être perçus comme des hôpitaux différents par les patients dans les domaines GYN et GEB. Étant donné que ladite concentration permettra de poursuivre une spécialisation existante tout en rationalisant davantage ce domaine, la création d'une position dominante pouvait être contrebalancée par les gains d'efficacité résultant de la concentration. À cela s'ajoutait la force de négociation des assureurs maladie ainsi que l'intervention de la FINMA et du Surveillant des prix pour une plus grande transparence des décomptes hospitaliers dans le domaine des assurances complémentaires. Pour toutes ces raisons, la COMCO a estimé que la concentration ne donnera pas aux deux établissements la possibilité d'éliminer la concurrence efficace.

Le 13 septembre 2022, la COMCO a ouvert une *enquête* contre Novartis en procédant à une perquisition au siège du groupe à Bâle. Les soupçons portent sur le fait que Novartis aurait cherché à protéger un de ses médicaments, destiné au traitement de maladies cutanées, en utilisant un brevet pour bloquer un médicament concurrent. L'enquête vise à déterminer s'il s'agit d'un cas d'utilisation de **brevet de blocage**, ce qui pourrait potentiellement constituer un abus de position dominante illicite. Cette enquête est la première enquête dans un cas de possible utilisation abusive au sens de la loi sur les cartels d'un droit de propriété intellectuelle. Relevons que la COMCO a coopéré avec la Commission européenne pour l'ouverture de cette enquête, en se fondant sur l'accord bilatéral qui existe entre l'Union européenne et la Suisse dans le domaine du droit de la concurrence depuis 2014.

Le 16 août 2022, la COMCO a ouvert la première *enquête* liée au thème du **pouvoir de marché relatif** (cf. point 4.1.14.a). Les grossistes en produits pharmaceutiques achètent des produits pharmaceutiques et de santé auprès d'entreprises suisses et étrangères pour les distribuer en Suisse. La COMCO dispose d'indices selon lesquels Fresenius Kabi, une entreprise pharmaceutique internationale, s'oppose à ce que la société suisse Galexis, un grossiste, achète à l'étranger aux conditions qui y prévalent diverses marchandises également proposées en Suisse. Ces marchandises comprennent des **produits nutritifs oraux ou par sonde**. S'il s'avérait que Fresenius Kabi dispose d'un pouvoir de marché relatif, ce refus de livrer pourrait constituer une violation des dispositions de la loi sur les cartels.

4.1.8 Agriculture

En octobre 2022, la COMCO a répondu à une série de questions du Tribunal régional de Berne-Mittelland dans le cadre d'une *expertise*. Les questions concernaient

l'admissibilité en droit cartellaire de l'**exclusion d'un éleveur** de l'association **IP-SUISSE** parce qu'il avait contrevenu aux directives de production de celle-ci en raison d'insuffisances dans l'élevage de ses animaux. La COMCO a jugé l'exclusion justifiée.

La COMCO a amendé Swissgenetics parce qu'elle n'avait pas annoncé une *concentration* dans le domaine des semences de taureau (cf. point 3.1).

4.1.9 Médias (publicité au cinéma et livres)

Concernant la **commercialisation et le courtage d'espaces publicitaires au cinéma**, le Secrétariat de la COMCO a mis fin à son *observation du marché* motivée par d'éventuels abus de position dominante sur le marché. La régie de publicité cinématographique concernée a garanti au Secrétariat qu'elle limitait à cinq ans au maximum les contrats exclusifs avec les exploitants de cinéma et qu'elle ne leur imposait aucune condition unilatérale quant à leur coopération avec d'autres régies ou courtiers publicitaires. Dans ce contexte, on n'a relevé aucun indice que d'autres régies ou courtiers de publicité cinématographique aient été entravés dans leur accès ou leur exercice de la concurrence.

À l'automne 2022, Payot a dénoncé le groupe Madrigall pour abus d'un pouvoir de marché relatif. Le groupe de librairies Payot a fait valoir une restriction de la possibilité d'acheter en France, aux prix de marché locaux et aux conditions locales usuelles dans la branche, des **livres** proposés en France et en Suisse. Le Secrétariat de la COMCO a procédé à de premières clarifications dans le cadre d'une *observation de marché*, puis il a ouvert une *enquête* en janvier 2023.

4.1.10 La Poste

Dans le **domaine postal**, la COMCO a reçu plusieurs dénonciations liées à des acquisitions de La Poste suisse. Ces dénonciations allèguent divers abus d'une position dominante sur le marché, pour l'essentiel des subventionnements croisés illicites, la transmission de données provenant du domaine du monopole, des discriminations tarifaires et des affaires couplées illicites. Le Secrétariat de la COMCO a ouvert deux *observations de marché* pour clarifier les comportements visés.

4.1.11 Sport

En 2022, le Secrétariat de la COMCO s'est basé sur différentes réflexions issues de plusieurs avis relatifs à des décisions d'associations sportives, notamment dans le domaine du hockey sur glace pour donner son avis dans le cadre de la réponse du Conseil fédéral à l'**interpellation Regazzi**, qui demandait notamment au Conseil fédéral d'examiner la nécessité d'une base légale pour l'introduction dans la loi sur les cartels de règles relatives au fair-play financier dans les ligues sportives professionnelles. Le Secrétariat n'estime pas nécessaire d'introduire de telles règles dans la loi sur les cartels, dans la mesure où cette loi prévoit déjà que de tels accords peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique s'ils sont nécessaires à atteindre certains objectifs spécifiques au sport.

Ainsi, l'indiscutable autonomie dont jouissent les associations et clubs sportifs dans leur organisation trouve sa limite dans le droit en vigueur. Les réglementations et

les mesures prises par les fédérations et clubs sportifs, faute de dispositions d'exception comme les conventions collectives de travail, doivent être examinées à l'aune de la loi sur les cartels. Cette analyse centrée sur la loi sur les cartels donne un résultat comparable à celui que donnerait l'examen réalisé à l'aide du test spécifique tiré de la jurisprudence européenne « Meca-Medina ». Selon ce test, les règles et les mesures sportives sont en tout cas soumises à une analyse « classique » du droit de la concurrence s'il est suffisamment établi qu'elles ne sont pas indissociables de l'organisation et du bon déroulement d'une compétition sportive et qu'elles ne garantissent pas un déroulement équitable de la compétition. L'approche européenne est assez similaire à celle qui est faite dans la loi sur les cartels sous l'angle de la nécessité et de la proportionnalité que l'on trouve dans l'analyse des motifs d'efficacité économique.

4.1.12 Télécommunications

S'agissant de l'*enquête* sur la **stratégie de Swisscom de construction du réseau**, mentionnons la décision du TF visant les mesures provisionnelles de la COMCO (cf. point 3.2) et la *demande de conseil* de Swiss Fibre Net SA (SFN). SFN a demandé au Secrétariat de la COMCO si son modèle de déploiement d'un réseau de fibre optique jusqu'à l'abonné (« Fiber To The Home », FTTH) satisfait aux mesures provisionnelles et aux exigences que ces mesures posent à un accès au Layer 1. Le modèle de SFN permet une véritable offre d'accès au Layer 1, même dans le cadre d'une architecture de réseau P2MP, grâce aux possibilités de raccordements variables d'au moins une fibre dans le domaine du « feeder » (**réseau de fibre optique avec raccordements variables**). Le Secrétariat a conclu qu'il n'y avait pas lieu de supposer une violation des mesures provisionnelles de la COMCO dans la mesure où le modèle de SFN permet de couvrir la demande actuelle et future d'un accès au Layer 1, et que l'accès au Layer 1 proposé par SFN est considéré équivalent.

En 2022, un terme a été mis à l'*observation de marché* réalisée dans le domaine de l'**Internet à large bande** en raison d'un éventuel abus de position dominante sous forme d'une compression des marges. Dans le contexte de l'adaptation du prix des prestations préalables et compte tenu des garanties données que certains principes seront appliqués en fixant les futurs prix des offres Internet, le Secrétariat de la COMCO ne voit plus de nécessité d'agir pour l'instant. Cependant, on ne pourra constater que lors des promotions à venir si les principes communiqués s'avèrent efficaces pour empêcher les effets de ciseau tarifaire.

4.1.13 Industrie horlogère

À la fin de 2022, le Secrétariat de la COMCO a clôturé l'*enquête préalable Assortiments* par des propositions. L'enquête préalable a débouché sur des indices d'abus de position dominante par Nivarox, une entreprise du groupe Swatch. Nivarox produit des assortiments qui entrent nécessairement dans la fabrication de mouvements horlogers et de montres. Elle fournit de nombreuses entreprises horlogères suisses. L'enquête préalable a notamment abouti à des éléments permettant de penser que Nivarox restreignait illicitement la possibilité d'acheter ses produits pour les fabricants de mouve-

ments horlogers et de montres extérieurs au Groupe et qu'elle discriminait de manière inadmissible les demandeurs externes au Groupe par rapport à ses clients en interne. Se conformant au principe de proportionnalité, le Secrétariat a renoncé à des investigations supplémentaires, mais il a enjoint à Nivarox d'adapter son comportement.

4.1.14 Autres activités

a. Pouvoir de marché relatif

Les autorités de la concurrence sont chargées de la mise en œuvre administrative des **nouvelles dispositions** visant le pouvoir de marché relatif (cf. point 1). Elles sont le point de contact pour toutes questions, propositions et notifications à cet égard. Aucune sanction n'est infligée aux entreprises qui contreviennent pour la première fois contre ces nouvelles dispositions. Mais la COMCO peut leur imposer l'obligation de prendre certaines mesures ou de renoncer à d'autres. Une entreprise détient un pouvoir de marché relatif lorsqu'une autre entreprise dépend de ses produits ou services parce qu'elle n'a pas d'alternative suffisante ou raisonnable. En soi, le pouvoir de marché relatif n'est pas illicite. En revanche, l'entreprise qui détient un pouvoir de marché relatif n'a pas le droit d'abuser de sa position pour entraver la capacité concurrentielle de l'entreprise qui dépend d'elle ou pour la défavoriser envers ses concurrentes.

Immédiatement après l'adoption des dispositions sur le pouvoir de marché relatif, le Secrétariat de la COMCO a entamé les travaux préparatoires pour en assurer la **mise en œuvre harmonieuse**. Il a mis en place un groupe de travail interne et a publié une Note ainsi qu'un formulaire de notification pour faciliter les dénonciations par les entreprises concernées. Dans deux cas, les dénonciations ont débouché sur l'ouverture d'une *enquête*. La première enquête concerne le domaine pharmaceutique (cf. point 4.1.6) et la deuxième, celui du livre en Suisse romande (cf. point 4.1.9). Ces enquêtes en cours visent d'éventuelles restrictions envers des entreprises suisses lors de l'achat des produits concernés à l'étranger. De ce fait, l'attention se concentre sur une éventuelle application de la nouvelle disposition selon laquelle une entreprise détenant un pouvoir de marché relatif peut aussi en abuser en entravant les possibilités d'autres entreprises d'acheter aux conditions étrangères des marchandises proposées en Suisse et à l'étranger. Les décisions que la COMCO rendra pour ces deux enquêtes constitueront la première pratique liée aux nouvelles dispositions.

b. Accords verticaux sur les prix et cloisonnements du marché

En mai, le Secrétariat de la COMCO a clôturé par des propositions son *enquête préalable* sur le **système de distribution de produits Yamaha**. Ces propositions sont censées éliminer les éléments d'accords illicites sur les prix et les cloisonnements géographiques. Les indices d'accords illicites sur les prix découlaient en particulier de l'engagement des concessionnaires Yamaha d'indiquer les prix de vente recommandés sur les véhicules exposés dans les points de vente et du fait que la plupart des véhicules étaient munis de ce prix de vente.

Quant aux indices d'accords de protection territoriale absolue, ils étaient inhérents à l'obligation faite aux concessionnaires Yamaha d'acheter exclusivement auprès de l'importateur général en Suisse et à leur refus d'accorder la garantie du constructeur sur les véhicules importés.

Le Secrétariat de la COMCO a mené une quinzaine d'*observations de marché* en raison de **suspensions d'accords verticaux sur les prix et de verrouillage du marché suisse**. Les observations ont notamment porté sur des indices d'interdiction d'exportation dans des contrats de distribution étrangers, des affirmations de collaborateurs attestant qu'ils ne sont pas autorisés à traiter les demandes non sollicitées en provenance de Suisse ou un message contextuel sur le site web de l'importateur indiquant que les prestations de garantie ne seraient pas fournies aux concessionnaires qui vendraient en dessous d'un niveau de prix déterminé. Dans plusieurs cas, le Secrétariat a obtenu des changements concrets de comportements ou des mesures (p. ex. l'adaptation de contrats, des circulaires aux partenaires de distribution et des formations de collaborateurs précisant que les commandes non sollicitées de clients suisses peuvent être traitées sans restriction et que les concessionnaires sont libres de fixer les prix). Le Secrétariat a renoncé à poursuivre la procédure en raison de considérations d'opportunité telles que: les contrats de distribution problématiques n'étaient pas encore en vigueur, il n'y avait pas de chiffre d'affaires important concerné, les constructeurs n'avaient pas de représentation en Suisse, on était en présence d'obstacles techniques au commerce.

c. Coopération d'achat internationale

Le Secrétariat de la COMCO s'est exprimé, dans le cadre d'une *consultation*, sur une **coopération d'achat internationale**. Le Secrétariat a considéré que cette coopération était licite en droit des cartels notamment pour les raisons suivantes: a) les parts de marché des commerçants impliqués sur les marchés d'achat sont inférieures à 15 %; b) les commerçants impliqués ne sont pas en concurrence au niveau des ventes; c) la coopération des commerçants impliqués est nécessaire pour constituer une puissance compensatrice face au pouvoir de l'offre des fabricants de marques internationaux (« countervailing buyer power »); d) la coopération d'achat renforce la concurrence dans le domaine des ventes en Suisse, puisque les commerçants impliqués répercutent les éventuelles baisses de coûts sur les consommateurs; e) les échanges d'informations dans le cadre de la coopération d'achat ne comprennent que les informations nécessaires au fonctionnement de cette coopération.

4.2 Marché intérieur

La loi sur le marché intérieur garantit le libre accès au marché dans toute la Suisse. Au niveau intercantonal, l'accès au marché doit être accordé conformément au principe du lieu de provenance. Le droit de **libre accès au marché** existe à la condition que l'activité soit exercée légalement au lieu de provenance (principe du *Cassis de Dijon*). Les activités de surveillance correspondantes de la COMCO ont découlé notamment de dénonciations émanant du secteur des soins extrahospita-

liers et des sages-femmes. Celles-ci exercent souvent leurs activités dans plusieurs cantons et requièrent de ce fait des autorisations cantonales. Toutes les autorités cantonales de santé publique ne respectent pas les dispositions légales relatives au marché intérieur lorsqu'elles évaluent l'admissibilité d'une telle demande. Dans un cas, en Suisse romande, une *prestataire de services d'aide et de soins à domicile* a recouru avec l'aide de l'autorité de la concurrence contre une non-autorisation. La COMCO a elle-même formé un recours, dans le cadre d'une affaire survenue en Suisse centrale, contre la mise à charge des coûts d'autorisation d'une *sage-femme*, puisque l'accès au marché doit être garanti sans frais. Ces deux procédures d'appel sont pendantes devant les tribunaux cantonaux compétents.

La **transmission de monopoles cantonaux aux privés** doit passer par un appel d'offres public exempt de discrimination, conformément aux dispositions de la loi sur le marché intérieur. Sous l'effet de la jurisprudence, cette disposition du droit régissant le marché intérieur s'est toujours plus développée en une norme minimale applicable aux transferts de droits disponibles de façon limitée des pouvoirs publics aux privés. Par exemple, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut mener un appel d'offres public si l'*affichage* public est confié à des privés. La COMCO a pris position dans le cadre d'une procédure de recours auprès du TF concernant l'affichage dans le canton de Genève. Une commune avait attribué une concession à la prestataire en place sans passer par un appel d'offres, bien qu'une autre entreprise était également intéressée. Dans son arrêt du 30 novembre 2022, tenant notamment compte des explications de la COMCO dans ses considérants, le TF a jugé que cette manière de procéder constituait une violation flagrante de la loi sur le marché intérieur. D'autres cas de transmission de monopoles publics à des privés ont concerné des *services de sauvetage aérien* et des *exploitations de restauration municipales*.

La loi sur le marché intérieur contient une **interdiction de discrimination lors d'acquisitions cantonales et communales**. L'autorité de la concurrence examine en particulier des cas où l'accès au marché est généralement limité au détriment de prestataires. Il arrive que les services adjudicateurs des cantons et des communes mandatent des entreprises externes pour planifier les appels d'offres publics. Dans nombre de cas, le marché est attribué à un soumissionnaire lié à l'entreprise de planification. Cette situation n'est pas juste et elle limite la concurrence, puisque les autres entreprises n'ont aucune chance d'obtenir le mandat. De tels cas violent l'interdiction de discrimination prévue par la législation sur le marché intérieur et des **règles de préimplification et de récusation** visées par le droit sur les marchés publics. En 2022, dans un tel cas, la COMCO a formé un recours auprès d'un tribunal administratif cantonal de Suisse orientale. Ce tribunal a rejeté le recours de la COMCO, qui a interjeté *recours* contre cette décision devant le Tribunal fédéral au motif que le jugement du tribunal cantonal était juridiquement inexact.

Dans le **domaine des marchés publics**, d'autres activités ont concerné des clarifications liées à des adjudications de gré à gré. Le cas d'exception d'une adjudication de gré à gré est parfois invoqué trop facilement et sans

justification suffisante. La COMCO a reçu un nombre particulièrement important de dénonciations concernant des adjudications de gré à gré dans le domaine des technologies de l'information. Elle a en outre mené des observations de marché en Suisse alémanique et en Suisse romande pour soumettre l'achat d'électricité au droit des marchés publics et elle a répondu à ce sujet aux nombreuses questions des acteurs concernés. De surcroît, par ses avis rendus dans le cadre de consultations (notamment concernant le guide pour les marchés publics TRIAS), l'autorité de la concurrence s'est assurée que la mise en œuvre du droit révisé des marchés publics répond aux dispositions du droit de la concurrence.

5 Relations internationales

UE: l'accord conclu par la Suisse et l'UE en 2013 dans le domaine du droit de la concurrence a de nouveau permis à la COMCO de coopérer efficacement durant l'année sous rapport avec la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne. C'est ainsi que les deux autorités sœurs ont pu coordonner dans le temps l'ouverture d'une enquête dans le domaine pharmaceutique et qu'elles ont ensuite échangé des moyens de preuve. Un échange d'informations a aussi eu lieu dans le cadre d'autres enquêtes menées parallèlement. L'accord de coopération contribue à éviter les doublons et à accélérer les procédures, ce qui bénéficie également aux entreprises concernées par une enquête.

Allemagne: la Suisse et l'Allemagne ont signé en novembre 2022 un accord concernant la coopération dans le domaine du droit de la concurrence. Il s'agit d'un accord d'entraide administrative sur le modèle de l'accord de coopération avec l'UE, auquel il correspond largement sur le fond. Les divergences correspondent pour la plupart à des différences entre le droit de la concurrence de l'UE et celui de l'Allemagne, ainsi qu'à des notions ou adaptations de nature rédactionnelle. En Suisse, cet accord doit encore être ratifié par l'Assemblée fédérale. De ce fait, il ne pourra entrer en vigueur qu'au deuxième semestre 2023.

OCDE: le Secrétariat de la COMCO a participé tant par écrit que par oral aux discussions de l'OCDE sur les instruments d'analyse des données, sur la puissance d'achat, sur les cartels d'achat et sur les mesures provisionnelles. Il a en outre poursuivi la discussion sur la manière dont on pourrait renforcer la coopération internationale entre les autorités de la concurrence pour lutter contre les violations transfrontalières du droit de la concurrence. Jusqu'ici, la Suisse a misé sur des accords de coopération bilatéraux avec des juridictions choisies comme celles de l'UE et l'Allemagne.

RIC: en mai 2022, le Secrétariat de la COMCO a pris part à la 21^e conférence annuelle du RIC, qui s'est tenue à Berlin. Le Secrétariat a participé à plusieurs enquêtes et rapports du RIC. À cet égard, relevons en particulier sa participation à un rapport sur la numérisation et l'efficacité des autorités de la concurrence. Il a en outre utilisé les divers webinaires du RIC destinés aux échanges d'informations. Pour l'avenir, il est prévu que le Secrétariat s'engage davantage dans les échanges d'informations et de connaissances concernant le do-

maine du « machine learning », car il joue un rôle de leader international en ce domaine.

CNUCED: Le Secrétariat de la COMCO a participé en juillet 2022, à Genève, à la conférence annuelle de la CNUCED. Il a aussi poursuivi, en étroite collaboration avec le SECO, sa coopération au sein du groupe de travail sur les cartels transfrontaliers (« crossborder cartels »). Vu la grande importance que revêt la coopération internationale dans la lutte contre les cartels transfrontaliers, le mandat de ce groupe de travail a été prolongé d'un an afin d'améliorer encore à l'avenir le soutien apporté aux petites autorités de la concurrence encore jeunes et pour faciliter les échanges entre les autorités.

6 Législation

La mise en œuvre administrative des nouvelles dispositions visant le **pouvoir de marché relatif**, introduites par le législateur en réponse à l'initiative pour des prix équitables, constitue une nouvelle tâche pour les autorités de la concurrence, qui l'ont déjà remplie en 2022 (cf. chapitre 1 et point 4.1.13.a).

Le Conseil fédéral a poursuivi la **révision partielle de la loi sur les cartels** qu'il a engagée après l'échec de la dernière révision en 2014. De nombreuses prises de position ont été reçues au printemps 2022 dans le cadre de la procédure de consultation. Le Conseil fédéral devrait publier un projet de loi et le message correspondant au premier semestre de 2023. La révision fera ensuite l'objet des délibérations parlementaires. La responsabilité de la révision partielle de la loi sur les cartels au sein de l'administration incombe au SG-DEFR et au SECO. Le Secrétariat de la COMCO participe aux travaux.

La COMCO s'est elle aussi exprimée, dans le cadre de la **consultation sur la révision partielle de la loi sur les cartels**, sur les modifications proposées dans le projet de loi. Elle approuve les points essentiels du projet soumis par le Conseil fédéral: la modernisation du contrôle des fusions, le renforcement du droit civil en matière de cartels et l'amélioration de la procédure d'opposition. Elle accueille aussi favorablement de nombreux autres points du projet de révision visant à accroître la sécurité du droit tout en abrégant et simplifiant les procédures. En revanche, la COMCO rejette la mise en œuvre d'interventions parlementaires qui reposent pour certaines sur des prémisses inexactes et visent à affaiblir l'application du droit cartellaire, ou sont à tout le moins susceptibles d'induire un tel affaiblissement. Elle demande en particulier que l'on renonce à adapter le critère de la notabilité des accords visés à l'art. 5 de la loi sur les cartels (mise en œuvre de la motion 18.4282 Français) et à introduire des délais et des indemnités de dépens dans les procédures cartellaires (mise en œuvre de la motion 16.4094 Fournier). La motion 21.4189 Wicki, transmise depuis lors, et la réforme des autorités de la concurrence demandée par plusieurs participants à la consultation sont également problématiques, dans la mesure où elles ne seraient pas soigneusement mises en œuvre.

L'état actuel des **interventions parlementaires** concernant la législation cartellaire est le suivant:

- La **motion 16.3902 Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plateformes de ré-

servation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » a entraîné un complément à la loi contre la concurrence déloyale (LCD): depuis le 1^{er} décembre 2022, les clauses de parité entre les plateformes de réservation en ligne et les hôtels ou autres établissements d'hébergement sont interdites. Ces derniers sont autorisés depuis lors à proposer leurs chambres sur leur propre site Internet à un prix inférieur à celui affiché sur les plateformes de réservation hôtelières.

- Les Chambres ont transmis deux des quatre points de la **motion 16.4094 Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence », soit: des délais pour les procédures cartellaires administratives et des indemnités de dépens pour les procédures administratives de première instance. Le Conseil fédéral a intégré ces deux points dans la révision partielle de la loi sur les cartels.
- La **motion 18.4282 Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » a été intégrée dans la révision partielle de la loi sur les cartels. Les prises de position à cet égard sont controversées: certains souhaitent que l'art. 5 de la loi sur les cartels ne soit aucunement modifié, alors que d'autres trouvent que les dispositions proposées ne vont pas assez loin.
- Les deux conseils ont transmis la **motion 21.4189 Wicki** du 30 septembre 2021 « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels », bien que les abus allégués concernant l'application de la loi ne soient *pas* établis, comme la jurisprudence des tribunaux le montre, et que les exigences formulées concernant la présomption d'innocence soient déjà prévues par le droit en vigueur. Le Conseil fédéral entend mettre cette motion en œuvre dans le cadre de la révision partielle de la loi sur les cartels.
- La **motion 18.3898 Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » a été transmise. Le Conseil fédéral travaille à sa mise en œuvre en tenant compte des développements au sein de l'UE.
- La **motion 22.3838 Gugger** du 17 juin 2022 « Protection contre l'introduction unilatérale du modèle de l'agence sur le marché automobile » n'a pas encore été traitée au Parlement.
- La **motion 22.3885 CER-N** du 15 août 2022 « Enquête préalable du secrétariat de la COMCO, ou enquête de la COMCO, sur les problèmes de concurrence dans le domaine des combustibles et des carburants » demande au Conseil fédéral de charger le DEFR d'inviter la COMCO à ouvrir une enquête. Le Conseil national a accepté la motion en date du 14 décembre 2022.
- Les **motions Maitre et de Quattro** du 22 septembre 2022 « Supprimer les commissions d'interchange pour les opérations de paiement des cartes de débit » (22.3976 et 22.3977) ne sont pas encore traitées par les Chambres.

- La **motion 22.4404 Rechsteiner** du 14 décembre 2022 « Accélérer les procédures pour accroître la sécurité juridique » demande que la loi sur les cartels soit modifiée de sorte que la phase d'enquête menée par le Secrétariat de la COMCO (c'est-à-dire entre l'ouverture de la procédure et la proposition du Secrétariat à la COMCO) ne dure pas plus qu'un an, cette durée étant assortie d'une option de prolonga-

tion unique d'une année supplémentaire au plus. Cette intervention n'a pas encore été traitée par les Chambres.

7 Statistiques

Les statistiques des activités de la COMCO et de son Secrétariat se présentent comme suit pour 2022:

	2022	2021	2020
Enquêtes			
Menées durant l'année	19	20	20
dont reprises de l'année précédente	16	16	13
dont ouvertes durant l'année	3	4	7
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	0	0
Décisions	1	4	6
dont accords amiables	1	3	4
dont décisions de l'autorité	1	2	1
dont sanctions selon l'art. 49a al. 1 LCart	1	4	4
dont décisions partielles	0	0	2
Décisions de procédure	1	2	2
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	1	2	1
Mesures provisionnelles	0	1	1
Procédure de sanction au sens des art. 50 ss LCart	1	2	1
Enquêtes préalables			
Menées durant l'année	14	11	14
dont reprises de l'année précédente	8	7	13
dont ouvertes durant l'année	6	4	1
Clôtures	5	3	8
dont avec ouverture d'enquête	0	1	1
dont avec adaptation du comportement	4	1	4
dont sans suite	1	1	3
Autres activités			
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	5	1	1
Conseils	14	33	24
Observations de marché clôturées	52	48	80
Requêtes LTrans	22	10	18
Autres demandes traitées	511	519	565
Concentrations			
Notifications	49	31	35
Pas d'intervention après examen préalable	49	31	34
Examens	0	0	1
Décisions de la COMCO après examen	0	0	1
Interdiction	0	0	0
Autorisation conditionnelle / soumise à des charges	0	0	0
Autorisation sans réserve	0	0	1
Exécution provisoire	0	0	0

Procédures de recours			
Total des recours auprès du TAF et du TF	35 (88)	39 (92)	42
Arrêts du TAF	6 (31)	11 (15)	9
dont succès des autorités de la concurrence	4 (10)	8 (12)	6
dont succès partiel	2 (6)	2 (2)	2
dont sans succès	0 (3)	1 (1)	1
Arrêts du TF	5 (7)	5 (12)	7
dont succès des autorités de la concurrence	4 (4)	4 (11)	6
dont succès partiel	1 (2)	1 (1)	1
dont sans succès	0 (1)	0 (1)	0
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	29 (69)	30 (71)	29
Avis, recommandations et prises de position, etc.			
Avis (art. 15 LCart)	1	0	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0	0
Avis et prises de position (art. 47 LCart, art. 5 al. 4 LSPPr ou art. 11a LTC)	0	2	0
Suivi des affaires	0	0	0
Communications (art. 6 LCart)	1	0	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	327	335	327
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	14	11	12
Contrôles des aides	0	1	2
LMI			
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	0	1	0
Expertises (art. 10 LMI)	1	4	1
Observations de marché / conseils (Secrétariat)	62	68	63
Recours (art. 9, al. 2 ^{bis} , LMI)	3	1	2

Les statistiques 2022 et la comparaison avec les chiffres de 2021 et de 2020 révèlent pour l'essentiel ce qui suit:

- Enquêtes: la COMCO et son Secrétariat ont mené en 2022 pratiquement autant d'enquêtes que les années précédentes. Toutefois, la COMCO n'a pas clôturé autant d'enquêtes qu'habituellement, ceci pour deux raisons: premièrement, plusieurs procédures sont en phase finale auprès du Secrétariat; deuxièmement, un nombre supérieur à la moyenne de concentrations a été soumis à la COMCO, celles-ci devant être traitées en priorité eu égard aux délais légaux.
- Enquêtes préalables et observations de marché: le nombre d'enquêtes préalables et d'observations de marché se situe dans un ordre de grandeur similaire à celui des dernières années.
- Concentrations: en 2022, 49 concentrations ont été examinées dans le délai légal d'un mois. Sensiblement supérieur à celui des deux dernières années, ce nombre de notifications est le deuxième par ordre d'importance depuis 1996 (pour les 25 dernières années, la moyenne annuelle est d'environ 27 notifications). Les ressources correspondantes ont été mobilisées pour assurer l'examen de ces concentrations.
- Procédures de recours: certes, le nombre de recours pendants devant les tribunaux reste élevé, mais ceux-ci ont rendu de nombreuses décisions, cer-

taines sur des recours individuels, d'autres sur l'ensemble des recours formés contre une décision de la COMCO. Quant au mode de comptage, il faut noter ce qui suit:

- o Les décisions de la COMCO visent généralement plusieurs parties. Celles-ci forment des recours individuels auprès des tribunaux. Normalement, les tribunaux traitent chaque recours séparément, ce qui les conduit à rendre plusieurs jugements pour une seule et même décision de la COMCO. Ces jugements sont en partie très semblables sur le fond, mais ils peuvent traiter de questions spécifiques.
- o Depuis 2021, les statistiques ne présentent plus seulement les procédures de recours parallèles devant les tribunaux comme un seul cas par décision de la COMCO, mais indiqueront en outre, entre parenthèses, le nombre total de tous les recours séparés ou parallèles. Il en va de même des statistiques au niveau des tribunaux: les jugements sont, d'une part, comptés comme un seul jugement, indépendamment du nombre de recours par décision de la COMCO; d'autre part, le nombre d'arrêts par recours est aussi indiqué entre parenthèses (p. ex., les arrêts du TAF concernant les neuf recours contre la décision de la COMCO sur le fret aérien comptent comme un ju-

gement, mais le nombre de neuf figure entre parenthèses).

- Avis, expertises, recommandations et prises de position: les avis, expertises et recommandations sont rares depuis des années. Durant l'année sous rapport, la COMCO a produit une expertise pour un tribunal civil. Le nombre de consultations des offices que le Secrétariat de la COMCO doit traiter se maintient à un niveau constamment élevé. On a dénombré quelque 150 consultations des offices pour le seul domaine de la santé, leur nombre étant d'environ 30 dans le domaine de l'agriculture.
- Loi sur le marché intérieur: le nombre de questions traitées en lien avec la loi sur le marché intérieur est du même ordre que ces dernières années.

8 Thème spécial pour 2022: l'application de la loi sur les cartels en temps de crise

La situation engendrée par le SARS-CoV-2 avait déjà mis à l'épreuve la société, la classe politique et l'économie. En 2022, la guerre en Ukraine est venue s'y ajouter avec ses tensions et ses incertitudes. Des questions de droit cartellaire se posent aussi dans de telles situations de crise. Du point de vue de la Suisse, l'approvisionnement hivernal en gaz et les prix élevés des combustibles fossiles sont des thèmes prioritaires. En outre, la COMCO a dû traiter des indices d'accords sur les prix en lien avec les autotests COVID.

D'autres autorités de la concurrence ont, elles aussi, été confrontées à de telles problématiques. Sur la base des expériences réunies à l'international, l'organisme directeur du Réseau international de la concurrence (RIC), qui regroupe les autorités de la concurrence de 130 pays, a publié une déclaration sur le rôle crucial de la concurrence et de la politique de concurrence en période de crise, qu'elle soit due à une pandémie, une guerre ou une autre cause.

De ce fait, l'application de la loi sur les cartels en temps de crise constitue le thème spécial du présent rapport.

8.1 Garantir l'approvisionnement en gaz durant l'hiver

Un groupe de travail sous la conduite de l'Association suisse de l'industrie gazière (ASIG) a été créé afin de garantir l'approvisionnement en gaz de la Suisse de manière à faire face à la crise énergétique générée par la guerre en Ukraine. Outre les représentants de la branche du gaz, les autorités du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) et du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) étaient représentées. Le Secrétariat de la COMCO a été invité à participer au groupe de travail ainsi qu'à sa préparation. Il a participé aux séances hebdomadaires, organisées depuis mars 2022, dans le but de conférer toute la sécurité juridique possible aux acteurs de la branche gazière et de la Confédération engagés dans le groupe de travail, et pour permettre à celui-ci d'œuvrer à un approvisionnement conforme au droit cartellaire pour l'hiver 2022/2023. En outre, la COMCO et son Secrétariat ont pris position dans de nombreuses consultations

des offices et procédures de consultation concernant des projets d'actes législatifs. Dans ce cadre, les autorités de la concurrence ont veillé à ce que les projets visant à garantir l'approvisionnement en gaz n'avantagent ou ne désavantagent pas sans nécessité des acteurs du marché.

En raison de ces travaux, le secteur gazier a émis le reproche que les autorités de la concurrence auraient retardé l'approvisionnement rapide en gaz en insistant sur le respect du droit cartellaire. Ce faisant, la branche gazière a sous-entendu que l'obligation de satisfaire aux exigences du droit cartellaire accentuait la crise énergétique et une pénurie éventuelle. Ce reproche est infondé: à aucun moment, les autorités de la concurrence ne se sont opposées à une acquisition rapide ni même à une acquisition conjointe sur les marchés de l'énergie. Toutefois, à l'instar des autres autorités européennes de la concurrence, le Secrétariat de la COMCO a régulièrement attiré l'attention sur le fait que l'on ne saurait profiter de la crise énergétique pour restreindre sans justification la concurrence, pour entraver les partenaires commerciaux ou pour exploiter les consommateurs sous le prétexte du haut niveau des prix de l'énergie. Le Secrétariat de la COMCO s'est donc engagé au sein du groupe de travail pour que l'approvisionnement hivernal ne soit pas conçu de telle manière à ce que, sans justification, certains groupes de clients aient un moins bon accès au gaz ou qu'ils ne doivent l'acheter à de plus mauvaises conditions que d'autres clients.

La loi sur les cartels a pour importante fonction, précisément en temps de crise, d'empêcher l'exploitation d'une situation critique et de protéger les entreprises et les consommateurs en position de dépendance contre ceux qui tirent parti de la guerre. La loi sur les cartels et son application sont assez flexibles pour tenir compte de circonstances particulières. La loi sur les cartels prévoit, sous réserve d'un processus démocratiquement correct, une limitation de son application si d'autres intérêts publics prévalent sur la concurrence dans une situation spéciale.

D'une part, la loi sur les cartels ne s'applique pas si une autre loi prévoit que la concurrence n'est pas admise dans un marché déterminé. De telles exceptions supposent que le législateur ou l'instance de niveau réglementaire édicte des dispositions qui excluent la concurrence d'un marché donné. D'autre part, le Conseil fédéral peut faire usage de la compétence que lui confère la loi sur les cartels d'annuler des décisions de la COMCO si, à titre exceptionnel, des comportements déclarés illicites sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

En résumé, il convient de noter que la loi sur les cartels joue un rôle important pour empêcher les abus dans une situation de crise telle que la crise énergétique, mais qu'elle est aussi suffisamment flexible pour tenir compte de situations spéciales, à condition que le législateur ou le gouvernement prenne les mesures voulues. Si toutefois de telles mesures légitimées par le système démocratique ne sont pas prises, il n'appartient pas aux privés de s'inscrire en faux contre le droit en vigueur.

8.2 Des prix élevés pour les combustibles fossiles

En raison de la guerre en Ukraine, les prix du marché des combustibles fossiles et, partant, les prix des carburants à la pompe ont nettement augmenté. Dans ce contexte, depuis fin février 2022, des citoyens ont soumis au Secrétariat de la COMCO diverses demandes comportant des indices d'éventuels accords affectant la concurrence. Le Secrétariat s'est intéressé à ces indices et il a analysé les facteurs de hausse des prix en coopération avec la Surveillance des prix. Se fondant notamment sur l'évolution des prix moyens des carburants, publiés par l'Office fédéral de la statistique (OFS), il a procédé à des calculs approximatifs.

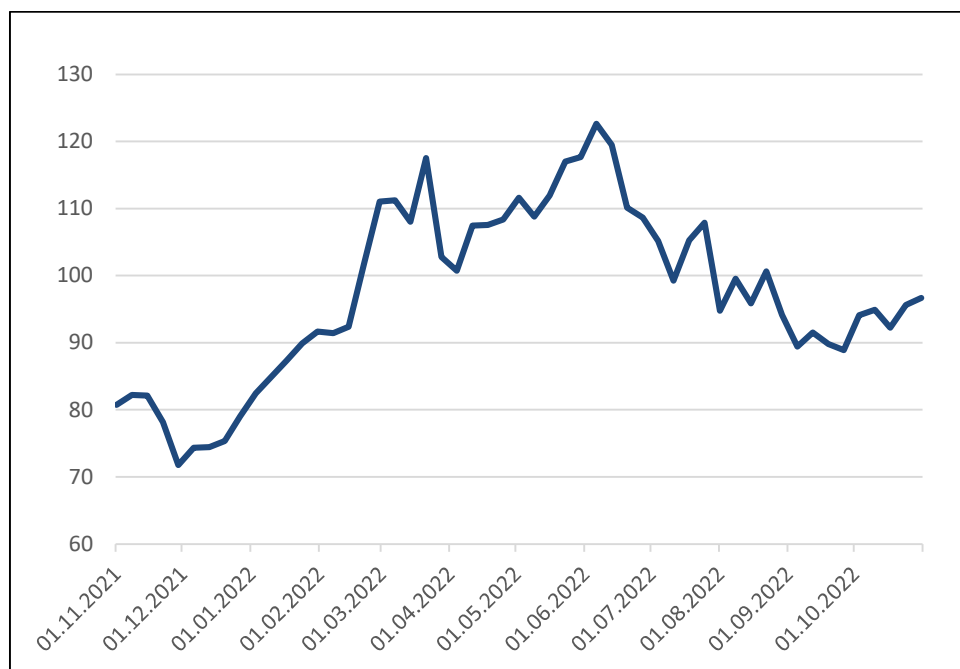
Le Secrétariat de la COMCO est parvenu à la conclusion suivante: l'analyse des prix des carburants à la pompe n'a pas révélé d'indices d'accords affectant la concurrence ou d'abus tarifaires commis par des entreprises détenant une position dominante sur le marché qui auraient justifié l'ouverture d'une procédure à l'encontre d'entreprises déterminées. Il faut noter que la hausse simultanée des prix à la pompe ne provient pas forcément d'un accord sur les prix, mais qu'elle peut reposer sur les coûts (p. ex. augmentation des prix du pétrole brut) et découler de l'observation et de l'imitation des prix de la concurrence. Cette remarque vaut tout particulièrement pour les produits homogènes tels que les carburants, qui ne se distinguent quasiment que par le prix. En droit cartellaire, reprendre les mêmes prix que la

concurrence ne pose pas de problème aussi longtemps que les concurrents ne coordonnent pas leurs tarifs par des accords. Les différences de prix d'une région à l'autre, considérables dans certains cas, et le supplément de prix aux stations-service autoroutières s'expliquent probablement par des structures de coûts et une intensité concurrentielle différentes. Certaines réflexions du Secrétariat sont présentées ci-après.

Plusieurs facteurs influencent le prix des carburants à la pompe: environ 50 % du prix des carburants payé dans les stations-service correspondent aux taxes et aux impôts (impôt sur les huiles minérales, surtaxe sur les huiles minérales, taxe à l'importation et taxe sur la valeur ajoutée). Le prix du pétrole brut (cf. figure 1), le cours de change du franc suisse contre le dollar américain (cf. figure 2) et les coûts de transport sur le Rhin constituent des facteurs d'influence supplémentaires et représentent globalement environ 34 % du prix. L'analyse tant de l'évolution des prix des carburants dans les stations-service que de leurs facteurs d'influence n'a révélé aucun indice selon lequel les prix à la pompe auraient évolué indépendamment des facteurs d'influence mentionnés. En d'autres termes, l'évolution des prix a fondamentalement suivi celle des facteurs d'influence présentés ci-après.

La figure 1 montre que le prix du pétrole brut a connu de fortes fluctuations, surtout entre février et avril 2022, et qu'il a sensiblement augmenté depuis fin 2021.

Figure 1: Évolution du prix du Brent (prix hebdomadaires moyens en \$/baril)

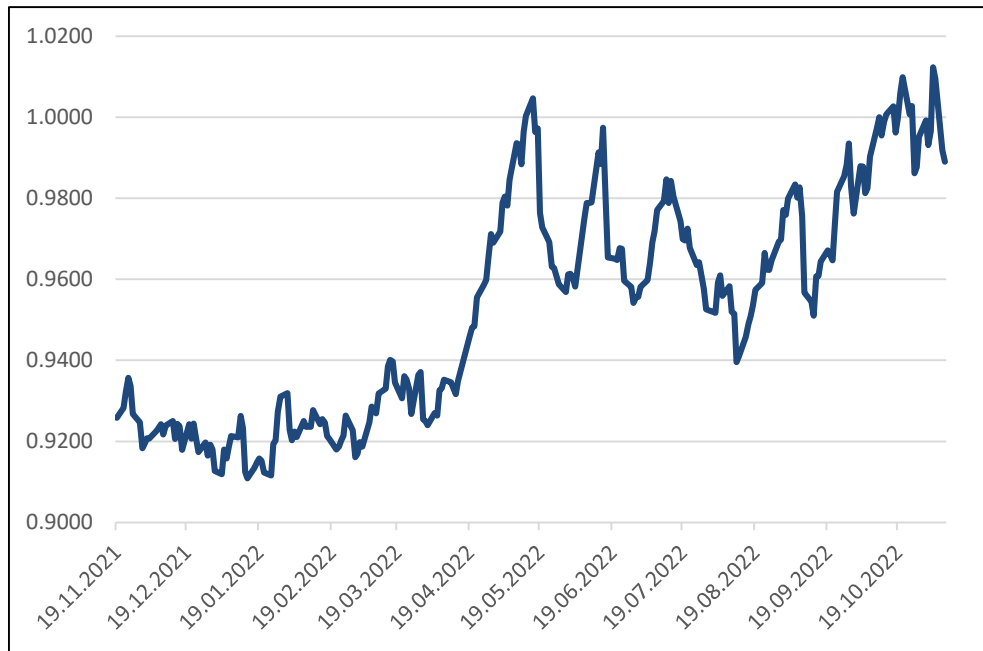


Source: www.onvista.de (état au 08.11.2022).

La figure 2 montre que le franc suisse s'est légèrement déprécié au cours de l'année par rapport au dollar américain. S'il suffisait encore d'environ 93 centimes pour acheter un dollar en février 2022, la monnaie américaine s'est appréciée jusqu'à fin octobre 2022 pour atteindre environ 1 franc, soit environ 8 % de dépréciation du

franc suisse. Cette évolution concerne le prix des carburants à la pompe en Suisse parce que le pétrole brut doit se payer en dollars américains. Une dépréciation du franc suisse par rapport au dollar américain entraîne donc une hausse du prix des carburants dans les stations-service de la Suisse.

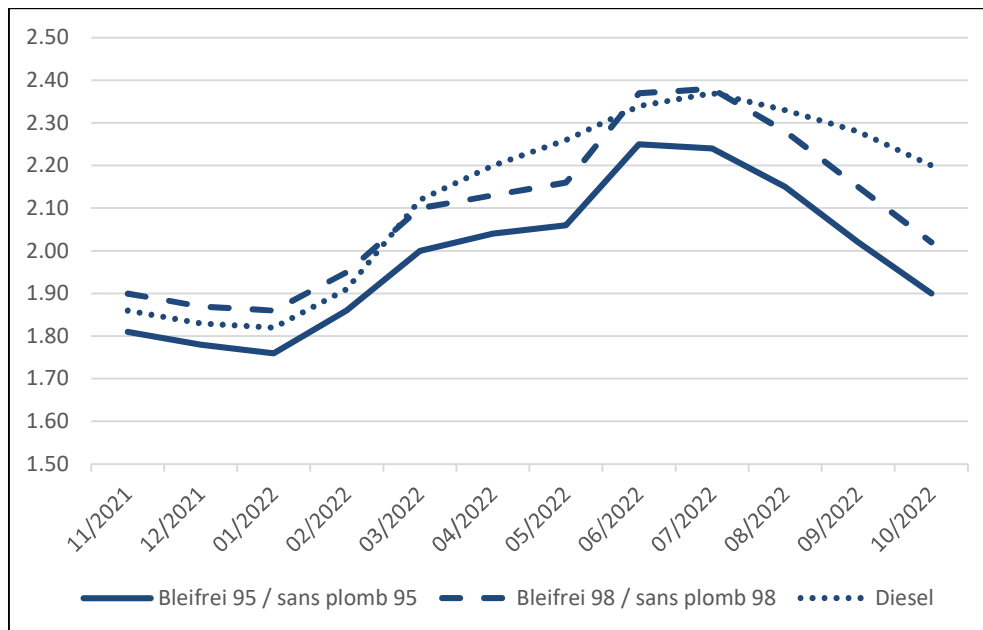
Figure 2: Évolution des cours de change USD/CHF (cotation des prix)



Source: BNS (état au 08.11.2022).

La figure 3 illustre l'évolution des prix moyens des carburants à la pompe en Suisse entre novembre 2021 et octobre 2022. Il en ressort que les prix des carburants (essence 95, essence 98 et diesel) ont augmenté en moyenne d'environ 1,91 franc en février 2022 à environ 2,33 francs en juillet 2022 (une hausse de 42 centimes).

Figure 3: Prix moyens des carburants à la pompe en Suisse



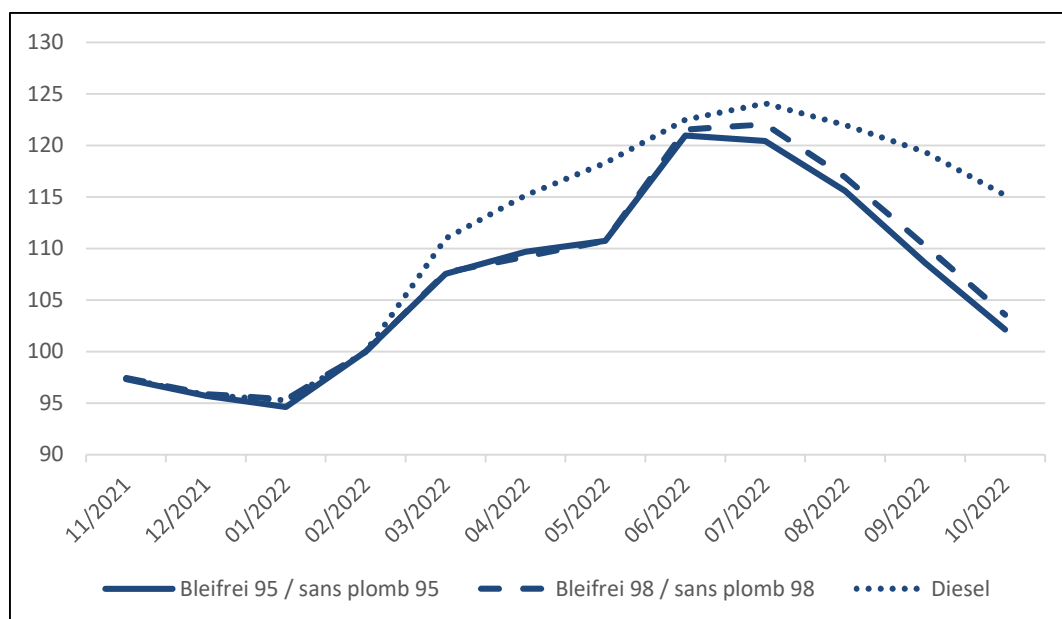
Source: OFS, valeurs mensuelles de nov. 2021 à oct. 2022 (état au 08.11.2022).

La figure 4, qui présente l'évolution relative des différents carburants, fait apparaître que le prix de l'essence à la pompe a augmenté de quelque 21 % entre février et juillet 2022. Pendant la même période, la hausse du prix du diesel était légèrement plus forte (env. +24 %). Puis, jusqu'à octobre 2022, les prix de l'essence ont baissé d'environ 20 % pour atteindre à peu près leur niveau de

février 2022, soit tout de même encore environ 8 % de plus qu'en octobre 2021. Les prix du diesel n'ont quant à eux baissé que d'environ 9 % depuis juillet 2022. De ce fait, en octobre 2022, le diesel était encore environ 20 % plus cher qu'en octobre 2021. L'évolution différente des prix du diesel et de l'essence est probablement due au fait que le diesel est un substitut du mazout et que la

demande de mazout a augmenté dès le printemps 2022, vu que les réservoirs et les stocks ont été remplis par anticipation en raison de la crise et que les entreprises sont passées du gaz au mazout.

Figure 4: Prix des carburants à la pompe en Suisse (chiffres indexés: février 2022 = 100)



Source: OFS et calculs propres.

Les carburants ne sont produits en Suisse qu'à la raffinerie de Cressier à concurrence d'environ 25 % de la consommation du trafic routier. C'est pourquoi l'importation de carburants par le Rhin représente une source d'approvisionnement importante. Suite à la grande sécheresse de l'été 2022 et du bas niveau du Rhin, qui réduisait la capacité de chargement des navires, le prix du fret a grimpé à plus de 85 francs par tonne en juillet 2022 (le prix usuel étant auparavant compris entre 15 et 35 francs par tonne). Cette situation explique aussi une part de la hausse des prix des carburants dans les stations-service suisses.

Le Surveillant des prix et le Secrétariat de la COMCO ont entretenu des rapports étroits dans leur suivi de la situation des prix sur les marchés de l'énergie. Ils ont coordonné leurs activités selon leurs compétences respectives. Par exemple, le Surveillant des prix a analysé les marges de l'unique raffinerie suisse. En effet, sans indice de violation du droit cartellaire, des marges excessives peuvent constituer un abus sur les prix qui relève de la compétence de la Surveillance des prix. Outre sa coopération avec la Surveillance des prix, le Secrétariat était représenté dans le groupe de travail interdépartemental sur les prix de l'énergie, qui a analysé l'évolution des prix de l'énergie et contrôlé les bases permettant à la Confédération de prendre d'éventuelles mesures.

Pour terminer, signalons que les autorités de la concurrence observaient continuellement le marché des carburants aux stations-service avant même 2022, notamment en raison des demandes régulières qui émanaient de la population au sujet des prix des carburants. Cependant,

ces dernières années, aucun indice de comportement illicite n'a justifié l'ouverture d'une procédure à l'encontre de certaines entreprises. L'enquête menée par la COMCO sur le marché suisse de l'essence entre 1992 et 2000 n'a également débouché sur aucun indice. De même, l'enquête sectorielle réalisée en 2022 par les autorités autrichiennes de la concurrence sur le marché autrichien des carburants et combustibles n'a livré aucun indice immédiat suggérant la formation d'un cartel ou un abus de position dominante sur le marché.

8.3 Autotests COVID

Durant la période de la pandémie liée au COVID 19, les autorités de la concurrence ont été particulièrement attentives à ce que les entreprises ne profitent pas de la situation pour se comporter de façon anticoncurrentielle. En effet, lors d'événements imprévus qui poussent les consommateurs à se précipiter durant une courte période sur un type de biens en particulier, l'offre ne parvient souvent pas à répondre, totalement ou partiellement, à la demande. Étant donné ces pics soudains de la demande, des entreprises vont alors être tentées d'augmenter leurs prix de façon coordonnée, obligeant les autorités de la concurrence à intervenir rapidement.

Ce fut le cas dans le domaine de la distribution des tests rapides suite à des informations que le Secrétariat de la COMCO avait reçues d'un distributeur fin mars 2021. Alors que la population suisse pouvait se procurer gratuitement des autotests COVID dans les pharmacies à partir du 7 avril 2021, un distributeur a été l'objet d'une tentative de pression afin qu'il ajuste les prix de ses tests à ceux de ses concurrents. Le Secrétariat de la COMCO a immédiatement ouvert une enquête préalable en pu-

bliant un communiqué de presse. Il a mené des investigations qui ont démontré que la tentative avait échoué. Aucune preuve d'autres collusions n'ayant pu être décelée, le Secrétariat de la COMCO a sensibilisé l'entreprise concernée aux faits relevant du droit de la concurrence et a mis fin à la procédure en publiant un second communiqué de presse.

Ce faisant, les autorités de la concurrence rendent les consommateurs attentifs à un problème particulier et montrent au grand public qu'elles interviennent très rapidement pour faire respecter la loi sur les cartels si des entreprises profitent de situations d'urgence pour conclure ou pour tenter de conclure des accords sur les prix, ou pour abuser de leur position de force sur le marché. Le Secrétariat de la COMCO se tient en tout temps à la disposition des entreprises pour répondre à leurs questions afin de leur éviter des procédures longues et coûteuses.

8.4 Conclusion

En temps de crise, il arrive que les appels à l'intervention de l'État s'intensifient, l'encouragement et la protection de la concurrence perdant de leur caractère prioritaire. L'histoire et les dernières années nous enseignent qu'il est aussi important, en temps de crise, de rester attentif à la concurrence dans le cadre des activités normatives et de la conception des politiques. Les marchés dynamisés par la concurrence sont capables de réagir avec plus de flexibilité aux perturbations économiques. Par contre, les marchés cloisonnés et protégés menacent de faillir en période de crise. Si des mesures étatiques sont envisagées pour gérer une situation de crise, il faut par exemple se poser les questions suivantes: les entreprises sont-elles capables, et si oui dans quelle mesure, de réagir à une crise de manière autonome ? Des interventions de l'État sont-elles nécessaires et pertinentes ? Sous quelles formes ? Les entreprises devront-elles rembourser le soutien de l'État et, le cas échéant, sous quels délais ? Le Secrétariat de la COMCO a dû répondre à de telles questions s'agissant de garantir l'approvisionnement hivernal en gaz. Il a œuvré en faveur de solutions durables et conformes aux règles de la concurrence.

En temps de crise, les marchés dynamiques réagissent. Par exemple, face à une pénurie ou si les facteurs de production renchérissent, les marchés réagissent par une hausse des prix. Tel a été le scénario en 2022 avec les prix des combustibles fossiles. L'analyse immédiate des nombreux éléments a révélé que les prix élevés s'expliquaient par divers facteurs et événements. Les procédures contre certaines entreprises ne se sont pas justifiées.

Tel n'a pas été le cas de certains distributeurs de tests rapides COVID, qui ont tenté de faire pression pour réaliser des hausses de prix. Le Secrétariat de la COMCO a alors réagi immédiatement en ouvrant une procédure à l'encontre de plusieurs commerçants. L'application stricte du droit peut contribuer à ce que les situations de crise ne soient pas utilisées aux fins d'activités contraires aux principes de concurrence. La COMCO et son Secrétariat sont à la disposition des entreprises et de la classe politique pour les conseiller dans la conception de

comportements visant à gérer les crises dans le respect des règles de la concurrence.

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

Commission:

- jusqu'au 31.12.22: Andreas Heinemann, président, professeur de droit commercial, économique et européen à l'Université de Zurich
- dès le 1.1.23: Baudenbacher Laura Melusine, présidente, associée d'une étude d'avocats suisse avec un bureau à Bruxelles
- Schmutzler Armin, vice-président, professeur à l'Institut socio-économique (SOI) de l'Université de Zurich
- Wüthrich-Meyer Danièle, vice-présidente, ancienne membre de la Cour suprême du canton de Berne
- Bettschart-Narbel Florence, membre, avocate, ancienne responsable Politique & Droit auprès de la Fédération romande des consommateurs FRC
- Diebold Nicolas, membre, professeur ordinaire de droit public et de droit économique à la faculté de droit de l'Université de Lucerne
- Emons Winand, membre, professeur ordinaire à l'Université de Berne
- Grisel Rapin Clémence, membre, professeure ordinaire auprès de la chaire de droit administratif de l'Université de Fribourg
- Këllezli Pranvera, membre, avocate au barreau de Genève
- Martinez Isabel, membre, économiste (PostDoc) à l'institut KOF Centre de recherches conjoncturelles de l'ETH de Zurich, ancienne Secrétaire centrale de l'Union syndicale suisse USS
- Minsch Rudolf, membre, responsable suppléant de la direction, Responsable économie générale et formation, chef économiste auprès d'économiesuisse
- Rufer Martin, membre, directeur auprès de l'Union suisse des paysans
- Schneider Henrike, membre, directeur adjoint auprès de l'Union suisse des arts et métiers (usam)

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

Secrétariat de la COMCO:

- Ducrey Patrik, directeur
- Stüssi Frank, directeur suppléant, construction
- Graber Cardinaux Andrea, vice-directrice, industrie et production
- Schaller Olivier, vice-directeur, Services

- Söhner-Bührer Carole, vice-directrice, infrastructure
 - Brunner René, chef ressources
-

A 1.	3. Rapporto annuale 2022 della Commissione della concorrenza (COMCO)
------	---

Sommario

1	Il 2022 in breve	45
2	Informazioni sulla COMCO e sulla Segreteria	45
3	Principali decisioni del 2022	46
3.1	Decisioni della COMCO	46
3.2	Decisioni dei tribunali	47
4	Attività	50
4.1	Attività nei vari mercati	50
4.1.1	Settore automobilistico	50
4.1.2	Edilizia	50
4.1.3	Servizi digitali	51
4.1.4	Energia	51
4.1.5	Mercati finanziari	51
4.1.6	Servizi professionali (servizi di manutenzione e riparazione)	52
4.1.7	Sistema sanitario	52
4.1.8	Agricoltura	53
4.1.9	Media (pubblicità cinematografica e libri)	53
4.1.10	Servizi postali	53
4.1.11	Sport	53
4.1.12	Telecomunicazione	53
4.1.13	Industria orologiera	54
4.1.14	Altre attività	54
a.	Posizione dominante relativa	54
b.	Accordi verticali sui prezzi e isolamento del mercato	54
c.	Cooperazione internazionale in materia di acquisti	54
4.2	Mercato interno	55
5	Affari internazionali	55
6	Legislazione	56
7	Statistica	57
8	Tema speciale 2022: applicazione della legge sui cartelli in tempi di crisi	59
8.1	Gas a sufficienza anche d'inverno	59
8.2	Prezzi elevati dei combustibili fossili	59
8.3	Test autodiagnostici COVID-19	62
8.4	Conclusioni	63
9	Allegato: membri della Commissione e della Direzione della Segreteria	63

1 Il 2022 in breve

Anche quest'anno la Commissione della concorrenza (COMCO) e la sua Segreteria hanno ricevuto e verificato diverse centinaia di notifiche e denunce da parte di cittadini, del settore pubblico, di imprese, associazioni, ecc. Queste segnalazioni e denunce riguardavano un'ampia varietà di mercati e sono sfociate in circa 75 nuove procedure più o meno complesse, nonché in **consulenze**. Tra i settori in questione rientrano quello postale, farmaceutico, delle automobili, della costruzione, dell'energia, dei mercati finanziari, del potenziamento della fibra ottica, e dell'orologeria.

La COMCO ha preso diverse **decisioni**, tra cui quella sugli accordi dei concessionari ticinesi (Concessionari VW). Inoltre, ha adottato la revisione della comunicazione sugli accordi verticali, che le imprese possono utilizzare come riferimento nella stesura di accordi con imprese ad altri livelli di mercato, ad esempio fornitori o clienti, così da garantire il rispetto del diritto in materia di cartelli. Le decisioni della COMCO vengono regolarmente impugnate dinanzi alle autorità di ricorso. Quest'anno il Tribunale amministrativo federale (TAF) e il Tribunale federale (TF) hanno emesso una serie di sentenze. Il TF ha ad esempio confermato le misure cautelari adottate dalla COMCO in relazione al potenziamento della rete in fibra ottica di Swisscom e il TAF ha confermato la decisione di apertura del mercato sui diritti di trasmissione in diretta delle partite di calcio e di hockey su ghiaccio della pay TV.

Le nuove disposizioni sulla **posizione dominante relativa** sono entrate in vigore il 1° gennaio 2022. Si rifanno all'iniziativa per prezzi equi e contribuiscono nello specifico alla lotta contro i prezzi elevati in Svizzera. La corsa alle denunce discussa in Parlamento non si è verificata. Tuttavia, due denunce hanno portato all'apertura di *inchieste*: una riguarda il settore farmaceutico, l'altra il settore dei libri nella Svizzera francese. La COMCO desidera contribuire il più celermente possibile alla certezza del diritto e creare regole chiare e uniformi.

Il Consiglio federale ha proseguito la **revisione parziale della legge sui cartelli (LCart)**. Anche la COMCO si è espressa sulle modifiche proposte nel progetto di legge. Ne sostiene i punti centrali, come la modernizzazione del controllo delle concentrazioni d'impresa, il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli e il miglioramento della procedura di opposizione; respinge invece l'attuazione degli interventi parlamentari basati su premesse in parte inesatte, che complicano le procedure e minano il diritto in materia di cartelli. La Svizzera necessita di una legge sui cartelli solida, con disposizioni chiare che permettano di combattere efficacemente i comportamenti dannosi.

Dopo un paio di anni in cui la pandemia di SARS-CoV-2 ha messo a dura prova la società, la politica e l'economia, la guerra in Ucraina ha portato nuove tensioni e incertezze. Questi **periodi di crisi** sollevano anche questioni relative al diritto in materia di cartelli. Per la Svizzera, i problemi principali sono costituiti dall'approvvigionamento di gas durante il periodo invernale e dai prezzi elevati dei combustibili fossili. La COMCO ha sostenuto una soluzione comune alla situa-

zione di crisi nel settore del gas, ma allo stesso tempo si è battuta contro gli abusi. I prezzi elevati dei combustibili fossili hanno provocato molte segnalazioni da parte della popolazione. La Segreteria della COMCO ha analizzato i fattori che incidono sull'aumento dei prezzi, senza tuttavia trovare alcun indizio di accordi. La COMCO ha inoltre chiarito la questione legata a indizi di possibili accordi sui prezzi in relazione ai test autodiagnostici. Durante il periodo di crisi ha potuto sfruttare le conoscenze già acquisite. Le attività nei settori del gas, dei combustibili e dei test autodiagnostici COVID costituiscono il tema speciale del rapporto annuale 2022.

2 Informazioni sulla COMCO e sulla Segreteria

Quanto varrebbe il risultato dell'Ironman di Rapperswil-Jona se si conoscesse il vincitore prima della gara? Cosa succederebbe se i lottatori del Brünigschwinget si accordassero tra loro sul vincitore di questo torneo di lotta svizzera? Come sarebbe la Ascona-Locarno Run se i corridori decidessero tra di loro prima della gara chi salirà sul podio? Non si tratterebbe di vere e proprie competizioni e mancherebbero i record. Lo stesso vale per l'economia: le imprese che limitano o eliminano la concorrenza attraverso accordi illeciti sui prezzi o sulla qualità dei prodotti e dei servizi non possono garantire risultati di spicco. Gli accordi hanno un impatto negativo sui «risultati», ossia sul rapporto qualità-prezzo di beni e servizi. Per combattere tali macchinazioni e promuovere la concorrenza, il Parlamento ha approvato la **LCart e la legge federale sul mercato interno (LMI)**. La COMCO e la sua Segreteria attuano la volontà del legislatore da oltre 25 anni. Combattono gli accordi e le pratiche abusive da parte di imprese con una posizione dominante sul mercato, verificano le grandi concentrazioni (fusioni) e assicurano che le imprese e i lavoratori indipendenti non siano ostacolati da normative cantonali. Forniscono inoltre consulenza alle imprese, redigono pareri per vari uffici federali e tribunali civili e verificano anche le leggi federali in termini di effetti sulla concorrenza.

La **COMCO** (istanza decisionale) è un'autorità di milizia composta attualmente da dodici membri nominati dal Consiglio federale, tra cui professori di diritto ed economia, avvocati e rappresentanti delle principali associazioni economiche e organizzazioni dei consumatori (per l'elenco completo si veda l'allegato). La COMCO si riunisce ogni due o quattro settimane e prende decisioni importanti, tra cui le sanzioni su proposta della Segreteria. Nel 2022 si sono tenute dodici sessioni plenarie della durata di una giornata intera o mezza giornata.

La COMCO dispone di una **Segreteria** (istanza investigativa) composta da membri che lavorano a tempo pieno. Questa conduce le procedure in materia di diritto sui cartelli, prepara le decisioni della COMCO e si pone come entità di riferimento per tutte le domande relative al diritto in materia di concorrenza da parte di imprese, privati e autorità. La Segreteria si compone di quattro servizi; del centro di competenza Mercato Interno e del servizio Risorse (per i membri della direzione si veda l'allegato). Alla fine del 2022, la Segreteria contava 76 collaboratori, esclusi gli stagisti (anno precedente: 76), la maggior parte dei quali sono giuristi o economisti. Il 44,7 per cento (anno precedente 44,7) erano donne. I 76

collaboratori lavorano a tempo pieno o parziale, per un totale di 65,3 posti a tempo pieno (anno precedente: 65,2). Inclusa la direzione, i collaboratori che si dedicano all'applicazione della LCart e della LMI sono 57 (anno precedente: 57), cioè 50,7 posti a tempo pieno (anno precedente: 50,6). 19 collaboratori (anno precedente: 19) sono impiegati nel servizio Risorse e forniscono sostegno all'intera Segreteria per un totale di 14,6 posti a tempo pieno (anno precedente: 14,6) (questi collaboratori svolgono anche compiti trasversali per l'Ufficio federale delle abitazioni, UFAB, e l'Ufficio federale per l'approvvigionamento economico del Paese, UFAE). Inoltre la Segreteria offre 4 posti di stage (anno precedente: 4).

La presidenza di **Andreas Heinemann** è terminata alla fine del 2022. Entrato a far parte della COMCO nel 2011, è stato vicepresidente dal 2012 e presidente dal 2018. Dal 2007 Andreas Heinemann è professore ordinario di diritto commerciale, economico ed europeo all'Università di Zurigo nonché professore ospite all'Università di Losanna. Dispone di una formazione in diritto, economia e scienze amministrative. Forte di questa pluriennale attività da accademico e ricercatore in Svizzera e all'estero, è oggi un riconosciuto esperto del diritto economico svizzero, europeo e internazionale, in particolare per quanto riguarda il diritto dei cartelli e dei beni immateriali.

Andreas Heinemann ha saputo sfruttare al meglio le sue vaste competenze, mettendole al servizio della COMCO in modo costruttivo e fruttuoso. La sua esperienza nel diritto europeo e tedesco in materia di cartelli è stata estremamente utile nell'applicazione di normative analoghe a livello svizzero. Ha prestato particolare attenzione a nuove questioni quali la digitalizzazione nel diritto in materia di cartelli o il rapporto tra quest'ultimo e la sostenibilità. Ha inoltre fatto in modo che l'autorità della concorrenza fosse sempre aggiornata in merito ai vari dibattiti, a cui lui stesso, in quanto accademico, ha contribuito in prima persona.

Heinemann ha dedicato grande attenzione alla posizione delle autorità della concorrenza svizzere all'interno degli organismi internazionali. Ha quindi partecipato come membro attivo all'*International Competition Network (ICN)*, all'*International Government Experts in Competition Law Group* della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD) e al *Competition Committee* dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). In quest'ultimo caso, nel 2019 è entrato a far parte dell'organo direttivo (*Bureau*) e ha potuto influenzare la scelta dei temi prioritari. Ha curato molto i rapporti con le autorità della concorrenza dei Paesi confinanti di lingua tedesca (Germania, Austria e Liechtenstein): le autorità di questi quattro Paesi (DA-CHLIE) si incontrano una volta all'anno e si impegnano a mantenere un dialogo intenso e basato sulla fiducia. In tali occasioni Andreas Heinemann ha potuto instaurare e coltivare contatti che dureranno ben oltre il suo mandato.

Vi è inoltre un aspetto in particolare che ha caratterizzato il suo mandato e che lascerà il segno in futuro: Heinemann ha dimostrato un'enorme stima per i membri della COMCO e per tutti i collaboratori della sua Segreteria, qualsiasi posizione ricoprissero. Ha sempre saputo

trattare tutti con estrema cortesia, tanto che alle proposte o alle richieste che gli venivano presentate rispondeva mettendo in luce innanzitutto gli aspetti positivi. Per quanto riguarda le critiche, ha sempre prestato cura di non offendere la persona a cui erano dirette e introdotto le osservazioni mettendole in una luce positiva.

Andreas Heinemann si è dedicato con impegno ai suoi compiti in tutti i dodici anni del suo mandato; a lui si devono molte delle decisioni prese. Come presidente, ha saputo guidare la COMCO con grande tatto, prudenza e democrazia. È stato un pilastro della COMCO, ambasciatore in patria e all'estero e membro fedele. Mancherà sia alla COMCO che alla sua Segreteria. Un grande ringraziamento a lui per il lavoro svolto e l'enorme impegno profuso.

3 Principali decisioni del 2022

3.1 Decisioni della COMCO

Il 12 dicembre 2022, la COMCO ha completato la revisione della **Comunicazione sugli accordi verticali** tra le imprese. Gli accordi tra imprese a diversi livelli di mercato, ad esempio tra produttori e rivenditori, sono comuni. Di regola, tali accordi aumentano l'efficienza all'interno di una catena di produzione o di distribuzione. Tuttavia alcuni accordi, come la fissazione dei prezzi e l'isolamento del mercato svizzero, sono di principio illeciti. L'UE ha modernizzato le sue regole (il regolamento generale di esenzione per categoria sugli accordi verticali con i relativi orientamenti) che sono entrate in vigore a partire dal 1° giugno 2022. La COMCO ha di conseguenza rivisto la sua Comunicazione e garantito che, di principio, continueranno ad essere applicate le stesse regole come nell'UE. Inoltre, essa ha preso in considerazione la giurisprudenza e la prassi più recenti, tra cui la sentenza guida del TF sulle raccomandazioni di prezzi («Hors-Liste-Medikamente»). Prima della revisione, la COMCO ha condotto una consultazione pubblica. Le modifiche proposte sono state accolte con grande favore, in particolare il forte allineamento con il diritto della concorrenza dell'UE. La Comunicazione è entrata in vigore il 1° gennaio 2023. Le imprese hanno un anno di tempo per adeguarsi alle nuove regole di distribuzione.

Il 31 ottobre 2022, la COMCO ha trattato le ultime due **richieste di consultazione degli atti** ancora aperte, presentate in seguito alle dieci decisioni sugli accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni. In passato, la COMCO aveva già trattato altre richieste simili (costruzione di strade e genio civile nel Cantone di Argovia e nel Cantone di Zurigo, lavori di costruzione nel distretto di See-Gaster). La gestione di tali richieste ha implicato un grande onere in termini di personale: gli atti, spesso di migliaia di pagine, dovevano infatti essere controllati per determinarne se fossero o meno accessibili. In merito alle richieste e alle relative decisioni della COMCO e dei tribunali, è bene sottolineare due aspetti. In primo luogo, il TF ha condiviso il parere della COMCO secondo cui – anche prima della conclusione della procedura di ricorso contro una decisione di sanzione della COMCO – i servizi di aggiudicazione possono ottenere l'accesso a una versione della decisione di sanzione in cui vengono citati singoli progetti di costruzione e ai relativi atti, al fine di far valere eventuali richieste di risarcimento danni e/o le norme in materia di appalti pubblici. In secondo luogo, è

prevalso il principio secondo cui, in caso di richieste di consultazione degli atti, le imprese che hanno presentato un'autodenuncia non devono sottostare a un trattamento peggiore (ma nemmeno migliore) rispetto a quello riservato alle imprese che non l'hanno fatto. Gli autodenuncianti devono acconsentire a una piena collaborazione con la COMCO e dichiarare di conseguenza in quali accordi di appalto sono stati coinvolti. Per questo motivo, la COMCO non consente l'accesso agli atti e ai progetti di appalto oggetto di accordi che non avrebbe potuto ottenere, comprendere e accertare se non con l'aiuto delle imprese autodenuncianti. Un'impostazione contraria andrebbe infatti a minare l'istituto dell'autodenuncia.

All'inizio del 2021, la COMCO ha avviato un'inchiesta nei confronti di **Mastercard**: quest'ultima è sospettata di aver ostacolato il National Cash Scheme (NCS) di SIX. La COMCO ha disposto misure cautelari. Ha così dato la possibilità di emettere carte di debito Mastercard anche in fase di inchiesta a tutte le banche tecnicamente in grado di elaborare transazioni NCS. A tal fine, il sistema NCS avrebbe potuto essere applicato alle carte congiuntamente al sistema Mastercard (*co-badging*), ma non avrebbe ancora potuto essere utilizzato attivamente. Nel frattempo è emerso che le banche emittenti non hanno fatto capo a questa possibilità e SIX ha pertanto rinviato l'accesso al mercato di NCS sino alla conclusione delle indagini. Ciò ha fatto venire meno i presupposti per le misure cautelari, motivo per cui la COMCO le ha revocate il 22 agosto 2022 (a causa di un ricorso di Mastercard, le misure cautelari non erano ancora passate in giudicato al momento della decisione). A prescindere da ciò, l'inchiesta continuerà.

Swissgenetics non ha rispettato l'obbligo di annuncio nel momento in cui ha acquisito New Generation Genetics nel settore del seme di bovino. Pertanto, il 27 giugno 2022 la COMCO ha inflitto a Swissgenetics una sanzione di 50 000 franchi. La COMCO ha modificato la sua **prassi di valutazione delle sanzioni**, rinunciando a fissare l'importo di base allo 0,1 per mille del fatturato annuo dell'impresa inadempiente. Questo criterio non è idoneo a garantire che venga rispettato l'obbligo di notifica relativo alle concentrazioni d'impresa stabilito dalla legge sui cartelli.

A giugno 2018, la COMCO ha avviato l'inchiesta sui **Concessionari VW**. Il 23 maggio 2022 ha stabilito che sette concessionari di veicoli di marca VW nel Canton Ticino hanno adottato un comportamento illecito e li ha sanzionati per un totale di circa 44 milioni di franchi. Dal 2006 al 2018, i concessionari hanno costituito un cartello illegale nella vendita di veicoli nuovi a privati e al settore pubblico. Il loro obiettivo era quello di ridurre la concorrenza tra i concessionari di auto e di mantenere i prezzi di vendita di questi veicoli a livelli elevati. I concessionari coordinavano tutte le attività di vendita in Ticino: prendevano accordi sugli appalti delle autorità pubbliche, concordavano una politica dei prezzi (sconti, promozioni, prezzi di riscatto ecc.) per la vendita di auto nuove ai privati e avevano suddiviso il Canton Ticino in aree di attività. Cinque imprese si sono dichiarate disponibili a una conciliazione, mentre due hanno presentato ricorso al TAF. La decisione è passata in giudicato per gli altri cinque rivenditori.

3.2 Decisioni dei tribunali

Nel 2011, la COMCO ha vietato all'associazione dei fabbricanti, importatori e fornitori di prodotti cosmetici e di profumeria (**ASCOPA**) e ai suoi membri di scambiare informazioni sensibili relative al mercato (prezzi, vendite, costi pubblicitari e condizioni commerciali generali). Sono state scambiate informazioni sulle liste dei prezzi e sulle vendite lorde e sui dettagli degli investimenti pubblicitari tra 27 imprese del settore cosmesi e profumeria nonché le raccomandazioni dell'ASCOPA sulle condizioni commerciali generali (CCG). Lo scambio di informazioni ha permesso alle imprese di adattare reciprocamente il loro comportamento sul mercato, il che ha provocato una notevole limitazione della concorrenza sul mercato dei prodotti cosmetici e di profumeria. Con la sentenza del 12 dicembre 2022 il TAF ha respinto un ricorso contro la decisione della COMCO. La decisione è passata in giudicato.

Il 16 novembre 2022 il TAF ha deciso in merito a nove ricorsi del 2 dicembre 2013 relativi al **trasporto aereo di merci**. La decisione della COMCO era diretta contro 14 parti e comprendeva rotte tra la Svizzera e cinque Paesi al di fuori dell'UE. In cinque casi, il TAF ha sostanzialmente confermato gli accordi sui prezzi: per il tribunale è dimostrato che nel settore del trasporto aereo diverse compagnie si sono impegnate in scambi di informazioni anticoncorrenziali sui supplementi per il carburante e sulla commissione dei supplementi a lungo termine. Tuttavia, ha ridotto le sanzioni. Il TAF ha accolto integralmente tre ricorsi, in quanto le tre imprese interessate avevano trasportato la merce prima via terra verso un Paese dell'UE e poi per via aerea verso un Paese terzo. L'accordo pertinente sul trasporto aereo tra la Svizzera e l'UE prevede la competenza della Svizzera solo per le rotte tra la Svizzera e i Paesi terzi, motivo per cui il tribunale non ritiene che la COMCO abbia la competenza per valutare i relativi accordi concernenti il trasporto merci. Inoltre, il TAF ha parzialmente accolto il ricorso di una compagnia aerea autodenunciante. Sei decisioni sono state impugnate dinanzi al TF.

Il 14 dicembre 2020 la COMCO ha avviato l'inchiesta relativa alla **strategia di potenziamento della rete Swisscom**. Nel contempo ha disposto misure cautelari nei confronti di Swisscom vietando – con effetto immediato – un potenziamento della sua rete di fibra ottica che impedisca a terzi di accedere direttamente all'infrastruttura (accesso di livello 1, *layer 1 access*) dalle centrali di collegamento di Swisscom. Quest'ultima ha impugnato le misure cautelari di fronte al TAF e al TF. Dopo il TAF, anche il TF ha respinto il ricorso. Nella sentenza del 2 novembre 2022, il TF ha disposto la competenza della COMCO a emettere misure cautelari, e ha negato la violazione del divieto di arbitrio e del principio della separazione dei poteri. Pertanto, le misure cautelari della COMCO rimangono in vigore fino alla decisione nella procedura principale.

Il 29 novembre 2010 la COMCO aveva applicato all'impresa **SIX** una sanzione di circa 7 milioni di franchi per aver ostacolato l'accesso alla funzione **DCC** (*Dynamic Currency Conversion*) ad altri fornitori di terminali. Dopo che il TAF ha respinto il ricorso nella sua sentenza del 18 dicembre 2018, anche il TF l'ha respinto nella sua

sentenza del 2 novembre 2022. Di cosa si trattava? SIX Multipay aveva abusato della sua posizione dominante sul mercato per favorire i terminali per carte di credito della sua impresa consorella SIX Card Solutions: la funzione DCC lanciata da SIX Multipay nel 2005 era disponibile solo sui terminali dell'impresa consorella, ma non su quelli di altri fornitori. La DCC è una funzione che permette la conversione in valute estere direttamente al terminale presso i commercianti. Consente al proprietario di una carta di credito o di debito estera di scegliere direttamente al terminale se pagare la somma dell'acquisto in franchi svizzeri o nella sua valuta nazionale.

Nella sua sentenza del 25 ottobre 2022, il TAF ha giudicato inammissibile il ricorso di una parte in merito al rifiuto provvisorio dell'assunzione di prove e della consultazione completa degli atti, alla violazione del diritto di essere sentiti e alla determinazione delle tasse, in quanto non sussisteva un pregiudizio irreparabile. Nell'ambito dell'indagine in corso **Costruzioni Moesa**, la parte ha ripetutamente chiesto l'accesso al fascicolo e l'assunzione di prove, in particolare l'audizione di testimoni. La Segreteria della COMCO ha temporaneamente rifiutato l'accesso integrale agli atti, ha rinviato la valutazione della richiesta di assunzione di prove a una data successiva e ha emesso una decisione incidentale.

Nella sentenza del 14 settembre 2022, il TF ha respinto il ricorso di un'impresa contro la decisione del TAF del 9 agosto 2021 sulla decisione della COMCO del 2019 relativa a **lavori di costruzione nei Grigioni**. Come nel caso del TAF, anche il TF ha confermato le misure imposte alle imprese dalla COMCO. Tramite queste misure quest'ultima ha vietato alle imprese di stipulare accordi di appalto, di scambiare informazioni con i servizi di aggiudicazione sull'importo dell'offerta, sugli elementi di prezzo, sulla ripartizione e distribuzione dei clienti e delle zone e sulla situazione degli interessi prima della presentazione dell'offerta (fanno eccezione i consorzi e i rapporti di subappalto). Quattro ricorsi contro la decisione della COMCO sono pendenti presso il TAF.

Nelle sue sentenze del 16 agosto 2022, il TAF ha trattato tre ricorsi contro una decisione della COMCO del 19 ottobre 2015. Quest'ultima ha sanzionato quattro concessionari di automobili con sanzioni forfetarie da 10 000 a 320 000 franchi per aver concluso accordi sui prezzi. All'inizio del 2013, i quattro concessionari dei marchi del Gruppo VW e AMAG avevano concordato un elenco comune di condizioni, che riguardava gli sconti sui prezzi e le tariffe forfetarie di consegna per la presentazione dell'offerta iniziale per le auto nuove dei marchi del Gruppo VW. La COMCO ha rilevato che i concessionari hanno comunicato la politica di sconti concordata nel marzo 2013 in occasione delle riunioni regionali dell'associazione degli agenti del gruppo Volkswagen (VPVW). Già l'8 agosto 2014 la COMCO aveva concluso la procedura contro AMAG con una conciliazione. Tre dei quattro concessionari rimasti avevano inoltrato un ricorso al TAF. Quest'ultimo ha confermato in larga misura le decisioni della COMCO, annullando tuttavia i requisiti di condotta imposti dalla stessa COMCO, ritenendoli non sufficientemente giustificati. Un concessionario ha portato il caso davanti al TF.

Nella sentenza del 10 maggio 2022, il TAF ha confermato la decisione della COMCO del 2016 contro Swisscom, Cinetrade e Teleclub per comportamento anticoncorrenziale in relazione alla messa a disposizione di trasmissioni di calcio e hockey su ghiaccio. Nel periodo oggetto dell'indagine (dal 2006 al 2013), CT Cinetrade AG (ora Blue Entertainment AG) deteneva numerosi diritti esclusivi di trasmissione in diretta di **partite di calcio e hockey su ghiaccio su pay TV**, che ha ceduto a Teleclub. Mentre Swisscom aveva ricevuto da Teleclub un'offerta completa di calcio e hockey su ghiaccio per Swisscom TV, le altre piattaforme televisive avevano dovuto accontentarsi di un'offerta ridotta e a condizioni meno favorevoli. Alcune piattaforme televisive non avevano proprio potuto accedere all'offerta. Poiché in Svizzera le trasmissioni di calcio e hockey su ghiaccio fanno parte dell'offerta principale di una piattaforma televisiva, il rifiuto di concedere tale offerta e la discriminazione di alcune piattaforme televisive data da un accesso solo parziale all'offerta di programmi sportivi Teleclub costituiscono pratiche illecite. La decisione è pendente presso il TF.

Con sentenza del 4 maggio 2022 il TAF ha respinto il ricorso contro una decisione incidentale della COMCO sulla **partecipazione di un'impresa come terza parte** nell'indagine contro Mastercard a causa di un possibile ostacolo al *co-badging del National Cash Scheme* (NCS) di SIX. Nel caso di una decisione incidentale, il ricorso è ammissibile se mira a evitare un pregiudizio irreparabile o se il suo accoglimento contribuisce a giungere rapidamente a una decisione finale (consentendo di evitare una procedura defaticante e dispendiosa). Dal momento che il caso in questione non soddisfa queste fattispecie, il TAF ha ritenuto il ricorso inammissibile.

Con sentenza del 19 gennaio 2022 il TAF ha confermato la decisione della COMCO contro HCI-Solutions. I grossisti, gli ospedali, le farmacie, i medici e le drogherie necessitano di avere accesso per via elettronica alle informazioni riguardanti i medicinali, che consentono la distribuzione, la dispensazione e la fatturazione degli stessi. HCI Solutions AG, una società di Galenica AG, fornisce queste informazioni. A dicembre 2016, la COMCO è giunta alla conclusione che HCI Solutions AG detiene una posizione dominante sul mercato per quanto riguarda la **commercializzazione di informazioni elettroniche sui medicinali** e che ha abusato di questa posizione. Ha ad esempio inserito nei contratti con le imprese di software clausole che impediscono l'uso di database di altri fornitori di informazioni sui medicinali. Ha inoltre offerto ai produttori farmaceutici la possibilità di includere le informazioni sui loro farmaci nei suoi database solo in combinazione con altri servizi. Il TAF ha confermato la sostanza della decisione della COMCO, ma ha ridotto la sanzione da circa 4,5 milioni di franchi a 3,8 milioni di franchi, anche per via del fatto che ha considerato le violazioni della legge meno gravi rispetto a quanto non avesse fatto la COMCO. La sentenza è ora pendente presso il TF.

Il 27 maggio 2013, la COMCO ha sanzionato dieci **distributori di libri in francese** in Svizzera, che avevano ostacolato le importazioni parallele. I dettaglianti svizzeri non hanno potuto rifornirsi all'estero durante il periodo esaminato dall'inchiesta a causa dell'esclusività con-

nuta da ogni distributore con gli editori. Il 30 ottobre 2019, il TAF ha confermato l'illiceità degli accordi. Tuttavia, ha ridotto le sanzioni imposte a quattro distributori. Otto di loro hanno presentato ricorso al TF contro le decisioni del TAF. *Alla fine del 2021 e nel corso del 2022* il TF si è espresso in merito a questi otto ricorsi.

- Nella sua decisione del *21 dicembre 2021*, ha parzialmente accolto il ricorso di **Dargaud**, distributore di libri in francese in Svizzera. Nel caso di alcuni contratti di distribuzione che il TAF aveva definito – con decisione del 30 ottobre 2019 – accordi in materia di concorrenza ai sensi del diritto in materia di cartelli, il TF ha concluso che l'istanza precedente non ne aveva stabilito il contenuto in maniera sufficientemente chiara. Di conseguenza, e in assenza di sufficienti elementi di fatto in merito alla decisione impugnata, il TF ha ritenuto che non fosse possibile stabilire se tutti i contratti di distribuzione in questione avessero mirato o effettivamente portato a una restrizione della concorrenza sul mercato della distribuzione di libri in francese in Svizzera durante il periodo considerato. Riducendo il numero di accordi viziati a causa del privilegio di gruppo e dell'insufficiente descrizione dei fatti da parte del TAF, il TF ha rinviato il caso all'istanza inferiore per una nuova decisione sulla sanzione da imporre al distributore.
- Il *3 marzo 2022*, il TF ha respinto i punti salienti del ricorso di **Flammarion** confermando l'esistenza di accordi illeciti e la relativa sanzione. Per quanto riguarda i rapporti di agenzia, ha ritenuto che il riconoscimento del privilegio dell'agente ispirato dal diritto europeo non dia carta bianca in ambito di diritto in materia di cartelli: gli impegni reciproci assunti dalle parti per regolare i loro rapporti restano in ogni caso soggetti alla LCart. Questo è per esempio il caso delle clausole di esclusività territoriale contenute nei vari contratti di distribuzione stipulati tra Flammarion e il suo partner di distribuzione in Svizzera. Per quanto riguarda gli obblighi imposti al «fornitore», il TF ha stabilito che l'impegno assunto da Flammarion di non rifornire i rivenditori svizzeri direttamente dalla Francia non equivale pienamente a un impegno del produttore ma rappresenta piuttosto un impegno del distributore nella misura in cui riguarda anche i libri di norma distribuiti dal gruppo Flammarion all'estero, senza che quest'ultimo li abbia tuttavia pubblicati. Da questo punto di vista, l'accordo introduce una suddivisione territoriale.
- Per quanto riguarda **Albert le Grand SA**, il *14 giugno 2022* il TF ha integralmente accolto il ricorso, annullando la sanzione e rinviando il caso all'istanza precedente perché si esprimesse in merito ai costi e alle spese delle procedure precedenti. Il TF ha stabilito che la condanna di Albert le Grand da parte delle istanze precedenti relativa a tutti gli accordi trattati era infondata.
- Per quanto riguarda **Diffulivre SA** e **Diffusion Transat SA**, il risultato è paragonabile a quello del caso Dargaud: il *3 agosto 2022* e l'*8 dicembre 2022* il TF ha confermato che sia Diffulivre che Diffusion Transat hanno concluso accordi illeciti, stabilendo tuttavia che

le violazioni non sono così gravi come quelle ritenute dalle istanze precedenti, per le stesse ragioni addotte in merito al caso Dargaud. I due casi sono attualmente all'esame del TAF, che dovrà prendere nuove decisioni in merito alle sanzioni.

- Per quanto riguarda **Editions Glénat (Suisse) SA** e **Servidis SA**, come nel caso Albert le Grand SA, l'*8 dicembre 2022* il TF ha accolto integralmente i ricorsi, annullato le sanzioni e rinviato entrambi i casi all'istanza precedente perché si esprimesse in merito ai costi e alle spese delle procedure precedenti. Il TF ha stabilito che le sanzioni imposte a Glénat e Servidis erano infondate per tutti gli accordi trattati dalle istanze precedenti.
- Passando al caso **Interforum Suisse SA**, l'*8 dicembre 2022* il TF ha respinto i punti principali del ricorso dell'impresa, confermando l'esistenza di accordi illeciti e la relativa sanzione. Per quanto riguarda i rapporti di agenzia, ha stabilito – come nella sentenza Flammarion – che il riconoscimento del privilegio dell'agente, ispirato al diritto europeo, non significa concedere carta bianca per quanto riguarda il diritto in materia di cartelli: gli impegni reciproci assunti dalle parti per regolare i loro rapporti restano in ogni caso soggetti a questa legislazione. Questo è il caso per esempio delle clausole di esclusività territoriale contenute nei vari contratti di distribuzione stipulati tra Interforum e il suo partner di distribuzione in Svizzera. Per il resto, il TF ha stabilito che Interforum ha indubbiamente partecipato a un accordo di distribuzione verticale che garantiva una protezione territoriale assoluta al suo partner di distribuzione in Svizzera.
- In entrambi i casi **Dargaud** e **Diffulivre**, il TF ha anche aggiunto che la recente modifica della LCart (posizione dominante relativa) vieta potenzialmente la pratica messa in atto da alcuni gruppi, che rifiutano di rifornire i clienti svizzeri a prezzi e condizioni commerciali valevoli all'estero e li indirizzano invece alle corrispondenti società di distribuzione in Svizzera (spesso società del gruppo), in modo che acquistino alle condizioni e ai prezzi svizzeri (più elevati). Si tratta di una sorta di relativizzazione del privilegio di gruppo da parte del TF.

Con sentenza del *1° dicembre 2021*, il TF si è occupato per la prima volta di due ricorsi relativi a una **perquisizione**, presentati nella stessa causa al TAF e al Tribunale penale federale (TPF) e respinti da entrambi i tribunali. Il TF ha unito le procedure di ricorso contro le decisioni del TAF e del TPF per evitare decisioni contraddittorie al suo interno. Ha ritenuto soddisfatti i requisiti per la perquisizione e ne ha confermato la legittimità. Il Tribunale ha annullato la decisione del TAF, considerandola divenuta priva d'oggetto, in quanto quest'ultimo era entrato in materia del ricorso contro la perquisizione e il sequestro anche se non di sua competenza. Il TF ha invece accolto il ricorso contro la decisione del TPF rimandando il caso al TPF per una nuova valutazione, in quanto quest'ultimo aveva violato il diritto della parte a essere sentita motivo per cui il dissigillamento risultava quindi illegittimo.

4 Attività

4.1 Attività nei vari mercati

La LCart e la LMI si applicano a tutti i mercati. Di conseguenza, le attività della COMCO e della sua Segreteria inglobano diversi settori. Ogni anno, la Segreteria della COMCO riceve diverse centinaia di notifiche e denunce da parte di cittadini, settore pubblico, imprese, associazioni, ecc., che si traducono in una media di 80-90 procedure all'anno. In circa il 75 per cento dei casi si tratta di osservazioni di mercato minori e informali, circa il 18 per cento sono procedure di medie dimensioni («inchieste preliminari») e circa il 7 per cento sono procedure più ampie («inchieste»)¹. **Di seguito** vengono riportati i risultati più importanti di queste procedure, delle consulenze, dei preavvisi espressi in merito ad atti normativi statali e delle sovvenzioni, suddivisi per mercato. Vengono inoltre descritte le inchieste preliminari e le inchieste più recenti.

4.1.1 Settore automobilistico

Il settore automobilistico **sta attraversando una fase di cambiamenti radicali**. In primo luogo, vi è una tendenza all'integrazione verticale, all'uso dei modelli delle agenzie e alla vendita diretta online da parte dei produttori. I veicoli con motore a combustione vengono sempre più spesso sostituiti da veicoli elettrici che, in officina, sono più semplici da gestire e comportano meno costi, dato che hanno meno bisogno di pezzi di ricambio e interventi di manutenzione. La crescente digitalizzazione fa aumentare anche le richieste dei clienti nei confronti delle officine. La LCart e la cosiddetta Comunicazione autoveicoli (ComAuto)² formano gli strumenti necessari per contrastare eventuali comportamenti contrari alla legge sui cartelli all'interno delle reti di distribuzione e allo stesso tempo garantire l'accesso delle officine indipendenti alle informazioni tecniche e ai pezzi di ricambio per i lavori di riparazione e manutenzione.

La Segreteria della COMCO ha risposto regolarmente alle richieste concernenti il rispetto delle regole contenute nella **ComAuto**. In diversi casi è stato chiarito che la garanzia legale e la garanzia del fabbricante non vengono annullate da lavori di riparazione o manutenzione effettuati in modo corretto da officine indipendenti. Nel periodo di garanzia, i consumatori non sono quindi tenuti a rivolgersi esclusivamente alle officine autorizzate per la riparazione o manutenzione del loro veicolo.

Dal momento che, a marzo 2022, il Parlamento ha adottato la mozione Pfister (cfr. n. 6), si prevede di convertire la Comunicazione autoveicoli in un'**ordinanza**, elaborata sotto la guida della Segreteria di Stato dell'economia (SECO).

Va ricordato che quest'anno la COMCO e il TAF hanno preso decisioni nel settore degli autoveicoli (riguardo ai **Concessionari VW** rispettivamente alla **VPVW**). Si trova una sintesi al numero 3.

4.1.2 Edilizia

A maggio 2022, la Segreteria della COMCO ha concluso un'**inchiesta preliminare** sui **sistemi di protezione antincendio**, avviata un anno prima. Si sospettava che sei imprese (cinque distributori e un produttore) avessero coordinato le loro offerte per elementi di protezione an-

tincendio per un progetto di costruzione privato (tra CHF 200 000 e CHF 400 000). La Segreteria ha riscontrato che gli stessi supplementi e ribassi utilizzati dai distributori in una prima fase del calcolo lasciavano intuire un coordinamento per alcuni progetti di costruzione. Nel caso specifico, tuttavia, gli indizi a disposizione non erano sufficienti per ipotizzare un accordo di appalto. Sussistevano anche indizi al fatto che il produttore avesse nominato certi supplementi e ribassi non vincolanti nel quadro di formazioni o consulenze iniziali. Tuttavia, ad eccezione del progetto di costruzione in questione, non si sono riscontrati altri elementi che facessero pensare all'attuazione di supplementi e ribassi di questo tipo. Anche per questo motivo, non è stato possibile ritenere che il produttore si fosse accordato con le altre imprese in un modo tale da violare la LCart.

In un'ulteriore **inchiesta preliminare**, la Segreteria della COMCO ha esaminato anche le indicazioni di un accordo di subappalto. Un servizio di aggiudicazione pubblico ha fatto pervenire alla Segreteria indicazioni specifiche di coordinamento dei prezzi da parte di due imprese, emerse durante una procedura mediante invito per l'acquisto di **prodotti elettrici**. Nell'inchiesta preliminare avviata a marzo e conclusa a ottobre 2022, la Segreteria ha riscontrato che le due imprese avevano coordinato le loro offerte – la prima aveva calcolato entrambe le offerte – affermando però davanti al servizio di aggiudicazione che erano indipendenti. La Segreteria si è astenuta dall'aprire un'inchiesta perché l'accordo non ha avuto successo e le imprese si sono impegnate ad adottare misure per evitare accordi di appalto in futuro.

Nell'ambito delle **osservazioni di mercato**, nel 2022 la Segreteria della COMCO si è occupata di altre cinque segnalazioni e denunce in merito a possibili **accordi di appalto** provenienti da servizi di aggiudicazione o da imprese coinvolte nelle rispettive procedure. Gli appalti, di valore compreso tra poche migliaia e 1,5 milioni di franchi, sono stati indetti principalmente da enti pubblici, ma anche i privati hanno segnalato anomalie. La Segreteria della COMCO va a fondo di queste indicazioni di accordi di appalto e fornisce supporto ai committenti in questione. Rimane importante tenere a mente che dall'inizio del 2021 è previsto l'obbligo a livello federale e dal 2022 in alcuni casi anche l'obbligo a livello cantonale di segnalare alla COMCO tutti i casi sospetti di accordi di appalto (a livello cantonale i processi di ratifica del diritto

¹. Nota bene: la procedura di inchiesta prevista dal diritto in materia di cartelli garantisce una valutazione formale dell'ammissibilità o dell'inammissibilità delle restrizioni della concorrenza ai sensi della LCart, ha natura generale e dura circa 2-3 anni. La decisione spetta alla COMCO. L'inchiesta preliminare è una procedura preliminare del diritto in materia di cartelli di natura prevalentemente informale, che permette di individuare i casi meritevoli di indagine e che di solito dura circa un anno. L'osservazione di mercato è un provvedimento amministrativo previsto dal diritto in materia di cartelli che, a seconda della conoscenza del mercato da parte delle autorità, può portare a un'inchiesta preliminare o a un'inchiesta o concludersi in via informale. Le inchieste preliminari e le osservazioni di mercato sono condotte e completate a livello di Segreteria della COMCO.

² Comunicazione concernente la valutazione dei cartelli verticali nel settore automobilistico (www.comco.admin.ch) → In diritto e documentazione > Comunicazioni).

degli appalti pubblici riveduto sono ancora in corso). A questo proposito, la Segreteria della COMCO ha pubblicato i fogli informativi «Combattere gli accordi sugli appalti» e «Sospetto di accordi sugli appalti» (www.comco.admin.ch → Denunce → Segnalazioni di accordi sugli appalti); nel 2022 ha inoltre tenuto diverse presentazioni di sensibilizzazione.

Nell'ambito di una *richiesta di consulenza* l'associazione Swissolar si è rivolta alla COMCO allo scopo di definire un **indice dei prezzi degli impianti fotovoltaici** il cui scopo primario è quello di indicizzare i prezzi al momento della stipula delle commesse edili. A causa delle strozzature nella fornitura di impianti fotovoltaici, spesso passa infatti più di un anno tra la conclusione del contratto e l'installazione, motivo che rende i prezzi degli impianti fotovoltaici sensibili alle fluttuazioni. La Segreteria ha fornito consulenza all'associazione in merito alla progettazione dell'indice dei prezzi nel rispetto del diritto in materia di cartelli, in modo che la struttura e la pubblicazione non comportino un coordinamento dei prezzi tra i commercianti e gli installatori di impianti fotovoltaici. La consulenza si è concentrata principalmente sui requisiti statistici per la raccolta delle informazioni sui prezzi (rappresentatività, raccolta da parte di un organismo neutrale ecc.) e per la presentazione dell'indice dei prezzi (livello di aggregazione e presentazione della dispersione delle informazioni sui prezzi pubblicate ecc.).

A gennaio 2022 la Segreteria della COMCO ha aperto una *nuova inchiesta* su presunte manipolazioni di accordi di appalto da parte di quattro imprese dei Cantoni di Friburgo, Giura, Neuchâtel e Vaud. A giugno 2022 ha poi esteso l'inchiesta a un'altra impresa. La Segreteria ha effettuato perquisizioni in tutte le imprese. Sussiste il sospetto che, per diversi anni, abbiano coordinato le loro offerte e i loro prezzi per gli appalti pubblici nell'ambito della **manutenzione stradale** (spandimento di pietrisco e trattamento della superficie bituminosa).

4.1.3 Servizi digitali

Nei mercati digitali relativi ai **Gafam** (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft), le autorità della concorrenza evitano di avviare procedure ridondanti rispetto a quelle condotte all'estero da altre autorità della concorrenza. Tuttavia, chiedono costantemente che la Svizzera sia trattata al pari dei Paesi confinanti. Da diversi anni, le misure imposte a Google dall'Unione Europea nel 2015 nell'ambito dell'inchiesta «Google Shopping» sono valide anche in Svizzera. Quanto alle decisioni dell'autorità francese della concorrenza – che ha recentemente condannato Google in due inchieste distinte, sfociate in misure cautelari imposte al mercato dei server pubblicitari e a quello dei diritti affini (*snippets*) – la Segreteria della COMCO ha chiesto a Google che le misure adottate nel quadro della prima inchiesta siano applicate anche in Svizzera, con effetto a partire dall'inizio del 2022. Per quanto riguarda la seconda richiesta, prima di garantire che le misure adottate per il mercato francese siano applicate anche in Svizzera, la Segreteria attende l'esito dell'iter legislativo attualmente in corso nel nostro Paese riguardante la gestione dei diritti affini.

4.1.4 Energia

L'anno 2022 è stato caratterizzato da numerose *consultazioni degli uffici e procedure di consultazione esterna* su diverse ordinanze nei **settori dell'elettricità e del gas**. Il tema principale è stato la **crisi energetica** causata dalla guerra in Ucraina e la relativa ricerca di soluzioni per garantire l'approvvigionamento energetico. L'attenzione si è concentrata sull'«ordinanza sulla garanzia delle capacità di fornitura di gas naturale in situazioni di grave penuria» e sulle ordinanze relative alle misure da adottare in caso di penuria di elettricità o di gas (in particolare restrizioni, divieti di utilizzo e contingentamenti di elettricità o gas). La COMCO e la sua Segreteria si sono espresse soprattutto a favore di un trasferimento non discriminatorio e conforme al principio di causalità dei costi generati dalla creazione di riserve. Inoltre, la COMCO e la sua Segreteria hanno sempre sottolineato che il monitoraggio e la trasmissione di dati per garantire il rispetto delle disposizioni non devono rivelare i dati dei consumatori o altri dati economici sensibili agli attori che operano a livello di produzione, fornitura e commercio. Per quanto riguarda l'ordinanza per la costituzione di una riserva di energia idroelettrica, la COMCO e la sua Segreteria si sono espresse a favore in particolare di una neutralità tecnologica degli impianti a partire dall'inverno 2023/24 e affinché gli impianti che opereranno al di fuori del mercato dell'elettricità come centrali di riserva per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento in inverno siano determinati all'interno di procedure di assegnazione concorrenziale.

4.1.5 Mercati finanziari

Nel 2022, la digitalizzazione ha continuato a svolgere un ruolo dirompente nel settore dei servizi finanziari. Gli istituti finanziari «tradizionali» hanno dovuto reagire all'ingresso di operatori nuovi e dinamici che mettono a disposizione prodotti finanziari innovativi. La pandemia ha accelerato la trasformazione **digitale** del settore finanziario, costringendo gli operatori ad adottare una serie di misure per soddisfare a distanza le esigenze dei loro clienti, da tempo confinati, e dei loro collaboratori, garantendo sempre una totale sicurezza. Numerose piattaforme e borse elettroniche offrono oggi una gamma sempre più completa di servizi finanziari. Nel 2022, la Segreteria della COMCO è stata chiamata a fornire *consulenza* in merito a questi servizi agli operatori di mercato che desiderano conformarsi alle disposizioni della LCart. Un esempio in particolare è quello che riguarda la *consulenza* fornita a SIX Swiss Exchange AG (**SIX**) **sulla trasmissione di segnali di dati**.

SIX ha spiegato che le connessioni dati più veloci sono fondamentali per il commercio borsistico in generale e in particolare per il commercio – parallelo o complementare – su diversi mercati. Attualmente, le tecnologie a bassa latenza (p.es. quelle che utilizzano le microonde) generano le connessioni più veloci tra due piazze borsistiche, e alcuni operatori di mercato disporrebbero già delle proprie reti a microonde. Per evitare distorsioni della concorrenza, è fondamentale evitare che i singoli operatori di mercato abbiano il monopolio della connessione più veloce tra due piazze borsistiche. Per evitare ciò,

SIX prevede di fornire un unico accesso diretto alle sue connessioni a bassa latenza, disponibile per tutti gli operatori di mercato alle stesse condizioni. In questo caso specifico, la Segreteria della COMCO ha concluso, sulla base delle spiegazioni fornite da SIX, che il progetto della stessa SIX non sembra presentare di primo acchito problemi legati al diritto in materia di cartelli, fintanto che l'accesso sarà disponibile in modo paritario per tutti gli operatori di mercato interessati, in conformità con i principi di apertura, equità e non discriminazione e a condizioni ragionevoli.

All'inizio del 2022, molti commercianti hanno reagito all'aumento dei costi associati all'introduzione delle **nuove carte di debito Mastercard e Visa**, spingendo diversi parlamentari federali a chiedere una regolamentazione delle commissioni in questo settore. Le nuove carte non costituiscono quindi un problema in quanto tali. La vecchia generazione di carte (Maestro/VPay) viene sostituita da una nuova (Debit Mastercard/Visa Debit), che ha il vantaggio di poter essere utilizzata online. Dopo che Maestro ha goduto di un quasi monopolio per diversi anni, questo processo – che riguarda tutta l'Europa, non solo la Svizzera – contribuisce a intensificare la concorrenza tra le carte di debito Visa e Mastercard. Per comprendere il problema, occorre distinguere tra le commissioni per i commercianti e le commissioni interbancarie multilaterali (*Multilateral interchange fees*, MIF). Le prime – che inglobano le seconde – sono relativamente elevate per le transazioni di grande valore perché calcolate su base percentuale. Per questo motivo, sono diventate l'oggetto di una conciliazione tra la Sorveglianza dei prezzi e SIX/Worldline. Le commissioni interbancarie multilaterali, pagate alle banche emittenti, sono oggetto di un'*inchiesta preliminare* avviata a settembre 2022, perché le autorità della concorrenza ritengono che possano essere considerate accordi in materia di concorrenza ai sensi della LCart. È bene sottolineare che la COMCO non si occupa di regolamentazione dei prezzi: può intervenire solo in caso di violazione della LCart. Se il Parlamento volesse regolamentare i prezzi, ad esempio disciplinando le commissioni, dovrebbe emanare una legge specifica, applicabile a tutti i mezzi di pagamento (compresi Twint, Postcard, ecc.).

Il 5 dicembre 2022, la Segreteria della COMCO ha avviato un'*inchiesta preliminare* nei confronti di numerose banche della Svizzera tedesca per verificare l'esistenza di **accordi in merito ai salari** dei loro impiegati di commercio con un AFC nel settore bancario e quelli dei loro apprendisti. Il problema dei cartelli che creano un potere di monopsonio artificiale nel mercato del lavoro è attualmente analizzato da diverse autorità della concorrenza, che tengono sempre più in considerazione il benessere dei lavoratori dipendenti. Nel 2016, la Federal Trade Commission e il ministero della giustizia statunitense hanno pubblicato un documento su questo tema, intitolato «Antitrust Guidance to Human Resources Professionals». L'UE ha recentemente annunciato l'avvio di una serie di inchieste e perquisizioni in questo settore. L'*inchiesta preliminare* condotta dalla Segreteria della COMCO è la prima nel suo genere in Svizzera e permetterà di determinare la misura in cui la LCart si applica ai rapporti di lavoro che non sono il risultato di negoziati tra parti sociali.

4.1.6 Servizi professionali (servizi di manutenzione e riparazione)

L'informatizzazione dell'economia ha un impatto importante su una serie di servizi, soprattutto quelli legati alla manutenzione e riparazione. A volte infatti per poter offrire i propri servizi molte imprese che operano in questi settori dipendono dai dati tecnici computerizzati in possesso dei produttori. È il caso, per esempio, degli **ascensori**, dove il personale di riparazione indipendente continua a lamentare difficoltà di diverso ordine, in particolare nell'ottenere strumenti diagnostici che consentano di operare su determinati ascensori e montacarichi nonché pezzi di ricambio originali. Nel 2011 la Segreteria della COMCO ha condotto un'*inchiesta preliminare* dalla quale è emersa l'esistenza di restrizioni all'accesso alle interfacce e ai mezzi tecnici. Aveva quindi notato che questo aspetto avrebbe potuto complicare la manutenzione esterna, in quanto gli ascensori tradizionali verranno presto sostituiti da modelli più recenti e con più componenti elettronici. Per questo motivo, a ottobre 2022 ha avviato una nuova *inchiesta* preliminare volta a indagare le condizioni di mercato in vigore per l'installazione e la manutenzione degli ascensori.

4.1.7 Sistema sanitario

Nel 2022 la Segreteria della COMCO ha dovuto ricordare una serie di principi agli operatori che forniscono **prestazioni ospedaliere complementari** (spese alberghiere, prestazioni complementari ambulatoriali e stazionarie). Per essere sicuri di rispettare la LCart, i vari operatori si sono infatti rivolti alla Segreteria della COMCO, che ha comunicato loro quanto segue: 1) le trattative tariffarie devono avvenire – singolarmente o in piccoli gruppi, a seconda delle parti in gioco – tra assicuratori e ospedali (e non a livello di associazioni); 2) gli assicuratori, in qualità di acquirenti, possono costituire cooperative d'acquisto, a condizione che non si accordino sui premi e sui prodotti offerti agli assicurati; 3) il potere di mercato degli assicuratori non deve portare all'imposizione di prezzi inadeguati agli ospedali; 4) il potere di mercato di alcuni ospedali non deve giustificare la mancata instaurazione di relazioni commerciali con gli assicuratori o l'imposizione di prezzi inadeguati. Dato che il settore ospedaliero sta subendo cambiamenti significativi, le autorità della concorrenza continueranno a monitorare gli sviluppi e interverranno, se necessario, per garantire la concorrenza nel settore sanitario.

Il 10 agosto 2022 la COMCO ha ricevuto la notifica di una *concentrazione* tra l'**ospedale universitario e la clinica Bethesda di Basilea**. Date le rispettive quote di mercato, il reparto maternità e ginecologia avrebbero potuto sollevare problemi a livello di diritto in materia di concorrenza. Tuttavia, la COMCO ha deciso di non procedere con un esame. Infatti, sulla base delle conoscenze acquisite nel caso che ha visto coinvolti l'USB e l'ospedale cantonale di Basilea Campagna, la COMCO ritiene che i pazienti del reparto maternità e ginecologia continueranno a fare distinzione tra le due strutture ospedaliere anche in futuro. Poiché la già citata concentrazione permetterà di continuare con la specializzazione esistente, ottimizzando al contempo il settore delle nascite, la posizione dominante sul mercato della nuova struttura ha potuto essere controbilanciata da una mag-

giore efficienza derivante dalla concentrazione stessa. A ciò si sono aggiunti il potere negoziale delle assicurazioni malattia così come l'intervento dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) e del Sorvegliante dei prezzi per aumentare la trasparenza delle fatture ospedaliere delle assicurazioni complementari. Per tutti questi motivi, la COMCO ritiene che la concentrazione delle due strutture non eliminerà una concorrenza efficace.

Il 13 settembre 2022 la COMCO ha aperto un'*inchiesta* contro Novartis ed effettuato una perquisizione presso la sede di quest'ultima, a Basilea. Il sospetto è che il colosso farmaceutico abbia cercato di proteggere uno dei suoi farmaci per il trattamento dermatologico utilizzando un suo brevetto per bloccare un farmaco concorrente. Gli inquirenti dovranno appurare se si tratta di un caso di utilizzo di un cosiddetto **brevetto di blocco**, che potrebbe essere considerato un abuso di posizione dominante. Questa fattispecie è la prima inchiesta su un possibile abuso di un diritto di proprietà intellettuale ai sensi della LCart. Va sottolineato che per aprire l'inchiesta la COMCO ha cooperato con la Commissione europea, fondandosi sull'accordo bilaterale tra Berna e Bruxelles relativo al diritto in materia di concorrenza in vigore dal 2014.

Il 16 agosto 2022 la COMCO ha aperto la prima *inchiesta* sulla **posizione dominante relativa** (cfr. n. 4.1.14.a). I grossisti farmaceutici acquistano prodotti farmaceutici e sanitari da imprese nazionali ed estere e li distribuiscono in Svizzera. La COMCO dispone di indizi secondo i quali Fresenius Kabi, impresa farmaceutica attiva a livello internazionale, ostacola il grossista svizzero Galexis nell'acquisto all'estero alle condizioni vigenti negli altri Paesi di vari prodotti offerti anche in Svizzera, soprattutto quelli utilizzati per l'**alimentazione orale ed enterale**. Se risultasse che Fresenius Kabi ha una posizione dominante relativa sul mercato, il suddetto rifiuto di fornitura potrebbe violare la LCart.

4.1.8 Agricoltura

Tramite un *parere* pubblicato a ottobre 2022, la COMCO ha risposto a una serie di domande poste dal tribunale regionale Berna-Mittelland riguardo la liceità, ai sensi del diritto in materia di cartelli, dell'**esclusione di un agricoltore** dall'associazione **IP-SUISSE** per aver violato le linee guida di produzione dell'associazione detenendo in modo non adeguato gli animali. La COMCO ha ritenuto giustificata l'esclusione.

La COMCO ha sanzionato Swisshgenetics per una *concentrazione* non notificata (cfr. n. 3.1) nel settore della produzione di seme di bovino.

4.1.9 Media (pubblicità cinematografica e libri)

La Segreteria della COMCO ha interrotto l'*osservazione di mercato* nel settore della **commercializzazione e mediazione di pubblicità cinematografica** a causa di un possibile abuso di posizione dominante. L'impresa di commercializzazione pubblicitaria in questione ha assicurato alla Segreteria che limiterà il rapporto contrattuale esclusivo con le sale cinematografiche a un massimo di cinque anni e che non imporrà loro alcun requisito unilaterale in merito alla collaborazione con altri operatori attivi nello stesso settore. Non vi sono dunque indizi che altri operatori siano ostacolati in termini di concorrenza.

Nell'autunno del 2022, Payot ha denunciato il gruppo Madrigall per abuso di posizione dominante relativa. La libreria ha denunciato la limitazione della possibilità di acquistare in Francia, ai prezzi e alle condizioni di mercato vigenti, **libri** venduti sia in Svizzera sia in Francia. La Segreteria della COMCO ha chiarito alcuni primi aspetti durante un'*osservazione di mercato* e nel gennaio 2023 ha avviato un'*inchiesta*.

4.1.10 Servizi postali

Nel settore dei **servizi postali** la COMCO ha ricevuto diverse denunce in relazione alle acquisizioni della Posta Svizzera in cui vengono segnalati vari abusi della posizione dominante, tra cui soprattutto sovvenzionamenti trasversali illeciti, trasmissione di dati provenienti dal settore di monopolio, discriminazioni di prezzo e operazioni illecite di vendita abbinata. Per chiarire ulteriormente la situazione, la Segreteria della COMCO ha avviato due *osservazioni di mercato*.

4.1.11 Sport

Nel 2022, nel contesto della risposta del Consiglio federale all'**interpellanza Regazzi**, che chiedeva al Consiglio federale di valutare la necessità di una base giuridica per introdurre nella legge sui cartelli norme sul fair play finanziario nei campionati professionistici, la Segreteria della COMCO si è basata su una serie di considerazioni derivanti da diversi pareri su decisioni di associazioni sportive, in particolare nel campo dell'hockey su ghiaccio. La Segreteria non ritiene necessario introdurre norme di questo tipo nella LCart, in quanto la legge prevede già la possibilità di stipulare accordi settoriali per motivi di efficienza economica se si rivelano necessari per raggiungere determinati obiettivi in ambito sportivo.

L'autonomia di fondo di cui godono le associazioni e i club sportivi in termini di organizzazione trova quindi un limite nel diritto vigente. In assenza di disposizioni eccezionali, come i contratti collettivi di lavoro, i regolamenti e i provvedimenti adottati dalle federazioni sportive e dai club devono essere esaminati sulla base della LCart, in modo da ottenere un risultato paragonabile a quello che si otterrebbe con lo specifico test in uso nell'UE (caso «Meca-Medina»). Secondo questo test, le regole e le misure sportive sono soggette a un'analisi «classica» del diritto della concorrenza se è sufficientemente dimostrato che sono associabili all'organizzazione e al corretto svolgimento di una competizione sportiva e che non garantiscono una concorrenza leale. Dal punto di vista della necessità e della proporzionalità riscontrate nell'analisi dei motivi di efficienza economica, l'approccio europeo è simile a quello adottato dalla legge svizzera sui cartelli.

4.1.12 Telecomunicazione

Nell'ambito dell'*inchiesta* concernente la **strategia di potenziamento della rete di Swisscom**, vanno citate la decisione del Tribunale federale sulle misure cautelari della COMCO (cfr. n.3.2) e la *richiesta di consulenza* di Swiss Fibre Net AG (SFN). SFN ha chiesto alla Segreteria della COMCO se il modello di espansione della fibra FTTH, che consente una vera e propria offerta di livello 1 (*layer 1*) anche nell'ambito di un'architettura di rete P2MP grazie alla derivabilità di almeno una fibra

nell'area dell'alimentatore (la cosiddetta **rete in fibra ottica derivabile**), soddisfa le misure cautelari e i relativi requisiti di accesso di livello 1. La Segreteria è giunta alla conclusione che non sussiste una violazione delle misure cautelari della COMCO fintanto che la domanda presente e futura di un accesso di livello 1 può essere soddisfatta attraverso il modello di derivazione di SFN e l'accesso di livello 1 offerto da SFN è considerato equivalente a quanto stabilito da queste misure.

Nel 2022 è stata interrotta l'*osservazione di mercato* nell'ambito della **connessione a banda larga** per un possibile abuso di posizione dominante sotto forma di compressione dei margini. Infatti, in seguito all'adeguamento dei prezzi all'ingrosso e alla garanzia di determinati principi nella futura determinazione dei prezzi delle offerte Internet, la Segreteria della COMCO non ritiene più necessario intervenire. Tuttavia, solo le promozioni future mostreranno se questi principi siano validi per contrastare la compressione dei margini.

4.1.13 Industria orologiera

Alla fine dell'anno la Segreteria della COMCO ha concluso l'*inchiesta preliminare* sugli **assortiments** e formulato delle proposte. Da questa inchiesta sono risultati indizi di abuso della posizione dominante sul mercato da parte di Nivarox, appartenente al Gruppo Swatch. Nivarox produce i cosiddetti *assortiments*, necessari per la produzione di meccanismi orologi e orologi, e rifornisce numerose imprese dell'industria orologiera svizzera. Dall'indagine preliminare sono emersi indizi secondo i quali Nivarox avrebbe limitato in modo illecito la possibilità per i produttori esterni al gruppo di acquistare i suoi prodotti, discriminandoli illecitamente rispetto ai produttori interni. Per motivi di proporzionalità, la Segreteria ha rinunciato a ulteriori indagini, ma ha esortato Nivarox ad adeguare il proprio comportamento.

4.1.14 Altre attività

a. Posizione dominante relativa

Le autorità della concorrenza sono responsabili dell'applicazione secondo il diritto amministrativo delle **nuove disposizioni** sulla posizione dominante relativa (cfr. n.1), fungendo da punto di contatto per domande, suggerimenti e segnalazioni. La prima volta, le imprese non saranno sanzionate per la violazione delle nuove disposizioni, tuttavia la COMCO potrà imporre loro obblighi di comportamento o di astensione. Un'impresa ha una posizione dominante relativa se un'altra impresa non ha alternative sufficienti e ragionevoli e quindi dipende dai suoi prodotti o servizi. Detenere una posizione dominante relativa non è di per sé illecito; è però vietato che l'impresa abusi di questa sua posizione ostacolando o svantaggiando l'impresa dipendente a livello di concorrenza.

La Segreteria della COMCO ha iniziato i lavori preliminari per poter **applicare al meglio** le norme sulla posizione dominante relativa subito dopo la loro adozione. Ha quindi istituito un gruppo di lavoro interno e ha pubblicato una scheda informativa e un modulo per agevolare le segnalazioni. Le segnalazioni hanno portato all'apertura di un'*inchiesta* in due casi: il primo riguarda il settore farmaceutico (cfr. n. 4.1.6), il secondo il settore dei libri nella Svizzera francese (cfr. n. 4.1.9). Queste inchieste

in corso riguardano possibili restrizioni nei confronti di imprese svizzere nell'acquisto dei rispettivi prodotti all'estero. Sussiste quindi una possibile applicazione delle nuove norme, secondo le quali vi è un abuso anche qualora un'impresa con una posizione dominante relativa impedisca ad altre imprese di acquistare alle condizioni estere un prodotto o un servizio offerto in Svizzera e all'estero. Con le decisioni relative alle due inchieste, la COMCO stabilirà la prima prassi sulle nuove disposizioni.

b. Accordi verticali sui prezzi e isolamento del mercato

A maggio la Segreteria della COMCO ha concluso l'*inchiesta preliminare* sul **sistema di distribuzione dei prodotti Yamaha** e ha proposto misure per eliminare gli indizi di accordi illeciti sui prezzi e di protezione territoriale. Gli indizi di un accordo illecito sui prezzi derivavano in particolare dall'obbligo dei concessionari Yamaha di esporre sui veicoli i prezzi al dettaglio raccomandati e dalla predominanza nell'utilizzo di questi prezzi; quelli relativi ad accordi di protezione territoriale assoluta derivavano dall'obbligo di acquisto esclusivo dei concessionari Yamaha nei confronti dell'importatore generale svizzero e dal rifiuto di quest'ultimo di concedere la garanzia del costruttore sui veicoli importati.

Le Segreteria della COMCO ha effettuato circa 15 *osservazioni di mercato* per sospetto di **accordi verticali sui prezzi e di isolamento del mercato svizzero**. Si è concentrata, tra le altre cose, su indizi di divieti di esportazione in contratti di distribuzione esteri e su dichiarazioni rilasciate da dipendenti. Questi ultimi hanno affermato che le richieste spontanee di informazioni provenienti dalla Svizzera non potevano essere trattate e che avevano visto messaggi pop-up sul sito dell'importatore in cui si affermava che la garanzia non sarebbe stata fornita se i concessionari fossero scesi al di sotto di un certo livello di prezzo. In diversi casi la Segreteria ha riscontrato cambiamenti concreti nell'approccio, o misure quali l'adeguamento dei contratti, circolari destinate ai partner di distribuzione, e formazioni per i dipendenti in cui si precisava la necessità di dar seguito agli ordini spontanei provenienti da clienti svizzeri senza restrizioni e che i distributori dovevano essere liberi di fissare i propri prezzi. Dati diversi aspetti, tra cui il fatto che gli accordi di distribuzione problematici non erano ancora in vigore, non concernevano cifre d'affari rilevanti, i produttori non erano rappresentati in Svizzera o sussistevano barriere tecniche al commercio, la Segreteria non ha ritenuto opportuno intraprendere ulteriori passi procedurali.

c. Cooperazione internazionale in materia di acquisti

Nell'ambito di una *consulenza*, la Segreteria della COMCO si è espressa su una **cooperazione internazionale in materia di acquisti** e l'ha ritenuta lecita ai sensi della legge sui cartelli alle seguenti condizioni: a) le quote di mercato dei distributori partecipanti sono inferiori al 15 %; b) i distributori partecipanti non sono concorrenti sul lato delle vendite; c) la cooperazione dei distributori partecipanti è necessaria per creare un potere di contrasto degli acquirenti (*countervailing buyer power*) nei confronti dei produttori di marchi internazio-

nali con forza di offerta; d) la cooperazione in materia di acquisto porta a un aumento della concorrenza sul lato delle vendite in Svizzera, poiché i consumatori possono beneficiare delle eventuali riduzioni dei costi; e) vengono scambiate solo le informazioni necessarie per il funzionamento della cooperazione stessa.

4.2 Mercato interno

La LMI garantisce l'accesso libero al mercato in tutta la Svizzera. A livello intercantonale, l'accesso al mercato viene concesso secondo il principio del luogo d'origine. Il diritto al **libero accesso al mercato** sussiste se l'attività è svolta legalmente nel luogo di origine (il cosiddetto principio *Cassis-de-Dijon*). La COMCO ha iniziato un'attività di vigilanza in questo ambito a causa, tra le altre cose, di denunce nel campo delle cure a domicilio e dell'ostetricia. Le persone che operano in questi ambiti spesso svolgono le loro attività in diversi Cantoni e necessitano di autorizzazioni cantonali. Dalla valutazione di queste ultime, emerge che non tutte le autorità sanitarie cantonali rispettano quanto stabilito dalla LMI. In un caso nella Svizzera francese, un'*operatrice Spitex* ha presentato ricorso contro un'autorizzazione non concessa, coinvolgendo l'autorità della concorrenza. Dal momento che l'accesso al mercato deve essere garantito gratuitamente, la stessa COMCO ha presentato un ricorso contro l'imposizione di costi per l'autorizzazione di un'*ostetrica* in un caso nella Svizzera centrale. Le due procedure di ricorso sono pendenti presso i tribunali cantonali competenti.

In virtù della LMI, il **trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali** si svolge su concorso e in modo non discriminatorio. Sulla base della giurisprudenza, questo requisito previsto dal diritto in materia di mercato interno è diventato sempre più lo standard minimo per il trasferimento di diritti limitati del settore pubblico a soggetti privati. Secondo la giurisprudenza del TF è ad esempio necessario bandire un concorso pubblico se un'*attività di affissione pubblica* viene trasferita a soggetti privati. Nell'ambito di una procedura di ricorso presso il TF, la COMCO ha presentato un parere in merito alle attività di affissione nel Canton di Ginevra. Un Comune aveva rilasciato a un offerente una concessione senza svolgere un concorso nonostante un'altra impresa fosse interessata. Nella sentenza del 30 novembre 2022, il TF ha ritenuto che si trattasse di una chiara violazione della LMI; nelle sue considerazioni ha tenuto conto anche delle osservazioni della COMCO. Altri casi di trasferimento di monopoli pubblici a privati hanno riguardato i *servizi di soccorso aereo* e il *settore della ristorazione nelle città*.

La LMI contiene un **divieto di discriminazione per gli appalti cantonali e comunali**. In particolare, l'autorità della concorrenza si occupa dei casi in cui l'accesso al mercato è generalmente limitato a scapito dei fornitori. Talvolta le autorità cantonali e comunali commissionano la pianificazione di bandi di concorso pubblici a imprese esterne. In alcuni casi ad aggiudicarsi l'appalto è un offerente legato all'impresa di pianificazione: un'aggiudicazione di questo tipo non è corretta e limita la concorrenza, in quanto esclude le altre imprese. Si tratta di una violazione del divieto di discriminazione ai sensi del diritto in materia di mercato interno, così come delle

norme in materia di appalti pubblici **sul rinvio preventivo e sulla ricsuzione**. Nel 2022 la COMCO ha presentato ricorso in un caso di questo genere presso un tribunale amministrativo cantonale della Svizzera orientale, che l'ha respinto. Ritenendo che la decisione cantonale fosse giuridicamente inesatta, la COMCO ha inoltrato un *ricorso* al TF.

Altre attività nel settore degli **appalti** hanno riguardato alcuni chiarimenti relativi ad aggiudicazioni mediante trattativa privata. Tale procedura eccezionale viene talvolta invocata con troppa leggerezza e senza che sussistano ragioni sufficienti, soprattutto nel settore delle tecnologie dell'informazione, nel quale la COMCO ha ricevuto un numero particolarmente elevato di segnalazioni. Inoltre l'autorità della concorrenza ha condotto osservazioni di mercato nella Svizzera tedesca e francese sull'assoggettamento dell'acquisto di energia elettrica al diritto in materia di appalti pubblici e ha risposto a numerose richieste delle parti interessate. Tramite pareri nelle consultazioni (p.es. riguardo alla guida agli appalti pubblici TRIAS) ha infine assicurato che l'attuazione del diritto rivisto in materia di appalti è conforme anche alle disposizioni del diritto in materia di concorrenza.

5 Affari internazionali

UE: l'accordo di cooperazione siglato nel 2013 tra Svizzera e UE sui diritti della concorrenza ha permesso alla COMCO di collaborare in modo efficace con la Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione europea anche nell'anno in esame. Le due autorità sono ad esempio riuscite a coordinare i tempi di apertura di un'inchiesta nel settore farmaceutico a scambiarsi i mezzi di prova. Anche in altre inchieste condotte parallelamente, le due autorità si sono scambiate informazioni. L'accordo di cooperazione contribuisce a evitare ridondanze e ad accelerare le procedure, il che è anche nell'interesse delle imprese coinvolte in un'inchiesta.

Germania: nel novembre del 2022 la Svizzera ha firmato un accordo con la Germania sulla cooperazione in materia concorrenza. Si tratta di un accordo di assistenza amministrativa modellato sull'accordo di cooperazione con l'UE, al quale corrisponde ampiamente in termini di contenuti. Le divergenze sono dovute principalmente alla mancata sovrapponibilità tra il diritto europeo e tedesco in materia di concorrenza e alle definizioni o agli adeguamenti di natura editoriale. L'accordo deve ancora essere approvato dall'Assemblea federale; potrà quindi entrare in vigore solo nella seconda metà del 2023.

OCSE: la Segreteria della COMCO ha fornito un contributo scritto e uno orale alle discussioni dell'OCSE sugli strumenti di screening dei dati, sul potere d'acquisto, sui cartelli in materia acquisti e sulle misure cautelari. Ha inoltre seguito la discussione relativa agli strumenti che consentono di rafforzare la cooperazione internazionale tra le autorità della concorrenza per combattere le violazioni transfrontaliere del diritto in materia. A questo proposito, la Svizzera si è finora affidata ad accordi di cooperazione bilaterali con determinate giurisdizioni come l'UE e la Germania.

ICN: nel maggio 2022, la Segreteria della COMCO ha partecipato alla 21ª conferenza annuale dell'ICN a Berlino. Ha contribuito a diversi sondaggi e rapporti dell'ICN,

soprattutto a un rapporto sulla digitalizzazione e sull'efficienza delle autorità della concorrenza. Inoltre, ha sfruttato i vari webinar dell'ICN per dialogare con altri enti. In futuro, è previsto un maggiore coinvolgimento della Segreteria nello scambio di informazioni e conoscenze nel settore dell'apprendimento automatico (*machine learning*), considerata la propria posizione di leader internazionale in questo campo.

UNCTAD: a luglio 2022 la COMCO ha partecipato alla conferenza annuale dell'UNCTAD a Ginevra. Inoltre, è proseguita la partecipazione al gruppo di lavoro sui cartelli transfrontalieri (*cross-border cartels*) in stretta collaborazione con la SECO. Data la grande importanza della cooperazione internazionale nella lotta contro i cartelli transfrontalieri, il mandato di questo gruppo di lavoro è stato prorogato di un anno, così da fornire un sostegno ancora migliore alle piccole e più recenti autorità della concorrenza e da facilitare il dialogo.

6 Legislazione

Con l'applicazione amministrativa delle nuove **disposizioni sulla posizione dominante relativa**, introdotte dal legislatore in risposta all'iniziativa per prezzi equi, alle autorità della concorrenza è stato assegnato un nuovo compito, che hanno completato nel 2022 (cfr. n. 1 e 4.1.13.a).

Il Consiglio federale ha proseguito la **revisione parziale della LCart**, avviata dopo il fallimento del tentativo nel 2014. A primavera 2022, nell'ambito della procedura di consultazione, sono pervenuti diversi pareri. Il Consiglio federale pubblicherà un disegno di legge e il relativo messaggio probabilmente nella prima metà del 2023, i quali saranno poi trattati dalle Camere federali. Responsabili della revisione parziale sono la Segreteria generale del DEFR e la SECO; la Segreteria della COMCO partecipa ai lavori.

Anche la COMCO si è espressa sulle modifiche proposte nell'avamprogetto durante la consultazione **relativa alla modifica parziale della LCart**. Sostiene i punti centrali della proposta del Consiglio federale, come la modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese, il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli e il miglioramento della procedura di opposizione. Accoglie inoltre con favore numerosi altri punti della revisione che portano a una maggiore certezza giuridica e a procedure più brevi e semplici. D'altro canto, la COMCO respinge l'attuazione di mozioni parlamentari che si basano su premesse inesatte e che mirano a indebolire l'applicazione del diritto in materia cartelli o che potrebbero almeno avere un tale effetto: in particolare, chiede di rinunciare all'adeguamento della qualifica di intralcio notevole per quanto riguarda gli accordi di cui all'articolo 5 LCart (attuazione della mozione 18.4282 Français) e all'introduzione di termini e di indennizzi delle parti in procedure in materia di cartelli (attuazione della mozione 16.4094 Fournier). Altrettanto problematiche sono la mozione 21.4189 Wicki, nel frattempo accolta dal Parlamento, e la riforma delle autorità della concorrenza richiesta da diversi partecipanti alla consultazione, a meno che non vengano attuate con attenzione.

Per ciò che concerne **gli interventi parlamentari** che riguardano la legge sui cartelli, la situazione è la seguente:

- La **mozione 16.3902 Bischof** del 30 settembre 2016 «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione on line a scapito degli albergatori» ha portato a una modifica della legge federale contro la concorrenza sleale (LCSI): dal 1° dicembre 2022 sono vietate le cosiddette clausole di parità tra le piattaforme online e gli hotel o altre strutture ricettive, che sono ora autorizzate a offrire camere sul proprio sito web a prezzi inferiori rispetto a quelli proposti dalle piattaforme.
- Della **mozione 16.4094 Fournier** del 15 dicembre 2016 «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza», le due Camere hanno accolto due temi su quattro: la fissazione di termini per le procedure amministrative del diritto in materia di cartelli e l'indennizzo delle parti anche per le procedure amministrative di primo grado. Questi due temi sono stati integrati nella revisione parziale della LCart.
- La **mozione 18.4282 Français** del 13 dicembre 2018 «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un accordo» è stata integrata nella revisione parziale della LCart. Le opinioni in merito sono controverse: alcuni *non* vogliono alcuna modifica all'articolo 5 LCart, mentre per altri la normativa proposta non si spinge abbastanza in là.
- La **mozione 21.4189 Wicki** del 30 settembre 2021 «Mantenere il principio inquisitorio. No all'inversione dell'onere della prova nella legge sui cartelli» è stata accolta da entrambe le Camere, sebbene le irregolarità nell'applicazione della legge espresse dall'autore *non* esistano, come dimostrato dalla giurisprudenza dei tribunali, e nell'attuale LCart sia già presente il principio di presunzione di innocenza richiesto dalla mozione. Il Consiglio federale ha integrato il tema della mozione nell'ambito della revisione parziale della LCart.
- La **mozione 18.3898 Pfister** del 27 settembre 2018 «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli» è stata accolta dal Parlamento. Il Consiglio federale sta lavorando all'attuazione, tenendo conto degli sviluppi nell'UE.
- La **mozione 22.3838 Gugger** del 17 giugno 2022 «Protezione dall'introduzione unilaterale del modello delle agenzie nel mercato automobilistico» non è ancora stata trattata dalle Camere.
- La **mozione 22.3885 della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale** del 15 agosto 2022 «Inchiesta preliminare della segreteria della Comco oppure inchiesta della Comco su problemi di concorrenza nel settore dei combustibili e dei carburanti» chiede al Consiglio federale di incaricare il DEFR di far aprire alla COMCO un'inchiesta. Il Consiglio nazionale ha accolto la mozione il 14 dicembre 2022.

- Le **mozioni Maitre e de Quattro** del 22 settembre 2022 «Eliminare le commissioni interbancarie per le operazioni di pagamento con carta di debito» (22.3976 e 22.3977) non sono ancora state trattate dalle Camere.
- La **mozione 22.4404 Rechsteiner** del 14 dicembre 2022 «Accelerare le procedure e aumentare la sicurezza giuridica» chiede una modifica della LCart, in base alla quale la fase decisionale della COMCO

(cioè dall'avvio della procedura alla richiesta della Segreteria alla COMCO) può durare al massimo un anno, con la possibilità di una proroga una tantum di un ulteriore anno. La mozione non è ancora stata trattata dalle Camere.

7 Statistica

La tabella riassume i dati statistici relativi alle attività della COMCO e della sua Segreteria nel 2022:

	2022	2021	2020
Inchieste			
Eseguite nel corso dell'anno	19	20	20
di cui riprese dall'anno precedente	16	16	13
di cui avviate	3	4	7
di cui nuove inchieste nate dalla suddivisione di inchieste precedenti	0	0	0
Decisioni finali	1	4	6
di cui conciliazioni	1	3	4
di cui decisioni dell'autorità	1	2	1
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	1	4	4
di cui decisioni parziali	0	0	2
Decisioni di procedura	1	2	2
Altre decisioni (pubblicazione, costi, consultazione degli atti, ecc.)	1	2	1
Misure cautelari	0	1	1
Procedure sanzionatorie secondo gli art. 50 e segg. LCart	1	2	1
Inchieste preliminari			
Eseguite nel corso dell'anno	14	11	14
di cui riprese dall'anno precedente	8	7	13
di cui avviate	6	4	1
Concluse	5	3	8
di cui con apertura di un'inchiesta	0	1	1
di cui con adeguamento delle attività dell'impresa	4	1	4
di cui senza seguito	1	1	3
Altre attività			
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	5	1	1
Consulenze	14	33	24
Osservazioni del mercato concluse	52	48	80
Domande LTras	22	10	18
Altre richieste evase	511	519	565
Concentrazioni			
Annunci	49	31	35
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	49	31	34
Esami	0	0	1
Decisioni della COMCO dopo l'esame	0	0	1
Divieti	0	0	0
Ammissioni vincolate a condizioni/oneri	0	0	0
Ammissioni senza riserve	0	0	1
Esecuzioni anticipate	0	0	0

Procedure di ricorso			
Procedure di ricorso davanti a TAF e TF (totale)	35 (88)	39 (92)	42
Sentenze del TAF	6 (31)	11 (15)	9
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	4 (10)	8 (12)	6
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	2 (6)	2 (2)	2
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	0 (3)	1 (1)	1
Sentenze del TF	5 (7)	5 (12)	7
che confermano la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	4 (4)	4 (11)	6
che confermano in parte la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	1 (2)	1 (1)	1
che respingono la decisione dell'autorità in materia di concorrenza	0 (1)	0 (1)	0
Pendenti a fine anno (presso TAF e TF)	29 (69)	30 (71)	29
Pareri, raccomandazioni, preavvisi ecc.			
Pareri (art. 15 LCart)	1	0	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0	0
Pareri (art. 47 LCart., art. 5 cpv. 4 LSPR oppure 11a LTC)	0	2	0
Controlli a posteriori	0	0	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	1	0	0
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	327	335	327
Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)	14	11	12
Valutazione degli aiuti	0	1	2
LMI			
Raccomandazioni/Indagini (art. 8 LMI)	0	1	0
Perizie (art. 10 LMI)	1	4	1
Osservazioni di mercato / consulenze (Segreteria)	62	68	63
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 ^{bis} LMI)	3	1	2

Dai dati statistici relativi al 2022 e dal loro confronto con quelli relativi al 2019 e al 2021 emergono i punti essenziali riportati di seguito.

- Inchieste: nel 2022 la COMCO e la sua Segreteria hanno svolto più o meno lo stesso numero di inchieste rispetto agli anni precedenti, anche se la COMCO ha concluso un numero di procedure inferiore rispetto al solito. Le ragioni sono due: in primo luogo, diverse procedure sono in dirittura d'arrivo a livello di Segreteria; in secondo luogo, sono state segnalate alla COMCO più concentrazioni rispetto alla media, che devono essere trattate in via prioritaria a causa delle scadenze legali.
- Inchieste preliminari e osservazioni di mercato: il numero è simile a quello degli ultimi anni
- Concentrazioni: nel 2022 sono state esaminate 49 concentrazioni entro il termine previsto per legge (un mese). Si tratta di un numero di segnalazioni significativamente maggiore rispetto agli ultimi due anni e della seconda cifra più elevata dal 1996 (negli ultimi 25 anni la media annuale è stata di circa 27 segnalazioni). Di conseguenza, le risorse sono state impegnate nell'analisi di queste pratiche.
- Procedure di ricorso: il numero di ricorsi pendenti presso i tribunali rimane elevato. Tuttavia questi ultimi hanno emanato molte decisioni, a volte su ricorsi individuali, a volte su tutti i ricorsi a una decisione della COMCO. Per il computo bisogna tener di quanto segue:
 - o le decisioni della COMCO sono di solito rivolte contro più parti, che però interpongono ricorso individualmente. Di regola, i tribunali trattano ogni ricorso singolarmente ed emettono quindi diverse sentenze riguardo a una singola decisione della COMCO. Queste sentenze sono in parte molto simili nella sostanza, ma possono anche trattare questioni individuali.
 - o Dal 2021 per ogni decisione della COMCO non vengono più conteggiate solo le procedure di ricorso trattate parallelamente e considerate come unico caso, ma viene indicata tra parentesi anche la somma totale di tutti i singoli ricorsi. Ciò vale anche per la statistica a livello di tribunali: le sentenze relative a più ricorsi contro una decisione della COMCO trattati parallelamente vengono conteggiate come un'unica sentenza (indipendentemente dal numero di ricorsi); allo stesso tempo però vengono indicate tra parentesi anche le sentenze relative ai singoli ricorsi (ad esempio, le

sentenze del TAF riguardanti i nove ricorsi relativi alla decisione della COMCO nel settore del trasporto aereo di merci vengono conteggiate come una sola sentenza ma indicando tra parentesi il numero delle singole sentenze, ossia nove).

- Pareri, raccomandazioni e preavvisi: da anni ci sono pochi pareri e raccomandazioni. Quest'anno, la COMCO ha trasmesso un parere a tribunale civile. Il numero di consultazioni degli uffici da trattare è rimasto a un livello alto: solo nel settore sanitario, sono state effettuate circa 150 consultazioni, mentre nel settore agricolo circa 30.
- LMI: le questioni affrontate nell'ambito della LMI sono più o meno simili agli anni precedenti.

8 Tema speciale 2022: applicazione della legge sui cartelli in tempi di crisi

La società, la politica e l'economia erano già in crisi a causa della pandemia di COVID-19, e l'anno scorso la guerra in Ucraina ha aumentato la tensione e l'incertezza. Questi periodi di crisi lasciano sorgere anche questioni relative al diritto in materia di cartelli. Per la Svizzera, i problemi principali sono costituiti dall'approvvigionamento di gas durante il periodo invernale e dai prezzi elevati dei combustibili fossili. La COMCO si è inoltre dovuta occupare di indizi di accordi illeciti sui prezzi in relazione ai test autodiagnostici.

Anche altre autorità della concorrenza hanno affrontato problemi analoghi: sulla base di esperienze internazionali, l'organo direttivo ICN, che comprende le autorità della concorrenza di 130 Paesi, ha pubblicato una dichiarazione sul ruolo centrale della concorrenza e della politica della concorrenza in tempi di crisi dovuti a pandemie e guerre.

Il tema speciale di quest'anno è quindi l'applicazione della LCart in tempi di crisi.

8.1 Gas a sufficienza anche d'inverno

Per far fronte alla crisi energetica causata dalla guerra in Ucraina, è stata istituita una task force per garantire l'approvvigionamento di gas in Svizzera sotto l'egida dell'Associazione svizzera dell'industria del gas (ASIG). Oltre a rappresentanti dell'industria del gas, erano presenti anche le autorità del Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC) e del DEFR. La Segreteria della COMCO è stata invitata a partecipare alla task force e al gruppo di lavoro per creare quest'ultima. Ha inoltre partecipato agli incontri, che si tengono settimanalmente da marzo 2022, con l'obiettivo di fornire all'industria del gas e alle autorità federali coinvolte nella task force la massima certezza del diritto e di consentire a quest'ultima di lavorare a una fornitura per l'inverno 2022/2023 conforme alla LCart. Inoltre, la COMCO e la sua Segreteria hanno espresso un parere sui numerosi avamprogetti in diverse consultazioni degli uffici e consultazioni esterne, adoperandosi per garantire che gli operatori di mercato non fossero né privilegiati né sfavoriti se non in casi di estrema necessità.

Nel corso di questi lavori, l'industria del gas ha accusato le autorità della concorrenza del fatto che la loro insistenza sul rispetto della LCart stava ritardando

l'approvvigionamento di gas; presupponendo così che l'obbligo di rispettare la LCart avrebbe aggravato la crisi energetica e un'eventuale situazione di penuria. Le accuse sono infondate: le autorità della concorrenza non si sono mai opposte ad acquisti comuni o rapidi sui mercati dell'energia. Tuttavia, come le altre autorità europee della concorrenza, la Segreteria della COMCO ha regolarmente sottolineato che la crisi energetica non va sfruttata per praticare restrizioni ingiustificate alla concorrenza facendo leva sull'aumento dei prezzi dell'energia, pratica che andrebbe a ostacolare i partner commerciali e a svantaggiare i consumatori. Di conseguenza, nella task force essa si è adoperata per garantire che non ci fossero singoli gruppi di clienti con un accesso più limitato al gas o costretti a sopportare condizioni di acquisto peggiori e ingiustificate.

Soprattutto in tempi di crisi, la LCart ha l'importante compito di impedire lo sfruttamento della situazione e di proteggere le imprese e i consumatori che si ritrovano a essere subordinate ai «vincitori». La legge è però sufficientemente flessibile da prevedere circostanze particolari: contempla infatti una restrizione della sua applicazione se altri interessi pubblici prevalgono sulla concorrenza in una situazione specifica, naturalmente nel contesto di un processo democraticamente corretto.

In primo luogo, la LCart non si applica se un'altra legge non prevede la concorrenza in un determinato mercato, ovvero se il legislatore emana prescrizioni per escludere un determinato mercato. Il Consiglio federale può inoltre avvalersi della competenza prevista dalla LCart, in base alla quale può autorizzare accordi dichiarati illeciti dalla COMCO se sono necessari alla realizzazione di interessi pubblici preponderanti.

In sintesi, si può quindi affermare che la LCart svolge una funzione importante di prevenzione degli abusi in una situazione di crisi come quella energetica, ma è anche sufficientemente flessibile per tenere conto di circostanze particolari, a condizione che il legislatore o il governo adottino le misure appropriate. Se non vengono adottate misure di questo tipo – in casi democraticamente legittimati – non sta ai privati decidere di non tener conto del diritto applicabile.

8.2 Prezzi elevati dei combustibili fossili

I prezzi di mercato dei combustibili fossili e quindi anche il prezzo del carburante nelle stazioni di servizio sono aumentati in modo significativo a causa della guerra in Ucraina. Dalla fine di febbraio 2022 la Segreteria della COMCO ha ricevuto diverse comunicazioni da parte di cittadini con indicazioni di possibili accordi; ha quindi seguito questi indizi e analizzato i fattori di aumento dei prezzi in collaborazione con la Sorveglianza dei prezzi, basandosi in particolare sull'andamento dei prezzi medi dei carburanti pubblicati dall'UST, e ha effettuato i primi calcoli.

La Segreteria ha concluso che l'analisi dei prezzi dei carburanti presso le stazioni di servizio non ha portato ad alcun indizio di accordi o di abusi a livello di prezzi da parte di imprese con una posizione dominante sul mercato che avrebbero giustificato l'apertura di una procedura. Va notato che l'aumento simultaneo dei prezzi alle stazioni di servizio non deve necessariamente essere il

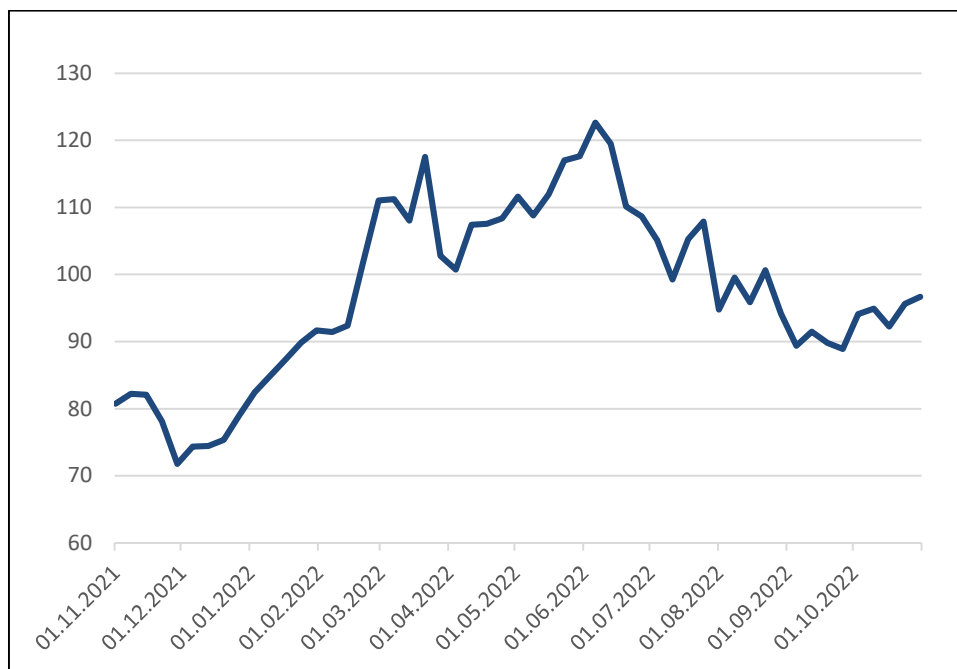
risultato di un accordo sui prezzi, ma può essere basato su criteri generali (p. es. l'aumento dei prezzi del petrolio greggio) e può derivare dall'osservazione e dall'allineamento ai prezzi dei concorrenti, soprattutto per prodotti omogenei come i carburanti, che si differenziano praticamente solo per il prezzo. L'adozione dei prezzi della concorrenza non è problematica ai sensi della LCart, a meno che i concorrenti non si mettano d'accordo. Le differenze di prezzo regionali, in parte considerevoli, e il sovrapprezzo alle stazioni di servizio sulle autostrade sono verosimilmente dovute a una diversa struttura dei costi e a una diversa intensità della concorrenza. Di seguito vengono espone le singole considerazioni della Segreteria della COMCO.

Il prezzo del carburante nelle stazioni di servizio è determinato da diversi fattori: in primo luogo tasse e impo-

ste (imposta sugli oli minerali, supplemento fiscale sugli oli minerali, tassa di importazione e IVA), che hanno un peso di circa il 50 %; in secondo luogo, il prezzo del greggio (cfr. Figura 1), il tasso di cambio CHF-USD (cfr. Figura 2) e i costi di trasporto sul Reno, che determinano circa il 34 % del prezzo. L'analisi dell'andamento dei prezzi dei carburanti presso le stazioni di servizio e dei relativi fattori di influenza non ha rivelato alcun indizio di influenze esterne; in altre parole, l'andamento dei prezzi è fondamentalmente spiegabile in base ai fattori descritti.

Osservando la *Figura 1* si nota che il prezzo del greggio è stato oggetto di forti fluttuazioni, soprattutto da febbraio ad aprile 2022, e che è aumentato significativamente dalla fine del 2021.

Figura 1: Andamento del prezzo del petrolio Brent (USD al barile, media settimanale dei prezzi)

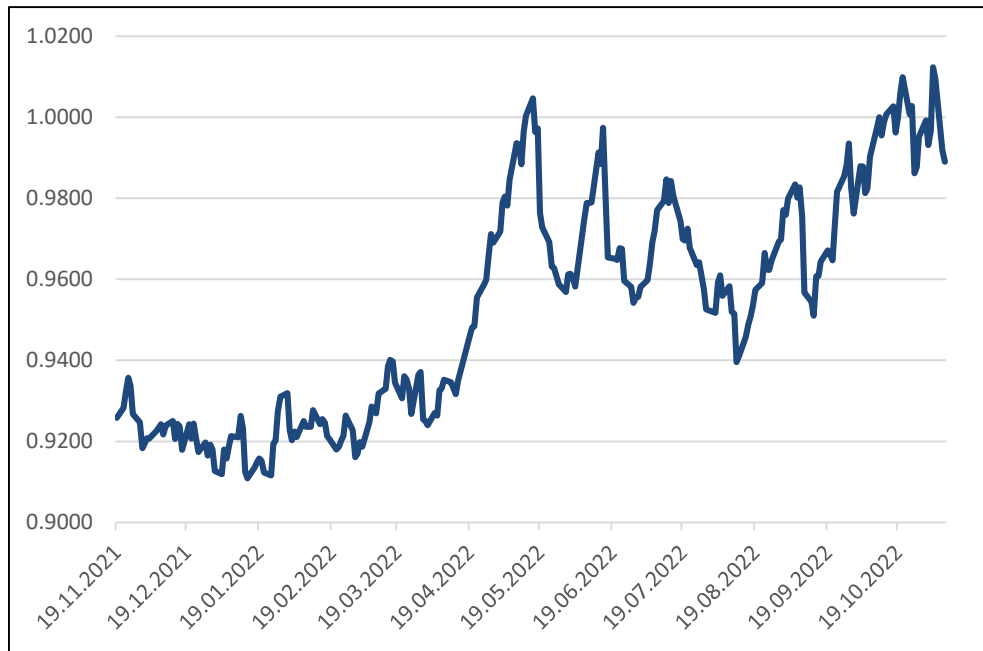


Fonte: Banca nazionale svizzera (stato: 08.11.2022).

La *Figura 2* mostra che, nel corso dell'anno, il franco si è leggermente deprezzato rispetto al dollaro americano. Mentre fino ad aprile 2022 per avere un dollaro ci volevano 93 centesimi di franco, alla fine di ottobre 2022 ci voleva circa 1 franco, il che corrisponde a un deprezza-

mento di circa l'8 %. L'andamento di queste valute influisce sui prezzi dei carburanti nelle stazioni di servizio in Svizzera: il greggio viene infatti pagato in dollari americani e un deprezzamento del franco nei confronti di questa valuta implica quindi un aumento dei prezzi.

Figura 2: Andamento del tasso di cambio USD-CHF (quotazione diretta)

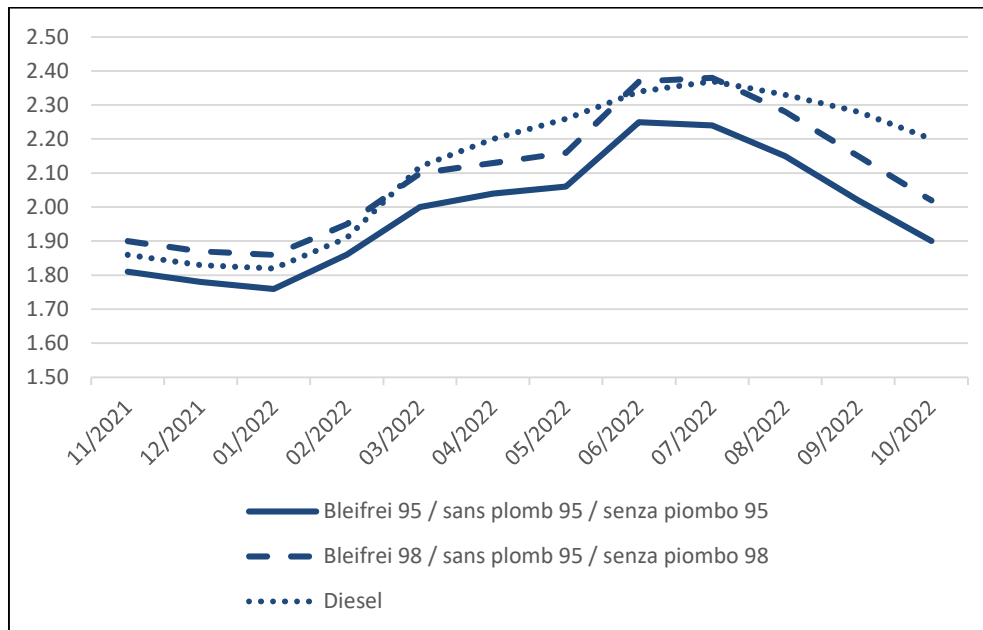


Fonte: Banca nazionale svizzera (stato: 08.11.2022).

La Figura 3 illustra l'andamento dei prezzi medi dei carburanti (senza piombo 95, senza piombo 98 e diesel) presso le stazioni di servizio in Svizzera tra novembre 2021 e ottobre 2022, evidenziando un aumento di 42

centesimi da febbraio a luglio 2022, in quanto sono passati da una media di circa 1,91 franchi a una media di circa 2,33 franchi.

Figura 3: Prezzi medi dei carburanti nelle stazioni di servizio in Svizzera



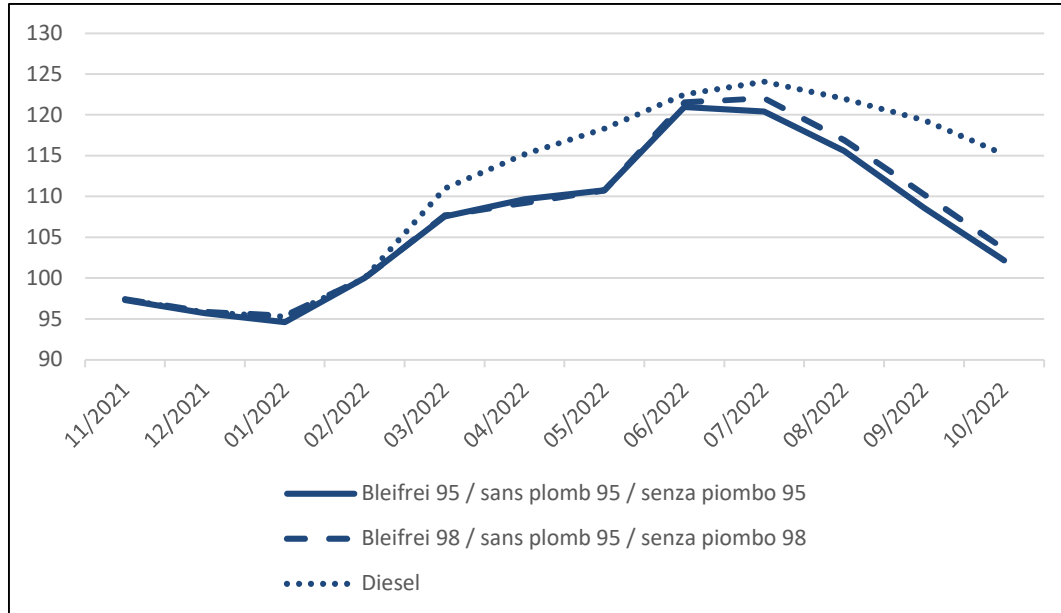
Fonte: Ufficio federale di statistica, valori mensili da novembre 2021 ottobre 2022 (stato: 08.11.2022).

Da un esame dell'andamento relativo dei prezzi dei singoli carburanti (cfr. Figura 4) emerge che da febbraio a luglio 2022 il prezzo per i consumatori finali è aumentato di circa il 21 %. Nello stesso periodo, il prezzo del diesel ha visto una crescita leggermente più forte (circa 24 %). Da luglio a ottobre 2022 i prezzi della benzina sono scesi di nuovo di circa il 20 %, attestandosi più o meno allo

stesso livello registrato a febbraio 2022, ma ancora circa l'8 % più alti di quelli di ottobre 2021. Nello stesso periodo, i prezzi del diesel sono calati solo di circa il 9 %, raggiungendo un valore del 20 % superiore ai prezzi di ottobre 2021. La differenza nell'andamento dei prezzi di diesel e benzina è probabilmente dovuta al fatto che il diesel può sostituire l'olio da riscaldamento, la cui do-

manda è aumentata già nella primavera del 2022 a causa del riempimento anticipato delle cisterne e degli impianti di stoccaggio per via della crisi, così come del passaggio delle imprese dal gas all'olio da riscaldamento.

Figura 4: Prezzi del carburante nelle stazioni di servizio in Svizzera (indicizzato: febbraio 2022 = 100)



Fonte: Banca nazionale svizzera e calcoli interni.

In Svizzera l'unica raffineria è quella di Cressier, che produce circa il 25 % del carburante necessario per i veicoli su strada; per questo motivo, l'importazione di combustibili sul Reno è una fonte di approvvigionamento importante. A causa della grave siccità dell'estate 2022 e del basso livello del Reno, con conseguente minore capacità delle navi cargo, a luglio 2022 il prezzo del trasporto è passato dai 15-35 franchi abituali a oltre 85 franchi per tonnellata. Questo è un altro motivo dell'aumento dei prezzi del carburante nelle stazioni di servizio in Svizzera.

Il Sorvegliante dei prezzi e la Segreteria della COMCO hanno discusso ampiamente la situazione dei prezzi sui mercati dell'energia e hanno coordinato le attività in base alle rispettive competenze. Ad esempio, il Sorvegliante dei prezzi ha analizzato la situazione dell'unica raffineria svizzera, dato che – in assenza di indizi di violazione della normativa sui cartelli – i margini eccessivi possono costituire un abuso a livello di prezzo, aspetto che rientra nelle sue competenze. Oltre alla collaborazione con il Sorvegliante dei prezzi, la Segreteria ha partecipato al gruppo di lavoro interdipartimentale «Prezzi dell'energia», che ne ha analizzato lo sviluppo e ha esaminato le basi legali per possibili ambiti di intervento da parte della Confederazione.

Infine, va sottolineato il fatto che le autorità della concorrenza monitoravano costantemente il mercato dei carburanti presso le stazioni di servizio già prima del 2022, in particolare in ragione delle regolari richieste di informazioni da parte della popolazione. Tuttavia, negli ultimi anni non sono emersi indizi di pratiche illecite per giusti-

ficare l'apertura di procedure nei confronti di alcune imprese. Non ha rivelato indizi di questo tipo nemmeno l'inchiesta della COMCO relativa al mercato svizzero della benzina dal 1992 al 2000. Infine, nemmeno l'inchiesta settoriale condotta dalle autorità austriache della concorrenza nel 2022 ha fornito prove tangibili dell'esistenza di accordi di cartello o di abusi nei mercati presi in esame.

8.3 Test autodiagnostici COVID-19

Durante la pandemia di COVID-19, le autorità della concorrenza sono state particolarmente attente a garantire che le imprese non approfittassero della situazione e non assumessero comportamenti anticoncorrenziali. Infatti, quando eventi imprevisti fanno sì che i consumatori in un breve lasso di tempo si precipitino verso un particolare tipo di beni, l'offerta spesso non riesce a soddisfare, o almeno non per intero, la domanda. A fronte di questi improvvisi picchi, le imprese potrebbero essere tentate di accordarsi per aumentare i prezzi, costringendo le autorità della concorrenza a intervenire rapidamente.

Secondo le informazioni ricevute dalla Segreteria della COMCO da parte di un distributore alla fine di marzo 2021, questa situazione si è verificata nella distribuzione dei test rapidi. Mentre dal 7 aprile 2021 le farmacie hanno messo gratuitamente a disposizione della popolazione i test autodiagnostici COVID-19, un distributore ha subito pressioni per adeguare i prezzi dei suoi test a quelli della concorrenza. La Segreteria della COMCO ha immediatamente avviato un'inchiesta preliminare e pubblicato un comunicato stampa. Dalle indagini è emerso

che questo tentativo è fallito. Dato che non sono state trovate prove di ulteriori collusioni, la Segreteria ha ricordato all'impresa le regole in merito alle infrazioni che rientrano nel diritto della concorrenza e ha chiuso la procedura pubblicando un secondo comunicato stampa.

In questo modo, le autorità della concorrenza sensibilizzano i consumatori in merito a determinati problemi e dimostrano al grande pubblico di intervenire molto rapidamente per far rispettare la LCart quando le imprese approfittano di situazioni di emergenza per concludere o tentare di concludere accordi sui prezzi, oppure abusano della loro posizione dominante sul mercato. In caso di domande, la Segreteria della COMCO è a disposizione delle imprese, che possono così evitare procedure lunghe e costose.

8.4 Conclusioni

In tempi di crisi si alzano le voci per un intervento statale, mentre la promozione e la protezione dell'economia perdono di importanza. La storia e le esperienze degli ultimi anni hanno dimostrato che anche in tempi di crisi è importante tenere d'occhio la concorrenza nel processo legislativo e politico. I mercati che ammettono la concorrenza sono più flessibili nell'affrontare gli scompensi economici, mentre i mercati chiusi e protetti rischiano di fallire in tempi di crisi. Per quanto riguarda le misure statali per la gestione delle crisi, ci si chiede, ad esempio, se e in quale misura le imprese siano in grado di gestire una crisi da sole, se e in quale forma sia necessario e opportuno l'intervento dello Stato, e se e per quale periodo di tempo le imprese debbano rimborsare i contributi statali. Anche la Segreteria della COMCO si è trovata ad affrontare tali questioni in relazione alla garanzia dell'approvvigionamento invernale di gas e si è adoperata per trovare soluzioni sostenibili e conformi ai principi della concorrenza.

I mercati dinamici si attivano in situazioni di crisi: se, ad esempio, si verifica una situazione di penuria o i fattori produttivi diventano più costosi, i mercati reagiscono con un aumento dei prezzi, come è successo per i combustibili fossili nel 2022. L'analisi dei numerosi indizi ha dimostrato che i prezzi elevati dipendono da diversi fattori ed eventi. Le procedure contro alcune imprese sono risultate inconcludenti.

La situazione era invece diversa quando i singoli distributori di test rapidi COVID-19 hanno cercato di aumentare i prezzi: la Segreteria della COMCO ha reagito immediatamente e ha avviato diversi procedimenti. Un'applicazione rigorosa della legge può contribuire a garantire che i periodi di crisi non vengano sfruttati per attività anticoncorrenziali. La COMCO e la sua Segreteria sono a disposizione per fornire consulenza alle imprese e alla politica su come affrontare le crisi in modo compatibile con la concorrenza.

9 Allegato: membri della Commissione e della Direzione della Segreteria

Commissione:

- Fino al 31.12.2022: Andreas Heinemann, presidente, professore di diritto commerciale, economico e europeo dell'Università di Zurigo
- Dal 01.01.2023: Baudenbacher Laura Melusine, presidente, partner di uno studio legale svizzero distaccata a Bruxelles
- Schmutzler Armin, vice-presidente, professore all'Institut für Volkswirtschaftslehre, Università di Zurigo
- Wüthrich-Meyer Danièle, vice-presidente, ex membro alla Corte suprema di Berna
- Bettschart-Narbel Florence, membro, avvocatessa, ex responsabile politica e diritto alla segreteria centrale della Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Diebold Nicolas, membro, professore ordinario di diritto pubblico e diritto economico presso la facoltà di diritto dell'Università di Lucerna
- Emons Winand, membro, professore ordinario all'Università di Berna
- Grisel Ropin Clémence, membro, professoressa ordinaria presso la cattedra di diritto amministrativo dell'Università di Friburgo
- Këllezli Pranvera, membro, avvocatessa indipendente nel Cantone di Ginevra
- Martinez Isabel, membro, economista (PostDoc) all'istituto KOF Centro di ricerca congiunturale dell'ETH di Zurigo, ex Segretaria centrale dell'Unione sindacale svizzera USS
- Minsch Rudolf, membro, capo economista e membro della Direzione di economie suisse
- Rufer Martin, membro, direttore dell'Unione svizzera dei contadini
- Schneider Henrique, membro, direttore dell'Unione svizzera delle arti e mestieri (usam)

Registro degli interessi: www.weko.admin.ch → La COMCO → Commissione → Membri.

Direzione della Segreteria della COMCO:

- Ducrey Patrik, Direttore
- Stüssi Frank, Direttore sostituto, Costruzione
- Graber Cardinaux Andrea, Vicedirettrice, Industria e Produzione
- Schaller Olivier, Vicedirettore, Servizi
- Söhner-Bührer Carole, Vicedirettrice, Infrastrutture
- Brunner René, Capo Risorse

A 1.	4. Annual Report 2022 of the Competition Commission
------	--

Table of Contents

1	Overview of 2022	3
2	About ComCo and its Secretariat	4
3	Most important decisions in 2022	6
3.1	Decisions of the Competition Commission	6
3.2	Judgments of the courts	7
4	Activities	12
4.1	Activities in various markets	12
4.1.1	Automotive sector	12
4.1.2	Construction industry	13
4.1.3	Digital Services	14
4.1.4	Energy	14
4.1.5	Financial markets	14
4.1.6	Liberal professions services (maintenance and repair services)	16
4.1.7	Healthcare	16
4.1.8	Agriculture	17
4.1.9	Media (cinema advertising and books)	17
4.1.10	Postal services	17
4.1.11	Sport	17
4.1.12	Telecommunications	18
4.1.13	Watches	18
4.1.14	Further activities	18
a.	Relative market power	18
b.	Vertical price-fixing agreements and market foreclosures	19
c.	International purchasing cooperation	19
4.2	Internal market	20
5	International	21
6	Legislation	22
7	Statistics	24
8	Special topic for 2022: Applying the Cartel Act in times of crisis	27
8.1	Guaranteeing gas supplies in winter	27
8.2	High prices for fossil fuels	28
8.3	COVID-19 self-tests	31
8.4	Conclusion	32
9	Annex: Members of the Commission and the Executive Management of the Secretariat	33

1 Overview of 2022

The Competition Commission (ComCo) and its Secretariat once again received and examined several hundred reports and enquiries from members of the public, public authorities, businesses, associations, etc. These related to the widest variety of markets and led to around 75 new **cases** being opened, both large and small, and opportunities to give advice. The cases related to, for example, the automotive sector, the construction industry, the energy sector, financial markets, the expansion of fibre optic networks, postal services, pharmaceuticals and the watch industry.

ComCo issued various **decisions**, such as that relating to agreements between Ticino car dealers (Concessionari VW). In addition, ComCo approved the revised Vertical Notice, which businesses can refer to in order to draw up contracts that comply with competition law in their dealings with partners at other levels of the market, e.g. suppliers or purchasers. ComCo's decisions are regularly challenged in the appeal courts. The Federal Administrative Court (FAC) and the Federal Supreme Court (FSC) issued a series of judgments this year. The Federal Supreme Court, for example, approved ComCo's interim measures with regard to the expansion of fibre optic networks by Swisscom, while the Federal Administrative Court upheld the decision on live transmission rights for football and ice hockey matches on pay TV, which will open up that particular market.

On 1 January 2022, the new provisions on **relative market power** came into force. They have their origins in the Fair Prices Initiative and are specifically designed to counter Switzerland's position as an 'island of high prices'. The flood of reports that was talked about in Parliament has yet to occur. However, two reports did lead to the first investigations being opened. One relates to the pharmaceutical industry, the other to book sales in French-speaking Switzerland. ComCo would like to help establish legal certainty as quickly as possible and create rules that are clear and consistent.

The Federal Council continued with its **partial revision of the Cartel Act**. ComCo also made submissions on the proposed amendments to the draft Act. It is in favour of the key points of the Federal Council bill, such as updating the merger control procedure, strengthening civil aspects of competition law and improving opposition proceedings. On the other hand, it opposes the implementation of parliamentary proposals that in some cases are based on incorrect premises, that make procedures more difficult, and that weaken the competition law. Switzerland needs a strong Cartel Act with clear rules in order to be able to combat harmful practices effectively.

Following the challenges posed by SARS-CoV-2 to society, government and business over the past two years and more, the war in Ukraine brought further tensions and uncertainties. These **times of crisis** also give rise to competition-related questions. In Switzerland, the focus has been on winter gas supplies and the high price of fossil fuels. ComCo called for a joint effort to deal with the crisis in the gas sector, while at the same time being committed to stopping any abuses. The high price of fossil fuels led to many reports from members of the

public. The ComCo Secretariat analysed the factors behind the increases and found no indications of unlawful agreements. In addition, ComCo investigated allegations of price-fixing in connection with COVID-19 self-tests. ComCo benefits in these times of crisis from the expertise that it has acquired over the years. Its activities in relation to the gas and fuel industries and COVID-19 self-tests are our special topic in the 2022 Annual Report.

2 About ComCo and its Secretariat

What would be the point of the Ironman competition in Rapperswil-Jona if it was agreed before the contest who the winner was going to be? What would happen if the wrestlers at the Brünigschwinget were to agree among themselves on who was going to be the champion? What would the Ascona-Locarno Run be like if the competitors worked out before the race who was going to take the first three places? There would be no genuine contests and no record-breaking results. The same applies in the world of business: companies that limit or indeed eliminate competition with each other by entering into unlawful agreements on prices or the quality of products and services, do not perform to their best. These arrangements have a negative impact on 'results' and the cost-benefit ratio of goods and services. In order to combat such malpractices and encourage competition, Parliament passed the **Cartel Act** and the **Internal Market Act**. For more than 25 years, ComCo and its Secretariat have been responsible for implementing the will of Parliament. They combat unlawful agreements and improper practices by dominant companies, assess major mergers and ensure that businesses and self-employed workers are not prejudiced by cantonal regulations. They advise businesses, prepare expert reports for federal offices and civil courts and examine federal legislation to assess its impact on competition.

The Competition Commission (ComCo; the decision-making body) is a part-time authority currently comprising twelve members appointed by the Federal Council, including law and economics professors, lawyers, and representatives of the major trade associations and consumer organisations (a list of the members is provided in the Annex). ComCo meets every two to four weeks to agree on the authority's most important decisions, including fines, based on proposals made by its Secretariat. In 2022, it held twelve one-day or half-day plenary sessions.

ComCo has a full-time **Secretariat** (the investigating body). This conducts proceedings under competition law, drafts ComCo's decisions and is the contact point for businesses, members of the public and authorities for all competition law questions. The Secretariat comprises four divisions, the Internal Market sector and a resources service (a list of members of the Executive Management is provided in the Annex). At the end of 2022, the Secretariat employed 76 persons (not including interns, previous year 76), most of whom are lawyers and economists and 44.7 per cent of whom are women (previous year 44.7 per cent). These 76 employees work part or full-time, occupying a total of 65.3 (previous year 65.2) full-time equivalents. The number of employees responsible

for the application of the Cartel Act and the Internal Market Act (including the executive management board) is 57 (previous year 57), corresponding to 50.7 full-time positions (previous year 50.6). Nineteen (previous year 19) employees work for the resources service, providing support for all the work that the authority does; this corresponds to 14.6 (previous year 14.6) full-time positions (these employees also work for the Federal Office for Housing and the Federal Office for National Economic Supply). The Secretariat also offers four (previous year 4) full-time positions to interns.

At the end of 2022, **Andreas Heinemann** stood down as Commission President. He joined ComCo in 2011, serving as its Vice President from 2012 and President from 2018. Andreas Heinemann has since 2007 been a professor of Commercial, Economic and EU law at the University of Zurich and a permanent visiting professor to the University of Lausanne. He studied law, economics and administrative science. With his many years of work in teaching and research in Switzerland and abroad, Andreas Heinemann is a renowned expert on Swiss, European and international economic law, specialising in the fields of competition and intellectual property.

Andreas Heinemann has an excellent grasp of how to apply his extensive expertise constructively and productively in the work done by ComCo. His knowledge of European and German competition law has been extremely helpful in applying Swiss competition rules. He has given particular attention to new issues such as digitalisation and competition law or the connection between sustainability and competition law, and has ensured that the competition authority has always kept up-to-date with developments, which he himself has decisively helped to shape as an academic.

Andreas Heinemann has a particular interest in the position of the Swiss competition authorities in international bodies. He was an active member of the International Competition Network (ICN), the Group of International Government Experts in Competition Law at UNCTAD and the Competition Committee of the OECD. In the last-named, he was appointed to the Bureau in 2019 and has taken a keen interest in the choice of topics that it has dealt with. Among his particular concerns have been relations with the competition authorities in our neighbouring German-speaking countries, Germany, Austria and Liechtenstein. Once a year, the authorities from these four countries meet as the DACHLIE group, maintaining a close and trusting dialogue. Andreas Heinemann has been successful in building and cultivating friendships that will endure far beyond his term of office.

One aspect of Andreas Heinemann's character has been evident throughout his term of office and will leave its mark on the competition authority for a long time to come: he has shown enormous appreciation for the members of ComCo and all the Secretariat's staff, from the most senior managers to those working in the background. He has treated everyone with the utmost courtesy, always emphasising the strengths first when responding to proposals. He formulated critical feedback with care and consideration for the person concerned and suggested corrections in a way that always led to positive outcomes.

Andreas Heinemann has been an extremely committed member of the Commission for the entire twelve years, and has been instrumental in many of ComCo's decisions. He chaired the Commission as President with great sensitivity, discretion and fairness. Andreas Heinemann has been a pillar for ComCo, an ambassador in Switzerland and abroad, and a loyal colleague. He will be sorely missed by ComCo and the Secretariat. He deserves our most sincere thanks for all the work he has done and for his enormous dedication.

3 Most important decisions in 2022

3.1 Decisions of the Competition Commission

On *12 December 2022* ComCo completed the revision of its **Vertical Notice** on agreements between undertakings. Assessing agreements between undertakings at different levels of the market, e.g. between manufacturers and dealers, is part of the daily routine. These agreements normally increase efficiency within a production or sales chain. Certain agreements, such as price fixing agreements and agreements to close off the Swiss market, are basically unlawful, however. The EU has modernised its rules (in the Vertical Block Exemption Regulation including vertical guidelines), the new regulation coming into force on 1 June 2022. ComCo subsequently revised its Notice, thus ensuring that basically the same rules apply in Switzerland as in the EU. In addition, it took account of the most recent case law and its practical experience of cases. This includes the landmark decision of the Federal Supreme Court ('Off-list medicines') on recommended prices. Before the revision, ComCo held public consultations. The proposed changes were broadly welcomed, in particular the close similarity to EU competition law. The Notice came into force on 1 January 2023. Companies have one year to adapt their operations to the new rules.

On *31 October 2022* ComCo finished dealing with the final two outstanding **requests for access** that had been filed following the ten decisions on bid rigging in the canton of Graubünden. In addition to these, ComCo has dealt with other requests to inspect rulings on bid rigging (roads and civil engineering in the canton of Aargau and in the canton of Zurich, construction services in See-Gaster). Requests for access have required staff to work long hours, as in each case all files, often with thousands of pages have had to be checked to determine whether they could be handed over. Two points arising from all the requests for access and related decisions taken by ComCo and the courts must be stressed. Firstly, the Federal Supreme Court followed the view taken by ComCo that procurement agencies are entitled before the conclusion of the appeal proceedings against a ComCo ruling on sanctions to have access to a version of the ruling on sanctions, in which individual construction projects are named, and to obtain the related files; in this way they can pursue claims for damages and/or take measures under the law on awarding contracts. Secondly, the principle has been affirmed that undertakings that have voluntarily disclosed self-incriminating evidence should not suffer undue disadvantages or enjoy unreasonable advantages relative to companies that have not done so when considering requests for access. As a result, ComCo does not allow access to documents

and procurement projects affected by bid rigging that it was only able to receive, understand and identify with the voluntary aid of involved undertakings. If this were not so, it would undermine the incentive to voluntarily submit self-incriminating evidence to the authorities.

At the start of 2021 ComCo opened an investigation into **Mastercard** relating to allegations that it had obstructed the National Cash Scheme (NCS) operated by SIX; at the same time ComCo ordered interim measures. With these measures, ComCo made it possible for banks to issue Mastercard debit cards during the ongoing investigation which would have been capable, from a purely technical point of view, of processing NCS transactions. For this purpose, the NCS system should have been carried on the cards alongside the Mastercard system (what is known as 'co-badging'), although the NCS system could not yet have been actively used. It however became clear that the card-issuing banks did not make use of this option. SIX has therefore postponed the market entry of NCS until the investigation has been concluded. Under these circumstances, the interim measures are no longer necessary, which is why ComCo cancelled them on *22 August 2022* (as a result of an appeal filed by Mastercard, the interim measures were not going to be legally binding until the decision had been taken). The investigation is continuing irrespective of these issues.

As a consequence of Swissgenetics failing to comply with its duty to report its takeover of New Generation Genetics in the bull semen business, ComCo fined Swissgenetics CHF 50,000 on *27 June 2022*. ComCo revised its **sanctions assessment practices**: it now no longer measures the base amount as 0.1 thousandths of the annual turnover of the company at fault. This criterion is not suitable for ensuring that the competition law duty to report mergers is complied with.

In June 2018, ComCo opened the **Concessionari VW** investigation. It decided on *23 May 2022* that seven dealers of VW vehicles in the canton of Ticino had acted unlawfully, fining them a total of around CHF 44 million. From 2006 to 2018, the dealers participated in an unlawful cartel that sold new vehicles to private individuals and to the public sector. Its aim was to reduce competition among car dealers and keep the sale prices of new vehicles for private individuals and the public sector at an excessive level. The car dealers colluded on all sales activities in Ticino: they agreed on public sector bids, agreed on a pricing policy (e.g. rebates, special offers and repurchase prices) for the sale of new vehicles to private individuals and divided the canton of Ticino into areas of activity. Five companies indicated they were prepared to reach an amicable arrangement with regard to their conduct, and the decision on them is now legally binding. Two dealers have filed appeals in the Federal Administrative Court.

3.2 Judgments of the courts

In 2011 ComCo prohibited the Association of Manufacturers, Importers and Suppliers of Cosmetics and Perfumery Products (**ASCOPA**) and its members from exchanging sensitive market information (prices, turnovers, advertising costs and general terms and conditions of business). The exchange of information, involving 27

companies in the cosmetics and perfumes sector, related to wholesale price lists, gross turnover figures and details of advertising investments, and the recommendations from ASCOPA on general terms and conditions of business. The exchange allowed the companies to adapt their market behaviour to each other. This led to significant restrictions of competition in the market for perfumery and cosmetic products. In its judgment of *12 December 2022*, the Federal Administrative Court rejected the only appeal against the ComCo decision. The judgment has taken full legal effect.

On *16 November 2022*, the Federal Administrative Court issued its judgment on nine appeals against the ComCo 'air freight' decision of 2 December 2013. The ComCo ruling applied to 14 parties and related to routes between Switzerland and five states outside the EU. In five cases, the Federal Administrative Court agreed in principle that there were price-fixing agreements: the court regards it as proven that in the air freight sector various airlines maintained an exchange on fuel surcharges and commission on surcharges that was damaging to competition over a long period. However, it reduced the fines. The Federal Administrative Court allowed three of the appeals in full, as the three companies concerned first transported their freight by land to an EU country and only then transported it by plane to a third country. The Agreement on Civil Aviation between Switzerland and the EU, which is relevant to this case, only accords Switzerland responsibility for 'routes between Switzerland and third countries', which is why the court did not regard ComCo as having jurisdiction to assess agreements relating to the land transports. In addition, the Federal Administrative Court allowed certain parts of the appeal of one airline that had filed a voluntary report. Six parties appealed the Federal Administrative Courts' ruling concerning them before the Federal Supreme Court.

On *14 December 2020*, ComCo opened an investigation into **Swisscom's network expansion strategy**. At the same time, it ordered interim measures in relation to Swisscom and prohibited the company with immediate effect from expanding its optical fibre network in such a way that third parties are denied Layer 1 access from Swisscom exchanges. Swisscom appealed to the Federal Administrative Court and the Federal Supreme Court against the interim measures. Both the Federal Administrative Court and the Federal Supreme Court rejected the appeal. In its judgment of 2 November 2022, the Federal Supreme Court upheld ComCo's competence to order interim measures, and rejected the claim that it had violated the ban on arbitrary decision-making and the principle of the separation of powers. As a result, the interim measures that ComCo ordered will remain in force until the decision in the main proceedings.

On 29 November 2010, ComCo fined the company **SIX** around CHF 7 million, because it had denied other providers of debit/credit card terminals access to the **DCC** (dynamic currency conversion) function. After the Federal Administrative Court rejected an appeal in a judgment dated 18 December 2018, the Federal Supreme Court has now also rejected the same appeal in a judgment dated *2 November 2022*. What was the case about? SIX Multipay had abused its dominant position in order to give an advantage to the debit/credit card terminals op-

erated by SIX Card Solutions, an affiliated company: the DCC function, launched by SIX Multipay in 2005, was only available on the terminals of its affiliate, but not on those of other terminal providers. DCC makes it possible to convert to a foreign currency at card terminals in shops, i.e. holders of foreign credit or debit cards can choose at the terminal whether to pay for goods in francs or in their home currency.

In a judgment dated *25 October 2022*, the Federal Administrative Court decided not to consider the merits of an appeal against the preliminary refusal to allow the inspection of all files and the taking of evidence, a violation of due process and the costs charged, on the grounds that no disadvantage had been suffered that required to be remedied. In the ongoing **Costruzioni Moesa** investigation, the party concerned had repeatedly demanded access to all the files and that evidence be taken, in particular the questioning of witnesses. The ComCo Secretariat refused for a preliminary period to allow access to all the files, deferred its decision on the request to take evidence and issued an interim ruling.

In a judgment dated *14 September 2022*, the Federal Supreme Court decided not to consider the merits of an appeal by one company against the decision of the Federal Administrative Court dated 9 August 2021 in relation to the ComCo decision in the **Graubünden construction services** case from 2019. The Federal Supreme Court and the Federal Administrative Court confirmed the measures that ComCo had imposed on the company, by which ComCo prohibited the company from agreeing on bids, and discussing bids, elements of prices, the allocation of customers and common interests before submitting bids to procurement agencies (ComCo specified certain exceptions in connection with consortiums and sub-contractor relationships). Four appeals against ComCo's decision are pending before the Federal Administrative Court.

In judgments dated *16 August 2022*, the Federal Administrative Court considered three appeals against a ComCo decision issued on 19 October 2015. ComCo fined four car dealers for entering into price-fixing agreements, imposing flat-rate sanctions ranging from CHF 10,000 to CHF 320,000. These four licensed VW dealers and AMAG had agreed on a joint list of conditions (e.g. discounts) at the start of 2013 for new cars produced by the VW Group. ComCo found that the dealers had discussed the coordinated discounting policy in March 2013 at regional gatherings of the Volkswagen Partners Association (**VWPA**). On 8 August 2014, ComCo concluded the proceedings against AMAG with an amicable settlement. Three of the four other car dealers filed appeals in the Federal Administrative Court. The Federal Administrative Court largely confirmed the ComCo's decisions, but overturned the conduct requirements that ComCo had imposed, as it regarded these as not being sufficiently justified. One car dealer has continued its appeal to the Federal Supreme Court.

In a judgment dated *10 May 2022*, the Federal Administrative Court confirmed ComCo's decision from 2016 against Swisscom, Cinetrade and Teleclub relating to anti-competitive practices in connection with broadcasting football and ice hockey matches. In the period under

investigation (2006 to 2013), CT Cinetrade AG (now Blue Entertainment AG) held a range of exclusive live broadcasting rights for **football and ice hockey matches on pay TV**, which it passed on to Teleclub. While Teleclub provided Swisscom with a comprehensive schedule of football and ice hockey matches for Swisscom TV, other TV platforms had to content themselves with a reduced range of matches on less favourable conditions. Some TV platforms were not allowed to broadcast any matches at all. As broadcasting Swiss football and ice hockey matches is a core service for a TV platform, not permitting the games to be broadcast and discriminating against TV platforms by offering Teleclub sports services that differed in their scope amounted to unlawful practices. The decision has been appealed to the Federal Supreme Court.

In a judgment dated *4 May 2022*, the Federal Administrative Court rejected the appeal against a ComCo interim ruling on the **participation of a company as a third party** in the investigation against Mastercard relating to the possible obstruction of 'co-badging' the National Cash Scheme (NCS) from SIX. An appeal against an interim ruling is permitted if the ruling can cause a disadvantage that cannot be remedied or if allowing the appeal can lead directly to a final decision (which means that significantly less time and money must be spent on the proceedings). Neither criterion applies in this particular case, with the result that the Federal Administrative Court did not consider the appeal.

In a judgment dated *19 January 2022*, the Federal Administrative Court upheld ComCo's decision against HCI Solutions. Wholesalers and hospitals, pharmacies and doctors need online information on medicines in order to sell, dispense and charge for medicines. HCI Solutions AG, a subsidiary of Galenica AG, provides this information. ComCo concluded in December 2016 that HCI Solutions AG held a dominant position in relation to **commercialising online information on medicines** and had abused this position. There were clauses in its contracts with software companies that were intended to prevent the use of databases of other companies that provide information. In addition, it only allowed pharmaceutical manufacturers to include its information on medicines in their databases if they purchased other services. The Federal Administrative Court upheld the substance of ComCo's decision, but reduced the sanction of around CHF 4.5 million to CHF 3.8 million, in part because it regarded the breaches of the law as marginally less serious than ComCo had done. The judgment has now been appealed to the Federal Supreme Court.

On 27 May 2013, ComCo imposed sanctions on ten **wholesalers of French-language books** in Switzerland for restricting parallel imports. Because of exclusive agreements between the wholesalers and the publishers, bookshops were unable to purchase any books abroad during the period under investigation. On 30 October 2019, the Federal Administrative Court confirmed that the agreements were unlawful. However, it reduced the sanctions imposed on four wholesalers. Eight parties appealed to the Federal Supreme Court against the Federal Administrative Court's judgments. *Towards the end of 2021 and during 2022*, the Federal Supreme Court considered the eight appeals:

- In its judgment of *21 December 2021*, the Federal Supreme Court partially allowed the appeal filed by **Dargaud**, a wholesaler of French-language books in Switzerland. In relation to certain distribution agreements that the Federal Administrative Court had, in a judgment dated 30 October 2019, ruled to be agreements affecting competition as defined in the Cartel Act, the Federal Supreme Court concluded that the lower court had not adequately established their content. Accordingly, and because the facts had not been adequately established in the contested judgment, the Federal Supreme Court took the view that it was not possible to say whether all the distribution agreements in question had actually been intended to cause or had in fact caused a restraint of competition in the market for French-language books in Switzerland during the period under investigation. As a result of the intra-group exemption and because the Federal Administrative Court had not established the facts in full, the Federal Supreme Court held that certain agreements could not be regarded as unlawful and referred the case back to the Federal Administrative Court for it to reassess the sanction to be imposed on the wholesalers.
 - On *3 March 2022*, the Federal Supreme Court essentially rejected the appeal filed by **Flammarion** on its main points, upheld the finding that there had been unlawful agreements and confirmed the sanction. In relation to the agency relationship, it held that the recognition of the preferential status of commercial agents, a principle inspired by EU law, did not amount to a 'blank cheque' under competition law. More specifically, the court held that the Cartel Act is applicable to contractual obligations between commercial agents and their principals. This is particularly the case for the exclusive territory clauses in the distribution agreements between Flammarion and its sales partners in Switzerland. With regard to the obligations imposed on the 'supplier', the Federal Supreme Court decided that the obligation that Flammarion accepted not to supply Swiss retailers directly from France was not entirely equivalent to a manufacturer's obligation, but was a distribution obligation in that it also covers books that are normally sold abroad by the Flammarion Group, without the Group actually publishing them. From this point of view, the agreement very probably represents an attempt to carve up markets by region.
 - In relation to **Albert le Grand SA**, Federal Supreme Court allowed the appeal on *14 June 2022* in its entirety, quashed the sanction and referred the case back to the lower court for it to reassess the procedural fees and party costs for the proceedings before the lower court. The Federal Supreme Court decided in particular that the conviction of Albert le Grand by the lower courts was unjustified in relation to all agreements.
 - With regard to **Diffulivre SA** and **Diffusion Transat SA**, the result is comparable to that in the Dargaud case. The Federal Supreme Court on *3 August 2022* and on *8 December 2022* confirmed that Diffulivre and Diffusion Transat had participated in illegal agreements, but decided on the same grounds as in the Dargaud case that the violations were not so serious as the lower courts had judged. The cases are currently pending before the Federal Administrative Court, which is reassessing the sanction.
 - In relation to **Editions Glénat (Suisse) SA** and **Servidis SA**, the Federal Supreme Court allowed the appeals in their entirety on *8 December 2022*, as in the case of Albert le Grand SA, quashed the sanctions and referred both cases back to the lower court for it to reassess the procedural fees and party costs for the earlier proceedings. The Federal Supreme Court decided that the convictions of Glénat and Servidis in relation to all the agreements considered by the lower courts were unjustified.
 - Lastly, on *8 December 2022*, the Federal Supreme Court rejected the appeal filed by **Interforum Suisse SA** on the main points, confirmed the existence of unlawful agreements and upheld the sanction. In relation to the agency relationship, it held, as in the Flammarion judgment, that the recognition of the preferential status of commercial agents, a principle inspired by EU law, did not amount to a 'blank cheque' under competition law. It is the Cartel Act that determines the obligations that the parties owed to each other in order to regulate their mutual relationship. This is particularly the case for the exclusive territory clauses in the distribution agreements between Interforum and its sales partners in Switzerland. In addition, the Federal Supreme Court found that Interforum was clearly involved in a vertical distribution agreement that guaranteed its sales partner in Switzerland absolute territorial protection.
 - Both in the **Dargaud** and **Diffulivre** judgments, the Federal Supreme Court added that the latest amendment to the Cartel Act (relative market power) possibly prohibited the practice of certain corporate groups of refusing to supply Swiss customers at foreign prices and on foreign terms and conditions, instead referring them to suppliers in Switzerland (often companies within the group), so that they have to buy products at (higher) Swiss prices and on (stricter) Swiss conditions. This amounts to a certain qualification of the intra-group exemption by the Federal Supreme Court.
- In a judgment dated *1 December 2021*, the Federal Supreme Court for the first time considered two appeals in connection with a **search of houses and premises** that had been filed in the same case in the Federal Administrative Court and Federal Criminal Court (FCC) and had been rejected by both of these courts. The Federal Supreme Court combined the appeal proceedings against the decisions of the Federal Administrative Court and of the FCC in order to prevent itself from reaching contradictory decisions. The Federal Supreme Court regarded the requirements for the search of houses and premises as having been met and confirmed the legality of the search. It quashed the judgment of the Federal Administrative Court and dismissed it as unfounded, because the court had wrongly considered the merits of the appeal against the search and the seizure. The Federal Supreme Court allowed the appeal against the FCC's decision and referred the case back to the FCC for reas-

assessment, because the FCC had infringed the party's right to due process and the unsealing of documents was therefore unlawful.

4 Activities

4.1 Activities in various markets

The Cartel Act and the Internal Market Act apply basically to all markets. As a result, the activities of ComCo and the Secretariat cover various sectors. Each year, the ComCo Secretariat receives several hundred reports and enquiries from members of the public, public authorities, businesses, federations, etc. On average, these reports and enquiries result in 80–90 cases each year. Around 75 per cent of these are small informal market monitoring procedures, some 18 per cent are medium-sized cases ('preliminary investigations') and about 7 per cent are larger cases ('investigations').¹ **The following remarks** present the most important findings from these proceedings and from cases in which advice was provided, opinions were submitted on national legislation or other forms of assistance were given, broken down by market sector. Information is also given on newly opened preliminary investigations and full investigations.

4.1.1 Automotive sector

The automotive sector is in a state of **transition**. First of all, it is experiencing a trend towards vertical integration, the use of agency models and direct online sales by manufacturers. Vehicles with combustion engines are increasingly being replaced by electric vehicles. Electric engines are easier for garages to maintain than combustion engines: they require fewer spare parts and less servicing. As a result of increasing digitalisation, the demands made in the business of servicing vehicles are also growing. The Cartel Act and the MV Notice² create the instruments required to counter potentially unlawful practices under the Cartel Act in the sales networks and to ensure that independent workshops have access to technical information and spare parts for repair and maintenance work.

The ComCo Secretariat regularly answered enquiries about compliance with the rules in the **MV Notice**. In various cases in 2022, it made it clear that the warranty provided by law and the manufacturer's warranty do not lapse if consumers have their vehicles repaired or serviced by an independent workshop, provided the work is carried out properly. Consumers are therefore not obliged to have their vehicles serviced or repaired at approved workshops during the warranty period.

As Parliament accepted the Pfister Motion in March 2022 (see Section 6), it is planned to reissue the MV Notice as an **ordinance**. The State Secretariat for Economic Affairs (SECO) has overall responsibility for drafting it.

It should be mentioned that ComCo (**Concessionari VW**) and the Federal Administrative Court (**VW Partners Association**) issued decisions this year relating to the automotive sector. They are summarised in Section 6.

4.1.2 Construction industry

In May 2022, the ComCo Secretariat concluded a *preliminary investigation* into **fire-resistant sealing products** that it had opened one year previously. It was suspected that six companies (five distributors and one manufacturer) had coordinated their offers relating to fire protection products for a private construction project (the offers lay between CHF 200,000 and CHF 400,000). The Secretariat found that the identical premiums and discounts that the distributors used in the first step of the calculation certainly suggested a concerted practice. In the case in question, however, the available evidence did not suggest the existence of a bidding agreement. There were also indications that the manufacturer had specified certain premiums and discounts as examples in training sessions or initial discussions. There was no suggestion that similar premiums and discounts were being applied in any other construction projects. As a result, the preliminary investigation found no evidence for concerted practices by the manufacturer of relevance under competition law.

In another *preliminary investigation*, the ComCo Secretariat again considered evidence of a bidding agreement. A public procurement agency filed a report with the Secretariat of specific indications of the coordination of prices between two companies that came to light when they were invited to bid for a contract to purchase **electrical products**. The Secretariat established in its preliminary investigation, opened in March and concluded in October of last year, that the two companies had coordinated their bids, in that one of the companies had calculated both bids, and that the two companies had pretended to the procurement agency that they had submitted their bids independently of each other. The Secretariat decided not to open an investigation because the concerted action had proved unsuccessful and the companies undertook to introduce measures to prevent bid rigging in future.

As part of its *market monitoring procedures* in 2022, the ComCo Secretariat dealt with five further reports of possible **bid rigging**. These came from procurement agencies or companies involved in the procurement procedures concerned. Most of these procurement projects had been initiated by public authorities, but private individuals also reported irregularities. The procurements were worth from a few thousand to 1.5 million francs.

¹ By way of explanation: Investigation proceedings under the administrative law on cartels are used to assess the legality or otherwise of restrictions on competition under the law on cartels, are comprehensive in their approach and take around 2-3 years. The decision is taken by the Competition Commission. A preliminary investigation is a preparatory procedure that is largely informal, in which enquiries are made into cases that are worth investigating and which normally take around one year. Market monitoring is informal administrative action under the law on cartels which, depending on the findings that the authorities make with regard to the market in question, may result in a preliminary investigation or a formal investigation or be terminated informally. Preliminary investigations and market monitoring are carried out and concluded by the ComCo Secretariat.

² Notice regarding the Competition Law Treatment of Vertical Agreements in the Motor Vehicle Trade (www.weko.admin.ch → Legislation / Documentation → Notices / Explanatory Notes).

The ComCo Secretariat consistently follows up on such allegations of bid rigging, offering advice to the persons who have invited the bids. Here it should be mentioned that a duty to report suspicions of bid rigging to ComCo has applied since the start of 2021 at federal level, and since 2022 in some cantons as well (at cantonal level, the ratification processes for the revised law on public procurement are still ongoing). As an aid, the Secretariat has published a checklist on preventing bid rigging and a fact sheet on suspected bid rigging (www.weko.admin.ch → Reports → Information about bid rigging) and held several events in 2022 to raise awareness of this topic.

The Swissolar Federation contacted the ComCo Secretariat to *request advice* in connection with launching a **price index for photovoltaic systems**. This price index is primarily intended as a tool that will be used when a contract is concluded much before the photovoltaic system will be installed. In such a situation, the contracting parties can agree on a price that is based on the index. Due to supply bottlenecks for photovoltaic systems, it is currently quite normal for over a year to elapse between concluding the contract and actually installing the system, and prices for photovoltaic systems are subject to serious fluctuations. The Secretariat advised the federation on how to organise the price index so that it complies with competition law, so as to prevent its preparation and publication from leading to a coordination of prices among photovoltaic system suppliers and installation firms. The advice focused on the statistical requirements for gathering price information (e.g. data must be representative and be gathered by a neutral body) and on the presentation of the price index (including the level of detail and presenting the spread of the published price information).

In January 2022, the ComCo Secretariat opened a *new investigation* into indications of bid rigging by four companies in the cantons of Fribourg, Jura, Neuchâtel and Vaud. In June 2022, the Secretariat expanded the investigation to include one further company. The Secretariat searched the premises of all the companies. It is suspected that for several years these companies have coordinated their bids and prices for public procurement projects relating to **road repairs** (spreading loose chip-pings and doing bituminous resurfacing work).

4.1.3 Digital Services

In the digital markets, where **GAFAM** (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) are active, the Swiss competition authorities generally conduct fewer of its own proceedings than in other markets. It is pointless for the Swiss authorities to take legal action in Switzerland in cases where foreign competition authorities have already investigated the same matter and taken measures, as GAFAM normally operate in neighbouring countries in much the same way as in Switzerland. In such cases, however, the Swiss competition authorities systematically require GAFAM to implement the measures that foreign authorities imposed in Switzerland as well. For example, the measures that the European Union imposed on Google in 2015 following the investigation into 'Google shopping' have also applied in Switzerland for several years. Recently Google was also convicted by the French competition authorities in two

separate cases. The cases resulted in interim measures being taken against Google in the market for *ad servers* and in the market for related protective rights (*snippets*). The ComCo Secretariat requested Google to implement the measures ordered in the first investigation in Switzerland as well, which it did from the start of 2022. With regard to the measures from the second investigation, the Secretariat is awaiting the result of the ongoing legislative process in Switzerland in connection with the administration of related protective rights, before ensuring that Google applies the measures introduced for the French market in Switzerland as well.

4.1.4 Energy

A feature of 2022 was the unusual number of *office consultation procedures* and *consultations* on various ordinances in the **electricity and gas sector**. They mainly concerned the **energy crisis** caused by the war in Ukraine and related measures to secure the energy supply. The main focus was the Ordinance on Securing Supply Capacities in the event of a Serious Shortage of Natural Gas and the ordinances on measures to be taken in the event of an electricity and/or gas shortage (such as restrictions and bans on use of electricity and gas and quotas for their purchase). The Secretariat and ComCo primarily advocated that the costs incurred in building reserves should be borne in a non-discriminatory manner by the person responsible for creating them. In addition, ComCo and its Secretariat repeatedly pointed out that when passing on data for the purpose of monitoring compliance with the regulations, no consumer data or other data that is sensitive in economic terms should fall into the hands of those active on the production, supply and trading side. In the Ordinance on Creating a Hydropower Reserve, the Secretariat and ComCo in particular advocated a technology-neutral structure from the winter of 2023/24 and that the facilities that will in future operate outside the electricity market as reserve power plants in order to guarantee security of supply in the winter should be selected in competitive procedures.

4.1.5 Financial markets

In 2022, digitalisation again caused disruption in relation to financial services. 'Traditional' financial institutions were required to react to new, very dynamic actors offering innovative financial products. The pandemic further accelerated the **digital transformation** in the financial sector, in that it forced participants to take a whole range of measures to enable them to satisfy the needs of their customers during the lockdown, not to mention those of their employees who were working from home, more comprehensively from a distance, while at the same time guaranteeing the best possible level of security. A large number of electronic platforms and stock exchanges now offer an ever more comprehensive palette of financial services. The Secretariat was called on in 2022 to provide advice to market participants in several of these sectors, in order to guarantee compliance with the provisions of the Cartel Act. Particularly worthy of mention is the advice given to SIX Swiss Exchange AG (SIX) in relation to **transmitting data signals**.

SIX's position was that the fastest data links were essential for stock exchange trading in general and in particu-

lar for parallel or additional trading in multiple trading centres. Currently, low latency technologies (e.g. via microwaves) provide the fastest connections between two stock exchanges, with individual market participants having apparently already built their own microwave networks. SIX claimed that in order to prevent distortions of competition, it was essential that no individual market participant should gain a monopoly over the fastest connection between two trading centres. In order to stop this from happening, SIX is planning to make only one direct access to SIX's low latency connections available, to all market participants on the same terms. The ComCo Secretariat concluded in this particular case based on the information that SIX provided that there did not appear to be any *prima facie* difficulties with SIX's plan from the point of view of competition law, provided access is made available equally and on appropriate terms to all interested market participants according to the principles of openness, fairness and freedom from discrimination.

At the start of 2022, the industry and its interest groups and representatives complained publicly and directly to the competition authorities and the Price Supervisor about increased fees as a consequence of the introduction of **new debit cards by Mastercard and Visa**. The widespread criticism from the industry caused political groups to demand the regulation of card fees. From a competition point of view, the change to a new generation of cards is to be welcomed. The old generation (Maestro/VPay) is being replaced by new cards (Debit Mastercard/Visa Debit) that have the advantage that they can be used in online shopping. This process of changing cards, which affects all of Europe and not just Switzerland, increases competition between Visa and Mastercard debit cards and ends the quasi-monopoly that Maestro enjoyed in Switzerland for many years. In order to understand the issue better, a distinction must be made between merchant service charges (MSC) and multilateral interchange fees (MIF): the former, which are paid by merchants (e.g. shops) to acquirers (the financial institutions that process the payment on the merchant's behalf), are rather high in more expensive transactions, as they are calculated as a percentage of the price. This was the reason why the Price Supervisor reached an amicable settlement on a charge cap with SIX/Worldline. The MIFs, which are paid by the acquirers to the card-issuing banks, but which are passed on to the merchants as a (smaller) part of the MSCs, are the subject of a preliminary investigation that the ComCo Secretariat opened in September 2022. The competition authorities take the view that the MIFs could be regarded as agreements affecting competition as defined in the Cartel Act. On the issue of the various charges that apply to card payments, it should be remembered that ComCo is not a price regulator. It can only intervene if it is suspected that an infringement of the Cartel Act has occurred. If Parliament genuinely wants to regulate charges for card payments, a specific law would have to be enacted that applies to all charges that are incurred within a card system and to all methods of payment (including Twint, Postcard, etc.) and their respective charges.

On 5 December 2022, the ComCo Secretariat opened a *preliminary* investigation into a number of banks in the

German-speaking part of Switzerland in order to establish whether they have entered into **agreements on salaries** and salary elements for various categories of their employees. The issue of cartels that artificially create a monopsonistic power over the jobs market has been raised by various competition authorities, which have increasingly considered the well-being of employees in their analyses. The preliminary investigation conducted by the ComCo Secretariat is the first of its kind in Switzerland. It aims to establish the extent to which the Cartel Act applies to employment contracts that have not come about through negotiations between employer and employee associations.

4.1.6 Liberal professions services (maintenance and repair services)

The digitalisation of the economy is having a considerable impact on a range of services, in particular in the markets for maintenance and repairs. In order to be able to offer their services, many companies operating in these sectors are increasingly reliant on computer-based technical data that are held exclusively by the manufacturers of the products concerned. This, for example, applies in the case of **lifts**, where independent repair businesses regularly have difficulties in obtaining original spare parts and diagnostic tools, which makes it difficult for them to work on certain lifts and freight lifts. The ComCo Secretariat carried out a *preliminary investigation* in 2011 in which certain restrictions on access to interfaces and technical aids were identified. It noted at the time that external servicing in the future could become more difficult, as traditional lifts would soon be replaced by newer models with more electronic components, and decided to continue monitoring developments in this sector. Against this background, the Commission opened a new preliminary investigation in October 2022 in order to investigate the current market conditions for installing and servicing lifts.

4.1.7 Healthcare

In 2022 the ComCo Secretariat had to remind participants in the market for **supplementary hospital services** (rooms and catering, additional out-patient and in-patient services) of certain principles. ComCo stressed the following to market participants that had been in contact in an effort to ensure behaviour in line with competition law: 1) tariff negotiations must be conducted, separately or in small groups, depending on the numbers involved, between insurers and hospitals (and not at federation level); 2) the insurers as purchasers can cooperate on procurement, as long they do not try to reach agreement on premiums and the products offered to policyholders; 3) the market power of the insurers must not lead to a situation in which the hospitals are forced to charge unreasonable prices; 4) the market power of certain hospitals must not lead to a situation in which they refuse to do business with insurers or force them to charge unreasonable prices. As the field of supplementary hospital insurance is subject to considerable changes, the competition authorities will continue to monitor developments and will intervene if necessary to ensure effective competition in the healthcare sector.

On 10 August 2022, ComCo received the report of a *merger plan* between the **Universitätsspital Basel**

(USB) and **Bethesda Spital AG**. In view of their respective market shares, there could have been difficulties under competition law in the fields of obstetrics and gynaecology. ComCo nonetheless decided not to open a detailed investigation. Based on the findings from the *USB/KSBL* case, ComCo concluded that the two hospitals will be regarded as separate institutions by obstetrics and gynaecology patients. As the merger will lead to the continuation of an existing specialisation and at the same time also bring a rationalisation in this field, the creation of a dominant position could well have been offset by the gains in efficiency resulting from the merger. A further factor was the strong negotiating position of the health insurance companies and the intervention by FINMA and the Price Commission to ensure greater transparency in hospital bills covered by supplementary insurance. For all these reasons, ComCo concluded that the merger of the two institutions was unlikely to eliminate effective competition.

On 13 September 2022, ComCo began an investigation into Novartis, conducting a search at the group headquarters in Basel. It is suspected that Novartis has been trying to protect one of its medicines used to treat skin conditions by using a patent to block a competing medicine. The investigation is intended to establish whether a ‘**blocking patent**’ is indeed being used, which could potentially amount to an unlawful abuse of a dominant position. This investigation is the first investigation in a case involving a potential abuse of an intellectual property right under the Cartel Act. The investigation was opened in close cooperation with the European Commission based on the bilateral agreement between the European Union and Switzerland on competition law, which came into effect in 2014.

On 16 August 2022, ComCo opened the first *investigation* on the subject of the **relative market power** (see Section 4.1.14.a). Pharmaceutical wholesalers buy pharmaceutical and health products from Swiss and foreign companies and sell them in Switzerland. ComCo has received indications that Fresenius Kabi, an international pharmaceutical company, is preventing the Swiss wholesaler Galexis from obtaining various products that are offered in Switzerland by purchasing them abroad on foreign conditions. The products concerned include **sip and tube feeds**. If it is established that Fresenius Kabi has relative market power, the refusal to supply could amount to a violation of the Cartel Act.

4.1.8 Agriculture

In an *opinion* issued in October 2022, ComCo answered a series of questions from the Bern-Mittelland Regional Court. The questions related to whether it was permitted under competition law to **exclude a farmer** from the IP-SUISSE association, because he breached the guidelines on production issued by the **IP-SUISSE** because of poor animal husbandry. ComCo assessed the exclusion to be justified.

ComCo fined Swissgenetics for an unreported *merger* (see Section 3.1). The merger related to the bull semen business.

4.1.9 Media (cinema advertising and books)

The ComCo Secretariat concluded its *monitoring of the market* for **marketing and brokering cinema advertising** relating to the possible abuse of a dominant position. The cinema advertiser concerned assured the Secretariat that exclusive contractual relations with the cinema operators would be limited to a maximum of five years and that it would not impose any unilateral requirements on the cinema operators with regard to cooperation with other advertising marketers or brokers. In view of this, there were no indications that other cinema advertising marketers or brokers were being obstructed from or in competing.

In autumn 2022, Payot reported the Madrigall Group for the abuse of a position with relative market power. The bookshop chain claims it is being restricted from purchasing **books** that are offered in Switzerland and in France at the prices charged in France and on the conditions that are customary in the industry there. The ComCo Secretariat conducted initial enquiries as part of a market monitoring project and opened an investigation in January 2023.

4.1.10 Postal services

In relation to **postal services**, ComCo received several reports in connection with acquisitions made by Swiss Post in which claims were made of abuses of a dominant position. The alleged abusive practices essentially took the form of unlawful cross-subsidies, passing on data from its monopoly area, price discrimination and unlawful tying transactions. In order to make further enquiries into the alleged practices, the ComCo Secretariat opened two *market monitoring procedures*.

4.1.11 Sport

In 2022, the ComCo Secretariat submitted its opinion, based on various observations from several *opinions* on decisions by sports federations, in particular the ice hockey federation, in relation to the Federal Council response to the **Regazzi Interpellation**, which requested the Federal Council to consider among other things the need for provisions in the Cartel Act with rules on financial fair play in professional sports leagues. The Secretariat does not see a need to introduce such rules into the Cartel Act, as the Act already provides that agreements of this kind can be justified for reasons of economic efficiency if they are needed to achieve certain goals specific to the sport concerned.

The uncontested autonomy of sports federations and clubs to organise themselves as they wish is also restricted by the current law. The regulations and measures introduced by sports federations and clubs must be reviewed on the basis of the Cartel Act, as there are no exceptions, such as collective employment agreements. This analysis, concentrating on the Cartel Act, leads to a similar result to a review based on the specific test derived from the European ‘Meca-Medina’ case law. According to this test, sports rules and measures are always subjected to a ‘classic’ competition law analysis if there is sufficient evidence that they are

not inherent in the organisation and proper conduct of competitive sport and are not intended to ensure the fairness of sporting events. The European approach is very similar to the approach adopted in the Swiss Cartel Act, which requires an analysis of economic efficiency from the perspective of necessity and proportionality.

4.1.12 Telecommunications

In the *investigation* into **Swisscom's network expansion strategy**, the decision of the Federal Supreme Court on ComCo's interim measures (see Section 6.2) and the request for advice from Swiss Fibre Net AG (SFN) should be mentioned. SFN asked the ComCo Secretariat whether the FTTH expansion model, which SFN developed and which, as a result of the shuntability of at least one fibre in the area of the feeder, offers genuine Layer 1 in terms of P2MP network architecture (a **shunable optical fibre network**), satisfies the interim measures and the requirements that they specify for Layer 1 access. The Secretariat concluded that there should be no breach of ComCo's interim measures provided the current and future demand for Layer 1 access could be covered by using the SFN shunting model and the Layer 1-access offered by SFN is to be regarded as equivalent.

The *monitoring of the market* for **broadband internet** with the aim of examining a possible abuse of a dominant position in the form of a margin squeeze was terminated in 2022. In view of the modification of the advance service prices and the assurance that certain principles will be followed when setting prices for internet offers in future, the ComCo Secretariat does not believe that any further action is required at present. However, it remains to be seen whether the principles announced for preventing margin squeeze actually have an effect.

4.1.13 Watches

At the end of year, the ComCo Secretariat concluded the *preliminary investigation* into **assortments** by making certain recommendations. The preliminary investigation revealed indications of the abuse of a dominant position by Nivarox, a member of the Swatch Group. Nivarox manufactures what are known as 'assortments', components required to manufacture mechanical watch movements and finished watches. It supplies a large number of companies in the Swiss watch industry. The preliminary investigation in particular revealed indications that Nivarox unlawfully restricted the opportunity for manufacturers of mechanical watch movements and finished watches outside the Swatch Group to purchase its products and unlawfully discriminated against customers outside the Group in order to favour customers within the Group. The Secretariat decided not to conduct further investigations as it would have been disproportionate, but recommended that Nivarox should change the way it conducted its business.

4.1.14 Further activities

a. Relative market power

The competition authorities are responsible for enforcing the **new provisions** under administrative law on relative market power (see Section 1). In this context, they are the contact point for questions, suggestions and reports.

Companies are not being fined for first-time violations of the new provisions. ComCo can however impose obligations on them to act or to desist. A company has relative market power if another company has no adequate and reasonable alternative options and is therefore dependent on products or services from that company. Relative market power in itself is not unlawful. What is prohibited, however, is a company that has relative market power abusing its position by hindering a dependent company or placing it at a disadvantage in competition.

Immediately after approving the regulations on relative market power, the ComCo Secretariat began preparatory work for ensuring their **smooth implementation**. It set up an in-house working group and published a fact-sheet and report form in order to assist companies affected in filing a report. In two cases, reports have led to an investigation being opened: the first investigation relates to the pharmaceutical industry (see Section 4.1.6), while the second case involves books in the French-speaking part of Switzerland (see Section 4.1.9). These ongoing investigations relate to potential restrictions that prevent Swiss companies from purchasing the products they need abroad. The focus is on a possible application of the new provision, according to which an abuse can also consist of a company with relative market power making it difficult for other companies to purchase goods or services offered both in Switzerland and abroad on the foreign terms. In reaching its decisions in the two investigations, ComCo will create the first legal precedents for the new provisions.

b. Vertical price-fixing agreements and market foreclosures

In May the ComCo Secretariat concluded the *preliminary investigation* into the **distribution network for Yamaha products** by making certain recommendations. These are intended to eliminate indications of unlawful price and territorial protection agreements. The indications of an unlawful price-fixing agreement resulted in particular from the obligation placed on Yamaha dealers to mark vehicles in their showrooms with the recommended sales price, and the fact that the vehicles were mostly labelled with this sale price. The indications of the absolute territorial protection agreements resulted from the obligation placed on Yamaha dealers to purchase vehicles only from the Swiss general importer and the Swiss general importer's refusal to allow the manufacturer's warranty to apply to imported vehicles.

The ComCo Secretariat conducted around 15 *market monitoring procedures* on suspicion of **vertical price-fixing agreements and sealing-off the Swiss market**. The subjects included suspected export bans in foreign distribution agreements, allegations from employees that they were not permitted to respond to spontaneous enquiries from Switzerland, and a pop-up message on the website of an importer that stated that services would not be provided under the warranty if dealers reduced prices below a certain level. In several cases, the Secretariat secured specific changes in practices or measures, such as the amendment of contracts, circulars to sales partners, and training sessions for employees that made it clear that spontaneous orders from customers from Switzerland can be processed without restrictions and

that dealers are free to fix their own prices. In view of various factors in individual cases, such as the problematic distribution agreements not yet being in force, no relevant sales being affected, manufacturers having no agent in Switzerland or the existence of technical barriers to trade, the Secretariat decided not to take any further action.

c. International purchasing cooperation

In the course of providing certain *advice*, the ComCo Secretariat issued a statement on **international purchasing cooperation**. The Secretariat regarded cooperation as permitted under competition law, but subject to the following conditions: a) the market shares of the dealers involved in the purchasing markets are under 15 per cent; b) the dealers are not competitors as far as sales are concerned; c) cooperation between the dealers is needed to create countervailing buyer power against international brand manufacturers with power on the supply side; d) the purchasing cooperation increases competition in Switzerland on the sales side, because the dealers involved pass on resultant cost reductions to the consumers; e) the only information exchanged in the course of purchasing cooperation is information required for the purchasing cooperation to function.

4.2 Internal market

The Internal Market Act guarantees free market access throughout Switzerland. Among the cantons, market access is granted according to place of origin. A right of **free access to the market** applies if the activity is carried out lawfully at its place of origin (the ‘Cassis-de-Dijon’ principle). ComCo’s related supervisory activities resulted in certain cases from reports in connection with community nursing services (Spitex) and the activities of midwives. Both community nurses and midwives often operate in more than one canton and require cantonal authorisation to do so. Not all cantonal public health authorities comply with the internal market rules when deciding whether to grant authorisation. In a case in French-speaking Switzerland, a *Spitex provider* appealed against a decision not to grant authorisation, citing the competition authority as a party. ComCo itself filed an appeal in a case in Central Switzerland against a decision to charge for authorisation as a *midwife*, as access to the market should be granted free of charge. The two appeal proceedings are pending before the competent cantonal courts.

Under the Internal Market Act, the **privatisation of cantonal monopolies** must be carried out by means of a non-discriminatory public bidding process. As a result of the case law, this requirement under internal market law has increasingly come to be seen as the minimum standard for transferring public sector rights with limited availability to private entities. According to the case law of the Federal Supreme Court, for example, a public bidding process is required when public billboard posting is privatised. ComCo submitted an opinion in appeal proceedings before the Federal Supreme Court in connection with *billboard posting* in the Canton of Geneva. A commune had issued a contract to the existing provider without inviting any other bids, even though another company was interested. In its judgment dated 30 November 2022, the Federal Supreme Court regarded this

as a clear breach of Internal Market Act, also taking account of ComCo’s view in its deliberations. Further cases involving the privatisation of public monopolies related to *air rescue services and publicly owned restaurants in cities*.

The Internal Market Act contains a **ban on discrimination for cantonal and communal procurements**. The competition authority in particular takes action in cases where access to markets is generally restricted to the detriment of suppliers. Cantonal and communal contract awarding entities occasionally instruct external companies to plan public bidding processes. In some cases, a contract is awarded to a supplier that has connections with the company that planned the bidding process. This is unfair and limits competition, as other companies have no chance of getting the contract. These cases constitute a breach of the ban on discrimination under internal market law and against the rules on **prior involvement and recusal** under procurement law. In 2022, ComCo filed an appeal in a case of this type in a cantonal administrative court in Eastern Switzerland, but the court rejected the appeal. ComCo appealed against this cantonal judgment to the Federal Supreme Court, as ComCo regarded the cantonal judgment as incorrect in law.

Further activities in relation to **procurement** involved investigations in connection with the direct award of contracts. Direct awards are permitted in certain circumstances as an exception, but this exception is sometimes invoked too easily and without sufficient justification. ComCo received a particularly large number of reports about direct awards of contracts in the IT sector. In addition, the competition authority conducted market monitoring procedures in the German-speaking and the French-speaking parts of Switzerland to examine how the law on public procurement is being applied to the purchase of electricity, and also answered numerous enquiries from the stakeholders concerned. In addition, the competition authority made sure through its responses in consultations (in particular on the TRIAS procurement guidelines) that the revised law on public procurement is also being implemented in accordance with competition law requirements.

5 International

EU: The cooperation agreements on competition law that Switzerland and the EU entered into in 2013 once again enabled ComCo to work efficiently with the EU Commission’s Directorate-General for Competition in the report year. For example, the two sister authorities were able to coordinate the timing when opening an investigation in the pharmaceutical industry and thereafter to exchange evidence. There were exchanges of information in other investigations carried out in parallel. The cooperation agreements help to avoid duplication and speed up proceedings, which is also in the interests of the companies under investigation.

Germany: In November 2022, Switzerland and Germany signed an agreement on cooperation on competition law matters. This is an administrative assistance agreement based on the model of the Cooperation Agreement with the EU, which it largely corresponds to in its content. The two agreements are primarily distinct in relation to differences between EU and German competition law

and related definitions or minor changes made in the wording. In Switzerland the agreement must still be approved by the Federal Assembly. As a result, it will only come into force in the second half of 2023.

OECD: The ComCo Secretariat submitted both written and verbal contributions to the OECD discussions on data-screening tools, purchasing power and purchasing cartels and interim measures. In addition, it followed the discussion on how international cooperation between competition authorities could improve the combating of cross-border breaches of competition law. In this regard, Switzerland has so far relied on bilateral cooperation agreements with selected jurisdictions, such as the EU and Germany.

ICN: In May 2022, the ComCo Secretariat attended the 21 ICN Annual Conference in Berlin. The Secretariat participated in compiling various ICN surveys and reports; the contribution to a report on digitalisation and efficiency among competition authorities should be highlighted. In addition, the Secretariat used the various ICN webinars to exchange experiences with other participants. For the future, the Secretariat plans to be more closely involved in the exchange of information and know-how within the ICN on machine learning, as the Secretariat plays a leading role internationally in this field.

UNCTAD: The ComCo Secretariat attended the UNCTAD Annual Conference in Geneva in July 2022. It also continued to participate in the working group on cross-border cartels, once again in close cooperation with SECO. Because of the enormous importance of international cooperation in combating cross-border cartels, the mandate of this working group was extended for a further year, in order to provide even better support in future to small and recently established competition authorities and facilitate the exchange between authorities.

6 Legislation

The competition authorities have been assigned a new task in the administrative enforcement of the new provisions on relative **market power**, enacted as a response to the Fair Prices Initiative, a task that they already set about fulfilling in 2022 (see Sections 1 and 4.1.13.a).

The Federal Council continued its work on the **partial revision of the Cartel Act**, which was begun after the failure of the last attempt at revision in 2014. In the spring of 2022, a large number of submissions were received in the consultation procedure. The Federal Council will probably publish a draft Act and the dispatch in the first half of 2023. The revision will then be debated in the Federal Assembly. The GS-EAER and SECO have overall responsibility for the partial revision of the Cartel Act within the Administration. The ComCo Secretariat is also involved in the work.

ComCo also commented on the proposed amendments to the draft Act in the **consultations on the partial revision of the Cartel Act**. It supported the key points of the Federal Council bill, particularly the modernisation of the merger control procedure, the strengthening of civil procedures under competition law and the improvement of the opposition procedure. It also welcomes numerous

further revisions in the draft that lead to greater legal certainty and shorter and simpler procedures. However, ComCo rejected the implementation of requests from Parliament that in some cases were based on incorrect premises and which aimed to undermine the enforcement of cartel law or at least might achieve such a result: in particular, it opposed changing the criterion that agreements must significantly restrict competition in Article 5 of the Cartel Act (implementing the Français Motion 18.4282) and the introduction of deadlines and party costs in cartel proceedings (implementing the Fournier Motion 16.4094). Equally problematic, unless they are carefully implemented, are the Wicki Motion (21.4189), which has since been passed, and the reform of the competition authorities, which several participants in the consultation process called for.

The current status of the **parliamentary proposals** relating to the Cartel Act is as follows:

- The **Bischof Motion** of 30 September 2016, 'Ban adhesion contracts between online booking platforms and the hotel industry' (**16.3902**), has led to an amendment to the Unfair Competition Act: since 1 December 2022 so-called 'parity clauses' in contracts between online forums and hotels and other accommodation businesses have been prohibited. The latter can now offer rooms on their own websites at lower prices than on hotel booking sites.
- The Councils accepted two of the four points in the **Fournier Motion** of 15 December 2016, 'Improve the position of SMEs in competition proceedings' (**16.4094**), namely the introduction of deadlines for administrative proceedings related to competition law and the reimbursement of party costs even in first instance administrative proceedings. The Federal Council has integrated these two points in the partial revision of the Cartel Act.
- The **Français Motion** of 13 December 2018, 'The revision of the Cartel Act must take account of both qualitative and quantitative criteria in assessing the illegality of an agreement restricting competition' (**18.4282**), has been included in the partial revision of the Cartel Act. The submissions in connection with the motion are contradictory: one does not want any amendment to Article 5 of the Cartel Act, the other says that the proposed solution does not go far enough.
- The **Wicki Motion 21.4189** of 30 September 2021, 'Safeguard the inquisitorial principle – do not reverse the burden of proof in the Cartel Act' was passed by both Councils, even though the alleged irregularities in enforcing the law do *not* exist, as the decisions taken by the courts prove, and the requirements with regard to the presumption of innocence that have been demanded are already contained in the current law. The Federal Council will implement the motion in the partial revision of the Cartel Act.
- The **Pfister Motion** of 27 September 2018 on the 'Effective implementation of the Cartel Act in the motor vehicle sector' (**18.3898**) has been passed. The Federal Council is planning implementation while taking account of developments in the EU.

- The **Gugger Motion** of 17 June 2022, 'Stop the unilateral introduction of the agency model in the motor vehicle market' (**22.3838**) has yet to be considered in the Assembly.
- The **National Council Economic Affairs and Taxation Committee Motion** of 15 August 2022, 'Preliminary investigation of the Competition Commission Secretariat or Competition Commission investigation into competition issues in relation to thermal and motor fuels' (**22.3885**) urges the Federal Council to require the EAER to instruct ComCo to open an investigation. The National Council accepted the motion on 14 December 2022.
- The **Maitre and de Quattro motions** of 22 September 2022, 'Ban interchange fees for payments with debit cards' (**22.3976** and **22.3977**) have yet to be considered in the Assembly.
- The **Rechsteiner Motion** of 14 December 2022, 'Speed up procedures – increase legal certainty' (**22.4404**) calls for a change to the Cartel Act according to which the investigation phase by the ComCo Secretariat (i.e. from the opening of proceedings until the Secretariat submits its proposed decision to ComCo) should take no longer than one year, with the option of a one-off extension of a further year. The proposal has yet to be considered in the Assembly.

7 Statistics

The statistics on the work carried out by ComCo and its Secretariat in 2022 are as follows:

	2022	2021	2020
Investigations			
Total number of active investigations	19	20	20
Investigations carried forward from the previous year	16	16	13
Newly opened investigations	3	4	7
Investigations resulting from splitting up existing investigations	0	0	0
Final decisions	1	4	6
Amicable settlements	1	3	4
Administrative rulings	1	2	1
Sanctions under Art. 49a para. 1 Cartel Act	1	4	4
Partial decisions	0	0	2
Procedural rulings	1	2	2
Other decisions (concerning publications, fees, access to files, etc.)	1	2	1
Interim measures	0	1	1
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act	1	2	1
Preliminary investigations			
Total number of active preliminary investigations	14	11	14
Preliminary investigations carried forward from the previous year	8	7	13
Newly opened preliminary investigations	6	4	1
Concluded preliminary investigations	5	3	8
Investigations opened	0	1	1
Modification of conduct	4	1	4
No consequences	1	1	3
Other activities			
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	5	1	1
Advice	14	33	24
Market monitoring	52	48	80
Freedom of information applications	22	10	18
Other enquiries	511	519	565

Mergers			
Notifications	49	31	35
No objection after preliminary investigation	49	31	34
Investigations	0	0	1
ComCo decisions after investigation	0	0	1
Authorisation refused	0	0	0
Authorised with conditions/requirements	0	0	0
Authorised without reservations	0	0	1
Early implementation	0	0	0
Appeal proceedings			
Total number of appeals before the FAC and FSC	35 (88)	39 (92)	42
Judgments of the FAC	6 (31)	11 (15)	9
Success for the competition authority	4 (10)	8 (12)	6
Partial success	2 (6)	2 (2)	2
Unsuccessful	0 (3)	1 (1)	1
Judgments of the FSC	5 (7)	5 (12)	7
Success for the competition authority	4 (4)	4 (11)	6
Partial success	1 (2)	1 (1)	1
Unsuccessful	0 (1)	0 (1)	0
Pending at the end of year (before FAC and FSC)	29 (69)	30 (71)	29
Expert reports, recommendations and opinions, etc.			
Expert report (Art. 15 Cartel Act)	1	0	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	0	2	0
Follow-up checks	0	0	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	1	0	0
Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	327	335	327
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	14	11	12
State aid assessments	0	1	2
Internal Market Act			
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	0	1	0
Expert reports (Art. 10 IMA)	1	4	1
Provision of advice (Secretariat)	62	68	63
Appeals (Art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	3	1	2

The statistics for 2022 and a comparison with the figures for 2021 and 2020 reveal the following:

- Investigations: ComCo and its Secretariat conducted practically the same number of investigations in 2022 as in previous years. However, ComCo concluded fewer cases than usual. There are two main reasons for this: various cases are in their final stages at Secretariat level. In addition, an above-average number of mergers were reported to ComCo, and they have to be given priority because of the statutory deadlines.
- Preliminary investigations and market monitoring procedures: The number of preliminary investigations and market monitoring procedures is broadly similar to that in the last couple of years.
- Mergers: In 2022, 49 mergers were assessed within the statutory deadline of one month. This is clearly a higher number of reports than in the past two years

and the second highest total since 1996 (over the last 25 years, the annual average was around 27 reports). Accordingly, resources were tied up investigating mergers.

- Appeal proceedings: Although the number of appeals pending before the courts is still high, the courts made a large number of decisions; in cases where there were multiple appeals against a ComCo decision, the courts in some cases decided individual appeals and sometimes all the appeals. The following points should be noted with regard to the statistics:
 - o ComCo decisions (rulings) normally apply to several parties. Each party has an individual right of appeal. The courts normally deal with each appeal individually and therefore issue several judgments in response to a single ComCo decision. These court rulings are sometimes very similar in substance, but may also address individual issues.

- In a new approach adopted since 2021, not only are parallel appeal proceedings counted as a single case per ComCo decision, but the total number of all separate but parallel appeals is given in brackets. The foregoing also applies to the statistics at court level: the judgments are counted as a single judgment irrespective of the number of appeals against a ComCo decision, while at the same time the number of judgments on the individual appeals is given in brackets (e.g., the FSC judgments on the nine appeals against ComCo's decision on air freight are counted as one judgment and in brackets as nine judgments).
- Expert reports, recommendations and opinions: For some years, expert reports and recommendations have been rare. This year ComCo issued an expert report to a civil court. The number of office consultation procedures that the ComCo Secretariat has to deal with remains at a constantly high level. In the healthcare sector alone, there were around 150 office consultation procedures. In relation to agriculture, for example, there were 30.
- IMA: The number of enquiries dealt with relating to the Internal Market Act was similar to that in the past few years.

8 Special topic for 2022: Applying the Cartel Act in times of crisis

The SARS-CoV-2 pandemic posed a serious challenge for society, government and businesses. Last year, war broke out in Ukraine, bringing further tensions and uncertainties. In these times of crisis, rules on competition can also become an issue. In Switzerland, the focus has been on winter supplies of gas and the high prices of fossil fuels. In addition, ComCo had to contend with allegations of price-fixing agreements in connection with COVID-19 self-tests.

Other competition authorities were confronted with similar questions. Based on international experiences, the executive committee of the International Competition Network ICN (which comprises competition authorities from 130 states) published a declaration on the key role of competition and competition policy during crises such as pandemics and wars.

The application of the Cartel Act in times of crisis is therefore this year's special topic.

8.1 Guaranteeing gas supplies in winter

In order to respond to the energy crisis caused by the war in Ukraine, a task force was set up under the auspices of the Swiss Gas Industry Association (VSG) to secure gas supplies in Switzerland. In addition to representatives from the gas industry, the federal authorities in the shape of the Department of the Environment, Transport, Energy and Communications (DETEC) and the Department of Economic Affairs, Education and Research (EAER) were also represented. The ComCo Secretariat was invited to take a seat in the task force and in the working group preparing the ground for the task force. It has attended the meetings that have been held every week since March 2022 with the aim of providing

the members of the task force from the gas industry and the federal authorities with as much legal certainty as possible and enabling the task force to work towards ensuring supplies for the winter of 2022/2023 while remaining in compliance with competition law. In addition, ComCo and the Secretariat have submitted opinions on draft legislation on this subject in a large number of office consultation procedures and other consultation proceedings. The competition authorities have been committed to ensuring that the draft legislation on gas supplies does not allow any market participants to be given preference or to be disadvantaged unless this is unavoidable.

In the course of this work, the gas industry accused the competition authorities of delaying the rapid procurement of gas by insisting on compliance with the Cartel Act. The implication was that requiring the gas industry to comply with the Cartel Act was exacerbating the energy crisis and supply shortages. This criticism is unjustified: at no time have the competition authorities argued against rapid or joint purchases in the energy markets. Like other European competition authorities, however, the ComCo Secretariat has regularly pointed out that the energy crisis must not be used to impose unjustified restraints on competition under the pretext of avoiding higher energy prices, thereby obstructing trading partners or exploiting consumers. Accordingly, the ComCo Secretariat argued within the task force for winter supplies not to be organised so that individual customer groups, without any justification, are either given worse access to gas supplies or are offered worse conditions than other customers.

In times of crisis in particular, the Cartel Act has the important tasks of preventing the exploitation of a crisis situation and protecting businesses and consumers that find themselves in positions of dependency from those who seek to profit from the war. The Cartel Act and its application are flexible enough to take account of special circumstances. The Cartel Act itself provides, based on a properly democratic process, for its application to be restricted if other public interests take precedence over competition in a specific situation.

Firstly, the Cartel Act does not apply if another law requires competition to be suspended in a specific market. This requires regulations to be enacted by Parliament or another competent authority in order to exclude competition in the market concerned. Secondly, the Federal Council may make use of the power it is granted in the Cartel Act to override decisions of the Competition Commission if practices declared unlawful are required as an exception in order to serve more important public interests.

To sum up, it should be stressed that the Cartel Act has an important role to play in a crisis such as the energy crisis in order to prevent abuses, but is also sufficiently flexible to take account of special circumstances, provided Parliament or the government take the required measures. If these democratically legitimised measures are not taken, private individuals do not have the right to disregard the law.

8.2 High prices for fossil fuels

The market prices for fossil fuels and thus the price of fuel at filling stations have clearly gone up as a result of the war in Ukraine. The ComCo Secretariat has received a variety of enquiries from members of the public since the end of February 2022 relating to possible agreements affecting competition. The Secretariat has looked into these allegations and worked with the Price Supervisor to analyse the factors behind the price rises. It has made rough calculations, based in particular on the statistics for the average prices of fuels published by the Swiss Federal Statistical Office (FSO).

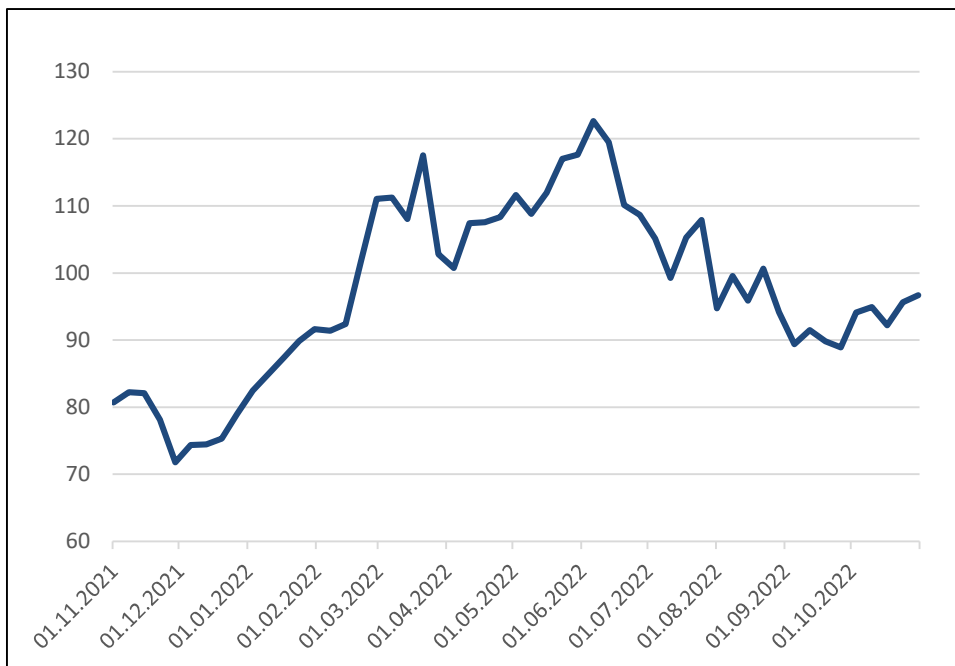
The ComCo Secretariat came to the following conclusion: the analysis of fuel prices at filling stations revealed no indications of agreements affecting competition or pricing abuses by dominant companies that would have justified the opening of proceedings against any companies. It is worth noting that the fact that prices rise at the same time at all filling stations does not necessarily indicate that a price-fixing agreement is in operation, but may simply be the result of the actual costs (e.g. an increase in crude oil prices) and can result from companies observing and copying the prices of their competitors. This is especially true of homogeneous products such as motor fuels, where in practice the only aspect that can differ is the price. Unilaterally adopting the same prices as the competition is unproblematic under compe-

tition law; the difficulty arises when competitors enter into agreements to coordinate pricing policy. Regional price differences, which are sometimes considerable, and markups at filling stations on motorways are probably due to different cost structures and different levels of competition. The following remarks set out some of the aspects that the ComCo Secretariat has taken into account.

Several factors are relevant to the price of fuel at filling stations: first of all, taxes and duties (mineral oil tax, mineral oil tax surcharge, import duty and value added tax) make up around 50 per cent of the fuel price at the pumps. Further influential factors are the crude oil price (see Figure 1), the exchange rate for the Swiss franc against the US dollar (see Figure 2) and the transport costs on the Rhine, which together make up around 34 per cent. The analysis of the changes in fuel prices at filling stations and the factors influencing them gave no indication that the prices at the pumps had changed independently of the contributing factors mentioned. In other words, the movement in prices is due to the contributing factors presented in the diagrams below.

Figure 1 shows that the price of crude oil has experienced sharp fluctuations, in particular from February to April 2022 and has clearly increased since the end of 2021.

Figure 1: Development of the Brent oil price (weekly average in USD per barrel)

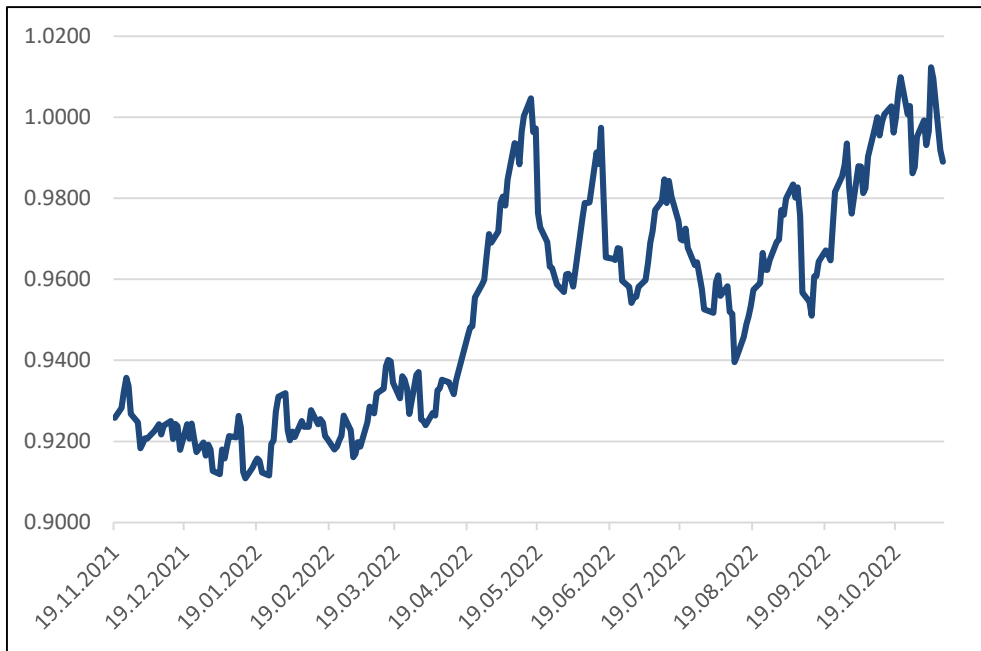


Source: www.onvista.de (Status: 08.11.2022).

Figure 2 shows that the Swiss franc fell slightly in value against the US dollar over the course of the year. While around 93 centimes would buy one US dollar until April 2022, the dollar had increased in price to around 1 franc by the end of October 2022. This corresponds to a loss in value for the Swiss franc of around 8 per cent. This

trend is therefore relevant to the fuel prices charged at filling stations in Switzerland, as crude oil is paid for in US dollars. A loss in the value of the Swiss franc against the US dollar thus causes prices at filling stations in Switzerland to rise.

Figure 2: Exchange rate developments for changing USD into CHF (direct quotation)

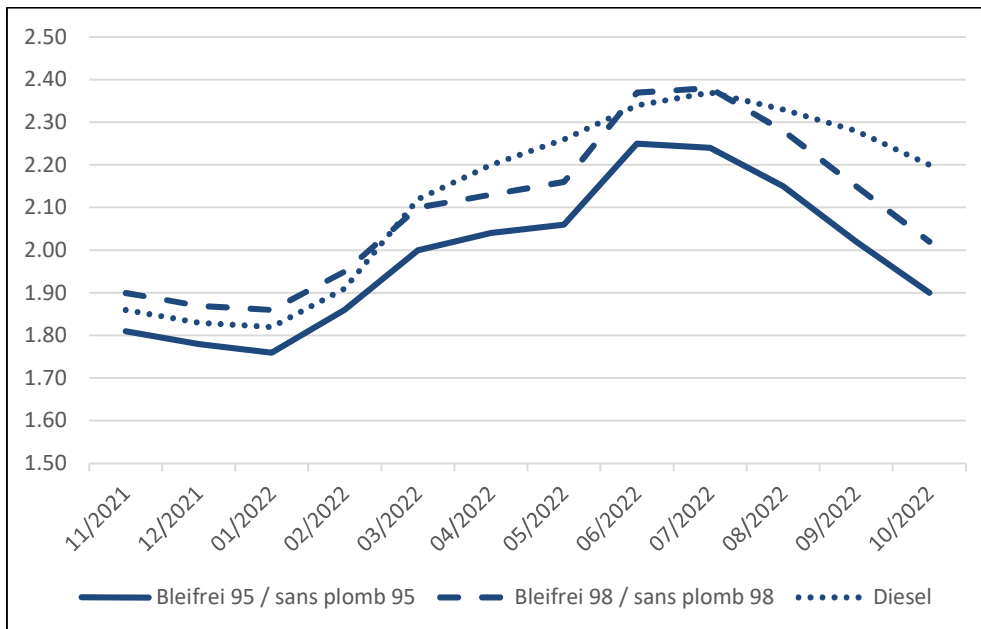


Source: SNB (Status: 08.11.2022).

Figure 3 shows the development of average fuel prices at filling stations in Switzerland in the period from November 2021 to October 2022. The graph reveals that the prices for fuels (unleaded, super unleaded and

diesel) rose from February to July 2022 on average from around CHF 1.91 by 42 centimes to an average of around CHF 2.33.

Figure 3: Average prices for fuels at filling stations in Switzerland



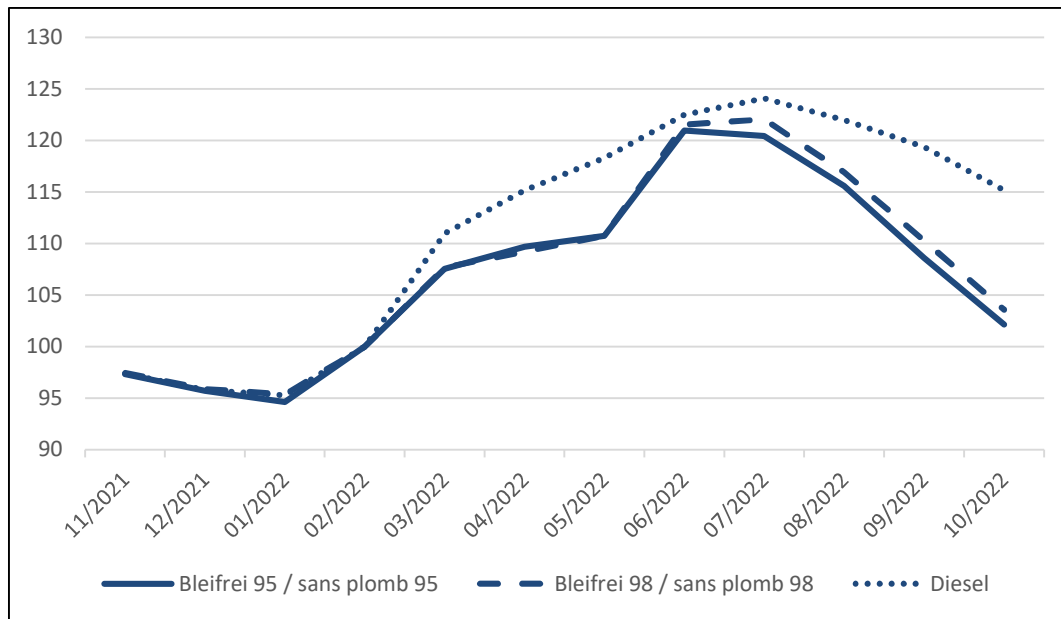
Source: FSO, monthly values Nov. 2021 to Oct. 2022 (Status: 08.11.2022).

The relative development of individual fuels in Figure 4 shows that the price at the pump of petrol increased by around 21 per cent between February and July 2022. In the same period, the rise in the diesel price was slightly more, at around 24 per cent. By October 2022, the price of petrol had fallen again, by around 20 per cent, lying around the same level as it was in February 2022, but

still some 8 per cent higher than in October 2021. The price of diesel fell from July 2022 by only 9 per cent; as a result, diesel was still around 20 per cent more expensive in October 2022 than in October 2021. The difference in prices between diesel and petrol is probably due to the fact that diesel can be used as a heating oil and the demand for heating oil was already on the rise in

spring 2022, as people looked to fill up their tanks and storage facilities as soon as possible in response to the crisis, and businesses decided to switch from gas to heating oil.

Figure 4: Fuel prices at filling stations in Switzerland (Indexed: Feb. 2022 = 100)



Source: FSO and own calculation.

The refinery in Cressier is the only plant producing fuel in Switzerland; it accounts for around 25 per cent of consumption by road traffic. Therefore, the import of motor fuels via the Rhine is an important source of supplies. As a result of the serious drought in the summer of 2022 and the low water level on the Rhine, which in turn reduces the loading capacity of tanker barges, the transport price rose in July 2022 by CHF 15 – 35 above the previous customary price, to over CHF 85 per tonne. This was another factor in the increase in fuel prices at filling stations in Switzerland.

The Price Supervisor and ComCo Secretariat were in close contact about the price situation in the energy markets and coordinated activities according to their respective responsibilities. For example, the Price Supervisor analysed the margins applied by Switzerland's only refinery. This was because even if there are no indications of a breach of the competition law, excessive margins may constitute a price abuse that falls under the jurisdiction of the Price Supervisor. In addition to working with the Price Supervisor, the Secretariat was represented in the interdepartmental working group on energy prices, which analysed trends in energy prices and considered what action the federal government might take.

In conclusion, it should be stressed that the competition authorities were already keeping a close eye on the market for fuels at filling stations before 2022, in particular in response to regular enquiries about fuel prices from members of the public. However, there have been no indications of unlawful practices in recent years that would have justified the opening of proceedings against any specific company. The ComCo investigation of the

Swiss petrol market from 1992 to 2000 disclosed no evidence of unlawful practices either. Furthermore, the investigation conducted in 2022 in this sector by the Austrian competition authorities also found no clear indications in the Austrian fuel market of any cartels or abuse of market power.

8.3 COVID-19 self-tests

During the COVID-19 pandemic, the competition authorities were careful to ensure that businesses did not exploit the situation to behave in an anti-competitive manner. When unanticipated events cause consumers to become especially reliant on a particular product for a short time, the supply is often unable to satisfy the demand. In response to this sudden peak in demand, some businesses may be tempted to take concerted action to increase their prices, which forces the competition authorities to intervene rapidly.

Intervention was called for at the end of March 2021 in relation to the sale of rapid COVID-19 tests, based on a tip-off from one sales company. While people in Switzerland were able to obtain COVID-19 self-tests free of charge in pharmacies from 7 April 2021, an attempt was made to pressurise one provider into adapting the prices for its tests to bring them in line with those of its competitors. The ComCo Secretariat began a preliminary investigation immediately and published a press release. It conducted enquiries that showed that the attempt had failed. As no further indications of any agreements could be found, the ComCo Secretariat advised the company concerned of the issues relevant to competition law and concluded the proceedings by issuing a second press release.

In this way, the competition authorities draw consumers' attention to a specific problem and show the public that they will intervene very quickly to enforce the Cartel Act if companies exploit or try to exploit emergency situations to reach agreements on prices or to abuse a strong position in the market. The ComCo Secretariat is ready to advise businesses at any time in order to avoid protracted and costly proceedings.

8.4 Conclusion

In times of crisis, there may be loud calls for the state to intervene, and encouraging and protecting competition may become less of a priority. History and recent events have shown that in times of crisis it is also important not to forget about competition when drafting new laws or devising government policy. Markets in which competition thrives can respond more flexibly to economic disruption. Markets that are sealed off and protected, on the other hand, are prone to failure in times of crisis. When government measures to respond to a crisis are being considered, questions arise, for example, of whether and to what extent businesses should be left to deal with a crisis on their own, whether and in what form state intervention may be necessary and expedient, and whether businesses should be required to repay state support and if so, on what terms. The ComCo Secretariat was also confronted with such issues in connection with guaranteeing gas supplies in winter. It advocated sustainable solutions that complied with the rules on competition.

Dynamic markets react in times of crisis. For example, when there are shortages, or if certain production processes become more expensive, markets react by increasing prices. This is what happened in 2022 with the prices for fossil fuels. An immediate analysis of the multiple aspects of these increases showed that the high prices could be explained by a variety of factors and events. Proceedings against specific companies were not justified.

The situation was different in the case of the attempts to apply pressure to individual providers of COVID-19 rapid tests in order to secure increases in prices. The ComCo Secretariat reacted at the time without delay and opened proceedings against several providers. The strict enforcement of the law can stop a crisis from being exploited for anti-competitive ends. ComCo and its Secretariat are always ready to advise businesses and members of government on how to adopt crisis management practices that are in line with competition law.

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

Commission:

- Until 31 December 2022: Andreas Heinemann, President, Professor of Commercial, Economic and European Law, University of Zurich

- Since 1 January 2023: Laura Melusine Baudenbacher, President, partner in a law firm based in Zurich and Brussels
- Armin Schmutzler, Vice President, Professor at the Department of Economics, University of Zurich
- Danièle Wüthrich-Meyer, Vice President, former judge of the Cantonal Supreme Court Bern
- Florence Bettschart-Narbel, Member, Attorney-at-law, former head of the Politics and Law Section in the Central Secretariat of the Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Nicolas Diebold, Member, Professor of Public and Economic Law in the Law Faculty at the University of Lucerne
- Winand Emons, Member, Professor in the Faculty of Economics and Social Sciences at the University of Bern
- Clémence Grisel Rapin, Member, Professor of Administrative Law at the University of Fribourg
- Pranvera Këllezi, Member, Attorney-at-law in the canton of Geneva
- Isabel Martinez, Member, economist (post-doc) at the KOF Swiss Economic Institute at the ETH Zurich, former economist at the Swiss Federation of Trade Unions SGB
- Rudolf Minsch, Member, Chief Economist and Executive Board member, economiesuisse
- Martin Rufer, Member, Director Swiss Farmers' Union
- Henrike Schneider, Member, Deputy Director Swiss Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises SGV

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

ComCo Secretariat:

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

B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. [Elektroprodukte]

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 17. Oktober 2022 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend [Elektroprodukte] wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

Aktualisierte Publikationsversion (Stand Dezember 2022)

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildete die Frage, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG¹ zwischen der [A] und der [B] vorliegen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) untersuchte, ob sich die beiden Unternehmen im Jahr 2021 bei einem Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] zur Beschaffung von [Elektroproduktesystemen] abgesprochen hatten. Zudem wurde im Rahmen der Vorabklärung die Doppelfunktion des Geschäftsführers der [A] untersucht, der für beide Unternehmen die Projektleitung für Aufträge in der Schweiz wahrnimmt.

A.2 Unternehmen

2. An der Vorabklärung sind die [A] und die [B] beteiligt.
3. Die [A] bezweckt den Handel mit Elektroprodukten. Geschäftsführer der [A] ist [Person A].
4. Die [B] ist gemäss Handelsregister in der Produktion sowie im Verkauf und Handel von Elektroprodukten tätig. Mitglied des Verwaltungsrates und Geschäftsführer der [B] ist [Person B].

A.3 Verfahrensgeschichte

5. Das Sekretariat eröffnete am 16. März 2022 die Vorabklärung «[Elektroprodukte]» gemäss Art. 26 KG. Hintergrund war eine Meldung der [Beschaffungsstelle] wegen eines Verdachts auf eine Submissionsabrede beim Projekt [...], das im Herbst 2021 im Einladungsverfahren ausgeschrieben worden war.² Die Auswertung der eingereichten Offerten ergab, dass die Preisberech-

nung der [A] und der [B] auf den Franken- und Rappenbetrag identisch war. Dies deutete auf eine mutmasslich kartellrechtswidrige Abrede zwischen der [A] und der [B] hin.

6. Mit Schreiben vom 16. März 2022 informierte das Sekretariat die beiden Unternehmen über die Eröffnung der Vorabklärung und kündigte an, zur weiteren Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts je eine Einvernahme mit der [A] und der [B] durchzuführen.³ Die Einvernahmen fanden Ende März 2022 mit [Person A] und [Person B] statt.⁴

7. Am 9. Mai 2022 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Treffen mit der [A] und der [B] statt. Das Treffen bezweckte, offene Fragen zu den Marktverhältnissen zu klären und die Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen zu diskutieren.⁵ Im Anschluss an das Treffen fertigte das Sekretariat eine Notiz zu den Marktverhältnissen an und stellte sie den Verfahrensbeteiligten zur freigestellten Stellungnahme zu.⁶ Beide Unternehmen verzichteten darauf, sich innert der angesetzten Frist zur Notiz zu äussern.

8. Mit Schreiben vom 11. Juli 2022 informierte das Sekretariat die Verfahrensbeteiligten über den Stand der Vorabklärung und gab ihnen Gelegenheit, sich zu dem in Aussicht gestellten Abschluss der Vorabklärung zu äussern.⁷ Beide Unternehmen verzichteten auf eine freigestellte Stellungnahme.

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

² Act. I.1; Act. I.1.1–15.

³ Act. I.5–I.8.

⁴ Act. II.1; Act. II.2.

⁵ Act. I.24–27.

⁶ Act. III.1; Act. I.28; Act. I.29.

⁷ Act. I.30–31.

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

9. Nachfolgend wird der Sachverhalt dargelegt. Zunächst werden die Marktverhältnisse in der [Elektroproduktebranche] beschrieben, insbesondere die [Elektroprodukte] und ihre Schutzarten, die Nachfrager und Nachfragerinnen sowie die Anbieter und Anbieterinnen. Anschliessend werden die Geschäftstätigkeiten der [A] und der [B] sowie die wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltensweisen aufgezeigt. Dabei wird zwischen der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen im Allgemeinen und dem Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...] unterschieden.

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

10. Als Beweismittel liegen dem Sekretariat im Wesentlichen die von der [Beschaffungsstelle] eingereichten Ausschreibungsunterlagen für das Projekt [...] inklusive der Offerten der [A] und der [B], die Einvernahmen von [Person A] und [Person B] sowie die vom Sekretariat im Nachgang an das Treffen vom 9. Mai 2022 erstellte Notiz zu den Marktverhältnissen vor.

11. Die Vorabklärung ist eine Vorstufe zur Untersuchung und dient der Abklärung der Frage, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG rechtfertigen. Da das Ziel der Vorabklärung nicht darin besteht, den Beweis für einen Kartellrechtsverstoss zu erbringen, sind die Anforderungen an das Beweismass und die Begründungsdichte in der Vorabklärung weniger hoch als in der Untersuchung. Aus diesem Grund fällt die Darstellung des Sachverhalts in einem Schlussbericht im Vergleich zu einer Endverfügung in der Untersuchung deutlich kürzer und summarischer aus.⁸

12. Bei den ersten drei Sachverhaltsabschnitten – Marktverhältnisse in der [Elektroproduktebranche], Geschäftstätigkeiten der [A] und der [B] und Zusammenarbeit zwischen den Verfahrensbeteiligten – wird direkt das Beweisergebnis dargestellt. Grundlage dieser Sachverhaltsdarstellung sind die glaubhaften und übereinstimmenden Aussagen von [Person A] und [Person B] anlässlich der Einvernahmen und des gemeinsamen Treffens mit dem Sekretariat vom 9. Mai 2022. Der Sachverhaltsteil zum Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...] wird demgegenüber ausführlicher behandelt. Das Sekretariat nimmt eine kurze Beweisführung vor, indem es die vorliegenden objektiven und subjektiven Beweismittel beschreibt, würdigt und schliesslich in einem Beweisergebnis zusammenfasst. Der Grund für die unterschiedliche Darstellung des Sachverhalts ist, dass das Verhalten der [A] und der [B] beim Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] Hinweise auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede liefert (siehe unten Rz 26 ff. und Rz 60 ff.).

B.3 Marktverhältnisse in der [Elektroproduktebranche]

13. [Elektroprodukte] werden innerhalb und ausserhalb von Gebäuden eingesetzt [...]. Sie sind mit unterschiedlichen Schutzarten erhältlich, wobei in der Schweiz nahezu ausschliesslich [Elektroprodukte] mit den Schutzar-

ten IP[A] und IP[B] zum Einsatz kommen.⁹ Der IP-Code gibt die Eignung für verschiedene Umgebungsbedingungen an und steht zusammen mit zwei Kennziffern. Dabei beschreibt die erste Ziffer den Schutz gegen Berührung und Fremdkörper und die zweite Ziffer den Schutz gegen Wasser. Je höher die Ziffern sind, desto stärker ist die Schutzfunktion.

14. [Elektroprodukte] mit Schutzart IP[B] sind komplett staub- und wasserdicht und eignen sich besonders für den Aussenbereich. Im Innenbereich werden sie eingesetzt, wenn die Anforderungen betreffend Manipulation, Brandschutz oder Feuchtigkeit in einem Gebäude erhöht sind, beispielsweise in Spitälern und Chemieunternehmen. Aufgrund der tieferen Schutzklasse sind [Elektroprodukte] mit Schutzart IP[A] für die Umgebungsbedingungen im Aussenbereich nicht geeignet. Sie werden deshalb ausschliesslich im Innenbereich eingesetzt.¹⁰

15. [Elektroprodukte] mit Schutzart IP[A] und IP[B] sind im Innenbereich von Gebäuden, die keine erhöhten Sicherheitsanforderungen zu erfüllen haben, hinsichtlich ihres Verwendungszwecks häufig austauschbar. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass IP[B] [Elektroprodukte] bis zu 30 % teurer als IP[A] [Elektroprodukte] sind¹¹ und sich die Offertanfragen von Nachfrager und Nachfragerinnen in der Regel auf eine bestimmte Schutzart beziehen.¹² Aus letzterem Grund hat der [Elektroprodukte]-Anbieter grundsätzlich keine Wahl, welche Schutzart er einsetzt.

16. [Elektroprodukte] werden bei grösseren Überbauungen eingesetzt und sowohl von privater als auch von öffentlicher Hand nachgefragt. Für private Bauprojekte holen Planungsbüros in der Regel mehrere Konkurrenzofferten bei verschiedenen Unternehmen in der [Elektroproduktebranche] ein. Öffentliche Vergabeverfahren werden aufgrund des Auftragsvolumens überwiegend im offenen Verfahren und seltener im Einladungsverfahren durchgeführt.¹³

17. Neben den an der Vorabklärung beteiligten Unternehmen gibt es in der Deutschschweiz vier bzw. fünf weitere Anbieter für IP[B] und IP[A] [Elektroprodukte], die entweder als Hersteller oder als Exklusivvertreiber tätig sind und ihre Produkte in der gesamten Deutschschweiz anbieten. Aufgrund von Sprachbarrieren bieten die in der Deutschschweiz ansässigen Unternehmen ihre Leistungen in der Westschweiz in der Regel nicht an.¹⁴

⁸ BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 26 N. 1, 91 und 126; Carla Beuret, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 26 N. 3 und 16.

⁹ Act. III.1, Frage 1.

¹⁰ Act. III.1, Fragen 2 und 5.

¹¹ Act. III.1, Frage 3.

¹² Vgl. Act. I.1.3, S. 11.

¹³ Act. III.1, Fragen 4, 5 und 8.

¹⁴ Act. III.1, Fragen 6 und 7.

B.4 Geschäftstätigkeiten

B.4.1 [A]

18. Der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit der [A] liegt im Vertrieb von IP[A] [Elektroprodukten] des Herstellers [...], die in [...] produziert werden. Die Gründung der [A] ist darauf zurückzuführen, dass [Person A] die Möglichkeit erhalten hat, die Vertretung für die erwähnten [Elektroprodukte] [...] zu übernehmen. [Person A] erachtete es als Chance, ein Produkt zu vertreiben, das zuvor von einem anderen in der [Elektroproduktebranche] tätigen Unternehmen in der Schweiz angeboten worden war und deshalb bei den Kunden und Kundinnen bekannt ist.¹⁵

19. Als Anbieterin von IP[B] [Elektroprodukten] tritt die [A] demgegenüber nur in Ausnahmefällen auf, beispielsweise wenn IP[A] [Elektroprodukte] mit IP[B] [Elektroprodukten] kombiniert werden. Anlässlich des Treffens mit dem Sekretariat vom 9. Mai 2022 führte [Person A] aus, dass die [A] in diesem Jahr bisher [...] Offerten für solche Mischprojekte abgegeben habe. Ausnahmsweise gibt die [A] zudem auch Offerten für Projekte ab, die sich ausschliesslich auf IP[B] [Elektroprodukte] beziehen. Im ersten Tertial des Jahres 2022 soll die [A] [...] Offerten für solche [Elektroproduktesysteme] eingereicht haben.¹⁶

20. Sofern die [A] ein Projekt mit IP[B] [Elektroprodukten] ausführt, bezieht sie diese von der [B]. Bisher belieferte die [B] die [A] [...] Mal mit ihren in [...] produzierten [Elektroprodukten].¹⁷ Andere Bezugsmöglichkeiten für IP[B] [Elektroprodukte] hat die [A] derzeit nicht und sie erachtet den Aufbau einer (weiteren) Bezugsquelle auch nicht als realistisch. Neben der [B] gibt es in der Schweiz nur ein weiteres Unternehmen¹⁸, das IP[B] [Elektroprodukte] im Inland produziert. Da dieses Unternehmen seine [Elektroprodukte] direkt vertreibt, fällt es als Bezugsquelle für die [A] ausser Betracht. Anlässlich des Treffens mit dem Sekretariat wies [Person A] zudem darauf hin, dass die Lieferfristen bei ausländischen Herstellern bedeutend länger als bei der [B] seien und dass die Einführung eines neuen Produkts mit Risiken behaftet sei, die er nicht eingehen wolle.¹⁹

B.4.2 [B]

21. Die [B]-Gruppe ist weltweit tätig und hat Produktionsstandorte in [...]. Während [Elektroprodukte] mit Schutzart IP[B] an allen [...] Standorten hergestellt werden, beschränkt sich die Produktion von IP[A] [Elektroprodukten] auf den Standort in [...].²⁰

22. Die [B] produziert in [...] [Elektroprodukte] mit Schutzart IP[B] und vertreibt sie im europäischen Markt. Demgegenüber hat die [B] keine IP[A] [Elektroprodukte] im Sortiment. Die von der [B]-Gruppe in [...] hergestellten [Elektroprodukte] mit Schutzart IP[A] werden in Europa nicht aktiv beworben. Diesbezügliche Anfragen werden entweder abgesagt oder an die [A] weitergeleitet.²¹ Im Rahmen der Einvernahme präzisierte [Person B], dass die [B] ausnahmsweise die von der [A] vertriebenen IP[A] [Elektroprodukte] von [...] anbiete, nämlich wenn die [A] aufgrund des Auftragsvolumens die geforderten Garantieleistungen nicht erbringen könne und deshalb alleine gar nicht anbieten könnte.²²

B.5 Zusammenarbeit zwischen der [A] und der [B]

23. Die Meldung der [Beschaffungsstelle] und die zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Unterlagen deuteten auf eine klassische Einzelsubmissionsabrede hin, bei der die Offerten der [A] und der [B] in Bezug auf eine einzelne Ausschreibung aufeinander abgestimmt wurden beziehungsweise abgestimmt werden sollten, um die Zuschlagserteilung zu steuern. Im Rahmen der Einvernahmen stellte sich heraus, dass eine umfassende Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen vorliegt. Diese Zusammenarbeit besteht zusammengefasst darin, dass [Person A], Geschäftsführer der [A], auf Mandatsbasis sämtliche Projekte auf dem Schweizer Markt für die [B] betreut und die Kalkulationen vorbereitet. Diese Doppelrolle von [Person A] und deren Hintergrund werden nachfolgend im Einzelnen dargestellt.

24. [Person A] war bis [...] während mehreren Jahren bei der [B] angestellt und für den Vertrieb von [Elektroprodukten] und die Projektabwicklung auf dem Schweizer Markt zuständig. Obwohl er sich per [...] mit der [A] selbstständig machte, ist er auf Mandatsbasis weiterhin für die [B] tätig. Er betreut nach wie vor sämtliche Ausschreibungen auf dem Schweizer Markt und ist für die Ausarbeitung der Angebote zuständig. Die Projektleitung wurde nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit [Person A] personell nicht neu besetzt.²³ Damit übt [Person A] eine eigentliche Doppelrolle aus: Einerseits ist er als Geschäftsführer der [A] für das Offertwesen der [A] zuständig, andererseits übernimmt er auf Mandatsbasis das Offertwesen der [B] für Projekte in der Schweiz. Damit werden die Aufträge in der Schweiz sowohl bei der [A] als auch bei der [B] von ein und derselben Person offeriert und abgewickelt. Da beiden Verfahrensbeteiligten bewusst ist, dass [Person A] eine Doppelrolle ausübt, liegt diesbezüglich ein Konsens zwischen ihnen vor.

25. [Person A] erhält die Anfragen an die [B] entweder weitergeleitet oder die Kunden und Kundinnen wenden sich, insbesondere bei kleineren Projekten, direkt an ihn. Er verfügt weiterhin über einen E-Mail-Account bei der [B].²⁴ Sofern keine rechtsgültige Unterschrift verlangt ist, lässt [Person A] die Offerten den Kunden und Kundinnen in der Regel direkt zukommen.²⁵ In den anderen Fällen bereitet er die Offerte inklusive Kalkulation vor und schickt diese an [Person B], der die Unterlagen kontrolliert und an den Kunden oder die Kundin weiterleitet.²⁶ Für seine Tätigkeiten erstellt [Person A] Abrechnungen auf Stundenbasis, die von der [B] vergütet werden.²⁷

¹⁵ Act. III.1, Fragen 9 und 10; Act. II.2, Zeilen 72, 124 ff.; Act. II.1, Zeilen 63, 72, 108.

¹⁶ Act. III.1, Fragen 9 und 18.

¹⁷ Act. III.1, Frage 14; Act. II.2, Zeilen 62 f.; Act. II.1, Zeilen 115 f., 168 ff.

¹⁸ [...].

¹⁹ Act. II.2, Zeilen 383 ff.; Act. III.1, Fragen 15 und 16.

²⁰ Act. III.1, Fragen 20 und 22.

²¹ Act. III.1, Fragen 19, 21 und 22; Act. II.1, Zeilen 108 f., 147.

²² Act. II.1, Zeilen 148 ff.

²³ Act. II.1, Zeilen 60 ff.; Act. II.2, Zeilen 66 f., 116 f.

²⁴ Act. II.1, Zeilen 157 ff.; siehe auch Act. II.2, Zeilen 152 ff.

²⁵ Act. II.2, Zeilen 291 ff.

²⁶ Act. II.1, Zeilen 74 f., 78 f.

²⁷ Act. II.1, Zeilen 70, 154.

B.6. Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...]

26. Die [Beschaffungsstelle] führte im Herbst 2021 ein Einladungsverfahren für das Projekt [...] durch, das ein [Elektroproduktesystem] mit IP[B] [Elektroprodukten] beinhaltete.²⁸ Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll gingen innerhalb der Eingabefrist drei Angebote ein, wobei die Offerten der [A] und der [B] auf den Franken- und Rappenbetrag identisch waren.²⁹ Die [Beschaffungsstelle] vermutete eine Preisabsprache zwischen den beiden Unternehmen und schloss sie gestützt auf Art. 44 Abs. 2 lit. b i.V.m. Abs. 1 BöB³⁰ vom Vergabeverfahren aus.³¹

27. Die Preisberechnung in den Offerten ist verschiedenen Formularen zu entnehmen, die den eingeladenen Unternehmen mit den Ausschreibungsunterlagen zugestellt worden waren.³² Auf dem *Angebotsblatt* ist der Nettopreis ersichtlich, der sich aus dem Bruttopreis abzüglich Rabatt und zuzüglich Mehrwertsteuer ergibt (siehe Abbildung 1). Die gleichen Angaben, d.h. Bruttopreis, Rabatt, Mehrwertsteuer und Nettopreis, ergeben sich auch aus dem *Leistungsverzeichnis*, genauer gesagt aus der Schlusszusammenstellung im Leistungsverzeichnis (siehe Abbildung 3). Das Leistungsverzeichnis enthält den Hinweis, dass die Angaben auf das Angebotsblatt zu übertragen seien. Schliesslich enthalten beide Offerten eine *Stückliste*, die für jedes einzelne [Elektroprodukte]-Element den Stück- und den Totalpreis angibt.

28. Das Angebotsblatt der [A] präsentiert sich wie folgt:³³

[...] Abbildung 1: Angebotsblatt in der Offerte der [A]

29. Die Angaben auf dem Angebotsblatt der [A] wiederholen sich im Leistungsverzeichnis und in der Stückliste.³⁴ Der Angebotspreis ist in der Offerte durchwegs mit Fr. [...] angegeben.

30. Im Angebotsblatt der [B] wird der Nettopreis ebenfalls mit Fr. [...] und damit identisch mit dem Angebot der [A] angegeben. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Angebotsblättern besteht darin, dass die [B] einen Rabattsatz von [0–10] % vermerkt hat, in absoluten Zahlen aber gleichwohl einen Rabatt von Fr. [...] eingesetzt hat, was [0–10] % des Bruttobetrags von Fr. [...] entspricht.³⁵

[...] Abbildung 2: Angebotsblatt in der Offerte der [B]

31. Die Offerte der [B] weist überdies weitere Unstimmigkeiten auf. Sowohl im Leistungsverzeichnis wie auch in der Stückliste wird der Nettopreis inklusive Mehrwertsteuer mit Fr. [...] und damit abweichend vom Angebotsblatt beziffert.

[...] Abbildung 3: Leistungsverzeichnis (Schlusszusammenstellung) in der Offerte der [B]

32. Die Auswertung der beiden Offerten ergab, dass die Preisberechnung in den Angebotsblättern der [A] und der [B] identisch ist. Die Offerte der [B] weist indes eine Diskrepanz zwischen dem Angebotsblatt auf der einen Seite und dem Leistungsverzeichnis und der Stückliste auf der anderen Seite auf. In den beiden letzteren Dokumenten beträgt der Bruttopreis Fr. [...] und der Nettopreis wird unter Berücksichtigung eines Rabatts von [0–10] % und der Mehrwertsteuer von 7.7 % mit Fr. [...]

angegeben. Damit ist der Angebotspreis rund Fr. [...] höher als im Angebotsblatt.

33. Anlässlich der Einvernahmen wurden [Person A] und [Person B] mit den Auffälligkeiten in den Offerten konfrontiert. Beide sagten übereinstimmend aus, dass [Person A] die Offerte der [B] aufgrund seiner Doppelrolle vorbereitet und an [Person B] weitergeleitet habe.³⁶ Da beide Unternehmen von der [Beschaffungsstelle] eingeladen worden waren, erstellte [Person A] zudem eine Offerte im Namen der [A] und reichte diese bei der [Beschaffungsstelle] ein. Es sei das erste Mal gewesen, dass die [A] seit ihrer Gründung für ein solches Einladungsverfahren angefragt worden sei.³⁷

34. [Person B] führte im Rahmen seiner Einvernahme im Wesentlichen aus, dass er die Einladung der [Beschaffungsstelle] für die [B] an [Person A] weitergeleitet habe.³⁸ [Person A] habe danach die Offerte ausgearbeitet und an die [B] zurückgeschickt. Dazwischen habe es keinen Kontakt gegeben. Er habe nicht gewusst, dass die [A] von der [Beschaffungsstelle] auch eingeladen worden sei.³⁹ Weiter gab [Person B] zu Protokoll, dass er die Offerte und die Rabattsätze überprüft habe, bevor er die Offerte an die [Beschaffungsstelle] gesandt habe, dass ihm aber nicht aufgefallen sei, dass das Angebotsblatt vom Leistungsverzeichnis und der Stückliste abweiche.⁴⁰ Er gehe davon aus, dass das Angebotsblatt bereits vorausgefüllt gewesen sei und er dieses unterzeichnet habe, ohne näher zu kontrollieren.⁴¹ Bei den Zahlen auf dem Angebotsblatt handle es sich wohl um diejenigen, die [Person A] für die [A] gerechnet habe.⁴² Die Schlusszusammenstellung im Leistungsverzeichnis sei noch leer gewesen. Eventuell sei der Rabatt von [0–10] % bereits eingetragen gewesen und er habe diesen so übernommen.⁴³ Er habe die Stückliste kontrolliert und die Schlusszusammenstellung im Leistungsverzeichnis ausgefüllt.⁴⁴ Nicht einheitlich beantwortete [Person B] die Frage, ob er preisliche Änderungen in der Stückliste, die ihm als Excel-Datei von [Person A] übermittelt worden war, vorgenommen habe. Während er mehrmals aus sagte, den Rabatt festgelegt und den Preis in der Stückliste angepasst zu haben,⁴⁵ konnte er an anderer Stelle nicht ausschliessen, die von [Person A] vorbereitete Offerte eins zu eins übernommen zu haben.⁴⁶

²⁸ Act. I.1.1–4; Act. II.1, Zeile 205; Act. II.2, Zeile 137.

²⁹ Act. I.1.13.

³⁰ Bundesgesetz vom 21.6.2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1).

³¹ Act. I.1.5, Act. I.1.10.

³² Act. I.1.2; Act. I.1.3.

³³ Act. I.1.11, S. 3.

³⁴ Act. I.1.11, S. 26 f., 29.

³⁵ Act. I.1.8, S. 2.

³⁶ Act. II.1, Zeilen 58 ff., 223; Act. II.2, Zeilen 60 ff., 99, 203 ff.

³⁷ Act. II.1, Zeilen 113 f., 193 f.; Act. II.2, Zeilen 70 ff.

³⁸ Act. II.1, Zeile 247, siehe auch Act. I.23.

³⁹ Act. II.1, Zeilen 211 ff., 216, 255 f., 259 ff.

⁴⁰ Act. II.1, Zeilen 260, 263, 277, 303 f., 307 f.

⁴¹ Act. II.1, Zeilen 342 ff., 348 f., 353, 370 f., 376.

⁴² Act. II.1, Zeilen 374 f., 379 f.

⁴³ Act. II.1, Zeilen 366 f.

⁴⁴ Act. II.1, Zeilen 375 f.

⁴⁵ Act. II.1, Zeilen 224 f., 263, 283, 286, 351, 449.

⁴⁶ Act. II.1, Zeilen 303 f., 362, 375, 490 f.

35. Anlässlich seiner Einvernahme gab [Person A] zu Protokoll, dass ihm die Offertanfrage an die [B] per E-Mail weitergeleitet worden sei und er daraufhin [Person B] telefonisch kontaktiert und ihm mitgeteilt habe, dass die [A] ebenfalls eingeladen worden sei und dass er ein Angebot abgeben werde.⁴⁷ Weiter führte [Person A] aus, dass er die Offerte der [B] vorbereitet und an [Person B] weitergegeben habe. Es bleibe ihm ein Rätsel, weshalb die [A] und die [B] bei diesem Auftrag den gleichen Preis offeriert hätten. Es müsse eine Verwechslung passiert sein.⁴⁸ Er vermute, dass er das Angebotsblatt in der Offerte der [B] für die Offerte der [A] ausgefüllt und fälschlicherweise an [Person B] geschickt habe. Er gehe davon aus, dass er die Angaben der [A] im Angebotsblatt der [B] hätte löschen sollen, dies aber aus Versehen nicht gemacht habe. [Person B] habe das Angebotsblatt wahrscheinlich nicht genau angeschaut, unterschrieben und eingereicht.⁴⁹ Die Schlusszusammenstellung im Leistungsverzeichnis habe er leer gelassen, da [Person B] jeweils den Rabatt auf die gesamte Offerte festlege.⁵⁰ Aus den Aussagen von [Person A] geht zudem hervor, dass er die Stückliste komplett, d.h. inklusive Preispositionen, ausgefüllt hat.⁵¹ Angesprochen auf den Umstand, dass die Preise pro Stück in der Stückliste der [B] bei allen Positionen höher als bei der [A] sind, meinte [Person A], dass dies nicht zum Nachteil der [B] geschehen sei und er ja auch ein gewisses Risiko trage, wenn die [A] den Auftrag erhalte.⁵² Damit gab er zu, dass die Stückliste der [A] bewusst günstiger ausgefallen ist als diejenige, die er für die [B] vorbereitet hatte.⁵³

36. Gestützt auf die Aussagen von [Person B] und [Person A] und die dem Sekretariat vorliegenden Offerten der [A] und der [B] ist vom folgenden Sachverhalt auszugehen: [Person B] leitete die Offertanfrage an die [B] zur Ausarbeitung an [Person A] weiter. Ob [Person A] daraufhin [Person B] kontaktiert und ihm mitgeteilt hat, dass die [A] ebenfalls eine Offerte einreichen werde, kann vorliegend offenbleiben. Demgegenüber steht fest und ist unbestritten, dass [Person A] beide Offerten vorbereitet beziehungsweise erstellt hat. Dabei unterlief ihm bei der Ausarbeitung der Offerte der [B] ein Versehen. Das Angebotsblatt in der Offerte der [B] enthält die Zahlen, die [Person A] für das Angebot der [A] berechnet hat. [Person B] bemerkte diesen Fehler bei der Kontrolle der Offerte nicht und unterschrieb das Angebotsblatt. Weiter ist davon auszugehen, dass [Person A] die Stückliste für die Offerte der [B] ausgefüllt und die Preispositionen bewusst höher angesetzt hat als für die Offerte der [A]. Schliesslich kontrollierte [Person B] die von [Person A] vorbereitete Offerte der [B], füllte die Schlusszusammenstellung im Leistungsverzeichnis aus und reichte die Offerte bei der [Beschaffungsstelle] ein. Die Stückliste liess er unverändert. Da sich die [B] die Handlungen von [Person A] anrechnen lassen muss, liegt mit Blick auf die Koordination der Offerten für das Projekt [...] ein Konsens zwischen der [A] und der [B] vor.

37. [Person B] und [Person A] beteuerten anlässlich ihrer Einvernahmen, dass das Projekt [...] das einzige gewesen sei, bei dem beide Unternehmen eine Offerte eingereicht hätten⁵⁴ und dass eine gleichzeitige Offerteingabe der [A] und der [B] bei derselben Ausschreibung in Zukunft nicht mehr vorkommen werde.⁵⁵ Wenn

beide Unternehmen für eine Offerte angefragt würden, werde entweder [A] oder [B] offerieren. Die Entscheidung darüber liege bei [Person A].⁵⁶ Dem Sekretariat liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die [A] und die [B] in weiteren Fällen beide eine Offerte für dasselbe Projekt eingereicht haben.

C Rechtliche Würdigung

C.1 Verfahrensrechtlicher Rahmen

38. Gemäss Art. 27 KG eröffnet das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Eine Vorabklärung ist eine Vorstufe zu einer Untersuchung. Sie dient der Abklärung, ob solche Anhaltspunkte bestehen. Anhand des Ergebnisses der Vorabklärung entscheidet sich der weitere Verlauf, wobei drei Konstellationen möglich sind:

- Liegen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, stellt das Sekretariat die Vorabklärung ohne Folgen ein. Die Wettbewerbskommission ist nicht an diesen Entscheid gebunden.
- Lässt sich eine Wettbewerbsbeschränkung in Zukunft verhindern, indem die Unternehmen ihr Verhalten anpassen, kann das Sekretariat die hierfür erforderlichen Massnahmen im Schlussbericht festhalten. Das Sekretariat kann diesfalls die Vorabklärung mit der Anregung dieser Massnahmen abschliessen. Dieses Vorgehen kommt primär bei Verhaltensweisen in Betracht, die vom Kartellgesetz nicht mit einer Busse sanktioniert werden.
- Liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor und fällt die Anregung von Massnahmen ausser Betracht, wird in der Regel eine Untersuchung eröffnet.⁵⁷

C.2 Geltungsbereich

39. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im

⁴⁷ Act. II.2, Zeilen 150, 152 ff., 170 ff., 174 ff., 183 f.

⁴⁸ Act. II.2, Zeilen 76 ff.

⁴⁹ Act. II.2, Zeilen 261 f., 265 f., 268, 282 f.

⁵⁰ Act. II.2, Zeilen 207, 222 f., 307.

⁵¹ Act. II.2, Zeilen 204, 222 ff., 309, 355 ff.

⁵² Act. II.2, Zeilen 316 f., 319 ff., 338 f.

⁵³ Act. II.2, Zeile 338.

⁵⁴ Act. II.1, Zeilen 138, 143.

⁵⁵ Act. II.1, Zeilen 143 f., 404 f., 422 f.; Act. II.2, Zeilen 367 ff.

⁵⁶ Act. II.2, Zeilen 367 ff.

⁵⁷ Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 17.5.2022 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend [Brandschutzsystem]-Elemente wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG, Rz 25 (noch nicht publiziert).

Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die [A] und die [B] sind trotz der Doppelrolle von [Person A] fähig, ihr Marktverhalten autonom zu bestimmen. Damit sind sie als wirtschaftlich unabhängige Unternehmen zu qualifizieren, die den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllen. Das Kartellgesetz ist somit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

40. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob die beiden Unternehmen möglicherweise unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben, wird nachfolgend beurteilt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verweisen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

41. Die vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen fallen in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Damit ist der Geltungsbereich des Kartellgesetzes eröffnet.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

42. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

43. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

C.4 Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden

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

45. Nachfolgend ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden bestehen. Dabei wird zwischen der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen und dem Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...] unterschieden.

C.4.1 Zusammenarbeit zwischen der [A] und der [B]

C.4.1.1 Wettbewerbsabrede

46. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Vorausgesetzt ist erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbe-

schränkung.⁵⁸ Diese Kriterien sind nachfolgend im Einzelnen zu beurteilen.

C.4.1.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

47. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR⁵⁹). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR).

48. Gemäss dem festgestellten Sachverhalt sind sich die [A] und die [B] einig, dass [Person A] eine Doppelrolle ausübt, die dadurch gekennzeichnet ist, dass er einerseits als Geschäftsführer der [A] für das Offertwesen der [A] zuständig ist und andererseits auf Mandatsbasis das Offertwesen der [B] für Projekte in der Schweiz übernimmt (siehe oben Rz 24). Damit liegt ein tatsächlicher Konsens über die Art und Weise der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen vor, weshalb das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt ist.

C.4.1.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

49. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vereinfacht ausgedrückt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede eine Differenz bzw. ein «Minus» gibt. Wie der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG verdeutlicht, muss die Wettbewerbsbeschränkung alternativ «bezweckt» oder «bewirkt» sein. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht der Abredeteiligen ist nicht notwendig. Fehlt ein Bezwecken, so kann ein Verhalten trotzdem eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Anwendung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter führt. Dies ist dann der Fall, wenn der Wettbewerb künstlich verändert worden ist, d.h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie würde.⁶⁰

⁵⁸ BGE 147 II 72 E. 3.2.

⁵⁹ Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (OR, SR 220).

⁶⁰ BGE 147 II 72 E. 3.5 f.

50. Die Wahrnehmung eines Doppelmandats bei im Wettbewerb stehenden Unternehmen birgt Risiken für eine Wettbewerbsbeschränkung.⁶¹ Ob tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen.

51. Die Zusammenarbeit zwischen der [A] und der [B] bzw. die Doppelrolle von [Person A] bezüglich der Kalkulation und Projektleitung hat zur Folge, dass es zu einer Koordination der Offerten kommt, wenn die [A] und die [B] für das gleiche Projekt angefragt oder eingeladen werden. Allein aufgrund dessen steht allerdings noch nicht fest, dass diese Zusammenarbeit den wirksamen Wettbewerb beschränkt und folglich eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Um zu eruieren, ob die Wahrnehmung der Doppelrolle den wirksamen Wettbewerb beeinträchtigt, ist die Wettbewerbssituation mit Doppelrolle mit derjenigen ohne Doppelrolle zu vergleichen. Der wirksame Wettbewerb wird durch die Doppelrolle nicht beschränkt, wenn zwischen der Wettbewerbssituation mit Doppelrolle und derjenigen ohne Doppelrolle kein «Minus» besteht. Wie es sich damit verhält, hängt massgeblich davon ab, ob die Wahrnehmung der Doppelrolle die Anzahl der Angebote in einer Ausschreibung beeinflusst, in der beide Unternehmen angefragt oder eingeladen werden. Die relevante Frage lautet also, ob die [A] und die [B] ohne die Doppelrolle von [Person A] in der Lage wären, bei [Elektroproduktprojekten] zwei unabhängige Angebote einzureichen. Um dies beurteilen zu können, ist zwischen Mischprojekten (Kombination von IP[A] und IP[B] [Elektroprodukten]) und Projekten mit IP[B] oder IP[A] [Elektroprodukten] zu unterscheiden.

IP[A] [Elektroprodukte]

52. Wie bereits ausgeführt, unterscheiden sich die Geschäftstätigkeiten der [A] und der [B]: Während die [B] als Herstellerin von [Elektroprodukten] mit Schutzart IP[B] auftritt, ist die [A] als Vertreiberin von [Elektroprodukten] mit Schutzart IP[A] tätig. Die [B] bietet nur dann IP[A] [Elektroprodukte] an, wenn die [A] bei Grossprojekten mit hohem Auftragsvolumen die geforderten Bankgarantien nicht erbringen kann und deshalb gar nicht in der Lage ist, alleine zu offerieren.

53. Daraus folgt, dass die [B] im Markt für IP[A] [Elektroprodukte] in der Schweiz grundsätzlich gar nicht tätig ist. Anfragen werden entweder abgesagt oder an die [A] weitergeleitet. Darüber hinaus hegt die [B] auch keine Absichten, IP[A] [Elektroprodukte] in der Schweiz oder in Europa zu produzieren.⁶² Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Doppelrolle von [Person A] die Anzahl der Angebote bei Ausschreibungen für IP[A] [Elektroprodukte] nicht verringert. Wenn dank der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen bei Grossprojekten ein Angebot eingereicht wird, das die [A] alleine gar nicht ausführen könnte, liegt im Vergleich zur Situation ohne Zusammenarbeit kein «Minus», sondern vielmehr ein «Plus» vor. Der Wettbewerb wird folglich auch in diesen Konstellationen nicht beschränkt.

IP[B] [Elektroprodukte]

54. Mit Blick auf IP[B] [Elektroprodukte] ist vorauszuschicken, dass zwischen der [A] und der [B] eine gegen-

seitige Abhängigkeit besteht. Die [B] ist für den Vertrieb der IP[B] [Elektroprodukte] insofern von der [A] bzw. von [Person A] abhängig, als sie in der Schweiz keine eigenen Projektleiter und Projektleiterinnen angestellt hat. [Person B] erklärte im Rahmen des Treffens mit dem Sekretariat vom 9. Mai 2022, dass es ein grosses Problem darstellen würde, wenn [Person A] die Projektleitung für die [B] nicht mehr übernehmen würde. Im Gegensatz zu anderen Ländern beschränkt sich ein Auftrag in der Schweiz nicht darauf, eine von der Bauherrschaft vordefinierte Anzahl an [Elektroprodukten] zu liefern. Es braucht vielmehr eine Projektleitungsstelle, welche die Projekte ausmisst, berechnet und abwickelt. Bei Projekten in der Schweiz übernimmt [Person A] diese Leistung für die [B].⁶³ Demgegenüber ist die [A], sofern sie ausnahmsweise IP[B] [Elektroprodukte] vertreibt, darauf angewiesen, diese von der [B] beziehen zu können. Die [A] hat derzeit keine anderen Bezugsmöglichkeiten für IP[B] [Elektroprodukte] und erachtet den Aufbau einer (weiteren) Bezugsquelle auch nicht als realistisch. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die [A] nur deshalb IP[B] [Elektroprodukte] von der [B] beziehen kann, weil [Person A] die Doppelrolle ausübt und auf Mandatsbasis für die [B] tätig ist.⁶⁴ Die beschriebene Interdependenz hat nach Ansicht der Verfahrensbeteiligten zur Folge, dass es weder für die [A] noch für die [B] eine Rolle spielt, ob ein Auftrag vom einen oder anderen Unternehmen ausgeführt wird,⁶⁵ auch wenn aus privatrechtlichen Gründen (z.B. Haftungsrisiken) durchaus von Belang ist, welches Unternehmen einen Vertrag mit einer Beschaffungsstelle eingeht. In beiden Fällen wird die [A] bzw. [Person A] für seine Projektleitungstätigkeiten entschädigt und die [B] kann die in [...] produzierten IP[B] [Elektroprodukte] verkaufen. Demnach ergänzen sich die [A] bzw. [Person A] und die [B] gegenseitig, weshalb sich die Zusammenarbeit für beide Verfahrensbeteiligten als vorteilhaft erweist.

55. Ein Vergleich zwischen der Wettbewerbssituation mit Doppelrolle und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Doppelrolle ergibt, dass in beiden Situationen höchstens ein Angebot möglich ist. Während es für die [B] ohne die Mandatstätigkeit von [Person A] allenfalls möglich ist, die Projektleitungsstelle anderweitig zu besetzen, hätte die [A] mangels anderer Bezugsquellen aktuell gar keine Möglichkeit, ein Angebot für ein Projekt mit IP[B] [Elektroprodukten] abzugeben. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Doppelrolle die Anzahl der Angebote nicht reduziert. Da die Anzahl der Angebote mit und ohne Doppelrolle unverändert ist, liegt – jedenfalls derzeit – keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

⁶¹ Vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6.12.2021 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Belagswerke Bern wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG und missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG, Rz 518 ff., 747 ff. (noch nicht publiziert). Im betreffenden Verfahren war unter anderem eine Vereinbarung zwischen konkurrierenden Unternehmen zu beurteilen, sich gegenseitig ein Mandat im Verwaltungsrat einzuräumen (Kreuzmandat).

⁶² Act. III.1, Frage 22.

⁶³ Act. III.1, Frage 23.

⁶⁴ Act. II.2, Zeile 88.

⁶⁵ Act. II.1, Zeilen 317 ff., 399 ff.; Act. II.2, Zeilen 66 ff., 139 f., 157 ff.

56. Es besteht die Möglichkeit, dass die [A] unabhängig von der [B] in den Markt für IP[B] [Elektroprodukte] eintritt. Das Sekretariat hat im Rahmen der Vorabklärung die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem solchen Markteintritt kommt, nicht vertieft abgeklärt. Immerhin steht fest, dass die [A] derzeit aus nachvollziehbaren Gründen (siehe oben Rz 20) keine konkreten Absichten in dieser Hinsicht hat. Für die Zukunft ist zu berücksichtigen, dass sich die Marktsituation ändern und ein Markteintritt der [A] in den Markt für IP[B] [Elektroprodukte] wahrscheinlicher werden kann. Die vorliegende Beurteilung, wonach die Doppelrolle von [Person A] bei IP[B] [Elektroprodukten] keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt, beschränkt sich deshalb auf eine Momentaufnahme. Die Zusammenarbeit zwischen den beiden Verfahrensbeteiligten, die durch die Doppelrolle von [Person A] bedingt ist, liegt in der beruflichen Entwicklung von [Person A] begründet. Sie hat sich daraus ergeben, dass [Person A] die Möglichkeit ergriffen hat, sich selbständig zu machen. Dagegen ist nichts einzuwenden. Die Einladung der [Beschaffungsstelle] deutet indes darauf hin, dass sich die [A] im Markt für IP[B] [Elektroprodukte] zu etablieren beginnt. Je weiter die Etablierung der [A] im Markt für IP[B] [Elektroprodukte] fortschreitet, desto grösser wird das Risiko, dass die Doppelrolle eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Die Verfahrensbeteiligten sind deshalb gehalten, ihre Zusammenarbeit fortlaufend auf ihre Kartellrechtskonformität zu überprüfen und bei veränderten (Markt-)Umständen gegebenenfalls die notwendigen Konsequenzen zu ergreifen.

Mischprojekte (Kombination von IP[A] und IP[B] [Elektroprodukten])

57. Es gibt Projekte, bei denen [Elektroprodukte] mit Schutzart IP[A] und IP[B] kombiniert werden. [Person B] und [Person A] führten anlässlich der Einvernahmen übereinstimmend aus, dass bei gemischten Ausschreibungen entweder die [A] oder die [B] eine Offerte einreiche, abhängig davon, ob der Anteil an IP[A] oder IP[B] [Elektroprodukten] grösser oder kleiner sei.⁶⁶ Bei Mischprojekten können die [A] und die [B] nur offerieren, wenn sie ihre [Elektroprodukte] kombinieren. Dank der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen kann überhaupt erst ein Angebot unterbreitet werden. Keines der beteiligten Unternehmen könnte ein Mischprojekt alleine ausführen. Die Zusammenarbeit erweist sich folglich als wettbewerbsfördernd, weshalb das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt ist.

Zwischenfazit

58. Bei sämtlichen Konstellationen gibt es auch ohne die Doppelrolle von [Person A] nur einen Anbieter. Im Vergleich zur Wettbewerbssituation mit Doppelrolle würde sich die Anzahl der Angebote ohne die Doppelrolle weder bei Mischprojekten noch bei reinen IP[A] und IP[B] Projekten erhöhen. Aufgrund der komplementären Geschäftstätigkeiten und der gegenseitigen Abhängigkeiten erweist sich die Zusammenarbeit zwischen der [A] und der [B] bzw. die Doppelrolle von [Person A] derzeit als wettbewerbsfördernd. Die Grenze der Zusammenarbeit liegt dort, wo der Beschaffungsstelle ein falsches Bild

über die Wettbewerbsverhältnisse vermittelt wird (siehe dazu unten Rz 62).

C.4.1.2 Ergebnis

59. Das Sekretariat kommt zum Schluss, dass derzeit keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Doppelrolle von [Person A] die Anzahl der Angebote generell reduziert. Die Abrede über die Doppelrolle erfüllt deshalb das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung von Art. 4 Abs. 1 KG nicht. Im Ergebnis bestehen betreffend Zusammenarbeit der [A] und der [B] keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

C.4.2 Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...]

C.4.2.1 Wettbewerbsabrede

60. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Vorausgesetzt ist zum einen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (siehe oben Rz 47), zum anderen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben Rz 49).

61. Gemäss dem festgestellten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass zwischen der [A] und der [B] ein natürlicher Konsens über die Koordination der Offerten für das Projekt [...] vorgelegen hat. [Person A], dessen Handlungen sowohl der [A] als auch der [B] zuzurechnen sind, erstellte aufgrund seiner Doppelrolle beide Offerten und wollte die Angebote dahingehend koordinieren, dass die Offerte der [B] höher als diejenige der [A] ist (siehe oben Rz 36). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

62. Die Abrede zwischen der [A] und der [B] beinhaltete, ihre Angebote in Bezug auf das Projekt [...] zu koordinieren. Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die [A] IP[B] [Elektroprodukte] gar nicht unabhängig von der [B] anbieten kann. Nimmt ein Unternehmen an einer Submission teil und reicht eine Offerte ein, geht die Beschaffungsstelle davon aus, dass dieses Unternehmen in der Lage ist, das Projekt auszuführen, und sie berücksichtigt eine Offerte entsprechend als Konkurrenzprodukt zu anderen Offerten.⁶⁷ Mit der Einreichung von zwei Offerten wurde der [Beschaffungsstelle] vorgespiegelt, dass es sich bei der [A] und der [B] um zwei unabhängige Anbieterinnen von [Elektroprodukten] mit Schutzart IP[B] handelt. Es ist davon auszugehen bzw. kann zumindest

⁶⁶ Act. II.1, Zeilen 189 f., Act. II.2, Zeilen 61 f.

⁶⁷ RPW 2018/4, 765 Rz 98, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*.

nicht ausgeschlossen werden, dass die [Beschaffungsstelle] ein weiteres Unternehmen für eine Offerte angefragt hätte, wenn sie darüber informiert worden wäre, dass die [A] und die [B] aufgrund der Doppelrolle von [Person A] und der gegenseitigen Abhängigkeiten nicht in der Lage sind, zwei unabhängige Offerten einzureichen. Durch die Einreichung von zwei Offerten wurde das Risiko minimiert, dass die [Beschaffungsstelle] eine weitere Anbieterin zum Verfahren einlädt, die den Konkurrenzdruck erhöhen würde. Damit liegen Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.4.2.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

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

C.4.2.2.1. Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

Horizontale Abrede

64. Der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG verlangt, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Eine Abrede zwischen aktuellen oder potenziellen Konkurrenten auf dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt ist horizontaler Natur.

65. Das vorliegend zu beurteilende Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...] bildet praxisgemäss einen eigenen sachlichen Markt (siehe unten Rz 68). Die [A] und die [B] reichten bei dieser Ausschreibung beide eine Offerte ein und gaben damit gegenüber der [Beschaffungsstelle] zu erkennen, dass beide Unternehmen gewillt sind, den Auftrag zu erhalten und das Projekt auszuführen. Aufgrund der Zusammenarbeit zwischen der [A] und der [B] waren auch beide Unternehmen in der Lage, den Auftrag auszuführen. Wenn beide Unternehmen an der Submission teilnehmen und eine Offerte einreichen, werden sie aktuelle Konkurrentinnen. Wird das besondere Verhältnis zwischen der [A] und der [B] gegenüber der Beschaffungsstelle nicht offengelegt, nimmt diese die beiden Unternehmen als (aktuelle) Konkurrentinnen im betreffenden Submissionsverfahren wahr. Nicht massgebend ist, ob ein Unternehmen, das an einer Submission teilnimmt, das nachgefragte Produkt normalerweise im Sortiment führt oder nicht. Gegenüber der [Beschaffungsstelle] traten die [A] und die [B] beide als Anbieterinnen der nachgefragten IP[B] [Elektroprodukte] auf. Zusammenfassend ergibt sich, dass die [A] und die [B] in Bezug auf das Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] auf derselben Marktstufe tätig und als solche (aktuelle) Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des Projekts [...] waren.

Preis- und Geschäftspartnerabrede

66. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen der [A] und der [B] bildete die Preisfestsetzung der Angebote und die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit des Geschäftspartners unter den Abredeteilnehmenden erfolgen sollte. Bei diesen beiden Abredegegenständen handelt es sich um Submissionsabreden, die gemäss Praxis, Lehre und Rechtsprechung sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren sind.⁶⁸ Dementsprechend greift vorliegend die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

C.4.2.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Um den Restwettbewerb beurteilen zu können, sind nachfolgend zunächst die sachlich und räumlich relevanten Märkte abzugrenzen, auf die sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt.

Relevanter Markt

67. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁶⁹ Die Marktgegenseite sind die Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Güter oder Dienstleistungen, auf die sich die (mögliche) Wettbewerbsabrede bezieht.⁷⁰ Bei einer Einzelsubmissionsabrede besteht die Marktgegenseite aus der Beschaffungsstelle, die das Projekt ausschreibt. Anders als eine Konsumentin bewegt sich die Beschaffungsstelle nicht auf einem bereits existierenden Markt, sondern definiert in der Ausschreibung die für sie substituierbaren Produkte.⁷¹ Gemäss der Praxis der WEKO stellt die betroffene Ausschreibung bei Einzelsubmissionsabreden deshalb einen eigenen sachlich relevanten Markt dar.⁷²

⁶⁸ RPW 2021/1, 218 Rz 58, *Optische Netzwerke*; RPW 2018/4, 766 Rz 104, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/4, 810 Rz 90, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*; RPW 2013/4, 591, Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, m.w.H.; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 8.2.2.

⁶⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4), der hier analog anzuwenden ist.

⁷⁰ RPW 2018/4, 746 Rz 113, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U*; RPW 2018/4, 766 Rz 111, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/4, 810 Rz 97, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*.

⁷¹ RPW 2021/1, 219 Rz 63, *Optische Netzwerke*.

⁷² RPW 2021/1, 219 Rz 63, *Optische Netzwerke*; RPW 2019/2, 456 Rz 677, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; RPW 2018/4, 810 Rz 100, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*; RPW 2013/4, 593, Rz 831, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2012/2, 391 Rz 982 ff, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

.68. Beim vorliegend zu beurteilenden Fall war die [Beschaffungsstelle] die Marktgegenseite der an der Vorabklärung beteiligten Unternehmen. Die mutmassliche Wettbewerbsabrede bezog sich auf das von ihr ausgeschriebene Projekt [...]. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die nachgefragten IP[B] [Elektroprodukte] für das genannte Projekt. Die [Beschaffungsstelle] fragte Unternehmen an, die in der Deutschschweiz ansässig sind und ihre Leistungen in diesem Gebiet anbieten. Der räumliche Markt umfasst daher die Deutschschweiz.

Innenwettbewerb

69. [Person A], dessen Handlungen sowohl der [A] als auch der [B] zuzurechnen sind, wollte die Angebote dahingehend koordinieren, dass die Offerte der [B] höher als diejenige der [A] ist. Aufgrund seines Versehens bei der Ausarbeitung der Offerten erschienen die Angebotsblätter in den beiden Offerten letztendlich auf den Franken- und Rappenbetrag identisch. [Person B], der die von [Person A] vorbereitete Offerte der [B] einer Kontrolle unterzog, reichte diese unverändert bei der [Beschaffungsstelle] ein (siehe oben Rz 36). Es ist somit kein Innenwettbewerb zwischen der [A] und der [B] ersichtlich.

Aussenwettbewerb

70. Mit Blick auf den Aussenwettbewerb ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

71. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt führte die [Beschaffungsstelle] ein Einladungsverfahren durch. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch eingeladene [Elektroprodukteunternehmen] entstehen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten. Das einzige Unternehmen, von dem überhaupt wirksamer Wettbewerb ausgehen konnte, war somit die ebenfalls offerierende [...]. Damit steht fest, dass zwei von drei Unternehmen in die Abrede involviert waren.

72. Es ist fraglich, inwieweit von dem an der Abrede nicht beteiligten Unternehmen, dessen Angebot rund [...] teurer war, eine disziplinierende Wirkung ausging. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung kann indes offengelassen werden, ob bezüglich des zu beurteilenden Einladungsverfahrens der [Beschaffungsstelle] ausreichender Aussenwettbewerb vorhanden war, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt. Wie nachfolgend zu zeigen ist, liegen so oder anders Anhaltspunkte dafür vor, dass der Wettbewerb in Bezug auf das Projekt [...] durch die Wettbewerbsabrede zwischen der [A] und der [B] zumindest erheblich beeinträchtigt wurde.

C.4.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

73. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5

Abs. 1 KG als Bagatelklausel zu verstehen. Bereits ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.⁷³ Das Bundesgericht stellte sodann klar, dass Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes und damit aus qualitativen Gründen erheblich sind. Quantitative Aspekte sind in der Regel nicht zu prüfen.⁷⁴ Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁷⁵

74. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde die Abrede in die Tat umgesetzt und wirkte sich auf die betroffene Ausschreibung aus, auch wenn die [Beschaffungsstelle] die Abrede aufgrund der Auffälligkeiten in den Offerten (identische Angebotsblätter) rechtzeitig erkannt und die beiden Unternehmen vom Verfahren ausgeschlossen hat. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit zu bejahen.

C.4.2.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

75. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Bst. a); und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b).

76. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der Wettbewerbsabrede zwischen der [A] und der [B] im Rahmen der vorläufigen Prüfung (Vorabklärung) nicht ersichtlich und wurden von den Verfahrensbeteiligten auch nicht vorgebracht.

C.4.2.5 Ergebnis

77. Im Ergebnis liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Wettbewerbsabrede zwischen der [A] und der [B] den Wettbewerb in Bezug auf das Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...] zumindest erheblich beeinträchtigt hat. Die Abrede kann nicht durch Effizienzgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden und ist somit gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG unzulässig.

⁷³ BGE 143 II 297 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW.

⁷⁴ BGE 143 II 297 E. 5.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, BMW; Urteil des BGER 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BGER 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, Siegenia-Aubi AG/WEKO.

⁷⁵ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

D Anregung von Massnahmen

78. Das Sekretariat regt gemäss Art. 26 Abs. 2 KG die nachfolgenden Massnahmen an:

79. Bei Ausschreibungen, in denen sowohl die [A] als auch die [B] zur Abgabe eines Angebots angefragt oder eingeladen werden, achten die beiden Unternehmen darauf, dass die private oder öffentliche Beschaffungsstelle nicht irregeführt wird. Sie verzichten darauf, bei Ausschreibungen zwei Offerten einzureichen und damit den Anschein zu erwecken, dass es sich um zwei unabhängige Angebote handelt. Wird im Namen des einen oder anderen Unternehmens auf die Abgabe eines Angebots verzichtet, darf die Begründung der Absage der Beschaffungsstelle kein falsches Bild über die Beschaffungssituation vermitteln. Bei Mischprojekten steht es den beiden Unternehmen frei, gemeinsam als Arbeitsgemeinschaft oder in einem Subunternehmerverhältnis zu offerieren.

80. Da die beiden Verfahrensbeteiligten keine Einwände gegen die Anregung angebracht haben⁷⁶ und [Person B] und [Person A] im Übrigen bereits anlässlich ihrer Einnahmen beteuert haben, dass eine gleichzeitige Offerteingabe der [A] und der [B] bei derselben Ausschreibung in Zukunft nicht mehr vorkommen werde (siehe oben Rz 37), besteht aus Sicht des Sekretariats kein Anlass, eine Untersuchung gegenüber der [A] und der [B] zu eröffnen. Die Abrede hat nicht zu den typischen negativen Folgen einer Submissionsabrede geführt und die Verfahrensbeteiligten haben durch die Abrede keinen Gewinn erzielt, sondern sind von der Ausschreibung ausgeschlossen worden. Zukünftig ist allerdings zu beachten, dass die Anregung von den zahlreichen Besonderheiten des Sachverhalts getragen wird. Sollten sich wesentliche Punkte ändern, beispielsweise dass die [A] eine eigene Bezugsmöglichkeit für IP[B] [Elektroprodukte] hat, kann dies auch Einfluss auf die Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen bzw. die Doppelrolle von [Person A] haben. Die [A] und die [B] sind deshalb gehalten, regelmässig zu prüfen, ob wesentliche Veränderungen eingetreten sind und ob und inwiefern die Doppelrolle von [Person A] zu überdenken ist.

E Kosten

81. Vorabklärungen nach Art. 26 KG sind gebührenpflichtig (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁷⁷ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Dieses Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip ergänzt und durchbrochen. Das kommt in Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG zum Ausdruck. Nach dieser Bestimmung haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

82. Bezüglich des Einladungsverfahrens der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...] liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor. Das Sekretariat verzichtet trotz dieser Anhaltspunkte darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums um das Einverständnis zur Eröffnung einer Untersuchung zu ersuchen, was auf die angeregten Massnahmen und deren Umsetzung zurückzuführen ist. Dass die Vorabklärung eingestellt

wird, ändert deshalb nichts daran, dass die [A] und die [B] gebührenpflichtig sind.

83. Die Höhe der Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis CHF 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

84. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 135 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitenden nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 8 Stunden à Fr. 130.00, ausmachend Fr. 1'040.00
- 120 Stunden à Fr. 200.00, ausmachend Fr. 24'000.00
- 7 Stunden à Fr. 290.00, ausmachend Fr. 2'030.00.

Die Verfahrenskosten von (abgerundet) Fr. 27'000.00 sind auf die beiden zu beurteilenden Sachverhaltsteile aufzuteilen. Die Behandlung der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen (Doppelrolle von [Person A]) erforderte einen bedeutend grösseren Zeitaufwand als das Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...], weshalb es angemessen ist, die Kosten im Verhältnis zwei zu eins aufzuteilen. Die auf die Zusammenarbeit entfallenden Verfahrenskosten von zwei Dritteln, ausmachend Fr. 18'000.00, sind vom Staat zu tragen. Der andere Drittel der Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 9'000.00 ist den beiden Beteiligten je zur Hälfte aufzuerlegen, ausmachend je Fr. 4'500.00.

F Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass in Bezug auf die Zusammenarbeit im Einladungsverfahren der [Beschaffungsstelle] beim Projekt [...] Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG vorliegt.
2. regt bezüglich der Zusammenarbeit zwischen der [A] und der [B] folgende Massnahmen an:

Bei Ausschreibungen, in denen sowohl die [A] als auch die [B] zur Abgabe eines Angebots angefragt oder eingeladen werden, achten die beiden Unternehmen darauf, dass die private oder öffentliche Beschaffungsstelle nicht irregeführt wird. Sie verzichten darauf, bei Ausschreibungen zwei Offerten einzureichen und damit den Anschein zu erwecken, dass es sich um zwei unabhängige Angebote handelt. Wird im Namen des einen oder anderen Unternehmens auf die Abgabe eines Angebots verzichtet, darf die Begründung der Absage der Beschaffungsstelle

⁷⁶ Act. 1.30–31.

⁷⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

-
- kein falsches Bild über die Beschaffungssituation vermitteln. Bei Mischprojekten steht es den beiden Unternehmen frei, gemeinsam als Arbeitsgemeinschaft oder in einem Subunternehmerverhältnis zu offerieren.
3. verzichtet vorläufig darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums um das Einverständnis zur Eröffnung einer Untersuchung gegen die [A] und die [B] zu ersuchen, sofern die beiden Unternehmen die angeregten Massnahmen gemäss Ziffer 2 umsetzen.
 4. stellt fest, dass die Verfahrenskosten Fr. 27'000.00 betragen. Davon sind Fr. 18'000.00 zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von Fr. 9'000.00 werden der [A] und der [B] je hälftig mit Fr. 4'500.00 auferlegt.
 5. teilt diesen Schlussbericht der [A] und der [B] mit.
 6. publiziert diesen Schlussbericht nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse.
-

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Zusammenarbeit im TV-Bereich

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

A Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage wurde die [A] von der [B] für eine Zusammenarbeit im TV-Bereich angefragt.

2. [B] sei eine Anbieterin von Internet-, Cloud- und Datacenter-Lösungen für Privat- und Geschäftskunden. [B] stehe somit in verschiedenen Bereichen im Wettbewerb mit [A]. [B] verfüge insbesondere über ein eigenes TV-Angebot, welches auf einer technischen Lösung von [A] basiere. Dabei handle es sich um zwei Pakete von ca. 120 (TV M) bzw. 220 (TV L) linearen Free TV-Kanälen.

3. [...] [B] möchte ihren Kunden das [A] OTT-Angebot [...] anbieten. [B] würde hierzu als Vermittlerin auftreten. Die Vertragsbeziehung bestünde zwischen den Endkunden und [A]. Die Preise und übrigen Konditionen würden von [A] bestimmt. Es sei davon auszugehen, dass [B] im Vertrieb des [A] TV-Angebots einen Mehrwert für ihre Kunden und damit als ein Element zur Kundenbindung in anderen Geschäftsbereichen sehe. [B] habe gegenüber [A] ihr Interesse bekundet, innerhalb von ca. 18 Monaten [...] [B] TV-Kunden auf das [A] OTT-Angebot zu migrieren.

4. Mit über [...] Kunden sei [A] TV [...] TV-Plattform in der Schweiz. Daneben bestünden aber zahlreiche andere TV-Plattformen, namentlich diejenigen der Kabelnetzbetreiber. [B] verfüge nach Einschätzung von [A] über [...] TV-Kunden und somit über [...] Marktanteile.

5. [B] möchte eine Kundenschutzvereinbarung abschliessen, um zu verhindern, dass [A] die übermittelten Kundendaten dazu nutze, Kunden in anderen Bereichen abzuwerben. Demnach soll [A] nicht aktiv an Kunden herantreten dürfen, für die [B] das [A] TV-Abonnement freischalte. Dieses Aktivverkaufsverbot soll auf Geschäftsbereiche von [A] beschränkt werden, die gleichzeitig auch von [B] bearbeitet werden. Das Aktivverkaufsverbot gelte voraussichtlich für zwei Jahre ab Übermittlung der Kundendaten. Passivverkäufe sollen uneingeschränkt möglich sein.

B Unterbreitete Fragen

6. Mit der Beratungsanfrage wurden dem Sekretariat folgende Fragen unterbreitet:

a. Handelt es sich bei der Vermittlung des [A] TV-Angebots durch [B] um eine unzulässige Abrede über

die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG?

b. Handelt es sich bei der Kundenschutzvereinbarung um eine unzulässige Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG?

C Beurteilung

7. Aufgrund des geschilderten Sachverhalts ergeben sich einerseits Fragestellungen wie von der Beratungsanfrage aufgeführt in Bezug auf etwaige unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG. Andererseits ergibt der geschilderte Sachverhalt auch Hinweise auf einen Zusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG. Es ist anhand der Angaben in der Beratungsanfrage nicht möglich, eine Aussage darüber zu machen, welcher dieser beiden Vorgänge vorliegt. Deshalb sind der Vollständigkeit halber beide Möglichkeiten dargestellt.

C.1 Unzulässige Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG

C.1.1 Vermittlung des [A] TV-Angebots

8. In der Beratungsanfrage wird geltend gemacht, es erscheine grundsätzlich unproblematisch, dass ein Unternehmen als Vermittler des [A]-TV-Angebots auftrete. In der vorliegenden Konstellation handle es sich mit [B] aber um eine aktuelle Wettbewerberin von [A]. Faktisch würden Kunden von [B] zu [A] transferiert. Klar sei auch, dass im vorliegenden Fall ein Informationsaustausch in Form der Übermittlung der Kundendaten zwingend notwendig sei. Die beiden Unternehmen bezweckten keine Beschränkung des Wettbewerbs. Vielmehr gehe es [B] darum, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. Dennoch stelle sich aufgrund der vorliegenden Konstellation die Frage nach einer allenfalls unzulässigen Kundenaufteilung. [A] gehe davon aus, dass keine unzulässige Kundenaufteilung vorläge.

9. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird nebst anderen bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinba-

rungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

10. Marktaufteilungsabreden haben zur Folge, dass die Nachfrager einer reduzierten Anzahl Anbieter, im Extremfall einem Monopol, gegenüberstehen.¹ Vorliegend stellt sich allerdings die Frage, ob tatsächlich von einer eigentlichen Aufteilung die Rede sein kann. Dazu ist zunächst der in der Beratungsanfrage dargestellte Sachverhalt zu analysieren.

11. Aufgrund der Sachverhaltsdarstellung ist davon auszugehen, dass sowohl [A] als auch [B] derzeit eine TV-Plattform anbieten. Bei der TV-Plattform von [B] dürfte es sich um eine leitungsgebundene Plattform handeln. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) hat in der Vergangenheit einen nationalen Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV abgegrenzt.² Es ist mithin davon auszugehen, dass [B] auf diesem Markt tätig ist.

12. Beim relevanten Angebot von [A] handelt es sich um ein sog. Over-the-top-Angebot (nachfolgend: OTT-Angebot). Ein OTT-Angebot bezeichnet als Überbegriff Internet-Dienstleistungen, die unabhängig vom Internet-Provider bezogen werden können. Charakteristisch für OTT TV ist, dass über das Internet auf TV-Inhalte zugegriffen werden kann, unabhängig von welchem Gerät aus der Internetzugang erfolgt.³ Ein OTT-Angebot erfolgt daher nicht leitungsgebunden. Dennoch stellt eine OTT-TV-Plattform aber möglicherweise ein Substitut zu leitungsgebundenen TV-Plattformen dar (allenfalls aber nicht umgekehrt). Für die Zwecke der vorliegenden Beratung ist jedenfalls davon auszugehen, dass sich [A] und [B] auf dem TV-Plattformmarkt als Wettbewerberinnen gegenüberstehen.

13. Durch das Vorhaben würde [B] gemäss Beratungsanfrage [...] Kunden auf die TV-Plattform von [A] migrieren. Mit anderen Worten würde [B] [...] eigene Plattform [...] anbieten [...]. Daran ändert nichts, dass gemäss Beratungsanfrage [B] inskünftig als Vermittlerin der TV-Plattform von [A] auftreten würde. Es ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass die Vermittlung der TV-Plattform von [A] durch [B] ein Substitut für eine eigene TV-Plattform von [B] wäre, zumal die Kundenbeziehung nach der Vermittlung direkt zwischen dem Endkunden und [A] bestehen würde. Anders wäre es allenfalls, wenn [B] die TV-Plattform von [A] als Vorleistung nachfragen würde.

14. In der Beratung *Neues Versicherungsmodell ALAG / VWFS* hatte das Sekretariat eine Änderung eines Versicherungsmodells zwischen AMAG und VWFS zu beurteilen. Das neue Versicherungsmodell sah in zweierlei Hinsicht eine Vereinfachung vor. Anders als vorher war unter anderem vorgesehen, dass nur noch VWFS eine Kooperation mit den Versicherern einging (Beendigung der Kooperation mit AMAG).⁴ Im Ausstieg von AMAG als Kooperationspartner des Versicherungsmodells sah das Sekretariat eine mögliche horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zum Zwecke der Reduktion der Anzahl der Wettbewerber und damit ein horizontales hartes Kartell, bei dem die Beseitigung

wirksamen Wettbewerbs vermutet wird, wobei die Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden konnte.⁵

15. In der europäischen Praxis könnte die vorliegende Verhaltensweise als Vermarktungsvereinbarung aufgefasst werden. Vermarktungsvereinbarungen regeln die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern in Bezug auf den Verkauf, den Vertrieb oder die Verkaufsförderung ihrer untereinander austauschbaren Produkte. Der Geltungsbereich dieser Vereinbarungen kann je nach den von ihnen erfassten Vermarktungsfunktionen stark variieren. Am einen Ende des Spektrums steht die gemeinsame Verkaufsvereinbarung, die zur gemeinsamen Festlegung sämtlicher mit dem Verkauf eines Produkts verbundenen geschäftlichen Gesichtspunkte einschliesslich des Preises führt. Am anderen Ende stehen Vereinbarungen, die nur ganz bestimmte Vermarktungsfunktionen wie Vertrieb, Kundendienst oder Werbung regeln.⁶ So können Vermarktungsvereinbarungen von den Parteien auch für eine Marktaufteilung oder Zuweisung von Aufträgen oder Kunden missbraucht werden, zum Beispiel wenn sich die Produktionsstätten der Parteien in unterschiedlichen räumlichen Märkten befinden oder wenn es sich um gegenseitige Vereinbarungen handelt.⁷

16. Vor dem Hintergrund der genannten Auffassungen in der Schweiz und der EU ist auch für vorliegenden Fall grundsätzlich von einer horizontalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG auszugehen (soweit kein Zusammenschlussvorhaben vorliegt, vgl. Abschnitt C.2).

C.1.2 Kundenschutzvereinbarung

17. Nach Auffassung von [A] handle es sich um eine notwendige Bestimmung. Müsste [B] befürchten, dass [A] die gewonnenen Kundendaten zur Kundengewinnung in anderen Bereichen nutzen würde, würde dies dem Zweck der angedachten Zusammenarbeit entgegenstehen. Es treffe zu, dass [A] während einer bestimmten Zeit darauf verzichten würde, aktiv um bestimmte Kunden zu werben. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb seien aber – wenn überhaupt vorhanden – äusserst gering.

¹ Vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 5 N 435; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 447.

² Vgl. RPW 2016/4, 982 Rz 494 f., *Sport im Pay-TV*.

³ Vgl. RPW 2021/1, 164 Rz 53, *Eishockey im Pay-TV*.

⁴ RPW 2021/1, 133 Rz 10, *Neues Versicherungsmodell ALAG/VWFS*.

⁵ RPW 2021/1, 135 Rz 39 und 135 f. Rz 42, *Neues Versicherungsmodell ALAG/VWFS*.

⁶ Vgl. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011 S. 49, Rz 225 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien).

⁷ Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 6), S. 50 Rz 232.

18. Aufgrund der Ausführungen in der Beratungsanfrage ist hierbei von einem Konkurrenzverbot auszugehen. In der Praxis kommen Konkurrenzverbote regelmässig im Zusammenhang mit Zusammenschlussvorhaben vor. Es gilt im Einzelfall zu beurteilen, ob diese als blosser Nebenabreden («ancillary restraints») zu qualifizieren sind, also mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für dessen erfolgreiche Umsetzung notwendig sind. Diesfalls unterstehen sie nicht der Beurteilung als Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG), sondern nur der Zusammenschlusskontrolle (Art. 4 Abs. 3 und Art. 9 f. KG). Fehlt es hingegen an dieser unmittelbaren Verbindung oder gehen diese Abreden sachlich, zeitlich, räumlich persönlich über das für das Erreichen des Zusammenschlusses erforderliche Mass hinaus, können sie nicht vom Konzentrationsprivileg profitieren und haben sich als Abreden an Art. 5 KG messen zu lassen.⁸

19. Ohne das Vorliegen eines Zusammenschlussvorhabens dürfte ein Konkurrenzverbot den Vermutungstatbestand der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllen. In der Vorabklärung *FTTH Freiburg* wurde eine Kooperation in der Form eines Gemeinschaftsunternehmens beurteilt. Ziel des Gemeinschaftsunternehmens von Swisscom und dem lokalen Energieversorgungsunternehmen war der Aufbau der Glasfaseranschlussinfrastruktur («Fiber to the Home») im Kanton Freiburg. Für den Fall des Ausscheidens einer Partei aus der Kooperation war ein umfassendes Konkurrenzverbot vorgesehen. Das Sekretariat hielt fest, dadurch verpflichtete sich das Unternehmen, auf sämtliche Kunden im Kooperationsgebiet zu verzichten, was den Vermutungstatbestand der Gebietsabrede erfüllte.⁹

20. Vor dem Hintergrund vorangehender Ausführungen ist auch für vorliegenden Fall grundsätzlich von einer horizontalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG auszugehen (soweit kein Zusammenschlussvorhaben vorliegt, vgl. Abschnitt C.2). Alternativ könnte sich unter Umständen auch die Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsabrede über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG stellen.

C.2 Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG

21. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss. Dabei kann nicht nur ein ganzes Unternehmen, sondern auch ein Teil davon Gegenstand einer Kontrollerrlangung sein. Ein solcher Unternehmensteil liegt im Allgemeinen vor, wenn dieser eine gewisse Marktpräsenz (allenfalls auch marktstrategische Bedeutung) hat und ihm ein eigener Umsatz zugerechnet werden kann.¹⁰ Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine gesamte Abteilung auf ein anderes Unternehmen übertragen wird. Dazu können nebst technischer Infrastruktur weitere Aktiven wie Büromöbel u. Ä. sowie der Übergang verschiedener Verträge wie Miet- oder Arbeitsverträge zählen.¹¹

22. Im Fall *Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG*¹² wurden die Verlagsrechte zweier Zeitschriften und die dazugehörigen Aktiven (Infrastruktur, Verträge und Arbeitsverhältnisse) als Unternehmensteil qualifiziert. Im Fall *Swisscom AG/Verizon Switzerland*¹³ wurde die Übertragung von Kundenverträgen sowie des vormals für die Betreuung dieser Kunden zuständigen Personals von Verizon und weitere Objekte (gewisse Mobilien und Verträge, «Know-how», Geschäftsbücher und Unterlagen) ebenfalls als Unternehmensteil betrachtet. Beim Zusammenschlussvorhaben *Emmi/Kellenberger* wurde ein Kundenstamm an Detailhändlern zusammen mit den betroffenen Mitarbeitern als Unternehmensteil angesehen.¹⁴ Im Fall *Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA* hat die WEKO eine entgeltliche Übernahme von Abonnenten dreier Lokalzeitungen als Veräusserung von Kunden behandelt, die die Kriterien für einen Kontrollwechsel über einen Unternehmensteil erfüllt.¹⁵

23. Im Fall *TX Group/Immowelt Schweiz* beabsichtigte die TX-Gruppe die Übernahme eines Kundenstamms mit den bestehenden Vertragsverhältnissen gegen eine finanzielle Vergütung. Den übernommenen Vertragsverhältnissen konnte eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden und sie stellten offensichtlich einen Vermögenswert dar. Somit konnte der in diesem Zusammenschlussvorhaben zu übertragende Kundenstamm mit den bestehenden Vertragsverhältnissen als Unternehmensteil im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden. Es konnte daher offenbleiben, ob die blosser Übertragung eines Kundenstamms ohne Vertragsverhältnisse auch bereits als Unternehmensteil zu qualifizieren gewesen wäre. Die in diesem Zusammenschlussvorhaben vorliegende Übertragung des Kundenstamms mit den bestehenden Vertragsverhältnissen stellte einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar. Der zu übernehmende Kundenstamm mit den bestehenden Kundenverträgen stellte als Unternehmensteil «Immowelt Schweiz» ein beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) dar.¹⁶

⁸ Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 1), Art. 5 N 30.

⁹ Vgl. RPW 2012/2, 177, Rz 91, und 180 (Tabelle 2), *FTTH Freiburg*.

¹⁰ Vgl. RPW 2021/2, 505 Rz 23, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2009/4, 452 Rz 16, *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*; JÜRIG BÖRER, Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht I – Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 4 N 29; SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, Art. 4 III N 20 ff.

¹¹ Vgl. RPW 2021/2, 505 Rz 23, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RETO JACOBS, *Kartellrechtliche Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing*, in: *IT-Outsourcing*, 2003, 271-284, 275.

¹² Vgl. RPW 2001/1, 136 ff., *Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG*.

¹³ Vgl. RPW 2008/3, 417 Rz 18 ff., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

¹⁴ Vgl. RPW 2009/4, 452 f. Rz 16 ff., *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.

¹⁵ Vgl. RPW 2010/2, 235, 3 f., *Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA*.

¹⁶ Vgl. RPW 2021/2, 503 ff., insb. 505 Rz 26, *TX Group/Immowelt Schweiz*.

24. Auch das Europäische Wettbewerbsrecht erfasst bei der Zusammenschlusskontrolle nebst Unternehmen auch bloss Teile von Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit oder das Unternehmensvermögen oder Teile davon. Die Erlangung der Kontrolle über Vermögenswerte kann gemäss EU-Kommission nur dann als Zusammenschluss angesehen werden, wenn diese die Gesamtheit oder einen Teil eines Unternehmens bilden, d. h. einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz, dem eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden kann. Die Übertragung des Kundenstamms eines Geschäftsbereichs kann diese Kriterien erfüllen, wenn dadurch ein Geschäftsbereich mit Marktumsatz übertragen wird.¹⁷

25. Im vorliegenden Fall ist gemäss Beratungsanfrage beabsichtigt, dass [B] in der Rolle als Vermittlerin zukünftig ihrer Kundschaft das [A] OTT-Angebot anbietet. In diesem Zusammenhang werde [B] alle ihre bisherige Kundschaft innerhalb von ungefähr 18 Monaten auf das [A] OTT-Angebot migrieren.

26. Für den allenfalls zu migrierenden Kundenstamm kann davon ausgegangen werden, dass dieser eine gewisse Marktpräsenz und allenfalls auch marktstrategische Bedeutung hat. Zudem scheint dem Kundenstamm ein eigener Umsatz zurechenbar bzw. der Kundenstamm scheint einen Vermögenswert darzustellen. In diesem Fall kann der zu migrierende Kundenstamm mit den bestehenden Kundenverträgen als Unternehmensanteil von [B] ein beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VKU darstellen.

27. Ob es sich dann um einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG handelt, wird weiter durch die Ausgestaltung des Übergangs von [B] als OTT-TV-Plattform zur Vermittlerin des [A] OTT-Angebots sowie der Ausgestaltung der Migration der Kundenverträge bestimmt. Damit im Zusammenhang stellt sich insbesondere auch die Frage nach der Vorgehensweise in Bezug auf eine etwaige finanzielle Vergütung sowie der Vorgehensweise bei der Einsetzung von [B] als Vermittlerin des [A] OTT-Angebots.

28. Im Falle eines Zusammenschlussvorhabens würde sich für die Kundenschutzvereinbarung bzw. das Konkurrenzverbot die Frage stellen, ob es sich dabei um eine zulässige Nebenabrede handelt (vgl. Rz 18).

D Fazit

29. Die in der Beratungsanfrage geschilderten Verhaltensweisen können grundsätzlich entweder etwaige unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG oder einen Zusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellen. Es ist anhand der Angaben in der Beratungsanfrage nicht möglich, eine Aussage darüber zu machen, welcher dieser beiden Vorgänge vorliegt.

30. Falls die Verhaltensweisen als Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 zu qualifizieren wäre, dürfte diese unzulässig gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c (oder allenfalls Bst. b) KG sein, soweit keine Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG möglich wäre.

31. Im Falle eines Zusammenschlussvorhabens läge in der Migration und dem Wechsel zu Vermittlung des [A] TV-Angebots keine Wettbewerbsabrede vor. Die Kun-

denschutzvereinbarung bzw. das Konkurrenzverbot wäre im Rahmen von Nebenabreden auf eine Zulässigkeit hin zu prüfen.

¹⁷ Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009, Rz 24; EU-KOMM, COMP/M2857 vom 23.12.2002, Rz 7 ff., ECS/IEH.

I. Einleitung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) untersuchte die Honorarordnungen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) (nachfolgend: SIA) im Rahmen einer Vorabklärung.¹ Teil dieser Honorarordnungen waren Empfehlungen zur Berechnung des Honorars. Der SIA zieht in Erwägung, die seit dem Jahr 2020 nicht mehr publizierten zu diesem Zweck verwendeten Berechnungsformeln durch ein neues Instrument zu ersetzen. Dabei handelt es sich um die sogenannte «Value App». Damit soll der planerische Aufwand von Architektinnen und Architekten geschätzt werden können. Die Value App wurde von Forschenden der Eidgenössisch Technischen Hochschule Zürich (nachfolgend: ETHZ) erarbeitet und soll von diesen gemeinsam mit dem SIA weiterentwickelt werden. Nachfolgend wird zunächst der relevante Sachverhalt zusammengefasst. Die Grundlage dazu bilden im Wesentlichen die Angaben des SIA. Anschliessend wird das Vorhaben Value App kartellrechtlich gewürdigt.

II. Sachverhalt

Marktverhältnisse Planungsleistungen Architektur

2. Die Value App soll vorderhand nur zur Voraussage des Planungsaufwandes von Architektinnen und Architekten zur Anwendung kommen. Deshalb sind vorliegend nur die Marktverhältnisse in diesem Bereich massgebend.

3. Mit rund 7500 Mitgliedern ist die Berufsgruppe der Architektur die grösste der vier Berufsgruppen des SIA.² Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht alle Architekturbüros und auch nicht alle Architektinnen und Architekten Mitglieder des SIA sind. In der Schweiz gibt es also zahlreiche Anbieterinnen und Anbieter von Planungsleistungen im Bereich Architektur. Es handelt sich um einen stark fragmentierten Markt.

4. Die Marktgegenseite ist heterogen: Die verschiedenen Auftraggeberinnen und Auftraggeber unterscheiden sich insbesondere auch in Bezug auf ihre Marktkenntnisse. Jedenfalls ein Teil der Marktgegenseite dürfte nur beschränkt in der Lage sein, den Planungsaufwand eines Architekturbüros zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen einschätzen zu können. Auch für Architekturbüros handelt es sich dabei um eine schwierige Aufgabe, insbesondere wenn diese erst wenig Erfahrungen mit im Vergleich zum zu planenden Objekt ähnlichen Objekten haben.

Verfolgter Zweck

5. Mit der Value App soll eine Prognose des Zeitaufwands von Architektinnen und Architekten berechnet werden. Sowohl Architekturbüros als auch Auftraggebende sollen dazu Zugang haben. Dadurch sollen beide Marktseiten den voraussichtlichen Planungsaufwand zum Zeitpunkt der Offertstellung besser einschätzen können.

Zur Voraussage des Stundenaufwandes verwendete Eigenschaften

6. Die Value App prognostiziert den Zeitaufwand anhand von Angaben der Nutzerinnen und Nutzer. Diese müssen zunächst die zur Voraussage des Zeitaufwandes massgebenden Eigenschaften des zu planenden Objekts über eine internetbasierte Eingabemaske eingeben. Diese zur Voraussage des Zeitaufwandes relevanten Objekteigenschaften wurden von Forschenden der Eidgenössisch Technischen Hochschule Zürich (nachfolgend: ETHZ) identifiziert. Zur Übersicht sind diese Eigenschaften sowie deren möglichen Ausprägungen in Tabelle 1 aufgelistet.

¹ RPW 2019/2, 284, *SIA-Honorarordnungen*.

² <www.sia.ch/de/der-sia/berufsgruppen/architektur> (31.1.2023).

Tabelle 1: Zur Voraussage des Zeitaufwandes verwendete Objekteigenschaften.

Objekteigenschaft	Mögliche Ausprägungen
Aufgabe	Neubau, Erweiterung, Umbau
Nutzung	Wohnen, Arbeiten, Produzieren, Lagern, Ausbilden und Forschen, Heilen und Pflegen
Geschossfläche	Bis zu 6 Intervalle (m ³)
Gestalterische Komplexität	Einfach, Kompliziert, Komplex, Unklar
Technische Komplexität	Einfach, Kompliziert, Komplex, Unklar
Räumliche Komplexität	Einfach, Kompliziert, Komplex, Unklar
Organisatorische Komplexität	Einfach, Kompliziert, Komplex, Unklar
Risiko Auftraggeber	Normal, Erhöht, Hoch
Anforderung an PQS	Normal, Erhöht, Hoch

Tabelle erstellt durch Sekretariat.

7. Zunächst müssen die Nutzerinnen und Nutzer angeben, ob es sich beim zu planenden Objekt um einen Neubau, eine Erweiterung oder einen Umbau handelt («Aufgabe»). Anschliessend sind eine oder mehrere der sechs in Tabelle 1 aufgeführten *Nutzungen* des zu planenden Objekts auszuwählen. Zusätzlich zu Aufgabe und Nutzung stützt sich die Value App zur Voraussage des Zeitaufwandes auf die *Geschossfläche*, die *Komplexität* (in vier Dimensionen) sowie das zu erwartende *Risiko* (in zwei Dimensionen) des zu planenden Objekts. Diese drei Objekteigenschaften (Geschossfläche, Komplexität und Risiko) werden nachfolgend erläutert.

8. Die **Geschossfläche** leistet mutmasslich einen relativ hohen Beitrag zur Voraussage des Zeitaufwandes. Ausserdem ist sie zum Zeitpunkt der Offertstellung jedenfalls ungefähr bekannt und kann sowohl von den Planungsbüros als auch von den Auftraggebenden überprüft werden.³ Deshalb spielt diese Objekteigenschaft bei der Voraussage des Zeitaufwandes eine wichtige Rolle.

9. Da der Zusammenhang zwischen Geschossfläche und Stundenaufwand je nach Nutzung unterschiedlich ausfallen kann, legten die Forschenden der ETHZ diesen für jede der sechs in Tabelle 1 angegebenen Nutzungen anhand von sogenannten «*Prognoseintervallen*» fest. Dabei handelt es sich um Intervalle in Bezug auf die Geschossfläche, für welche ein vergleichbarer Stundenaufwand pro Quadratmeter Geschossfläche zu erwarten ist.⁴ Der Zusammenhang zwischen Geschossfläche und Stundenaufwand wird also anhand von sechs Stufenfunktionen (je einer pro Nutzung) modelliert. Pro Nutzung sind dabei bis zu sechs Stufen vorgesehen. Als Beispiel ist in Abbildung 1 eine dieser Stufenfunktionen für die Nutzung «Wohnen» dargestellt. Diese Nutzungsart weist fünf Stufen auf. Für Objekte mit einer Geschossfläche bis zu 300 Quadratmeter fällt der Zeitaufwand mit rund 165 Minuten pro Quadratmeter mutmasslich relativ hoch aus. Mit steigender Geschossfläche nimmt dieser Aufwand ab und erreicht schliesslich bei Objekten mit mehr als 25 000 Quadratmetern rund 80 Minuten pro Quadratmeter.

³ Im Gegensatz dazu sind die in der bisherigen Berechnungsformel verwendeten Baukosten zum Zeitpunkt der Offertstellung weniger genau bekannt.

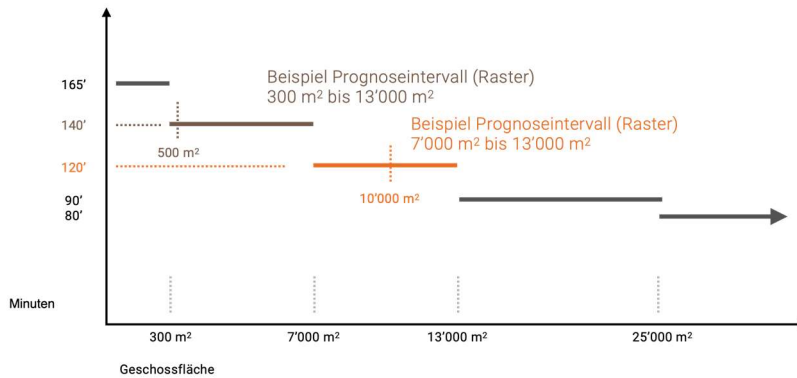
⁴ Der vom SIA bzw. der ETHZ verwendete Begriff des «*Prognoseintervalls*» deckt sich nicht mit dem in Ökonometrie und Statistik geläufigen gleichnamigen Konzept (vgl. z.B. WILLIAM H. GREENE, *Econometric Analysis*, 2003, 5. Auflage, S. 111).

Abbildung 1: Beispiel der Modellierung des Zusammenhangs zwischen Geschossfläche und Zeitaufwand pro Quadratmeter.

Lesehilfe am Beispiel der Nutzung „Wohnen“

Bei einer Projektgrösse von 500 m² GF brauche ich 140 min' pro m² GF*
Für eine Projektgrösse von 10'000 m² GF brauche ich 120 min' pro m² GF*

* Immer mit 100% Grundleistung



Quelle: Beilage 1 des Schreibens des SIA vom 20. Januar 2023, S. 5.

10. Neben der Geschossfläche hat auch die **Komplexität** des zu planenden Objekts mutmasslich einen wesentlichen Einfluss auf den Stundenaufwand. In der Value App sollen deshalb vier entsprechende Dimensionen unterschieden werden, nämlich die «gestalterische», «technische», «räumliche» und «organisatorische» Komplexität. Für jede dieser vier Dimensionen soll die Komplexität von den Nutzerinnen und Nutzern der Value App eingeschätzt werden. Dazu stehen vier mögliche Bewertungen zur Verfügung: «Einfach», «kompliziert», «komplex» und «unklar». Die genannten vier Dimensionen der Komplexität wie auch die vier möglichen Bewertungen dieser Dimensionen sollen anhand von Beispielen möglichst klar voneinander abgegrenzt werden.

11. Schliesslich müssen die Nutzerinnen und Nutzer der Value App das **Risiko** des zu planenden Objekts einschätzen. Es sollen zwei Arten von Risiken erfasst werden: Einerseits wird das Risiko «mit Blick auf den Auf-

traggeber» erfasst. Zusätzlich werden die Anforderungen an ein «projektbezogenes Qualitätsmanagementsystem» (kurz: PQS) erfasst. Die Nutzerinnen und Nutzer der Value App sollen die genannten Risiken «intuitiv» beurteilen.⁵

12. Zusätzlich zu den genannten Eigenschaften des zu planenden Objekts (Aufgabe, Nutzung, Geschossfläche, Komplexität, Risiken) hat auch die Art und der Umfang der zu erbringenden Leistung einen Einfluss auf den voraussichtlichen Zeitaufwand. Übernimmt ein Architekturbüro zum Beispiel sämtliche Phasen der Planung ist der Aufwand grösser als wenn das Büro nur für einen Teil der Planung verantwortlich ist. Aus diesem Grund müssen die Nutzerinnen und Nutzer der Value App in einem zweiten Schritt Daten zu Umfang und Art der zu erbringenden Leistungen eingeben. Diese einzugebenden Daten sind in Tabelle 2 aufgelistet.

Tabelle 2: Zur Charakterisierung der zu erbringenden Leistung verwendete Eigenschaften.

Eigenschaft der Leistung	Mögliche Ausprägungen
Organisationsform	Mehrheitlich Einzelleistungsnehmende, Generalunternehmer/in, Totalunternehmer/in (jeweils Planende und Auftraggebende)
Rolle Planende	Architekt/in, Generalplaner/in, Architekt/in + Generalplaner/in
Schlüsselrolle Anderer	Gesamtleitung, Generalplanung, Kostenplanung, Baumanagement
Leistungsvereinbarung	Phase 1: Strategische Planung, Phase 2: Vorstudien, Phase 3: Projektierung, Phase 4: Ausschreibung, Phase 5: Realisierung, Phase 6: Bewirtschaftung

Tabelle erstellt durch Sekretariat.

⁵ Gemäss der Testversion 0.2.82, Stand 3.2. 2023, der Value App sollen die Nutzerinnen und Nutzer die «Risikoabwägung Auftraggebende» «intuitiv» beurteilen. In Bezug auf die Einschätzung der «Risiken PQS» werden die Nutzerinnen und Nutzern angewiesen, «die Anforderungen an das PQS (Q-Lenkungsplan)» zu «beurteilen».

13. Hat der Nutzer oder die Nutzerin der Value App alle der in Tabelle 1 und Tabelle 2 aufgelisteten Eigenschaften eingetragen, wird der voraussichtliche Stundenaufwand berechnet. Dieser von der Value App berechnete Stundenaufwand kann anschliessend von den Nutzerinnen und Nutzern spezifisch für das zu planende Projekt angepasst werden. Dazu ein Beispiel: Insgesamt werden die sechs in Tabelle 2 unter «Leistungsvereinbarung» aufgelisteten Projektphasen unterschieden. Phase 3 entspricht zum Beispiel der «Projektierung». Innerhalb dieser Projektierungsphase lassen sich wiederum verschiedene Teilphasen unterscheiden. In Abbildung 2

sind die individuell vorzunehmenden Anpassungen des Stundenaufwandes für eine dieser Teilphasen, nämlich für die Teilphase 31 (Projektierung des *Bauprojekts*), dargestellt. Für diese Teilphase können die Nutzerinnen und Nutzer für jeden der Leistungsbereiche «*Organisation*», «*Auftragsgegenstand*», «*Kosten*», «*Termine*», und «*Administration/Koordination*» den von der Value App berechneten Zeitaufwand individuell beliebig anpassen. Zusätzlich können die Nutzerinnen und Nutzer zusätzliche Leistungen eintragen, welche in der Value App nicht vorgesehen sind. Solche individuellen Anpassungen sind auch für andere Phasen möglich.

Abbildung 2: Individuelle Anpassung des geschätzten Zeitaufwandes, Beispiel Teilphase 32.

Projektspezifischer Stundenaufwand 34'792 h

Phase 1 Phase 2 **Phase 3** Phase 4 Phase 5 Phase 6

Phase 31 **Phase 32** Phase 33

Projektierung: Bauprojekt

Organisation	Auftragsgegenstand	Kosten	Termine	Administration / Koordination
84 h	5762 h	1253 h	418 h	835 h

Anpassungen in %

- 0 + - 0 + - 0 + - 0 + - 0 +

Zusätzliche Leistung

h

Anmerkungen Projektierung: Bauprojekt

Quelle: Schreiben des SIA vom 20. Januar 2023, S. 11.

14. Nachdem der Nutzer oder die Nutzerin der Value App den geschätzten Zeitaufwand individuell angepasst hat und allfällige Zusatzleistungen eingetragen hat, fasst die Value App die so individualisierten Ergebnisse der Schätzung des Zeitaufwandes zusammen. Nachfolgend wird als nächstes dargelegt, auf welche Datengrundlage sich die von der Value App vorgenommene Schätzung des Zeitaufwandes stützen soll.

Datengrundlage

15. Grundlage der Value App sind Daten zu sechs sogenannten «*Initialprojekten*». Dabei handelt es sich um von der öffentlichen Hand in Auftrag gegebene Projekte, bei welchen der tatsächlich angefallene planerische Aufwand sowie die massgebenden Eigenschaften wie zum Beispiel die Geschossfläche bekannt sind. Auf-

grund dieser sechs Initialprojekte erstellten Forschende der ETHZ das «*Grund-Set up*» der Value App.

16. Zur «*Verifikation*» des genannten «*Grund-Set up*» verwendeten die Forschenden der ETHZ anschliessend einen Datensatz von werkmaterial.online, welcher Angaben zu rund 750 Objekten enthält. Zu diesen rund 750 Projekten liegen aber für manche der zur Voraussage des Stundenaufwandes relevanten Eigenschaften keine Angaben vor.

17. Weiter wurden Daten des SIA zur Verifikation herangezogen, welche dieser zur Ausarbeitung der alten Berechnungsformel (vgl. Rz 1 vorne) erhoben hatte. Weitere nicht näher spezifizierte Daten der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB und anderer öffentlicher Bauher-

ren wurden zur Verifizierung beigezogen. Auch internationale Daten wurden unter Berücksichtigung länderspezifischer Unterschiede insbesondere zur Untersuchung des Einflusses der zu erbringenden Leistung (vgl. Rz 12 f. vorne) auf den Stundenaufwand verwendet.

18. Das «Grund-Set up» stellt allerdings lediglich den Ausgangspunkt für die Value-App dar. Um die Verlässlichkeit der Schätzung des Stundenaufwands zu erhöhen, ist vorgesehen, zusätzliche Daten zu sammeln. Zu diesem Zweck sollen die Nutzerinnen und Nutzer der Value App fortlaufend die Möglichkeit haben, die relevanten Eigenschaften der von ihnen abgeschlossenen Projekte einzutragen. Zudem hat der SIA vor, eine unabhängige Organisation (z.B. ein Treuhandbüro) damit zu beauftragen, bei seinen Mitgliedern eine Befragung durchzuführen und so weitere relevante Daten zu erheben. Alle der genannten zusätzlich zu erhebenden Daten sollen von einer unabhängigen Stelle überprüft und ausgewertet werden. Dabei soll insbesondere sichergestellt werden, dass die erhobenen Daten so weit wie möglich fehlerfrei sind, dass also zum Beispiel der erhobene Stundenaufwand dem tatsächlich angefallenen Aufwand entspricht. Ausserdem soll sichergestellt werden, dass die erhobenen Daten für diejenigen Objektarten repräsentativ sind, für welche die Value App eine Voraussage des Zeitaufwandes berechnet.

Datenauswertung

19. Es ist unklar, wie die Voraussage des Zeitaufwandes anhand der vorliegenden Daten genau berechnet wird und wie diese Voraussage aufgrund der noch zu erhebenden Daten angepasst werden soll.

20. Klar ist hingegen, dass sowohl die bereits vorgenommenen Auswertungen wie auch künftige Auswertungen von unabhängigen Dritten, voraussichtlich Forschenden der ETHZ, durchgeführt werden sollen. Der SIA oder seine Mitglieder werden keinen Einblick in unternehmensspezifische Daten haben und keinen ungebührlichen Einfluss auf die Ergebnisse der Auswertungen nehmen.

21. Die vorgenommenen Auswertungen sollen den Nutzerinnen und Nutzern der Value App so präsentiert werden, dass allfällige Unsicherheiten in Bezug auf die Datengrundlage oder die Zuverlässigkeit des vorausgesagten Zeitaufwandes für die Nutzerinnen und Nutzer transparent sind.

Zugang zur Value App

22. Der Zugang zur Value App soll allen Interessierten offenstehen. Voraussetzung ist einzig die Entrichtung einer Gebühr. Diese soll so festgelegt werden, dass kein Gewinn erzielt wird.

III. Kartellrechtliche Beurteilung

23. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

24. Vorliegend beabsichtigen die Mitglieder des SIA, zu vereinbaren, die oben beschriebene Value App weiter-

zuentwickeln und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Mitglieder des SIA sind jedenfalls teilweise Unternehmen der gleichen Marktstufe. Es bleibt zu prüfen, ob die genannte Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

25. Eine Vereinbarung bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁶ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Ein Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Vereinbarung und einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung ist nicht erforderlich. Wird aber ein solcher festgestellt, ist das Tatbestandselement des Bezweckens oder Bewirkens ebenfalls erfüllt.⁷

26. Die vorliegend zu beurteilende Vereinbarung, Daten auf die vorangehend beschriebene Art und Weise zu erheben, auszuwerten und im Rahmen der Value App zu publizieren ist gemäss den dem Sekretariat vorliegenden Informationen und unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bemerkungen und Vorbehalte aus den folgenden Gründen nicht objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen:

- Die zu beurteilende Vereinbarung beinhaltet keine Abmachung darüber, dass die Value App von den Planenden benutzt werden soll. Vielmehr entscheidet jedes Unternehmen individuell, wie der voraussichtliche Stundenaufwand berechnet wird. Deshalb sind die beteiligten Unternehmen in ihrer Handlungsfreiheit nicht beeinträchtigt und können nach wie vor sämtliche Wettbewerbsparameter frei festlegen.
- Selbst wenn ein grosser Teil der Architektinnen und Architekten die Value App benutzen sollte, verändern sich dadurch die Marktpreise nicht zwingend: Erstens erlaubt die Value App die individuelle Anpassung des geschätzten Zeitaufwandes. Zweitens entspricht der offerierte Preis nicht dem Zeitaufwand, sondern dem Produkt von Zeitaufwand und Tarif pro in Rechnung gestellter Stunde. Es ist davon auszugehen, dass diese Tarife pro Stunde je nach Architekturbüro unterschiedlich ausfallen. Die Value App produziert keine Schätzungen in Bezug auf diesen Tarif pro Stunde. Damit besteht selbst dann noch ein Handlungsspielraum, wenn ein Architekturbüro sich zur Berechnung des Zeitaufwandes auf die Value App stützt.
- Die vorgesehene Art und Weise der Datenerhebung und Auswertung verhindert Rückschlüsse bezüglich der Preise spezifischer Anbieterinnen oder Anbieter: Die Informationen werden von unabhängigen Dritten gesammelt und ausgewertet und werden nur in aggregierter Form publiziert. Ausserdem handelt es sich um historische Daten: Angaben zum tatsächlichen Zeitaufwand können erst nach Abschluss eines Projekts erfasst werden. Der Projektabschluss findet regelmässig erst Jahre nach der Offertstellung statt.

⁶ BGE 147 II 72, 84 E. 3.6, Pfizer.

⁷ BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, Pfizer.

Deshalb können die Architektinnen und Architekten anhand der Schätzungen der Value App kaum Rückschlüsse in Bezug auf die aktuellen Offerten individueller Konkurrentinnen und Konkurrenten ziehen.

- Die geplanten Datenerhebungen und -Auswertungen sollen so durchgeführt werden, dass sichergestellt ist, dass der durch die Value App vorausgesagte Zeitaufwand so gut als möglich dem tatsächlich zu erwartenden Aufwand entspricht. Würde der durch die Value App berechnete Zeitaufwand stattdessen systematisch vom tatsächlichen Aufwand abweichen und zum Beispiel deutlich über dem tatsächlichen Aufwand liegen, würde die vorliegende Beurteilung allenfalls anders ausfallen: In diesem Fall wäre davon auszugehen, dass jedenfalls einige Marktteilnehmende durch solche irreführenden Voraussagen bei den Offertverhandlungen von falschen Annahmen ausgehen. Dadurch könnte der wirksame Wettbewerb beeinträchtigt werden. Diesbezüglich sind insbesondere die folgenden Punkte zu beachten:⁸
 - (i) Wenn die zur Voraussage des Zeitaufwandes verwendeten Objekteigenschaften (Tabelle 1 vorne) nicht klar definiert werden können, besteht die Gefahr, dass die Nutzerinnen und Nutzer der Value App diese anders auslegen als die Personen, welche die verwendeten Daten einreichen. In diesem Fall wäre die Gefahr gross, dass die durch die Value App erstellte Prognose anhand der falschen Eigenschaften erstellt wird und dadurch nicht dem tatsächlich zu erwartenden Aufwand entspricht. Deshalb sollten möglichst klar definierte Eigenschaften verwendet werden.
 - (ii) Solange sich die Voraussagen der Value App nur auf wenige Projekte abstützen, ist die Gefahr gross, dass die Unsicherheit dieser Voraussagen hoch ist. Diese Unsicherheiten sollten für die Nutzerinnen und Nutzer der Value App transparent gemacht werden. Wird eine statistische Schätzung vorgenommen, ist das zum Beispiel durch die Angabe eines Prognoseintervalls im statistischen Sinne möglich.⁹
 - (iii) Es ist zu begrüßen, dass der SIA vorsieht, die Datengrundlage laufend zu erweitern und die Schätzungen des Zeitaufwandes entsprechend anzupassen. Ebenfalls zu begrüßen ist die Tatsache, dass der SIA beabsichtigt, sicherzustellen, dass die erhobenen Daten repräsentativ für diejenigen Objekte sind, für welche mit der Value App der voraussichtliche Zeitaufwand berechnet werden kann. Auch die vorgesehene Überprüfung der zu erhebenden Daten durch eine unabhängig Stelle trägt dazu bei, dass die Verlässlichkeit der durch die Value App berechneten Prognose steigt (vgl. Rz 18 vorne). Damit sinkt das Risiko einer Irreführung der Nutzerinnen und Nutzer der Value App und damit auch dasjenige einer Wettbewerbsbeeinträchtigung.
- Nicht nur die Mitglieder des SIA, sondern alle interessierten Kreise haben gegen Bezahlung einer kosten deckenden Gebühr Zugriff auf die Value App. Deshalb führt diese nicht zu einer Bevorzugung einer Marktseite. Vielmehr ist es sogar möglich, dass der Wett-

bewerb durch die zusätzlich für alle Marktteilnehmenden verfügbaren Informationen belebt wird. Das kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn Marktteilnehmende dank der Value App den voraussichtlichen Zeitaufwand besser einschätzen können und dadurch die Vergabe von Aufträgen weniger stark von entsprechenden Fehleinschätzungen des Zeitaufwandes beeinträchtigt wird.

- Es gibt in der Schweiz eine Vielzahl von Architekturbüros. Ausserdem sind die Markteintrittsschranken relativ tief. Deshalb ist die Gefahr einer Koordination der Offertpreise und damit auch diejenige einer Wettbewerbsbeeinträchtigung im vorliegenden Markt relativ gering.

27. Aus diesen Gründen und unter Berücksichtigung der vorangehend dargelegten Bemerkungen und Vorbehalte des Sekretariates ist die Gefahr gering, dass die zu beurteilende Vereinbarung, die Value App weiterzuentwickeln und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führt. Weil die vorliegende zu beurteilende Vereinbarung unter diesen Voraussetzungen voraussichtlich weder eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt noch bewirkt, handelt es sich dabei voraussichtlich nicht um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Deshalb handelt es sich beim vorliegend zu beurteilenden Vorhaben mutmasslich nicht um einen Verstoß gegen das Kartellgesetz.

⁸ Vgl. dazu die in der Vorabklärung «SIA-Honorarordnungen» definierten Anforderungen an eine kartellrechtskonforme Publikation von Informationen über Honorarbestandteile (RPW 2019/2, 295 Rz 92 ff., SIA-Honorarordnungen).

⁹ Vgl. z.B. GREENE (Fn 5), *Econometric Analysis*, 111 ff.

B 1.4

3. Rangierbares Glasfasernetz**Hinweis:**

Das Bundesgericht hat die Beschwerde der Swisscom mit Urteil vom 2. November 2022 abgewiesen.¹ Damit sind die von der Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 betreffend Netzbaustrategie Swisscom angeordneten vorsorglichen Massnahmen rechtskräftig (vgl. nachfolgend Rz 2).

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

I. Vorbemerkungen

1. In Anwendung des KG untersucht die Wettbewerbskommission (WEKO) aktuell, inwiefern die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) durch die Verweigerung des Netzzugangs in Gebieten, welche sie alleine mit Glasfaser (FTTH) ausbaut, allenfalls ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und sich somit kartellrechtswidrig verhält. Durch die Verhaltensweise von Swisscom können Wettbewerber in ihrer Angebotsgestaltung behindert werden. Zudem kann die freie Wahl des Anbieters sowie die Angebotsvielfalt eingeschränkt werden. Da die Netzbaustrategie geeignet ist, die Wettbewerbsverhältnisse über Jahre hinaus zu beeinflussen, droht eine dauerhafte Behinderung des wirklichen Wettbewerbs.²

2. Die WEKO hat mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 gegen Swisscom vorsorgliche Massnahmen erlassen, welche Swisscom untersagen, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht. Die Massnahmen der WEKO sind seither unverändert in Kraft und wurden vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 30. September 2021 bestätigt.³ Der Entscheid des Bundesgerichts ist mit Ausnahme der Abweisung des Gesuchs von Swisscom um aufschiebende Wirkung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts noch ausstehend.

II. Sachverhalt

3. Gemäss Beratungsanfrage habe die Swiss Fibre Net AG (nachfolgend: SFN) während den letzten Monaten ein FTTH-Ausbaumodell entwickelt, welches aufgrund der Rangierbarkeit mindestens einer Faser im Bereich des Feeders ein echtes Layer 1 Angebot auch im Rahmen einer P2MP⁴-Netzarchitektur ermögliche. Dabei komme der bestehenden Infrastruktur der Kabelnetzunternehmen (KNU) eine tragende Rolle zu. SFN beabsichtige, sich künftig schweizweit an FTTH-Baukooperationen (P2P und P2MP) finanziell und operativ zu beteiligen sowie FTTH und/oder HFC Netze, welche nicht in solchen Kooperationen entstanden sind, zu übernehmen und zu betreiben.

4. Dies solle im Rahmen eines Joint Ventures (JV) bzw. unter Beteiligung von institutionellen Investoren erfolgen.

SFN schlage ein Kooperationsmodell vor, in welchem sie bzw. das JV 1 bis 2 von 4 Fasern besitze (als IRU oder Eigentum oder einer Kombination davon) und (ausschliesslich) auf dem Wholesale-Markt vertreibe; mindestens eine Faser davon als echtes (physisches) Layer 1 Angebot. Angesichts der Marktentwicklungen und der laufenden Infrastrukturprojekte dürfte in den meisten Fällen Swisscom Kooperationspartnerin sein, welche wie in den bisherigen Baukooperationen mit den Energieversorgungsunternehmen (EVU) ein finanzielles Interesse haben müsse, die schweizweiten Investitionen in die Netze der Zukunft zusammen mit anderen Infrastrukturbetreibern zu stemmen. Swisscom würde ihrerseits 2 oder 3 Fasern übernehmen und könnte diese Dritten zur Verfügung stellen (PON-Baum, BBS, V-ALO bzw. gegebenenfalls auch ALO bei einem P2P-Ausbau) bzw. selber auf dem Retail-Markt vertreiben.

5. Gemäss Beratungsanfrage habe SFN generische Regeln (sogenanntes einheitliches Regelset) für den künftigen Ausbau von FTTH-Netzen entwickelt, welche den wirtschaftlichen Interessen sämtlicher Stakeholder möglichst gerecht werden solle. Gleichzeitig würden auch die aktuelle Markt- bzw. Ausbausituation sowie die technischen Entwicklungen berücksichtigt. Die vorgeschlagenen Regeln werden vorliegend nicht im Detail wiedergegeben, da sich diese gemäss Beratungsanfrage ändern können. Für die vorliegende Anfrage sind vor allem Regel Nr. 1 und Regel Nr. 5 relevant, wonach der Ausbau der FTTH-Netze mit P2P- oder P2MP-Netzarchitektur erfolgen könne und sichergestellt werden solle, dass mindestens ein echtes (physisches) Layer 1-Angebot auf dem Wholesale-Markt angeboten werde. Für den Fall, dass das Glasfasernetz mit einer P2MP-Netzarchitektur gebaut werden soll, solle ein Layer 1-Zugang mit dem von SFN vorgeschlagenen Rangiermodell (nachfolgend: SFN-Rangiermodell) ermöglicht werden.

6. SFN sieht konkret eine Baukooperation des Glasfasernetzes nach dem SFN-Rangiermodell gemäss den nachfolgenden Ausführungen vor. Einer der beiden Partner baue 100 % des Drop-/Inhouse-Bereichs und biete dem anderen Partner 1 bis 3 der 4 Fasern pro Haushalt (plus mindestens 1 bis 2 Fasern pro Gebäude)

¹ BGer, 2C.876/2021 vom 2.11.2022.

² Vgl. Pressemitteilung und Presserohstoff der WEKO vom 17. Dezember 2020, «www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-81664.html» (08.11.2022); RPW 2021/1, 227 ff., *Netzbaustrategie Swisscom*.

³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Oktober 2021, «www.bvger.ch/bvger/de/home/medien/medienmitteilungen-archiv/medienmitteilungen-2021/swisscom-glasfaser.html» (8.11.2022).

⁴ P2MP: Punkt-zu-Multipunkt Topologie, Baumstruktur; P2P: Punkt-zu-Punkt Topologie, Sternstruktur.

basierend auf einem Modell nicht entziehbarer Nutzungsrechte von 40 Jahren (IRU 40) an. Wer den Drop-/Inhouse-Bereich baue bzw. die Infrastruktur zur Verfügung stelle, entscheide sich nach finanziellen (Preis, «best price») und technischen (Qualität, «best duct») Kriterien (Regelset «best duct / best price, inklusive Berücksichtigung Interkonnektion»). Gemäss Beratungsanfrage könne basierend auf den bisher durchgeführten Analysen und Pilotprojekten davon ausgegangen werden, dass das von SFN vorgeschlagene Modell technisch und ökonomisch umsetzbar sei und im Schnitt

wesentlich unter den Kosten einer reinen P2P-Bauweise zu liegen komme. Aus Sicht von SFN garantiere das vorgeschlagene Kooperationsmodell zwar keine flächendeckende FTTH-Versorgung, führe jedoch zu einer grösseren Abdeckung als bei einem Alleinbau durch Swisscom. So ermögliche es der kooperative Charakter des Ausbaumodells, dass in den nächsten Jahren schweizweit signifikant mehr Haushalte mit FTTH erschlossen werden, als wenn Swisscom im Alleingang baue.

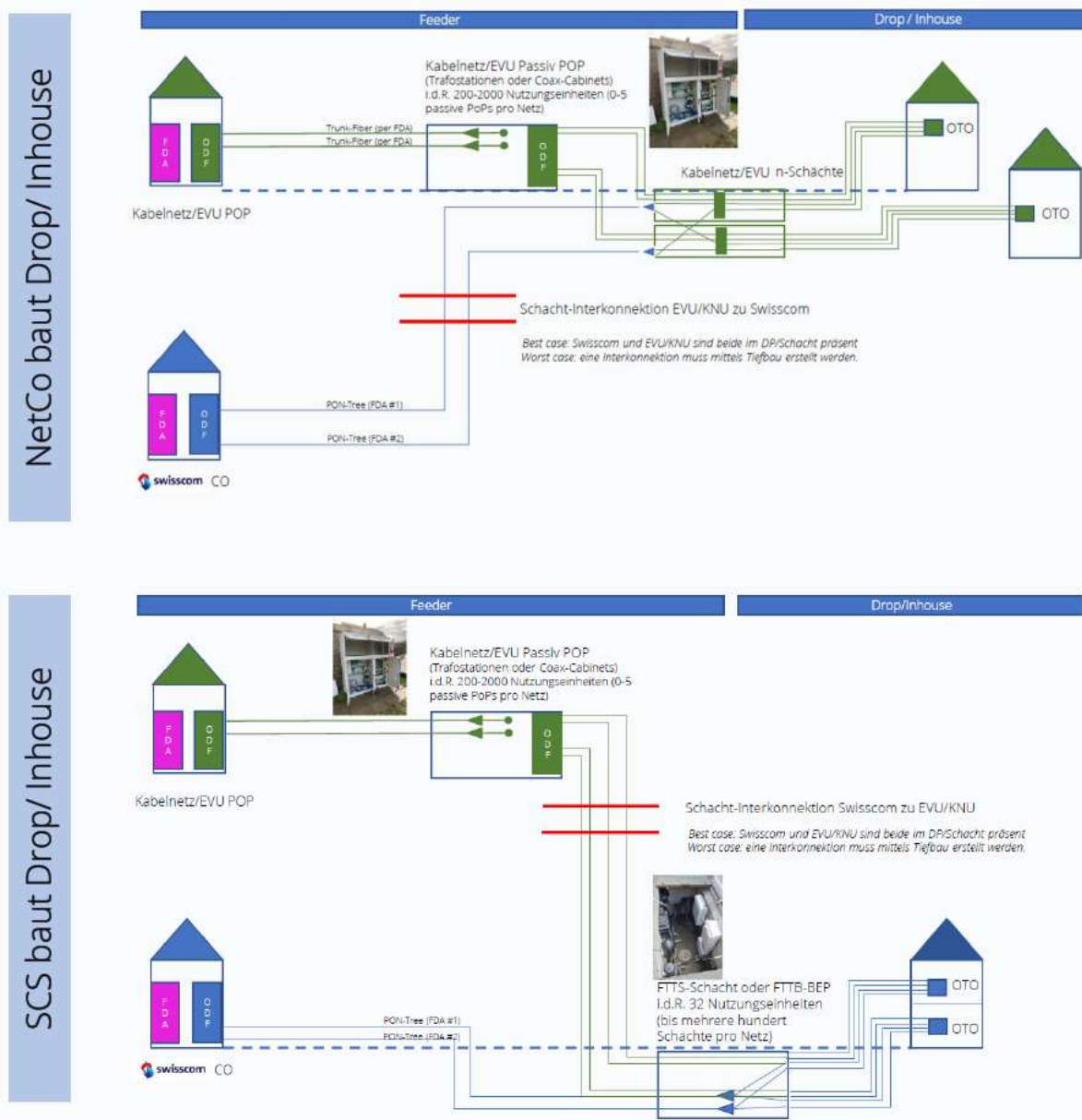


Abbildung 1: Die zwei Basisfälle einer Baukooperation nach dem SFN-Rangiermodell⁵

7. Abbildung 1 zeigt eine schematische Darstellung der gemäss Beratungsanfrage hauptsächlich in Frage kommenden Fälle einer Baukooperation beim Glasfaserausbau zwischen SFN und Swisscom. Dabei hole der jeweils nicht die Bereiche Drop und Inhouse bauende Partner seine Fasern in einem Distribution Point (DP) ab und realisiere einen eigenen Feeder-Rückzug in die

⁵ Quelle: Beratungsanfrage SFN, Beilage 2, Seite 21.

eigenen Anschlusszentralen (CO/POP⁶). Falls Swisscom Drop und Inhouse baue, so hole der Kooperationspartner SFN die Fasern in einem Interkonnektionspunkt (etwa ein FTTS-Schacht von Swisscom) ab. Falls SFN bzw. das JV baue, so hole Swisscom ihre Fasern entweder an einem Interkonnektionspunkt, in einem Schacht oder direkt in einem oberirdischen Zugangspunkt wie einer Trafostation oder einem Coax-Cabinet ab. Diese von der Anschlusszentrale abgesetzten oberirdischen Zugangspunkte werden von SFN «Passiv POP» genannt.

8. Ein Layer 1-Zugang werde durch die Interkonnektion der Infrastrukturen im Dual-Feeder-Bereich sowie die damit einhergehende Rangierbarkeit mindestens einer Glasfaser im Feeder-Bereich der involvierten Kabelnetze ermöglicht. In den sogenannten oberirdischen und zugänglichen «Passiv POP» sollen hierfür optische Hauptverteiler (ODF Optical Distribution Frames) und Splitter verbaut werden, damit Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) für einen Kunden oder mehrere Kunden (mittels eines Splitters) eine Faser im Feeder zuschalten können («Rangieren»). Aus den Beilagen der Beratungsanfrage geht hervor, dass aktuell verschiedene Implementationsmöglichkeiten des SFN-Rangiermodells diskutiert werden, um sowohl grossen wie kleinen FDA gerecht zu werden.

9. Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage ist im Auftrag von SFN folgende Anfrage an das Sekretariat ergangen:

Vermag dieses Kooperationsmodell bzw. der damit einhergehende FTTH-Ausbau den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an ein am Wholesale-Markt zwingend zu erbringendes Layer 1-Angebot zu genügen?

10. Das SFN-Kooperationsmodell beinhaltet neben dem Beschrieb des SFN-Rangiermodells auch grundsätzliche Regeln und Vorgaben, wie sich SFN den künftigen Ausbau von FTTH-Netzen vorstellt. Dabei handelt es sich erst um einen Vorschlag von SFN, der entwickelbar sei. [...] Weiter werden auch mögliche Ansätze der praktischen Umsetzung des Kooperationsmodells wie beispielsweise das angedachte «P2P Overlay Modell» aufgeführt. Aus diesen Gründen ist eine kartellrechtliche Beurteilung des gesamten SFN-Kooperationsmodells nicht möglich. Zudem wären die hierzu gelieferten Informationen in der Beratungsanfrage nicht ausreichend, um eine kartellrechtliche Beurteilung des SFN-Kooperationsmodells vorzunehmen. Deshalb werden diese Ausführungen vorliegend auch nicht im Detail wiedergegeben.

11. Das Sekretariat wird nachfolgend auf die Fragestellung eingehen, ob das dem Kooperationsmodell zugrundeliegende und in der Beratungsanfrage beschriebene SFN-Rangiermodell den im Rahmen der gegenüber Swisscom erlassenen Verfügung vom 14. Dezember 2020 aufgeführten Anforderungen eines Layer 1-Zugangs genügt.

III. Beurteilung

12. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat bei seiner Beurteilung eine rein kartellrechtliche Optik einnimmt. Bei entsprechenden Vorgaben an ein Glasfasernetz in Bezug auf einen Layer 1-Zugang ist darauf zu

achten, dass die Netzbetreiber in ihrer Wirtschaftsfreiheit nur insoweit eingeschränkt werden, wie dies für die Zweckerreichung zwingend notwendig ist. Analog zu den vorsorglichen Massnahmen der WEKO sollten entsprechende Vorgaben dem Netzbetreiber die Wahl überlassen, mit welcher Netzbauweise ein Layer 1-Zugang gewährt wird und es soll die Wirtschaftsfreiheit nicht über das notwendige Mass hinaus eingeschränkt werden.⁷ Zudem bezweckt die Verhaltenskontrolle nach Art. 7 KG nicht das Erlangen oder Aufrechterhalten einer marktbeherrschenden Stellung an sich zu unterbinden, Ziel ist vielmehr die Unterbindung einer unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens.⁸ Dementsprechend beschränkt sich die vorliegende Beratungsantwort auf die Beurteilung, ob der in der Beratungsanfrage beschriebene Bau eines FTTH-Netzes nach dem SFN-Rangiermodell voraussichtlich den Anforderungen an einen Layer 1-Zugang genügt.

13. Die WEKO hat in der Anfang 2020 geänderten Netzbaustrategie von Swisscom und der damit verbundenen Verweigerung eines Layer 1-Zugangs für alternative FDA Anhaltspunkte für eine Beschränkung des Wettbewerbs und für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erkannt und mit ihrer Verfügung vom 14. Dezember 2020 gegen Swisscom vorsorgliche Massnahmen erlassen. Sie hat in Dispositiv-Ziffer 2 bezüglich Layer 1-Zugang für Dritte folgendermassen entschieden:

Swisscom wird mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer 1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten.

14. Gemäss der Beratungsanfrage sollen im Rahmen des SFN-Kooperationsmodells FTTH-Netze mittels eines kooperationsfähigen Baustils erstellt werden. Der Ausbau könne mit einer P2P- oder einer P2MP-Netzarchitektur erfolgen.

15. Das Sekretariat versteht unter der ersten Möglichkeit den Glasfaserausbau nach dem Vorbild des Glasfaserausbau vor der Strategieänderung von Swisscom mit regionalen EVU mit offenem Netzzugang für Dritte. Wird beim SFN-Kooperationsmodell in einem Gebiet ein FTTH-Netz mit P2P-Netzarchitektur, d. h. mit jeweils mindestens einer durchgehenden Leitung von der Anschlusszentrale bzw. vom POP bis zur OTO-Dose, gebaut, so kann durch Vermietung einer einzelnen oder mehrerer Glasfasern ein entsprechender Layer 1-Zugang für Dritte gewährleistet werden. Unter diesen

⁶ CO: Central Office, Anschlusszentrale; POP: Point of Presence, Verteilknnotenpunkt.

⁷ RPW 2021/1, 259 Rz 228 ff., *Netzbaustrategie Swisscom*.

⁸ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 N 7 f.

Voraussetzungen ist alleine aufgrund der baulichen und technischen Voraussetzungen des FTTH-Netzes nicht von einer unzulässigen Verweigerung von Layer 1-Angeboten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG bzw. von einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG auszugehen, da die Gewährung eines Layer 1-Zugangs technisch möglich bleibt.

16. Nach dem Verständnis des Sekretariats wird bei der zweiten Möglichkeit, dem Bau eines FTTH-Netzes nach dem SFN-Rangiermodell, aufgrund einer beschränkten Menge an Fasern im Bereich des Feeders nicht für jede Nutzungseinheit eine dedizierte Faser vom POP bis zur OTO-Dose zur Verfügung gestellt. Vielmehr können nach unserem Verständnis in den zugänglichen «Passiv POP» einzelne Glasfasern des Feeder-Bereichs mit den entsprechenden Glasfasern in den Bereichen Drop und Inhouse verbunden werden, so dass nachfrageorientiert und punktuell durchgehende Verbindungen hergestellt werden können (vgl. Abbildung 1). Das um Beratung anfragende Unternehmen SFN geht davon aus, dass Swisscom und Salt den Feeder-Bereich von Swisscom nutzen und ganze PON-Bäume auf dem auf einer P2MP-Netzarchitektur basierenden Teil von Swisscom des FTTH-Netzes beziehen würden. Auf dem rangierbaren Teil von SFN bzw. dem JV würde Sunrise auf einer Faser einen eigenen PON-Baum betreiben oder im Einzelfall mittels Kontingenten langfristige nicht entziehbare Nutzungsrechte (IRU) beziehen. Für weitere interessierte FDA würde gemäss Beratungsanfrage ein echter (physischer) Layer 1-Dienst im rangierbaren Teil des FTTH-Netzes von SFN bzw. dem JV zur Verfügung gestellt.

17. Soweit das Layer 1-Angebot basierend auf dem rangierbaren Teil des FTTH-Netzes die gesamte Nachfrage aller interessierten FDA decken kann und eine gleich-

wertige Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale darstellt, können aus Sicht des Sekretariats die Voraussetzungen, dass sich hierüber wirksamer Infrastrukturwettbewerb einstellen kann, gegeben sein. Grundvoraussetzung ist, dass dieses Angebot zu jedem Zeitpunkt allen interessierten FDA mit genügend hohen Kapazitäten der rangierbaren Fasern im Feeder zur Verfügung steht, so dass diese effektiv einen gleichwertigen und nutzbaren Layer 1-Zugang erhalten. Es wäre Aufgabe der Kooperationspartner sicherzustellen, dass eine genügend hohe Kapazität von Fasern im Feeder eines auf dem SFN-Rangiermodell basierenden FTTH-Netzes in einem bestimmten Netzgebiet zur Verfügung steht, um die Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang zu decken. Dieses Risiko würde bei einem Ausbau des FTTH-Netzes mit einer P2P-Netzarchitektur nicht bestehen.

IV. Ergebnis

18. Nach den vorangehenden Ausführungen kann nach aktueller Einschätzung des Sekretariats und gestützt auf den dargestellten Sachverhalt festgehalten werden, dass, soweit mittels des SFN-Rangiermodells die heutige und zukünftige Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang gedeckt werden kann, nicht von einem Verstoss gegen die vorsorglichen Massnahmen der WEKO auszugehen wäre.

19. Eine genügend hohe Kapazität an durchgehenden Fasern besteht, wenn alle interessierten FDA (gegebenenfalls auch Sunrise, Salt und Swisscom), die in einem Netzgebiet einen physischen Zugang zu einer Glasfaser-Netzinfrastruktur nachfragen möchten, einen entsprechenden Layer 1-Zugang erhalten, so dass deren Nachfrage gedeckt werden kann. Kann hingegen nicht sämtlichen aktuellen und zukünftigen Nachfragern nach einem Layer 1-Zugang ein solcher gewährt werden, so kann dies zu einer allenfalls unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung führen.

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

I. Vorbemerkungen

1. In Anwendung des KG untersucht die Wettbewerbskommission (WEKO) aktuell, inwiefern die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) durch die Verweigerung des Netzzugangs in Gebieten, welche sie alleine mit Glasfaser (FTTH) ausbaut, allenfalls ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und sich somit kartellrechtswidrig verhält. Durch die Verhaltensweise von Swisscom können Wettbewerber in ihrer Angebotsgestaltung behindert werden. Zudem kann die freie Wahl des Anbieters sowie die Angebotsvielfalt eingeschränkt werden. Da die Netzbastrategie geeignet ist, die Wettbewerbsverhältnisse über Jahre hinaus zu beeinflussen, droht eine dauerhafte Behinderung des wirklichen Wettbewerbs.¹

2. Die WEKO hat mit Verfügung vom 14. Dezember 2020 gegen Swisscom vorsorgliche Massnahmen erlassen, welche Swisscom untersagen, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht. Die Massnahmen der WEKO sind seither unverändert in Kraft und wurden vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 30. September 2021 bestätigt.² Das Bundesgericht hat die Beschwerde von Swisscom mit Urteil vom 2. November 2022 abgewiesen.³

3. Im Nachgang an die Beratung Rangierbares Glasfasernetz gelangte die Swiss Fibre Net AG (nachfolgend: SFN) mit einer ergänzenden Anfrage mit Zusatzfragen an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat).

II. Sachverhalt

4. Hinsichtlich der Ausgangslage wird auf die Sachverhaltsbeschreibung in der Beratung Rangierbares Glasfasernetz verwiesen.⁴

III. Beurteilung

5. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Sekretariat bei seiner Beurteilung eine rein kartellrechtliche Optik einnimmt. Bei entsprechenden Vorgaben an ein Glasfasernetz in Bezug auf einen Layer 1-Zugang ist darauf zu achten, dass die Netzbetreiber in ihrer Wirtschaftsfreiheit nur insoweit eingeschränkt werden, wie dies für die Zweckerreichung zwingend notwendig ist. Analog zu den vorsorglichen Massnahmen der WEKO sollten entsprechende Vorgaben dem Netzbetreiber die Wahl überlassen, mit welcher Netzbauweise ein Layer 1-Zugang gewährt wird und es soll die Wirtschaftsfreiheit nicht über das notwendige Mass hinaus eingeschränkt werden.⁵ Zudem bezweckt die Verhaltenskontrolle nach Art. 7 KG nicht das Erlangen oder Aufrechterhalten einer marktbe-

herrschenden Stellung an sich zu unterbinden, Ziel ist vielmehr die Unterbindung einer unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens.⁶ Dementsprechend beschränkt sich die vorliegende Beratungsantwort auf die Beurteilung, ob der in der Beratungsanfrage beschriebene Bau eines FTTH-Netzes nach dem SFN-Rangiermodell voraussichtlich den Anforderungen an einen Layer 1-Zugang genügt. Dies gilt auch für die nachfolgende Beantwortung der Zusatzfragen.

6. Die WEKO hat in der Anfang 2020 geänderten Netzbastrategie von Swisscom und der damit verbundenen Verweigerung eines Layer 1-Zugangs für alternative FDA Anhaltspunkte für eine Beschränkung des Wettbewerbs und für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erkannt und mit ihrer Verfügung vom 14. Dezember 2020 gegen Swisscom vorsorgliche Massnahmen erlassen. Sie hat in Dispositiv-Ziffer 2 bezüglich Layer 1-Zugang für Dritte folgendermassen entschieden:

Swisscom wird mit sofortiger Wirkung untersagt, ein Glasfasernetz FTTH in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer 1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten.

7. Vor diesem Hintergrund können wir die von Ihnen gestellten Zusatzfragen wie folgt beantworten:

Gilt die Einschätzung, wonach das Rangiermodell nicht gegen die vorsorglichen Massnahmen verstösst, sofern die aktuelle und zukünftige Nachfrage nach einem Layer 1-Zugang bedient werden kann, explizit auch für den Fall, dass das Layer 1-Angebot ausschliesslich vom Kooperationspartner (SFN) basierend auf dem Dual-Feeder-Ansatz (Infrastruktur KNU bzw. EVU) realisiert wird?

8. Das Sekretariat weist darauf hin, dass es in seiner Beratungsantwort vom 25. Oktober 2022 festgehalten hat, dass «soweit das Layer 1-Angebot basierend auf dem rangierbaren Teil des FTTH-Netzes die gesamte Nachfrage aller interessierten FDA decken kann und eine gleichwertige Alternative zu einem Layer 1-Zugang

¹ Vgl. Pressemitteilung und Presserohstoff der WEKO vom 17. Dezember 2020, www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-81664.html; RPW 2021/1, 227 ff., *Netzbastrategie Swisscom*.

² BVer, B-161/2021 vom 30.9.2021.

³ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022.

⁴ RPW 2023/1, 106 ff. Rz 3 ff., *Rangierbares Glasfasernetz*.

⁵ RPW 2021/1, 259 Rz 228 ff., *Netzbastrategie Swisscom*.

⁶ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 7 N 7 f.

in einer Swisscom Anschlusszentrale darstellt, die Voraussetzungen, dass sich hierüber wirksamer Infrastrukturwettbewerb einstellen kann, aus Sicht des Sekretariats gegeben sein können.»⁷

9. Mit anderen Worten können die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb gegeben sein, wenn ein Layer 1-Angebot basierend auf dem rangierbaren Teil des FTTH-Netzes die gesamte Nachfrage aller interessierten FDA decken kann und dieses Angebot eine gleichwertige Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale darstellt. Dies ist aus Sicht des Sekretariats auch der Fall, wenn der Layer 1-Zugang nicht in einer Swisscom Anschlusszentrale bereitgestellt wird. In einer solchen Konstellation könnte aufgrund einer valablen Ausweichmöglichkeit das Verhalten von Swisscom möglicherweise nicht als Verstoss gegen Art. 7 KG qualifiziert werden.

10. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass einzig Swisscom Adressatin der vorsorglichen Massnahmen ist und die WEKO diese aufgrund einer möglichen unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens verfügt hat. Liegen allerdings vergleichbare Konstellationen beim FTTH-Ausbau von anderen Unternehmen vor, könnte ebenfalls ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen. Dies wäre im Einzelfall zu prüfen.

Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen müssen aus Sicht des Sekretariats betreffend Preise, Prozesse, Service Level, Übergabepunkte etc. erfüllt sein, dass von einer «gleichwertigen Alternative zu einem Layer 1-Zugang in einer Swisscom Anschlusszentrale» (Antwortschreiben, S. 6 Abs. 2) ausgegangen werden kann (Layer 1 Äquivalenz)?

11. Die Wettbewerbsbehörden beurteilen die kartellrechtliche Zulässigkeit eines Verhaltens nach einer umfassenden Sachverhaltsabklärung. In diesem Rahmen können sie nach Abschluss einer Untersuchung gemäss Art. 30 Abs. 1 KG mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheiden. Diese Massnahmen werden grundsätzlich so ausformuliert, dass sie die Wirtschaftsfreiheit geringstmöglich einschränken. Deshalb ist es vorliegend nicht möglich, konkrete Vorgaben oder Bedingungen zu formulieren, welche betreffend Preise, Prozesse, Service Levels, Übergabepunkten usw. erfüllt sein müssen. Es liegt in der unternehmerischen Verantwortung eines jeden Unternehmens sein zukünftiges Verhalten kartellrechtskonform auszugestalten. Dabei leisten die Praxis der Wettbewerbsbehörden und Gerichte sowie die Literatur Orientierung.

Ist die Aussage im Antwortschreiben (S. 6 Abs. 2)⁸, wonach «Grundvoraussetzung ist, dass dieses Angebot zu jedem Zeitpunkt allen interessierten FDA mit genügend hohen Kapazitäten der rangierbaren Fasern im Feeder zur Verfügung steht», dahingehend zu interpretieren, dass die Kapazitäten für ein Layer 1 Angebot im Zeitpunkt der Nachfrage zur Verfügung stehen müssen? Lässt dies zu, dass die Kapazitäten nachfrageorientiert zu einem späteren Zeitpunkt geschaffen bzw. erweitert werden (Feeder-Ausbau)? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu berücksichtigen?

12. Die Wettbewerbsbehörden haben festgestellt, dass die Verweigerung eines Layer 1-Zugangs durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 KG führen kann, wenn keine sachlichen Rechtfertigungsgründen («legitimate business reasons») vorliegen.⁹ Vor diesem Hintergrund und den beschlossenen vorsorglichen Massnahmen der WEKO gegen Swisscom ist die Beratungsantwort so zu verstehen, dass allen interessierten FDA zum Zeitpunkt ihrer Nachfrage ein entsprechender für sie nutzbarer Layer 1-Zugang zur Verfügung stehen muss. Wie dies durch das marktbeherrschende Unternehmen bewerkstelligt wird, weil es sich beispielsweise auf die Bereitstellung eines entsprechenden Layer 1-Zugangs durch eine alternative Netzbetreiberin berufen kann und deshalb keine Behinderung von Wettbewerbern in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb besteht, oder indem es einen Layer 1-Zugang beispielsweise basierend auf einer in P2P-Netzarchitektur ausgebauten Netzinfrastruktur anbietet, ist Sache des marktbeherrschenden Unternehmens.

Wäre es zulässig, von einer Nachfragerin eines Layer 1-Zugangs ab einem gewissen Marktanteil bzw. bei der sich daraus ergebenden Wirtschaftlichkeit (Rentabilität) zu verlangen, diesen nicht in den Anschluss- bzw. Ortszentralen von SFN sondern – vorausgesetzt die betriebliche und technische Realisierbarkeit – in den vorgelagerten Quartierverteilern zu beziehen [...]? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu berücksichtigen?

13. Bei der Beurteilung, ob ein unzulässiges Verhalten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG vorliegt, sind auch sachliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Es ist allerdings Sache des marktbeherrschenden Unternehmens sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauchs hinreichend detailliert vorzutragen.¹⁰ Eine pauschale Aussage genügt nicht. Aufgrund der vorliegenden Informationen kann keine abschliessende Abschätzung darüber abgegeben werden, ob und inwiefern ein Layer 1-Zugang in den vorgelagerten Quartierverteilern unter gewissen Umständen als Substitut bzw. als sachlicher Rechtfertigungsgrund im Sinne des KG angesehen werden könnte.

14. In diesem Zusammenhang ist jedoch auf die Ausführungen in der Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 im Zusammenhang mit der Möglichkeit des physischen Zugangs für Dritte ab Splitter im Schacht bzw. BEP hinzuweisen, welcher grundsätzlich nicht als angemessenes Substitut zum physischen Zugang ab der Anschlusszentrale von Swisscom bzw. dem ALO Angebot anzusehen ist.¹¹

⁷ RPW 2023/1, 109 f. Rz 17, *Rangierbares Glasfasernetz*.

⁸ RPW 2023/1, 109 f. Rz 17, *Rangierbares Glasfasernetz*.

⁹ RPW 2021/1, 252 Rz 178, *Netzbaustrategie Swisscom*.

¹⁰ BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022, E. 8.2.2.

¹¹ RPW 2021/1, 244 Rz 122, *Netzbaustrategie Swisscom*.

Wäre es zulässig, die Layer 1 Zugang nachfragenden Anbieterinnen bei einem allfälligen Kapazitätsausbau im rangierbaren Feeder an den Kosten zu beteiligen? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu berücksichtigen?

15. Je nach Umfang und Ausgestaltung könnte eine Überwälzung der Investitionskosten des Kapazitätsausbaus auf Andere unter Umständen zu einer Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs führen. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig, wenn es ohne sachliche Gründe Wettbewerber in der Aufnahme oder Ausübung von Wettbewerb behindert. Ein sachlicher Grund könnte etwa darin bestehen, dass die zu tätigen Investitionskosten über die Laufzeit nicht amortisiert werden können. Es ist Sache des marktbeherrschenden Unternehmens und es liegt in seiner Wirtschaftsfreiheit diejenige Methode für die

Amortisierung der Investitionskosten zu wählen, die dem Unternehmen am ehesten entspricht und nicht zu einer Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs führt.

Ab welchem Zeitpunkt darf Swisscom nach Ansicht des Sekretariats im Rangiermodell die bereits realisierten P2MP-Anschlüsse vermarkten? Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen wären dabei zu beachten?

16. Hierzu kann grundsätzlich auf die Beantwortung der Zusatzfrage 1 verwiesen werden. Eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung, ob und wenn ja welche Vorlaufzeit bis zur Inbetriebnahme eines Layer 1-Zugangs notwendig ist, um wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 7 KG zu gewährleisten, muss im Einzelfall abgeklärt werden und kann nicht pauschal über eine Beratungsanfrage beantwortet werden.

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

1. Sachverhalt

1.1. Gründung und Zweck der A. AG

1. Gemäss der Beratungsanfrage und der dazugehörigen Vollmacht vom 27. Oktober 2022 befindet sich die A. AG gegenwärtig in Gründung. Betreffend die Verwaltung, die Buchführung, die Rechnungsstellung und das Inkasso bestehe ein Mandatsvertrag mit der B. AG.

2. Die Geschäftstätigkeit der A. AG bezwecke den Aufbau eines zentralisierten Systems zur digitalen Verwaltung von Daten von Lieferantinnen- und Händlerinnensystemen in der Sportindustrie.

3. Die A. AG biete einen Schnittstellen-Service an, der den Austausch von Daten zwischen Lieferantinnen- und Händlerinnensystemen ermögliche. Dabei handle es sich um eine unabhängige Datenmanagementlösung, bei welcher möglichst viele Marktteilnehmerinnen von optimierten digitalen Prozessen profitieren könnten. Die Dienstleistungen der A. AG seien externe Dienstleistungen und könnten als Outsourcing einer IT-Dienstleistung betrachtet werden. Die Mission der A. AG bestehe darin, Medienbrüche¹ in der Lieferkette zu reduzieren. Der Grund, weshalb Akteure aus der Sportindustrie eine Datenplattform errichten, liege in der Finanzierung und sei erforderlich, weil es keine geeignete Alternativlösung auf dem Markt gebe.

4. Mögliche Nutzerinnen der A. AG-Datenplattform seien einerseits deren Aktionärinnen und Aktionäre, für die jedoch kein Nutzungszwang hinsichtlich der A. AG-Datenplattform bestehe, und andererseits Unternehmen, die nicht Aktionärinnen und Aktionäre der A. AG seien. Durch den elektronischen Datenaustausch könnten Bestellungen vereinfacht und zentralisiert verarbeitet werden. Für Händlerinnen entstünden Vorteile, weil die A. AG-Datenplattform ihnen die Erstellung elektronischer Lieferscheine und Rechnungen sowie die Einrichtung effizienter Warenlagerungs- und Buchhaltungsprozesse erlauben würde. Standardisierte und für den E-Commerce angereicherte Produktdaten würden eine vereinfachte und schnelle Produktdatenpflege ermöglichen. Dadurch würden Mehraufwände erheblich reduziert und entsprechende Kosten eingespart. Für Lieferantinnen entstehe eine erhöhte Transparenz in Bezug auf die Lagerbestände der Händlerinnen, sofern sie die entsprechenden Daten von sich aus freischalten würden. Dies sei relevant, wenn bei einigen Händlerinnen Produkte ausverkauft seien und bei anderen Händlerinnen zu hohe Lagerbestände bestehen würden. Die erhöhte Transparenz betreffend Lagerbestände würde Fehlallokationen reduzieren können. Damit könne auch Ausschussware vermieden werden.

5. Technisch werde sichergestellt, dass Lieferantinnen jeweils nur auf ihre eigenen Daten und die entsprechenden Daten ihrer Kundinnen Zugriff hätten. Lieferantinnen könnten sich weder über die A. AG-Datenplattform, noch über Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der A. AG, noch über ihre Aktionärsstellung selbstständig Zugriff auf die Daten ihrer Wettbewerberinnen verschaffen. Jede Lieferantinn müsse ihre Händlerinnen separat als Geschäftspartnerinnen auf der A. AG-Datenplattform akzeptieren und freigeben. Dafür sei eine Identifizierung erforderlich. Entsprechend könne sich eine Wettbewerberin nicht bei einer Lieferantin einloggen und Daten zu deren Produktsortiment abfragen. Händlerinnen hätten auch keinen Zugriff auf Daten von Wettbewerberinnen auf der Retail-Ebene.

1.2. Organisation der A. AG

6. Gemäss der Beratungsanfrage ist vorgesehen, dass das Aktionariat der A. AG aus natürlichen und juristischen Personen bestehen werde, die in der Sportindustrie tätig seien. Darunter würden natürliche und juristische Personen fallen, die Sportartikel [...] professionell herstellen, reparieren, verkaufen, handeln, kaufen oder sonst in einer Weise [...] einen Umsatz erzielen. Innerhalb der Sportindustrie solle das Aktionariat grundsätzlich offengehalten werden.

7. Über einen geplanten Aktionärbindungsvertrag solle gewährleistet werden, dass jede Aktionärin und jeder Aktionär zu jedem Zeitpunkt die gleiche Anzahl Aktien an der Gesellschaft halte. Diese Anzahl entspreche dem Aktienkapital geteilt durch die Anzahl Aktionärinnen und Aktionäre. Im Weiteren seien gemäss dem geplanten Aktionärbindungsvertrag ein Stimmpooling oder andere Arten der systematischen Abstimmung zwischen Aktionärinnen und Aktionären unzulässig. Es solle sichergestellt werden, dass es zu keiner Kontrolle durch einzelne oder mehrere Aktionärinnen und Aktionäre komme. Die Aktionärinnen und Aktionäre würden sodann sicherstellen, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Organmitglieder und sämtliche sonstigen Vertreterinnen und Vertreter sowie die Beraterinnen und Berater jeder Partei, denen vertrauliche Informationen anvertraut werden, vertraulich behandelt werden würden.

¹ Gemäss der Beratungsanfrage entsteht ein Medienbruch in der Informationsverarbeitung, wenn in der Übertragungskette eines Prozesses Daten bzw. Informationen von einem auf ein anderes Informationsmedium übertragen würden. Medienbrüche seien für die Verlangsamung von Beschaffungs- oder Verarbeitungsprozessen verantwortlich und könnten in der Informationskette zu Übermittlungsfehlern führen. Ein Medienbruch entstehe, wenn digital erfasste Daten nicht durchgehend für weitere Arbeits- und Geschäftsprozesse weiterverarbeitet werden könnten. Dies sei für die Lieferantinnen und Händlerinnen in der Sportindustrie wichtig, um angesichts grösserer Datenvolumen (wachsende Produkteanzahl und mehr Produktspezifikationen usw.) gegenüber vertikal integrierten Anbieterinnen konkurrenzfähig zu bleiben.

8. Gemäss der A. AG ist vorgesehen, dass ihr Verwaltungsrat aus bis zu drei unabhängigen Mitgliedern bestehen werde, welche nicht gleichzeitig bei Aktionärinnen und Aktionären arbeiten oder entsprechende operative Rollen in der Sportindustrie wahrnehmen dürfen. Die Mitglieder des Verwaltungsrates dürften keine Informationen im Zusammenhang mit der A. AG-Datenplattform, von denen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglieder der A. AG Kenntnis erlangt haben, an Aktionärinnen und Aktionäre und/oder Dritte weitergeben. Die Aktionärinnen und Aktionäre der A. AG hätten damit keinen Einsitz im Verwaltungsrat der A. AG. Sie seien auch nicht in der Geschäftsleitung oder im Personal in irgendeiner Weise vertreten.

9. Die Aktionärinnen und Aktionäre der A. AG hätten jedoch Anspruch auf Einsitz in einem Entwicklergremium, welches sich mit Ideen für die Weiterentwicklung der A. AG-Datenplattform befasse, jedoch keine kommerziellen Themen bespreche. Dieses Entwicklergremium habe keinerlei Zugang zu Daten von Kundinnen und Kunden der A. AG und unterbreite dem Verwaltungsrat ausschliesslich Empfehlungen für die Weiterentwicklung der A. AG-Datenplattform und entsprechender Funktionalitäten.

10. Die A. AG werde gemäss aktueller Planung keine eigenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter haben und verpflichte ihre Vertragsparteien (wie IT-Provider) zur Vertraulichkeit in Bezug auf Informationen der A. AG und ihrer Kundinnen und Kunden bzw. ihrer Aktionärinnen und Aktionäre.

1.3. Zu bearbeitende Daten

11. Gemäss der A. AG ist vorgesehen, folgende Daten über die A. AG-Datenplattform zu bearbeiten, was jeweils in lieferantinnenspezifischen Datensilos geschehen werde:

- a. detaillierte Produktdaten;
- b. Händlerinneneinstandspreise;
- c. unverbindliche Preisempfehlungen und entsprechende Updates (nicht als Teil der Standard-Produktdaten, sondern nur wenn von der Händlerin explizit angefragt);
- d. Daten betreffend Bestellungen (Bestellungen, Angebote, Bestätigungen und Unterlagen betreffend Lieferungen);
- e. Daten betreffend Rechnungsstellungen;
- f. Abwicklung von Garantiefällen (Garantiemeldungen, Retouren usw.);
- g. optional für die Händlerinnen: Abverkäufe der Händlerin (ohne Preisangabe und Angaben zu Kundinnen und Kunden);
- h. Lagerbestand der Herstellerin;
- i. optional für die Händlerinnen: Lagerbestand der Händlerin (falls eine Händlerin Ware an die Lieferantin zurückgebe, werde nicht ersichtlich, an wen die Herstellerin diese weiterverkaufe).

12. Grundsätzlich würden auf der A. AG-Datenplattform diejenigen Daten bearbeitet, welche in der Regel auch in einem B2B-Portal einer Herstellerin gepflegt würden.

Der Unterschied bestehe darin, dass die A. AG-Datenplattform eine Lösung für Händlerinnen im Verhältnis zu verschiedenen Lieferantinnen darstelle und gewissermassen aktuell verschiedene B2B-Portale von Herstellerinnen zusammenführe. Zudem werde die Datennutzung aufgrund der Vermeidung von Medienbrüchen einfacher, genauer und effizienter.

2. Fragestellung

13. Die A. AG ersucht das Sekretariat um eine Bestätigung, dass die A. AG-Datenplattform keine bezweckte Wettbewerbsabrede beinhalte und nach den vorliegenden Informationen auch keine Wettbewerbsbeschränkung bewirke, sofern die Massnahmen zur Risikoverminderung umgesetzt würden.

3. Beurteilung

3.1. Geltungsbereich

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

15. In der Sportindustrie tätige Lieferantinnen und Händlerinnen, anderweitig in der Sportindustrie tätige Personen, die A. AG sowie die B. AG können grundsätzlich den Unternehmensbegriff erfüllen und Wettbewerbsabreden treffen (vgl. unten Rz 17 ff., 45 ff.). Die geplanten Verhaltensweisen können sich sodann grundsätzlich in der Schweiz auswirken. Das Kartellgesetz wäre gegebenenfalls anwendbar.

3.2. Vorbehaltene Vorschriften

16. Vorbehaltenen Vorschriften (Art. 3 KG) sind keine ersichtlich.

3.3. Horizontaler Informationsaustausch

17. Gemäss der A. AG ist geplant, dass mehrere in der Sportindustrie tätige natürliche und juristische Personen – insbesondere in der Herstellung, im Handel und im Vertrieb tätige Personen – Aktionärinnen und Aktionäre der A. AG sein werden (Rz 8). Die Aktionärinnen und Aktionäre der A. AG sollen Einsitz in einem Entwicklergremium nehmen, welches sich mit Ideen für die Weiterentwicklung der A. AG-Datenplattform befassen soll (Rz 12). Neben den Aktionärinnen und Aktionären der A. AG können auch weitere in der Sportindustrie tätige Unternehmen Nutzerinnen der A. AG-Datenplattform werden.

18. Die Arbeit im Entwicklergremium der A. AG und die Nutzung der A. AG-Datenplattform führen zu einem Austausch von Informationen zwischen den beteiligten Unternehmen. Weil es unter den Aktionärinnen und Aktionären der A. AG und unter den Nutzerinnen der A. AG-Datenplattform voraussichtlich Wettbewerberinnen – insbesondere konkurrierende Lieferantinnen und Händlerinnen von Sportprodukten – geben wird, ist nachfol-

gend zu prüfen, ob ein kartellrechtlich problematischer horizontaler Informationsaustausch stattfinden könnte.

3.3.1. Wettbewerbsabrede

19. Als Wettbewerbsabrede gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich durch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken sowie ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.²

3.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

20. Mittels einer Wettbewerbsabrede verzichten Unternehmen auf ihre aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit fließende unternehmerische Handlungsfreiheit, ihre eigene Wettbewerbsposition im Innen- oder Außenwettbewerb festzulegen. Ein solcher Verzicht kann entweder in der Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgen.³

21. Eine Vereinbarung setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220) zwischen mindestens zwei Parteien voraus; die Willensäußerung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.⁴ Die Gründung der A. AG, die Arbeit im Entwicklergremium der A. AG und die Nutzung der A. AG-Datenplattform gründen nach dem Verständnis des Sekretariats auf verschiedenen Verträgen, die u. a. zwischen konkurrierenden Unternehmen oder durch konkurrierende Unternehmen in gleicher Weise (z. B. Vertrag zur Nutzung der A. AG-Datenplattform) eingegangen werden. Ein allfälliger horizontaler Informationsaustausch zwischen Wettbewerberinnen könnte deshalb ganz oder teilweise auf einer Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG beruhen, was jedoch im Einzelfall zu prüfen wäre.

22. Soweit die erwähnten Tätigkeiten den Tatbestand der Vereinbarung nicht erfüllen, könnte der Tatbestand der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllt sein.⁵ Eine abgestimmte Verhaltensweise setzt eine unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) einerseits und ein darauf gestütztes Verhalten (Abstimmungserfolg) andererseits voraus, wobei zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg ein Kausalzusammenhang bestehen muss.⁶ Die Abstimmung beruht auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmerinnen verfügbar sind.⁷ Ausgetauscht werden Informationen, welche die zukünftige Marktstrategie der Wettbewerber betreffen bzw. Rückschlüsse darauf zulassen, so etwa Preise, Umsätze oder die Produktentwicklung.⁸ Ihre Kenntnis vermindert oder beseitigt die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene wettbewerbliche Verhalten.⁹ Das zweite Element, die Umsetzung der Abstimmung, besteht in einem Ab-

stimmungserfolg im Sinne eines in der Regel mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhaltens.¹⁰ Ob eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, wäre ebenfalls im Einzelfall zu prüfen.

3.3.1.2. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

23. Eine *Wettbewerbsbeschränkung* liegt vor, wenn die Abrede zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters (wie beispielsweise Preis, Menge, Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung oder Lieferbedingungen) führt.¹¹ Eine Wettbewerbsbeschränkung kann bezweckt oder bewirkt werden. Ein *Bezwecken* liegt vor, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben.¹² Dabei genügt es, wenn der Abredinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.¹³ Ein *Bewirken* einer Wettbewerbsbeschränkung ist anzunehmen, wenn die Abrede zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt,¹⁴ sie also tatsächlich für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn sie den Wettbewerb künstlich verändert, d. h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie getan hätte.¹⁵

24. Gemäss der Beratungsanfrage wird mit der A. AG-Datenplattform bezweckt, ein zentralisiertes System zur digitalen Verwaltung von Daten von Lieferantinnen- und Händlerinnensystemen aufzubauen (Rz 2). Für die Zusammenarbeit hätten sich die beteiligten Unternehmen aus Gründen der Finanzierung entschlossen, weil es auf dem Markt keine geeignete Alternativlösung gebe (Rz 3). Die A. AG-Datenplattform soll verschiedene Effizienzen im Bereich des Austauschs und der Verarbeitung von Daten schaffen (dazu im Einzelnen Rz 38). Aus der Beratungsanfrage geht insofern nicht hervor, dass durch die Gründung der A. AG, die Arbeit im Entwicklergremium der A. AG oder die Nutzung der A. AG-

² BGE 147 II 72, 77 E. 3.1 f., *Pfizer*.

³ BGE 129 II 18, 24 E. 5.1, *Sammelrevers*.

⁴ BGE 147 II 72, 77 E. 3.3, *Pfizer*.

⁵ BGE 147 II 72, 77 E. 3.2, *Pfizer*.

⁶ BGE 147 II 72, 78 f. E. 3.4.1, *Pfizer*.

⁷ BGE 147 II 72, 80 E. 3.4.2.2, *Pfizer*.

⁸ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.3.2 - 4.5.3.3, *ASCOPA*; BGE 147 II 72, 80 E. 3.4.2.2, *Pfizer*.

⁹ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.3.2, *ASCOPA*; BGE 147 II 72, 80 E. 3.4.2.2, *Pfizer*.

¹⁰ BGE 147 II 72, 81 E. 3.4.3, *Pfizer*.

¹¹ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.1, *ASCOPA*; BGE 147 II 72, 83 E. 3.5, *Pfizer*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 118.

¹² BGE 147 II 72, 84-85 E. 3.6, *Pfizer*; BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

¹³ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.6.4.2, *ASCOPA*; BGE 147 II 72, 84-85 E. 3.6, *Pfizer*.

¹⁴ Vgl. etwa RPW 2020/4a, 1813 Rz 408, *Strassenbau Graubünden*.

¹⁵ BGE 147 II 72, 84-85 E. 3.6 m.w.N., *Pfizer*.

Datenplattform eine Wettbewerbsbeschränkung direkt bezweckt wird. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung kann jedoch auch aufgrund der objektiven Eignung des Abredeinhalts zur Wettbewerbsbeschränkung bejaht werden (Rz 23).

25. Vorliegend werden über die A. AG-Datenplattform insbesondere die Einstandspreise der Händlerinnen, unverbindliche Preisempfehlungen (auf explizite Anfrage der Händlerinnen hin), der Lagerbestand der Herstellerinnen sowie optional Informationen über Abverkäufe (ohne Preis- und Kundenangaben) und Lagerbestände der Händlerinnen bearbeitet. Als kompetitiv sensibel gelten gemäss Praxis insbesondere Informationen über Preise, Mengen, Verkaufszahlen und Kapazitäten.¹⁶ Damit werden über die A. AG-Datenplattform kompetitiv sensible Informationen ausgetauscht. Nicht als kompetitiv sensibel einzustufen ist dahingegen für sich allein genommen der im Rahmen des Entwicklergremiums vorgesehene Austausch über die Weiterentwicklung der A. AG-Datenplattform (Rz 9), soweit sich die Mitglieder des Gremiums an diesen Rahmen halten und ihnen keinerlei Zugang zu kompetitiv sensiblen Daten von Kundinnen und Kunden der A. AG gewährt wird.

26. Der geplante Informationsaustausch soll im vertikalen Verhältnis zwischen Lieferantinnen und Händlerinnen stattfinden, also etwa zwischen Herstellerinnen und Gross- oder Einzelhändlerinnen oder zwischen Grosshändlerinnen und Einzelhändlerinnen. Soweit sichergestellt ist, dass keine kompetitiv sensiblen Informationen im horizontalen Verhältnis zwischen Wettbewerberinnen (z. B. auf Händlerinnen-Stufe und/oder auf Ebene der Lieferantinnen) ausgetauscht werden, ist nicht ersichtlich, wie der gemäss Beratungsanfrage vorgesehene vertikale Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken würde. Damit wäre der Informationsaustausch insofern kartellrechtlich unbedenklich. Vorbehalten ist insbesondere der weiter unten besprochene vertikale Informationsaustausch hinsichtlich Preisempfehlungen (Rz 45 ff.).

27. Allerdings stellt die Ausgestaltung der A. AG und der A. AG-Datenplattform gemäss der Beratungsanfrage nach Auffassung des Sekretariats noch nicht sicher, dass ein Austausch kompetitiv sensibler Informationen im horizontalen Verhältnis zwischen Wettbewerberinnen verhindert wird. Die Beratungsanfrage zählt zwar verschiedene Massnahmen (z. B. technische Zugriffsbeschränkungen; vertragliche Verpflichtungen zur Vertraulichkeit; Verbot einer Doppelrolle als Aktionärin und Verwaltungsrätin; Rz 5 ff.) auf, die einen solchen Informationsaustausch unterbinden sollen. Ohne eine abschliessende Bewertung vornehmen zu können, erachtet das Sekretariat jedoch insbesondere folgende Konstellationen als ungenügend adressiert. So wird in der Beratungsanfrage nicht dargelegt, wie verhindert werden soll, dass eine Händlerin kompetitiv sensible Daten über eine Lieferantin an andere Lieferantinnen weiterleitet (sog. *hub-and-spoke*-Konstellation). Weiter sind keine Massnahmen ersichtlich für den Fall einer vertikal integrierten Lieferantin, die auf der Handelsstufe nicht nur eigene, sondern auch Konkurrenzprodukte vertreibt (und damit auf Handelsstufe Daten anderer Lieferantinnen einsehen könnte) sowie für die Konstellation des zweigleisigen Vertriebs (*dual distribution*), in welcher eine Herstellerin

oder Grosshändlerin, die auch auf der Einzelhandelsstufe tätig ist, anderen Einzelhändlerinnen Preisempfehlungen zusenden und sich gegebenenfalls über deren Lagerbestand informieren könnte. Ebenso fehlen Regelungen, die vorsehen würden, wie mit Arbeitgeberwechseln von Personen mit Zugang zu kompetitiv sensiblen Informationen umzugehen ist. Von einem solchen Wechsel betroffen könnten etwa Lieferantinnen, Händlerinnen, Verwaltungsratsmitglieder der A. AG oder Mandantinnen der A. AG im IT-Bereich sein, die Zugang zu solchen sensiblen Informationen haben könnten. Das Sekretariat kann deshalb auf der Grundlage der Beratungsanfrage nicht ausschliessen, dass die A. AG-Datenplattform objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zwischen Konkurrentinnen zu beschränken und insofern eine Wettbewerbsbeschränkung zu *bezwecken* (Rz 24).

28. Soweit eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ausgeschlossen werden könnte, wäre weiter zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkt* wird, was jedoch nicht abstrakt auf der Grundlage der Beratungsanfrage, sondern nur gestützt auf eine einzelfallweise Prüfung der konkreten Umsetzung der A. AG-Datenplattform möglich ist. Unabhängig von einer Einzelfallanalyse schaffen die an der A. AG-Datenplattform beteiligten Unternehmen durch die Mitwirkung an einer Datensammlung, die kompetitiv sensible Daten enthält und insbesondere auch durch Wettbewerberinnen genutzt werden soll, letztlich eine erhöhte Gefahr, dass diese Daten – allenfalls auch system- oder weisungswidrig (z. B. durch Programmierungs- oder Berechtigungsfehler oder die Weitergabe von Login-Daten) – unter Wettbewerberinnen ausgetauscht werden, wodurch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt werden könnte.

29. Gewisse Angaben in der Beratungsanfrage hinsichtlich der Ausgestaltung der A. AG und der A. AG-Datenplattform bedürften nach Ansicht des Sekretariats weiterer Klärung. So wird beispielsweise angegeben, dass die A. AG gemäss aktueller Planung «keine eigenen Mitarbeiter» haben werde, wobei andernorts auf das «Personal» der A. AG bzw. die «Mitarbeiter von A. AG» Bezug genommen wird. Unklar ist sodann die Aussage, wonach die Aktionärinnen und Aktionäre keinen «direkten» Einsitz im Verwaltungsrat der A. AG haben sollen, zumal der Einsitz von Personen, die wie Vertreterinnen und Vertreter der Aktionärinnen und Aktionäre handeln, aus kartellrechtlicher Sicht gleich zu behandeln wäre wie deren direkter Einsitz. Weiterer Klärung bedürfte auch die Aussage, dass im Entwicklergremium «wenn möglich [...] keine Personen aus Verkaufsteams» der Lieferantinnen an Besprechungen teilnehmen sollen, zumal nach dem Verständnis des Sekretariats auch für diese die Pflicht gelten würde, keine kommerziellen Themen zu besprechen. Falls nach Einschätzung der A. AG bei gewissen Personen ein konkretes Risiko des Austauschs kompetitiv sensibler Informationen besteht, sollten diese überhaupt nicht an Besprechungen des Entwicklergremiums teilnehmen.

¹⁶ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.3.2, ASCOPA; RPW 2011/4, 518, *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*; RPW 2007/1, 144 Rz 37, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 1 Rz 324.

3.3.1.3. Fazit

30. Soweit gewährleistet ist, dass die A. AG und die A. AG-Datenplattform zu keinem Austausch kompetitiv sensibler Informationen zwischen Wettbewerberinnen führt, liegt insofern keine horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor. Die Ausgestaltung der A. AG und der A. AG-Datenplattform gemäss Beratungsanfrage stellt dies jedoch nicht sicher, so dass sie zu einer horizontalen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG führen könnte.

3.3.2. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede

31. Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 KG), sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Eine solche Beseitigungswirkung wird vermutet, wenn eine Abrede unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG subsumiert werden kann.

32. Ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerberinnen kann gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sein.¹⁷ Eine entsprechende Prüfung erfordert umfangreiche Sachverhaltsermittlungen hinsichtlich der Marktstellung der beteiligten Unternehmen und der Wirkungen der abzuklärenden Verhaltensweisen, was stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich macht.¹⁸ Die endgültige Beurteilung eines konkreten Informationsaustausches kann daher in der Regel nicht im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG erfolgen.¹⁹ Das Sekretariat beschränkt sich deshalb auf die folgenden Ausführungen.

33. Ein Informationsaustausch ist insbesondere dann problematisch, wenn die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen.²⁰ Doch auch wenn die ausgetauschten Informationen nicht als geheim, aber doch als üblicherweise vertraulich einzustufen sind, ist von einem heiklen Austausch sensibler Informationen auszugehen.²¹ Der Austausch von Informationen zu wichtigen Wettbewerbsparametern wie Preisen, Mengen, Geschäftsstrategien oder Umsätzen ist problematischer als der Austausch von weniger sensiblen Informationen wie Marktanteilen, Lagerbeständen oder Kapazitätsauslastungen.²² Für die Beurteilung der wettbewerbschädigenden Auswirkung zu berücksichtigen ist insbesondere das Aggregationsniveau der Daten.²³ Je detaillierter die ausgetauschten Informationen sind, desto einfacher ist es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten entsprechend anzupassen.²⁴ Die Aktualität der Informationen ist insofern von Bedeutung, als der Austausch rein historischer Daten kaum zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.²⁵ Das Risiko einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ist umso geringer, je älter die ausgetauschten Daten sind.²⁶ Aktuelle Daten und Prognosen bergen hingegen das Risiko, dass sich die Marktteilnehmer kollusiv verhalten.²⁷ Schliesslich ist auch die Frequenz des Informationsaustausches zu berücksichtigen.²⁸ Konkurrentinnen können ihre Geschäftsstrategien einfacher und schneller aneinander anpassen, je öfter der Austausch stattfindet.²⁹

34. Die Ausgestaltung der A. AG und der A. AG-Datenplattform gemäss Beratungsanfrage vermag den Austausch kompetitiv sensibler Informationen zwischen Wettbewerberinnen nach Auffassung des Sekretariats nicht zu unterbinden (Rz 27 f.). Ausgetauscht werden über die A. AG-Datenplattform u. a. Informationen über unternehmensindividuelle Einstandspreise (also die Einkaufspreise der Händlerinnen und damit die Verkaufspreise der Lieferantinnen), unverbindliche Preisempfehlungen, Lagerbestände der Herstellerinnen sowie optional Informationen über Abverkäufe (ohne Preis- und Kundenangaben; also beispielsweise Verkaufsmengen) und Lagerbestände der Händlerinnen (Rz 11). Auf den vertikalen Austausch unverbindlicher Preisempfehlungen wird weiter unten eingegangen (Rz 45 ff.).

35. Als besonders problematisch wäre im Lichte der vorangehenden Ausführungen (Rz 33) der Austausch unternehmensindividueller, aktueller Einstandspreise (der Händlerinnen) sowohl zwischen konkurrierenden Lieferantinnen als auch zwischen konkurrierenden Händlerinnen zu bewerten. Wäre hierin eine direkte oder indirekte Preisfestsetzung (einschliesslich der Festsetzung von Preisbestandteilen) zu sehen, könnte der Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt sein, so dass, vorbehaltlich einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, ein sanktionierbarer Sachverhalt vorliegen könnte.³⁰ Entscheidend ist gemäss Bundesverwaltungsgericht die «Wirkung der Preisfestsetzung», wobei eine Preisbeeinflussung noch nicht

¹⁷ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.5.8, ASCOPA; RPW 2011/4, 589 f. Rz 431 ff., ASCOPA.

¹⁸ RPW 2021/3, 620 Rz 15 f., *Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

¹⁹ RPW 2021/3, 620 Rz 15, *Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

²⁰ RPW 2021/3, 620 Rz 16, *Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*; RPW 2011/4, 584 Rz 391, ASCOPA.

²¹ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.4.1.4.4, ASCOPA; RPW 2021/3, 620 Rz 16, *Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*; RPW 2011/4, 517 ff., *Benchmarking Hypothekarzinsenmargen*; RPW 2007/1, 144 Rz 37, 167, *Praxis im Versicherungsbereich*.

²² RPW 2021/3, 620 Rz 16, *Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*; RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, in: DIKE-KG (Fn 28), Art. 4 Rz 159 m.w.N.

²³ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.4.1.3, ASCOPA; RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

²⁴ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.4.1.3.3, ASCOPA; RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

²⁵ RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cem-suisse*.

²⁶ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.4.1.2.1, ASCOPA; RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

²⁷ RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cem-suisse*.

²⁸ RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cem-suisse*.

²⁹ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.4.1.1.1, ASCOPA; RPW 2016/4, 916 II.1.1.a, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

³⁰ BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3., *ERNE Holding AG Laufenburg et al./Wettbewerbskommission WEKO*.

ausreicht.³¹ Der Austausch zwischen Wettbewerberinnen von Daten zu Lagerbeständen und Abverkäufen der Händlerinnen könnte weiter die Gefahr der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-brandwettbewerbs schaffen und zu Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnerinnen sowie allenfalls zu Mengenbeschränkungen führen.³² Diesfalls könnte wiederum nur im Einzelfall geprüft werden, ob ein Anwendungsfall von Art. 5 Abs. 1 KG oder ein Anwendungsfall der sanktionsbewehrten Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c KG vorliegt. Inwiefern von einer den Wettbewerb beseitigenden Abrede auszugehen wäre, müsste einzelfallspezifisch geprüft werden.³³

36. Zusammengefasst könnte die gemäss Beratungsanfrage ausgestaltete A. AG-Datenplattform, falls sie zu einer Wettbewerbsabrede führt (Rz 30), den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG oder einen der Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a–c KG erfüllen.

3.3.3. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

37. Wettbewerbsabreden, die nicht zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie kumulativ (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG). Ob eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist, ist im Einzelfall zu prüfen.

38. In der Beratungsanfrage werden verschiedene Gründe geltend gemacht, welche die Ausgestaltung der A. AG und der A. AG-Datenplattform rechtfertigen könnten (Rz 3 f.). Insbesondere soll die A. AG-Datenplattform dazu dienen, Medienbrüche in der Wertschöpfungskette zu reduzieren bzw. zu verhindern. Darüber hinaus sollen Bestellungen vereinfacht und zentralisiert verarbeitet werden. Die Erstellung elektronischer Lieferscheine und Rechnungen sowie die Einrichtung effizienter Warenlagerungs- und Buchhaltungsprozesse sollen ermöglicht werden. Ferner sollen standardisierte und für den E-Commerce angereicherte Produktdaten eine vereinfachte und schnelle Produktdatenpflege ermöglichen. Dadurch würden Mehraufwände reduziert und Kosten eingespart. Weiter würde für Lieferantinnen eine erhöhte Transparenz in Bezug auf die Lagerbestände der Händlerinnen entstehen, sofern sie die entsprechenden Daten von sich aus freischalten würden, wodurch Fehllokationen reduziert und Ausschussware vermieden werden könnten.

39. Die obenerwähnten Gründe können als Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG eingestuft werden, wobei es insbesondere um eine Senkung der Vertriebskosten, die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen und eine rationellere Nutzung der Ressourcen geht.

40. Die vorgenannten Rechtfertigungsgründe beziehen sich allesamt auf den vertikalen Informationsaustausch zwischen Lieferantinnen und Händlerinnen sowie den horizontalen Informationsaustausch im Entwicklerteam der A. AG, der keine kommerziellen Themen betreffen darf. Weil es damit um Tätigkeiten geht, die keinen Austausch kompetitiv sensibler Daten zwischen Wettbewerberinnen betreffen, erfüllen diese bereits den Tatbestand der Wettbewerbsabrede nicht, so dass sich die Frage der Rechtfertigung gar nicht stellt.

41. Was den Austausch kompetitiv sensibler Informationen zwischen Wettbewerberinnen anbelangt (Rz. 27 f.), ergeben sich Rechtfertigungsgründe weder aus der Beratungsanfrage, noch sind sie für das Sekretariat anderweitig ersichtlich. Insofern erübrigt sich vorliegend eine weitere Prüfung, wobei das Sekretariat davon ausgeht, dass allfällige Gründe der wirtschaftlichen Effizienz einen horizontalen Informationsaustausch insbesondere mangels Notwendigkeit nicht rechtfertigen könnten.

42. Zusammengefasst würde sich ein horizontaler Austausch kompetitiv sensibler Informationen zwischen Wettbewerberinnen voraussichtlich nicht gemäss Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen.

3.3.4. Fazit

43. Soweit die Ausgestaltung der A. AG und der A. AG-Datenplattform sicherstellt, dass keine kompetitiv sensiblen Informationen zwischen Wettbewerberinnen (z. B. auf Händlerinnen-Stufe und/oder auf Ebene der Lieferantinnen) ausgetauscht werden, ist bereits der Tatbestand der horizontalen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt, so dass die A. AG und die A. AG-Datenplattform insofern kartellrechtlich unbedenklich sind.

44. Stellt die Ausgestaltung der A. AG oder der A. AG-Datenplattform dies nicht sicher, könnten die A. AG bzw. die A. AG-Datenplattform zu einer unzulässigen horizontalen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 KG führen, die sich beim Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung mutmasslich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen würde.

3.4. Preisempfehlungen

3.4.1. Wettbewerbsabrede

45. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zur Wettbewerbsabrede kann auf die Rz 19 ff. verwiesen werden.

³¹ BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3., *ERNE Holding AG Laufenburg et al./Wettbewerbskommission WEKO*.

³² Vgl. RPW 2021/3, 621 Rz 17, *Zuverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das AST-RA*; RPW 2019/2, 283 VI., *AMAG Vertriebsnetz*.

³³ Inwiefern die A. AG als Teilnehmerin oder facilitator der Abrede zu betrachten wäre, könnte nur in einem konkreten Einzelfall bestimmt werden (vgl. RPW 2019/3b, 944 Rz 2227 ff., 968 Rz 2348 ff., *Badezimmer (2. Teil)*; RPW 2019/2, 443 Rz 585, 505 Rz 1100, *Verfügung Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*).

3.4.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

46. Gemäss Beratungsanfrage ist vorgesehen, dass die Lieferantinnen ihren Händlerinnen über die A. AG-Datenplattform unverbindliche Preisempfehlungen zur Verfügung stellen (Rz 11). Die unverbindlichen Preisempfehlungen würden über die A. AG-Datenplattform direkt in das Kassensystem der Händlerinnen eingespeist, dies jedoch nur dann, wenn sie von einer Händlerin spezifisch abgerufen werden. Ein Automatismus sei so ausgeschlossen. Zudem müssten die Händlerinnen bei jeder Preisabfrage eine «Check-Box» anklicken, wonach sie die Unverbindlichkeit der Preisempfehlungen zur Kenntnis genommen hätten und die Verantwortung für die Berechnung des Wiederverkaufspreis bei ihnen liege. Die Übermittlung unverbindlicher Preisempfehlungen sei für die A. AG unverzichtbar, weil Händlerinnen angesichts der grossen Anzahl verkaufter Produkte unverbindliche Preisempfehlungen erwarten würden und sich die A. AG-Datenplattform ohne sie nicht durchsetzen könne.

47. Wie weiter oben ausgeführt (Rz 21), gründet der Datenaustausch über die A. AG-Datenplattform nach dem Verständnis des Sekretariats auf Verträgen. Art und Inhalt der Datenübertragung zwischen Lieferantinnen und Händlerinnen sind insofern vertraglich festgehalten, wobei die einzelnen Lieferantinnen und Händlerinnen sowohl über bilaterale Verträge als auch über (in Bezug auf die Nutzung der Datenplattform) gleich oder ähnlich lautende Verträge mit der A. AG verfügen dürften. Hinsichtlich der Übermittlung von Preisempfehlungen zwischen Lieferantinnen und Händlerinnen ist deshalb von einem bewussten und gewollten Zusammenwirken im Sinne einer Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen. Soweit die Händlerinnen, die gemäss Beratungsanfrage die Übermittlung von Preisempfehlungen erwarten (Rz 46), die Lieferantinnen zur Übermittlung von Preisempfehlungen auffordern, was eine Willenserklärung darstellen würde, könnte sich eine Vereinbarung auch dadurch ergeben, dass die Lieferantinnen durch eine entsprechende Mitteilung ihrerseits ebenfalls ihren Willen (gegebenenfalls stillschweigend) mitteilen würden.³⁴ Falls eine Vereinbarung zu verneinen wäre, wäre weiter zu prüfen, ob von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen wäre.

48. Zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise kann auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden (Rz 22 ff.). Im Urteil *Pfizer* hat das Bundesgericht den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise hinsichtlich Preisempfehlungen einer Herstellerin pharmazeutischer Produkte zuhanden ihrer Händlerinnen als erfüllt betrachtet. Eine Abstimmung bejahte es, weil mit der wiederholt vorgenommenen elektronischen Übermittlung von Preisempfehlungen eine intensive Kommunikation zwischen Herstellerin und Händlerinnen stattgefunden habe, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt worden seien.³⁵ Weil die Preisempfehlungen von einer sehr grossen Anzahl von Händlerinnen befolgt worden seien, erachtete es auch einen Abstimmungserfolg als gegeben, wobei es sodann auch die Kausalität zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg bejahte.³⁶

49. Ob unverbindliche Preisempfehlungen als abgestimmte Verhaltensweisen zu qualifizieren sind, kann das Sekretariat nur in einem konkreten Einzelfall vollständig prüfen. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Preisempfehlungen gemäss Beratungsanfrage kann jedoch festgehalten werden, dass wiederholt und direkt in das Kassensystem der Händlerinnen elektronisch übermittelte Preisempfehlungen zu einer Abstimmung führen können (Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 12. Dezember 2022 [VertBek-Erläuterungen], Rz 8 Punkt 2). Die Erfordernisse eines aktiven Abrufens der Preisempfehlung durch die Händlerin sowie der Beachtung einer digitalen Check-Box mit Hinweisen auf die Unverbindlichkeit der Preisempfehlungen und einer Ermahnung zur eigenständigen Festlegung der Wiederverkaufspreise reichen für sich allein genommen voraussichtlich nicht aus, um eine Abstimmung zu verhindern. Was die Bezeichnung einer Preisempfehlung als unverbindlich anbelangt, so hat das Bundesgericht bereits festgehalten, dass eine solche für die Beantwortung der Frage, ob zwischen den Herstellerinnen und den Händlerinnen eine Wettbewerbsabrede besteht, nicht massgebend ist (VertBek-Erläuterungen, Rz 8 Punkt 2).³⁷ Weil die Tatbestandselemente des Abstimmungserfolgs und des Kausalzusammenhangs ausserhalb eines tatsächlich umgesetzten Anwendungsfalls nicht sinnvoll erörtert werden können, wird auf weitere beratungsspezifische Ausführungen verzichtet.

50. Nach Ansicht des Sekretariats könnte die (allenfalls auch wiederholte und direkt in das Kassensystem der Händlerinnen stattfindende elektronische) Übermittlung von tatsächlichen individuellen Einstandspreisen eine taugliche Alternative zur Übermittlung von Preisempfehlungen darstellen, wenn sichergestellt ist, dass es letztlich den Händlerinnen obliegt, ihren Verkaufspreis selbst festzulegen. Eine entsprechende eigenständige Preissetzung könnte innerhalb der Kassensysteme der Händlerinnen stattfinden, beispielsweise indem diese beim Erscheinen des Einstandspreises aufgefordert werden, ihren eigenen Preis festzulegen, unabhängig davon, ob dies direkt oder indirekt mittels Definition einer Marge oder eines Faktors in Bezug auf den Einstandspreis geschieht.

3.4.1.2. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

51. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zur Wettbewerbsbeschränkung kann auf Rz 23 verwiesen werden. Eine Abrede ist dann bezweckt, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist. Um das Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen, sind tatsächliche

³⁴ BGE 147 II 72, 92 f. E. 5.2.3, *Pfizer*.

³⁵ BGE 147 II 72, 93 E. 5.2.4, *Pfizer*.

³⁶ BGE 147 II 72, 96 E. 5.3.7, 97–99 E. 5.4, *Pfizer*.

³⁷ BGE 147 II 72, 100 E. 5.6, *Pfizer*.

Auswirkungen der Abrede auf den Wettbewerb nicht erforderlich; die objektive Eignung des Abredeinhalts ist ausreichend.³⁸ Im Urteil *Pfizer* hat das Bundesgericht erwogen, dass Preisempfehlungen objektiv geeignet sind, eine solche Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen und deshalb als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert werden können (Rz 23).³⁹

52. Falls eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen wäre, wäre zu prüfen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkt* wird, was jedoch nicht abstrakt auf der Grundlage der Beratungsanfrage, sondern nur gestützt auf eine einzelfallweise Prüfung der konkreten Umsetzung der A. AG-Datenplattform möglich wäre. Gemäss Bundesgericht kann eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung insbesondere angenommen werden, wenn Preisempfehlungen einer Herstellerin von den Händlerinnen in bedeutendem Masse befolgt werden und gezeigt werden kann, dass die Preise ohne Abrede tiefer wären.⁴⁰

3.4.1.3. Fazit

53. Wiederholt und direkt in das Kassensystem der Händlerinnen elektronisch übermittelte Preisempfehlungen der Lieferantinnen könnten zu einer Vereinbarung bzw. zu einer abgestimmten Verhaltensweise und damit zu einer vertikalen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG führen.

3.4.2. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede

54. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zur Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede kann auf die Rz 31 ff. verwiesen werden. Zu prüfen wäre vorliegend insbesondere, ob die Preisempfehlungen der Lieferantinnen den Tatbestand einer Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise erfüllen (Art. 5 Abs. 4 KG).

55. Gemäss den VertBek-Erläuterungen ist eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG eine vertikale Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG, wenn sich Preisempfehlungen infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken (VertBek-Erläuterungen, Rz 8 Punkt 4).⁴¹ Allein gestützt auf die Beratungsanfrage bestehen keine Hinweise, dass die Lieferantinnen Druck auf die Händlerinnen ausüben oder ihnen Anreize gewähren sollen, damit diese die Preisempfehlungen einhalten. Eine diesbezügliche kartellrechtliche Würdigung ist ausserhalb eines konkreten Anwendungsfalls nicht möglich. Gleiches gilt für die in den VertBek-Erläuterungen erwähnte Konstellation, wonach eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG eine vertikale Preisabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG ist, wenn sich die Preisempfehlungen insbesondere infolge des Befolungsgrads tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken (VertBek-Erläuterungen, Rz 8 Punkt 3). Aus diesem Grund wird auf weitere Ausführungen dazu verzichtet.

56. Festzuhalten ist abschliessend, dass eine als Preisempfehlung getarnte vertikale Preisabrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen würde (Art. 12 Abs. 3 VertBek; VertBek-Erläuterungen, Rz 8 Punkt 5).

57. Zusammengefasst könnte die elektronische Übermittlung von Preisempfehlungen über die A. AG-Datenplattform den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 erfüllen.

3.4.3. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

58. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zu Rechtfertigungsgründen wird auf Rz 37 verwiesen.

59. Rechtfertigungsgründe für die Übermittlung von Preisempfehlungen ergeben sich weder aus der Beratungsanfrage noch sind sie für das Sekretariat anderweitig ersichtlich. Die in der Beratungsanfrage angeführten Rechtfertigungsgründe (Rz 38) dürften sodann insbesondere das Kriterium der Notwendigkeit nicht erfüllen, da das angegebene Ziel der A. AG-Datenplattform (z. B. Vereinfachung von Bestellprozessen, Effizienzsteigerungen) bereits mithilfe des übrigen vertikalen Datenaustauschs sowie ohne die direkt in das Kassensystem der Händlerinnen stattfindende elektronische Übermittlung von Preisempfehlungen erreichbar ist. Darüber hinaus könnte die (allenfalls auch wiederholte und direkt in das Kassensystem der Händlerinnen stattfindende elektronische) Übermittlung von tatsächlichen individuellen Einstandspreisen eine taugliche Alternative zur Übermittlung von Preisempfehlungen darstellen, wenn sichergestellt ist, dass es letztlich den Händlerinnen obliegt, ihren Verkaufspreis selbst festzulegen (Rz 50).

60. Zusammengefasst würden sich direkt in das Kassensystem der Händlerinnen stattfindende elektronische Übermittlungen von Preisempfehlungen, die zu Preisabreden führen, voraussichtlich nicht gemäss Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen.

3.4.4. Fazit

61. Die direkt in das Kassensystem der Händlerinnen elektronisch übermittelten Preisempfehlungen der Lieferantinnen können zu einer Vereinbarung bzw. zu einer abgestimmten Verhaltensweise und damit zu einer vertikalen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG führen. Sie können diesfalls den Tatbestand der Abrede über Mindest- oder Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 erfüllen und würden sich beim Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung voraussichtlich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.

³⁸ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 7.3.3.2 m.w.N., ASCOPA.

³⁹ BGE 147 II 72, 99 E. 5.5 m.w.N., *Pfizer*. Vgl. auch BGE 144 II 246, 258 E. 6.8, *Altimum*.

⁴⁰ BGE 147 II 72, 99 E. 5.5, *Pfizer*.

⁴¹ Vgl. auch Art. 4 Bst. a Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABI 2022 L 134/4).

4. Ergebnis

62. Das Sekretariat kann auf der Grundlage der Informationen gemäss Beratungsanfrage bestätigen, dass die A. AG-Datenplattform keine bezweckte Wettbewerbsabrede beinhaltet und/oder nach den vorliegenden Informationen keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, sofern die Massnahmen zur Risikoverminderung umgesetzt werden und die Ausgestaltung der A. AG und der A. AG-Datenplattform gewährleistet, dass

- keine kompetitiv sensiblen Informationen zwischen Wettbewerberinnen (z. B. auf Händlerinnen-Stufe und/oder auf Ebene der Lieferantinnen) ausgetauscht werden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 KG), und
- keine unverbindlichen Preisempfehlungen der Lieferantinnen direkt in das Kassensystem der Händlerin-

nen elektronisch übermittelt werden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG),

wobei eine abschliessende Prüfung umfangreiche Sachverhaltsermittlungen und deshalb stets eine Einzelfallbetrachtung erfordert.

5. Kosten

Beratungen durch das Sekretariat sind kostenpflichtige Dienstleistungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. d und Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz [Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2]). Gemäss Art. 4 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt. [...]

B 2

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. DSM Venturing/Fonterra (Europe)/JV

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. Dezember 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 29. Dezember 2022

1. Am 30. November 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen durch die DSM Venturing B.V. (nachfolgend: DSM Venturing) einerseits und durch die Fonterra (Europe) Coöperatie U.A. (nachfolgend: Fonterra) andererseits.

2. DSM Venturing mit Sitz in Heerlen (Niederlande) ist eine Beteiligungsgesellschaft und Teil der Royal DSM N.V. Gruppe (nachfolgend: DSM), deren Sitz ebenfalls in Heerlen (Niederlande) ist. DSM ist in den Bereichen Tiernahrung, Ernährung, Gesundheit und Biowissenschaften an mehr als 250 Standorten auf fünf Kontinenten mit ca. 21'000 Mitarbeiter tätig. Die Aktivitäten von DSM umfassen insbesondere Ernährungslösungen für die globale Futterindustrie, Spezialzusatzstoffe (frühkindliche Ernährung, medizinische Ernährung und Nahrungsergänzungsmittel) sowie die Herstellung von Inhaltsstoffen für die Körperpflegeindustrie und biomedizinische Materialien.

3. Fonterra mit Sitz in Amsterdam (Niederlande) ist eine weltweit tätige Molkereigenossenschaft und Tochtergesellschaft der Fonterra Co-operative Group Limited mit Sitz in Auckland (Neuseeland). Fonterra sammelt die Milch der Produzentinnen (Landwirtinnen und Landwirten) ein, ist in der Herstellung von Molkereiprodukten tätig und verkauft diese Produkte sowohl an die Gastronomie als auch über verschiedene Absatzkanäle an Endkundinnen und Endkunden. Zu den wichtigsten Marken von Fonterra gehören NZMP, Nutiani, Anchor Food Professionals, Anchor, Annum und Anlene, welche in 130 Ländern vertrieben werden.

4. Das Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) werde in der Entwicklung, Herstellung, Vermarktung und der Verkauf von durch Fermentation gewonnenem Milchprotein tätig sein. Das GU beabsichtige durch Präzisionsfermentation Milchproteine mit ähnlicher Struktur, Funktionsweise und Nährwert von (herkömmlichen) Milchproteinen herzustellen, dies aber ohne den Einsatz von Tieren. Das Produkt des GU werde eine Zutat sein, die an Herstellerinnen von Lebensmitteln (z.B. für Milchalternativen) und Spezialnahrung (Säuglingsnahrung, medizinische Ernährung) verkauft werden könne.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckten DSM und Fonterra (nachfolgend gemeinsam: die Parteien), ihr Know-how und geistige Eigentumsrechte in das GU einzubringen, um die Fermentationsproteine gemeinsam zu entwickeln und herzustellen zu können.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 23. November 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.³

7. DSM und Fonterra haben am 20. Juli 2022 einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen. Die Parteien haben vereinbart, dass nach Vollzug des Zusammenschlusses DSM und Fonterra jeweils einen Aktien- und Stimmrechtsanteil von 50 % am GU halten werden. Der Aufsichtsrat besteht zunächst aus vier Mitgliedern, wobei jede Partei berechtigt ist, zwei Mitglieder zu ernennen. Der Aufsichtsrat überwacht die Leitung der Gesellschaft und dessen Zustimmung ist für strategische Entscheide des GU erforderlich. Bei Stimmgleichheit wird die Angelegenheit an die Generalversammlung verwiesen und von dieser beschlossen. DSM und Fonterra werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

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

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

³ Case COMP M.10874 – DSM/Fonterra/Tasman.

8. Das GU wird eine eigene Marktpräsenz haben, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁴

9. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

10. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in dem Bereich, in welchen das GU künftige Aktivitäten mit räumlich relevantem Bezug zur Schweiz plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte (vgl. Rz 4). Konkret handelt es sich um den Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteinen.

12. Der Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteinen stelle, gemäss Angaben der Parteien, einen relativ neuen Bereich im Markt für alternative Proteine⁵ dar. Der Bereich für durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteine sei jedoch noch in der Entwicklung und weise eine hohe Dynamik auf. Es gebe derzeit nur eine in den USA ansässige Herstellerin, die Perfect Day Inc., welche präzisionsfermentierte Milchproteine in nennenswertem Umfang anbieten würde. Derzeit seien die im Handel erhältlichen alternativen Proteine meist aus pflanzlichen Quellen. Allerdings würden sich die pflanzlichen Proteine von denen durch Präzisionsfermentation gewonnenen Milchproteine unterscheiden, da letztere die gleichen sensorischen Eigenschaften (z.B. Geschmack und Textur), Nährwerte und Funktionsweisen von (herkömmlichen) Milchproteinen nachahmen könnten. Die Parteien sind daher der Ansicht, dass das GU in der Herstellung und dem Vertrieb auf einen (separaten) sachlichen Markt von durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteine tätig sein werde. Aufgrund der Dynamik in diesem Markt könne allerdings eine genaue sachliche Definition vorliegend offengelassen werden.

13. Die WEKO hat sich bisher nicht mit dem Bereich für die Herstellung und den Vertrieb von durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteinen beschäftigt. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteinen ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

14. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für die Herstellung und den Vertrieb von durch Präzisi-

onsfermentation hergestellten Milchproteinen bringen die Parteien vor, dass dieser (mindestens) europaweit (EWR+CH-weit) sein werde. Auch die Europäische Kommission ist zumindest in Bezug auf einen Markt für pflanzliche Proteine in ihrer bisherigen Praxis von (mindestens) EWR-weiten räumlichen Märkten ausgegangen, hat aber eine genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen.⁶

15. In räumlicher Hinsicht ist im Sinne einer Arbeitshypothese für den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteinen von einem europaweiten (EWR+CH-weiten) Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Die Marktanteile des GU auf einem europaweiten Markt für die Herstellung und den Vertrieb von durch Präzisionsfermentation hergestellten Milchproteinen geben die Parteien mit 0 % an, da das GU derzeit noch nicht am Markt aktiv ist. Gemäss Angaben der Parteien überschneiden sich deren Tätigkeiten sowie diejenigen des GU nicht. DSM bietet Lebensmittelzutaten an, die auf Fermentation, Extraktion oder Synthese beruhen, und ist grundsätzlich nicht an Tätigkeiten mit Milch oder aus Milch gewonnenen Produkten beteiligt (vgl. Rz 2). Fonterra hingegen ist ein Molkereiunternehmen, das Milch zu Molkereiprodukten verarbeitet und verkauft (vgl. Rz 3). Vorliegend überschreiten die Parteien gemäss eigenen Angaben die Marktanteilsschwelle von 30 % auf allen denkbaren relevanten Märkten nicht.

17. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

⁴ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁵ Alternative Proteine würden, gemäss Angaben der Parteien, hauptsächlich aus pflanzlichen Quellen (Soja, Weizen, Erbsen, Mais, Getreide, Raps, Hanf, Mungobohnen, Reis, Kartoffeln, Algen) aber auch aus Pilzen oder Insekten gewonnen. Vgl. auch Case COMP M.9827, Rz 41, *International Flavors & Fragrances / Nutrition & Biosciences*.

⁶ Vgl. Case COMP M.9827, Rz 78 und Rz 84, *International Flavors & Fragrances / Nutrition & Biosciences*.

B 2.3

2. Stellantis/Hon Hai/JV

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Januar 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 23. Januar 2023

1. Am 21. Dezember 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die beabsichtigte gemeinsame Kontrolle eines zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU) durch Stellantis N.V. und Hon Hai Precision Industry Co. Ltd (nachfolgend gemeinsam: die Parteien).

2. Stellantis N.V. (nachfolgend: Stellantis) mit Sitz in Hoofddorp (Niederlande) ist ein weltweit tätiger Automobilkonzern, der Kraftfahrzeuge, Komponenten und Produktionssysteme entwickelt, konstruiert, herstellt, vertreibt und verkauft. Ausserdem bietet Stellantis Retail- und Händlerfinanzierung an, um den Verkauf von Fahrzeugen ihrer Marken zu unterstützen.¹

3. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd. (nachfolgend: Hon Hai) mit Sitz in New Taipei City (Taiwan) ist weltweit für Computer-, Kommunikations- und Unterhaltungselektronikunternehmen in den Bereichen Design, Entwicklung, Herstellung, Montage und Kundendienst tätig. Hon Hai erbringt elektronische Fertigungsdienstleistungen für Erstausrüster (Original Equipment Manufacturer, OEM) von elektronischen Produkten wie Mobiltelefonen, Computern oder Fernsehgeräten sowie mit Fokus auf die Märkte in den USA und den ASEAN-Staaten² auch Dienstleistungen in den Bereichen der Auftragsentwicklung und -fertigung für elektronische Fahrzeuge. Zudem hat Hon Hai vor kurzem mit der Entwicklung von Halbleitern für Automobilanwendungen begonnen.

4. Das Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) werde in der Entwicklung von Halbleitern für die Automobilbranche tätig sein. Das neu zu gründende GU werde die Versorgung von Automobil Halbleiter für Stellantis und Hon Hai sicherstellen und beabsichtige auch dritte Automobilzulieferer und OEM zu beliefern.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien eine strategische Partnerschaft für gemeinsame Investitionen in die Entwicklung und die Durchführung der Produktion und Lieferung von Automobilhalbleitern. Ziel sei die Unterstützung der Initiative von Stellantis, wobei die Komplexität von Halbleitern reduziert werden soll. Dabei würde eine völlig neue Art von «zweckbestimmten Halbleitern» zur Unterstützung der Stellantis-Fahrzeuge entwickelt werden. Die zunehmende Digitalisierung der Fahrzeuge erfordere ein Angebot in die-

sem immer wichtiger werdenden Bereich, dies mit den entsprechenden Fähigkeiten und der nötigen Flexibilität. Die Partnerschaft werde das Fachwissen, die Entwicklungskapazität und die Lieferkette von Hon Hai nutzen und Stellantis werde die Erfahrung aus dem Bereich der Automobilindustrie in das GU einbringen.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 14. Dezember 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.³

7. Stellantis und Hon Hai beabsichtigen ein GU zu gründen und die Parteien werden [...] Aktien am GU halten. [...] Das GU wird durch einen Verwaltungsrat geleitet, der [...]. Entscheide und Beschlüsse des Verwaltungsrats werden [...] gefasst. [...] Stellantis und Hon Hai werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁴

9. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

10. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem das GU künftige Aktivitäten in der Schweiz plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte, sowie die entsprechenden Aktivitäten der Parteien in diesem Bereich. Konkret handelt es sich um den Bereich der Entwicklung und Lieferung von Halbleitern für die Automobilbranche.

12. Halbleiter sind Materialien, wie z.B. Silizium, die als Isolator oder Leiter fungieren können und von Geräteherstellern gekauft werden, um in ein Endprodukt, in diesem Fall ein Automobil, integriert zu werden. Die Europäische Kommission hat in ihrer Praxis u.a. erwogen, den Markt für Halbleiter entsprechend deren Endanwendungen aufzuteilen, wobei sie neben anderen ein Segment für Automobile identifiziert hat.⁵

¹ Vgl. RPW 2022/2, 441 Rz 3, *Daimler/Saft/Stellantis/ACC/JV*.

² Association of Southeast Asian Nations.

³ Case COMP M.10982, *Stellantis/Hon Hai Precision Industry/JV*.

⁴ Vgl. RPW 2022/2, 441 Fn 8, *Daimler/Saft/Stellantis/ACC/JV*.

⁵ Vgl. Case COMP M.9466, Rz 10, *Infineon/Cypress*.

13. Die WEKO hat sich bisher nicht mit dem Bereich der Entwicklung und Lieferung von Halbleitern für die Automobilbranche beschäftigt. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Entwicklung und Lieferung von Halbleitern für die Automobilbranche ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

14. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für die Entwicklung und Lieferung von Halbleitern für die Automobilbranche ist die Europäische Kommission in ihrer Praxis davon ausgegangen, dass dieser wahrscheinlich weltweit abzugrenzen sei,⁶ hat aber eine genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen.⁷ Gemäss Angaben der Parteien seien Kunden grosse Unternehmen, die weltweit Halbleiter einkaufen. Die Transportkosten seien sehr gering und es gebe keine nationalen Kontingente, Zölle oder technischen Spezifikationen. Im Ergebnis gebe es auch keine signifikanten Preisunterschiede zwischen den Ländern und die Anbieter konkurrierten, nach Ansicht der Parteien, daher auf weltweiter Ebene.

15. In räumlicher Hinsicht ist im Sinne einer Arbeitshypothese für den Markt für die Entwicklung und Lieferung von Halbleitern für die Automobilbranche von einem mindestens europaweiten (EWR+CH weiten) auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Die Marktanteile des GU auf einem europaweiten Markt für die Entwicklung und Lieferung von Halbleitern für die Automobilbranche geben die Parteien mit 0 % an, da das GU noch nicht aktiv ist. Hon Hai hat vor kurzem damit begonnen, Halbleiter für Automobilanwendungen zu entwickeln (vgl. Rz 3), allerdings bisher noch keine Umsätze erzielt, weshalb Hon Hai auf einem europaweiten Markt für die Entwicklung und Lieferung von Halbleitern für die Automobilbranche über einen Marktanteil von 0 % verfügt.

17. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten im Tätigkeitsbereich des GU und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

⁶ Case COMP M.9466, Rz 38, *Infineon/Cypress*.

⁷ Case COMP M.8306, Rz 242 ff., *Qualcomm/NXP*.

B 2.3

3. Invision AG/Careanesth AG

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. November 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. November 2022

1. Am 24. Oktober 2022 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft einen indirekten Erwerb aller ausgegebenen und ausstehenden Aktien der REOFIN Invest AG (nachfolgend: REOFIN), einschliesslich ihres direkten Tochterunternehmens Careanesth AG (nachfolgend: Careanesth), durch die Invision AG (nachfolgend: Invision), handelnd durch Invision VII SCSp bzw. die Akquisitionsgesellschaft Care Holding Schweiz AG, und Dr. Alain Meyer. Es ist vorgesehen, dass Invision und Dr. Alain Meyer nach dem Vollzug des Vorhabens Careanesth im Sinn von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG¹ und Art. 1 und 2 VKU² gemeinsam kontrollieren werden.

2. **Invision** ist eine nach Schweizer Recht konstituierte und bestehende Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug. Sie bezweckt gemäss Handelsregistereintrag namentlich das Erbringen von Beratungs- und Vermögensverwaltungsdienstleistungen insbesondere auch für ausländische kollektive Kapitalanlagen im Private Equity Bereich nach Massgabe der Kollektivanlagegesetzgebung. In der Meldung bezeichnet sich Invision als Anbieterin von individuellen Nachfolgelösungen sowie Unternehmens- und Wachstumsfinanzierungen. Invision hält über verschiedene Fonds kontrollierende Beteiligungen an Unternehmen in ganz unterschiedlichen Branchen (bspw. Bildung, Onlinehandel, Gesundheit, Bau, Sportleragentur, IT-Dienstleistungen, Konsumgüter, Hotel, Logistik). Weiter hat Invision die Kontrolle inne über Invision VII SCSp³, welche ihrerseits 100 % der Akquisitionsgesellschaft Care Holding Schweiz AG (Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug) hält.

3. **Dr. Alain Meyer** ist Geschäftsführer und gemäss Handelsregistereintrag Delegierter des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift der Careanesth. Er besitzt 57.83 % der Aktien der REOFIN und ist Präsident deren Verwaltungsrats. Weiter sind 100 % der Aktien der REOFIN AG mit Sitz in Zürich in seinem Besitz und Dr. Alain Meyer ist als einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Die REOFIN AG ist eine Beratungs- und Managementgesellschaft und beschäftigt einzig Dr. Alain Meyer, der seine Geschäftsführertätigkeit für die Careanesth über die REOFIN AG abrechnet. Zudem ist Dr. Alain Meyer Besitzer von 57.82 % der Aktien der Swiss Endomed Clinics AG mit Sitz in Wollerau. Die Swiss Endomed Clinics

AG ist eine Holdinggesellschaft und hat Mehrheitsbeteiligungen (je 51 %) an der Orthoklinik Dornach AG und der Orthoklinik Basel AG. Beide Gesellschaften erbringen orthopädische Dienstleistungen.

4. **REOFIN** ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel. Sie bezweckt den Erwerb, das Halten und die Veräusserung von Beteiligungen an Gesellschaften im In- und Ausland. Zurzeit hat sie keine andere Tätigkeit neben dem Halten der 100 % Beteiligung an der Careanesth. Die **Careanesth** ist ebenfalls eine Schweizer Aktiengesellschaft, mit Sitz in Zürich. Sie ist ein Personalverleihunternehmen, welches in der Schweiz tätig ist. Careanesth verleiht Pflegepersonal an Spitäler, Spitexorganisationen, psychiatrische Einrichtungen, ambulante Zentren, Praxen sowie Langzeitinstitutionen in der deutschsprachigen Schweiz.

5. Das Zusammenschlussvorhaben findet im Rahmen der normalen Geschäftsaktivitäten von Invision statt. Gemäss Meldung betrachtet die Invision den Sektor, in dem Careanesth tätig ist, als attraktiv und sie möchte sich für die Unternehmenskultur von Careanesth engagieren. Die Careanesth habe sich für Invision als strategischen Investor entschieden, um eine langfristige Wachstumsfinanzierung und Know-how für den Fortbestand und die weitere Expansion sicherzustellen.

6. Gemäss Aktienkaufvertrag vom 7. Oktober 2022 erwirbt Invision in einem ersten Schritt indirekt über den von ihr verwalteten Invision VII SCSp und die Care Holding Schweiz AG 100 % der Aktien der REOFIN und damit indirekt auch 100 % der Aktien der Careanesth. In einem zweiten Schritt kommt es gemäss Aktionärsbindungsvertrag⁴ zu einer Kapitalerhöhung bei der Care Holding Schweiz AG. Nach durchgeführter Kapitalerhöhung wird sich das Aktionariat wie folgt zusammensetzen⁵:

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

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

³ Société en commandite spéciale nach luxemburgischem Recht (Spezialkommanditgesellschaft) ist eine Handelsgesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit und dient als den Investmentfonds angepasstes zusätzliches Anlagevehikel (Zweckgesellschaft). Spezialkommanditgesellschaft (SCSp) — Unternehmen — Guichet.lu - Verwaltungsleitfaden - Luxemburg (public.lu).

⁴ Aktionärsbindungsvertrag vom 6./7. Oktober 2022 betr. Care Holding Schweiz AG, Beilage Nr. 6 der Meldung (nachfolgend: Aktionärsbindungsvertrag).

⁵ Aktionärsbindungsvertrag Präambel E.

Aktionär	Anteil
Invision VII SCSp	[50-60]
Dr. Alain Meyer	[30-40]
Petra Fischer	[0-10]
Jan Sterren	[0-10]

Solange Dr. Alain Meyer [20-30] % Aktien der Care Holding Schweiz AG hält, hat dieser bei der Ernennung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsleitung sowie bei Abschluss, Änderung, Kündigung oder Aufhebung von Arbeits- oder Dienstleistungsverträgen mit Mitgliedern der Geschäftsleitung ein Vetorecht bei der Beschlussfassung im Verwaltungsrat⁶.

7. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Invision und Dr. Alain Meyer gemeinsam indirekte Kontrolle über Careanesth erwerben werden im Sinn von

Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 Bst. b VKU und Art. 2 Abs. 1 VKU.

8. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG müssen Unternehmenszusammenschlüsse vor ihrem Vollzug der WEKO gemeldet werden, wenn die Schwellenwerte im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erreicht werden. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG in casu überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

Beteiligtes Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF
Invision	[...]	[...]
Careanesth	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

9. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

11. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

12. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem Careanesth tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Somit geht es um den Bereich **Personalverleih**. Konkret verleiht Careanesth Personal an Spitäler, Spitexorganisationen, psychiatrische Einrichtungen, ambulante Zentren, Praxen sowie Langzeitinstitutionen. Careanesth beschäftigt rund 10'000 qualifizierte und ausgebildete medizinische Fachkräfte, die an diese Einrichtungen verliehen werden. Die Tätigkeit als Personalvermittlerin hat Careanesth gestützt auf eine strategische Entscheidung per 31. Dezember 2021 aufgegeben, weshalb die Personalvermittlung nicht Teil der vorliegenden Prüfung ist.

13. In den Zusammenschlusskontrollverfahren BKW AG/UMB IT AG⁷ und Swisscom (Schweiz) AG/DL – Groupe GMG SA⁸ ging die WEKO ebenfalls von einem Markt für Personalverleih aus, wobei sie eine weitere Unterteilung dieses Marktes im Hinblick auf die Spezialisierung der Leiharbeitsfirmen diskutierte. Die WEKO hat

⁶ Aktionärbindungsvertrag Ziff. 4.4. b).

⁷ RPW 2022/2, 437, Rz 35-38, BKW AG/UMB IT AG.

⁸ RPW 2013/4, 660, Rz 42-44, Swisscom (Schweiz) AG/DL – Groupe GMG SA.

jedoch in beiden Fällen die genaue Marktdefinition letztlich offengelassen. In räumlicher Hinsicht ist die WEKO jeweils von einem nationalen Markt ausgegangen.⁹ Weil für gewisse Tätigkeiten im Gesundheitsbereich die Sprachkompetenz wichtig ist, könnte sich eine Marktaufteilung in räumlicher Sicht auf die Sprachregionen der Schweiz rechtfertigen.

14. Wie in der bisherigen Praxis der WEKO kann sowohl die definitive sachliche Marktabgrenzung als auch die räumliche Marktabgrenzung auch vorliegend offengelassen werden, da wie nachfolgend aufgezeigt das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der Marktdefinition keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

15. Gemäss Angaben der Parteien liegt das Marktvolumen im Markt für Personalverleih in der Schweiz im Jahr 2021 bei ca. 10.3 Mrd. CHF.¹⁰ Hiervon fallen gemäss Schätzungen der Parteien ca. 800 Mio. CHF auf die Gesundheitsberufe. Bei einer räumlichen Aufteilung nach Landesteilen fallen gemäss Schätzung 68 % des Gesamtvolumens auf die Deutschschweiz.¹¹ Der Marktanteil von Careanesth auf dem schweizerischen Personalverleihmarkt (stellt den hypothetisch breitesten massgeblichen Markt dar) liegt gemäss Meldung bei 0.5 %.¹² Bei einer Einengung auf den Markt Personalverleih in den Gesundheitsberufen, ergibt dies gemäss Meldung einen Marktanteil von Careanesth von 5.8 %. Wird eine Einengung in räumlicher Hinsicht auf die Deutschschweiz vorgenommen, werden die Marktanteile auf 0.7 % (gesamter Personalverleihmarkt) bzw. 9 % (Personalverleihmarkt für Gesundheitsberufe) beziffert. Selbst bei einer weitergehenden Kundensegmentierung nach Institutionen bzw. Abnehmern (wie Spitäler, Pflegeeinrichtungen, ambulante Einrichtungen, etc.) liegen sämtliche geschätzte Marktanteile unter 20 %. Der geschätzte Marktanteil im Bereich COVID-19-Test- und Impfzentren liegt gemäss Meldung bei 25 %. Die plausibel geschätzten Marktanteile liegen damit bei sämtlichen hypothetischen Marktdefinitionen unter 30 %. Somit liegt kein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

16. Des Weiteren ist gemäss Meldung keines der Portfoliounternehmen von Invision im Personalverleih tätig. Auch sei weder Invision noch ein Portfoliounternehmen auch nur entfernt auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig. Es gibt also keine horizontalen oder vertikalen Überschneidungen auf dem Schweizer Markt.

17. Überdies liegen keine Gründe vor, welche trotz Nichterreichens der Schwelle von 30 % und der fehlenden Marktanteilsadditionen zu kartellrechtlichen Bedenken führen würden, weshalb auf eine weiterführende Prüfung dieses Marktes verzichtet wird.

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

⁹ RPW 2022/2, 437, Rz 38, *BKW AG/UMB IT AG*; RPW 2013/4, 660, Rz 44, *Swisscom (Schweiz) AG/DL – Groupe GMG SA*.

¹⁰ Meldung S. 20 Fn 31.

¹¹ Meldung S. 21 Fn 32 und 33.

¹² Die Parteien gehen bei den Berechnungen von einem massgeblichen Umsatz von Careanesth im Bereich Personalverleih im Jahr 2021 von CHF 50.69 Mio. aus. Der restliche Umsatz wurde nicht im Stammgeschäft sondern bei COVID-19-Test- und Impfzentren erzielt und ist deshalb vom Gesamtumsatz abzuziehen.

B 2.3

4. Airbus/Safran/TAC/Aubert & Duval

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 20. Dezember 2022

1. Am 21. November 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über die Aubert & Duval S.A. (nachfolgend: Aubert & Duval) durch die Airbus SE – indirekt mittels die Airbus SAS – und durch die Safran S.A. (nachfolgend: Safran) sowie – indirekt mittels die Ace Aero Partenaires – durch die Tikehau Ace Capital (nachfolgend: TAC) von der derzeit (indirekt) allein kontrollierenden Gesellschaft Eramet SA.

2. Airbus SE (nachfolgend: Airbus) ist eine börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Blagnac Cedex (Frankreich) und weltweit in den Bereichen Luft- und Raumfahrt sowie Verteidigung tätig. Airbus ist Herstellerin von Passagier- und Frachtflugzeugen sowie von zivilen und militärischen Hubschraubern und vertreibt damit verbundene Dienstleistungen. Im Bereich Verteidigung und Sicherheit sowie weltraumgestützte Anwendungen bietet Airbus Militärflugzeuge, Raumfahrtsysteme, vernetzte Intelligenz und unbemannte Luftfahrtsysteme an. Über ihre gemeinsame Beteiligung mit Safran an der Ariane Group entwickelt und liefert Airbus zivile und militärische Raumträgersysteme (einschliesslich deren Antriebstechnologien). Airbus ist an der MBDA S.A.S. beteiligt, welche Raketen und Raketensysteme für alle militärischen Teilstreitkräfte (d.h. Luft-, See- und Landstreitkräfte) entwickelt und herstellt.¹

3. Safran ist eine börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in Paris (Frankreich) und weltweit im Bereich Antriebstechnik für die Luft- und Raumfahrt, im Bereich Flugzeugausrüstungen, Verteidigungs- und Raumfahrtsysteme sowie im Bereich Flugzeuginnenausstattung tätig. Safran deckt den gesamten Lebenszyklus von Triebwerken, Systemen und Ausrüstungen für zivile und militärische Starr- und Drehflügelflugzeuge ab. Im Luftfahrtbereich umfasst die Produktpalette Triebwerke für verschiedene Flugzeug- und Hubschraubertypen, Flugzeuggondelsysteme, Cockpitolösungen, kritische Software und Hardware sowie elektromechanische Antriebs-, Navigations-, Sichtwahrnehmungs- und Datenverwaltungssysteme, Systeme und Ausrüstungen für Triebwerke von zivilen und militärischen Starr- und Drehflüglern, Flugzeugelektrik, Flugzeugverkabelungssysteme, Fahrwerke, Räder, Karbonbremsen, Kabinenausstattung, Flugzeugbordsysteme, Flugzeugsitze sowie komplette Landesysteme für

zivile und militärische Starr- und Drehflügler. Über die oben erwähnte gemeinsame Beteiligung mit Airbus an der Ariane Group entwickelt und liefert Safran zivile und militärische Raumträgersysteme (einschliesslich deren Antriebstechnologien).²

4. TAC mit Sitz in Paris (Frankreich) ist eine von der Tikehau Capital SCA kontrollierte Gesellschaft. TAC ist ein Vermögensverwaltungsunternehmen, welches sich für ihre Investitionen auf zwei Bereiche konzentriert: strategische Industrien (Luft- und Raumfahrt, Verteidigung und Schifffahrt) und vertrauenswürdige Technologien (Cyber- und Software-Risikoanalyse und Cybersicherheit).

5. Aubert & Duval (nachfolgend: Zielunternehmen bzw. GU) mit Sitz in Paris (Frankreich) ist das Zielunternehmen der Transaktion und wird derzeit (indirekt) vollständig von der Eramet SA, einem Bergbau- und Metallurgiekonzern, gehalten und kontrolliert. Aubert & Duval entwickelt und vertreibt fortschrittliche metallurgische Produkte aus Hochleistungsstählen, Superlegierungen und Titanlegierungen in Form von Teilen, Langprodukten und Metallpulvern für verschiedene industrielle Anwendungen, dazu gehören die Luft- und Raumfahrt, die Kernkraft, Verteidigung und Energie. Aubert & Duval ist zudem ein Lieferant von wichtigen Teilen und Materialien für die von Airbus und Safran hergestellten Produkte.

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckten Airbus und Safran, die Lieferung strategischer Komponenten, insbesondere für laufende und künftige zivile und militärische Flugzeug- und Triebwerksprogramme, durch das Zielunternehmen langfristig (durch Investitionen) zu sichern. TAC werde im Zusammenschlussvorhaben als Finanzinvestor agieren. [...].

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 17. November 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.³

8. Airbus, Safran und TAC (nachfolgend: zusammen die Parteien) beabsichtigen, dass sie [...] Aktien [...] an Aubert & Duval halten werden. Der Vorstand wird sich aus [...] Mitgliedern zusammensetzen [...]. In Bezug auf strategische Entscheidungen [...]. Airbus, Safran und TAC werden daher die gemeinsame Kontrolle über das Zielunternehmen ausüben.

¹ Vgl. RPW 2018/2, 415 Rz 2, *Airbus/CSALP*.

² Vgl. RPW 2019/2, 531 Rz 3, *Boeing/Safran/JV*.

³ Case COMP M.10760 *Airbus/Safran/Aubert&Duval/JV*.

9. Das Zielunternehmen wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.⁴

10. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

11. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

12. Die Parteien auf der einen Seite und das Zielunternehmen auf der anderen Seite sind auf unterschiedlichen Produktions- und Lieferebenen tätig, so dass ihre Tätigkeiten mit dem Zusammenschlussvorhaben nicht zu horizontalen Überschneidungen zwischen den Parteien und dem Zielunternehmen und somit zu keinen Marktanteilsadditionen führen werden. Konkret sei, gemäss Angaben der Parteien, Airbus in der Luft- und Raumfahrt sowie im Bereich der Verteidigungsdienstleistungen tätig (vgl. Rz 2). Im Gegensatz dazu seien Safran und Aubert & Duval Zulieferinnen für Flugzeugherstellerinnen (vgl. Rz 3 und Rz 0). Aus Sicht der Angebots- und Nachfragerseite würden sich die Aktivitäten von Safran und Aubert & Duval grundsätzlich unterscheiden, da beide Gesellschaften aufgrund unterschiedlicher Fähigkeiten auf verschiedenen Stufen der Lieferkette (als Zulieferinnen) tätig seien. TAC, wie bereits ausgeführt, konzentrierte sich auf ihre Tätigkeit als Private-Equity-Gesellschaft (vgl. Rz 4). Zudem ist für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Hinblick auf die Schweiz festzuhalten, dass der Umsatzanteil der Parteien und des Zielunternehmens in der Schweiz bezogen auf die jeweiligen weltweiten Gesamtumsätze mit [0–10] % sehr gering ist.

13. Zwischen den Tätigkeiten der Parteien und des Zielunternehmens würden jedoch tatsächliche oder potenzielle vertikale Beziehungen bestehen. Diese führen gemäss Angaben der Parteien unter Berücksichtigung der denkbaren räumlichen und sachlichen Marktabgrenzungen insbesondere zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU mit Marktanteilen über 30 % in folgenden Bereichen: bei Aktivitäten des Zielunternehmens in den (vorgelagerten) Bereichen Triebwerksgondelteile, geschmiedete Hubschrauberstrukturteile und geschmiedete Hubschraubertriebwerksteile, bei Aktivitäten von Airbus in den (nachgelagerten) Bereichen grosse Verkehrsflugzeuge, Zivilhubschrauber, Raumfahrt-Infrastruktur und Regionalflugzeuge sowie bei Aktivitäten von Safran in den (nachgelagerten) Bereichen Fahrwerke, Turbotriebwerke, Triebwerksgondeln, Bremsen und Räder für grosse Verkehrsflugzeuge und Bremsen und Räder für Schmalrumpf- / Single-Aisle Grossraumflugzeuge.

14. Gemäss Angaben der Parteien bestehe auf den betroffenen vorgelagerten Märkten mit Aktivitäten des Zielunternehmens kein Risiko einer Abschottung von Vorleistungen, da die Kosten für die Produkte des Zielunternehmens im Allgemeinen nur einen geringen Anteil an den Gesamtkosten für die Herstellung der Produkte (von Airbus und Safran) auf den betroffenen nachgelagerten Märkten hätten. Auch gebe es zahlreiche starke alternative Wettbewerberinnen, die auf den betroffenen vorgelagerten Märkten das Zielunternehmen konkurrenzieren würden. Zudem bestehe kein Risiko einer Abschottung von Kundinnen, da die weltweiten Einkäufe der Parteien an Vorprodukten den Gesamtumsatz des Zielunternehmens bei Weitem übersteigen würden, so dass neben dem Zielunternehmen zusätzliche Lieferantinnen für die Tätigkeit der Parteien (auf den betroffenen nachgelagerten Märkten) erforderlich seien. Auch würden Wettbewerberinnen der Parteien einen grossen Teil ihres Bedarfs bereits jetzt schon bei Konkurrentinnen des Zielunternehmens beziehen.

15. Die Parteien geben im Hinblick auf die mit Aktivitäten von Airbus und Safran insbesondere an, dass sowohl Airbus als auch Safran dem Wettbewerbsdruck mehrerer Konkurrentinnen auf den betroffenen nachgelagerten Märkten ausgesetzt seien, so dass für die Wettbewerberinnen des Zielunternehmens kein Risiko einer Abschottung von Kundinnen bestehe.

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

⁴ Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Dezember 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Dezember 2022

1. Am 28. November 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt das deutsche Bundesministerium der Finanzen (nachfolgend: BMF), über ein «Special Purpose Vehicle» (nachfolgend: SPV) 98.6 % der Anteile des deutschen Energieunternehmens Uniper SE (nachfolgend: Uniper) von Fortum Oyj (nachfolgend: Fortum) zu übernehmen.¹

2. Gemäss Meldung ist das BMF indirekt via dem SPV Erwerberin der Aktien von Uniper. Das SPV sei derzeit noch nicht gegründet, weshalb aus praktischen Gründen vorliegend das BMF als potentiell meldepflichtiges Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU² angegeben werde. Formal werde somit das BMF das Eigentum über die Zielgesellschaft erwerben. Das BMF sei eine oberste Bundesbehörde der Bundesrepublik Deutschland (nachfolgend: BRD) und sei für alle Aspekte der deutschen Finanz- und Steuerpolitik zuständig und bestimme die Grundzüge der Haushaltspolitik.³

3. Uniper sei eine nach deutschem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Deutschland.⁴ Uniper sei ein Energiekonzern und betreibe drei Geschäftsbereiche: Globaler Handel, europäische Stromerzeugung und russische Stromerzeugung. Dabei sei Uniper hauptsächlich im physischen Handel vor allem mit Erdgas (einschliesslich LNG) und Kohle tätig. Im Bereich der Gasimportinfrastruktur halte Uniper Minderheitsbeteiligungen an verschiedenen Schweizer Unternehmen. So sei Uniper mit einem Anteil von 3 % an der Transitgas AG beteiligt. Uniper sei über die Uniper Ruhrgas International GmbH auch mit 2.21 % an der Holdigaz SA (mit Sitz in Vevey) beteiligt, die Erdgasverteiler und Unternehmen aus Branchen mit direkten oder indirekten Synergien zu dieser Tätigkeit zusammenfasse.⁵

4. Uniper befinde sich derzeit unter alleiniger Kontrolle von Fortum.⁶ Fortum sei eine nach finnischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Finnland.⁷ Fortum sei ein Energiekonzern, der sich mehrheitlich im Besitz des finnischen Staates befinde.⁸

5. Die vollständige Einstellung der vertraglich vereinbarten Gaslieferungen aus Russland an Uniper und der starke Anstieg der Gaspreise hätten dazu geführt, dass Uniper erhebliche Kapitalzuführungen benötige, um ihre Destabilisierung und eine daraus resultierende Gasver-

sorgungskrise in Deutschland und Europa zu verhindern.⁹ Uniper seien im Verlaufe des Jahres 2022 bereits mehrere Staatsdarlehen in Milliardenhöhe gewährt worden.¹⁰ Ohne die geplante Transaktion und die Fremdfinanzierung müsste Uniper Insolvenz anmelden.¹¹ Ziel der geplanten Transaktion sei damit die Sicherstellung der kontinuierlichen Energieversorgung in Deutschland und Europa.¹²

6. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 1), wird das BMF gemäss Meldung über ein SPV 98.6 % der Aktien an Uniper erwerben. Der gemeldete Zusammenschluss hat damit die Erlangung der alleinigen Kontrolle über ein unabhängiges Unternehmen (Uniper) im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG¹³ i. V. m. Art. 1 VKU zum Gegenstand.

7. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien gebe es überzeugende Gründe dafür, dass in der Schweiz keine Meldepflicht für die geplante Transaktion bestehe. Auf der Erwerberseite sei richtigerweise das BMF oder allenfalls das SPV als massgebender Erwerber zu betrachten, so dass der Schwellenwert nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG durch den Erwerber nicht überschritten werde. Dieser würde in der Schweiz nur dann erreicht werden, wenn der Umsatz der gesamten deutschen Bundesregierung bzw. der Bundesrepublik Deutschland (BRD) berücksichtigt werden würde.¹⁴

8. Die Frage des genauen Erwerbers, bzw. ob die Umsatzschwellen in casu erreicht würden, könne allerdings vorliegend offengelassen werden, da grundsätzlich von den beteiligten Ministerien bzw. der Bundesregierung nicht geplant sei, sich über die Rolle eines Eigentümers hinaus aktiv in die Geschäftsführung von Uniper einzubringen. Diese solle weiterhin unabhängig bei dem (geschäftsführenden) Vorstand und dem (überwachenden) Aufsichtsrat von Uniper verbleiben, womit keine Kontrol-lerlangung vorliege und eine Meldepflicht in der Schweiz somit ausscheide.¹⁵

¹ Vgl. Meldung, Rz 6.

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

³ Vgl. Meldung, Rz 12 ff. 24.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 30.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 36 ff.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 32.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 49.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 51.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 69.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 64.

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 71.

¹² Vgl. Meldung, Rz 67.

¹³ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁴ Vgl. Meldung, Rz 10.

¹⁵ Vgl. Meldung, Rz 10.

9. Wie in der EU ist nach Schweizer Recht für den Erwerb der Kontrolle grundsätzlich nicht massgebend, ob das Unternehmen, das die Kontrolle erwirbt, die Kontrolle letztlich auch ausübt oder ob die Kontrolle nachgewiesen werden kann. Der Tatbestand des Kontrollerwerbs wird alleine schon durch die Erlangung der Möglichkeit der Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf das Zielunternehmen erfüllt (vgl. Art. 1 VKU).¹⁶

10. Vorliegend geht aus der Meldung hervor, dass das BMF in der Lage sein wird «die strategischen Geschäftsentscheidungen von Uniper, einschliesslich der Geschäftsziele, des Geschäftsplans und des Budgets zu bestimmen».¹⁷ Zudem sei derzeit geplant, dass der Bund, vertreten durch das BMF, ein Entsenderecht für den Aufsichtsrat von Uniper für bis zu [...] Mitglieder (von insgesamt [...] Mitgliedern) haben solle [...] Aufgrund der laufenden Verhandlungen und des sehr hohen Zeitdrucks seien die genauen künftigen Governance-Strukturen und relevanten Dokumente allerdings noch nicht festgelegt.¹⁸

11. Damit kann zum jetzigen Zeitpunkt zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass sowohl das BMF als auch die BRD durch die Transaktion die Möglichkeit der Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf Uniper erhalten werden. Im Unterschied zu dem von den Zusammenschlussparteien angeführten Zusammenschlussvorhaben *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland*¹⁹ ist vorliegend keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, die eine über die Rolle eines Eigentümers hinausgehende Rolle des Staates und damit die Möglichkeit der Ausübung von Kontrolle im Sinne von Art. 1 VKU unterbindet.²⁰ Vorliegend wird in der Meldung lediglich ausgeführt, dass [...] Ob eine solche Absichtserklärung eines staatlichen Eigentümers, keine Kontrolle auszuüben, ausreichen könnte, um die Möglichkeit der Ausübung eines bestimmenden Einflusses über das Zielunternehmen auszuschliessen, wurde von der WEKO bislang nicht beurteilt. Aufgrund der zur Zeit noch nicht abschliessend festgelegten zukünftigen Governance-Strukturen und den damit verbundenen Unsicherheiten, scheint die vorliegend lediglich in der Meldung bekundete Absicht jedenfalls nicht zu genügen, die Kontrollmöglichkeit des BMF verpflichtend zu beschneiden. Vor dem Hintergrund, dass sich in Bezug auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird (vgl. dazu hinten Rz 21 f.), kann diese Frage und auch die Frage der Meldepflicht insgesamt allerdings offengelassen werden. Offengelassen werden kann damit auch die Frage, ob und inwiefern Ministerien und die Bundesregierung als voneinander unabhängige Einheiten betrachtet werden können, so dass zwar ein Ministerium, nicht aber die Regierung als kontrollierlangende Einheit angesehen werden kann, wie dies die Zusammenschlussparteien im Zusammenhang mit dem Erreichen der Umsatzschwellen geltend machen.²¹

12. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr

beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

13. Wie erwähnt, handelt es sich bei Uniper um einen Energiekonzern, der europaweit hauptsächlich im physischen Handel vor allem mit Erdgas (einschliesslich LNG), Strom und Kohle tätig sei. Diese Aktivitäten umfassten die Beschaffung, die Lagerung, den Transport und den Handel von Gas und Kohle, sowohl als Brennstoff für die eigene Stromerzeugung als auch für den Verkauf an Drittkunden auf Gross- und Einzelhandelsebene.²²

14. Gemäss Meldung hält das BMF keine Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen, dessen Aktivitäten sich mit den Aktivitäten der Zielgesellschaft überschneiden würden.²³ Keines der vom BMF kontrollierten Unternehmen sei derzeit im Energiesektor tätig. Der Bundesregierung sei zudem kein Bundesbeteiligungsunternehmen bekannt, welches in den Bereichen Gas, Strom, Kohle oder Öl in der Schweiz wesentlich aktiv sei.²⁴

15. In der Schweiz ist Uniper in den Bereichen Grosshandel mit Erdgas, Grosshandel mit Strom, Handel mit festen Brennstoffen (Kohle), energieerzeugungsbezogene Dienstleistungen und Handel mit Erdöl und Erdölprodukten tätig.²⁵

16. Die Praxis der WEKO bezüglich Markttabegrenzungen im Erdgasbereich lehnt sich mit der Gliederung in infrastrukturbezogene Märkte (Markt für Erdgastransport und Markt für Erdgasverteilung) und Märkte für den Verkauf von Erdgas (Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer und Markt für Erdgaslieferung an Endkunden) stark an die Praxis der EU-Kommission an.²⁶ Bisher nicht beurteilt wurde die Frage, welchen möglichen sachlichen Märkten Handelsaktivitäten zwecks Erzielung eines Handelsgewinns im Erdgasbereich zuzuweisen sind. Ebenfalls wurde bis anhin nicht beurteilt, ob der Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer allenfalls nach Handelsstufe zu unterteilen wäre.²⁷

¹⁶ Vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: EU-Mitteilung), Rz 22; SINEM SÜSLÜ, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 3 Rz 80 m. w. H.

¹⁷ Vgl. Meldung, Rz 18 mit Verweis auf Beilage 2 (EU-Meldung) Rz 45.

¹⁸ Vgl. Meldung, Rz 19 f.

¹⁹ RPW 2018/4, 1011 ff., *Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland*.

²⁰ Vgl. RPW 2018/4, 1011 Rz 5 ff., *Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland*.

²¹ Vgl. Meldung, Rz 10, 77 ff.

²² Vgl. Meldung, Rz 37 und 95.

²³ Vgl. Meldung, Rz 87.

²⁴ Einzig die [...] sei im weitesten Sinne im Bereich Öl, nämlich in der Rolle des Beförderers bzw. Transporteurs von Öl im (Unter-)Auftrag des jeweiligen Importeurs, tätig. Die diesbezüglich geschätzten Marktanteile im Bereich [...] in der Schweiz würden sich im Jahr 2021 auf [...] belaufen. Die [...] sei weder selber Importeur, noch lagere oder handle sie mit Öl (vgl. Meldung, Rz 93 f., 107).

²⁵ Vgl. Meldung, Rz 116 ff., 127 ff., 138 ff., 144 ff., 152 ff., 161.

²⁶ Vgl. RPW 2020/4b, 1871, Rz 75 f., *Netzzugang EWZ und ewl*, m. w. H.

²⁷ Vgl. RPW 2019/4, 1198, Rz 6, *Gasverbund Mittelland AG/Gaznat SA/SET Swiss Energy Trading AG*.

17. Im Elektrizitätsbereich grenzt die WEKO praxisgemäss die Märkte für Stromerzeugung, Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung von festen Endverbrauchern, Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang sowie Stromhandel ab.²⁸

18. In Bezug auf energieerzeugungsbezogene Dienstleistungen wie die Erbringung von Ingenieur- und Beratungsdienstleistungen hat die WEKO bis anhin die genaue Marktabgrenzung offengelassen.²⁹

19. Betreffend den Handel mit Erdölprodukten und Kohle hat die WEKO eigene Handelsmärkte abgegrenzt.³⁰

20. Eine definitive Marktabgrenzung bzw. die Zuordnung der Aktivitäten von Uniper auf die praxisgemäss abgegrenzten Märkte kann vorliegend aufgrund der marginalen Marktanteile in den jeweiligen Tätigkeitsbereichen in der Schweiz (inbs. Grosshandel mit Erdgas und Strom) offengelassen werden. Allgemein bestehen keine Überschneidungen der Tätigkeiten der Parteien mit Bezug auf die Schweiz.³¹ Gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien handelt es sich bei sämtlich hypothetisch abgegrenzten Märkten nicht um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.³²

21. Die vorläufige Prüfung ergibt somit gestützt auf die Angaben der Parteien keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

²⁸ Vgl. RPW 2016/3, 773 f., Rz 27 ff., *BKW/AEK*, m. w. H.

²⁹ Vgl. RPW 2016/3, 774 f., Rz 39 ff. und 49 ff., *BKW/AEK*, m. w. H.

³⁰ Vgl. RPW 2014/3, 539 Rz. 5 f. und 9.

³¹ Vgl. Meldung, Rz 107.

³² Vgl. Meldung, Rz 161.

B 2.3

6. Valora Schweiz AG/Unternehmensteil der Volare-Gruppe

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Dezember 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 13. Dezember 2022

A Sachverhalt

1. Am 17. November 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben besteht in der Übernahme des Betriebs von 113 Tankstellenshops von Gesellschaften unter direkter oder indirekter Kontrolle der Volare Group AG (nachfolgend: Unternehmensteil der Volare-Gruppe) durch die Valora Schweiz AG.

2. Die Valora Schweiz AG ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Valora Holding AG, beide mit Sitz in Muttenz (BL) (die Valora Holding AG zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Valora-Gruppe). Die Valora-Gruppe ist eine Anbieterin von Convenience-Gütern mit rund 2700 Verkaufsstellen in der Schweiz, Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden und Österreich. Die Valora-Gruppe betreibt in der Schweiz insbesondere das Convenience-Format avec und das Kiosk-Format k kiosk, ersteres auch an Tankstellen. An diesen Verkaufsstellen bietet sie ein Sortiment in den Bereichen Food, Frischeprodukte, Presse, Tabak und Süsswaren sowie weitere Produkte und Dienstleistungen an. Vor Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens betrieb die Valora-Gruppe in der Schweiz 57 Tankstellenshops. Am 7. Oktober 2022 wurde die Valora-Gruppe durch eine Tochtergesellschaft der Fomento Económico Mexicano, S.A.B. de C.V. (nachfolgend: FEMSA) mit Sitz in Monterrey, Mexiko, übernommen (Rz 14).³

3. Die Volare Group AG mit Sitz in Suhr (AG) ist über verschiedene Tochtergesellschaften im Handel, in der Produktion und in der Immobilienwirtschaft tätig (die Volare Group AG zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Volare-Gruppe). Die Oel-Pool AG mit Sitz in Suhr (AG) ist eine vollständig von der Volare Group AG kontrollierte Gesellschaft. Sie ist im Grosshandel mit flüssigen Brenn- und Treibstoffen in der Schweiz tätig. Die Moveri AG mit Sitz in Suhr (AG) ist eine vollständig von der Oel-Pool AG kontrollierte Gesellschaft. Sie betreibt unter den Bezeichnungen bp, Miniprix, Ruedi Rüssel und Shell [...] Tankstellen in der Schweiz, davon [...] mit Tankstellenshop oder Kiosk. Die shop and more AG mit Sitz in Suhr (AG) ist eine vollständig von der Volare Group AG kontrollierte Gesell-

schaft. Sie war bis [...] im Convenience-Bereich tätig und betrieb schweizweit [...] Tankstellenshops.

4. Die Valora-Gruppe bezweckt mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben, ihr Netz von Convenience-Shops unter der Bezeichnung avec und damit zusammenhängende Synergien, etwa in den Bereichen Logistik und Category Management, auszubauen.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

5. Das Kartellgesetz gilt insbesondere für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

B.1.1 Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sowohl die Valora-Gruppe (Rz 2) als auch die Volare-Gruppe (Rz 3) sind als Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Als beteiligte Unternehmen gelten das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen, wobei auch ein Unternehmensteil ein beteiligtes Unternehmen darstellen kann, wenn er über eine eigene Marktpräsenz verfügt und ihm ein eigenständiger Markturnsatz zugeordnet werden kann (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 VKU).⁴

8. Vorliegend übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb von 113 Tankstellenshops von der Volare-Gruppe und damit Eigentums- und Nutzungsrechte an Teilen von deren Vermögen (Art. 1 Bst. a VKU). Im Einzelnen über-

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

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

³ FEMSA, Press Release: FEMSA completes acquisition of Valora, <www.femsa.com/en/press-room/press-release/femsa-completes-acquisition-of-valora/> (5.12.2022). Gemäss der Valora Schweiz AG wird FEMSA kontrolliert durch [...]. Die Valora Schweiz AG hat bestätigt, dass weder [...] noch [...] Unternehmen kontrollieren, die für die wettbewerbsrechtliche Prüfung des Zusammenschlussvorhabens relevant sind. Der Einfachheit halber wird nachstehend nur von FEMSA gesprochen.

⁴ Vgl. RPW 2014/3, 513 Rz 14, *LGT Bank (Switzerland) Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank (Suisse) SA*; MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 3 N 10 m. w. H.

nimmt die Valora-Gruppe Eigentum an Mobiliar und Warenlagern, Gewährleistungsansprüche, Versicherungsansprüche, Arbeitsverhältnisse und weitere Verträge mit Dritten (z. B. mit Lieferantinnen).⁵ Der von der Valora-Gruppe zu übernehmende Unternehmensteil der Volare-Gruppe bildet einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz, dem ein eigenständiger Marktumsatz zugeordnet werden kann (Rz 13) (die Valora-Gruppe und der Unternehmensteil der Volare-Gruppe zusammen nachfolgend: die beteiligten Unternehmen). Die Übernahme erfolgt gemäss den massgebenden Verträgen für [...] Vertragsdauern von [...].⁶ Im Ergebnis stellt das Zusammenschlussvorhaben damit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

9. Das Zusammenschlussvorhaben setzt sich aus zwei unabhängigen Transaktionen zusammen. Die erste Transaktion löste keine Meldepflicht aus und wurde bereits weitgehend vollzogen. Die zweite Transaktion löste aufgrund des Vorliegens einer Konstellation gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU die Meldepflicht für beide Transaktio-

nen aus. Im Interesse der Verständlichkeit wird in dieser Zusammenschlussprüfung nur von einem «zu übernehmenden» Unternehmensteil gesprochen, obwohl Teile dieses Unternehmensteils bereits übernommen wurden (dazu im Einzelnen Rz 13).

B.2 Meldepflicht

10. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

11. Die nachfolgende Tabelle zeigt die schweizweiten Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2021:

Tabelle 1: Schweizweite Umsätze der beteiligten Unternehmen im Jahr 2021.

Unternehmen	Schweizweite Umsätze [Mio. Fr.]
Valora-Gruppe	≥ 100
Unternehmensteil der Volare-Gruppe	≥ 100
Beteiligte Unternehmen zusammen	≥ 500

Quelle: Angaben der Valora Schweiz AG.

12. Der Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass die Valora-Gruppe und der durch diese zu übernehmende Unternehmensteil der Volare-Gruppe im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss jeweils einen schweizweiten Umsatz von mindestens 100 Millionen Franken erzielten; zudem erzielten sie zusammen einen schweizweiten Umsatz von mindestens 500 Millionen Franken. Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

13. Hinsichtlich des Umsatzes des Unternehmensteils der Volare-Gruppe ist folgendes anzumerken: Die Übernahme des Betriebs von 40 der 113 Tankstellenshops war zum Zeitpunkt der Meldung vom 17. November 2022 (Rz 1) bereits weitgehend vollzogen. Diese Transaktion, die sich auf ein Verpflichtungsgeschäft vom [...] 2021 stützte, war gemäss der Valora Schweiz AG mangels Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht meldepflichtig. Die Übernahme des Betriebs der weiteren 73 der 113 Tankstellenshops stützt sich auf ein Verpflichtungsgeschäft vom [...] 2022 und erreicht angesichts eines im Jahr 2021 erzielten Umsatzes von [≥ 100] Millionen Franken die Umsatzschwelle von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. Da zwischen denselben Unternehmen innerhalb von zwei Jahren zwei Vorgänge zur Erlangung der Kontrolle über Teile von diesen Unternehmen vorliegen, sind sie für die Umsatzberechnung als einziger Zusammenschluss anzusehen (Art. 4 Abs. 3 VKU). Beide Transaktionen sind damit meldepflichtig,

wobei für die Umsatzberechnung auf das Jahr 2021 abzustellen ist.⁷ Der mit den vorgenannten 40 Tankstellenshops im Jahr 2021 erzielte Umsatz beträgt [...] Millionen Franken. Der kumulierte Umsatz der zu übernehmenden 113 Tankstellenshops beläuft sich damit auf [≥ 100] Millionen Franken. Er wurde vollumfänglich in der Schweiz erwirtschaftet.

14. Angesichts der am 7. Oktober 2022 erfolgten Übernahme der Valora-Gruppe durch FEMSA (Rz 2) stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung der Umsätze von FEMSA und der durch sie kontrollierten Gesellschaften (nachfolgend: FEMSA-Gruppe). Stichdatum für die Feststellung der Meldepflicht und damit zur Bestimmung der relevanten Gesellschaften für die Berechnung der Umsätze der beteiligten Unternehmen ist grundsätzlich der Tag des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts, vorliegend also der [...] 2022 (Rz 13).⁸ Die Umsätze der FEMSA-Gruppe sind deshalb (abgesehen von den Umsätzen der Valora-Gruppe) nicht zu berücksichtigen. Berücksichtigt wurde die Übernahme der Valora-Gruppe

⁵ Das Treibstoffgeschäft und das Waschanlagengeschäft bilden nicht Gegenstand dieses Zusammenschlussvorhabens und werden nicht auf die Valora-Gruppe übertragen. [...].

⁶ [...].

⁷ Vgl. BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 4), Art. 9 N 281 f.

durch die FEMSA-Gruppe jedoch bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

15. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Vorbemerkung

17. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich hinsichtlich der sachlich und räumlich relevanten Märkte auf denjenigen Bereich, in welchem sich die Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen überschneiden. Der Zusammenschluss betrifft die Übernahme des Betriebs von 113 Tankstellenshops der Volare-Gruppe durch die Valora-Gruppe. Die Valora-Gruppe betreibt in der Schweiz insbesondere Kioske unter der Bezeichnung *k kiosk* und Convenience-Shops (einschliesslich Tankstellenshops) unter der Bezeichnung *avec*. Unter der Bezeichnung *Press & Books* betreibt sie sodann Verkaufsstellen, die neben Presseerzeugnissen und Büchern auch Produkte in den Bereichen Food, Raucherwaren und anderen Non-Food-Kategorien anbieten. Das Format *Press & Books* ist gemäss der Valora Schweiz AG für das Zusammenschlussvorhaben nicht zu berücksichtigen. Angesichts des bescheidenen Food-Angebots und der nur teilweise bestehenden Sonntagsöffnung stellen *Press & Books*-Shops gegenwärtig zwar keine Substitute für Convenience-Shops dar. Hingegen können sie als Substitute für Kioske betrachtet werden und sind insofern zu berücksichtigen.⁹

B.3.1.2 Sachlich relevante Märkte

18. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

B.3.1.2.1 Absatzmärkte

Markt für Convenience-Shops / Markt für Tankstellenshops

19. Convenience-Shops sind Verkaufsstellen im Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich, die sich gemeinhin durch längere Öffnungszeiten (insbesondere als der traditionelle Lebensmitteldetailhandel), eine attraktive Lage sowie die Bequemlichkeit und Geschwindigkeit des Einkaufs auszeichnen.¹⁰ Nach Ansicht des meldenden Unternehmens unterscheiden sich Tankstellenshops abgesehen vom Angebot weniger automobilspezifischer Produkte nicht von Convenience-Shops im vorgenann-

ten Sinn. Die WEKO stellte ihrerseits bereits im Jahr 2000 eine Ausrichtung von Tankstellenshops am Convenience-Format fest.¹¹ Die diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung kann vorliegend jedoch offengelassen werden, da unabhängig davon, ob ein separater sachlich relevanter Markt für Tankstellenshops abgegrenzt wird oder Tankstellenshops zusammen mit anderen Convenience-Shops einen sachlich relevanten Markt bilden, das Ergebnis der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt. Für die nachfolgende Analyse wird sowohl von einem sachlich relevanten **Markt für Convenience-Shops** (einschliesslich Tankstellenshops) als auch von einem sachlich relevanten **Markt für Tankstellenshops** ausgegangen.

20. Die Valora Schweiz AG vertritt die Ansicht, dass der sachlich relevante Markt für Convenience-Shops (einschliesslich Tankstellenshops) auch Kioske umfasse. Sie begründet das damit, dass das Bild des klassischen Kiosks mit einem Kleinstsortiment an Tabakprodukten, Presseerzeugnissen, Süswaren und Glücksspiel heute überholt sei. Das Kiosk-Format werde aufgrund veränderter Kundenbedürfnisse seit einiger Zeit am Convenience-Format ausgerichtet, was durch einen verstärkten Fokus auf Frischeprodukte, Süssgetränke, Süswaren und Esswaren für den Sofortverzehr geschehe. Bei den Kiosken und Convenience-Shops der Valora-Gruppe sei das Kernsortiment heute dasselbe und die beiden Formate würden um die gleichen Kunden konkurrieren sowie die gleichen Produkte als Topseller betrachten.

21. Gemäss der Praxis der WEKO umfasst zwar der Markt für Kioske auch Convenience-Shops (Rz 24), hingegen umfasst umgekehrt der Markt für Convenience-Shops Kioske nicht in demselben Ausmass (asymmetrische Substituierbarkeit).¹² Zwar zeichnen sich auch Kioske regelmässig durch längere Öffnungszeiten als der traditionelle Lebensmitteldetailhandel, Standorte mit guter Kundenfrequenz sowie die Schnelligkeit des Einkaufs aus.¹³ Da Convenience-Shops jedoch tendenziell ein breiteres Sortiment führen als Kioske, dürfte der Einkauf in einem Kiosk für die typischen Convenience-Shop-Kundinnen und -Kunden gegenwärtig ein zu entferntes Substitut darstellen, als dass Kioske dem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops zuzurechnen wären.¹⁴ Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben werden Kioske deshalb nicht als Teil des

⁸ Vgl. RPW 1998/1, 62 f. Rz 10–12, *Roche/Corange*; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 4), Art. 9 N 81 m. w. H.

⁹ Vgl. RPW 2015/1, 107 Rz 17, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

¹⁰ RPW 2021/2, 426 Rz 11, *SPAR Holding AG/Store Service AG*; RPW 2005/3, 477 Rz 12 f., *Migros/Valora*.

¹¹ RPW 2000/1, 38, *Zusammenschlussvorhaben «avec.» (SBB, Migros, Kiosk AG)*: «In den letzten Jahren konnte festgestellt werden, dass insbesondere die Tankstellenbetreiber auf das grosse Bedürfnis nach Verkaufslokalen mit längeren Öffnungszeiten reagiert und das entsprechende Angebot massiv erweitert haben. So verfügt heute annähernd jede mittlere oder grössere Tankstelle über ein Angebot an Lebensmitteln, Tabakwaren und Presseartikeln».

¹² RPW 2015/1, 110 Rz 32, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

¹³ RPW 2015/1, 108 Rz 23, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

¹⁴ RPW 2015/1, 110 Rz 32, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

Marktes für Convenience-Shops behandelt. Kioske mit vergleichbaren Öffnungszeiten wie Convenience-Shops üben jedoch im Umfang der sich überschneidenden Sortimente eine disziplinierende Wirkung auf Convenience-Shops und Tankstellenshops aus, was im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Analyse des Markts für Convenience-Shops (einschliesslich Tankstellenshops) und des Markts für Tankstellenshops berücksichtigt wird.

22. Den vorgenannten Märkten benachbart ist der **Lebensmitteldetailhandel**. Lebensmitteldetailhändler bieten ein Vollsortiment an, das aus einer Vielzahl von Produktgruppen besteht, die den täglichen Bedarf der Konsumentinnen und Konsumenten abdecken (Konzept des «One-Stop-Shopping»).¹⁵ Der Lebensmitteldetailhandel unterscheidet sich von Convenience-Shops in der Regel insbesondere durch sein Sortimentskonzept (Vollsortiment), eine grössere Verkaufsfläche, einen geringeren Fokus auf die Schnelligkeit des Einkaufs und ein durchschnittlich tieferes Preisniveau.¹⁶ Verkaufsstellen von Lebensmitteldetailhändlern ohne längere als den im jeweiligem Kanton üblichen Öffnungszeiten für diese Branche sind nicht zu einem Markt für Convenience-Shops hinzuzurechnen, vermögen aber eine disziplinierende Wirkung auf diesen Markt auszuüben.¹⁷ Diese disziplinierende Wirkung erhöht sich, wenn Läden des Lebensmitteldetailhandels durch die Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten abends länger geöffnet haben.¹⁸ Auch die Einrichtung eigentlicher Convenience-Abteilungen in Läden des klassischen Lebensmitteldetailhandels, insbesondere wenn diese strategisch in der Nähe des Eingangsbereichs platziert sind und Self-Scanning-Kassen aufweisen, erhöht den Wettbewerbsdruck, der vom Lebensmitteldetailhandel auf den Markt für Convenience-Shops ausgeht. Deshalb wird für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben davon ausgegangen, dass Verkaufsstellen des Lebensmitteldetailhandels dem Markt für Convenience-Shops (und damit auch dem Markt für Kioske; Rz 24) zuzurechnen sind, wenn sie sonntags geöffnet sind.¹⁹

23. Weiter übt die **Schnellverpflegungsgastronomie** im Bereich Food und teilweise im Bereich Non-Food (z. B. Raucherwaren-Automaten) eine disziplinierende Wirkung auf Convenience-Shops und Kioske aus und ist in diesem Rahmen bei der Wettbewerbsanalyse zu berücksichtigen. Darüber hinaus stellt die Schnellverpflegungsgastronomie jedoch, etwa aufgrund des weitgehenden Fehlens von Angeboten in den Bereichen Near-Food und Non-Food, kein Substitut für Convenience-Shops dar und ist vorliegend nicht dem Markt für Convenience-Shops (und damit auch nicht dem Markt für Kioske; Rz 24) zuzurechnen.²⁰

Markt für Kioske

24. Kioske bieten als kleinflächige, bediente Verkaufsstellen an Standorten mit guter Kundenfrequenz ein Sortiment bestehend aus Presse, Tabak, Süsswaren, Snacks und Getränken an.²¹ Die WEKO hat einen eigenständigen Markt für Kioske abgegrenzt, der neben Kiosken auch Convenience-Shops und Tankstellenshops umfasst, weil der Einkauf an Kiosken gemeinhin gut ersetzbar ist durch den Einkauf in Convenience-Shops und Tankstellenshops, die ein ähnliches, oft breiteres, Sortiment anbieten als Kioske, ebenfalls an hoch-

frequentierten Lagen präsent sind und nicht an die Ladenöffnungszeiten des Lebensmitteleinzelhandels gebunden sind.²² Für die nachfolgende Analyse wird deshalb von einem sachlich relevanten **Markt für Kioske** (einschliesslich Convenience-Shops und Tankstellenshops) ausgegangen.

Zusammenfassung

25. Nachstehend werden der **Markt für Kioske**, der insbesondere Kioske, Convenience-Shops und Tankstellenshops umfasst, der **Markt für Convenience-Shops**, der insbesondere Convenience-Shops und Tankstellenshops umfasst, und der **Markt für Tankstellenshops** als sachlich relevante Absatzmärkte geprüft. Zudem werden insbesondere die vom Lebensmitteldetailhandel und von der Schnellverpflegungsgastronomie ausgehenden disziplinierenden Wirkungen berücksichtigt. Eine abschliessende sachliche Marktabgrenzung braucht nicht vorgenommen zu werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.2.2. Beschaffungsmärkte

26. Beschaffungsseitig bilden die Lieferantinnen von Kiosken, Convenience-Shops und Tankstellenshops die Marktgegenseite. Diesen Lieferantinnen stehen oft auch andere Absatzkanäle zur Verfügung, so etwa der Lebensmitteldetailhandel, der Grosshandel, die Gastronomie, der Export, der Direktvertrieb oder der Internethandel.²³ Oft stellen Lieferantinnen nur Produkte einer bestimmten Produktgruppe her und verfügen über eine geringe Umstellungsflexibilität bezüglich anderer Produktgruppen.²⁴ Ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen, hat die WEKO in ihrem Entscheid *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA Märkte* hinsichtlich verschiedener Produktgruppen in den Bereichen Food und Near-Food sowie einiger anderer Produktgruppen – insbesondere hinsichtlich Presseerzeugnissen, Raucherwaren und Lotterierprodukten – abgegrenzt.²⁵ Diese Produktgruppen werden auch als Basis für die Bewertung der Beschaffungsmärkte für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben verwendet, wobei für Raucherwaren der Begriff Tabakprodukte verwendet wird, der auch Tabakprodukte, die nicht geraucht werden (wie z. B. Kautabak), umfasst.

¹⁵ RPW 2021/2, 426 Rz 14, *SPAR Holding AG/Store Service AG*; RPW 2008/4, 598 Rz 55, 601 Rz 79, *Coop/Carrefour*.

¹⁶ Vgl. RPW 2008/1, 145 Rz 168, *Migros/Denner*.

¹⁷ Vgl. RPW 2021/2, 426 Rz 12, *SPAR Holding AG/Store Service AG*; RPW 2005/3, 478 Rz 19, *Migros/Valora*.

¹⁸ RPW 2005/3, 478 Rz 20, *Migros/Valora*.

¹⁹ Vgl. RPW 2015/1, 108 Rz 22, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

²⁰ Vgl. RPW 2015/1, 110 Rz 35 f., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 418 Rz 5, *Coop/Marché*.

²¹ RPW 2015/1, 108 Rz 23, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

²² RPW 2015/1, 110 Rz 32, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

²³ RPW 2021/2, 426 Rz 16, *SPAR Holding AG/Store Service AG*; RPW 2015/1, 111 Rz 44; RPW 2008/4, 601 f. Rz 80 und 84, *Coop/Carrefour*.

²⁴ RPW 2015/1, 111 Rz 44 f., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2008/1, 150 f. Rz 205 ff., *Migros/Denner*.

²⁵ RPW 2015/1, 111 Rz 45, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

27. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO wird vorliegend davon ausgegangen, dass die Absatzkanäle Kioske, Convenience-Shops und Tankstellenshops zum selben Beschaffungsmarkt gehören, welcher **nach Produktgruppen** zu unterteilen ist.²⁶ Auf eine weitergehende Marktabgrenzung der Beschaffungsmärkte von Kiosken, Convenience-Shops und Tankstellenshops wird vorliegend verzichtet, da das Ergebnis des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.3 Räumlich relevante Märkte

28. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.3.1.3.1. Absatzmärkte

29. In konstanter Praxis werden in Bezug auf den Markt für Convenience-Shops und den Markt für Tankstellenshops lokale, kantonale (bei allfälligen unterschiedlichen kantonalen Ladenöffnungszeiten) und nationale Charakteristika berücksichtigt.²⁷ Im Entscheid *Valora AG/cevanova AG* ging die WEKO für Convenience-Shops hinsichtlich der lokalen Dimension von Marktradien aus, welche im Bereich derjenigen kleiner Supermärkte liegen, wobei auf den Entscheid *Migros/Denner* verwiesen wurde, in welchem von Marktradien von zehn Minuten ausgegangen wurde. Lediglich von einem lokalen Marktradius um die jeweilige Verkaufsstelle von fünf Gehminuten bzw. 400 Meter Distanz für einen Markt für Convenience-Shops sowie für einen Markt für Kioske (exkl. und inkl. Convenience-Shops) ging die WEKO in ihrem Entscheid *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* aus.²⁹ Im Entscheid *SPAR Holding AG/Store Service AG* erachtete die WEKO für die lokale Marktabgrenzung Marktradien von zwei Kilometern zu Fuss und fünf Autofahrminuten für eine erste Einschätzung als angemessen, wobei hinsichtlich peripherer Gebiete auch eine Erweiterung dieser Marktradien angedacht wurde.³⁰ Auch in Bezug auf den Markt für Kioske hat die Praxis der WEKO lokale, kantonale und nationale Charakteristika berücksichtigt.³¹

30. Nach Ansicht der Valora Schweiz AG sind für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben absatzseitig die Wettbewerbsverhältnisse auf nationaler Ebene entscheidend. Sie begründet das insbesondere damit, dass die Vertriebssysteme schweizweit standardisiert seien. Sodann würden [...] eine nationale Sortimentspolitik und eine nationale Preisstrategie anwenden. Weiter erfolge auch die Beschaffung schweizweit einheitlich und zentral durch die Systemgeberinnen, wodurch nicht nur die Einheitlichkeit des Sortiments gewährleistet, sondern auch Skaleneffekte erzielt würden. Ferner finde auch der Innovationswettbewerb zwischen den Systemen statt. Die Valora Schweiz AG geht weiter davon aus, dass, selbst wenn von lokalen Märkten ausgegangen werde, sich diese lokalen Märkte (bei Zugrundelegung von Marktradien von zwei Kilometern bzw. fünf Autofahrminuten in den grossen Ballungszentren und Marktradien von zehn Kilometern bzw. 20 Autofahrminuten in peripheren Gebieten) derart überschneiden, dass letztlich von national oder zumindest gross-regional raumübergreifenden

Substitutionsketten auszugehen sei. Für die WEKO besteht vorliegend kein Anlass, von ihrer Praxis abzuweichen, neben der nationalen auch die lokale Ebene der sachlich relevanten Märkte zu prüfen, zumal vorliegend die lokalen Wettbewerbsverhältnisse von den auf nationaler Ebene herrschenden Wettbewerbsverhältnissen abweichen können und insofern eine eigenständige Prüfung erfordern (Rz 29).

31. Zusammengefasst sind die sachlich relevanten Absatzmärkte (Rz 25) in räumlicher Hinsicht auf **lokaler und nationaler Ebene** zu prüfen. Vorliegend wird für den Markt für Kioske, den Markt für Convenience-Shops und den Markt für Tankstellenshops grundsätzlich von lokalen Marktradien von zwei Kilometern zu Fuss und fünf Autofahrminuten ausgegangen. Darüber hinaus kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf eine definitive räumliche Marktabgrenzung hinsichtlich der Märkte für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops verzichtet werden, da das Ergebnis der Analyse bei jeder denkbaren diesbezüglichen räumlichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.3.2. Beschaffungsmärkte

32. Die WEKO grenzte die Beschaffungsmärkte für Convenience-Shops und für Kioske in ihrer bisherigen Praxis als mindestens schweizweit ab, liess die diesbezügliche räumliche Marktabgrenzung aber offen.³² Eine Ausnahme bildete der Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse, welcher nach Sprachregionen unterteilt wird.³³ Vorliegend wird gemäss dieser Praxis von den Sprachregionen Deutschschweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz ausgegangen, ohne dass eine abschliessende diesbezügliche Abgrenzung vorgenommen wird. Auf diese räumlichen Marktabgrenzungen kann auch für die Beschaffungsmärkte für Tankstellenshops abgestellt werden.³⁴ Ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen, wird im Folgenden – mit der erwähnten Ausnahme des Beschaffungsmarktes für Presseerzeugnisse – davon ausgegangen, dass die Beschaffungsmärkte von Kiosken, Convenience-Shops und Tankstellenshops mindestens national sind.

²⁶ RPW 2015/1, 111 f. Rz 45 ff., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*, m. w. H.

²⁷ RPW 2021/2, 427 Rz 18, *SPAR Holding AG/Store Service AG*; RPW 2017/3, 496 Rz 12, *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*.

²⁸ RPW 2009/1, 79 Rz 24, *Valora AG/cevanova AG*; RPW 2008/1, 157 Rz 241, *Migros/Denner*.

²⁹ RPW 2015/1, 112 f. Rz 53 ff., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

³⁰ RPW 2021/2, 427 Rz 18 f., 433 Rz 42, *SPAR Holding AG/Store Service AG* m. w. H.

³¹ RPW 2015/1, 113 Rz 56, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

³² RPW 2021/2, 428 Rz 24, *SPAR Holding AG/Store Service AG*; RPW 2015/1, 113 Rz 60, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 419 Rz 11, *Coop/Marché*; RPW 2005/3, 479 Rz 33, *Migros/Valora*.

³³ RPW 2020/2, 410 Rz 41, *Einkaufskooperation*; RPW 2015/1, 113 Rz 60, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

³⁴ Vgl. RPW 2021/2, 426 Rz 12, 428 Rz 24, *SPAR Holding AG/Store Service AG*.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

33. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, auf welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU; nachfolgend: betroffene Märkte). Wo diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

34. Gemäss Praxis ist bei einem hohen Marktanteil nicht ohne Weiteres auf eine marktbeherrschende Stellung zu schliessen.³⁵ Allerdings bildet ein Marktanteil von 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.³⁶ Das Bundesverwaltungsgericht geht bei Marktanteilen ab 50 % von einer Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aus.³⁷

B.3.2.1 Nationale Absatzmärkte für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops

35. Auf den nationalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops ist die

Valora-Gruppe mit dem Kioskformat k kiosk, dem kiosk-ähnlichen Format Press & Books und dem Convenience-Shop- und Tankstellenshop-Format avec tätig (Rz 2, 17). Der zu übernehmende Unternehmensteil der Volare-Gruppe umfasst ausschliesslich Tankstellenshops (vgl. Rz 3). Da Tankstellenshops zu allen drei nationalen Absatzmärkten (Markt für Kioske, Markt für Convenience-Shops und Markt für Tankstellenshops; Rz 25, 31) zu zählen sind, ergeben sich durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf allen drei nationalen Absatzmärkten Marktanteilsadditionen. Wie aus der nachfolgenden Tabelle hervorgeht, gibt es auf nationaler Ebene allerdings nur einen Absatzmarkt, der im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen ist, nämlich den nationalen Absatzmarkt für Kioske. Auf diesem Markt hat die Valora-Gruppe einen Marktanteil von rund [10–20] % und der zu übernehmende Unternehmensteil der Volare-Gruppe einen Marktanteil von rund [0–10] %, was einen kumulierten Marktanteil von rund [20–30] % ergibt. Auf dem nationalen Absatzmarkt für Convenience-Shops kommen die Valora-Gruppe und der zu übernehmende Unternehmensteil der Volare-Gruppe auf einen kumulierten Marktanteil von rund [10–20] % und auf dem nationalen Absatzmarkt für Tankstellenshops auf einen kumulierten Marktanteil von rund [0–10] %.

Tabelle 2: Marktanteile auf den nationalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops im Jahr 2021.

Unternehmen	Marktanteil [%]		
	Markt für Kioske (inkl. Convenience- und Tankstellenshops)	Markt für Convenience-Shops (inkl. Tankstellenshops)	Markt für Tankstellenshops
Valora-Gruppe	[10–20]	[0–10]	[0–10]
Unternehmensteil der Volare-Gruppe	[0–10]	[0–10]	[0–10]
<i>Beteiligte Unternehmen zusammen</i>	[20–30]	[10–20]	[0–10]
Coop-Gruppe ³⁸	[20–30]	[20–30]	[20–30]
Migros-Gruppe ³⁹	[20–30]	[20–30]	[20–30]
Übrige	[20–30]	[30–40]	[30–40]
Gesamtmarkt [Mio. Fr.]⁴⁰	5867	4516	3250

Quelle: Berechnungen des Sekretariats gestützt auf Berechnungen der Valora Schweiz AG (gerundete Zahlen). Die graue Hinterlegung bezeichnet einen betroffenen Markt.

³⁵ BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*.

³⁶ BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, *Publigruppe SA et al./WEKO*; DAMIEN J. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Buccirosi (Hrsg.), 2008, S. 205.

³⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

³⁸ Berechnungen des Sekretariats gestützt auf GfK Switzerland AG, Studie Detailhandel Schweiz 2020, Rotkreuz 2020.

³⁹ Berechnungen des Sekretariats gestützt auf GfK Switzerland AG, Studie Detailhandel Schweiz 2020, Rotkreuz 2020.

⁴⁰ Die Gesamtmarktschätzungen basieren auf Daten für das Jahr 2019 in GfK Switzerland AG, Studie Detailhandel Schweiz 2020, Rotkreuz 2020, wobei in Bezug auf Kioske der von der GfK Switzerland AG geschätzte Gesamtmarkt um eine Schätzung des Umsatzes von Kiosken der Coop-Gruppe ergänzt wird (301 Kioske der Coop-Gruppe mit einem Umsatz von je 1 Mio. Fr.). Zum Markt für Convenience-Shops hinzugerechnet wird zudem der Umsatz der Spar-Express-Verkaufsstellen gemäss vorgenannter Studie (in welcher dieser Umsatz im Bereich «kleinflächiger Detailhandel» berücksichtigt wurde). Für das Jahr 2021 wird angenommen, dass die Gesamtmärkte jeweils das gleiche Volumen wie im Jahr 2019 haben.

36. Es folgt eine Übersicht über die Wettbewerbssituation auf allen drei nationalen Absatzmärkten, zumal es auf lokaler Ebene auf sämtlichen dieser sachlichen Absatzmärkte betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU gibt.

37. Die grössten Konkurrentinnen der Valora-Gruppe auf den vorgenannten nationalen Absatzmärkten sind die Coop-Gruppe⁴¹ (Markt für Kioske: [20–30] %; Markt für Convenience-Shops: [20–30] %; Markt für Tankstellenshops: [20–30] %) und die Migros-Gruppe⁴² (Markt für Kioske: [20–30] %; Markt für Convenience-Shops: [20–30] %; Markt für Tankstellenshops: [20–30] %). Die Coop-Gruppe ist insbesondere mit einem eigenen Kioskformat, dem Convenience-Shop- und Tankstellenshop-Format Coop Pronto und dem Convenience-Shop-Format Coop to go auf diesen Märkten tätig. Die Kioske von Coop bilden dabei Teil der Lebensmittelhandelsgeschäfte⁴³ und haben entsprechende Öffnungszeiten. Die Migros-Gruppe ist insbesondere mit dem Convenience-Shop- und Tankstellenshop-Format migrolino sowie den Tankstellenshop-Formaten Migrol-Shop und mio auf diesen Märkten tätig.⁴⁴ Mit wesentlich geringeren Marktanteilen sind auf diesen nationalen Märkten sodann die fenaco-Gruppe⁴⁵ mit dem Tankstellenshop-Format TopShop, die Spar-Gruppe⁴⁶ mit dem Convenience-Shop- und Tankstellenshop-Format Spar Express und die Eni-Gruppe⁴⁷ mit dem Tankstellenshop-Format Eni Café & Shop vertreten.

38. Der nationale Absatzmarkt für Kioske bildet einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU (Rz 35). Aus den nachfolgenden Gründen bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben auf diesem nationalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

39. Zunächst sind mit der Coop-Gruppe ([20–30] %) und der Migros-Gruppe ([20–30] %) zwei Konkurrentinnen mit vergleichbaren Marktanteilen wie die beteiligten Unternehmen ([20–30] %) auf dem Markt präsent. Diese beiden Konkurrentinnen verfügen über vertiefte Marktkenntnisse, ein hohes Vertrauen bei den Kundinnen und Kunden sowie bedeutende finanzielle Ressourcen. Daneben sind auf diesem Markt viele Unternehmen mit geringeren Marktanteilen tätig, darunter insbesondere die fenaco-Gruppe, die Spar-Gruppe und unabhängige Kioske. Die Valora Schweiz AG führt weiter an, der nationale Absatzmarkt für Kioske sei dynamisch und es seien auch Markteintritte durch bisher nicht in der Schweiz tätige Unternehmen (z. B. Detailhändler im angrenzenden Ausland) möglich. Vor dem Hintergrund der Digitalisierung würden Kundinnen und Kunden sodann vermehrt erwarten, dass Produkte und Dienstleistungen rund um die Uhr verfügbar sind, online bestellt und innert weniger Stunden an einem nahegelegenen Übergabepunkt abgeholt werden können. Der so entstehende Wettbewerbs- und Innovationsdruck zwingt zu stetigen Forschungs- und Entwicklungsbestrebungen, wobei die Rolle des «first mover» bei der Entwicklung neuer Vertriebsformate und -konzepte (z. B. datengetriebene Kundenbindungsprogramme, Home Delivery, vollautomatisierte Shop-Konzepte) abwechslungsweise unterschiedlichen Unternehmen zukomme und erfolgrei-

che Innovationen von der Konkurrenz jeweils rasch übernommen würden.

B.3.2.2 Lokale Absatzmärkte für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops

40. Als Grundlage der nachfolgenden Analyse der lokalen Märkte für Kioske, Convenience-Shops und Tankstellenshops wurde in einem ersten Schritt in Anlehnung an die jüngste Praxis um sämtliche zu übernehmenden 113 Tankstellenshops vereinfachend ein Marktradius von zwei Kilometern gezogen (Rz 29 f.). Wo aufgrund lokaler Gegebenheiten grössere Marktradien plausibel erschienen, wurden diese berücksichtigt.

41. Die Umsatzschätzungen betreffend die Konkurrentinnen der beteiligten Unternehmen auf den betroffenen lokalen Märkten wurden von der Valora Schweiz AG vorgenommen. Sie basieren auf einer Formel, welche die geschätzte Verkaufsfläche und einen von ihr jeweils geschätzten Frequenzfaktor pro Verkaufsstelle miteinander bezieht.⁴⁸ Anzumerken ist im Weiteren, dass die Valora Schweiz AG bei der Bereitstellung der Daten für die lokalen Märkte weder unabhängige Kioske, d. h. andere Kioske als diejenigen der Valora-Gruppe und der Coop-Gruppe, noch unabhängige Convenience-Shops komplett erfasst hat, weil diese Verkaufsstätten in der Schweiz nicht systematisch erfasst würden. Auch Kioske der Coop-Gruppe hat Valora nicht durchgehend erfasst. Die vorliegend ausgewiesenen lokalen Marktanteile der Valora-Gruppe sowie der von ihr zu übernehmenden Tankstellenshops können deshalb auf den Märkten für Kioske, für Convenience-Shops und allenfalls für Tankstellenshops höher ausfallen, als dies tatsächlich der Fall ist.

⁴¹ Coop Genossenschaft und die konzernmässig mit ihr verbundenen Unternehmen.

⁴² Migros-Genossenschafts-Bund und die konzernmässig mit ihm verbundenen Unternehmen.

⁴³ Coop Genossenschaft, Coop Zeitung: Den Kunden zu Diensten, <www.coopzeitung.ch/themen/fokus-coop/2019/den-kunden-zu-diensten-229643/> (5.12.2022).

⁴⁴ Das Format Denner Express wird nicht als Teil der sachlich relevanten Märkte berücksichtigt, da es vorliegend aufgrund der Öffnungszeiten (sonntags in der Regel geschlossen) weder als Kiosk noch als Convenience-Shop, noch als Tankstellenshop zu qualifizieren ist. Soweit einzelne Filialen sonntags geöffnet sind, werden sie bei der Prüfung der lokalen Absatzmärkte berücksichtigt.

⁴⁵ fenaco Genossenschaft und die konzernmässig mit ihr verbundenen Unternehmen.

⁴⁶ The Spar Group Ltd. und die konzernmässig mit ihr verbundenen Unternehmen.

⁴⁷ Eni S.p.A. und die konzernmässig mit ihr verbundenen Unternehmen.

⁴⁸ Hinsichtlich Konkurrenzstandorten, für welche der Valora Schweiz AG keine Daten vorlagen, ging sie für Kioske von einem Umsatz von [...] Mio. Fr., für mittelgrosse Convenience-Shops von einem Umsatz von [...] Mio. Fr. und für grosse Convenience-Shops von einem Umsatz von [...] Mio. Fr. aus.

42. Nachfolgend werden nur diejenigen betroffenen lokalen Märkte im Detail behandelt, auf denen es zu einer Marktanteilsaddition kommt und die beteiligten Unternehmen nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens voraussichtlich über einen kumulierten Marktanteil von mindestens 40 % verfügen werden. Eine Übersicht über diese Märkte ist in der nachfolgenden Tabelle zu finden. Für Märkte mit einem kumulierten Marktanteil der betei-

ligten Unternehmen unter 40 % wird insbesondere aufgrund der nationalen Wettbewerbssituation mit zwei starken, schweizweit agierenden Wettbewerbern (der Coop-Gruppe und der Migros-Gruppe) und einer Reihe weiterer Wettbewerber davon ausgegangen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben weder zu einer Begründung noch einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

Tabelle 3: Betroffene lokale Märkte mit Marktanteilsaddition und einem voraussichtlichen kumulierten Marktanteil der beteiligten Unternehmen von mindestens 40 %.

Lokaler Absatzmarkt	Kumulierter Marktanteil der beteiligten Unternehmen [%]		
	Markt für Kioske	Markt für Convenience-Shops	Markt für Tankstellenshops
Affoltern am Albis (ZH)	[50–60]	[40–50]	< 40
Bad Zurzach (AG)	100 / [50–60]	100 / [50–60]	keine Addition
Biel (BE)	[50–60] / [40–50]	< 40	< 40
Buchs (SG)	[40–50]	[40–50]	keine Addition
Bülach (ZH)	[40–50]	< 40	keine Addition
Bussigny/Renens (VD)	[40–50] / [40–50]	< 40 / < 40	[40–50] / [40–50]
Crissier (VD)	[40–50] / [40–50]	< 40 / < 40	[40–50] / [40–50]
Embrach (ZH)	100 / [40–50]	keine Addition	keine Addition
Emmen (LU)	[50–60] / [40–50]	[40–50] / < 40	keine Addition
Engstringen/Schlieren (ZH)	[40–50] / < 40	< 40 / < 40	[70–80] / [50–60]
Gwatt/Thun (BE)	< 40 / < 40	[40–50] / < 40	[40–50] / < 40
Lengnau (BE)	[70–80] / [40–50]	[60–70] / < 40	keine Addition
Moudon (VD)	[50–60] / < 40	keine Addition	keine Addition
Oftringen (AG)	[40–50]	< 40	keine Addition
Ollon (VD)	100 / < 40	keine Addition	keine Addition
Onex (GE)	[50–60]	< 40	keine Addition
Peseux (NE)	[60–70] / < 40	keine Addition	keine Addition
Rheinfelden (AG)	[70–80] / < 40	100 / < 40	keine Addition
Spiez (BE)	[50–60] / < 40	< 40 / < 40	keine Addition
Spreitenbach (AG)	[60–70] / [40–50]	keine Addition	keine Addition
Thalwil (ZH)	[40–50]	< 40	[50–60]
Wattwil (SG)	[60–70] / [40–50]	keine Addition	keine Addition
Wil (SG)	[40–50] / < 40	< 40	keine Addition
Yverdon-les-Bains (VD)	[50–60] / [40–50]	keine Addition	keine Addition

Quelle: Berechnungen der Valora Schweiz AG und des Sekretariats.

Legende: Die Angabe «< 40» bedeutet, dass der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem lokalen Absatzmarkt unter 40 % liegt (Rz 42). Die Angabe «keine Addition» bedeutet, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem lokalen Absatzmarkt zu keiner Marktanteilsaddition führt. Die Werte in der Tabelle basieren auf Marktradien von zwei Kilometern; wo aufgrund der lokalen Gegebenheiten grössere Marktradien berücksichtigt wurden, steht vor dem Schrägstrich der Wert basierend auf einem Marktradius von zwei Kilometern und nach dem Schrägstrich der Wert basierend auf dem grösseren Marktradius (vgl.

Rz 40). Die graue Hinterlegung bezeichnet lokale Absatzmärkte mit einer Marktanteilsaddition und einem kumulierten Marktanteil der beteiligten Unternehmen von mindestens 40 % auch bei Anwendung eines grösseren Marktradius zugunsten der beteiligten Unternehmen.

43. Soweit nachstehend von einem Markt oder Absatzmarkt «für Kioske» gesprochen wird, wird dieser als Kioske, Convenience-Shops und Tankstellenshops umfassend verstanden (Rz 25). Soweit von einem Markt oder Absatzmarkt «für Convenience-Shops» gesprochen wird, wird dieser als Convenience-Shops und Tankstellenshops umfassend verstanden (Rz 25).

Affoltern am Albis (ZH)

44. Auf dem lokalen Absatzmarkt Affoltern am Albis übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der Tankstelle BP Service Affoltern. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit einem kiosk, zwei avec-Convenience-Shops und einem avec-Tankstellenshop vertreten.⁴⁹ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops zu Marktanteilsadditionen.

45. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop und die Migros-Gruppe mit einem migrolino-Tankstellenshop tätig.⁵⁰

46. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [50–60] % und auf dem Markt für Convenience-Shops [40–50] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Tankstellenshops beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Angesichts der Präsenz der Coop-Gruppe (Markt für Kioske: [20–30] %; Markt für Convenience-Shops: [20–30] %) und der Migros-Gruppe (Markt für Kioske: [20–30] %; Markt für Convenience-Shops: [20–30] %) mit umsatzstarken Tankstellenshops ist auf beiden sachlich relevanten Märkten von einem bedeutenden Wettbewerbsdruck auszugehen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

47. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops in Affoltern am Albis. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Bad Zurzach (AG)

48. Auf dem lokalen Absatzmarkt Bad Zurzach übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der Shell-Tankstelle Moveri Bad Zurzach. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern

um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit einem kiosk und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Absatzmarkt tätig.⁵¹ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

49. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind keine Konkurrenzunternehmen ersichtlich.

50. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske und auf dem Markt für Convenience-Shops jeweils 100 %. Unmittelbar angrenzend an den vorgenannten Marktradius und von dem zu übernehmenden Tankstellenshop aus in rund sieben Autofahrminuten erreichbar liegt ein Tankstellenshop der Kreiseltankstelle & Shop A. Mühlebach GmbH. Wird auch dieser Tankstellenshop berücksichtigt, betragen die vorgenannten kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske und auf dem Markt für Convenience-Shops noch jeweils [50–60] %. Aufgrund der dokumentierten Tiefpreispolitik der Kreiseltankstelle & Shop A. Mühlebach GmbH im Bereich der Treibstoffe⁵² ist davon auszugehen, dass dieser Standort Kundinnen und Kunden in einem grösseren Einzugsgebiet erreicht als andere Standorte von Tankstellen mit Shop. Der von der Kreiseltankstelle & Shop A. Mühlebach GmbH ausgehende Wettbewerbsdruck erreicht so insbesondere auch den lokalen Markt Bad Zurzach. Nach Fertigstellung der Ostumfahrung Bad Zurzach⁵³, die für den Sommer 2023 vorgesehen ist, wird sich die Fahrtzeit zwischen den beiden konkurrierenden Tankstellenshops auf rund fünf Minuten verkürzen, wodurch dieser Wettbewerbsdruck zunimmt. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus, wobei eine solche Wirkung angesichts der unmittelbaren Nähe des zu übernehmenden Tankstellenshops zur deutsch-schweizerischen Grenze auch von den gemeinhin preisgünstigeren Standorten in Deutschland ausgeht. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

⁴⁹ Der kiosk und ein avec-Convenience-Shop sind sonntags geschlossen.

⁵⁰ Die von der Valora Schweiz AG ebenfalls angeführten Tankstellenshops an der Raststätte My Stop Affoltern sind nicht zu berücksichtigen, da sie zwar unmittelbar angrenzend an den Marktradius liegen, jedoch aufgrund ihrer Lage an einer Autobahn von der Tankstelle BP Service Affoltern aus nur in rund 15 Autofahrminuten erreichbar sind.

⁵¹ Der kiosk ist sonntags geschlossen.

⁵² Badener Tagblatt vom 10. August 2021, 1,58 Franken für einen Liter Diesel: So funktioniert die Preispolitik der günstigsten Tankstelle im Aargau, <www.badenertagblatt.ch/aargau/zurzibiet/tegerfelden-158-franken-fuer-einen-liter-diesel-so-funktioniert-die-preispolitik-der-guenstigsten-tankstelle-im-aargau-ld.2172080> (5.12.2022).

⁵³ Departement Bau, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau, Bad Zurzach – Ostumfahrung NK 286, <<https://www.ag.ch/de/verwaltung/bvu/mobilitaet-verkehr/strasseninfrastruktur/strassenprojekte/bad-zurzach-ostumfahrung-nk-286>> (5.12.2022).

51. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Bad Zurzach deutlich. Aktueller Wettbewerb ist jedoch bei Einbezug einer unmittelbar angrenzend an den vorgenannten Marktradius tätigen lokalen Konkurrentin mit Tiefpreispolitik vorhanden. Angaben zu möglichen Markteintritten bzw. Neueröffnungen im lokalen Absatzmarkt Bad Zurzach liegen nicht vor. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die einzelnen Tankstellenshop-Betreiberinnen [...] nicht frei sind, ihre Preise und ihr Sortiment anzupassen und dass während der üblichen Ladenöffnungszeiten seitens des Lebensmitteldetailhandels Wettbewerbsdruck sowohl aus der Schweiz als auch aus Deutschland besteht. Insgesamt bestehen damit zwar Anhaltspunkte, dass auf dem lokalen Absatzmarkt Bad Zurzach eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Da jedoch Wettbewerb vorhanden ist und sich solche Anhaltspunkte nur in Bezug auf einen von insgesamt 113 zu übernehmenden Tankstellenshops ergeben, wird vorliegend auch aus Verhältnismässigkeitsgründen (Art. 5 Abs. 2 BV) darauf verzichtet, diese Anhaltspunkte im Rahmen einer vertieften Prüfung nach Art. 10 KG weiterzuverfolgen.⁵⁴

Biel (BE)

52. Auf dem lokalen Absatzmarkt Biel übernimmt die Valora-Gruppe einen Tankstellenshop an der Shell-Tankstelle Moveri Biel. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit sechs k kiosken und einem avec-Tankstellenshop auf diesem lokalen Markt tätig.⁵⁵ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops zu Marktanteilsadditionen.

53. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit zwei Coop-Pronto-Tankstellenshops tätig.

54. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [50–60] % (der kumulierte Marktanteil auf den Märkten für Convenience-Shops und für Tankstellenshops beträgt jeweils [20–30] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Unmittelbar angrenzend an den vorgenannten Marktradius ist eine Tankstellenshop-Betreiberin an einer Socar-Tankstelle tätig. Wird dieser Standort berücksichtigt, beträgt der vorgenannte Marktanteil auf dem Markt für Kioske [40–50] %, wobei mit der Coop-Gruppe eine starke Konkurrentin mit einem Marktanteil von [30–40] % auf diesem Markt präsent ist.⁵⁶ Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

55. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops in Biel. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte,

dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Buchs (SG)

56. Auf dem lokalen Absatzmarkt Buchs übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Halter AG Wil. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit einem k kiosk und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁵⁷ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

57. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop, die LAVEBA Genossenschaft mit einem LAVEBA-Tankstellenshop und eine Tankstellenshop-Betreiberin an einer Socar-Tankstelle tätig.

58. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [40–50] % und auf dem Markt für Convenience-Shops [40–50] %. Angesichts der Präsenz von drei Konkurrentinnen, darunter die Coop-Gruppe (Markt für Kioske: [10–20] %; Markt für Convenience-Shops: [10–20] %) und die in der Ostschweiz gut verankerte LAVEBA-Genossenschaft (Markt für Kioske: [20–30] %; Markt für Convenience-Shops: [20–30] %), mit umsatzstarken Tankstellenshops ist von einem bedeutenden Wettbewerbsdruck auszugehen.⁵⁸ Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

59. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Buchs. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

⁵⁴ Vgl. RPW 2015/1, 117 Rz 86, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

⁵⁵ Fünf der sechs k kioske sind sonntags geschlossen.

⁵⁶ Der tatsächliche Marktanteil der beteiligten Unternehmen dürfte tiefer liegen, weil insbesondere zwei Kioske der Coop-Gruppe (Biel Mett und Biel Nidaugasse) nicht berücksichtigt wurden (Rz 41).

⁵⁷ Der k kiosk ist sonntags geschlossen.

⁵⁸ Der tatsächliche Marktanteil der beteiligten Unternehmen dürfte tiefer liegen, weil insbesondere ein Kiosk der Coop-Gruppe (Supermarkt Buchs SG) nicht berücksichtigt wurde (Rz 41).

Bülach (ZH)

60. Auf dem lokalen Absatzmarkt Bülach übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Bülach. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit vier k kiosken und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁵⁹ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

61. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Migros-Gruppe mit einem migrolino-Tankstellenshop, die AVIA Vereinigung unabhängiger Schweizer Importeure und Anbieter von Energieprodukten, Genossenschaft (nachfolgend: Avia Genossenschaft) mit zwei Tankstellenshops und die Betreiberin des Büli-Kiosks tätig.

62. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen beträgt auf dem Markt für Kioske [40–50] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42).⁶⁰ Angesichts der Präsenz der Migros-Gruppe ([20–30] %) und der Avia Genossenschaft ([20–30] %) mit umsatzstarken Tankstellenshops ist von einem bedeutenden Wettbewerbsdruck auszugehen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist weiter, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

63. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Bülach. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Bussigny/Renens (VD)

64. Auf dem lokalen Absatzmarkt Bussigny/Renens übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb von drei Tankstellenshops an BP-Tankstellen, wobei die vorliegende Analyse von den beiden innerhalb weniger hundert Meter Luftlinie liegenden BP-Tankstellen Service Bussigny und Service Renens ausgeht (hinsichtlich der von der BP-Tankstelle Service Crissier ausgehenden Analyse, vgl. Rz 68 ff.). Bei Anwendung von Marktradien von zwei Kilometern um die vorgenannten Tankstellenshops ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit sieben k kiosken, einem Press & Books-Shop und einem avec-Tankstellenshop auf diesem lokalen Markt tätig.⁶¹ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops zu Marktanteilsadditionen.

65. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Convenience-Shop und zwei Coop-Pronto-Tankstellenshops, die Migros-Gruppe mit einem sonntags geöffneten Supermarkt

und einem migrolino-Convenience-Shop und die Eni-Gruppe mit einem Eni Café & Shop-Tankstellenshop tätig.

66. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [40–50] % und auf dem Markt für Tankstellenshops [40–50] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [20–30] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Erweitert man die Marktradien um rund 150 Meter, ist die Migros-Gruppe auch mit dem migrolino-Tankstellenshop Renens auf diesem Markt tätig, wodurch die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [40–50] % und auf dem Markt für Tankstellenshops [40–50] % betragen, wobei die Coop-Gruppe (Markt für Kioske: [20–30] %; Markt für Tankstellenshops: [20–30] %) und die Migros-Gruppe (Markt für Kioske: [20–30] %; Markt für Tankstellenshops: [10–20] %) als starke Konkurrentinnen für bedeutenden Wettbewerbsdruck sorgen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

67. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops in Bussigny/Renens. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Crissier (VD)

68. Auf dem lokalen Absatzmarkt Crissier übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb von drei Tankstellenshops an BP-Tankstellen, wobei die vorliegende Analyse von der BP-Tankstelle Service Crissier ausgeht (hinsichtlich der von den BP-Tankstellen Service Bussigny und Service Renens ausgehenden Analyse, vgl. Rz 64 ff.). Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit vier k kiosken, einem Press & Books-Shop und einem avec-Tankstellenshop auf diesem lokalen Markt tätig.⁶² Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops zu Marktanteilsadditionen.

⁵⁹ Drei k kioske sind sonntags geschlossen.

⁶⁰ Der tatsächliche Marktanteil der beteiligten Unternehmen dürfte tiefer liegen, weil insbesondere ein Kiosk der Coop-Gruppe (Supermarkt Bachenbülach) nicht berücksichtigt wurde (Rz 41).

⁶¹ Sechs k kioske und der Press & Books-Shop sind sonntags geschlossen.

⁶² Drei k kioske und der Press & Books-Shop sind sonntags geschlossen.

69. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Convenience-Shop und einem Coop-Pronto-Tankstellenshop, die Migros-Gruppe mit einem sonntags geöffneten Supermarkt und zwei migrolino-Tankstellenshops und die Eni-Gruppe mit einem Eni Café & Shop-Tankstellenshop tätig.

70. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [40–50] % und auf dem Markt für Tankstellenshops [40–50] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [20–30] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Erweitert man den Marktradius um rund 250 Meter, ist die Migros-Gruppe auch mit dem migrolino-Tankstellenshop Prilly und die Eni-Gruppe mit einem weiteren Eni Café & Shop-Tankstellenshop auf diesem Markt tätig. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen damit (unter Berücksichtigung auch der k kioske Ecublens Coop und Ecublens Migros) auf dem Markt für Kioske [40–50] % und auf dem Markt für Tankstellenshops [40–50] %, wobei die Coop-Gruppe (Markt für Kioske: [10–20] %; Markt für Tankstellenshops: [10–20] %) und die Migros-Gruppe (Markt für Kioske: [30–40] %; Markt für Tankstellenshops: [20–30] %) als starke Konkurrentinnen für bedeutenden Wettbewerbsdruck sorgen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

71. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops in Crissier. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Embrach (ZH)

72. Auf dem lokalen Absatzmarkt Embrach übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Embrach. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit einem k kiosk auf diesem lokalen Markt tätig.⁶³ Damit kommt es auf dem Markt für Kioske zu einer Marktanteilsaddition.

73. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind keine Konkurrenzunternehmen ersichtlich.

74. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen beträgt auf dem Markt für Kioske 100 %. Erweitert man den Marktradius um rund 200 Meter, ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop (erreichbar von dem zu übernehmenden Standort in rund vier Autofahrminuten) auf dem lokalen Absatzmarkt tätig, wodurch der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [40–50] % beträgt.

Angesichts der starken Präsenz der Coop-Gruppe mit einem Marktanteil von [50–60] % ist von einem bedeutenden Wettbewerbsdruck auszugehen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

75. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt für Kioske in Embrach. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesem lokalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Emmen (LU)

76. Auf dem lokalen Absatzmarkt Emmen übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Emmenbrücke. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit drei k kiosken, einem Press & Books-Shop und einem avec-Convenience-Shop tätig.⁶⁴ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

77. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit zwei Coop-Pronto-Tankstellenshops, die Sprengi Kiosk GmbH mit einem Kiosk und die Nasa Shop Aktürk & Co. mit einem Tankstellenshop tätig.

78. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [50–60] % und auf dem Markt für Convenience-Shops [40–50] %. Von dem zu übernehmenden Tankstellenshop in rund sieben bis acht Autofahrminuten erreichbar ist sodann der Coop-Pronto-Tankstellenshop Reussbühl. Wird dieser Standort berücksichtigt, betragen die vorgenannten Marktanteile auf dem Markt für Kioske noch [40–50] % und auf dem Markt für Convenience-Shops [30–40] %, wobei mit der Coop-Gruppe (Markt für Kioske: [40–50] %; Markt für Convenience-Shops: [50–60] %) eine starke Konkurrentin präsent ist. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

⁶³ Der k kiosk ist sonntags geschlossen.

⁶⁴ Die drei k kioske und der Press & Books-Shop sind sonntags geschlossen.

79. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Emmen. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Engstringen/Schlieren (ZH)

80. Auf dem lokalen Absatzmarkt Engstringen/Schlieren übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Unterengstringen. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit drei k kiosken und zwei avec-Tankstellenshops auf diesem lokalen Markt tätig.⁶⁵ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops zu Marktanteilsadditionen.

81. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Convenience-Shop, die Migros-Gruppe mit einem Denner-Express-Convenience-Shop⁶⁶ und einem migrolino-Convenience-Shop und die Avia Genossenschaft mit einem Tankstellenshop tätig.

82. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [40–50] % und auf dem Markt für Tankstellenshops [70–80] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Erweitert man den Marktradius um rund 150 Meter, ist die Migros-Gruppe auch mit dem migrolino-Tankstellenshop Schlieren auf diesem Markt tätig, wodurch die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [30–40] % (Migros-Gruppe: [30–40] %) und auf dem Markt für Tankstellenshops [50–60] % (Migros-Gruppe: [20–30] %) betragen, wobei die Migros-Gruppe als starke Konkurrentin für einen bedeutenden Wettbewerbsdruck sorgt. Von Convenience-Shops der Konkurrenz der beteiligten Unternehmen (vorliegend insbesondere von drei Convenience-Shops der Coop-Gruppe und der Migros-Gruppe in der Nähe des Bahnhofs Schlieren) geht sodann ein starker Wettbewerbsdruck auf den Markt für Tankstellenshops aus. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

83. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops in Engstringen/Schlieren, besonders deutlich auf dem Absatzmarkt für Tankstellenshops. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Gwatt/Thun (BE)

84. Auf dem lokalen Absatzmarkt Gwatt/Thun übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Stockhorn. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit zwei k kiosken und einem avec-Tankstellenshop auf diesem lokalen Markt tätig.⁶⁷ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops zu Marktanteilsadditionen.

85. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop und die fenaco-Gruppe mit einem TopShop-Tankstellenshop tätig.

86. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Convenience-Shops und auf dem Markt für Tankstellenshops jeweils [40–50] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Kioske beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Erweitert man den Marktradius um rund 250 Meter, sind die fenaco-Gruppe auch mit dem TopShop-Tankstellenshop Thun (erreichbar von dem zu übernehmenden Standort in rund fünf Autofahrminuten) und die Migros-Gruppe mit dem migrolino-Tankstellenshop Thun (erreichbar von dem zu übernehmenden Standort in rund sieben Autofahrminuten) auf diesem Markt tätig. Berücksichtigt man auch diese Standorte, betragen die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Convenience-Shops [20–30] % (Migros-Gruppe: [20–30] %) und auf dem Markt für Tankstellenshops [20–30] % (Migros-Gruppe: [20–30] %), wobei die Migros-Gruppe als starke Konkurrentin für einen bedeutenden Wettbewerbsdruck sorgt. Weiter ist von dem zu übernehmenden Standort in rund sechs bis sieben Autofahrminuten der Bahnhof Thun erreichbar, wo (neben drei weiteren k kiosken der Valora-Gruppe) auch umsatzstarke und sonntags geöffnete Standorte der Coop-Gruppe – ein Coop-Pronto-Convenience-Shop und ein Coop-Supermarkt – betrieben werden. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

87. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops in Gwatt/Thun. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

⁶⁵ Zwei k kioske sind sonntags geschlossen.

⁶⁶ Dieser Denner-Express-Convenience-Shop ist sonntags geöffnet (vgl. Fn. 44).

⁶⁷ Ein k kiosk ist sonntags geschlossen.

Lengnau (BE)

88. Auf dem lokalen Absatzmarkt Lengnau wird die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der gegenwärtig noch in Planung befindlichen BP-Tankstelle an der Solothurnstrasse 82 übernehmen. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen geplanten Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit zwei k kiosken und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁶⁸ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

89. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Migros-Gruppe mit einem migrolino-Convenience-Shop tätig.

90. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [70–80] % und auf dem Markt für Convenience-Shops [60–70] %. Erweitert man den Marktradius um rund 300 Meter, sind auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt die Coop-Gruppe mit dem Coop-Pronto-Tankstellenshop Grenchen, die Migros-Gruppe mit dem migrolino-Convenience-Shop Nordbahnhofstrasse und die fenaco-Gruppe mit dem TopShop-Tankstellenshop Grenchen tätig, wobei bei deren Berücksichtigung der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [40–50] % und auf dem Markt für Convenience-Shops [30–40] % beträgt. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

91. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Lengnau. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Moudon (VD)

92. Auf dem lokalen Absatzmarkt Moudon übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Moudon. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit zwei k kiosken auf diesem lokalen Markt tätig.⁶⁹ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Kioske zu einer Marktanteilsaddition.

93. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Coop-Gruppe mit einem Kiosk sowie die Betreiberinnen der Kioske Fidelix Point de Moudon, Le Pont und Rose-Marie Seydoux tätig.

94. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [50–60] %. Innerhalb von rund sechs bis acht Autofahrminuten sind ein Denner Partner in Lucens und ein Denner Satellit in Ursy erreichbar, die sonntags halbtags geöffnet sind. Werden

diese Standorte berücksichtigt, beträgt der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [20–30] % (Migros-Gruppe: [50–60] %). Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben auch der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

95. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt für Kioske in Moudon. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesem lokalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Oftringen (AG)

96. Auf dem lokalen Absatzmarkt Oftringen übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Oftringen. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit vier k kiosken und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁷⁰ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

97. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop, die Migros-Gruppe mit zwei migrolino-Tankstellenshops und die fenaco-Gruppe mit einem TopShop-Tankstellenshop tätig.

98. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [40–50] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Angesichts der Präsenz der Migros-Gruppe ([20–30] %), der Coop-Gruppe ([10–20] %) und der fenaco-Gruppe ([10–20] %) mit umsatzstarken Tankstellenshops ist auf dem Markt für Kioske von einem bedeutenden Wettbewerbsdruck auszugehen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

⁶⁸ Ein k kiosk ist sonntags geschlossen.

⁶⁹ Ein k kiosk ist sonntags geschlossen.

⁷⁰ Drei k kioske sind sonntags geschlossen.

99. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Oftringen. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Ollon (VD)

100. Auf dem lokalen Absatzmarkt Ollon übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Ollon VD. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit zwei k kiosken auf diesem lokalen Markt tätig. Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Kioske zu einer Marktanteilsaddition.

101. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind keine Konkurrenzunternehmen ersichtlich.

102. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt 100 %. Unmittelbar angrenzend an den vorgenannten Marktradius ist die Coop-Gruppe mit dem Coop-Pronto-Convenience-Shop Aigle Gare tätig und innerhalb von rund fünf Autofahrminuten von dem zu übernehmenden Tankstellenshop aus gerechnet die Eni-Gruppe mit einem Tankstellenshop in Yvorne. Werden auch diese Standorte berücksichtigt, beträgt der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen (unter Berücksichtigung auch des k kiosks Aigle CFF) auf dem Markt für Kioske [30–40] %. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

103. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt für Kioske in Ollon. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesem lokalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Onex (GE)

104. Auf dem lokalen Absatzmarkt Onex übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Onex. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit fünf k kiosken und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁷¹ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

105. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Migros-Gruppe mit drei Tankstellenshops (je einem mio-, migrolino- und Migrol-Shop), die Betreiberin eines Tankstellenshops an einer Tamoil-Tankstelle und die Betrei-

berin eines Tankstellenshops an einer weiteren BP-Tankstelle tätig.

106. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen beträgt auf dem Markt für Kioske [50–60] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [20–30] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Angesichts der Präsenz der Migros-Gruppe ([20–30] %) und weiterer Konkurrentinnen mit umsatzstarken Tankstellenshops auf dem Markt für Kioske sowie der Nähe des zu übernehmenden Tankstellenshops zur Stadt Genf mit vielen Konkurrenzstandorten an Kiosken, Convenience-Shops und Tankstellenshops ist von einem bedeutenden Wettbewerbsdruck auszugehen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

107. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Onex. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Peseux (NE)

108. Auf dem lokalen Absatzmarkt Peseux übernimmt die Valora-Gruppe zwei Tankstellenshops an nahe beieinander liegenden Miniprix-Tankstellen (Station-Service Les Pereuses; Autocentre Peseux SA). Bei Anwendung von Marktradien von zwei Kilometern um die vorgenannten Tankstellenshops ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit einem k kiosk auf diesem lokalen Markt tätig.⁷² Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Kioske zu einer Marktanteilsaddition.

109. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Migros-Gruppe mit einem mio-Tankstellenshop sowie die Betreiberin des Kiosque des Carrels tätig.

110. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [60–70] %. In rund sieben bis neun Autofahrminuten zu den zu übernehmenden Standorten sind der Coop-Pronto-Tankstellenshop Colombier, der Coop Supermarché Neuchâtel Gare und der Coop Pronto Neuchâtel Gare erreichbar. Werden auch diese Standorte berücksichtigt, beträgt der Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [30–40] % (unter Berücksichtigung

⁷¹ Die fünf k kioske sind sonntags geschlossen.

⁷² Der k kiosk ist sonntags geschlossen.

auf Seiten der beteiligten Unternehmen auch des geplanten Tankstellenshops BP Neuenburg Senn sowie der kioske Place Pury, St-Honore, CFF Hall und CFF Sous-Voies). Angesichts der starken Präsenz der Coop-Gruppe ([60–70] %) auf diesem Markt ist von einem bedeutenden Wettbewerbsdruck auszugehen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

111. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt für Kioske in Peseux. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesem lokalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Rheinfelden (AG)

112. Auf dem lokalen Absatzmarkt Rheinfelden übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Rheinfelden. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit zwei k kiosken und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁷³ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

113. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind auf schweizerischer Rheinseite die Coop-Gruppe mit einem Kiosk und die Betreiberin des Städtli Kiosk & Shop tätig. Auf deutscher Rheinseite bestehen auf diesem lokalen Absatzmarkt drei Kioske sowie ein Tankstellenshop an einer Esso-Tankstelle.

114. Für die Standorte auf deutscher Rheinseite liegen keine Marktumsatzdaten vor; der vorhandene Wettbewerbsdruck von diesen Standorten lässt sich deshalb nicht quantifizieren. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen ohne Berücksichtigung der vorgenannten Standorte auf dem Markt für Kioske [70–80] % und auf dem Markt für Convenience-Shops 100 %. Sie dürften bei Einbezug der Standorte in Deutschland deutlich tiefer liegen. Ausserhalb des vorgenannten Marktradius, doch in rund fünf Autofahrminuten von dem zu übernehmenden Tankstellenshop aus erreichbar, sind die Coop-Gruppe mit zwei Coop-Pronto-Tankstellenshops (Rheinfelden und Kaiseraugst) und die Spar-Gruppe mit dem Tankstellenshop Spar express Avia Rheinfelden tätig. Werden auch diese Standorte berücksichtigt, betragen die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [30–40] % und auf dem Markt für Convenience-Shops [30–40] %. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus, wobei sich vorliegend auch viele Standorte in Deutschland im Marktradius befinden. Zu berücksichtigen

gen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

115. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Rheinfelden. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Spiez (BE)

116. Auf dem lokalen Absatzmarkt Spiez übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Spiez. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit zwei k kiosken und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁷⁴ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

117. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop und die fenaco-Gruppe mit einem TopShop-Tankstellenshop tätig.

118. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [50–60] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). In rund sieben Autofahrminuten ist der sonntags geöffnete Volg Aeschi bei Spiez erreichbar. Wird auch dieser Standort berücksichtigt, beträgt der Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [30–40] %.⁷⁵ Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist weiter, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

119. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Spiez. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

⁷³ Ein k kiosk ist sonntags geschlossen.

⁷⁴ Ein k kiosk ist sonntags geschlossen.

⁷⁵ Der tatsächliche Marktanteil der beteiligten Unternehmen dürfte tiefer liegen, weil insbesondere ein Kiosk der Coop-Gruppe (Supermarkt Spiez) nicht berücksichtigt wurde (Rz 41).

Spreitenbach (AG)

120. Auf dem lokalen Absatzmarkt Spreitenbach übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb von Tankstellenshops an zwei nahe beieinander liegenden Tankstellen (Ruedi-Rüssel-Tankstelle Willestrasse Spreitenbach; BP-Tankstelle Service Spreitenbach). Bei Anwendung von Marktradien von zwei Kilometern um diese Tankstellenshops ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit zwei k kiosken auf diesem lokalen Markt tätig.⁷⁶ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Kioske zu einer Marktanteilsaddition.

121. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Coop-Gruppe mit einem Kiosk und einem Coop-Pronto-Tankstellenshop und die Migros-Gruppe mit einem mio-Tankstellenshop tätig.

122. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [60–70] %. Erweitert man die beiden Marktradien um rund 250 Meter, sind auch die Spar-Gruppe mit dem Spar-Express-Convenience-Shop Bahnhofplatz Dietikon (erreichbar von den zu übernehmenden Standorten in rund sechs bis sieben Autofahrminuten) und die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Convenience-Shop am Bahnhof Dietikon (erreichbar von den zu übernehmenden Standorten in rund sechs bis acht Autofahrminuten) auf diesem Markt tätig. Werden diese Standorte berücksichtigt, beträgt der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen (unter Berücksichtigung auch des k kiosks am Bahnhof Dietikon) auf dem Markt für Kioske [40–50] % (Coop-Gruppe: [30–40] %). Wird zudem ein momentan noch im Bau befindlicher mio-Tankstellenshop berücksichtigt, ist mit einer weiteren Reduktion des Marktanteils der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske im mittleren einstelligen Prozentbereich zu rechnen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

123. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt für Kioske in Spreitenbach. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesem lokalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Thalwil (ZH)

124. Auf dem lokalen Absatzmarkt Thalwil übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Thalwil. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit einem k kiosk, einem avec-Convenience-Shop und einem avec-Tankstellenshop an einer Tamoil-Tankstelle auf diesem lokalen Markt tätig. Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske, für Conve-

nience-Shops und für Tankstellenshops zu Marktanteilsadditionen.

125. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt sind die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop, die Migros-Gruppe mit einem migrolino-Convenience-Shop und die Betreiberin des sonntags geöffneten Lebensmittel-detailhandelsgeschäfts Asarav Baktat tätig.

126. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen betragen auf dem Markt für Kioske [40–50] %⁷⁷ und auf dem Markt für Tankstellenshops [50–60] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Auf dem Markt für Kioske sorgen die Coop-Gruppe ([20–30] %), die Migros-Gruppe ([20–30] %) und das zentral gelegene Lebensmittel-detailhandelsgeschäft Asarav Baktat ([10–20] %) auch an den Randzeiten für Wettbewerbsdruck. Auf dem Markt für Tankstellenshops ist mit der Coop-Gruppe ([40–50] %), die einen Coop-Pronto-Tankstellenshop an der hochfrequentierten Seestrasse führt, eine bedeutende Konkurrentin vorhanden, wobei auch durch den Convenience-Shop der Migros-Gruppe ein starker Wettbewerbsdruck auf den Markt für Tankstellenshops einwirkt. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmitteldetailhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

127. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske, für Convenience-Shops und für Tankstellenshops in Thalwil, besonders deutlich auf dem Absatzmarkt für Tankstellenshops. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Wattwil (SG)

128. Auf dem lokalen Absatzmarkt Wattwil übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Wattwil. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit einem k kiosk auf diesem lokalen Markt tätig. Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Kioske zu einer Marktanteilsaddition.

129. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop tätig.

⁷⁶ Die zwei k kioske sind sonntags geschlossen.

⁷⁷ Der tatsächliche Marktanteil der beteiligten Unternehmen dürfte tiefer liegen, weil insbesondere ein Kiosk der Coop-Gruppe (Supermarkt Thalwil) nicht berücksichtigt wurde (Rz 41).

130. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [60–70] %.⁷⁸ Unmittelbar angrenzend an den vorgenannten Marktradius ist jedoch die LAVEBA Genossenschaft mit dem LAVEBA-Tankstellenshop Wilerstrasse tätig. Wird dieser Standort berücksichtigt, betragen die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [40–50] %, wobei die Coop-Gruppe ([20–30] %) und die LAVEBA-Genossenschaft ([20–30] %) einen bedeutenden Wettbewerbsdruck ausüben. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

131. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt für Kioske in Wattwil. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesem lokalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Wil (SG)

132. Auf dem lokalen Absatzmarkt Wil übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb eines Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Wil. Bei Anwendung eines Marktradius von zwei Kilometern um diesen Tankstellenshop ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit drei k kiosken und einem avec-Convenience-Shop auf diesem lokalen Markt tätig.⁷⁹ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Kioske und für Convenience-Shops zu Marktanteilsadditionen.

133. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Tankstellenshop, die Migros-Gruppe mit zwei migrolino-Tankstellenshops und die Spar-Gruppe mit einem Spar-express-Tankstellenshop tätig.

134. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [40–50] % (der kumulierte Marktanteil auf dem Markt für Convenience-Shops beträgt [30–40] %, weshalb auf eine vertiefte Behandlung verzichtet werden kann; Rz 42). Rund sechs Autofahrminuten entfernt von dem zu übernehmenden Tankstellenshop sind die Spar-Gruppe mit dem Spar-express-Tankstellenshop Weidstrasse, die Coop-Gruppe mit dem Coop-Pronto-Tankstellenshop Kirchberg und die Migros-Gruppe mit dem migrolino-Tankstellenshops Kirchberg tätig. Werden diese Standorte berücksichtigt, beträgt der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske [30–40] %. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

135. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf den lokalen Absatzmärkten für Kioske und für Convenience-Shops in Wil. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesen lokalen Absatzmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Yverdon-les-Bains (VD)

136. Auf dem lokalen Absatzmarkt Yverdon-les-Bains übernimmt die Valora-Gruppe den Betrieb von zwei nahe beieinander liegenden Tankstellenshops an der BP-Tankstelle Service Yverdon-les-Bains und an einer Tankstelle unter der Bezeichnung Cuendet Energies SA. Bei Anwendung von Marktradien von zwei Kilometern um diese Tankstellenshops ist die Valora-Gruppe vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit drei k kiosken auf diesem lokalen Markt tätig.⁸⁰ Damit kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Kioske zu einer Marktanteilsaddition.

137. Auf dem gleichen lokalen Absatzmarkt ist die Coop-Gruppe mit einem Coop-Pronto-Convenience-Shop, die Migros-Gruppe mit einem migrolino-Tankstellenshop, die Eni-Gruppe mit einem Eni Café & Shop-Tankstellenshop und die Betreiberin des Convenience-Shops Chez My tätig.

138. Der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske beträgt [50–60] %.⁸¹ Erweitert man die beiden Marktradien um rund 150 Meter, ist die Coop-Gruppe auch mit dem Coop-Pronto-Tankstellenshop Yverdon auf diesem Markt tätig, wodurch der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske noch [40–50] % beträgt (Coop-Gruppe: [30–40] %). Da sich Yverdon-les-Bains zudem durch eine Vielzahl unabhängiger Kioske auszeichnet, von denen mehrere auch sonntags geöffnet sind, dürfte der tatsächliche kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für Kioske tatsächlich tiefer liegen. Wie eingangs erwähnt (Rz 22 f.), üben zudem der benachbarte Lebensmittelhandel während der üblichen Öffnungszeiten sowie die Schnellverpflegungsgastronomie im Bereich Food eine disziplinierende Wirkung aus. Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich der nationale Wettbewerbsdruck auch auf lokaler Ebene auswirkt und [...] insbesondere eine nationale Preis- und Sortimentsstrategie verfolgt (Rz 30).

139. Zusammengefasst erhöht das Zusammenschlussvorhaben zwar die Konzentration auf dem lokalen Absatzmarkt für Kioske in Yverdon-les-Bains. Gestützt auf die obenstehenden Ausführungen bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass auf diesem lokalen Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

⁷⁸ Der tatsächliche Marktanteil der beteiligten Unternehmen dürfte tiefer liegen, weil insbesondere ein Kiosk der Coop-Gruppe (Supermarkt Wattwil) nicht berücksichtigt wurde (Rz 41).

⁷⁹ Zwei k kioske sind sonntags geschlossen.

⁸⁰ Ein k kiosk ist sonntags geschlossen. ⁸¹ Der tatsächliche Marktanteil der beteiligten Unternehmen dürfte tiefer liegen, weil insbesondere ein Kiosk der Coop-Gruppe (Supermarché Yverdon Bel-Air) nicht berücksichtigt wurde (Rz 41).

B.3.2.3 Beschaffungsmärkte

140. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf vier Beschaffungsmärkten zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU: auf dem nationalen Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte (kumulierter Marktanteil der beteiligten Unternehmen: [20–30] %; Rz 142 f.), auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der Deutschschweiz (kumulierter Marktanteil der beteiligten Unternehmen: [40–50] %), auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der französischsprachigen Schweiz (kumulierter Marktanteil der beteiligten Unternehmen: [40–50] %) und auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der italienischsprachigen Schweiz (kumulierter Marktanteil der beteiligten Unternehmen: [30–40] %) (Rz 144 ff.).⁸²

141. Auf den anderen Beschaffungsmärkten kommt es nicht zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Letzteres gilt insbesondere auch für den nationalen Beschaffungsmarkt für Tabakprodukte, auf dem der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen rund [10–20] % beträgt.⁸³

Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte

142. Auf dem nationalen Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte verfügt die Valora-Gruppe gestützt auf Daten aus dem Jahr 2021 über einen geschätzten Marktanteil von rund [20–30] % und der zu übernehmende Unternehmensanteil der Volare-Gruppe über einen Marktanteil von rund [0–10] %, womit der kumulierte Marktanteil der beteiligten Unternehmen rund [20–30] % beträgt.⁸⁴ Damit führt das vorliegende Zusammenvorhaben auf dem nationalen Beschaffungsmarkt für Lotterierprodukte zwar zu einem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, jedoch nur zu einer geringen Marktanteilsaddition.

143. Den Anbieterinnen von Lotterierprodukten in der Schweiz stehen mit der SWISSLOS Interkantonale Landeslotterie Genossenschaft (Deutschschweiz; italienischsprachige Schweiz) und der Société de la loterie de la Suisse romande (französischsprachige Schweiz) zwei interkantonale Lotteriegesellschaften gegenüber, die jeweils über örtliche Monopole verfügen und die Endverkaufspreise verbindlich festlegen.⁸⁵ Somit können die Lotterieverkaufsstellen den Endverkaufspreis nicht beeinflussen. Im Weiteren verfügen die Anbieterinnen von Lotterierprodukten über diverse alternative Absatzkanäle (in der Höhe von rund [70–80] % des Gesamtmarktes) zu den beteiligten Unternehmen, darunter Kioske anderer Unternehmen (Kioske der Coop-Gruppe und unabhängige Kioske; Rz 41), Poststellen, die Gastronomie und das Internet. Damit bestehen hinsichtlich des nationalen Beschaffungsmarktes für Lotterierprodukte keine Anhaltspunkte, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Beschaffungsmärkte für Presseerzeugnisse

144. Auf den nach Sprachregionen unterteilten Beschaffungsmärkten für Presseerzeugnisse verfügt die Valora-Gruppe gestützt auf Daten aus dem Jahr 2021 über geschätzte Marktanteile von rund [40–50] % in der Deutschschweiz, rund [40–50] % in der französischsprachigen Schweiz und rund [30–40] % in der italienisch-

sprachigen Schweiz.⁸⁶ Auf zweien dieser Märkte erzielt der zu übernehmende Unternehmensteil der Volare-Gruppe ebenfalls Umsätze, nämlich in der Deutschschweiz mit einem geschätzten Marktanteil von rund [0–10] % und in der französischsprachigen Schweiz mit einem geschätzten Marktanteil von rund [0–10] %. Somit handelt es sich bei allen drei sprachregionalen Beschaffungsmärkten für Presseerzeugnisse um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

⁸² Schätzungen des Sekretariats für das Jahr 2021 gestützt auf Angaben der Valora Schweiz AG.

⁸³ Schätzungen der Valora Schweiz AG gestützt Angaben der Eidgenössischen Zollverwaltung zu Tabaksteuereinnahmen und Ausgaben der Valora-Gruppe für Tabaksteuern jeweils für das Jahr 2021.

⁸⁴ Schätzungen der Valora Schweiz AG für das Jahr 2021 basierend auf Angaben der SWISSLOS Interkantonale Landeslotterie Genossenschaft und der Société de la loterie de la Suisse romande.

⁸⁵ Vgl. RPW 2015/1, 119 Rz 99, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; Bundesamt für Justiz, *Der Schweizer Geldspielmarkt in der Übersicht*, <www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/geldspiele/geldspielmarkt.html> (5.12.2022).

⁸⁶ Schätzungen der Valora Schweiz AG für das Jahr 2021.

Tabelle 4: Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den sprachregionalen Beschaffungsmärkten für Presseerzeugnisse im Jahr 2021.

Unternehmen	Marktanteil [%]		
	Deutschschweiz	Französischsprachige Schweiz	Italienischsprachige Schweiz
Valora-Gruppe	[40–50]	[40–50]	[30–40]
Unternehmensteil der Volare-Gruppe	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Beteiligte Unternehmen zusammen	[40–50]	[40–50]	[30–40]
Gesamtmarkt [Mio. Fr.]⁸⁷	102,40	36,11	3,73

Quelle: Berechnungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Valora Schweiz AG (gerundete Zahlen).

145. Mit geschätzten Marktanteilen von rund [40–50] %, [40–50] % und [30–40] % verfügt die Valora-Gruppe auf den drei sprachregionalen Beschaffungsmärkten für Presseerzeugnisse bereits vor Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens über bedeutende Marktanteile. Die auf zwei von drei Märkten zu verzeichnenden Marktanteilsadditionen sind jedoch äusserst gering und weisen ein geschätztes Beschaffungsvolumen von lediglich rund [...] Millionen Franken ([0–10] %) auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der Deutschschweiz und rund [...] Millionen Franken ([0–10] %) auf dem Beschaffungsmarkt für Presseerzeugnisse in der französischsprachigen Schweiz auf.

146. Zu berücksichtigen ist weiter die Organisation des Verkaufs von Presseerzeugnissen in der Schweiz. Der Presseverkauf über den Gross- und Einzelhandel stellt ein Kommissionsgeschäft dar, bei welchem die Presseerzeugnisse bis zum Verkauf an die Endkundinnen und Endkunden im Eigentum der Verlage bleiben, welche auch den Endverkaufspreis verbindlich festlegen.⁸⁸ Die Presseverkaufsstellen stehen dabei nicht mit den Verlagen, sondern mit dem Pressegrosshandel in direktem Kontakt. Vorliegend stehen die beteiligten Unternehmen auf den drei sprachregionalen Beschaffungsmärkten für Presseerzeugnisse der von Thomas Kirschner kontrollierten 7Days Media Services GmbH gegenüber. Gemäss dem Entscheid *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import* war die 7Days Media Services GmbH zum Zeitpunkt jenes Zusammenschlussvorhabens die einzige Pressegrosshändlerin in allen drei vorgenannten Sprachregionen.⁸⁹ Die Valora Schweiz AG macht keine Änderung der diesbezüglichen Marktverhältnisse geltend und stützt auch ihre Marktanteilschätzungen nur auf die mit diesem Unternehmen erzielten Umsätze. Die Verhandlungsmacht der 7Days Media Services GmbH dürfte demnach selbst gegenüber Presseverkaufsstellen mit hohen Marktanteilen bedeutend sein. Zudem verfügen Anbieterinnen von Presseerzeugnissen über diverse alternative Absatzkanäle zu

den beteiligten Unternehmen (in der Höhe von rund [50–60] % bis [60–70] % des Gesamtmarktes), darunter insbesondere die Kioske anderer Unternehmen (Kioske der Coop-Gruppe und unabhängige Kioske; Rz 41). Schliesslich können die beteiligten Unternehmen den Endverkaufspreis für Presseerzeugnisse nicht beeinflussen, da er, wie erwähnt, durch die Verlage bestimmt wird.

147. Damit bestehen hinsichtlich der drei sprachregionalen Beschaffungsmärkte für Presseerzeugnisse keine Anhaltspunkte, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.3.3 Ergebnis

148. Zusammengefasst ergeben sich für den lokalen Absatzmarkt für Kioske in Bad Zurzach Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) werden diese Anhaltspunkte nicht im Rahmen einer vertieften Prüfung nach Art. 10 KG weiterverfolgt. Auf den übrigen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁸⁷ Der Gesamtmarkt umfasst die jeweiligen einzelhandelsseitigen Einkaufsvolumina der 7Days Media Services GmbH als einziger Lieferantin dieser Produkte in der Schweiz.

⁸⁸ RPW 2015/1, 120 Rz 103, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 434 Rz 39, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

⁸⁹ Vgl. RPW 2016/3, 782 Rz 1 f., 787 Rz 70 ff., *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*.

B 2.3

7. Sems/Conforama

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Dezember 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. Dezember 2022

1. Am 8. Dezember 2022 erhielt die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Dieses betrifft die Erlangung alleiniger Kontrolle über die Conforama Suisse SA (nachfolgend: Conforama) durch die Sems CH 2 AG (nachfolgend: Sems) von der Arole Holding SA (nachfolgend: Arole), mit der Sems derzeit die gemeinsame Kontrolle über Conforama ausübt.

2. Sems mit Sitz in Rothrist (Schweiz) ist eine Tochtergesellschaft [...]. Letztere Gesellschaft ist eine Tochtergesellschaft [...]. Diese Gesellschaft [...] hält direkt und indirekt verschiedene Beteiligungen an Gesellschaften, zu welchen insbesondere [...] gehören. Diese Gesellschaften haben vorwiegend Geschäftstätigkeiten in europäischen Ländern im Detailhandel mit Möbeln, Einrichtungsgegenständen und Haushaltswaren sowie mit Elektrogeräten. Weitere in diesen Bereichen tätige und in der Schweiz ansässige Gesellschaften sind insbesondere die Möbel Pfister AG, die Möbel Egger AG, die Möbel Hubacher GmbH, die Möbel Svoboda AG sowie die LIPO Einrichtungsmärkte AG. In der Schweiz betreibt die XXXLutz KG (XXXLutz-Gruppe) insgesamt 59 Verkaufsstandorte mit den Marken LIPO, Mömax, Pfister, XXXLutz, Möbel Egger, Möbel Hubacher, Möbel Svoboda sowie Meubles Pesse. Zudem ist Sems gemeinsam mit Arole an Conforama beteiligt.¹

3. Arole mit Sitz in Pully (Schweiz) ist eine Beteiligungsgesellschaft und Teil einer Unternehmensgruppe, zu welcher die [...] gehört, [...]. Arole ist gemeinsam mit Sems an Conforama beteiligt.²

4. Conforama (nachfolgend: Zielunternehmen) mit Sitz in Morges (Schweiz) ist ein Gemeinschaftsunternehmen von Sems und Arole und mit 22 Verkaufsstandorten ein in der ganzen Schweiz im Detailhandel tätiges Einrichtungshaus für Möbel und Haushaltswaren. Zu den von Conforama verkauften Produkten gehören insbesondere alle Kategorien von Haushalts- und Gartenmöbeln, elektronische Haushaltsgeräte, Multimedia-Produkte sowie Dekorationsartikel.³

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecke Sems, neben ihren bestehenden internationalen Beteiligungen auch im Möbeleinzelhandelsmarkt in der Schweiz weiter zu investieren. [...].

6. Sems und Arole (nachfolgend: die Parteien) haben am 30. November 2021 einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen. [...], womit Sems (indirekt) alle Aktien an Conforama erwerben werde. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 VKU dar.

7. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. Die WEKO geht entsprechend ihrer bisherigen Praxis vorliegend von einem (absatzseitigen) sachlichen (Gesamt-)Markt für Wohnungseinrichtungen inklusive Internethandel aus.⁴ Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter nach Produktgruppen (z.B. Möbelgrundsoriment, Möbelrandsoriment usw.) zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert. Weiterhin wird vorliegend praxismässig von einem (absatzseitigen) sachlichen Markt für Elektrogeräte, welcher nach Produktgruppen (u.a. Grosshaushaltsgeräte und Kleinhaushaltsgeräte) zu segmentieren ist, ausgegangen.⁵ Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

9. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für Wohnungseinrichtungen bringen die Parteien vor, [...]. Zudem seien die Verkaufsstellen der Parteien sowie die Verkaufsstellen der Wettbewerber über die ganze Schweiz verteilt. Dies führe zu homogenen Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Schweiz. Auch fördere der Internethandel die Preistransparenz; dies verunmögliche, [...]. Aus demselben Grund könnten auch im Internethandel keine abweichenden Preise verlangt werden. Daher sei eine (mindestens) schweizweite Marktabgrenzung im Markt für Wohnungseinrichtungen nach Ansicht der Parteien sachgerecht.

¹ Vgl. RPW 2022/3, 597 Rz 2 f., XLCH Holding/LIPO; RPW 2021/4, 905 Rz 2, Sems/Arole/Conforama/JV.

² Vgl. RPW 2021/4, 905 Rz 3, Sems/Arole/Conforama/JV.

³ Vgl. RPW 2022/3, 597 Rz 2, XLCH Holding/LIPO; RPW 2021/4, 905 Rz 4, Sems/Arole/Conforama/JV.

⁴ RPW 2022/3, 598 Rz 8, XLCH Holding/LIPO; RPW 2021/4, 906 Rz 12, Sems/Arole/Conforama/JV; RPW 2014/3, 534 Rz 8, AIH/LIPO.

⁵ RPW 2022/3, 598 Rz 8, XLCH Holding/LIPO; RPW 2021/4, 906 Rz 12, Sems/Arole/Conforama/JV; RPW 2008/3, 481 Rz 72ff., Coop/Fust.

10. Entsprechend der bisherigen Praxis wird für den Markt für Wohnungseinrichtungen in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt ausgegangen, da im konkreten Fall die nationale Dimension im Vordergrund steht.⁶ Eine genaue räumliche Abgrenzung kann aber letztlich offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung, insbesondere auch einer lokalen Abgrenzung von ca. 40 Autofahrminuten (40 km), das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

11. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis beim sachlichen Markt für Elektrogeräte, welcher nach Produktgruppen zu segmentieren ist, sowohl die nationale als auch die lokale Ebene betrachtet, wobei klar festgestellt wurde, dass es sich aus Sicht der Nachfragerinnen und Nachfrager um lokale Märkte handelt.⁷ Die WEKO ging je nach Produktgruppe von einem lokalen Markt bestehend aus einem Einzugsgebiet zwischen 20 km (bzw. 20 Autofahrminuten) und 40 km (bzw. 30 Autofahrminuten)

um die jeweilige Verkaufsstelle aus.⁸ Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO kann vorliegend eine genaue räumliche Abgrenzung offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung (national oder lokal) das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

12. Die Parteien schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil auf dem Markt für Wohnungseinrichtungen schweizweit auf [10–20] % (XXXLutz-Gruppe [10–20] % und Conforama [0–10] %). Auf nationaler Ebene wird daher die Schwelle eines gemeinsamen Marktanteils von 20 % nicht erreicht und der schweizweite Markt für Wohnungseinrichtungen ist dementsprechend kein vom Zusammenschluss betroffener Markt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf den betroffenen lokalen Märkten für Wohnungseinrichtungen für das Jahr 2021 zu entnehmen.⁹

Tabelle 1: Markt für Wohnungseinrichtungen im Jahr 2021 – Betroffene Märkte bei lokaler Marktabgrenzung bei Anwendung von 40 Autofahrminuten (um Conforama-Standorte)

Räumliche Marktabgrenzung	Marktanteil [%]		
	XXXLutz-Gruppe	Conforama	kumuliert
Alchenflüh	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Biel	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Chur	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Conthey	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Emmenbrücke	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Granges-Paccot	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Pratteln	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Schafisheim	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Solothurn	[20–30]	[0–10]	[20–30]
St. Gallen	[10–20]	[0–10]	[20–30]

Quelle: Schätzungen der Parteien.

⁶ RPW 2022/3, 598 Rz 10, *XLCH Holding/LIPO*; RPW 2021/4, 906 Rz 14, *Sems/Arole/Conforama/JV*; RPW 2014/3, 535 Rz 10, *AIH/LIPO*.

⁷ RPW 2014/3, 535 Rz 11, *AIH/LIPO*; RPW 2008/3, 485 Rz 120ff.; *Coop/Fust*; RPW 2012/4, 852 Rz 66, *Migros/Galaxus*.

⁸ Vgl. u.a. RPW 2008/3, 485 Rz 120 ff. und Rz 148, *Coop/Fust*.

⁹ Die Angaben zu den Marktanteilen der Parteien in den lokalen Märkten für Wohnungseinrichtungen beziehen sich auf das Möbelgrundsortiment (als Teil des Marktes für Wohnungseinrichtungen). Dadurch dürften die angegebenen Marktanteile überschätzt werden. Auf einem schweizweiten Markt für Wohnungseinrichtungen für das Segment Möbelgrundsortiment wären die von den Parteien geschätzten gemeinsamen Marktanteile mit [20–30] % (XXXLutz-Gruppe [10–20] % und Conforama [0–10] %) denn auch höher als in Tabelle 1 angegeben.

13. Auf den zehn in Tabelle 1 genannten lokalen Märkten für Wohnungseinrichtungen beträgt der geschätzte gemeinsame Marktanteil zwischen [20–30] % und [20–30] %. Diese zehn lokalen Märkte überschreiten die Schwelle eines gemeinsamen Marktanteils von 20 % somit leicht und sind dementsprechend vom Zusammenschluss betroffene Märkte (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Auf diesen lokalen Märkten für Wohnungseinrichtungen besteht Wettbewerbsdruck durch etablierte Wettbewerber wie beispielsweise IKEA, Migros (Micasa), Coop (Livique), Otto's und Jysk. Auf den lokalen Märkten in Grenzregionen (Pratteln, St. Gallen) besteht ein zusätzlicher Wettbewerbsdruck durch den Einkaufstourismus. Zudem wirkt sich der nationale Wettbewerb aufgrund [...] (vgl. Rz 9) auch auf die lokale Ebene aus. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Markteintrittsschranken für Unternehmen, welche bereits im Ausland tätig sind, laut Angaben der Parteien tief seien. In den letzten Jahren gab es denn auch einige Markteintritte sowohl von Unternehmen, die ihre Produk-

te in der Schweiz nur online vertreiben (beispielsweise sofacompany, tylko, MYSC und decovry), als auch von Unternehmen, die stationäre Verkaufsstellen in der Schweiz betreiben (zum Beispiel Maison du Monde, poltronesofà, Emma Matratze, Bolia und habitat).

14. Auf den Märkten für Elektrogeräte schätzen die Parteien ihre gemeinsamen Marktanteile auf maximal [0–10] %, dies sowohl für eine schweizweite als auch für eine lokale Marktdimension. Im Ergebnis liegt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor und das Zusammenschlussvorhaben führt für diese Märkte zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

B 2.3

8. CINVEN/OTPP/Dogado GmbH

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. Februar 2023

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. Februar 2023

1. Am 31. Januar 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited, mit Sitz in Guernsey (nachfolgend: Cinven VII), und der Ontario Teachers' Pension Plan Board, mit Sitz in Toronto (nachfolgend: OTPP), (nachfolgend: Meldung) erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den indirekten Erwerb des gesamten Stammkapitals der dogado GmbH (nachfolgend: dogado) durch eine von Cinven VII und OTPP gemeinsam beherrschte Holdinggesellschaft (NorthStar Jersey Newco Limited; nachfolgend: Übernahmeholdinggesellschaft), gemeinsam mit einer Reihe anderer, nicht kontrollierender Investoren. Es ist vorgesehen, dass Cinven VII und OTPP nach dem Vollzug des Vorhabens, welches zwei voneinander abhängige Transaktionen umfasst, dogado im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 und 2 VKU gemeinsam kontrollieren werden.

2. **Cinven VII** ist Teil und unter Kontrolle von Cinven, sich zusammensetzend aus Cinven Holdings Guernsey Limited, Cinven Partnership LLP und ihren jeweiligen «verbundenen Unternehmen» (im Sinne des UK Companies Act 2006) (nachfolgend: Cinven), einem Private-Equity-Unternehmen, welches für eine Reihe von Investmentfonds Anlageverwaltungs- und Anlageberatungsdienste erbringt. Cinven hat neben Cinven VII namentlich Kontrolle über die Cinven Capital Management (VI) General Partner Limited (nachfolgend: Cinven VI), die als «managing general partner» die Geschäfte des Sixth Cinven Fund führt und den Seventh Cinven Fund, der vom «general partner» Cinven VII geführt wird. Cinven hält über die verschiedenen Fonds kontrollierende Beteiligungen an Unternehmen in ganz unterschiedlichen Branchen (bspw. Unternehmensdienstleistungen, Konsumgüter, Finanzdienstleistungen, Gesundheit, Industrie, Technologie, Medien und Telekommunikation).

3. **OTPP** ist eine nach dem Teachers' Pension Act (Ontario) gegründete Gesellschaft ohne Anteilskapital. Sie befasst sich mit der Verwaltung von Pensionsleistungen und der Anlage von Pensionsplanvermögen im Namen von 333'000 aktiven und pensionierten Lehrerinnen und Lehrern in der kanadischen Provinz Ontario. Getragen wird die OTPP von der Regierung von Ontario und der Ontario Teachers' Federation. [...] Mit einem Nettover-

mögen von CAD 242,5 Milliarden (Stand 30. Juni 2022) ist OTPP der grösste berufsständische Pensionsplan in Kanada. Die von OTPP kontrollierten Unternehmen sind in verschiedenen Branchen wie namentlich Infrastruktur, natürliche Rohstoffe, Immobilien und Gesundheit tätig.

4. **Redhalo Jersey Topco Limited** ist eine nach dem Recht von Jersey gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in St. Helier, Jersey. Sie ist die oberste Holdinggesellschaft der Gesellschaft **group.one** und steht im Eigentum und unter Kontrolle des Sixth Cinven Fund. **group.one** mit Sitz in Schweden ist ein traditioneller Anbieter von Webhosting-Diensten und konzentriert sich hauptsächlich auf die Bereitstellung von Basisdiensten wie Domainregistrierung und Shared-Hosting-Diensten, bei denen die Websites mehrerer Kunden auf einem Webserver liegen. Daneben bietet group.one ihren Kunden bestimmte zusätzliche Tools für die Verwaltung ihrer Online-Präsenz an, wie bspw. Tools zur Erstellung von Websites, einen Webshop, E-Mail-Dienste und Plug-ins für WordPress. Die Dienstleistungen werden von group.one unter den Marken Antagonist, FastName, Hostnet, nic.one, one.com, PRO ISP, SimpleSite, Syse Uniweb, wp.media und Zoner angeboten. Die Kunden von group.one sind hauptsächlich Privatpersonen sowie kleine und mittlere Unternehmen (KMU) in Skandinavien, Belgien und den Niederlanden.

5. **dogado** ist eine nach deutschem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Dortmund und bietet als integrierte Anbieterin von Webhosting-Diensten, Infrastruktur- und Geschäftsanwendungen sowie Website- und Plattform-Marketingdiensten, ihre Dienste über zwei Angebote, einem «Kern»- und einem «Promotion»-Angebot an. Das Kernangebot besteht aus Domain-Diensten, Webhosting-Diensten (z.B. Domain-Registrierung und gemeinsames Hosting von Websites), verwalteten Präsenzdiensten (z.B. Erstellung, Wartung und Support von Websites) und Infrastruktur- und Geschäftsanwendungen (z.B. Infrastructure-as-a-Service (IaaS)-Cloud-Lösungen und Software-as-a-Service (SaaS)-Lösungen für Zusammenarbeit und Effizienz). Unter dem Promotionangebot bietet dogado Website-Marketing (einschliesslich Suchmaschinenoptimierung und Suchmaschinenwerbung) und Plattform-Marketing (z.B. Werbe- und Ranking-Dienste für ein eigenes Onlineverzeichnis) an. Angeboten werden die Dienstleistungen unter den Marken dogado, dogado.partners, easynome, Metanet, dogado.pro, checkdomain, Herold, alphahosting Kontent, profihost und Kamp. Die Kunden von dogado sind überwiegend Privatpersonen sowie KMUs in Deutschland, Österreich und der Schweiz (DACH-Region).

6. Das Zusammenschlussvorhaben findet im Rahmen der normalen Geschäftsaktivitäten von Cinven VII sowie von OTPP als Private Equity Investoren statt. Gemäss Meldung zielt das Vorhaben darauf ab, zwei sich in hohem Masse ergänzende Geschäftsbereiche zusammen-

zuführen und so den Kundenstamm und das Produktportfolio geografisch zu diversifizieren und mehr Kunden zu erreichen.

7. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Cinven VII und OTPP über dogado mittels zwei voneinander abhängiger Transaktionen, der group.one-Transaktion¹ und der dogado-Transaktion².

8. Gemäss der group.one-Transaktion erfolgt der Erwerb der Anteile der Redhalo Jersey Topco Ltd., und damit indirekt der Anteile der group.one (vgl. Rz 4 hiervor), über die Übernahmeholdinggesellschaft als Erwerberin und Vertragspartei des group.one SPA. Die Finanzierung des Gesamtaufpreises³ trägt die Cinven VII zu [60-70] % und die OTPP zu [30-40] %. Nach Abschluss dieser Transaktion werden Cinven VII und OTPP indirekt einen Anteil von ca. [50-60] % bzw. [30-40] % an der group.one halten, während der Rest von Mitgliedern des ehemaligen Managements der group.one, insbesondere dem Gründer, gehalten werden.

9. Mit der dogado-Transaktion wird group.one indirekt über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft sotos 860. GmbH das gesamte ausgegebene Aktienkapital von dogado erwerben.

10. [...] Aufgrund dieser genannten Vetorechte beider Gesellschaften erlangen diese gemeinsame Kontrolle über dogado.

11. Sowohl group.one als auch dogado sind laufende und eigenständige Unternehmen mit eigenem Marktauftritt und eigener Geschäftspolitik. Sie haben je einen festen Kundenstamm und ausreichend Personal- und

Kapitalressourcen, um auf Dauer unabhängig zu operieren. Gemäss Meldung wird dogado nach dem Zusammenschlussvorhaben weiterhin eine unabhängige Marktpräsenz und eigene Geschäftsaktivität unterhalten sowie über ein von Cinven und OTPP unabhängiges Managementteam verfügen, welches für das Tagesgeschäft verantwortlich ist. Somit handelt es sich bei dogado um ein Vollfunktionsunternehmen.

12. Die group.one- und die dogado-Transaktion sind gegenseitig voneinander abhängig. [...] Damit hängen die beiden Transaktionen im Sinne eines einzigen Zusammenschlusses zusammen.

13. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Cinven VII und OTPP mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben indirekt die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 1 VKU über dogado erwerben.

14. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 30. Januar 2023 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.⁴

15. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG müssen Unternehmenszusammenschlüsse vor ihrem Vollzug der WEKO gemeldet werden, wenn die Schwellenwerte im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erreicht werden. Da das Geschäftsjahr sowohl bei Cinven VII als auch bei OTPP bis zum 31. Dezember läuft, liegen die Abschlüsse des Jahres 2022 noch nicht vor, weshalb sich die Zahlen auf das Geschäftsjahr 2021 beziehen. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG in casu überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen

Beteiligtes Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF ⁵	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF
Cinven (inkl. group.one) ⁶	[...]	[...]
OTPP	[...]	[...]
dogado	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

16. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Bereich von **Webhosting-Diensten**. Sowohl group.one als auch dogado erbringen Webhosting-Dienste, einschliesslich der Registrierung von Domains und damit zusammenhängender Dienstleistungen, die es den Kunden ermöglichen, ihre Online Präsenz zu verwalten.

¹ group.one-Transaktionsvereinbarung vom [...], Anhang 4 der Meldung (nachfolgend: group.one SPA).

² dogado-Transaktionsvereinbarung vom [...], Anhang 5 der Meldung (nachfolgend: dogado SPA).

³ [...].

⁴ Vgl. EU-KOMM, Case COMP/M.11013, *Cinven VII/OTPP/group.ONE/dogado*.

⁵ Die Umrechnung von EUR in CHF erfolgt mit dem von der SNB veröffentlichten durchschnittlichen Jahresumrechnungkurs von 2021: EUR 1.00 entspricht CHF 1.0810 (Devisenkurse – Jahr | Datenportal der SNB).

⁶ Die Umsätze von durch Cinven gemeinsam kontrollierte Unternehmen/Gemeinschaftsunternehmen werden mit 50 % berücksichtigt.

17. Die WEKO hat sich bis anhin noch nicht mit der Marktdefinition von Webhosting-Dienstleistungen als solche befasst. Sie definierte Webhosting oder Netzhosting als «die Bereitstellung von Webspace sowie die Unterbringung (Hosting) von Webseiten auf dem Webserver eines Internet Service Providers». Neben der Registrierung eines Domain-Namens der zweiten Ebene ist Webspace auf einem Server Grundvoraussetzung zum Betrieb einer eigenen Internetpräsenz.⁷ Die Europäische Kommission definiert Internet-Hosting-Dienste als den Betrieb von Servern, über die Organisationen und Einzelpersonen ihre Inhalte ins Internet stellen und untersuchte, wie Organisationen ihre internen IT-Anwendungen und -Infrastrukturen auslagern.⁸ Die Europäische Kommission hat in ihrem Entscheid *KPNQWEST/EBONE/GTS*⁹ geprüft, ob der Markt für die Bereitstellung von Webhosting-Diensten in vier Segmente unterteilt werden könne, basierend auf den von den Anbietern angebotenen Leistungen und Produkten. Die Segmente sind: a) die Bereitstellung grundlegender Kollationsdienste, z.B. Konnektivität, Strom und Einrichtungen; b) die Bereitstellung von Shared und Dedicated Hosting, die darin besteht, die Website eines Kunden auf den Server des Dienstleisters zu hosten und dem Kunden die erforderlichen Support-Anwendungen zur Verfügung zu stellen; c) die Bereitstellung von Managed Services zur Auslagerung von komplexer Unternehmensanwendungen und Support-Infrastrukturen, einschliesslich «Front-End» und «Back-Office» Anwendungen, die auf den Plattformen des Dienstleistungserbringers gehostet werden; d) die Bereitstellung von Content Delivery Service, wie Streaming-Dienste und Produkte zur Bereitstellung von statischer Inhalte. Die Europäische Kommission hat schliesslich die genaue Marktdefinition offengelassen.

18. Die Domainregistrierung wird entsprechend den Angaben in der Meldung nicht als separater sachlicher Markt angesehen, da die Domainregistrierung als notwendige Voraussetzung für die Einrichtung und das Hosting einer Website darstellt. Ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen, geht die WEKO vorliegend in Anlehnung an die Ausführungen der Europäischen Kommission von einem Markt für Shared und Dedicated Hosting-Dienstleistungen aus, was das Hosten von Websites von Kunden auf einem Server des Dienstleisters, das Zurverfügungstellen der erforderlichen Support-Anwendungen sowie die Domainregistrierung beinhaltet. Dies entspricht dem Buchstaben b) der von der Europäischen Kommission diskutierten Segmentierung der Webhosting-Dienstleistungen.

19. Im Bereich IT-Dienstleistungen ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von nationalen Märkten ausgegangen, erwog jedoch, dass der räumlich relevante Markt aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens unter Umständen auch weiter abgegrenzt werden könnte.¹⁰ Die Europäische Kommission hat in ihrem Entscheid *KPNQWEST/EBONE/GTS* offengelassen, ob der räumliche Markt für Webhosting-Dienstleistungen national, supranational oder weltweit abzugrenzen sei.¹¹

20. Es kann vorliegend sowohl die definitive sachliche Marktabgrenzung als auch die räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben wie nachfolgend aufgezeigt unabhängig von der Marktdefinition keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

21. Die Webhosting-Dienstleistungen von group.one und dogado überschneiden sich einzig bei den Shared und Dedicated Hosting Diensten. Der gemeinsame Marktanteil der Parteien liegt bei keiner räumlichen Abgrenzungen über [0-10] %. Auf globaler Ebene liegt der von den Parteien geschätzte gemeinsame Marktanteil bei [0-10] %, auf dem räumlichen Markt EWR + Schweiz bei [0-10] % und in der Schweiz bei [0-10] %. Würde der Markt räumlich auf die DACH-Region eingegrenzt, in welcher dogado gemäss Meldung [90-100] % ihrer Umsätze erzielt, liegt der gemeinsame Marktanteil unter [0-10] %. Die plausibel geschätzten Marktanteile liegen damit bei sämtlichen hypothetischen Marktdefinitionen deutlich unter den Schwellenwerten von 20 % bzw. 30 %. Somit liegt kein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

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

⁷ RPW 2011/1, 87, Rz 12 ff., und Fn 9, *Switch/Switchplus*.

⁸ Vgl. Rz 94 und Fn 33 der Meldung.

⁹ EU-KOMM, COMP/M.2648 vom 16.01.2002, Rz 19, *KPNQWEST/EBONE/GTS*.

¹⁰ RPW 2022/3, 618, Rz 16., *TA Associates/Vista Equity Partners/iCIMS*.

¹¹ Vgl. Fn 17 hiavor, Rz 23.

B 2.3

9. Remgro/SAS Shipping Agencies Services/Mediclinic

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. November 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. November 2022

1. Am 13. Oktober 2022 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Remgro Limited (nachfolgend: **Remgro**) und SAS Shipping Agencies Services S.à.r.l. (nachfolgend: **SAS**) den Erwerb des gesamten emittierten und zu emittierenden Aktienkapitals von **Mediclinic**, mit Ausnahme des Aktienkapitals, welches sich bereits im Besitz der folgenden Remgro-Tochtergesellschaften befindet: [...] (nachfolgend zusammen: **relevante Remgro-Tochtergesellschaften**).

2. **Remgro** ist eine diversifizierte Investment-Holdinggesellschaft, die an der Johannesburger Börse notiert ist. Remgro hält Beteiligungen in den Bereichen Gesundheitswesen, Konsumgüter, Finanzdienstleistungen, Infrastruktur, Industrie und Medien. Im Zentrum der Tätigkeiten von Remgro steht hauptsächlich die Verwaltung von Investitionen und die Bereitstellung von Unterstützung, nicht aber das tägliche Management der Beteiligungsunternehmen. Im Bereich Gesundheitswesen hält Remgro nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen an einzelnen medizinischen Versorgungssystemen. In der Schweiz ist [...] eine [...] Tochtergesellschaft von Remgro, die Verwaltungs-, Buchhaltungs- und Finanzverwaltungsdienstleistungen für Remgro's ausländische Tochtergesellschaften und Drittparteien erbringt.

3. **SAS** ist eine indirekte hundertprozentige Tochtergesellschaft von MSC Mediterranean Shipping Company Holding S.A. (nachfolgend: **MSC Holding**), der obersten Holdinggesellschaft der MSC Gruppe mit Sitz in Genf (nachfolgend: **MSC**). Die MSC ist in der Kreuzfahrtindustrie und Passagierbeförderung sowie in den Bereichen maritimer Transport, Logistik und im Schienen-, Binnenschiffs- und Strassenverkehr tätig. Zudem gehören zu ihren Tätigkeiten Containerhafenumschlagsdienste und der Terminalbetrieb über das Unternehmen Terminal Investment Limited. In der Schweiz bietet MSC über ihre indirekte Tochtergesellschaft [...] auch massgeschneiderte Transportlogistikdienstleistungen im Gesundheitswesen an.

4. **Mediclinic** ist eine diversifizierte internationale private Gesundheitsdienstleistungsgruppe mit Abteilungen in der Schweiz, im südlichen Afrika (Südafrika und Namibia) und im Nahen Osten. Mediclinic ist an der Börse in London, in Johannesburg sowie an der namibischen

Börse kotiert. Per 31. März 2022 umfasste Mediclinic 74 Krankenhäuser, fünf subakute Krankenhäuser, zwei Einrichtungen für die psychische Gesundheit, 20 Tageskliniken und 22 ambulante Kliniken. In der Schweiz ist Mediclinic Eigentümerin der **Hirslanden Gruppe**, deren Tätigkeiten 17 Krankenhäuser und vier Tageskliniken mit rund 1'900 stationären Betten und in geringem Umfang die Untervermietung von Räumlichkeiten, wie beispielsweise Arztpraxen und Restaurants umfassen. Hinzu kommen bestimmte interne Labordienste und die Bereitstellung von Speisen und Getränken innerhalb von Krankenhäusern.¹

5. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den **Erwerb der gemeinsamen Kontrolle** durch Remgro und SAS über Mediclinic im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 1 VKU. Zu diesem Zweck haben Remgro Healthcare Holdings Proprietary Limited und SAS die Manta Bidco Limited (nachfolgend: **Bidco**) gegründet. Bidco wird das gesamte ausgegebene und noch auszugebende Aktienkapital von Mediclinic [...] erwerben. Zudem sollen die von den relevanten Remgro-Tochtergesellschaften gehaltenen Aktien (entsprechend [...] von Bidco gemäss einem Zeichnungs- und Rollover-Vertrag erworben werden. Das Zusammenschlussvorhaben, das heisst der Erwerb des gesamten ausgegebenen und noch auszugebenden Aktienkapitals von Mediclinic durch Bidco, und der Erwerb der bestehenden Aktien der relevanten Remgro-Tochtergesellschaften an Mediclinic durch Bidco, werden als miteinander verbunden und voneinander abhängig betrachtet und zielen darauf ab, den Erwerb des gesamten ausgegebenen Aktienkapitals von Bidco und die Dekotierung von Mediclinic durch Bidco zu ermöglichen.

6. Im Ergebnis wird Bidco nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens die Kontrolle über Mediclinic ausüben. Remgro, indirekt über die relevanten Remgro-Tochtergesellschaften, und SAS werden nach Vollzug [...] an Bidco halten. Mediclinic wird daher nach vollzogenem Zusammenschluss indirekt von Remgro und SAS gemeinsam kontrolliert werden.

7. Die nachfolgenden Tabellen zeigen, dass die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist:

¹ Zu Hirslanden vgl. auch RPW 2003/1, 168 ff., *CIE Management II Limited und Hirslanden Holding AG*.

Tabelle 1: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen weltweit im letzten Geschäftsjahr

Beteiligte Unternehmen	Weltweite Umsätze CHF in Mio. ²
Remgro ³	4'418
SAS	[...]
Mediclinic ⁴	4'059

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

Tabelle 2: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen in der Schweiz im letzten Geschäftsjahr

Beteiligte Unternehmen	Schweizweite Umsätze CHF in Mio. ⁵
Remgro ⁶	[...]
MSC Gruppe ⁷	[...]
Mediclinic ⁸	1'885

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

8. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

9. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

10. Von Relevanz sind damit vorliegend die Tätigkeiten von Mediclinic über die von der Hirslanden Gruppe betriebenen Kliniken in der Schweiz sowie mögliche Beziehungen zwischen Mediclinic einerseits und SAS bzw. MSC oder Remgro andererseits, die sich aus dem Zusammenschlussvorhaben ergeben könnten. Auf eine eigentliche Analyse der Tätigkeiten und damit Abgrenzung der Märkte kann vorliegend verzichtet werden, da keine horizontalen Überschneidungen und keine relevanten vertikalen Beziehungen vorliegen. Die Parteien bestätigen in diesem Zusammenhang, dass weder Remgro noch SAS derzeit Unternehmen kontrollieren, die auf denselben Märkten wie Mediclinic tätig sind. Remgro ist, abgesehen von der bereits bestehenden Beteiligung an Mediclinic, nicht im Schweizer Spitalsektor aktiv. Die Parteien bestätigen auch, dass nach bestem Wissen von Remgro die Betreiber von medizinischen Versorgungssystemen, an denen Remgro Minderheitsbeteiligungen hält, nicht in der Schweiz tätig sind. Folglich existieren zwischen den Tätigkeiten von Mediclinic einerseits und jenen von Remgro oder SAS

und MSC andererseits keine horizontalen Überschneidungen, das bedeutet, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Marktanteiladdition führt. Es liegt deshalb in diesem Zusammenhang keinen betroffenen Markt mit 20 % oder mehr Marktanteil vor.

11. Die Parteien melden ausserdem, dass keine vertikalen Beziehungen vorliegen. Weder Remgro noch MSC ist gemäss Zusicherung der Parteien in der Meldung in einem relevanten und spürbaren Umfang auf benachbarten oder vor- bzw. nachgelagerten Märkten, auf denen Mediclinic in der Schweiz tätig ist, aktiv. Die Parteien machen glaubhaft, dass die Betreiber von medizinischen Versorgungssystemen, an denen Remgro Minderheitsbeteiligungen hält, nicht in der Schweiz tätig sind und dass Mediclinic (einschliesslich der Hirslanden Gruppe) kein registrierter Kunde der MSC Gruppe ist. Ebenso melden die Parteien, dass Mediclinic im Jahr 2021 in der

² Die Umsatzzahlen wurden zu dem von der Schweizerischen Nationalbank für den Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zum 30. Juni 2021 veröffentlichten durchschnittlichen Wechselkurs von EUR 1 = CHF 1.0853 bezüglich Remgro und für den Zeitraum 1. Januar 2021 bis 31. Dezember 2022 veröffentlichten durchschnittlichen Wechselkurs von USD 1 = CHF 0.9138 bezüglich MSC Gruppe umgerechnet.

³ Die Umsatzzahlen beziehen sich auf das Geschäftsjahr vom 1. Juli 2020 bis 30. Juni 2021.

⁴ Die Umsatzzahlen beziehen sich auf das Geschäftsjahr vom 1. April 2021 bis 31. März 2022.

⁵ Die Umsatzzahlen wurden zu dem von der Schweizerischen Nationalbank für den Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zum 30. Juni 2021 veröffentlichten durchschnittlichen Wechselkurs von EUR 1 = CHF 1.0853 bezüglich Remgro und für den Zeitraum 1. Januar 2021 bis 31. Dezember 2022 veröffentlichten durchschnittlichen Wechselkurs von USD 1 = CHF 0.9138 bezüglich MSC Gruppe umgerechnet.

⁶ Die Umsatzzahlen beziehen sich auf das Geschäftsjahr vom 1. Juli 2020 bis 30. Juni 2021.

⁷ Die Umsatzzahlen beziehen sich auf das Geschäftsjahr vom 1. Januar 2021 bis 31. Dezember 2021.

⁸ Die Umsatzzahlen beziehen sich auf das Geschäftsjahr vom 1. April 2021 bis 31. März 2022.

Schweiz kein Kunde der [...] einer Tochtergesellschaft von MSC, die Transportlogistikdienstleistungen im Gesundheitswesen erbringt, war. Das heisst, dass unabhängig von allfälligen Marktanteilen der übernehmenden Unternehmen und/oder deren Tochtergesellschaften von 30 % oder mehr, diese keinen vertikalen Bezug mit der Tätigkeit der Mediclinic in der Schweiz haben.

12. Aufgrund der Zusicherung der Parteien, dass weder horizontale noch vertikale Überschneidungen der Tätigkeiten von Remgro und SAS mit den Tätigkeiten von Mediclinic in der Schweiz vorliegen, kann auf eine genaue Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte und auf eine weitere Marktanalyse in casu verzichtet werden. Somit besteht unabhängig von der Marktabgrenzung kein Anlass zur Annahme, dass das Zusammenschlussvorhaben zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen in der Schweiz führen wird.

13. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden der Wettbewerbskommission nicht explizit zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission beziehungsweise der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.⁹

14. Zusammenfassend kann von der Unbedenklichkeit des gemeldeten Zusammenschlusses ausgegangen werden, da keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

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

⁹ Vgl. auch Merkblatt und Formular der WEKO, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21.10.2014, Rz 19, <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldefomulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (1.11.2022); sowie statt vieler RPW 2019/4, 1187 Rz 17 f., *Spital STS AG/Medbase AG*.

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Arrêt du 16 février 2023 – relative à l'inobservation de l'obligation de renseigner (art. 52 LCart)

Arrêt B-3882/2021 du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 16 février 2023 en l'affaire 1. X. _____ SA et 2. Y. _____ SA, représentée par [...], recourantes, contre Commission de la concurrence COMCO, autorité inférieure. Objet: Sanction relative à l'inobservation de l'obligation de renseigner (art. 52 LCart).

Faits:

A.

Le 13 novembre 2018, le Secrétariat de la Commission de la concurrence COMCO (ci-après: le secrétariat), en accord avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence COMCO (ci-après: l'autorité inférieure ou la COMCO), a ouvert la procédure de révision « 32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung » concernant l'accord amiable conclu avec The Swatch Group SA (ci-après: le Swatch Group). Dans le cadre de cette procédure, une analyse portant sur la situation du marché et du niveau de concurrence, en particulier dans le domaine des mouvements mécaniques, a été initiée. Afin de procéder à cette analyse, les fabricants des mouvements mécaniques ont été conviés à fournir des informations au moyen de questionnaires qui leur ont été envoyés.

B.

B.a Par courrier du 10 décembre 2018, le secrétariat a invité la société X. _____ SA (ci-après: la recourante 1) à répondre au questionnaire daté du même jour. Le 7 février 2019, la société Y. _____ SA (ci-après: la recourante 2) a également été invitée à répondre au même questionnaire.

Par courrier du 20 février 2019, la recourante 1 a remis au secrétariat ses réponses au questionnaire précité. La recourante 2 n'a quant à elle pas donné de réponse.

B.b Par courrier du 7 mars 2019, le secrétariat a invité la recourante 1, d'une part, à compléter ses réponses au questionnaire du 10 décembre 2018 et, d'autre part, à répondre à une série de nouvelles questions.

La recourante 1 a transmis ses réponses par courrier du 22 mars 2019.

B.c Par courriers des 19 mars, 11 avril, 14 mai, 12 juin et 5 juillet 2019, le secrétariat a demandé en vain à la recourante 2 de répondre au questionnaire du 10 décembre 2018.

B.d Par courrier du 16 mai 2019, le secrétariat a demandé à la recourante 1 de compléter ses réponses aux questions posées dans son courrier du 7 mars 2019.

La recourante 1 n'y a pas donné suite.

B.e Par courriers des 11 juin et 3 juillet 2019 puis par courriel du 30 août 2019, le secrétariat a vainement demandé à la recourante 1 de répondre aux questions contenues dans le courrier du 16 mai 2019.

B.f Par deux décisions datées du 16 décembre 2019 et notifiées séparément aux recourantes, le secrétariat les a enjointes de se conformer à leur obligation de renseigner. La recourante 1 est tenue de répondre aux questions posées dans le courrier du 16 mai 2019. La recourante 2 est quant à elle sommée de fournir les renseignements demandés dans le questionnaire du 10 décembre 2018. Les décisions ont également signalé qu'en cas de défaut de collaboration, une amende de 100'000 francs au plus pourrait être prononcée.

Les recourantes n'ont toutefois pas donné suite à ces injonctions ni n'ont recouru contre ces décisions.

B.g Le 27 novembre 2020, le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, a ouvert une procédure de sanction pour possible inobservation de l'obligation de renseigner à l'encontre des recourantes. Par courriers de la même date, elle les a informées de l'ouverture de cette procédure et leur a imparti un délai jusqu'au 11 janvier 2021 pour prendre position.

Elles n'ont pas fait part d'observations.

B.h Par courriers séparés datés du 12 mai 2021, le secrétariat a octroyé un délai de deux semaines aux recourantes pour se déterminer sur ses propositions de décision du 11 mai 2021; elle leur a également transmis le dossier de la cause.

Les recourantes n'ont pas donné suite à ces invitations.

C.

Par décision du 28 juin 2021, notifiée aux recourantes, l'autorité inférieure a infligé à chacune d'elles une amende à hauteur de 20'000 francs pour l'inobservation de l'obligation de renseigner. Elle a également mis à leur charge un montant de 18'918,90 francs à titre de frais de procédure réparti par moitié entre elles.

Elle a tout d'abord expliqué que les recourantes étaient membres d'un groupe de sociétés, à savoir le groupe A. _____, et que celui-ci devait être considéré comme une entreprise au sens du droit des cartels. Elle a ensuite retenu que ledit groupe devait être sanctionné, dès lors qu'il avait volontairement violé à deux reprises l'obligation de renseigner constatée dans les deux décisions du 16 décembre 2019. Enfin, elle a exposé les motifs

justifiant le montant des sanctions, en particulier la taille de l'entreprise, la faute, la gravité ainsi que la nature de la violation.

D.

Par acte du 31 août 2021, les recourantes forment un recours commun contre ladite décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elles concluent, sous suite de frais et dépens, principalement à l'annulation de celle-ci; subsidiairement, à la réduction du montant des sanctions, à savoir la réduction à 1'000 francs de l'amende prononcée à l'égard de la recourante 1 et à l'annulation de celle infligée à la recourante 2.

A l'appui de leurs conclusions, elles se plaignent d'une violation du principe de l'égalité de traitement et soutiennent qu'elles ne sont pas soumises à l'obligation de renseigner prévue par l'art. 40 de la loi sur les cartels. Elles contestent ensuite la violation de cette obligation et reprochent à l'autorité inférieure d'avoir constaté un comportement intentionnel de leur part. De plus, les sanctions infligées seraient arbitraires et disproportionnées. Elles relèvent que la recourante 2 n'a aucune activité économique et n'est pas membre du supposé groupe A. _____. Enfin, elles demandent l'audition de B. _____ et de C. _____ - collaborateurs de l'autorité inférieure - en tant que témoins et requièrent la production par celle-ci des questionnaires adressés aux autres entreprises ainsi que leurs réponses.

E.

Par réponse du 8 novembre 2021, l'autorité inférieure propose le rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. Elle soutient que les sanctions infligées sont conformes au droit et que leur montant est adapté eu égard aux circonstances du cas d'espèce.

Elle conteste la violation du principe de l'égalité de traitement, expliquant qu'elle a renoncé à prononcer une décision sur l'obligation de renseigner contre une entreprise sise à l'étranger en raison du principe de territorialité. Elle avance également que les griefs des recourantes se rapportant à leur obligation de renseigner sont tardifs. Elle explique ensuite que celles-ci ne sont que les destinataires des décisions entreprises. En effet, c'est le groupe A. _____, lequel a la qualité d'entreprise au sens du droit des cartels, qui a violé à deux reprises l'obligation de renseigner. Le calcul du chiffre d'affaires déterminant doit ainsi se baser sur celui du groupe. Elle suggère enfin le rejet de la demande de l'audition de témoins, dès lors que les notes téléphoniques au dossier retranscrivent fidèlement le contenu des conversations. De plus, C. _____ n'ayant pas participé auxdits entretiens téléphoniques, elle ne saurait témoigner quant à leur contenu.

F.

Dans leur réplique du 15 décembre 2021, les recourantes maintiennent l'ensemble de leurs conclusions et réitèrent pour l'essentiel les arguments contenus dans leur recours. Elles relèvent en particulier qu'elles ne contestent non pas leur obligation de renseigner mais bien la violation de celle-ci. Elles soutiennent qu'elles sont les seules à subir une sanction, tandis que 130 entreprises, à l'instar du D. _____, n'auraient pas ré-

pondu aux questionnaires. Dans un nouveau grief, elles remettent en cause la valeur probante des notes téléphoniques contenues dans le dossier de l'autorité inférieure et prétendent que celles-ci ne leur auraient jamais été transmises. Elles réfutent encore la tardiveté des griefs relatifs à l'obligation de renseigner ainsi que l'appartenance de la recourante 2 au groupe A. _____. Elles ajoutent que celle-ci n'a pas d'activité économique, de sorte que les informations demandées ne sont pas pertinentes pour l'analyse du marché. En outre, elles contestent le prononcé de deux sanctions à leur encontre, dès lors que, selon l'autorité inférieure, les violations auraient été commises par le groupe. Elles persistent également à requérir l'audition de B. _____. Enfin, elles demandent la production par l'autorité inférieure de la liste des entreprises contre lesquelles elle a renoncé à agir ainsi que ses correspondances avec le D. _____, en particulier le questionnaire auquel celui-ci aurait refusé de répondre.

G.

Dans sa duplique du 21 février 2022, l'autorité inférieure explique que l'absence d'activité économique n'exempte pas la recourante 2 de son obligation de renseigner. De plus, la pertinence des informations que celle-là aurait livrées n'aurait pu être déterminée que si elles avaient été transmises en temps utile. Elle indique que l'art. 52 LCart, en tant que disposition procédurale, contribue au respect de l'obligation de renseigner prévue à l'art. 40 LCart et doit permettre aux autorités de conduire efficacement ses investigations. Or, ce but ne pourrait être atteint, si la pertinence ou non des informations livrées permettait d'influer sur la sanction. Elle expose également les raisons pour lesquelles elle a renoncé à prononcer une décision portant sur l'obligation de renseigner à l'égard des autres entreprises et transmet la liste de celles-ci.

H.

Sur invitation du tribunal, les recourantes ont remis, le 24 mars 2022, les documents relatifs à leur actionnariat et à celui de la société E. _____ SA.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que besoin, dans les considérants en droit.

Droit:

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 PA). La qualité pour recourir doit être reconnue aux recourantes (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.

Le recours est ainsi en principe recevable.

2.

In casu, la décision déférée a infligé à chacune des recourantes une amende de 20'000 francs pour violation du devoir de renseigner constatée dans deux décisions du 16 décembre 2019. L'objet du présent litige porte

ainsi sur la question de savoir si ces sanctions ont été prononcées à juste titre et si elles sont conformes au droit, notamment, si le montant respecte le principe de la proportionnalité.

3.

Les recourantes s'en prennent d'abord aux notes téléphoniques contenues dans le dossier de l'autorité inférieure, faisant notamment valoir des griefs de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier lieu.

3.1 Elles contestent tout d'abord leur valeur probante. Elles prétendent que celles-ci seraient partiales et inexactes, dès lors qu'elles émanent de l'autorité inférieure et ne contiennent pas les informations données oralement par le père de leur administrateur.

3.1.1 La procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. 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. ATF 130 II 482 consid. 3.2; arrêts du TF 2C_169/2018 du 17 août 2018 consid. 3.3.6, 9C_55/2016 du 14 juillet 2016 consid. 3.1, 2C_244/2010 du 15 novembre 2010 consid. 3.3 et 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3). Le tribunal doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, évaluer la crédibilité des pièces produites pour déterminer si elles emportent sa conviction, puis décider si les éléments à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux; est déterminante la force de conviction attachée à chaque moyen de preuve, et non le genre de preuve administrée, sur la base d'une évaluation globale de l'ensemble des preuves rassemblées au dossier (cf. parmi d'autres: arrêts du TF 2C_504/2014 du 13 janvier 2015 consid. 6.1 et 4A_412/2010 du 27 septembre 2010 consid. 3.1 et 6B_380/2008 du 4 août 2008 consid. 5.3; ATAF 2013/9 consid. 3.8.1; arrêts du TAF B-5527/2016 du 10 juillet 2019 consid. 8.1, B-5685/2012 du 17 décembre 2015 consid. 4.5.2 et B-8399/2010 du 23 septembre 2014 consid. 4.2.2). Le principe de la libre appréciation des preuves interdit de dénier a priori toute force probante à un moyen de preuve (cf. ATF 137 II 266 E. 3.2 consid. 3.2, 133 I 33 consid. 2.1. 130 II 482 consid. 3.2; arrêt du TF 2C_709/2017 du consid. 3.3; arrêts du TAF A-1996/2022 du 19 décembre 2022 consid. 3.2 et les réf. cit., B-5682/2012 du 17 décembre 2015 consid. 4.5.2).

3.1.2 En l'espèce, la provenance des moyens de preuve ne suffit pas à remettre en cause leur valeur probante (cf. consid. 3.1.1), de sorte que les notes téléphoniques ne sauraient être écartées du seul fait qu'elles émanent de l'autorité inférieure.

Quant à la prétendue inexactitude des informations contenues dans ces notes, les recourantes se contentent de l'alléguer, elles n'apportent cependant aucun élément permettant de démontrer que d'autres propos auraient été tenus mais n'auraient pas dûment été retranscrits.

Il suit de là que rien ne permet de mettre en cause la valeur probante des notes téléphoniques consignées dans le dossier de la cause.

3.2 Les recourantes soutiennent ensuite que l'autorité inférieure n'aurait pas porté ces notes à leur connaissance, se prévalant ainsi implicitement d'une violation de leur droit d'être entendue.

3.2.1 Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. comprend également le droit pour le justiciable d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les réf. cit.)

Le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier est concrétisé, s'agissant de la procédure administrative, aux art. 26 ss PA. Aux termes de l'art. 26 al. 1 PA, la partie ou son mandataire a le droit de consulter les pièces relatives à la procédure la concernant au siège de l'autorité appelée à statuer ou à celui d'une autorité cantonale désignée par elle, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas une charge de travail excessive pour l'autorité (cf. ATF 131 V 35 consid. 4.2 et 126 I 7 consid. 2b); cela comprend notamment tous les actes servant de moyens de preuve (let. b).

3.2.2 En l'espèce, dans ses courriers du 12 mai 2021, l'autorité inférieure a invité les recourantes à prendre position quant aux projets de décision et leur a remis le dossier de la cause (cf. pces A8, A9 et A12 du dossier de l'autorité inférieure). Cela est par ailleurs confirmé par les recourantes (cf. p. 7 de réplique). Or, le tribunal constate que le dossier transmis comprend en particulier les notes téléphoniques (notes téléphoniques: pce A12 p. 195, 220, 221, 223, 313, 347 et 384 du dossier de l'autorité inférieure); les recourantes ont donc bien pu en prendre connaissance. Elles n'ont toutefois pas jugé utile, à ce stade, d'en contester le contenu puisqu'elles n'ont pas donné suite à l'invitation de l'autorité inférieure ni n'ont fait part de déterminations.

Sur le vu de ce qui précède, les recourantes ont pu prendre connaissance des moyens de preuves recueillis par l'autorité inférieure et se déterminer sur ceux-ci avant le prononcé de la décision attaquée. Il s'ensuit qu'on ne saurait conclure à une quelconque violation du droit d'être entendu.

Infondé, le grief des recourantes doit dès lors être rejeté.

4.

4.1 Les recourantes font valoir qu'elles ne sont pas soumises à l'obligation de renseigner, en ce sens qu'elles ne font pas partie des entreprises visées par l'art. 40 LCart. De plus, les décisions portant sur cette obligation seraient contraires au principe de l'égalité de traitement, dès lors qu'aucune décision n'a été prononcée à l'égard des autres destinataires de questionnaires qui n'ont pas répondu. Elles requièrent également la production de plusieurs documents, notamment les questionnaires et les réponses de certaines entreprises ainsi que l'échange de correspondances entre l'autorité inférieure et le D._____. En outre, elles expliquent qu'aucune réponse n'a été donnée aux questions 3c, 5 à

8 au questionnaire du 16 mai 2019, puisqu'il n'incomberait pas à la recourante 1 de répondre à des questions juridiques et/ou inintelligibles. De même, la recourante 2, qui n'avait pas d'activité économique, n'avait pas d'obligation de répondre au questionnaire du 10 décembre 2018.

4.2

4.2.1 Aux termes de l'art. 40 LCart, les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, celles qui participent à des concentrations d'entreprises ainsi que les tiers concernés sont tenus de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires. Le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par les art. 16 et 17 PA.

4.2.2 L'art. 52 LCart prévoit que l'entreprise qui n'aura pas exécuté son obligation de renseigner ou de produire des documents, ou ne l'aura fait qu'en partie, sera tenue au paiement d'un montant de 100'000 francs au plus. Cette disposition est la sanction directe de l'inobservation par l'entreprise de son obligation de renseigner exposée à l'art. 40 LCart. Elle vise aussi bien la procédure de contrôle des concentrations d'entreprises que la procédure administrative d'enquête devant la COMCO (cf. arrêt du TAF B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 5; LAURENT MOREILLON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édit. 2013 [CR-Concurrence], no 1 ad art. 52 LCart; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2021 [Basler Kommentar], no 3 ad art. 52 LCart; MARK LIVSCHITZ, in: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Stämpflis Handkommentar SHK [SHK], 2007, no 1 ad art. 52 LCart; 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, p. 610). Les cas d'inobservation sont instruits par le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence. La commission statue (cf. art. 53 al. 1 LCart; arrêt du TAF B-4037/2007 du 29 février 2008 consid. 2.3).

4.2.3 La violation de l'obligation de renseigner implique que la société ait été au préalable sommée par la COMCO de délivrer le renseignement requis. La décision constatant cette obligation doit définir l'étendue de cette obligation ainsi que le cercle des personnes tenues de fournir des renseignements (cf. ATAF 2011/32 consid. 5.7.5.1.1; arrêts du TAF B-6595/2017 du 24 mai 2017 consid. 4.1.1, B-7633/2009 du 19 septembre 2015 consid. 84, B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 3.3; MICHAEL TSCHUDIN, in: KG Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, [KG-Kommentar], no 15 ad art. 52 LCart; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar, nos 7 ad art. 52 LCart; MOREILLON, in: CR-Concurrence, no 5 ad art. 52 LCart et réf. cit.). Par conséquent, une entreprise ne peut être sanctionnée pour violation de l'obligation de renseigner que si l'injonction de fournir des informations indique de manière concrète et détaillée ce qui est demandé (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 du 19 septembre 2015 consid. 84; TSCHUDIN, in: KG-Kommentar, nos 20 ad art. 52 LCart). Toutefois, si une entreprise ne se conforme que tardivement à son obligation, la possibilité de sanctionner demeure (cf. TSCHUDIN, in: KG-Kommentar,

nos 21 ad art. 52 LCart). De plus, la décision portant sur l'obligation de renseigner doit être exécutoire; c'est-à-dire qu'elle n'a pas été contestée en temps utile ou que l'effet suspensif a été retiré à un éventuel recours (cf. arrêts du TAF B-6595/2017 du 24 mai 2017 consid. 1.2.3 et B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 3.3 et les réf. cit.; MOREILLON, in: CR-Concurrence, no 5 ad art. 52 LCart; LIVSCHITZ, in: SHK, no 4 ad art. 52 LCart). Aussi, seules les entreprises qui ont fait au préalable l'objet d'une décision administrative exécutoire et qui ne donnent pas suite à la réquisition de renseignements peuvent être sanctionnées (cf. arrêts du TAF B-6595/2017 du 24 mai 2017 consid. 1.2.3, B-7633/2009 du 14 septembre 2015 consid. 84 et B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 3; MOREILLON, in: CR-Concurrence, no 1 ss ad art. 52 LCart; TSCHUDIN, in: KG-Kommentar, no 14 ad art. 52 LCart).

A noter que si l'entreprise n'a pas recouru contre la décision constatant son obligation de renseigner ou que son recours a été rejeté, elle ne peut plus, dans le cadre de la procédure ouverte en application de l'art. 52 LCart, demander un examen préjudiciel de la validité ou de l'opportunité de l'obligation prétendument violée. La décision de sanction n'est ainsi pas une décision finale au sens de l'art. 46 al. 2 PA en relation avec la décision portant sur l'obligation de renseigner mais une décision (cf. arrêts du TAF B-6595/2017 du 24 mai 2017 consid. 1.2.3 et B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 3.3; MOREILLON, in: CR-Concurrence, no 5 ad art. 52 LCart; TSCHUDIN, in: KG Kommentar, no 6 ad art. 52 LCart; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar, no 12 ad art. 52 LCart; LIVSCHITZ, in: SHK, no 5 ad art. 52 LCart).

4.2.4 Enfin, aux termes de l'art. 55 LCart, une sanction pénale à hauteur de 20'000 francs au plus peut également être infligée à quiconque qui, intentionnellement, n'aura pas exécuté, ou ne l'aura fait qu'en partie, une décision des autorités en matière de concurrence concernant l'obligation de renseigner (art. 40), aura réalisé une concentration d'entreprises sans procéder à la notification dont elle aurait dû faire l'objet ou aura violé des décisions liées à des concentrations d'entreprises.

4.3 En l'espèce, il est admis que les décisions relatives à l'obligation de renseigner du 16 décembre 2019 ont été notifiées à la recourante 1 le 17 décembre 2019 et à la recourante 2 le 24 décembre 2019 (cf. pce A7 p. 1 du dossier de l'autorité inférieure). Elles ont fixé en particulier l'étendue de cette obligation, exigeant de la recourante 1 de répondre au questionnaire du 16 mai 2019 et de la recourante 2 de répondre à celui du 10 décembre 2018. Ces décisions n'ont pas fait l'objet de recours, de sorte qu'elles avaient déjà acquis la force de chose décidée au moment du prononcé de la décision de sanction du 28 juin 2021. Aussi, les recourantes ne peuvent plus s'en prendre à leur obligation de renseigner dans la présente procédure dirigée contre les sanctions infligées (cf. consid. 4.2.3). Ainsi, en tant que la recourante 1 entend remettre en cause les questions contenues dans le questionnaire, à savoir l'ampleur et les modalités de son obligation de renseigner, elle est forclosée; elle aurait dû s'en prévaloir dans un recours à l'encontre de la décision du 19 décembre 2019. La recourante 2 ne saurait davantage contester à ce stade son obligation de répondre au questionnaire. Il en va enfin de même en tant

que les recourantes estiment être victimes d'inégalité de traitement pour le motif que d'autres entreprises n'ont pas été contraintes à collaborer.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il est dirigé contre les décisions relatives à l'obligation de renseigner dûment entrées en force, le recours est tardif; il doit dès lors être déclaré irrecevable sur ce point.

Les réquisitions de preuves y relatives, notamment celles concernant les autres entreprises interrogées, doivent ainsi être rejetées.

5.

Les recourantes soulèvent ensuite différents griefs relatifs au questionnaire du 16 mai 2019 destiné à la recourante 1.

5.1

5.1.1 S'agissant de la question 1 dudit questionnaire, elles admettent qu'un tableau Excel n'a pas été établi comme requis. Cependant, la recourante 1 a fourni les renseignements sur le prix de vente moyen des calibres dans sa réponse à la question 33 du questionnaire du 10 décembre 2018. De plus, elle aurait également donné ses prévisions de fabrication pour les années 2019 à 2023 et aurait précisé que les calibres concernés par le monopole ETA/Sellita étaient les calibres (...) et (...).

5.1.2 La question 1 du questionnaire du 16 mai 2019 a la teneur suivante: « dans la présente analyse du marché, les mouvements mécaniques (...) et (...) de X._____ ont été désignés comme substitut aux mouvements mécaniques (...) et (...) d'ETA. Veuillez répondre à la question 35 du questionnaire [du 10 décembre 2018] pour ce qui concerne les mouvements mécaniques (...) et (...) de X._____ » (cf. pce A1 p. 10 du dossier de l'autorité inférieure).

La question 35 dudit questionnaire requiert quant à elle qu'un tableau Excel soit établi dans lequel il est indiqué I) le prix le plus bas, II) le prix de vente le plus haut ainsi que III) le prix de vente moyen pondéré par quantité (quantités livrées à des tiers) pour les années 2013 à 2018 pour chaque mouvement mécanique de la question 34, à savoir les dix mouvements mécaniques les plus vendus en nombre d'unités (cf. pce A5 p. 23 du dossier de l'autorité inférieure).

Quant à la question 33 invoquée par les recourantes, elle consiste en « l'indication dans le tableau pour chaque famille de calibres de mouvements mécaniques [vendus] à des tiers, le prix de vente le plus bas et le plus haut pour un mouvement mécanique en 2018 » (cf. pce A5 p. 21 du dossier de l'autorité inférieure).

5.1.3 Sur le vu de ce qui précède, la question 1 demande des réponses précises en lien avec les mouvements mécaniques (...) et (...) pour les années 2013 à 2018. En revanche, la question 33 concerne seulement les groupes de calibres et exclusivement pour l'année 2018. Dans ces circonstances, la recourante 1 a certes donné des réponses à la question 33, soit les informations relatives aux familles de calibres (...) ([...]) (sic), (...), (...), (...) et (...) pour l'année 2018 (cf. pce A5 p. 92 du dossier de l'autorité inférieure), celles-ci ne correspondent toutefois pas à ce que requiert la question 1.

Partant, les réponses de la question 33 ne sont pas suffisantes pour répondre à la question 1. La recourante 1 n'a d'ailleurs même pas pris la peine de renvoyer à sa réponse à la question 33.

5.2 Les recourantes avancent ensuite que le père de leur administrateur aurait donné à l'autorité inférieure par téléphone des informations relatives aux questions 1, 2, 3a, b et d du questionnaire du 16 mai 2019.

L'autorité inférieure conteste quant à elle avoir reçu de réponse par téléphone et se réfère aux notes téléphoniques figurant au dossier.

Il convient ainsi d'apprécier les moyens de preuves à disposition et de déterminer si des réponses ont été fournies par téléphone, notamment par le père de l'administrateur des recourantes.

5.2.1 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-141/2012 du 12 décembre 2022 consid. 3.2.2.1.3, B-2798/2018 du 16 février 2021 consid. 8.2, B-8399/2010 du 23 septembre 2014 consid. 4.3.4 et B-7633/2009 du 14 septembre 2015 consid. 156 ss; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 [PJA 2014], p. 1333 ss et 1344 s.). Le Tribunal fédéral a 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; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, vol. 1, 2ème éd. 2016, no 1971 ss). En effet, l'exigence d'établir des faits négatifs, c'est-à-dire de fournir une preuve négative, n'est pas par principe inadmissible. Ne modifiant nullement le fardeau de la preuve et n'impliquant pas un renversement de ce dernier, cette circonstance devra néanmoins être dûment prise en compte dans le cadre de l'appréciation des preuves ainsi que des exigences posées au devoir de la partie adverse de coopérer à la procédure probatoire (cf. ATF 147 III 139 consid. 3.1.2, 139 II 451 consid. 2.4 et 137 II 313 consid. 3.5.2; arrêts du TF 2C_310/2022 du 29 avril 2022 consid. 2.2.4, 2C_686/2012 du 13 juin 2013 consid. 4.2.3 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a du reste déjà posé des principes au sujet du degré de la preuve exigée en lien avec de tels faits, à savoir la vraisemblance prépondérante (cf. ATF 142 III 369 consid. 4.2).

Comme la procédure conduisant à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart, celle de l'art. 52 LCart est également une procédure administrative avec un caractère quasi-pénal (cf. TSCHUDIN, in: *KG Kommentar*, no 4 s. ad art. 52 LCart; TAGMANN/ZIRLICK, in: *Basler Kommentar*, no 1 ad art. 52 LCart). 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 147 II 144 consid. 5.2.1, 144 II 246 consid. 6.4.3 et 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent en principe applicables (cf. ATF 147 II 144 consid. 5.2.1, 144 II 246 consid. 6.4.3 et 139 I 72 consid. 2.2.2; arrêts du TAF B-2798/2018 du 16 février 2021 consid. 8.2 et B-3938/2013 du 30 octobre 2019 consid. 6.4). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié dans ATF 138 I 367). 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 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; TSCHUDIN, PJA 2014 p. 1337).

5.2.2 En l'espèce, le tribunal constate que les notes téléphoniques - dont la valeur probante ne saurait être remise en cause (cf. consid. 3.1) - ne contiennent aucune trace de ces supposées informations transmises oralement. Les recourantes se limitent quant à elles à alléguer que des renseignements portant sur ces questions auraient été communiqués par téléphone, elles n'apportent toutefois aucun élément concret tendant à le démontrer. Elles avaient pourtant été formellement invitées à répondre par écrit aux questionnaires reçus. Enfin, même à supposer qu'elles eussent effectivement transmis des informations importantes par téléphone, on aurait pu attendre d'elles qu'elles s'assurent que celles-ci aient été correctement retranscrites ou, à tout le moins, qu'elles réagissent lorsque l'autorité inférieure leur réclamait ces informations prétendument déjà transmises par téléphone ou quand elles ont constaté que les notes - qui leur ont dûment été remises avec le dossier (cf. consid. 3.2) - ne contenaient aucune indication. Or, il n'en est rien en l'espèce de sorte qu'il y a lieu d'admettre qu'aucune réponse n'a été fournie par téléphone.

Par surabondance, même si le père de leur administrateur eût donné des informations, il faudrait encore examiner quelle en serait la valeur probante. En effet, comme l'affirment d'ailleurs les recourantes, la seule personne habilitée à les représenter est leur administrateur (cf. extrait du registre de commerce de la recourante 1, pce 1 des déterminations du 24 mars 2022; p. 3 du recours).

Partant, force est de constater que la recourante 1 n'a pas transmis les informations requises pour les questions 1, 2 ainsi que 3a, b et d du questionnaire du 16 mai 2019.

5.3 Les recourantes prétendent ensuite que les réponses à la question 4 du questionnaire du 16 mai 2019 seraient contenues dans le courrier du 22 mars 2019 remis à l'autorité inférieure de sorte que celles-ci auraient été oubliées ou égarées.

En l'espèce, dans son courrier du 7 mars 2019, l'autorité inférieure a demandé à la recourante 1, d'une part, de compléter ses réponses au questionnaire du 10 dé-

cembre 2018, plus précisément les questions 4, 22, 30, 31, 33, 35, 39, 43, 45 et 46, et, d'autre part, de répondre aux questions supplémentaires B (cf. pce 4 du recours). Dans le courrier du 22 mars 2019, la recourante 1 a remis à l'autorité inférieure les informations relatives aux questions 4, 22, 30, 31, 33, 35, 39, 43, 45 et 46 (cf. pce A5 p. 60 ss du dossier de l'autorité inférieure). Elle a par ailleurs indiqué sur la lettre d'accompagnement que « suite à votre courrier du 7 mars 2019, nous vous remettons en pièce jointe les réponses aux questions 4, 22, 30, 31, 33, 35, 39, 43, 45 et 46 ». Elle n'y a toutefois nullement signalé que les réponses aux questions supplémentaires B se trouvaient également dans son courrier. Par courrier du 16 mai 2019, l'autorité inférieure l'a invitée à fournir les informations aux questions posées dans la lettre du 7 mars 2019 qui sont restées sans réponses (cf. pce A5, p. 79 ss du dossier de l'autorité inférieure). Elle lui a notamment demandé de répondre à la question 4, dont le contenu correspondait aux questions supplémentaires B du courrier du 7 mars 2019. Cependant, nonobstant les nombreuses interpellations de l'autorité inférieure, la recourante 1 n'a pas répondu à ces questions (cf. pce A5, p. 99 s., 121, 122, 147, 148 et 149 du dossier de l'autorité inférieure).

Il suit de là que, dans son courriel du 22 mars 2019 (cf. pces 4, 5 et 6 du recours), l'avocat des recourantes a certes envoyé à l'administrateur les réponses aux questions supplémentaires B du questionnaire du 7 mars 2019 et lui a demandé de les transmettre à l'autorité inférieure, cela ne signifie pas pour autant que celles-ci ont été effectivement remises; le dossier de la cause ne contient en tous les cas aucune trace d'une telle transmission.

Dans ces circonstances, on ne saurait retenir que les informations demandées à ladite question ont été transmises en temps utile à l'autorité inférieure.

5.4 En tant que les recourantes prétendent que les questions 3c, 5 à 8 sont juridiques, sans pertinence ou incompréhensibles, leur grief est scellé par le sort du consid. 4; elles auraient dû le soulever à l'encontre des décisions sur l'obligation de renseigner.

5.5 Sur le vu de ce qui précède, en omettant de transmettre les informations requises, il y a bien eu violation de l'obligation de renseigner en ce qui concerne le questionnaire remis à la recourante 1. La question de savoir si cette violation fut intentionnelle sera examinée ultérieurement.

6.

Les recourantes avancent ensuite que les réponses données par la recourante 1 pour le questionnaire du 10 décembre 2018 concernent également la recourante 2.

En l'espèce, ledit questionnaire requiert explicitement à son point A « informations sur l'entreprise » des informations telles que le nom de l'entreprise, son adresse ainsi que la personne de contact. Or, la recourante 1 n'y a indiqué que les données la concernant; elle n'y a noté aucune information relative à la recourante 2 (cf. pce A 5, p. 42 du dossier de l'autorité inférieure). Elle a certes signalé à la question 22 du questionnaire que « [...] » et que « [...] » Il ne s'agit là toutefois que de la réponse à

ladite question; rien ne laisse à penser que l'ensemble des réponses concernent aussi la recourante 2. Une telle mention ne figure d'ailleurs nulle part. En outre, lors d'un entretien téléphonique du 12 juillet 2019, l'administrateur des recourantes a assuré l'autorité inférieure qu'« il essaiera[it] de compléter le questionnaire de [la recourante 2] le plus vite possible » (pce A6, p. 90). Cette conversation est intervenue bien après que la recourante 1 a remis ses réponses au questionnaire du 10 décembre 2018.

Il suit de là que, faute d'avoir répondu au questionnaire du 10 décembre 2018, l'obligation de renseigner n'a pas non plus été respectée en ce qui concerne la recourante 2.

7.

Il ressort des considérants précédents que les recourantes ont violé deux obligations de renseigner au sens de l'art. 40 LCart (cf. consid. 5 et 6) constatées dans deux décisions entrées en force (cf. consid. 4.3).

8.

Les recourantes contestent ensuite le caractère intentionnel de la violation à l'art. 40 LCart. Il convient ainsi de déterminer si celle-ci leur est subjectivement imputable.

8.1 Selon la jurisprudence et la doctrine, comme pour les sanctions prononcées en application des art. 49a à 51 LCart, une sanction pour violation de l'obligation de renseigner implique également un élément subjectif, à savoir la faute (cf. arrêt du TAF B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 5.4.1 s. et les réf. cit.; décision de l'ancienne Commission de recours pour les questions de concurrence du 15 mai 1998 consid. 7, publiée dans DPC 1998/3 p. 460 ss; BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3ème éd., no 3 ad art. 52 LCart et nos 10 ad art. 49a LCart; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 251 ss, p. 274 ss). La faute est, d'une part, un élément constitutif de l'infraction et, d'autre part, un critère dans la détermination du montant de la sanction (cf. arrêt du TAF B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 5.4.2 et les réf.cit.).

8.2 L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt du TAF B-2798/2018 du 16 février 2021 consid. 12.1.2.2 et la réf. cit.), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 146 II 217 consid. 8.5.2 et 143 II 297 consid. 9.6.2; arrêts du TAF B-2798/2018 du 16 février 2021 consid. 12.1.2.2 et B-831/2011 du 18 décembre 2018 consid. 1489). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Elles sont notamment tenues de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires (cf. art. 40 LCart). Lorsqu'une entreprise ne divulgue pas les informations requises, elle sait que son comportement peut être contraire au droit, plus précisément à l'art. 40 LCart, dès lors qu'elle a été sommée préalablement par une décision lui imposant l'obligation de renseigner; la non-divulgaration des renseignements demandés a ainsi toujours un caractère conscient (cf. arrêt du TAF

B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 5.4.9 et ZURKINDEN/TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, 2004, no 5 ad art. 52 LCart).

8.3 En l'espèce, l'autorité inférieure a interpellé les recourantes à de nombreuses reprises afin qu'elles répondent aux questionnaires qui leur avaient été adressés (cf. notamment pces A5 p. 121, 146, 147, 148 et 149; pces A6 p.1, 30, 59, 90, 95, 124, 126 et 161 du dossier de l'autorité inférieure). En l'absence de réponse, elle a prononcé le 16 décembre 2019 deux décisions dans lesquelles elle leur a enjoint de répondre auxdits questionnaires, à défaut de quoi elles s'exposaient à d'éventuelles sanctions (cf. pce A1 p.1 ss et pce A2 p. 1 ss du dossier de l'autorité inférieure). Les recourantes étaient ainsi conscientes de leur devoir de renseigner comme de la sanction encourue en cas de non-respect. Or, elles ont délibérément choisi d'ignorer les injonctions et n'ont entrepris aucune démarche pour se conformer à leur obligation. Même à supposer que les réponses à la question 4 eussent été transmises le 22 mars 2019 mais égarées comme le prétendent les recourantes (cf. supra consid. 7.3), rien n'explique ni n'excuse le fait qu'elles n'aient pas réagi à la décision du 16 décembre 2019 par laquelle l'autorité inférieure constate encore une fois que ces réponses lui font défaut.

8.4 Dans ces circonstances, les recourantes ne peuvent pas raisonnablement soutenir qu'elles n'ont eu aucun motif de penser que leur comportement était susceptible de tomber sous le coup de l'art. 52 LCart ni prétendre avoir agi avec diligence. Elles ont agi avec conscience et volonté, à tout le moins par dol éventuel.

Partant, les violations de la LCart constatées en l'espèce (cf. consid. 7) sont pleinement imputables aux recourantes.

9.

Les recourantes contestent encore le montant des sanctions prononcées, faisant valoir qu'il serait disproportionné.

9.1 La conséquence juridique d'une violation de l'obligation de renseigner fixée à l'art. 40 LCart est le prononcé, à l'encontre de l'entreprise contrevenante, d'une sanction ou d'une amende dont le montant peut aller jusqu'à 100'000 francs en application de l'art. 52 LCart. Lors de la fixation concrète de l'amende, les autorités de concurrence jouissent d'une certaine marge d'appréciation. La sanction doit cependant être adaptée à l'ensemble des circonstances; le principe de proportionnalité et celui de l'égalité de traitement revêtent à cet égard une importance particulière (cf. arrêt du TAF B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 6.4.1 et les réf. cit.; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar, no 15 ad art. 52 LCart; MOREILLON, in: CR-Concurrence, no 15 ad art. 52 LCart). Les critères d'évaluation à prendre en compte sont notamment la nature et la gravité de l'infraction (violation partielle ou totale, unique ou répétée, intentionnelle ou par négligence de l'obligation de renseigner), son impact sur la procédure et l'importance de celle-ci. Enfin, des éléments subjectifs peuvent également être pris en compte, en particulier la faute (cf. arrêt du TAF B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 6.4.1 et les réf. cit.; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar,

no 15 ad art. 52 LCart; TSCHUDIN, in: KG Kommentar, no 25 ad art. 52 LCart). Cependant, compte tenu du texte clair de l'art. 52 LCart, il n'est pas possible de renoncer à prononcer une amende (cf. arrêt du TAF B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 6.4.1).

En outre, les principes contenus dans l'ordonnance du 12 mars 2004 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, sont applicables par analogie. Cela vaut en particulier pour les art. 2 et 3 OS LCart (principe de la proportionnalité, gravité de l'infraction), l'art. 5 OS LCart (circonstances aggravantes,) ainsi que l'art. 6 OS LCart (circonstances atténuantes) (cf. arrêt du TAF B-8115/2008 du 2 février 2010 consid. 6.4.2; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar, no 16 ad art. 52 LCart; TSCHUDIN, in: KG Kommentar, no 24 ad art. 52 LCart).

9.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a jugé que le groupe A._____ avait commis deux infractions; la recourante 1 n'a pas répondu aux questions supplémentaires et la recourante 2 n'a pas donné suite au premier questionnaire. S'agissant de la fixation de la sanction, elle estime qu'il aurait lieu de traiter ces infractions séparément mais comme les circonstances sont identiques, il y a lieu de procéder simultanément. Elle retient ensuite que le groupe A._____ n'est pas une microentreprise, que les infractions commises sont moyennement graves - dès lors qu'une partie des informations a tout de même été remise -, que les sanctions doivent se situer au niveau inférieur du cadre légal et que le fait que les recourantes aient agi de manière intentionnelle constitue une circonstance aggravante. Elle a ainsi arrêté deux amendes de 20'000 francs soit un total de 40'000 francs pour le groupe A._____.

9.3 Les recourantes soutiennent d'abord que, en l'absence de chiffre d'affaires, la recourante 2 ne doit pas être sanctionnée. Elles contestent pour le surplus former un groupe de sociétés.

Il convient ainsi d'abord d'examiner si le comportement des recourantes sanctionné à l'art. 52 LCart est imputable au groupe A._____ comme retenu par l'autorité inférieure.

9.3.1 Selon l'art. 52 LCart, c'est l'entreprise qui est astreinte à sanction. Par entreprise on entend tout acteur engagé dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (cf. art. 2 al. 1 bis LCart; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar, no 6a ad art. 52 LCart). Aussi, les entités qui ne participent pas de manière autonome au processus économique ne peuvent être qualifiées d'entreprises au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-2597/2017 du 19 janvier 2022 consid. 2.1.2, B-2798/2018 du 16 février 2021 consid. 5.1.1 et B-2977/2007 du 27 avril 2010, consid. 4.1; HEIZMANN/MAYER, in: KG-Kommentar, no 20 ad art. 2 LCart). Une entreprise peut être composée par une ou plusieurs sociétés de capitaux. Lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société-mère, il est admis que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels, dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter

de manière indépendante les unes par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 3, non publié dans l'ATF 139 I 72; arrêts du TAF B-2597/2017 du 19 janvier 2022 consid. 2.1.4, B-2798/2018 du 16 février 2021 consid. 5.1.1, B-831/2011 du 18 décembre 2018 consid. 39 ss, B-7633/2009 du 14 septembre 2015 consid. 29 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 consid. 4.1 ss; MARTENET/KILIAS, in: CR-Concurrence, no 30-35 ad art. 2 LCart; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1277 ss). Les infractions au droit des cartels commises par les membres du groupe lui sont donc imputables (cf. arrêt du TF 2C_596/2019 du 2 novembre 2022 consid. 7.2.2 et la réf. cit.).

9.3.2 En l'espèce, selon le registre des actionnaires (cf. pces 2, 3 et 5 des déterminations du 24 mars 2022), la recourante 1 est détenue à (...) % par la société E._____ SA dont l'actionnaire majoritaire est F._____ ([...] actions sur [...], soit [...] %). Ce dernier détient également la totalité des actions de la recourante 2. En outre, il est (...) (cf. pces 1 et 4 des déterminations du 24 mars 2022; pour E._____ SA: [https://www.\[...\]](https://www.[...]), consulté le 20 janvier 2023). L'ayant droit économique des trois sociétés est donc F._____. Dans ces circonstances, ces sociétés sont certes juridiquement indépendantes, elles sont cependant étroitement liées entre elles d'un point de vue économique et ne peuvent agir de manière autonome les unes par rapport aux autres. Même si la construction juridique retenue en l'espèce n'est pas un groupe constitué d'une société mère et de filiales, il n'en demeure pas moins que ni la recourante 1 ni la recourante 2 ne peuvent participer de manière indépendante au processus économique comme l'exige la jurisprudence pour admettre l'existence d'une entreprise au sens du droit des cartels; elles sont dès lors bien membre du groupe A._____.

9.3.3 Il suit de là que le comportement des recourantes sanctionné à l'art. 52 LCart est imputable au groupe A._____. Partant, c'est bien sur la base du chiffre d'affaires global du groupe que le montant de la ou des sanctions doit être calculé et non sur celui réalisé individuellement par les recourantes.

9.4 Il sied ensuite d'examiner si l'autorité inférieure a dûment tenu compte de la taille de l'entreprise dans le calcul des sanctions.

En l'espèce, il ressort du site internet de la recourante 1 qu'elle emploie une centaine de collaborateurs (cf. [http://www.\[...\]](http://www.[...]); consulté le 20 janvier 2023) et est active également dans d'autres domaines comme la vente des assortiments (cf. [http://www.\[...\]](http://www.[...]); consulté le 20 janvier 2023). Selon les renseignements recueillis dans les questionnaires, celle-ci a vendu (...) en 2018 dont le prix de vente le plus bas est de (...) francs (cf. pce A5 p.51 s. du dossier de l'autorité inférieure). Par conséquent, le groupe A._____ réalise déjà un chiffre d'affaires d'au moins (...) de francs ([...]) avec la seule vente de ces (...). L'autorité inférieure a ainsi considéré, à juste titre, que le chiffre d'affaires global du groupe était vraisemblablement d'au moins (...) de francs par an. Cette constatation n'est par ailleurs pas contestée par les recourantes. Dans ces circonstances, le groupe A._____ ne

tombe pas dans la définition de microentreprise au sens de l'art. 4 de la Communication de la COMCO du 19 décembre 2005 relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (cf. DPC 2006/1, p. 209 ss), à savoir celle qui emploie moins de dix personnes et réalise un chiffre d'affaires annuel en Suisse ne dépassant pas 2 millions de francs. Partant, le groupe A. _____ constitue bien une petite ou moyenne entreprise PME dont le chiffre d'affaires est inférieur à 100 millions de francs par an.

9.5 Les recourantes prétendent encore que les renseignements demandés à la recourante 2 n'auraient aucun impact sur l'analyse de marché menée dans le cadre de la procédure de révision, dès lors que celle-ci n'a pas d'activité économique.

9.5.1 L'autorité inférieure explique que les informations requises étaient déterminantes au moment des décisions sur l'obligation de renseigner pour clarifier les conditions du marché ainsi que la concurrence dans le domaine des mouvements mécaniques. Toutefois, dans la mesure où la recourante 1 a fourni quelques informations sur le point de vue et les activités des deux sociétés, les infractions commises sont à qualifier de moyennement graves; le montant des sanctions devrait ainsi se situer au niveau inférieur du cadre légal.

9.5.2 En l'espèce, l'analyse initiée dans le cadre de la procédure de révision « 32-0224: Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung » avait pour but de déterminer s'il y avait lieu de révoquer ou de modifier la décision de la COMCO approuvant l'accord amiable conclu entre le Swatch Group et le secrétariat (cf. pce A5 p. 10 du dossier de l'autorité inférieure). Pour ce faire, les fabricants de mouvements mécaniques étaient invités à fournir des informations portant sur la situation du marché et du niveau de concurrence dans le domaine des mouvements mécaniques (cf. p. 3 de la décision entreprise). Dans sa décision du 16 décembre 2019, l'autorité inférieure a expressément indiqué que les informations demandées à la recourante 2 auraient permis de mieux connaître les faits pertinents pour la procédure de révision (cf. pce A2 p.6 du dossier de l'autorité inférieure).

9.5.3 Il suit de là que, en s'abstenant de répondre aux différentes sollicitations de l'autorité inférieure, même si la recourante 2 ne déploie ni activité commerciale ni production, le comportement passif du groupe A. _____ a retardé l'analyse du marché pour la procédure de révision.

Partant, il n'y a pas lieu de renoncer à sanctionner la violation en tant qu'elle se réfère à l'obligation incombant à la recourante 2.

9.6 De même, dans la mesure où les infractions prévues à l'art. 52 LCart ont été commises de manière intentionnelle (cf. consid. 8), c'est à juste titre que l'autorité inférieure a retenu cet élément comme circonstance aggravante dans la fixation des sanctions.

9.7 Enfin, il convient encore de déterminer si c'est à juste titre que deux sanctions ont été prononcées, alors que c'est bien audit groupe que l'autorité inférieure impute les violations de l'obligation de renseigner (cf. supra consid. 9.3).

9.7.1 Selon la jurisprudence récente du tribunal administratif fédéral, la réalisation de deux comportements distincts contraires à la LCart ne doit pas être prise en compte dans le cadre de la détermination de la gravité de l'infraction et, par conséquent, lors de la fixation du montant de base mais, en application de l'art. 5 al. 1 let. a OS LCart, comme circonstance aggravante, à savoir par une augmentation ultérieure (cf. arrêts du TAF B-2597/2017 du 19 janvier 2022 consid. 15.2.4.12 et B-8386/2015 du 24 juin 2021 consid. 10.4.6).

Il n'est toutefois pas évident que cette jurisprudence rendue en application de l'art. 49a al. 1 LCart puisse être reprise telle quelle pour l'art. 52 LCart qui ne prévoit pas un montant maximal à déterminer selon le chiffre d'affaires mais consiste en une somme fixe. L'OS LCart traite d'ailleurs exclusivement des sanctions de l'art. 49 a LCart (art. 1 OS LCart). Dans une situation comme celle de l'espèce et qui correspond davantage à ce qui prévaut en droit pénal général, une reprise de la pratique développée en matière de concours au sens de l'art. 49 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0; ci-après: CP) pourrait paraître plus adaptée.

9.7.1.1 Aux termes de l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et augmente celle-ci dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque les peines envisagées concrètement sont de même genre, l'art. 49 al. 1 CP impose au juge, dans un premier temps, de fixer la peine pour l'infraction abstraitement - d'après le cadre légal fixé pour chaque infraction à sanctionner - la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmentera cette peine pour sanctionner chacune des autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (cf. ATF 144 IV 313 consid. 1.1.2 et les réf. cit.).

9.7.1.2 Sur le vu de ce qui précède, la question de savoir si la nouvelle jurisprudence du Tribunal administratif fédéral vaut également pour les sanctions arrêtées indépendamment du chiffre d'affaires de l'entreprise peut demeurer indécise. Il ressort en effet aussi bien de cette pratique que de la jurisprudence de Tribunal fédéral rendue en application de l'art. 49 CP, qu'en cas de réalisation de deux comportements contraires au droit, il convient dans un premier temps de fixer une sanction pour la première infraction et de l'augmenter ensuite pour sanctionner le second.

9.7.2 Or, en l'espèce, l'autorité inférieure a d'abord considéré les deux infractions de manière distincte puis a arrêté deux amendes de 20'000 francs qu'elle a mises à la charge de chacune des recourantes. Ce n'est que dans un deuxième temps qu'elle les a additionnées pour déterminer ce qu'elles représentaient pour le groupe A. _____. Cette manière de procéder n'est pas conforme au droit en cas de réalisation de plusieurs infractions par le même auteur. Elle est en outre contradictoire

comme le relèvent les recourantes. En effet, soit il n'y a pas de groupe et chacune des sociétés est sanctionnée de manière strictement séparée, soit nous sommes en présence d'un groupe qui a commis deux infractions, comme en l'espèce (cf. consid. 9.3), et il y a lieu de procéder en deux temps, à savoir fixer une première peine pour la première infraction puis de l'augmenter pour sanctionner la seconde pour, finalement, arrêter une seule sanction.

Le recours est donc fondé sur ce point et la sanction à prononcer doit à nouveau être arrêtée en application des règles et principes susmentionnés.

9.8 En l'occurrence, le groupe A. _____ a commis deux infractions dont la gravité est abstraitement identique. Il y donc lieu de retenir l'une d'elles, soit celle commise en ce qui concerne la recourante 1, et de fixer une sanction tenant compte des éléments pertinents concernant l'acte et leur auteur, à savoir le fait que le groupe A. _____ n'est pas une microentreprise (cf. consid. 9.4), que l'infraction est moyennement grave dès lors qu'une partie des informations a été remise et, enfin, que la violation à l'obligation de renseigner a été commise intentionnellement (cf. consid. 8), ce qui constitue une circonstance aggravante. La sanction pour cette première infraction peut ainsi être arrêtée à 20'000 francs comme retenue par l'autorité inférieure.

Il convient ensuite d'augmenter cette peine pour sanctionner la seconde violation qui concerne la recourante 2 en tenant compte là également des circonstances y relatives. Ainsi, le fait qu'elle n'a pas encore déployé d'activité ne suffit pas à l'exonérer de toute sanction (cf. consid. 9.5). De même, l'infraction est là également moyennement grave puisque des informations ont tout de même été remises par la recourante 1. Enfin, aggravant la violation, celle-ci a été commise avec conscience et volonté (cf. consid. 8). L'autorité inférieure a là également retenu une amende de 20'000 francs. Elle est toutefois partie à tort du principe qu'elle devait prononcer deux sanctions séparées et les mettre à la charge de chacune des recourantes. Il s'agit toutefois ici de déterminer dans quelle mesure la peine concernant la première infraction doit être augmentée. Il faut ainsi tenir compte du fait que les deux infractions ont été commises dans des circonstances identiques et que, du point de vue du groupe A. _____, elles s'inscrivent dans la même logique délictuelle. Une augmentation de la première sanction de 20'000 francs, soit son doublement, paraît ainsi légèrement excessif; il convient dès lors de n'augmenter la sanction pour l'infraction commise en ce qui concerne la recourante 1, à savoir 20'000 francs, que d'un montant de 15'000 francs pour l'infraction concernant la recourante 2 et d'arrêter ainsi la sanction globale à 35'000 francs.

Cette sanction doit être mise à la charge des recourantes qui en répondront de manière solidaire (cf. arrêt du TAF B-771/2012 du 25 juin 2018 consid. 9.5.3).

10.

Les recourantes requièrent encore l'audition de témoin en la personne de B. _____, soit le collaborateur de la COMCO, faisant valoir que le père de leur administra-

teur lui aurait communiqué par téléphone des réponses aux questionnaires.

10.1 Selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non-arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 141 I 60 consid. 3.3, 136 I 229 consid. 5.3 et les réf. cit.).

10.2 En l'espèce, le tribunal constate que les pièces contenues au dossier, plus précisément la note téléphonique retranscrivant la conversation entre B. _____ et le père de l'administrateur des recourantes (cf. pce A5 p. 149 du dossier de l'autorité inférieure), s'avèrent suffisantes pour établir les faits pertinents de la cause. Cette dernière ne soulève en effet aucune question qui ne puisse être jugée de manière appropriée sur la base du dossier. L'audition du témoin ne saurait donc conduire le tribunal de céans à des conclusions différentes de celles retenues. En particulier, celle-ci ne saurait affaiblir les constatations relevées par l'autorité inférieure que les renseignements requis par le questionnaire n'ont pas été transmis. De plus, il paraît improbable que la personne appelée à témoigner puisse donner, de mémoire, des informations plus détaillées - sur des faits qui remontent à près de trois ans - que celles figurant déjà sur les notes téléphoniques au dossier.

10.3 Ainsi, le tribunal, procédant par appréciation anticipée des preuves, y renonce et rejette la réquisition de preuve déposée par les recourantes en ce sens.

11.

En tant que les recourantes concluent à l'annulation des décisions attaquées, elles s'en prennent également aux émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure. Elles ne formulent toutefois aucun grief particulier à leur encontre.

11.1 En vertu de l'art. 2 al. 1 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), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. La procédure de sanction selon les art. 52 et 53 LCart est également considérée comme une procédure administrative (cf. art. 1 al. 1 let. a OEmol-Lact; BRUCH/JAAG, in: KG Kommentar, nos 16 ad art. 53 a LCart). Conformément à l'art. 4 al. 1 et 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 (cf. 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 (cf. art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

11.2 En l'occurrence, l'autorité inférieure a fixé les émoluments sur la base des classes de salaire des em-

ployés chargés de l'affaire et du temps consacré. Elle parvient à un émolument total de 18'918,90 francs, soit 12,58h à 130 francs par heure, 85,33h à 200 francs par heure et 0,75h à 290 francs par heure. Il s'ensuit qu'avec un tarif horaire moyen se situant dans le bas de l'échelle contenue à l'art. 4 al. 2 OEmol-LCart et avec des heures de travail comptées, l'on obtient un total qui n'apparaît en aucun cas excessif. Rien ne permet donc de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure. Compte tenu des considérations relatives à la sanction prononcée (cf. consid. 9.8), il se justifierait aussi de modifier la décision attaquée en ce qui concerne la répartition des frais de première instance et de les mettre solidairement à la charge des recourantes. Rien n'impose toutefois une réforme d'office de la décision attaquée sur ce point, ce d'autant plus que cela pourrait constituer une reformatio in pejus pour les recourantes.

12.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours doit être très partiellement admis, dans la mesure où il est recevable, et la décision de l'autorité inférieure modifiée en ce sens que les recourantes sont solidairement tenues au paiement d'une amende d'un montant de 35'000 francs pour l'inobservation de l'obligation de renseigner. Le recours est rejeté pour le surplus.

13.

13.1 Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la partie qui succombe (cf. 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]). 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 (cf. art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure sont arrêtés à 4'000 francs. Les recourantes obtenant très partiellement gain de cause, il y a lieu de mettre à leur charge des frais de procédure réduits à 3'500 francs, à savoir 1'750 francs chacune. Ceux-ci sont compensés par les avances de frais acquittées le 6 octobre 2021, le solde de 500 francs sera restitué aux recourantes, à savoir 250 francs chacune, une fois l'arrêt entré en force.

13.2 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). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (cf. art. 10 al. 1 FITAF); le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (cf. 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 (cf. art. 14 FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF). Aucuns dépens ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (cf. art. 64 PA; ATF 132 II 47 consid. 5.2).

Les recourantes, qui ont obtenu très partiellement gain de cause et dont la sanction a été réduite, ont droit à des dépens réduits. Faute de décompte, il convient, eu égard aux écritures déposées dans le cadre de la présente procédure - à savoir un recours de 9 pages, une réplique de 10 pages et des déterminations de 2 pages -, de leur allouer, ex aequo et bono, une indemnité de 800 francs à titre de dépens réduits 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 du dispositif de la décision du 28 juin 2021 de la Commission de la concurrence est réformé comme suit:

« En application de l'art. 52 LCart, X. _____ SA et Y. _____ SA sont solidairement tenues au paiement d'une sanction d'un montant de 35'000 francs pour l'inobservation de l'obligation de renseigner ».

3. Les frais de procédure, d'un montant réduit de 3'500 francs, sont mis à la charge des recourantes. Ceux-ci sont prélevés sur les avances de frais déjà prestées. Le solde de 500 francs sera restitué aux recourantes, à savoir 250 francs chacune, dès l'entrée en force du présent arrêt.

4. Une indemnité de 800 francs est allouée aux recourantes à titre de dépens réduits et mise à la charge de l'autorité inférieure.

5.

Le présent arrêt est adressé aux recourantes, à l'autorité inférieure et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

[Indication des voies de droit]

Le présent arrêt est adressé:

- aux recourantes (acte judiciaire; annexes: formulaires "Adresse de paiement")
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...]; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4	1. Arrêt du 30 novembre 2022 – Adjudication d'une concession exclusive d'affichage, recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 19 octobre 2021
-----	--

Arrêt 2C_959/2021, 2C_961/2021 du 30 novembre 2022 de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral dans l'affaire Commune de Lancy, représentée par [...], recourante, et A._____ SA, représentée par [...], recourante contre B._____ SA, représentée par [...], intimée. Objet: Adjudication d'une concession exclusive d'affichage, recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 19 octobre 2021 (ATA/1088/2021)

Faits:**A.**

Le 2 décembre 2004, la Commune de Lancy (ci-après: la Commune) a signé une convention d'affichage avec la Société A._____ SA, dont le siège est à Zurich.

Par courriel du 26 avril 2018, B._____ SA, dont le siège est à Genève, a informé la Commune qu'elle souhaitait, à l'échéance de la convention d'affichage précitée, soumettre une offre pour l'ensemble des supports d'affichage se trouvant sur le domaine public communal. Elle désirait ainsi être informée de l'échéance de la convention signée avec A._____ SA, afin de pouvoir organiser une présentation à l'exécutif communal. Le 18 mai 2018, elle a de nouveau contacté la Commune, afin de se faire connaître dans l'optique d'une éventuelle mise au concours de l'affichage sur le domaine public et privé communal.

Le 11 juin 2019, la Commune et A._____ SA ont signé une nouvelle convention d'affichage (ci-après: la Convention d'affichage). Aux termes de cette convention, qui annulait et remplaçait celle signée par les parties le 2 décembre 2004, la Commune concédait à A._____ SA le droit exclusif de placer des affiches et autres formes de publicité extérieure ainsi que d'installer les supports nécessaires sur l'ensemble du domaine public de la Commune, sous réserve d'exceptions. Cette convention était valable pour la période courant du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2029. Une reconduction tacite pour une durée de 5 ans, sauf résiliation de part ou d'autre, était prévue.

B.

Le 27 janvier 2020, répondant à B._____ SA qui lui avait déjà demandé plusieurs fois si une procédure d'appel avait été organisée en lien avec la Convention d'affichage susmentionnée, la Commune a informé l'intéressée qu'elle avait effectivement conclu une nouvelle convention avec A._____ SA, laquelle était désor-

mais en vigueur. Par courrier du 7 février 2020, B._____ SA a requis de la Commune qu'elle constate la nullité ex tunc de la "décision" prise le 11 juin 2019 et qu'elle organise, dans un délai raisonnable, un appel d'offres. Le 13 février 2020, la Commune a refusé de donner une suite favorable à cette requête.

Le 26 février 2020, B._____ SA a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance de la République et canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif de première instance) contre " la décision d'attribution d'une concession exclusive d'exploitation des procédés de réclame sur le domaine public et privé de la Commune de Lancy du 11 juin 2019". La société concluait à la constatation non seulement de la nullité de la décision de la Commune d'attribuer une concession d'affichage à A._____ SA, mais aussi de celle du rapport de concession lui-même. Subsidièrement, elle demandait l'annulation de ladite décision et, cela fait, à ce qu'il soit ordonné à la Commune d'organiser un appel d'offres en vue de la réattribution de la concession mise en cause.

Par jugement du 12 avril 2021, le Tribunal administratif de première instance a admis le recours, dans la mesure de sa recevabilité, et constaté que la décision de la Commune du 11 juin 2019 attribuant à A._____ SA la concession de droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur son domaine public et privé était nulle. Il a par ailleurs renvoyé la cause à la Commune afin qu'elle procède, dans un délai n'excédant pas quatre mois, à un appel d'offres en vue de la réattribution d'une telle concession. Il a enfin précisé qu'il appartenait à B._____ SA de saisir les juridictions compétentes pour remettre en cause la Convention d'affichage du 11 juin 2019, lui-même n'étant pas compétent en la matière (art. 105 al. 2 LTF).

La Commune et A._____ SA ont chacune déposé un recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ci-après: la Cour de justice). Par arrêt du 19 octobre 2021, la Cour de justice a admis très partiellement lesdits recours et a annulé le jugement attaqué en tant qu'il renvoyait la cause à la Commune afin que celle-ci procède, dans un délai n'excédant pas quatre mois, à un appel d'offres en vue de l'attribution de la concession d'affichage litigieuse. Réformant ledit jugement sur ce point, elle a imparti un délai de six mois à la Commune, à compter de l'entrée en force de l'arrêt, soit pour procéder à une procédure d'appel d'offres, soit pour réintégrer

cette tâche dans ses activités courantes, et pour en informer les parties. La Cour de justice a confirmé le jugement pour le surplus. Elle a en particulier considéré qu'elle n'avait pas à se prononcer sur la validité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019.

C.

A. _____ SA et la Commune déposent chacune séparément un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice du 19 octobre 2021 (causes 2C_961/2021, respectivement 2C_959/2021).

Requérant préalablement l'octroi de l'effet suspensif à son recours, A. _____ SA conclut à l'annulation de l'arrêt du 19 octobre 2021 et, cela fait, demande principalement que le recours de B. _____ SA contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 avril 2021 soit déclaré irrecevable ou, du moins, rejeté, et que la décision de la Commune de lui attribuer une concession exclusive d'exploitation des procédés de réclame sur son domaine public soit confirmée. Subsidièrement, A. _____ SA conclut à l'annulation de l'arrêt de la Cour de justice du 19 octobre 2021 et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Quant à la Commune, outre l'octroi de l'effet suspensif à son recours, elle demande la réforme de l'arrêt de la Cour de justice du 19 octobre 2021, en ce sens que seule l'illicéité de la procédure de transmission du monopole d'affichage sur son domaine public soit constatée. Subsidièrement, elle conclut à l'annulation de l'arrêt de la Cour de justice du 19 octobre 2021 et au renvoi de la cause à cette dernière pour nouvelle décision.

Par ordonnance présidentielle du 16 décembre 2021, les deux requêtes d'effet suspensif ont été admises.

Répondant à chacun des deux recours, B. _____ SA a conclu à leur rejet et à la confirmation de l'arrêt attaqué, sous suite de frais et dépens. La Cour de justice s'en est pour sa part rapportée à justice quant à la recevabilité des recours, persistant dans les considérants et le dispositif de son arrêt. Dans une prise de position du 21 février 2022 se rapportant aux deux causes, la Commission de la concurrence (ci-après: C OMCO) a conclu au rejet des recours, tout en précisant qu'il n'était, selon elle, pas exclu que les conditions pour constater la nullité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 soient également remplies, dite convention devant à tout le moins être révoquée afin de garantir une application correcte du droit.

Le 16 mars 2022, A. _____ SA a déposé des observations sur les prises de position de B. _____ SA et de la COMCO dans la cause 2C_961/2021.

Considérant en droit:

1.

Tant A. _____ SA (cause 2C_961/2021) que la Commune (cause 2C_959/2021) ont interjeté recours au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice du 19 octobre 2021. Les deux procédures portent ainsi sur un état de fait identique. A cela s'ajoute que les questions juridiques soulevées par les deux recours se re-

coupent très largement et que les parties impliquées sont les mêmes, B. _____ SA étant notamment intimée dans les deux procédures. Dans ces circonstances, il se justifie de joindre les causes et de statuer dans un seul arrêt (cf. art. 71 LTF et 24 PCF [RS 273]; cf. également arrêt 2C_880/2015 du 6 mars 2017 consid. 1, non publié in ATF 143 II 120).

2.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 147 I 89 consid. 1).

2.1. L'arrêt attaqué, qui émane d'un tribunal cantonal supérieur statuant en dernière instance (cf. art. 86 al. 1 let. d LTF), constate la nullité d'une décision d'attribution de concession d'affichage prise par la Commune, tout en impartissant à celle-ci un délai de six mois soit pour procéder à un appel d'offres en vue de l'octroi de ladite concession, soit pour réintégrer la tâche concernée dans ses affaires courantes. L'arrêt attaqué constitue ainsi une décision qui relève non seulement du droit public au sens de l'art. 82 let. a LTF, mais qui s'avère également finale au sens de l'art. 90 LTF. Par son arrêt, la Cour de justice a en effet clos la procédure d'attribution de concession litigieuse en aboutissant à une décision de nullité et en ordonnant l'ouverture d'une nouvelle procédure, qui devrait consister soit en un appel d'offres soit dans la réintégration de l'activité concessionnée dans les affaires courantes de la Commune. L'arrêt attaqué peut donc faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, pour autant qu'il ne tombe pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l'art. 83 LTF. On pensera ici, en particulier, à l'exception de recevabilité relative aux marchés publics (cf. art. 83 let. f LTF).

2.2. En l'occurrence, l'arrêt attaqué se fonde essentiellement sur l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) pour justifier la nullité de la décision d'attribution de concession d'affichage prise par la Commune. Cette disposition envisage une procédure en principe typique des marchés publics, en prévoyant que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. Il n'en demeure pas moins que, matériellement, la cause a pour objet la transmission d'une concession portant sur un monopole d'affichage, et non sur l'attribution d'un marché public (cf. ATF 125 I 209 consid. 6b). L'octroi de concession litigieux ne s'inscrit par ailleurs pas dans une opération complexe ni dans un marché global (cf. ATF 145 II 252 consid. 4.1; 145 II 32 consid. 4.1 144 II 177 consid. 1.3.2) et n'est subordonné à aucune contre-prestation d'une certaine importance entrant dans la notion de marché public (ATF 143 II 120 consid. 2.2.1; 135 II 49 consid. 4.4). Il s'ensuit que, matériellement, l'arrêt attaqué ne peut être qualifié, même indirectement ou partiellement, de décision en matière de marchés publics, de sorte qu'une application de l'art. 83 let. f LTF est exclue (ATF 143 II 120 consid. 2.2.2; cf. en outre NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, RDS 133/2014 I 219, p. 225; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 117 ss). Notons qu'il n'y a pas lieu de se demander si la révision récente du droit des marchés publics, qui

assimile l'octroi de certaines concessions à des marchés publics, est propre à modifier l'analyse qui précède, ce qui est douteux (cf. MARTIN BEYELER, Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, 2020, p. 469 ss, spéc. 480; ETIENNE POLTIER, Deux énigmes autour de la notion de marché public; analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019, RDS 2022 I 123 ss, 138-139, note no 44 a contrario; OESCH/RENFER, in *Wettbewerbsrecht II*, 2^e éd. 2021, no 8 ad art. 2 LMI), dès lors que la République et canton de Genève n'a pas encore adhéré au nouvel accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 et que cet accord a de toute manière été adopté après la décision communale se trouvant au centre du présent litige (cf. art. 64 de l'accord précité).

Il en découle qu'aucune des exceptions de l'art. 83 LTF n'est applicable en l'espèce, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté, et que la voie du recours en matière de droit public est donc en principe ouverte.

2.3. En tant que société bénéficiaire de la concession qui a participé à la procédure devant la Cour de justice, A. _____ SA a qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF.

Quant au droit de la Commune de former un recours en matière de droit public en tant que collectivité publique, il est réglé en premier lieu par l'art. 89 al. 2 LTF (cf. notamment ATF 140 I 90 consid. 1.1). Or, selon l'art. 89 al. 2 let. c LTF, les communes et autres collectivités de droit public ont qualité pour recourir lorsqu'elles invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale. La disposition se réfère en particulier à l'autonomie communale, ancrée au niveau fédéral à l'art. 50 al. 1 Cst. et, en droit genevois, à l'art. 132 al. 2 de la Constitution de la république et canton de Genève du 14 octobre 2012 (cf. RS 131.234; ATF 138 I 143 consid. 3.1; ATF 136 I 404 consid. 1.1.3; ATF 135 I 43 consid. 1.2). Il suffit à cet égard que la commune, touchée dans ses prérogatives de puissance publique par l'acte attaqué fasse valoir de manière défendable une violation de son autonomie; le point de savoir si l'autonomie qu'elle invoque existe réellement est une question de fond et non de recevabilité (ATF 140 I 90 consid. 1.1; 136 I 404 consid. 1.1.3; aussi arrêt 2C_1021/2016 du 18 juillet 2017 consid. 2.2, non publié in ATF 143 II 553).

En l'espèce, l'arrêt attaqué confirme un jugement du Tribunal administratif de première instance qui a en particulier constaté que la décision de la Commune d'attribuer la concession d'affichage sur ses "domaines public et privé" à A. _____ SA était nulle. Or, il résulte de la législation genevoise - et en particulier de la loi du 24 juin 1961 sur le domaine public (RSGE L 1 05), de la loi du 28 avril 1967 sur les routes (RSGE L 1 10) et de la loi du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame (RSGE F 3 20) - que les communes jouissent d'une importante liberté d'appréciation dans la gestion du domaine public communal et, plus spécialement, dans la faculté d'octroyer ou non des permissions d'utilisation de ce domaine excédant l'usage commun; elles bénéficient donc de la protection de leur autonomie dans ce domaine (cf. arrêt 2P.69/2006 du 5 juillet 2006 consid. 2.2). Invoquant

ces différentes lois, la Commune fait ainsi valoir, de manière défendable, que l'arrêt attaqué empiète sur son pouvoir d'appréciation dans l'attribution de la concession litigieuse, ce en violation de son autonomie. Partant, elle remplit les conditions de l'art. 89 al. 2 let. c LTF.

2.4. Pour le surplus, interjetés en temps utile et dans les formes requises contre une décision finale, les deux recours en matière de droit public déposés par la Commune et A. _____ SA sont recevables au regard des art. 42 et 100 al. 1 LTF. Il convient donc d'entrer en matière sur chacun d'eux.

3.

3.1. Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), mais n'examine la violation de droits fondamentaux, ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal, que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (cf. art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF 142 III 364 consid. 2.4; 141 I 36 consid. 1.3; 135 III 232 consid. 1.2).

En l'occurrence, en trois phrases dans son mémoire de recours, A. _____ SA soutient que l'arrêt attaqué porte atteinte à ses droits acquis issus de la Convention d'affichage du 11 juin 2019, lesquels seraient, selon elle, protégés par la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et le principe de la bonne foi (art. 9 Cst.). Le Tribunal fédéral peut assurément s'épargner d'examiner si ces deux droits fondamentaux ont été violés puisque les griefs y relatifs, formulés lapidièrement, n'ont pas été motivés à suffisance par A. _____ SA.

3.2. Le Tribunal fédéral, qui est un juge du droit, conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), ce qui correspond à la notion d'arbitraire (ATF 140 III 264 consid. 2.3; 136 II 304 consid. 2.4), ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). La partie recourante qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées. A défaut d'une telle motivation, il n'est pas possible de prendre en considération un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (ATF 136 I 184 consid. 1.2).

4.

Soulevant un grief de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier lieu (cf. notamment ATF 141 V 557 consid. 3), A. _____ SA se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendu protégé par l'art. 29 al. 2 Cst. La recourante reproche à l'arrêt attaqué de n'être pas suffisamment motivé.

4.1. La jurisprudence déduit du droit constitutionnel d'être entendu prévu à l'art. 29 al. 2 Cst., l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision afin que les parties intéressées puissent la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 135 V 65 consid. 2.6; 134 I 83 consid. 4.1). Le juge doit ainsi mentionner, au moins brièvement,

les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que la personne intéressée puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; 134 I 83 consid. 4.1). La motivation peut au demeurant être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; arrêt 2C_12/2017 du 23 mars 2018 consid. 3.3.1 non publié in ATF 144 IV 136).

4.2. En l'occurrence, la recourante reproche à la Cour de justice de n'avoir pas répondu - à tout le moins de manière compréhensible - à son argument selon lequel la décision de la Commune de lui octroyer une concession exclusive d'affichage ne pouvait pas être déclarée nulle, parce qu'elle avait déjà été concrétisée par une convention signée en date du 11 juin 2019. Cette critique tombe cependant à faux. Il résulte clairement de l'arrêt entrepris que les juges cantonaux ont estimé que l'existence d'un contrat de concession d'affichage sur le domaine public n'empêchait nullement de constater la nullité de la décision d'attribution de monopole ayant précédé sa conclusion. D'ailleurs, après avoir exposé les différentes approches jurisprudentielles et opinions doctrinales en rapport - plus ou moins direct - avec la problématique de l'attribution de concession sans appel d'offres préalable, la Cour de justice a expressément indiqué, à la fin de son arrêt, que " le fait que le législateur [...] n'ait pas prévu d'autre disposition que celle relative au constat d'illicéité de la décision d'adjudication une fois le contrat conclu ne saurait empêcher la solution présentement retenue ", c'est-à-dire celle de la constatation de la nullité de ladite décision (cf. consid. 13b de l'arrêt attaqué). L'arrêt cantonal satisfait ainsi pleinement aux exigences de motivation découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. En la contestant par le biais d'un mémoire de plus d'une vingtaine de pages, la recourante démontre du reste en avoir manifestement compris le sens et la portée.

4.3. Le grief de A. _____ SA selon lequel le Tribunal cantonal aurait violé son droit à obtenir une décision motivée au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. doit donc être rejeté.

5.

Soulevant un autre grief de nature formelle, A. _____ SA se plaint encore du fait que les autorités précédentes auraient statué *ultra petita* et qu'elles auraient, de ce fait, appliqué arbitrairement l'art. 69 al. 1 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE; RS/GE E 5 10), qui prévoit que "[l]a juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties".

5.1. Appelé à revoir l'application d'une norme cantonale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable ou en contradiction manifeste avec la situation effective, ou encore si elle a été adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. Il peut notamment s'avérer arbitraire d'interpréter une notion juridique de manière contraire à une jurisprudence et une doctrine

constantes et bien établies (ATF 145 I 108 consid. 4.4.1; 117 la 135 consid. 2). En revanche, si l'application de la loi défendue par l'autorité cantonale ne s'avère pas déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la disposition ou de la législation en cause, cette interprétation sera confirmée, même si une autre solution - éventuellement plus judicieuse - paraît possible (ATF 144 IV 136 consid. 5.8; 132 I 175 consid. 1.2).

5.2. Il ressort en l'occurrence de l'arrêt attaqué que B. _____ SA a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance dans les trente jours après avoir appris que la Commune avait conclu une nouvelle concession d'affichage avec A. _____ SA sans procéder à un appel d'offres préalable. La société a alors demandé au tribunal de constater la nullité non seulement de la décision de la Commune d'attribuer la concession litigieuse à A. _____ SA, mais également du rapport de concession qui en découlait. De manière subsidiaire, elle a demandé à l'autorité saisie d'annuler ladite décision et, cela fait, d'ordonner à la Commune d'organiser un appel d'offres en vue d'une réattribution de la concession. Force est dès lors de constater que le Tribunal administratif de première instance n'a pas statué *ultra petita* - mais s'est au contraire parfaitement conformée aux conclusions principales et subsidiaires de la partie recourant devant lui - en déclarant que la décision de la Commune d'attribuer la concession d'affichage à A. _____ SA était nulle et en décidant de renvoyer la cause à cette collectivité publique, afin qu'elle procède à un appel d'offres en vue de la réattribution de la concession litigieuse. Seul le délai de 4 mois pour mettre sur pied un appel d'offres n'était pas explicitement envisagé par B. _____ SA. Cette précision temporelle ne constituait toutefois rien d'autre qu'une modalité d'exécution de la conclusion subsidiaire du recours tendant à l'organisation d'une procédure d'appel d'offres.

5.3. Il découle de ce qui précède qu'il ne peut pas non plus être reproché à la Cour de justice d'avoir statué *ultra petita* en rejetant les recours consécutifs de A. _____ SA et de la Commune, tout en fixant à celle-ci un délai légèrement plus long - à savoir six mois - pour procéder à un appel d'offres. Quant à l'alternative nouvellement donnée à la Commune de réintégrer dans le même délai la "tâche" d'affichage litigieuse dans ses activités courantes, elle représente une décision favorable à cette collectivité. Elle n'est du reste nullement remise en cause par les parties et constitue l'une des deux conséquences directes et logiques possibles du constat de nullité présentement litigieux (cf. *infra* consid. 8.3). On ne voit dès lors pas en quoi la Cour de justice aurait statué *ultra petita* et aurait appliqué de manière manifestement insoutenable l'art. 69 al. 1 LPA/GE.

5.4. Sur le vu de ce qui précède, le recours de A. _____ SA est mal fondé en tant qu'il invoque une application arbitraire de l'art. 69 al. 1 LPA/GE.

6.

Sur le fond, A. _____ SA estime, dans un premier temps, que la Cour de justice aurait procédé à une constatation de fait arbitraire en retenant, dans son arrêt, que la Commune " ne plaid[ait] aucunement qu'elle n'aurait pas eu connaissance des exigences légales soumises à

l'attribution de [la] concession [litigieuse] ", c'est-à-dire en partant de l'idée que la Commune ne prétendait pas avoir ignoré son obligation de procéder à un appel d'offres en la cause. D'après A. _____ SA, la Commune aurait au contraire déclaré en cours de procédure cantonale n'avoir jamais su qu'elle devait se soumettre à une telle démarche, ce qu'elle aurait appris bien plus tard de la bouche de son conseil, après que B. _____ SA avait déposé son recours au Tribunal administratif de première instance.

6.1. Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'établissement des faits ou l'appréciation des preuves si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 136 III 552 consid. 4.2). La partie recourante ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; elle doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3).

6.2. En l'occurrence, il ne ressort pas du dossier que la Commune aurait affirmé devant la Cour de justice n'avoir jamais été consciente du fait qu'elle devait procéder à un appel d'offres avant d'attribuer une concession d'affichage. La Commune n'a en tout cas déposé aucune écriture en ce sens devant cette autorité, quoi qu'en dise A. _____ SA (cf. art. 105 al. 2 LTF). On peut supposer que, lorsque celle-ci cite un extrait des " observations à la CACJ [soit à la Chambre administrative de la Cour de justice] de la Ville de Lancy du 16 juillet 2020, p. 3", elle se réfère plutôt à un mémoire d'observations déposé par la Commune devant le Tribunal administratif de première instance en date du 13 mai 2020 (cf. art. 105 al. 2 LTF). Il s'ensuit que, si la Commune a peut-être allégué une certaine méconnaissance du droit devant cette première autorité judiciaire de recours, elle ne l'a a priori plus fait devant la Cour de justice. Notons que ce constat n'est pas remis en cause par la principale intéressée, à savoir la Commune elle-même, qui, d'après l'arrêt attaqué, connaissait parfaitement le désir de B. _____ SA de participer à une mise au concours avant la conclusion de la Convention d'affichage du 11 juin 2019. Il en résulte que la Cour de justice n'a assurément pas versé dans l'arbitraire en retenant que la Commune " ne plaid[ait] aucunement qu'elle n'aurait pas eu connaissance des exigences légales soumises à l'attribution de [la] concession ". En soutenant le contraire, A. _____ SA défend une position qui confine à la témérité.

6.3. Le recours de A. _____ SA est ainsi mal fondé en tant qu'il se plaint d'une constatation arbitraire des faits.

7.

Reste à examiner si les recours de A. _____ SA et de la Commune sont fondés en tant qu'ils invoquent une violation du droit fédéral sur le fond. Il s'agit pour cela d'examiner, en premier lieu, si l'autorité précédente pouvait considérer qu'avant même de conclure la Convention d'affichage du 11 juin 2019 avec A. _____ SA, la

Commune avait pris une décision d'attribution de concession - non formalisée comme telle - devant être considérée comme nulle, au motif qu'elle n'avait pas été précédée d'un appel d'offres, comme l'impose pourtant l'art. 2 al. 7 LMI pour toute transmission de monopole communal à des entreprises privées.

7.1 La Cour de céans relève à cet égard d'emblée que les parties ne contestent pas que la décision d'attribution de concession prise par la Commune, à tout le moins par actes concrets, avant la conclusion de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 a contrevenu à l'art. 2 al. 7 LMI. Rappelons que cette convention, qui octroie à A. _____ SA un droit exclusif d'affichage sur le domaine public communal, ne portait pas sur l'acquisition de prestations susceptibles de relever du droit des marchés publics, mais tombait néanmoins sous le coup de l'art. 2 al. 7 LMI dès lors qu'elle concernait la transmission d'un monopole (cf. supra consid. 2.2). Cela aurait impliqué que la Commune procède à un appel d'offres avant de la conclure, ce qui n'a pas été fait. La décision d'attribution de concession prise en faveur de A. _____ SA emporte dès lors bel et bien violation de l'art. 2 al. 7 LMI. A ce stade, il convient donc uniquement d'examiner si ce non-respect de la LMI entraîne la nullité de la décision en cause.

7.2 Selon un principe général, la nullité d'un acte commis en violation de la loi doit résulter soit d'une disposition légale expresse soit du sens et du but de la norme en question (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa; 119 II 147 consid. 4a et les arrêts cités). En d'autres termes, il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (cf. ATF 121 III 156 consid. 1). Ainsi, d'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit (ATF 139 II 243 consid. 11.2; 132 II 21 consid. 3.1). Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 139 II 243 consid. 11.2; 132 II 21 consid. 3.1; 122 I 97 consid. 3a/aa; 116 la 215 consid. 2c).

7.3 Il résulte de ce qui précède qu'en l'absence de règle topique dans la LMI, le principe de la légalité ne s'oppose pas à ce qu'une décision communale d'attribution d'une concession violant l'art. 2 al. 7 LMI soit frappée de nullité, pour autant toutefois que le vice juridique en question puisse être qualifiée de particulièrement grave et soit facilement décelable, voire manifeste. En l'occurrence, l'art. 2 al. 7 LMI - sur lequel l'autorité précédente se fonde pour justifier le constat de nullité présentement litigieux - dispose très clairement que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et qu'elle ne peut pas discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. En adoptant cette norme lors de la révision de la LMI de 2005 (RO 2006 2363), le législateur a cherché à faciliter,

voire à garantir un accès au marché non discriminatoire et transparent lors du transfert des concessions de monopole cantonal ou communal, tout en respectant la compétence constitutionnelle des cantons et des communes en matière d'activités économiques à caractère monopolistique (ATF 143 II 120 consid. 6.3.1; cf. Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, p. 431 s. et p. 436). L'art. 2 al. 7 LMI impose ainsi deux exigences fondamentales à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal: un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. La mise en place d'un appel d'offres implique non seulement que la collectivité publique organise une procédure permettant aux entreprises privées intéressées par l'exploitation dudit monopole de déposer une offre, mais aussi qu'elle attribue la concession par le biais d'une décision, contre laquelle des voies de droit doivent être ouvertes. Quant à l'interdiction de discriminer, elle s'applique à la fois à la procédure d'appel d'offres stricto sensu, à la détermination des critères de sélection et au choix du concessionnaire, imposant par là même aussi le respect du principe de transparence, qui est son corollaire (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.4.1; cf. en ce sens, parfois par analogie avec les marchés publics, POLTIER, op. cit., p. 118; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, no 212; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, nos 791 ss, nos 814 ss; REY/WITTMER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, PJA 2007, p. 585 ss, 591 s.).

7.4 En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué que la Commune a décidé d'attribuer une concession d'affichage exclusive sur son domaine privé et public à A. _____ SA pour une durée de dix ans, renouvelable pour une période de cinq ans, et d'exclure de ce fait durablement la concurrence au profit d'une entreprise, ce sans procéder à aucun appel d'offres. Elle a ainsi bafoué les deux exigences fondamentales au coeur de l'art. 2 al. 7 LMI, à savoir l'organisation d'un appel d'offres et l'interdiction de la discrimination, lesquelles font partie du but même de la LMI (cf. art. 1 LMI). A cela s'ajoute qu'en privant B. _____ SA de la possibilité de se positionner pour accéder au marché de l'affichage sur le domaine public de la Commune et en mettant à cet égard en place un régime de privilèges empêchant toute concurrence, la décision litigieuse est susceptible de réduire la compétitivité de l'économie suisse dans le secteur concerné et d'affecter négativement la cohésion économique du pays (cf. art. 1 al. 2 let. c et d LMI). Plus fondamentalement encore, elle va à l'encontre du principe de la liberté économique (cf. art. 94 al. 1 Cst.) et porte atteinte aux principes de libre concurrence et de neutralité de l'Etat en matière de concurrence (art. 27 et 94 Cst.; cf. ATF 143 II 425 consid. 4.2), ainsi qu'au droit des concurrents à l'égalité de traitement (art. 27 Cst.), sans que cette atteinte ne soit d'une quelconque manière justifiée par la Commune. Enfin, en ne procédant à aucun appel d'offres, la Commune a fait en sorte que B. _____ SA ne puisse pas attaquer la décision d'attribution avant que la concession ne soit conclue. En d'autres termes, la décision de la Commune d'attribuer à

A. _____ SA une concession d'affichage exclusive sur son domaine public et privé est affectée d'un vice particulièrement grave, aussi bien sous l'angle des exigences fondamentales de la concurrence que sur le plan procédural.

7.5 En ce qui concerne le caractère manifeste ou facilement décelable de ce vice, il convient ici de rappeler que le Tribunal fédéral a rendu le 6 mars 2017 - soit plus de deux ans avant que la Commune ne prenne la décision litigieuse - un arrêt de principe, publié aux ATF, dans lequel il a souligné que les collectivités publiques devaient se conformer aux exigences posées par l'art. 2 al. 7 LMI lors de l'octroi d'une concession d'affichage (cf. ATF 143 II 120). Cet arrêt a d'ailleurs été rendu sur recours de A. _____ SA, qui avait décidé de contester une décision d'attribution d'une concession d'affichage préalablement mise au concours par la Ville de Lausanne. Il ressort en outre de l'arrêt attaqué qu'à la même époque, A. _____ SA participait également à d'autres appels d'offres relatifs à des concessions d'affichage dans différentes communes genevoises, ce qui l'a du reste amenée à recourir une nouvelle fois jusqu'au Tribunal fédéral dans une procédure l'opposant à B. _____ SA en Ville de Genève (cf. arrêt 2C_82/2019 du 18 septembre 2019 consid. 4). La Cour de justice a enfin constaté, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), que B. _____ SA avait plusieurs fois contacté la Commune entre le 26 avril 2018 et le 11 juin 2019 afin de l'informer de son projet de soumettre, à l'échéance de la convention d'affichage en cours, une offre pour l'ensemble des supports d'affichage se trouvant sur le domaine public communal, exprimant de cette manière clairement son souhait de participer au prochain appel d'offres qui serait organisé. Il faut donc admettre, à l'instar de la Cour de Justice, que la Commune, tout comme A. _____ SA, connaissaient logiquement - ou pouvaient à tout le moins très facilement déceler - l'irrégularité de la décision d'attribution de concession prise par la première en faveur de la seconde, laquelle était forcément manifeste au regard des circonstances. Aucune d'elles n'a d'ailleurs affirmé devant la Cour de justice avoir ignoré cette irrégularité à l'époque des faits (cf. supra consid. 6.2).

7.6 Il sera enfin observé que le constat de nullité confirmé par l'arrêt attaqué n'a de conséquence directe que pour la Commune et A. _____ SA. Cela étant, au vu de la Convention, les investissements consentis par A. _____ SA (installation de panneaux d'affichage et d'autres supports publicitaires) paraissent limités et méritent d'autant moins protection que A. _____ SA, dont la bonne foi est sujette à caution (cf. supra consid. 7.5), pouvait s'attendre à ce que la concession dont elle a bénéficié soit remise en question. Il s'ensuit que le constat de nullité présentement litigieux ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit.

7.7 En conclusion, la Cour de justice a respecté les principes jurisprudentiels posés par le Tribunal fédéral en constatant la nullité de la décision prise de manière non formalisée par la Commune d'attribuer une concession d'affichage exclusive sur son domaine public à A. _____ SA.

8.

Il s'agit encore d'examiner les implications juridiques du constat de nullité prononcé par l'arrêt attaqué. La Cour de justice a en l'occurrence décidé d'impartir à la Commune un délai de six mois soit pour procéder à un appel d'offres en vue de la réattribution de la concession d'affichage portant sur son domaine public et privé, soit pour réintégrer cette activité d'affichage dans ses activités courantes.

8.1 L'art. 2 al. 7 LMI ne traite pas expressément des conséquences matérielles ou procédurales de la violation de l'obligation de procéder à un appel d'offres avant d'attribuer une concession. Ni le Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, ni les débats parlementaires n'ont abordé cette question (cf. FF 2005 p. 421; aussi DANIEL KUNZ, *KonzeSSIONen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe*, in *Marchés publics*, Zufferey/Stöckli [édit.], 2012, p. 205 ss, no 34). La réglementation de la transmission des monopoles cantonaux et communaux diffère ainsi de celle de la passation des marchés publics où la loi régit expressément les conséquences d'une violation des règles applicables à la passation de marchés publics. Rappelons que, dans ce second domaine, il est clairement prévu qu'après avoir constaté une telle violation du droit, l'autorité de recours peut soit statuer elle-même, soit renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur, en leur donnant le cas échéant des instructions impératives, sauf si un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire retenu, auquel cas l'autorité de recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision d'attribution (cf. art. 9 al. 3 LMI; aussi, notamment, art. 18 de l'accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994/15 mars 2001 [AIMP; RS/GE L 6 05] et art. 58 du nouvel accord du 15 novembre 2019). Cela signifie qu'en présence d'une décision d'adjudication prise en violation du droit, le juge peut notamment, si aucun contrat n'a été conclu, annuler ladite décision et renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur, afin que celui-ci procède, dans la mesure où il le juge nécessaire, au renouvellement de la procédure d'adjudication en veillant à corriger les lacunes relevées, étant précisé qu'il peut toujours renoncer à la réalisation du projet ou de la tâche litigieuse (cf. notamment arrêt 2D_12/2021 du 30 août 2021 consid. 5.1).

8.2 La jurisprudence fédérale n'a pour sa part encore jamais été appelée à définir de manière précise les conséquences d'une violation de l'art. 2 al. 7 LMI et, a fortiori, du constat de nullité d'une décision d'attribution de monopole opérée sans appel d'offres préalable. Il est néanmoins admis de manière générale que les autorités peuvent ordonner les mesures nécessaires au rétablissement d'un état conforme au droit, ce sans même qu'aucune base légale ne les y autorise expressément. Il suffit que l'obligation inexécutée ait elle-même une base légale pour que puissent être ordonnées des mesures visant au rétablissement de la situation (cf. ATF 124 II 248 consid. 4b; 111 Ib 213 consid. 6c; arrêt 1C_741/2013 du 16 juillet 2014 consid. 3.1.2). Or rien ne permet de dire que le législateur ait voulu s'écarter de ce principe en adoptant la LMI. On ne voit en particulier pas qu'en imposant une procédure d'appel d'offres, l'art. 2 al. 7 LMI opérerait un renvoi à l'ensemble de la régle-

mentation sur les marchés publics et, en particulier, à l'art. 9 al. 3 LMI, qui prévoit qu'en telle matière, si un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance de recours doit tout au plus se borner à constater l'illicéité de la décision contestée. Dans un ATF 135 II 49, reprenant la doctrine, le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà souligné que la procédure d'appel d'offres à laquelle l'art. 2 al. 7 LMI faisait référence n'avait, a priori, pas pour conséquence de subordonner l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable en matière de marchés publics. Cette disposition ne semble en effet viser que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.1; voir aussi, concernant une concession d'usage privatif des eaux publiques, ATF 142 I 99 consid. 2.2.3). Le Tribunal fédéral a par la suite confirmé cette approche dans un ATF 143 II 120 concernant un appel d'offres portant sur une concession d'affichage. Il a alors défini la portée de l'art. 2 al. 7 LMI en tenant compte de la position intrinsèquement différente de l'autorité lors de la passation d'un marché public par rapport à celle exercée lors du transfert d'un monopole. Il a reconnu à cette dernière une plus grande liberté dans le choix des critères à remplir par le concessionnaire et des conditions qu'elle peut lui imposer dans l'exercice du monopole (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 et 6.4.2). Il a par ailleurs souligné l'absence de droit à l'obtention d'une concession de monopole, dès lors que la collectivité publique restait libre d'exercer elle-même l'activité en cause (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.3.3).

8.3 Dans le cas d'espèce, l'attribution d'une concession d'affichage à A. _____ SA sans appel d'offres a conduit à une situation manifestement et fondamentalement contraire à l'art. 2 al. 7 LMI (supra consid. 7.4). La Cour de céans ne peut dès lors reprocher à la Cour de justice d'avoir violé le droit en enjoignant à la Commune d'organiser dans les six mois une procédure d'appel d'offres "de rattrapage" devant conduire à l'attribution d'une nouvelle concession d'affichage au soumissionnaire gagnant ou, dans l'hypothèse où la Commune ne souhaiterait pas procéder à un tel appel d'offres, de renoncer à déléguer toute activité d'affichage sur son domaine à une entreprise privée. De telles instructions visent en effet à rétablir un état conforme au droit. Elles ne constituent rien d'autres que les conséquences logiques du constat de nullité de la décision d'octroi de la concession d'affichage à A. _____ SA. Pour cette raison, elles peuvent se fonder directement sur l'art. 2 al. 7 LMI et n'interviennent sous cet angle nullement ultra petita (cf. aussi supra consid. 5). Elles correspondent du reste mutatis mutandis aux instructions parfois données lors de l'annulation ab ovo d'une décision d'adjudication de marché public (cf. supra consid. 8.1).

9.

Il s'agit enfin de s'interroger sur les conséquences que peut avoir le constat de nullité de la décision d'attribution de concession sur la Convention d'affichage du 11 juin 2019. Dans son arrêt, la Cour de justice ne s'est pas penchée sur ce point, considérant que " ce constat ne saurait [...] s'appliquer de facto au contrat conclu le 11 juin 2019 dès lors que les autorités administratives ne

sont pas compétentes pour procéder à un tel constat relevant du droit privé ". Cette affirmation n'est pas remise en cause par les parties, si ce n'est par la COMCO qui, invitée à se prononcer en la cause, envisage un constat de nullité ou de révocabilité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019. Le Tribunal fédéral, qui vérifie d'office la bonne application du droit, se doit cependant, pour des motifs de sécurité juridique, d'aborder la question de l'incidence d'une attribution de concession frappée de nullité sur la convention conclue consécutivement.

9.1 Tout d'abord, contrairement à ce que semble croire l'autorité précédente, les conventions de concession, en particulier celles d'affichage, ne relèvent pas du droit privé, mais sont soumises au droit public, à la différence des contrats conclus dans le cadre d'un marché public où la collectivité est "consommatrice" d'une prestation (cf. notamment ATF 125 I 209 consid. 6b). Il en résulte que le juge administratif a en principe la compétence de traiter des conséquences que peut avoir une violation de la LMI lors la transmission d'un monopole communal sur le rapport de concession développé en aval. Il ne peut donc pas s'en départir en prétendant, comme l'a fait la Cour de justice, que ce rapport, de nature contractuelle, relèverait du droit privé, contrairement à la situation qui prévaut en matière de marchés publics.

9.2 Il n'est ainsi pas exclu qu'un juge administratif puisse constater la nullité "par ricochet" d'une concession au motif que celle-ci est fondée sur une décision d'attribution de monopole s'avérant nulle en raison d'une violation crasse de l'art. 2 al. 7 LMI. Certains auteurs de doctrine se demandent d'ailleurs si les concessions accordées sans appel d'offres ne devraient pas être frappées de nullité et faire l'objet d'un tel appel a posteriori, tout en laissant cette question ouverte (REY/WITTWER, op. cit., p. 592). Les conséquences d'une violation de la LMI sur un rapport de concession dépendront cependant toujours de la nature de la violation considérée et des effets que celle-ci a véritablement pu avoir sur la concession. Les différents enjeux et circonstances à prendre en considération lors d'un tel examen factuel et juridique peuvent ainsi justifier d'adopter des solutions nuancées. Ainsi, dans un ATF 145 II 303, après avoir constaté que la Ville de Genève devait rendre une décision attaquant à l'issue de la mise au concours de la direction de deux théâtres en application de l'art. 2 al. 7 LMI, la Cour de céans a précisé que, comme les directions avaient déjà été nommées et les contrats de subventionnement conclus, la procédure ne pourrait dorénavant concerner que la question de l'éventuel caractère illicite de la décision (cf. arrêt 2C_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 7, non publié in ATF 145 II 303). Cet arrêt rendu le 27 mai 2019 concernait cependant une cause de transmission de monopole tout à fait atypique, à savoir la nomination de la direction de deux théâtres. Celle-ci avait du reste fait l'objet d'une mise au concours et ne concernait que trois saisons à partir de l'été 2018, lesquelles avaient déjà été programmées (cf. ATF 145 II 303 A.b et A.c des faits). L'état de fait particulier à la base de l'ATF 145 II 303 ne permet dès lors pas de conclure qu'un constat d'illicéité constituerait la seule conséquence admissible d'une violation de l'art. 2 al. 7 LMI, d'autant que la digression opérée dans cet arrêt sur la

suite de la procédure ne figure pas dans un considérant publié. D'autres solutions peuvent s'imposer, notamment lorsque la "concession" a été attribuée, comme en l'espèce, sans appel d'offres préalable et que la décision d'octroi de la concession s'avère purement et simplement nulle pour ce motif.

9.3 Cela étant dit, il n'incombe pas à la Cour de céans de se substituer aux autorités cantonales précédentes et d'examiner en première instance la question d'éventuelle nullité ou révocabilité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 découlant de la nullité de la décision d'attribution de concession prise en amont par la Commune. Le Tribunal fédéral n'est par ailleurs de toute façon pas habilité à se prononcer d'office sur la nullité d'un acte lorsque celui-ci ne constitue pas l'objet de la contestation et que ledit constat ne sert pas en soi à trancher l'issue d'un recours (cf. arrêt 4A_364/2017 du 28 février 2018 consid. 7.2.2, non publié in ATF 144 III 100; aussi ATF 127 II 32 consid. 3g). Or force est d'admettre que l'on se trouve précisément dans une telle situation. Si B. _____ SA a bel et bien demandé au Tribunal administratif de première instance de constater la nullité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019, cette conclusion a été jugée irrecevable par cette autorité par jugement du 12 avril 2021, ce que B. _____ SA n'a pas contesté devant la Cour de justice. La problématique de la nullité de la convention ne constituait ainsi plus l'un des objets de la contestation devant la juridiction cantonale précédente, ce qui exclut que le Tribunal fédéral statue lui-même sur ce point. A ce stade, la Cour de céans se limite à indiquer qu'il appartient à la Commune de tirer les conséquences de l'arrêt attaqué et, partant, de prendre toutes les mesures nécessaires afin de remédier à la situation illicite qu'elle a elle-même créée. Il incombe en particulier à cette collectivité de faire en sorte que l'appel d'offres devant être organisé dans les six mois en vue de l'attribution de la concession d'affichage litigieuse, de même que l'éventuelle reprise à son compte de la tâche en question dans ce même délai, ne soient pas entravés par le maintien de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 conclue avec A. _____ SA, dans la mesure où cette société ne se verrait pas adjuger le droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur le domaine public et privé de la Commune à l'issue d'une procédure respectueuse de la LMI.

10.

Pour tous ces motifs, l'arrêt attaqué ne viole pas le droit fédéral en constatant la nullité de la décision de la Commune d'attribuer la concession d'affichage sur son domaine public à A. _____ SA. Il le respecte également en tant qu'il oblige cette collectivité à procéder, dans les six mois, à un appel d'offres conformément à l'art. 2 al. 7 LMI en vue de la réattribution de cette concession, sous réserve pour elle d'exercer elle-même la "tâche" d'affichage au centre du présent litige. Enfin, l'arrêt attaqué, qui ne fait donc qu'appliquer la LMI, n'emporte aucune violation de la garantie de l'autonomie communale garantie par le droit constitutionnel fédéral et cantonal, laquelle ne saurait couvrir des actes contraires au droit fédéral. Partant, les recours, mal fondés, doivent être rejetés.

-
- 11.**
Succombant, les recourantes supporteront les frais judiciaires, afférents à son recours (art. 66 al. 1 LTF). Elles devront par ailleurs verser à titre solidaire une indemnité de dépens à B. _____ SA, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 68 al. 1 et 4 LTF).
Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
- 1.**
Les causes 2C_959/2021 et 2C_961/2021 sont jointes.
- 2.**
Les recours sont rejetés.
- 3.**
Les frais judiciaires afférents au recours 2C_959/2021, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la Commune.
- 4.**
Les frais judiciaires afférents au recours 2C_961/2021, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de A. _____ SA.
- 5.**
Une indemnité de 6'000 fr. est allouée à l'intimée, à titre de dépens, à la charge solidaire des recourantes.
- 6.**
Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, chambre administrative, et à la Commission de la concurrence.
-

B 4	2. Arrêt du 3 mars 2022 Les Editions Flammarion SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français
-----	---

Arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 de la I^{le} Cour de droit public du Tribunal fédéral dans l'affaire Les Editions Flammarion SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, intimée. Objet: Cartels - sanction; marché du livre en français, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 (B-3975/2013)

Faits:**A.**

A.a. Les Editions Flammarion SA est une société anonyme de droit suisse. Durant la période 2005 à 2011, elle appartenait au groupe éponyme Flammarion. Ce groupe rassemblait alors plusieurs sociétés actives dans le milieu de l'édition, de la diffusion et de la distribution de livres en français, notamment la société Flammarion SA sise en France, qui détenait 100% du capital-actions de la société Les Editions Flammarion SA. En 2012, le groupe Flammarion a été racheté par le groupe Madrigall.

L'ancien groupe Flammarion se charge de diffuser et de distribuer lui-même les ouvrages édités par ses propres filiales. Il se voit également confier de telles tâches par des éditeurs externes ayant choisi de se faire diffuser et distribuer par lui. En tant que diffuseur, il définit le plan commercial et promotionnel des livres concernés, les fait connaître aux divers points de vente et en prend les commandes. En tant que distributeur, il organise les flux physiques, logistiques et financiers entre les points de ventes de livres et l'éditeur et assure notamment la gestion des ouvrages retournés (cf. art. 105 al. 2 LTF).

A.b. La société suisse Editions Flammarion SA a pour sa part comme mission spécifique de diffuser sur le territoire suisse les livres en français édités, d'une part, par son groupe et, d'autre part, par les éditeurs indépendants ayant confié une telle tâche à celui-ci. Se limitant dans les faits à une activité de diffusion, elle sous-traite ce faisant la distribution de l'ensemble de ces ouvrages à une autre société suisse, à savoir A. _____ SA (ci-après: A. _____). Les deux sociétés ont conclu à cette fin trois contrats entre 2000 et 2010, contenant tous la clause suivante (art. 3 des contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000):

"[Les Editions Flammarion SA] confie à A. _____, 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 [Les Editions Flammarion SA] à A. _____ 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.

[Les Editions Flammarion SA] s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable [d'] A. _____, sauf pour des titres soldés. (...)"

A.c. En date du 18 juillet 2012, Les Editions Flammarion SA et A. _____ ont précisé la portée de cette clause:

"Comme vous le savez, nous répondons à la demande de clients [suisses] qui souhaitent acheter des ouvrages directement en France via notre filiale de distribution B. _____ et non plus via l'A. _____. 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 [Les Editions Flammarion SA] est libre de servir directement ses clients suisses sans que l'A. _____ 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: la COMCO) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des revendeurs actifs en Suisse ont fait apparaître que les premiers occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix y était élevé.

B.b. Le 13 mars 2008, d'entente avec le Président de la COMCO, le secrétariat a ouvert une enquête visant à examiner l'existence d'un éventuel abus de position dominante au sens de la loi sur les cartels. Le 2 mars 2011, de concert avec son Président, le secrétariat de la COMCO a élargi son enquête à l'examen d'un potentiel accord illicite affectant la concurrence au sens de la loi précitée.

B.c. Le 18 mars 2011, le Parlement 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 de la COMCO à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011, en application du principe de l'économie de la procédure. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé en votation le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre.

La COMCO a repris son enquête le 22 mars 2012.

B.d. Le 14 août 2012, le secrétariat de la COMCO a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il retenait notamment que Les Editions Flammarion SA 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. Selon le secrétariat, la société avait aussi participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il considérait que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels et proposait d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente, notamment au moyen de tables, et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise fondé sur un prix public final pour la Suisse. De même, il envisageait de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché de la diffusion et distribution du livre en français en Suisse, de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution exclusive. Finalement, il a proposé de sanctionner Les Editions Flammarion SA 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 (cf. art. 105 al. 2 LTF).

B.e. En date du 27 mai 2013, après déterminations des parties sur la proposition de décision ainsi que divers actes d'instruction et auditions, la COMCO a rendu une décision à l'encontre de la société Les Editions Flammarion SA et de neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. Elle a condamné en particulier la société précitée au paiement d'une sanction de 1'225'794 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart en raison de sa participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart (ch. 1.8 du dispositif). Elle lui a par ailleurs interdit - comme aux neuf autres diffuseurs/distributeurs concernés par sa décision - d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse (ch. 2 du dispositif). Enfin, elle l'a condamnée au paiement à titre solidaire des frais de procédure, lesquels se montaient à 760'150 fr. (ch. 4 du dispositif).

B.f. Le 11 juillet 2013, Les Editions Flammarion SA a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée de la COMCO. La société concluait à l'annulation des chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 et au classement sans suite de la procédure menée à son encontre, subsidiairement au renvoi de la cause pour nouvelle décision au sens des considérants.

Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a admis partiellement le recours, en ce sens qu'il a réduit à 919'346 fr. la sanction prononcée à l'encontre de la société Les Editions Flammarion SA. Il a confirmé la décision attaquée pour le surplus, notamment en tant qu'elle interdit à l'intéressée d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français en Suisse et la condamne au paiement à titre solidaire des frais de procédure devant la COMCO. Il a enfin mis à la charge de la société des frais de procédure de recours à hauteur de 13'000 fr.

C.

Le 4 janvier 2020, Les Editions Flammarion SA (ci-après: la recourante) dépose un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral. La société conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué en

tant qu'il la condamne au paiement d'une sanction de 919'346 fr. pour participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 de la loi sur les cartels et en tant qu'il met à sa charge une partie des frais de procédure de recours. La société demande en outre au Tribunal fédéral de constater qu'elle n'a pas participé à des accords en matière de concurrence avec la société A. _____ au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 1 de la loi sur les cartels, ni à aucun accord illicite au sens de cette même loi, de la libérer de toute sanction et, enfin, de mettre les frais de procédure devant la COMCO et le Tribunal administratif fédéral à la charge de la Confédération. Subsidièrement, elle demande au Tribunal fédéral de réduire la sanction prononcée à son encontre et, plus subsidiairement encore, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité précédente pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à prendre position sur le recours, renvoyant aux considérants de l'arrêt attaqué. La COMCO a répondu au recours, dont elle conclut au rejet.

La recourante et la COMCO ont répliqué, respectivement dupliqué. La recourante a par ailleurs déposé d'ultimes observations.

Considérant en droit:

1. Recevabilité et pouvoir d'examen

1.

1.1. Le litige porte sur le bien-fondé d'une décision initialement prononcée par la COMCO et condamnant notamment la recourante au paiement d'une sanction financière en application de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251). Cette décision a été confirmée dans son principe par le Tribunal administratif fédéral, qui a néanmoins réduit le montant de la sanction infligée, par arrêt du 30 octobre 2019. Il s'agit d'une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, de sorte que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est en principe ouverte.

1.2. Le recours a par ailleurs été interjeté dans les formes requises (art. 42 LTF) et en temps utile compte tenu des fêtes hivernales (art. 100 al. 1 en lien avec l'art. 46 al. 1 let. c LTF) par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a, sous cet angle, manifestement qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Le recours est partant recevable, sous réserve des précisions qui suivent.

1.3. La COMCO affirme que le recours ne satisfait pas pleinement aux exigences de motivation en tant qu'il conclut, à titre subsidiaire, à la réduction de la sanction prononcée par le Tribunal administratif fédéral, sans en chiffrer le montant exact.

Selon la loi et la jurisprudence, la personne qui dépose un recours au Tribunal fédéral ne doit pas se borner à demander l'annulation de la décision attaquée, mais elle doit également prendre des conclusions sur le fond du litige, sous peine d'irrecevabilité (cf. art. 107 al. 2 LTF). Il n'est fait exception à cette règle que lorsque le Tribunal

fédéral, en cas d'admission du recours, ne serait de toute manière pas en mesure de statuer lui-même sur le fond et devrait renvoyer la cause à l'autorité précédente (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.3; 136 V 131 consid. 1.2 s.; 134 III 379 consid. 1.3). Ce principe vaut non seulement en droit civil, mais aussi en droit public, et notamment en matière de droit des cartels, en particulier lorsqu'une autorité fédérale recourt au Tribunal fédéral pour obtenir le prononcé d'une sanction à l'encontre d'une entreprise en application de la LCart (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.1; arrêts 2C_101/2016 du 18 mai 2018 consid. 16, non publié in ATF 144 II 246; aussi, en matière fiscale, 2C_576/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.3, non publié in ATF 143 IV 130).

Il est en l'occurrence vrai que la recourante n'a pas chiffré la diminution de la sanction qu'elle requiert. Une telle précision ne ressort par ailleurs pas de la motivation de son mémoire. Il n'est toutefois pas nécessaire de se demander si cette conclusion subsidiaire du recours doit être déclarée irrecevable pour ce motif, étant précisé que la présente situation n'est pas pleinement comparable aux cas relevant du droit des cartels dans lesquels la Cour de céans a examiné l'existence d'une violation du devoir de motiver de la part des autorités recourantes (cf. en particulier arrêt 2C_101/2016 du 18 mai 2018 consid. 16, non publié in ATF 144 II 246). Comme on le verra, la conclusion subsidiaire de la recourante tendant à la diminution de sa sanction est de toute manière mal fondée (cf. infra consid. 12.4).

1.4. La Cour de céans relève enfin que la conclusion tendant à mettre à la charge de la Confédération les frais de procédure devant la COMCO et le Tribunal administratif fédéral couvre également, et ce de manière implicite, une éventuelle réduction de ceux-ci. La question d'une telle réduction relève donc, sous cet angle, de l'objet du litige et sera traitée dans le présent arrêt (cf. infra consid. 13).

2.

2.1. Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (cf. ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2; arrêt 4A_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1, non publié in ATF 135 III 112). Il n'est le cas échéant pas lié par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (cf. ATF 135 III 397 consid. 1.4; 133 II 249 consid. 1.4.1).

2.2. L'examen du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF; ATF 142 I 155 consid. 4.4.3), sous réserve des cas prévus par l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait de l'arrêt attaqué à la double condition qu'elles aient été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit

au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.6), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF. La notion de "manifestement inexact" figurant à l'art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3).

II. Dispositions légales topiques et positions des autorités précédentes

3.

Le litige porte principalement sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en considérant, comme la COMCO, que la recourante avait participé à des accords illicites en matière de concurrence - et présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart - et en la condamnant pour cette raison au paiement d'une sanction financière de 919'346 fr. Il convient de présenter le raisonnement suivi à cet égard par les autorités précédentes, après avoir effectué un rapide survol des normes topiques en la cause.

4.

4.1. La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Elle s'applique, entre autres situations, aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1 LCart), soit à des conventions avec ou sans force obligatoire, ainsi qu'à des pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, qui visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

4.2. L'art. 5 al. 1 LCart prévoit que "[l]es accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites". L'art. 5 LCart précise ensuite à son al. 2 la notion de "motifs d'efficacité économique", avant d'énumérer à ses al. 3 et 4 plusieurs types d'accords qui sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace et qui réunissent tantôt des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes (accords horizontaux), tantôt des entreprises occupant différents échelons sur un marché (accords verticaux). L'art. 5 al. 4 LCart, qui porte sur les accords verticaux et qui se trouve au centre du présent litige, prévoit en l'occurrence ce qui suit: "Sont [...] présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues".

4.3. Les sanctions administratives encourues en cas d'accords illicites sont réglées aux art. 49a ss LCart. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit ainsi 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. L'art. 50 LCart. dispose pour sa part qu'une sanction identique peut être infligée à une 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. Il découle de ces dispositions qu'une entreprise ne peut être sanctionnée de manière immédiate en raison d'un accord illicite en matière de concurrence que si elle participe à ce que l'on appelle communément un "cartel dur" ou un "accord rigide" ("hartes Kartell" ou "harte Abrede"), c'est-à-dire à l'un des accords présumés supprimer toute concurrence et exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 147 II 72 consid. 6.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1920; ZIRLICK/BANGERTER, in KG - Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, no 544 ad art. 5 LCart). Dans les autres cas, soit lorsqu'une entreprise prend part à un accord qui, sans être visé par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, restreint néanmoins notablement la concurrence sans motif d'efficacité économique (p. ex. un accord fixant un prix maximal), seul le prononcé d'une mesure administrative entre en ligne de compte (p. ex. une interdiction d'entrave à la concurrence; cf. ATF 143 II 297 consid. 9.4.6): ce n'est qu'en cas de récidive - à savoir en cas de non-respect de la mesure prononcée - que l'entreprise peut éventuellement se voir infliger une sanction, en application de l'art. 50 LCart (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.3, destiné à la publication; 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3e éd., 2011, no 7 ad art. 49a LCart; KRAUSKOPF/SCHALLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2e éd. 2021, no 651 ad art. 5 LCart).

4.4. La problématique des accords verticaux en matière de concurrence est appréhendée de manière pratiquement identique, quoique dans des systèmes différents, par le droit suisse et le droit européen, qui se sont rapprochés au fil du temps (ATF 143 II 297 consid. 5.3.4). Les débats parlementaires laissent d'ailleurs transparaître sans équivoque que le législateur a souhaité que la réglementation des accords verticaux soit similaire à celle de l'Union européenne et s'avère aussi stricte qu'elle, sans l'être davantage (cf. BO 2003 CE 329 s., 331 et 330 s.; voir BO 2002 CN 1435 s., 1438), afin de ne pas conduire à une insécurité juridique (cf. BO 2003 CE 330). Le parallélisme des deux réglementations fait qu'il est possible de se référer à ce que l'Union européenne a exclu ou permis dans sa directive sur les accords verticaux (BO 2003 CE 330), sous réserve d'éventuels changements fondamentaux en droit européen de la concurrence et des différences pouvant exister entre les marchés suisse et européen, qui ne sont pas économiquement comparables (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 et les références citées). Les règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et

d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désirait une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (ATF 143 II 297 consid. 6.2.3; arrêt 2C_43/2021 du 21 décembre 2020 consid. 4.4, destiné à la publication; cf. aussi BO 2003 CE 331).

On précisera cependant ici que l'analyse juridique de la présente cause, qui concerne d'éventuelles ententes cartellaires sur le marché suisse du livre en français entre 2005 et 2011, s'orientera sur les normes européennes prévalant durant la période concernée et actuellement toujours en vigueur, sans tenir compte des modifications intervenues depuis lors ou à venir, notamment la révision annoncée du règlement européen d'exemption des accords verticaux prévue pour juin 2022 (cf. https://ec.europa.eu/info/topics/competition_fr > Consultations > Public consultation on the draft revised Regulation on vertical agreements and vertical guidelines, consulté le 15 février 2022).

5.

5.1. En l'occurrence, dans sa décision de première instance du 27 mai 2013, la COMCO a retenu que, durant la période sous enquête, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait pris part à des accords verticaux instituant un système de diffusion/distribution ayant pour objectif et effet de supprimer toute concurrence efficace sur le marché de la distribution dite "wholesale" du livre en français en Suisse, c'est-à-dire sur le marché suisse de la distribution de livres "en gros" aux librairies et autres revendeurs de livres. Elle a en particulier estimé que la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait à la relation commerciale entretenue par la recourante et A. _____ durant la période précitée en vue de la distribution de livres en Suisse (cf. supra consid. A.b): le système institué par les deux sociétés cloisonnait la distribution des ouvrages édités ou simplement diffusés par le groupe Flammarion en empêchant toute importation parallèle par les revendeurs helvétiques. Selon la COMCO, il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans "intermarques" et "intramarque" susceptible de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace découlant de l'art. 5 al. 4 LCart. Quand bien même l'on admettrait le contraire, il faudrait considérer que le système de distribution mis en place par la recourante a de toute manière eu pour effet de restreindre notablement la concurrence en Suisse, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne le justifie au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart.

La COMCO a dès lors infligé à la recourante une sanction de 1'225'794 fr. pour participation à des accords illicites, en application combinée des art. 5 al. 1 et 4 LCart et 49a al. 1 LCart. Elle lui a par ailleurs interdit de continuer à empêcher toutes importations parallèles de livres en français par des détaillants actifs en Suisse par l'entremise de contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives.

5.2. Statuant sur recours de la recourante, le Tribunal administratif fédéral s'est, en substance, largement rallié à la décision de la COMCO, dont il s'est néanmoins dis-

tancié sur un point. D'après lui, la relation commerciale entretenue par la recourante et A. _____ entre 2005 et 2011 reposait certes sur des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les clauses d'exclusivité territoriale contenues par ces accords s'avéraient en outre illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart et il convenait dès lors d'en interdire le renouvellement pour l'avenir. En revanche, elles ne tombaient pas entièrement sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart. Elles ne relevaient pas de la disposition précitée dans la mesure où elles concernaient des livres édités - et donc produits directement - par le groupe Flammarion. Les accords de distribution passés par la recourante et A. _____ n'étaient en réalité visés par l'art. 5 al. 4 LCart qu'en tant qu'ils se rapportaient à des ouvrages édités par des sociétés tierces en dehors du groupe Flammarion - tout en étant diffusés par celui-ci - et ce n'était qu'en lien avec la distribution de ces produits spécifiques qu'il était possible de sanctionner la recourante en application de l'art. 49a LCart. Il convenait dès lors de réduire le montant de la sanction financière prononcée à l'encontre de cette dernière à 919'346 fr., puisque la quantité d'ouvrages concernée par un accord d'attribution de territoires illicites au sens des art. 5 al. 4 LCart était en réalité relativement plus faible que ce que la COMCO avait retenu.

5.3. Dans ses écritures, la recourante conteste les raisonnements qui précèdent et affirme pour sa part n'avoir jamais été partie à un quelconque accord de distribution visé par l'art. 5 al. 4 LCart avec A. _____, que ce soit en lien avec la distribution de livres édités par le groupe Flammarion ou d'ouvrages édités par des entreprises externes à celui-ci. Elle remet ce faisant en cause plusieurs étapes du raisonnement tenu par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt attaqué, dont il convient de vérifier la conformité au droit fédéral.

III. Existence d'accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart

6.

La première question à examiner est celle de savoir si, entre 2005 et 2011, la recourante a participé à des "accords en matière de concurrence" au sens de l'art. 4 al. 1 LCart en confiant à A. _____ la distribution exclusive sur le territoire suisse des ouvrages qu'elle était appelée à diffuser auprès des revendeurs helvétiques. Il s'agit en effet d'une condition de base indispensable à la reconnaissance d'un accord illicite selon l'art. 5 al. 1 LCart et, a fortiori, à une éventuelle condamnation en application de l'art. 49a LCart (cf. aussi art. 2 al. 1 LCart et supra consid. 4.3).

6.1. La recourante reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir violé les art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart en retenant l'existence d'un accord en matière de concurrence (et l'applicabilité de la LCart). Elle soutient que la relation qu'elle entretient avec A. _____ ne relèverait pas d'une relation de distribution, mais d'une relation d'agence, laquelle ne constituerait pas un accord en matière de concurrence au sens des dispositions précitées. Elle reproche par ailleurs à l'autorité précédente d'avoir établi les faits de manière manifestement incomplète en lien avec cette question, ce en violation du prin-

cipe de l'interdiction de l'arbitraire et de son droit d'être entendue, garantis aux art. 9 et 29 al. 2 Cst.

6.2. Aux termes de l'art. 4 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". Cela signifie que, pour être en présence d'un accord en matière de concurrence relevant de la LCart, deux conditions doivent être réunies: il faut (1) se trouver face à une convention ou une pratique concertée entre (au moins) deux entreprises et (2) que cette convention ou cette pratique vise ou entraîne une restriction à la concurrence (ATF 144 II 246 consid. 6.4), laquelle consiste en une limitation de la liberté dans le jeu de l'offre et de la demande en lien avec des paramètres déterminants du point de vue de la concurrence efficace (arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2, destiné à la publication; 4C.353/2002 du 3 mars 2003 consid. 3.1). Des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent ainsi exister non seulement entre entreprises de même rang (accords horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; 129 II 18 consid. 4), dans la mesure où ils concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (cf. Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 [ci-après: CommVert], FF 2010 4625, ch. 1). En revanche, les conventions passées entre des sociétés appartenant à un même groupe et sur lesquelles une société mère exerce un contrôle effectif ne sont pas soumises à la LCart, dès lors que toutes ces entités, en l'absence d'indépendance, constituent une seule et même entreprise et bénéficient de ce que l'on appelle un "privilège de groupe" (ATF 145 III 303 consid. 7.2.2; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2 et 7.3, destiné à la publication). Il en va de même en droit européen (cf. notamment arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE; aujourd'hui: Cour de justice de l'Union européenne; CJUE] C-73/95 du 24 octobre 1996, Viho Europe BV, RJ 1996 I-05457, ch. 16 ss; décision de la Commission européenne 70/332 du 30 juin 1970, Kodak, JO n° L 147, p. 24-27).

6.3. Suivant une logique similaire à celle qui est à la base du "privilège de groupe", les autorités européennes considèrent que certains accords de distribution spécifiques, qu'elles qualifient de "contrats d'agence", échappent également au droit de la concurrence, à tout le moins en partie (cf. Communications de la Commission européenne du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: Lignes directrices UE], no 18 ss; arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes [ci-après: TPICE] T-325/01 du 15 septembre 2005, Daimler-Chrysler, Rec. 2005 II-3319, ch. 81 ss). Elles se réfèrent à des conventions par lesquelles une entreprise investit une autre du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats d'achat et de vente de biens ou de services pour son compte. L'entreprise mandatée, qui n'assume aucun risque en lien avec les contrats négociés ou conclus pour le compte de l'autre et qui ne dé-

termine pas de manière autonome son comportement sur le marché, doit être considérée comme un simple auxiliaire de l'entreprise représentée. Les deux entités, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, peuvent être vues comme une seule unité économique si, sur la base d'une analyse in concreto, il faut considérer que l'agent ne supporte aucun risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné, ou n'en supporte qu'une partie négligeable (cf. arrêt du TPICE Daimler-Chrysler précité, ch. 86). Cette question s'examine le cas échéant non seulement en lien avec la nature et le contenu des contrats conclus et/ou négociés, mais aussi au regard des investissements nécessaires à l'exercice de l'activité d'intermédiaire, ainsi qu'en tenant compte des éventuelles activités supplémentaires confiées par le commettant à l'agent sur le même marché de produits (cf. Lignes directrices UE, nos 13-17; arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañía de Petróleos, Rec. 2006 I-11987, ch. 43 ss).

6.4. D'après la pratique européenne, en cas de relation de "contrats d'agence" au sens qui précède, les obligations imposées par le commettant à l'intermédiaire en lien avec la vente à des tiers (p. ex. des limitations quant au territoire, à la clientèle ou au prix ou conditions auxquels l'agent peut vendre les biens ou services concernés) échappent aux règles en matière de concurrence (cf. Lignes directrices UE, no 18). En revanche, comme l'agent demeure une entreprise distincte du commettant, les éventuelles autres dispositions contractuelles aménageant la relation entre les deux entreprises n'échappent pas au droit de la concurrence. Cela signifie concrètement que le fait de qualifier une relation commerciale de "contrat d'agence" ne constitue jamais un blanc-seing complet du point de vue du droit européen de la concurrence. Les clauses d'un contrat d'agence qui, par exemple, interdisent au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité), de même que celles qui prohibent à l'agent d'agir pour le compte d'autres entreprises (clauses dites de "monomarchisme"), doivent respecter les règles en matière de concurrence, dans la mesure où elles peuvent entraîner un verrouillage du marché concerné (cf. Lignes directrices UE, no 19; arrêts de la CJCE C-279/06 du 11 septembre 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA contre LV Tobar e Hijos SL, Rec. 2008 I-6681, ch. 41; aussi C-217/05 précité, ch. 62).

6.5. La COMCO, comme une partie de la doctrine, considère que le "privilege de l'agent" (Handelsvertreterprivileg), tel qu'il vient d'être présenté, s'applique également en droit suisse - à tout le moins dans une certaine mesure - par analogie avec le droit européen (cf. notamment DPC 2013/4, p. 481 ss, no 34; MANI REINERT, in Basler Kommentar, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2^e éd. 2021, nos 364 ad art. 4 al. 1 LCart; BANGERTER/ZIRLICK, op. cit., no 34 ad art. 4 LCart). Le Tribunal administratif fédéral a pour sa part indiqué dans l'arrêt attaqué que le droit et la pratique européens sur le "contrat d'agence" pouvaient effectivement fournir une piste d'interprétation utile s'agissant de la question de savoir si des relations d'agence ou des activités d'intermédiaire

relevaient ou non de la LCart et, plus précisément, si l'on se trouvait dans de tels cas de figure face à une convention entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. Dans le cas d'espèce, il a néanmoins exclu l'existence d'un rapport d'agence entre la recourante et A._____, dès lors que celle-ci aurait supporté des risques économiques et financiers non négligeables en distribuant en Suisse les livres diffusés par le groupe Flammarion durant la période sous enquête. A._____ n'aurait dans ce cadre pas agi en tant qu'agent du groupe, mais bien comme un distributeur indépendant, ce que la recourante conteste.

6.6. La Cour de céans relève que la relation commerciale entretenue par la recourante et A._____ présente certaines caractéristiques propres à un rapport de "contrat d'agence", du moins au sens du droit européen de la concurrence. Il ressort notamment de l'arrêt attaqué qu'A._____ ne devient jamais propriétaire des livres diffusés par Flammarion avant de les revendre aux librairies et autres détaillants helvétiques et qu'elle est rémunérée pour chaque flux "aller" et "retour" desdits ouvrages, de sorte qu'elle ne supporte pas le risque de leur éventuel échec commercial. Il n'est toutefois pas nécessaire de se demander si la notion de "contrat d'agence" de droit européen doit être reprise en droit suisse des cartels par un biais jurisprudentiel, comme l'a admis le Tribunal administratif fédéral, ni de déterminer si les accords de distribution conclus entre la recourante et A._____ s'assimilent à de tels contrats, comme l'affirme la recourante. En effet, les réponses que le Tribunal fédéral pourrait apporter sur ces différents points n'auraient de toute manière aucune influence sur l'issue du litige.

6.7. Il convient de garder à l'esprit que le présent litige concerne la légalité de clauses d'exclusivité territoriale contenues dans différents contrats de distribution conclus entre la recourante et A._____. Par ces contrats, la première a confié à la seconde la "distribution exclusive" des livres édités et/ou diffusés par le groupe Flammarion auprès des revendeurs de livres helvétiques, tout en s'engageant "à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses". Il est reproché à la recourante d'avoir cloisonné de cette manière le marché suisse - en violation des art. 5 al. 1 et 4 LCart - en conférant une protection territoriale absolue à A._____ en ce qui concerne la distribution wholesale d'ouvrages en français, c'est-à-dire en garantissant à cette société l'absence de toute concurrence provenant non seulement de Suisse, mais aussi de l'étranger en lien avec la distribution en gros de livres éditées et/ou diffusés par le groupe Flammarion. Or, ce régime d'exclusivité - indépendamment de la question de savoir s'il vise véritablement à assurer une protection territoriale absolue en faveur d'A._____ - ne peut en aucun cas bénéficier du "privilege de l'agent". Comme on l'a vu, la reconnaissance d'un tel privilege inspiré du droit européen ne représenterait pas un blanc-seing du point de vue de la LCart. Il ne s'appliquerait qu'aux obligations que la recourante aurait pu imposer à A._____ en lien avec les contrats conclus pour son compte. Les engagements que les parties ont pris l'une envers l'autre, afin de régler leurs rapports réciproques, reste-

raient en tout état de cause soumis à la LCart (cf. supra consid. 6.4; aussi REINERT, op. cit., nos 391 ss ad art. 4 al. 1 LCart). Tel serait précisément le cas des clauses d'exclusivité territoriale contenues dans les différents contrats de distribution successifs conclus entre la recourante et A._____. Elles n'imposent aucune obligation à A._____ concernant ses rapports avec les revendeurs de livres helvétiques, mais organisent la relation commerciale des deux sociétés, en restreignant les conditions auxquelles le groupe Flammarion peut vendre les ouvrages qu'il édite et/ou diffuse en Suisse. De telles clauses, qui affectent les canaux d'approvisionnement de certains livres écrits en français, constituent sans conteste des accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart, même si l'on considérerait qu'elles s'insèrent dans des "contrats d'agence".

6.8. En résumé, il découle de ce qui précède que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en estimant que les contrats de distribution conclus entre la recourante et A._____ constituaient des accords en matière de concurrence au sens de la LCart. Le grief de la recourante selon lequel lesdits contrats échapperaient au champ d'application matériel de cette loi en raison d'un "privilège de l'agent" est mal fondé, car les clauses d'exclusivité territoriale qu'ils contiennent et qui se trouvent au centre du présent litige ne peuvent en aucun cas profiter d'un tel régime de faveur. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner, pour l'issue du litige, si le Tribunal administratif fédéral a refusé à tort de qualifier la relation commerciale de la recourante et d'A._____ de "contrat d'agence" au sens du droit des cartels et, partant, s'il a établi les faits en lien avec cette question de manière arbitraire et en violation du droit d'être entendu.

6.9. Reste à savoir maintenant si les contrats de distribution contenant les clauses d'exclusivité territoriale litigieuses représentent des accords verticaux visés par l'art. 5 al. 4 LCart, comme l'ont reconnu les autorités précédentes, étant rappelé que seule la participation à de tels accords justifie le prononcé d'une sanction au sens de l'art. 49a LCart.

IV. Portée de l'art. 5 al. 4 LCart

7.

La recourante conteste en l'occurrence avoir participé à un quelconque accord vertical avec A._____ remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart dans le cadre de son activité de diffusion et de distribution de livres en Suisse et, partant, avoir institué un système de distribution propre à supprimer toute concurrence efficace sur ce marché. La recourante soulève à cet égard plusieurs griefs qui ne peuvent être traités qu'après un bref rappel de la portée de l'art. 5 al. 4 LCart. Pour rappel, cette disposition prévoit que les "contrats de distribution attribuant des territoires" sont, entre autres accords, présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace sur le marché qu'ils concernent "lo rsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues". Cette présomption implique la réalisation de trois conditions qu'il convient de passer en revue: (1) l'existence d'un accord vertical de distribution, (2) l'attribution d'un

territoire et (3) la mise en place d'une protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2).

7.1. Il n'y a d'accord vertical de distribution au sens l'art. 5 al. 4 LCart que lorsque des entreprises occupant des échelons du marché différents s'entendent sur des modalités de distribution de biens, services ou produits dans le cadre d'un contrat de distribution. Selon la jurisprudence, la notion de "contrats de distribution" doit être comprise largement. Elle englobe évidemment les contrats de distribution proprement dits, par lesquels un producteur ou un prestataire de services organise son réseau de distribution et convient avec son distributeur que ses produits seront écoulés selon des modalités qu'ils spécifient (contrat de distribution exclusive, système de distribution sélective, contrat d'achat exclusif, contrat de fourniture exclusive, etc.). Elle couvre cependant aussi les clauses de distribution spécifiques insérées dans d'autres contrats, comme des contrats de franchise ou de licence (ATF 143 II 297 consid. 6.3.1).

7.2. Un accord vertical de distribution procède à une attribution de territoire lorsqu'il contient une clause d'exclusivité se référant à une surface délimitée ou délimitable (p. ex. la Suisse qui constitue un marché potentiellement clos, ce qui a justifié l'introduction de l'art. 5 al. 4 LCart; ATF 143 II 297 consid. 6.3.2). Il convient de souligner à cet égard que le texte clair de l'art. 5 al. 4 LCart ne se réfère qu'aux répartitions de marchés sur la base de "territoires". La présomption de suppression de la concurrence efficace prévue par cette disposition ne vaut dès lors pas pour les accords de distribution qui segmenteraient le marché en fonction d'une "clientèle" (cf. aussi BO 2003 CE 330). Un accord d'exclusivité de clientèle par lequel un fournisseur s'engagerait à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée (p. ex. à des clients exerçant une profession déterminée ou figurant sur une liste préétablie sur la base d'un critère donné; cf. Lignes directrices UE, no 168) ne relève en principe pas de l'art. 5 al. 4 LCart, à moins bien sûr que la clientèle en question soit définie sur la base d'un critère géographique uniquement (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2^e éd., 2013, no 594 ad art. 5 LCart).

7.3. D'après l'art. 5 al. 4 LCart, un accord vertical de distribution attribuant un territoire n'est enfin présumé supprimer la concurrence efficace que s'il est exclu que d'autres fournisseurs agréés procèdent à des ventes sur ce territoire. Sur la base d'une interprétation historique et téléologique, le Tribunal fédéral considère que seuls les cas de protection territoriale "absolue" sont visés par la norme et concernés par la présomption de suppression de la concurrence instituée par celle-ci. Il existe une telle protection lorsque les partenaires de distribution externes au territoire attribué se voient empêchés de procéder à des ventes non seulement "actives", mais également "passives" vers le territoire attribué (ATF 143 II 297 consid. 6.3.4). Par "vente active", il faut comprendre le fait pour un distributeur de chercher à obtenir des clients ou une clientèle installés sur le territoire d'un autre distributeur par le biais de moyens ciblés. Quant à la "vente passive", elle consiste uniquement à répondre à des commandes spontanées effectuées par des clients provenant de ce territoire. Ainsi, s'il reste possible

d'opérer de telles ventes passives à destination d'un territoire attribué à titre exclusif à un distributeur, il faut considérer que celui-ci ne bénéficie pas d'une protection territoriale absolue, même si aucun autre distributeur ne peut procéder à des ventes actives sur ce territoire; on se trouve dans un tel cas face à une protection territoriale "relative", laquelle ne relève pas de l'art. 5 al. 4 LCart (ATF 143 II 297 consid. 6.3.5).

7.4. Rappelons que le Tribunal administratif fédéral a considéré que les contrats de distribution successivement conclus par la recourante et A. _____ entre 2000 et 2010 remplissaient chacune des trois conditions précitées, mais uniquement dans la mesure où ils concernaient la distribution de livres édités par des entreprises indépendantes du groupe Flammarion (cf. supra consid. 5.2). D'après lui, la présomption de suppression de la concurrence posée à l'art. 5 al. 4 LCart ne s'appliquerait pas auxdits accords en tant qu'ils organisent aussi la distribution d'ouvrages édités à l'interne du groupe, au motif qu'aucune exclusion de vente par d'autres "distributeurs agréés" ne serait prévue s'agissant de ces produits. Il n'appartient pas à la Cour de céans de contrôler la légalité d'une telle distinction qui a conduit à une réduction de la sanction financière infligée à la recourante et qui n'est du reste nullement remise en cause par la COMCO devant le Tribunal fédéral.

7.5. Quant à la recourante, elle admet dans ses écritures que les accords verticaux successifs qu'elle a conclus avec A. _____ en vue de la distribution de livres édités par des entreprises externes au groupe Flammarion remplissent les deux premières conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, c'est-à-dire celle de l'existence d'un contrat de distribution d'une part, et celle de l'attribution d'un territoire de distribution d'autre part. Elle conteste en revanche avoir accordé une protection territoriale absolue à A. _____ en prenant l'engagement de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans l'accord préalable [de cette dernière]". Elle soulève à cet égard trois griefs à l'encontre de l'arrêt attaqué, lequel se fonde en grande partie sur cet engagement pour reconnaître l'existence d'une protection territoriale absolue. Il convient de les passer en revue.

V. Imputabilité des comportements au sein d'un groupe commercial et présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

8.

La recourante affirme que l'engagement qu'elle a pris envers A. _____ de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de [celle-ci]" n'est en aucun cas apte à exclure toute vente passive en Suisse des ouvrages diffusés par le groupe Flammarion. Elle affirme n'avoir aucun pouvoir sur le comportement des autres distributeurs ou grossistes actifs à l'étranger. Selon elle, seuls les fournisseurs des ouvrages à distribuer, soit sa société-mère ou les éditeurs externes au groupe, pourraient imposer une interdiction de ventes passives aux distributeurs à l'étranger, de sorte qu'il serait incompréhensible de lui imputer un tel comportement. La recourante reproche sous cet angle au Tribunal administratif fédéral de l'amalgamer à tort à sa maison-mère et, plus généralement, au groupe Flammarion. Selon elle, en droit de la

concurrence, il est certes possible d'imputer à la société mère le comportement anticoncurrentiel de ses filiales, mais pas l'inverse.

8.1. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser qu'il n'y avait pas lieu de poser des exigences trop élevées à l'imputation de comportements répréhensibles par le droit de la concurrence entre personnes morales formant une unité d'organisation, c'est-à-dire composant un groupe commercial. Procéder à une approche segmentée des comportements d'entreprise appartenant à un même groupe comporte le risque que les règles de droit de la concurrence voulues par le législateur soient vidées de leur substance, sachant que la LCart est censée s'appliquer aux comportements anticoncurrentiels d'entreprises prises dans leur ensemble, et non de personnes morales appréciées individuellement (cf. art. 2, al. 1 et 1^{bis}, et 49a al. 1 LCart; arrêt 2C_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 3, non publié in ATF 139 I 72; aussi arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2 et 7.3, destiné à la publication, sur le "privilège de groupe"). Il est ainsi possible de rendre une société mère responsable des actions anticoncurrentielles de ses filiales et de les lui imputer dans le cadre d'une procédure de droit des cartels (cf. arrêt 2C_484/2010 précité, consid. 3.4). La pratique a par ailleurs soutenu l'idée qu'il devait aussi être possible de mener une procédure contre la filiale suisse d'un groupe étranger et de la sanctionner si nécessaire, après lui avoir imputé le comportement de sa société mère. Un tel procédé peut s'avérer particulièrement approprié dans les affaires ayant un lien avec l'étranger, notamment si cela est trop coûteux de poursuivre cette dernière à l'étranger ou si cela implique des difficultés disproportionnées dans la procédure ou dans l'exécution des décisions éventuelles (ANDREAS HEINEMANN, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [édit.], *Wettbewerbsrecht, Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht*, 2015, p. 49 ss, spéc. 61).

8.2. En droit européen, il est également acquis qu'une entité juridique peut être tenue responsable du comportement anticoncurrentiel d'une autre entité juridique, lorsque toutes deux font partie de la même unité économique et forment ainsi une seule et même entreprise (voir notamment arrêt de la CJUE C-882/2019 du 21 octobre 2021, *Sumal S.L. c. Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ch. 41 ss, et les références citées). Dans un tel cas, les autorités européennes de la concurrence peuvent choisir la société contre laquelle elles entendent agir (cf. notamment VOLKER EMMERICH, in: *Immenga/Mestmäcker* [édit.], *Wettbewerbsrecht, EU/Band I*, 5e éd., 2015, no 48 ad art. 101 Abs. 1 AEUV). Dans un arrêt récent, la CJUE a ainsi précisé qu'une infraction au droit de la concurrence commise par une société mère pouvait engager la responsabilité d'une de ses filiales, s'il existait non seulement des liens économiques, organisationnels et juridiques entre les deux entités, mais aussi entre l'activité économique de la filiale et le comportement anticoncurrentiel de la société mère (arrêt de la CJUE C-882/2019 précité, ch. 51 ss).

8.3. En l'occurrence, on peut regretter que, dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral ait par endroits confondu la recourante avec la société française Flam-

marion FR, respectivement avec le groupe Flammarion. C'est ainsi que l'on peut notamment lire dans ses considérants que la recourante serait "chargée de la distribution exclusive [des ouvrages des éditeurs externes] en France" (cf. arrêt attaqué, consid. 9.2.3.2), ce qui n'est pas exact à proprement parler. Il n'en demeure pas moins que l'autorité précédente a établi que la recourante constituait une filiale de la société française Flammarion FR, qui la détenait à 100% et qui était la société mère du groupe éponyme, du moins durant la période sous enquête. Il est donc incontestable que ces deux sociétés entretiennent des liens économiques, organisationnels et juridiques extrêmement forts; on peut donc retenir qu'elles forment ensemble une seule et même entreprise sous l'angle de la LCart. A cela s'ajoute qu'il ressort de l'arrêt attaqué qu'il existe un rapport étroit entre l'activité économique de la recourante et celle de sa société mère, puisque la première diffuse des livres en Suisse sur mandat de la seconde, après que celle-ci les a elle-même édités ou a accepté de les diffuser sur demande d'autres éditeurs externes au groupe.

8.4. A partir de là, du point de vue du droit de la concurrence, l'autorité précédente pouvait parfaitement imputer à la recourante le comportement de la société Flammarion FR en lien avec la distribution en Suisse des livres diffusés par le groupe et vice versa. Elle pouvait également partir du principe que les engagements pris par la recourante en relation avec le marché suisse avaient été mis en oeuvre et respectés - et même voulus - par l'ensemble du groupe Flammarion durant la période sous enquête. L'intéressée ne prétend d'ailleurs pas avoir agi contre l'avis de sa société mère en promettant à A._____ de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses", ce qu'elle n'aurait du reste pas pu faire seule, dès lors qu'un tel engagement impliquait par définition la participation des autres sociétés du groupe Flammarion. Elle n'affirme pas non plus que celui-ci ne se serait jamais senti lié par une telle interdiction de vente. On ne discerne dès lors pas en quoi le Tribunal administratif fédéral aurait violé le droit fédéral en rendant la recourante responsable de la mise en oeuvre de l'exclusivité territoriale accordée à A._____, quand bien même son respect impliquait nécessairement un suivi de sa société mère.

8.5. Reste à savoir si les accords de distribution conclus entre A._____ et le groupe Flammarion, par l'entremise de la recourante, conféraient véritablement et concrètement une protection territoriale absolue à la première au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, ce que cette dernière conteste.

VI. Obligation imposée au "fournisseur" et présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

9.

La recourante soutient que la présomption de suppression de la concurrence efficace prévue à l'art. 5 al. 4 LCart ne s'appliquerait pas aux restrictions de vente imposées aux entreprises endossant, comme elle, le rôle de "fournisseurs" dans le cadre d'un accord de distribution. D'après elle, la garantie donnée par un fournisseur de ne pas concurrencer son cocontractant sur un

territoire donné ne suffirait pas à instituer une protection territoriale absolue en matière de distribution.

9.1. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, les accords verticaux attribuant des territoires sont présumés entraîner la suppression de toute concurrence efficace lorsque les ventes aussi bien actives que passives (cf. supra consid. 7.3) par d'"autres fournisseurs agréés" sur ce territoire sont exclues. La version française de la disposition diverge quelque peu de celles allemande et italienne qui évoquent, pour leur part, une interdiction de vente par des " gebietsfremde Vertriebspartner" ou des " distributori esterni " (distributeurs externes). Il en ressort que la présomption de suppression de la concurrence de l'art. 5 al. 4 LCart implique que des entreprises actives dans la distribution d'un produit donné se voient interdire de procéder à tout type de ventes de ce produit à destination d'un territoire de distribution attribué à une autre entreprise (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.3.3). Ainsi, l'accord par lequel une entreprise uniquement productrice se contenterait de renoncer à la vente directe de ses produits en Suisse, après en avoir externalisé la distribution à une autre entreprise, ne tombe pas en tant que tel sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart et n'est pas sanctionnable au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. Il en va de même de l'accord par lequel un producteur étranger s'obligerait à transmettre à son importateur suisse toutes les demandes d'achat qui lui parviendraient dans la mesure où elles émaneraient de Suisse. En effet, de telles restrictions de vente ne concernent en règle générale que le producteur du bien concerné, sans forcément s'étendre à d'éventuels distributeurs de celui-ci (cf. BO 2003 CE 329 ss; Note explicative CommVert, ch. 9, 1^{er} point; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., nos 557 ss ad art. 5 LCart). Il est possible que ces accords soient malgré tout illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart, dans la mesure ils sont susceptibles de restreindre d'une manière notable la concurrence sur le marché considéré, ou qu'ils résultent d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart de la part du distributeur protégé. Ne limitant pas en tant que tels la liberté d'action d'une entreprise "distributrice", ils ne constitueront en revanche pas des contrats présumés conduire à la suppression de toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 9.3.1, destiné à la publication).

9.2. Dans l'arrêt attaqué, partant du principe exposé ci-devant selon lequel l'engagement d'un producteur de ne pas concurrencer ses distributeurs n'est pas concerné par l'art. 5 al. 4 LCart, le Tribunal administratif fédéral s'est attaché à définir le rôle joué par la recourante sur le marché suisse du livre en Suisse et, plus spécifiquement, vis-à-vis d'A._____. Il a en l'occurrence retenu que l'édition de livres correspondait de manière générale à une activité de production, tandis que l'activité de diffusion et de distribution de livres s'assimilait à un travail de commercialisation, respectivement de distribution des produits concernés. Il a ensuite constaté que le groupe Flammarion, dont faisait partie la recourante, se chargeait en principe lui-même de la diffusion et de la distribution des livres qu'il éditait - c'est-à-dire qu'il produisait lui-même - sans passer encore en aval par des sociétés de distribution ou des grossistes indépendants, sauf en Suisse par l'intermédiaire d'A._____. Cela étant, le

groupe acceptait de mettre son système de distribution à disposition d'autres éditeurs et, partant, de diffuser et de distribuer des ouvrages édités par des entreprises indépendantes. Le Tribunal administratif fédéral en a déduit que le groupe Flammarion agissait à deux titres distincts sur le marché du livre et vis-à-vis d'A._____ : tantôt comme "producteur" en ce qui concernait la distribution des ouvrages édités par le groupe, tantôt comme "fournisseur" ou distributeur s'agissant des ouvrages édités par des éditeurs indépendants. D'après les juges précédents, il s'ensuivrait que l'engagement de la recourante à ce que le groupe Flammarion ne procède à aucune vente (active ou passive) de ses propres livres vers la Suisse ne tomberait pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, car il équivaudrait à une interdiction de vente directe du "producteur"; il n'y a pas lieu de revenir sur ce point (cf. supra consid. 7.4). Il en irait en revanche autrement de l'engagement pris de ne pas livrer directement aux revendeurs suisses les autres ouvrages qui, sans être édités par le groupe Flammarion, sont néanmoins diffusés par lui. Cet engagement serait susceptible d'être couvert par l'art. 5 al. 4 LCart, car il constituerait une obligation imposée au distributeur, respectivement au fournisseur.

9.3. La recourante reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir apprécié différemment son engagement envers A._____ de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses" selon qu'il aurait eu trait à des ouvrages édités par le groupe Flammarion ou qu'il aurait concerné des livres édités par des entreprises externes à celui-ci. D'après elle, il conviendrait de traiter de la même manière l'entreprise productrice qui confie la distribution exclusive de sa marchandise sur un territoire donné à une entreprise tierce et la société de distribution qui sous-délègue la commercialisation exclusive de certains produits sur ce même territoire à une autre entreprise. En d'autres termes, la recourante soutient que, du point de vue de l'art. 5 al. 4 LCart, il n'y aurait pas lieu de traiter différemment les "producteurs" et les entreprises non productrices jouant le rôle de "fournisseur" dans le cadre d'un contrat de distribution.

9.4. Ainsi qu'on l'a vu, l'engagement d'un producteur de ne pas concurrencer ses distributeurs et, partant, de ne pas vendre directement ses produits sur les territoires qu'il leur a attribués ne tombe pas sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée par l'art. 5 al. 4 LCart. Une telle présomption suppose généralement des restrictions de vente à l'égard d'entreprises jouant le rôle de "distributeurs" sur le marché considéré (cf. supra consid. 9.1). Or tel est manifestement le cas en l'espèce. Il est incontesté que, durant la période sous enquête, la recourante et, plus généralement, le groupe Flammarion ne produisaient pas la totalité des livres dont ils assuraient la diffusion dans le monde et dont la distribution exclusive en Suisse avait été sous-déléguée à A._____. L'engagement pris par la recourante de ne pas livrer directement les revendeurs de livres suisses depuis la France n'équivaut ainsi pas pleinement à un engagement de "producteur". Il représente un engagement de "distributeur" en tant qu'il concerne également des livres qui sont normalement diffusés et distribués par le groupe Flammarion lui-

même à l'étranger, sans être édités par lui. Sous cet angle, il est assurément susceptible de tomber sous le coup l'art. 5 al. 4 LCart. On ne voit pas que le Tribunal administratif fédéral ait violé le droit fédéral sur ce point.

9.5. Quoi qu'en dise la recourante, du point de vue du droit des cartels, le cas d'une société de distribution choisissant de sous-déléguer la vente de certains produits sur un territoire donné à une autre entreprise, tout en s'engageant à ne pas la concurrencer sur ce marché, se distingue de la situation dans laquelle un producteur renonce à développer toute activité de distribution et, partant, à concurrencer les sociétés de distribution qui commercialisent ses produits. Il ne se justifie dès lors pas de mettre ces deux problématiques sur un pied d'égalité dans le cadre de l'interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart et de considérer que n'importe quelles entreprises "fournisseuses non productrices" pourraient s'interdire de procéder à des ventes passives sur un territoire donné par contrat de distribution. L'intéressée ne se réfère elle-même à aucune pratique ou opinion doctrinales allant dans ce sens. Elle relève tout au plus que la COMCO et la doctrine utilisent indifféremment les termes de "fournisseur" (Lieferant) et de "producteur" (Hersteller) dans leurs publications relatives aux accords verticaux; cela étant, il y a tout lieu de penser que le recours à la notion de "fournisseur" dans ces publications sert avant tout à couvrir la situation des "producteurs" de services, sans pour autant concerner celle des distributeurs non producteurs (cf. notamment CommVert, ch. 8; aussi Note explicative CommVert, ch. 9, 1^{er} point).

9.6. Notons que le droit européen de la concurrence distingue lui aussi les entreprises "productrices" des simples "fournisseurs" non producteurs dans le cadre d'accords verticaux de distribution. Il différencie pour l'heure toujours les accords verticaux conclus entre un producteur et un distributeur de ceux qui pourraient être conclus entre deux distributeurs (potentiellement) concurrents: si les premiers peuvent échapper aux règles en matière de concurrence dans certaines circonstances, tel n'est pas le cas des seconds (cf. art. 2 par. 4 du Règlement no 330/2010 de la Commission européen 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 [Journal officiel de l'Union européenne L 102/1]; Lignes directrices UE, no 27 s.; aussi REINHARD ELLGER, in: Immenga/Mestmäcker [édit.], Wettbewerbsrecht, EU/Band I, 6e éd., 2019, nos 106 et 116 ad. art. 2 Vertikal-GVO).

9.7. Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en retenant que la clause d'exclusivité territoriale contenue dans les différents accords de distribution successifs convenus entre la recourante et A._____ était susceptible d'être couverte par l'art. 5 al. 4 LCart. Reste finalement à examiner si cette clause assurait véritablement une protection territoriale absolue à A._____ au sens de la disposition précitée, ce que la recourante conteste à titre subsidiaire dans son mémoire.

VII. Octroi d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

10.

La recourante soutient que les différents contrats de distribution exclusive qu'elle a signés avec A. _____ n'auraient jamais visé à assurer une protection territoriale absolue à cette dernière. Retenir le contraire, comme l'ont fait le Tribunal administratif fédéral, violerait non seulement les règles d'interprétation des contrats fixés à l'art. 18 du Code des obligations (RS 220), mais également l'interdiction de l'arbitraire consacrée à l'art. 9 al. 1 Cst.

10.1. Comme déjà dit, il ressort de l'arrêt attaqué que les relations contractuelles entre la recourante et A. _____ ont reposé durant la période sous enquête sur plusieurs contrats successifs. Dans chacun de ceux-ci, la recourante a confié à A. _____ la distribution en Suisse de l'ensemble des ouvrages diffusés par le groupe Flammarion, après avoir été édités ou non par le groupe. D'après l'arrêt attaqué, les contrats chargeaient plus précisément A. _____ de "la distribution exclusive des produits [ainsi] définis [...] auprès de l'intégralité des revendeurs de livres" helvétiques et imposaient à la recourante de "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable [d'] A. _____, sauf pour des titres soldés". Ils constituaient sous cet angle des accords de distribution attribuant un territoire à titre exclusif et remplissaient ainsi assurément les deux premières conditions d'un accord présumé supprimer la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. La recourante ne le conteste au demeurant pas dans son mémoire (cf supra consid. 7.5). Seule reste litigieuse la question de savoir si ces accords remplissaient également la troisième condition nécessaire à la reconnaissance d'une telle présomption, c'est-à-dire s'ils conféraient une protection territoriale absolue à A. _____ en tendant à empêcher que d'autres distributeurs de livres actifs au niveau wholesale ne vendent les mêmes produits à destination du territoire suisse. Un tel examen implique avant tout d'interpréter le contrat concerné.

10.2. Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 consid. 3.2, 132 III 626 consid. 3.1; 131 III 606 consid. 4.1). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes. L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2 et les références citées). Si le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises ou, au contraire, qu'elles ne se sont pas comprises, il s'agit de constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1

LTF), à moins qu'elles ne soient manifestement inexactes (art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (cf. supra consid. 2.2).

10.3. Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune 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 - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3 et les références citées). Cette détermination de la volonté objective des parties selon le principe de la confiance est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait. Les circonstances déterminantes à cet égard sont uniquement celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

10.4. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'il existait une présomption de fait qu'en concédant une exclusivité territoriale à A. _____ et qu'en s'engageant envers celle-ci à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des détaillants suisses, la recourante avait voulu empêcher la vente d'ouvrages diffusés par le groupe Flammarion par d'autres distributeurs que sa cocontractante, ce qui tombait sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. La juridiction précédente a en outre estimé que cette volonté d'exclure de telles ventes passives à destination de la Suisse était corroborée par d'autres indices. Elle a notamment relevé le fait que l'exercice d'un droit de retour, tel qu'il avait été organisé, supposait la mise en place d'un système de distribution excluant d'éventuelles importations parallèles depuis la France. A cela s'ajoutait que la problématique de l'interdiction des importations parallèles avait été évoquée en 2005 et 2007 lors de l'assemblée de l'ASDEL et que les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse n'avaient, d'après le Tribunal administratif fédéral, pas pu faire l'objet de telles importations durant la période visée par l'enquête ou uniquement dans des quantités insignifiantes.

10.5. Sur le vu de ce qui précède, force est d'admettre que, dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral s'est efforcé d'établir la volonté réelle et commune de la recourante et d'A. _____ au moment où ces dernières ont conclu les divers accords de distribution qui les ont liés durant la période sous enquête. L'autorité précédente s'est fondée sur le texte des contrats ainsi que sur d'autres indices pour retenir que les parties avaient bel et bien voulu conclure des accords verticaux visant à cloisonner le marché suisse de la distribution du livre en français. On ne voit pas en quoi elle aurait violé l'art. 18 CO en procédant ainsi. En ayant cherché et établi la volonté subjective concordante des parties, elle s'y est

au contraire précisément conformée, quoi qu'en dise la recourante.

10.6. Reste à examiner si, comme le prétend la recourante, le Tribunal administratif fédéral a violé l'interdiction de l'arbitraire en retenant que la recourante, représentant le groupe Flammarion en Suisse, s'était engagée envers A. _____ à faire en sorte qu'aucun autre distributeur ne vende les ouvrages diffusés par le groupe sur le territoire national.

10.6.1. En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle tire des conclusions insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références citées). Cela étant, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées en droit de la concurrence, si les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 consid. 8.3.2). En effet, les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont en pratique très rares de sorte que l'appréciation des faits doit régulièrement se faire sur la base d'indices (ATF 144 II 246 consid. 6.4.4).

10.6.2. En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), qu'entre 2005 et 2011, divers éditeurs ont confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France, respectivement en Suisse, à titre exclusif au groupe Flammarion, sachant que celui-ci disposait de toute manière d'un réseau de diffusion et de distribution pour les livres qu'il éditait. Parallèlement, la recourante, en tant que filiale du groupe chargée de la diffusion et de la distribution en Suisse des ouvrages édités et/ou diffusés par Flammarion, a conclu différents contrats avec A. _____ dans lesquels elle accordait à celle-ci le droit exclusif de distribuer les ouvrages en question aux revendeurs de livres helvétiques. L'intéressée s'est alors engagée à "ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable d'A. _____, sauf pour des titres soldés". A cela s'ajoute qu'après la période sous enquête, soit le 18 juillet 2012, la recourante s'est expressément adressée à A. _____ afin de lui demander de contresigner un document confirmant qu'elle ne s'opposait pas à ce que le groupe Flammarion réponde désormais à des demandes de clients suisses par l'intermédiaire de sa filiale B. _____.

10.6.3. Sur le vu de ces éléments, il n'apparaît pas manifestement insoutenable de retenir, comme l'a fait le Tribunal administratif fédéral, que la recourante a sciemment et volontairement garanti une protection territoriale absolue à A. _____ lorsqu'elle lui a confié la distribution exclusive des livres diffusés par son groupe. Le texte des contrats de distribution, ainsi que la volonté de la recourante d'obtenir en 2012 un accord écrit d'A. _____ concernant la faculté du groupe Flammarion de procéder à l'avenir à des ventes passives depuis la France laissent effectivement transparaître que l'intéressée s'était initialement engagée envers A. _____ à

ce que celle-ci soit, durant la période sous enquête, la seule société à distribuer en Suisse les livres diffusés par son groupe, sans être concurrencée par d'autres distributeurs étrangers. Il ressort d'ailleurs de l'arrêt attaqué qu'A. _____ semble être partie elle-même de cette idée, puisque la société a déclaré en cours de procédure que les libraires suisses ne disposaient en principe pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que les diffuseurs officiels, "sauf par le marché gris". Relevons enfin que l'engagement de la recourante de ne pas ouvrir de comptes à Paris en faveur de clients suisses était évidemment propre à empêcher toute importation parallèle d'ouvrages diffusés par le groupe Flammarion. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que celui-ci détenait le droit exclusif de distribuer les livres qu'il était appelé à diffuser, le cas échéant pour le compte d'éditeurs externes, et qu'il ne livrait en principe aucun autre distributeur ou grossiste indépendants qu'A. _____, assumant lui-même la distribution de ses produits à l'étranger - ou du moins en France - ce par l'intermédiaire de sa filiale B. _____ (cf. aussi supra consid. 8.3).

10.6.4. C'est en vain que la recourante tente de démontrer l'arbitraire d'un tel constat en relevant l'existence de certaines importations parallèles réussies par quelques revendeurs helvétiques plus ou moins importants, de même qu'en rappelant la faculté qu'avaient les librairies d'acheter des livres par internet, sur des sites de vente en ligne étrangers, tel que celui d'Amazon. Tout d'abord, quelques-unes des importations parallèles réussies auxquelles se réfère la recourante - et qui sont évoquées dans l'arrêt attaqué - ont eu lieu après la période sous enquête. Rien n'indique par ailleurs qu'elles se rapporteraient à des ouvrages diffusés par Flammarion. Enfin, leur existence n'est de toute manière pas de nature à ébranler de manière fondamentale le constat selon lequel la recourante aurait assuré une protection territoriale absolue à A. _____ durant la période sous enquête. Ces ventes, effectuées dans des proportions et à fréquence anecdotiques d'après l'arrêt attaqué, démontrent tout au plus que l'exclusivité octroyée à A. _____ n'a peut-être pas toujours été respectée; cela n'empêche toutefois pas de considérer que les accords qui la prévoyaient remplissent les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.4.2; 143 II 297 consid. 5.4.2). Quant aux ventes opérées sur Amazon, qui ont aussi eu lieu en quantité négligeable et de manière ponctuelle selon l'arrêt attaqué, elles ne prouvent nullement que des "fournisseurs agréés" ont pu vendre des livres diffusés par le groupe Flammarion sur le territoire suisse, car la société de vente en ligne précitée, qui s'assimile plutôt à une librairie étrangère, n'endosse pas un tel rôle sur le marché de la distribution wholesale du livre francophone (cf. arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 9.3, destiné à la publication). Il est enfin vrai que l'arrêt attaqué ne mentionne aucun revendeur ayant tenté d'acheter des livres diffusés par le groupe Flammarion à l'étranger et s'étant vu refuser une telle importation parallèle. L'absence de preuve directe sur ce point précis n'empêche toutefois pas d'admettre l'existence d'une protection territoriale absolue en faveur d'A. _____ sur la base des autres indices mentionnés ci-avant (cf. supra consid. 10.6.1).

10.7. Partant, sur le vu de ce qui précède, le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral, ni n'est tombé dans l'arbitraire en retenant que la recourante

VIII. Existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart

11.

Il s'agit encore de déterminer si les accords de distribution passés par la recourante et A. _____ doivent être qualifiés d'illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

11.1. En vertu de l'art. 5 al. 1 LCart, sont illicites, 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 d'une concurrence efficace. Dans ce second cas, la justification des accords par des motifs d'efficacité économique est exclue (cf. ATF 143 II 297 consid. 4.1; 129 II 18 consid. 3). La suppression de la concurrence efficace peut être prouvée directement; elle peut également résulter des différents cas de figure énumérés par le législateur à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, où il est présumé que la concurrence effective est supprimée. Une telle présomption n'est toutefois pas irréfragable, en ce sens qu'elle peut être levée lorsqu'il est établi qu'une concurrence subsiste malgré tout sur le marché considéré (cf. notamment ATF 147 II 72 consid. 6.1 et 6.5; 144 II 246 consid. 7.2 et références citées). Si cette présomption est levée, il convient de se demander comme face à tout accord en matière de concurrence, si la concurrence n'est malgré tout pas affectée de manière notable, sans motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart), auquel cas l'accord est illicite.

11.2. La jurisprudence a précisé la portée à donner à la notion d'"accords qui affectent de manière notable la concurrence" figurant à l'art. 5 al. 1 LCart. De manière générale, le caractère notable d'une atteinte à la concurrence peut être établi à l'aide de critères tant quantitatifs que qualitatifs, étant précisé que le seuil de gravité justifiant un constat d'illicéité doit rester globalement le même, quelle que soit l'approche adoptée (ATF 143 II 297 consid. 5.2.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 7.3.1). Cela étant, les accords verticaux visés par l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart, auxquels le législateur a décidé d'appliquer une présomption de suppression de la concurrence efficace en raison de leurs effets potentiellement graves, ne constituent en principe pas des cas bagatelles, de sorte qu'ils sont par nature réputés affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Une appréciation qualitative de ces accords sous le prisme de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart suffit en règle générale à remplir la condition de l'atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille au surplus en examiner les effets réels sur un plan quantitatif (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.3.1-4.3.2; 143 II 297 consid. 5.2.5 et 5.4). Si ces accords ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économiques (cf. art. 5 al. 2 LCart), ils sont ainsi illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Il s'agit du premier cas de figure visé par l'art. 5 al. 1 LCart, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se demander si ces accords remplissent le second cas de figure visé par cette disposition (cf. supra consid. 11.1),

était partie à des contrats de distribution accordant une protection territoriale absolue à A. _____ au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

à savoir s'ils conduisent véritablement à une suppression de la concurrence efficace, ce qui supposerait d'examiner si la présomption posée à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart peut ou non être considérée comme levée (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.1-5.2.5, 5.3.2, 5.6).

11.3. Sur le vu de ce qui précède, il faut retenir que les différents accords de distribution liant la recourante à A. _____ durant la période sous enquête s'avèrent illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart. Ils constituent en effet tous des accords verticaux visés par l'art. 5 al. 4 LCart. De tels accords, qui sont présumés avoir supprimé toute concurrence efficace sur le marché suisse de la distribution du livre en français, l'ont en tous les cas affectée de manière notable, conformément à la jurisprudence fédérale exposée ci-avant. Rien n'indique enfin que les restrictions à la concurrence prévues par ces accords soient justifiées par des motifs d'efficacité économique. Le Tribunal administratif fédéral l'a au contraire expressément nié dans son arrêt et ce point n'est pas contesté par la recourante, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le remettre en question, en l'absence de toute violation évidente du droit fédéral. Les accords précités s'avérant ainsi de toute manière illicites sous cet angle de vue, il importe peu de savoir si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace qui leur est applicable peut être renversée en l'espèce. Il s'ensuit que les griefs que la recourante a pu soulever à cet égard à l'encontre de l'arrêt attaqué n'ont pas à être examinés.

IX. Mesures prononcées au sens des art. 30 et 49a LCart

12.

Il s'agit à présent de contrôler si le Tribunal administratif fédéral était en droit de condamner la recourante au paiement d'une sanction financière de 919'346 fr. et de lui interdire d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres rédigés en français par tout détaillant actif en Suisse.

12.1. Dans son recours, la recourante affirme à titre principal qu'il n'y avait pas lieu de la condamner au paiement d'une quelconque sanction financière. A titre subsidiaire, elle remet également en cause le montant de la sanction qui lui a été infligée. Elle prétend que cette sanction doit de toute manière être réduite en raison de la durée excessive de la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral qui, selon elle, aurait violé son droit à un jugement dans un délai raisonnable garanti par les art. 29 al. 1 et 6 CEDH.

12.2. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 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 (1^{re} phrase). La jurisprudence a précisé que, par "accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 et 4", il fallait entendre les différents types d'accords mentionnés aux alinéas précités. Ces accords présentent en effet un caractère particulièrement dommageable, qu'ils conservent même en cas de renverse-

ment de la présomption de suppression de la concurrence efficace qui leur est associée (ATF 147 II 72 consid. 8.3.1 et références citées). Ces accords, qui doivent donc être sanctionnés parce qu'ils sont considérés comme des restrictions particulièrement problématiques de la liberté d'action, ne peuvent toutefois être sanctionnés que s'ils sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, soit s'ils suppriment la concurrence ou l'entravent de manière notable sans justification d'efficacité économique (ATF 144 II 194 consid. 5.3; 143 II 297 consid. 9.4.6).

12.3. D'après l'art. 49a LCart, le montant de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites (3^e phrase). Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (4^e phrase). Les différents critères de calcul sont pour le reste précisés plus avant par l'Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart; RS 251.5), qui rappelle notamment qu'il doit être tenu compte du principe de la proportionnalité (art. 3 al. 2 OS LCart).

12.4. En l'occurrence, quoi qu'en dise la recourante, celle-ci a bel et bien conclu des accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec A. _____ durant la période sous enquête. Il en résulte que le prononcé d'une sanction financière à son encontre se justifie au sens de l'art. 49a LCart. Il n'apparaît par ailleurs pas qu'elle ait été calculée en violation de cette disposition et de l'OS LCart. La recourante ne le prétend pas non plus. Il n'y a dès lors pas lieu de remettre en cause la conformité de l'arrêt attaqué aux règles précitées.

12.5. Reste à savoir si le montant de la sanction doit être exceptionnellement réduit en raison d'une violation du principe de célérité de la procédure garanti par l'art. 6 CEDH, comme le prétend la recourante à titre subsidiaire. La COMCO estime que ce grief constitue un moyen nouveau sur lequel le Tribunal fédéral ne doit pas entrer en matière, en raison de sa tardiveté. Elle affirme pour le reste qu'une procédure excessivement longue n'entraîne de toute manière aucune réduction de la sanction, à l'instar de ce qui prévaut en droit européen, et qu'enfin, la présente procédure s'est de toute manière déroulée dans un temps approprié.

12.5.1. La jurisprudence fédérale reconnaît que la violation du droit fondamental à être jugé dans un délai raisonnable, tel qu'il est garanti par les art. 6 CEDH et 29 al. 1 Cst., peut justifier une réduction de la sanction à prononcer à l'issue d'une procédure relevant du droit pénal ou du droit administratif (cf. notamment et respectivement ATF 143 IV 373 consid. 1.4.1 et 135 II 334 consid. 2.2 en lien avec 120 Ib 504 consid. 4). Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais précisé si la durée excessive d'une procédure de droit de la concurrence devait aussi conduire à une diminution de la sanction financière prévue à l'art. 49a LCart, comme le suggèrent certains auteurs de doctrine (cf. ROTH/BOVET, in *Commentaire romand - Droit de la concurrence*, 2^e éd. 2013, no 62 ad art. 49a LCart). Tout au plus la Cour de céans a-t-elle déjà été amenée à se demander si une procédure ayant duré sept ans et demi entre l'ouverture de la

procédure par la COMCO et l'arrêt attaqué du Tribunal administratif fédéral violait l'art. 6 CEDH et l'art. 29 al. 1 Cst.; elle l'a nié en l'affaire, tout en reconnaissant qu'une procédure de recours de presque trois ans, comme cela avait été le cas, s'avérait "assez longue" ("dauerte [...] relativ lange"; arrêt 2C_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 11, non publié in ATF 139 I 72).

12.5.2. Notons que la pratique européenne a longtemps admis qu'il convenait de réduire le montant de l'amende prononcée pour violation du droit de la concurrence, lorsque la procédure avait présenté une durée excessive contraire à l'art. 6 CEDH. Le but d'une telle réduction était de garantir un remède immédiat et effectif contre une telle irrégularité de procédure (cf. arrêt de la CJCE C-185/95 P du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, Rec. 1998 I-8417, ch. 48; arrêt du TPCE T-214/06 du 5 juin 2012, *Imperial Chemical Industries*, ch. 278 ss). La CJUE a néanmoins opéré un revirement de jurisprudence en 2013. Elle a considéré qu'il appartenait désormais à l'entreprise qui se plaint d'une durée excessive de la procédure de réclamer une indemnité par le biais d'une procédure séparée (cf. arrêt de la CJUE C-40/12 du 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland*, ch. 87 ss; aussi, laissant percevoir ce revirement, arrêt C-385/07 P du 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland*, Rec. 2009 I-6155, ch. 195). Cette nouvelle jurisprudence n'a toutefois pas été suivie par tous les tribunaux des Etats membres, qui ont estimé que la prise en compte du dépassement du délai raisonnable au niveau de la sanction à appliquer continuait de se justifier, notamment pour des raisons d'économie de procédure (cf. notamment jugement du Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg no 35847a du 21 novembre 2016, point 3.1.1, <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence.html>, consulté le 10 novembre 2021).

12.6. En l'occurrence, la question de savoir si la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable justifie la réduction d'une sanction prononcée en application du droit suisse des cartels, à l'instar de la situation qui prévalait en droit européen jusqu'en 2013, peut rester indécise. En effet, la recourante ne peut de toute manière se prévaloir d'aucune violation de son droit à être jugé dans un délai raisonnable.

12.6.1. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure, qu'il soit apprécié à l'aune de l'art. 6 par. 1 CEDH ou de l'art. 29 al. 1 Cst., doit toujours s'apprécier suivant les circonstances de l'affaire (cf. notamment ATF 144 I 318 consid. 7.1 et arrêt de la CourEDH 30979/96 du 27 juin 2000, *Frydlender c. France*, Recueil 2000-VII p. 151, par. 43). Il n'en va pas différemment en droit de la concurrence (cf. arrêt 2C_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 11, non publié in ATF 139 I 72 et arrêt de la CJUE C-185/95 P précité, par. 29). Cette appréciation s'opère en particulier à l'aune des critères suivants: la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé (cf. ATF 144 II 486 consid. 3.2 et arrêt de la CourEDH 30979/96 précité, par. 43). L'intéressé est à cet égard tenu d'exploiter dans la mesure de ses moyens les possibilités offertes par le droit interne pour abrégier la procédure (arrêt de la CourEDH du 7 juillet 1989, *Unión Alimentaria Sanders S.A. c. Espagne*, série

A no 157, par. 35). Il appartient en effet au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié. Le principe vaut dans tous les types de causes, étant précisé que le comportement du justiciable s'apprécie avec moins de rigueur en procédure pénale et administrative que dans un procès civil (ATF 130 I 312 consid. 5.2; aussi arrêt 2C_1014/2013 du 22 août 2014 consid. 7.1, non publié in ATF 140 I 271).

12.6.2. Il ressort en l'occurrence de l'arrêt attaqué que la COMCO a ouvert son enquête à l'encontre de la recourante pour violation de la LCart en date du 13 mars 2008 et que cette procédure de première instance - qui constitue une cause de droit administratif (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.3.2) - a abouti au prononcé d'une sanction financière en date du 27 mai 2013, après avoir été un temps suspendue dans l'attente du résultat de la votation sur la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre. La recourante a ensuite formé recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Divers échanges d'écritures, ainsi qu'une audience d'instruction, ont ainsi eu lieu devant cette autorité du 11 juillet 2013 au 24 juillet 2015. Le Tribunal administratif fédéral n'a toutefois statué en la cause - et admis très partiellement le recours - qu'en date du 30 octobre 2019, un jour après avoir tenu d'ultimes débats publics à la demande de la recourante. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué est intervenu après plus de six ans de procédure devant l'autorité inférieure et, au total, plus de onze ans après l'ouverture de l'enquête de la COMCO. La présente cause a ainsi fait l'objet d'une procédure très longue avant que la Cour de céans n'en soit saisie.

Comme le relève la COMCO dans sa réponse au recours, cette durée résulte en partie de la complexité de la problématique qui en est à la base, à savoir celle du système de distribution des livres en français en Suisse et son rapport avec le prix élevé des ouvrages vendus dans le pays. La recourante ne le conteste pas. Se plaignant uniquement de la durée de la procédure devant le Tribunal administratif fédéral, elle se limite à reprocher à la juridiction inférieure de n'avoir procédé à aucune instruction de la cause pendant plus de quatre ans, soit entre août 2015 et octobre 2019, sans n'avoir jamais fourni d'explication à cet égard. On remarquera toutefois que la recourante n'a déposé aucun recours pour déni de justice pour se plaindre de cet état de fait. Elle ne s'est même jamais enquis de l'avancement de la procédure auprès de l'autorité inférieure. La COMCO a enfin relevé dans sa réponse que la recourante n'avait pas non plus dénoncé la durée de la procédure lors de la nouvelle et dernière audience des débats du 29 octobre 2019, ce que l'intéressée n'a pas contesté dans ses observations ultérieures. Cette absence totale de réaction laisse transparaître que la recourante s'est largement accommodée de la longueur de la procédure et qu'elle n'attachait dès lors pas de réelle importance à être rapidement fixée sur son sort.

12.6.3. Dans ces circonstances, et même si l'on peut considérer que la durée de la procédure de recours devant l'autorité inférieure a excédé la limite du raisonnable, la recourante, qui est restée passive, ne peut

l'invoquer pour obtenir une diminution de la sanction qu'elle doit verser.

12.7. Il convient pour le reste de confirmer l'interdiction faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrites en français, mesure que l'intéressée ne conteste d'ailleurs pas expressément dans la motivation de son recours. En effet, lorsque l'autorité 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). L'interdiction faite à la recourante de continuer d'entraver les importations parallèles de livres suisses au moyen de telles clauses contractuelles - en s'obligeant à veiller à ce qu'aucun autre distributeur qu'A._____ ne vende les mêmes produits que celle-ci à destination du marché suisse - apparaît ainsi nécessaire, tout en constituant la mesure la moins incisive afin de supprimer la restriction illicite constatée.

Relevons que cette mesure s'applique à tous les accords de distribution que peut conclure la recourante, indépendamment de la question de savoir s'ils concernent des ouvrages édités ou non par le groupe Flammarion. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré que les contrats de distribution exclusive passés entre la recourante et A._____ avaient également eu pour effet de supprimer la concurrence efficace en lien avec la distribution wholesale des ouvrages produits par le groupe Flammarion. Il a constaté que l'exclusivité territoriale octroyée à A._____ supprimait de fait toute concurrence intramarque, de sorte qu'elle s'avérait également illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, quand bien même elle ne tombait pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 9.2 et 11.1). Il n'y a pas lieu de remettre en cause cette appréciation contre laquelle la recourante ne soulève aucun grief dans ses écritures, qui ne semble pas violer le droit fédéral de prime abord et qui justifie le prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrave à la concurrence au sens de l'art. 30 al. 1 LCart.

X. Frais et dépens des procédures antérieures

13.

Dans son mémoire, la recourante demande à ce que les frais de procédure relatifs aux procédures menées successivement devant la COMCO et devant le Tribunal administratif fédéral soient mis à la charge de la Confédération.

13.1. Cette conclusion, qui ne fait l'objet d'aucune motivation spécifique dans le mémoire de recours, serait évidemment bien fondée si celui-ci l'avait été dans son ensemble. Tel n'est toutefois pas le cas, car il convient de confirmer le constat des autorités précédentes selon lequel la recourante a participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart durant la période sous enquête, ce qui a pour conséquence principale de justifier le prononcé d'une sanction financière à l'encontre de l'intéressée en application de l'art. 49a LCart. Notons que le Tribunal administratif fédéral a considéré que ce seul constat justifiait de condamner la recourante au paiement d'un montant de 760'150 fr. pour les frais de procédure devant la COMCO, solidairement avec neuf

autres diffuseurs-distributeurs de livres. D'après lui, un tel montant, équivalant à 76'015 fr. par diffuseur-distributeur ne serait pas exagéré, ni contraire à l'ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart; RS 251.2), dès lors qu'il correspondrait à 380 heures de travail par partie et que cette durée ne dépendrait pas de la fixation de la sanction, mais avant tout de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la LCart.

13.2. Il n'y a pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirme que la recourante doit payer un dixième des frais occasionnés par la procédure de la COMCO, étant ici précisé que les frais de l'enquête initiale portant sur un éventuel abus de position dominante sur le marché du livre ont été laissés à la charge de la Confédération (cf. décision de la COMCO du 27 mai 2013, no 774; art. 105 al. 2 LTF). Cette décision, contre laquelle la recourante ne soulève aucun grief spécifique, ne viole pas le droit fédéral à première vue. Le Tribunal fédéral a déjà souligné que celui qui, par son comportement, provoquait l'ouverture d'une procédure relevant de la LCart, pouvait être condamné à l'ensemble des frais d'enquête de première instance (ATF 128 II 247 consid. 6; aussi arrêt 2A.492/2002 du 17 juin 2003 consid. 6.2). On ne voit en revanche pas pourquoi la recourante devrait répondre solidairement des frais de procédure provoqués par les autres diffuseurs/distributeurs. Un tel régime de solidarité ne s'imposerait que s'ils avaient provoqué ensemble ("gemeinsam") la décision de la COMCO, ce qui n'est pas le cas en l'espèce s'agissant d'une condamnation pour accords illicites n'entretenant aucun lien direct et nécessaire avec celles prononcées à l'encontre des autres diffuseurs-distributeurs de livres concernées par la décision (cf. art. 2 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments [OGE mol; RS 172.041.1] en lien avec l'art. 1a OEmol-LCart; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 13.2, destiné à la publication). Il s'agit dès lors de modifier l'arrêt attaqué sur ce point et de préciser que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO.

13.3. On peut se demander si cette modification de l'arrêt justifie de réviser également le sort des frais et dépens devant la juridiction précédente, qui a donc confirmé à tort que la recourante était débitrice solidaire de l'ensemble des frais de la COMCO. La Cour de céans renonce toutefois à statuer elle-même sur cette question. La cause sera renvoyée au Tribunal administratif

fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure antérieure (art. 67 et 68 al. 5 LTF a contrario).

XI. Conséquences

14.

Le recours doit ainsi être admis très partiellement. L'arrêt attaqué doit être réformé en ce sens que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO. Il est confirmé pour le surplus.

Compte tenu de l'issue du litige, l'essentiel des frais de la procédure sera mis à la charge de la recourante, qui succombe dans une très large mesure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens, dès lors qu'elle n'a obtenu gain de cause que sur un point secondaire, pour des motifs qu'elle n'a du reste pas envisagés dans son recours (cf. art. 68 al. 1 LTF). La COMCO, qui ne doit supporter aucuns frais de procédure (cf. art. 66 al. 4 LTF), n'a droit à aucuns dépens non plus (cf. art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis en ce sens que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3975/2013 du 30 octobre 2019 est confirmé pour le surplus.

2.

La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure menée devant lui.

3.

Des frais judiciaires réduits, arrêtés à hauteur de 13'000 fr., sont mis à charge de la recourante.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires de la recourante, à la COMCO, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

B 4	3. Arrêt du 8 décembre 2022 Interforum Suisse SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français
-----	---

Arrêt 2C_33/2020 du 8 décembre 2022 de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral dans l'affaire Interforum Suisse SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, intimée. Objet: Cartels - sanction; marché du livre en français, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 (B-4012/2013).

Faits:**A.**

Interforum Suisse SA (ci-après: Interforum Suisse) est une société détenue à 100 % par la société française Interforum France. Ces deux sociétés appartiennent au groupe Editis, un groupe français d'édition, de diffusion et de distribution de livres. Ce groupe appartenait lui-même au groupe commercial Grupo Planeta, à tout le moins entre 2005 et 2011.

Interforum France, société mère d'Interforum Suisse, se charge en principe de la diffusion et de la distribution dans le monde des livres produits par les maisons d'édition du groupe Editis, ainsi que des ouvrages édités par d'autres entreprises indépendantes ayant délégué de telles tâches au groupe précité. Son activité de diffusion consiste à définir le plan commercial et promotionnel des livres et à les faire connaître aux divers points de vente. Son activité de distribution revient quant à elle à organiser les flux physiques, logistiques et financiers entre les points de vente et l'éditeur (cf. art. 105 al. 2 LTF).

La société Interforum Suisse s'occupe pour sa part de diffuser sur le marché suisse les livres que son groupe édite lui-même ou diffuse sur mandat d'éditeurs indépendants. Ce faisant, elle n'entre pas en contact direct avec les éditeurs qu'elle diffuse, dans la mesure où ceux-ci ont conclu des contrats avec sa société mère. Elle n'est en outre en charge d'aucune tâche logistique sur le marché suisse. La distribution du catalogue du groupe Editis sur ce marché est assurée intégralement par la société suisse indépendante A._____. A cette fin, les sociétés Interforum Suisse et A._____ ont conclu deux contrats de distribution successifs en 1996 et 2008, lesquels contiennent chaque fois une clause d'exclusivité en faveur de la seconde.

B.

B.a. Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des revendeurs de livres actifs en Suisse ont fait apparaître que les premiers occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix y était élevé.

B.b. Le 13 mars 2008, d'entente avec le Président de la COMCO, le secrétariat a ouvert une enquête visant à examiner l'existence d'un éventuel abus de position do-

minante au sens de la loi sur les cartels (LCart). Le 2 mars 2011, de concert avec son Président, le secrétariat de la COMCO a élargi son enquête à l'examen d'un potentiel accord illicite affectant la concurrence au sens de la loi précitée.

B.c. Le 18 mars 2011, le Parlement 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 de la COMCO à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011, en application du principe de l'économie de la procédure. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé en votation le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre.

La COMCO a repris son enquête le 22 mars 2012.

B.d. Le 14 août 2012, le secrétariat de la COMCO a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il retenait notamment qu'Interforum Suisse avait participé, durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à un accord horizontal de répartition géographique conclu au sein de l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ASDEL), ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tabelles. Selon le secrétariat, la société avait aussi participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il considérait que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 LCart et proposait d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente, notamment au moyen 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 envisageait de défendre aux diffuseurs-distributeurs, telle Interforum Suisse, d'opérer une répartition géographique du marché de la diffusion et distribution du livre en français en Suisse, de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution exclusive. Finalement, il a proposé de sanctionner Interforum Suisse 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 (cf. art. 105 al. 2 LTF).

B.e. En date du 27 mai 2013, après déterminations des parties sur la proposition de décision ainsi que divers actes d'instruction et auditions, la COMCO a rendu une décision à l'encontre de la société Interforum Suisse et de neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. Elle a condamné en particulier la société précitée au paiement d'une sanction de 3'792'720 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart en raison de sa participation à des accords en matière de concurrence illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart (ch. 1.6 du dispositif). Elle lui a par ailleurs interdit - comme aux neuf autres diffuseurs-distributeurs concernés par sa décision - d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les impor-

tations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse (ch. 2 du dispositif). Enfin, elle l'a condamnée au paiement à titre solidaire des frais de procédure, lesquels se montaient à 760'150 fr. (ch. 4 du dispositif).

B.f. Le 11 juillet 2013, Interforum Suisse a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée de la COMCO. La société concluait à l'annulation des chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 en tant qu'ils la concernaient. Elle demandait subsidiairement la réforme de la décision attaquée, en ce sens que sa condamnation au paiement d'une sanction et/ou des frais de procédure de la COMCO soit annulée, respectivement que les montants de ladite sanction et/ou desdits frais de procédure soient réduits. A titre plus subsidiaire encore, elle concluait à ce que l'affaire soit renvoyée à l'autorité inférieure pour complément d'instruction et nouvelle décision.

Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours d'Interforum Suisse.

C.

La société Interforum Suisse (ci-après: la recourante) dépose un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral précité. Sollicitant à titre préalable l'octroi de l'effet suspensif à son recours, elle demande sur le fond l'annulation pure et simple de l'arrêt attaqué, ainsi que celle des chiffres 1.6, 2 et 4 du dispositif de la décision de la COMCO du 27 mai 2013, dans la mesure où ils la concernent. Elle conclut subsidiairement à l'annulation de l'arrêt attaqué en vue du renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par ordonnance du 31 janvier 2020, le Président de la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif au recours.

Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à prendre position sur le recours, renvoyant aux considérants de l'arrêt attaqué. La COMCO a répondu au recours, dont elle conclut au rejet.

La recourante et la COMCO ont répliqué, respectivement dupliqué.

Considérant en droit:

I. Recevabilité et pouvoir d'examen

1.

1.1. Le litige porte sur le bien-fondé d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral confirmant une décision prononcée par la COMCO ayant notamment pour effet de condamner la recourante au paiement d'une sanction financière en application de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (loi sur les cartels, LCart; RS 251). Il s'agit d'une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, de sorte que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est en principe ouverte.

1.2. Le recours a par ailleurs été interjeté dans les formes requises (art. 42 LTF) et en temps utile compte tenu des fêtes hivernales (art. 100 al. 1 en lien avec

l'art. 46 al. 1 let. c LTF) par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a, sous cet angle, manifestement qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Le recours est partant recevable, sous réserve de sa conclusion accessoire tendant à l'annulation de certaines parties du dispositif de la décision de la COMCO du 27 mai 2013. Une telle conclusion est en effet irrecevable en raison de l'effet dévolutif complet du recours déposé auprès du Tribunal administratif fédéral (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.2), dont la décision peut seule être attaquée devant le Tribunal fédéral (cf. art. 86 al. 1 let. a LTF).

2.

2.1. Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions soulevées devant lui par les parties, à moins de se trouver face à des violations du droit manifestes (cf. ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2; arrêt 4A_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1, non publié in ATF 135 III 112).

2.2. L'examen du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF; ATF 142 I 155 consid. 4.4.3), sous réserve des cas prévus par l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait de l'arrêt attaqué à la double condition qu'elles aient été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.6), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF. La notion de "manifestement inexacte" figurant à l'art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3).

2.3. Selon l'art. 99 al. 1 LTF, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté devant le Tribunal fédéral, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente. Sont visés par cette exception les faits et preuves - existants avant l'arrêt attaqué (cf. ATF 133 IV 342 consid. 2.1) - qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée. Il peut s'agir, notamment, de faits et moyens de preuve qui se rapportent à la procédure conduite devant l'autorité précédente, telle une irrégularité dans la composition de celle-ci ou une violation du droit d'être entendu lors de mesures probatoires (ATF 139 III 120 consid. 3.1.2). De même, lorsque la décision de l'instance précédente a été fondée sur un nouvel argument juridique auquel les parties n'avaient pas été confrontées précédemment, les recourants peuvent avancer devant le Tribunal fédéral les faits nouveaux qui démontrent que l'argumentation de l'instance précédente est contraire au droit. En revanche, ils ne peuvent alléguer devant cette autorité les faits qu'ils ont négligé de présenter devant les autorités cantonales et qui, par conséquent, n'ont pas pu être examinés par les instances inférieures (ATF 136 III 123 consid. 4.4.3; aussi arrêts 2C_83/2020 du 14 septembre

2020 consid. 2.3 et 2C_14/2020 du 18 juin 2020 consid. 2.1).

Sur le vu de ce qui précède, la Cour de céans ne tiendra pas compte des pièces que la recourante a produites en annexe de ses écritures, quand bien même l'intéressée prétend qu'elles auraient été rendues pertinentes pour la première fois par l'arrêt attaqué. Comme on le verra, celui-ci ne se fonde sur aucun argument juridique nouveau et inconnu des parties. Il n'a pas non plus été rendu à l'issue d'une procédure ayant violé le droit d'être entendue de la recourante, contrairement à ce que celle-ci affirme (cf. infra consid. 6). Il s'ensuit qu'il n'existe aucun motif justifiant de déroger à la règle fixée à l'art. 99 al. 1 LTF selon laquelle aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté devant le Tribunal fédéral.

II. Dispositions légales topiques et positions des autorités précédentes

3.

Le litige porte principalement sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en considérant que la recourante avait participé à des accords illicites en matière de concurrence - et présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart - et en la condamnant pour cette raison au paiement d'une sanction financière de 3'792'720 fr.

Avant de présenter le raisonnement suivi par les différentes autorités précédentes sur ces points, un bref survol des dispositions topiques s'impose.

4.

4.1. La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Elle s'applique aux entreprises qui, entre autres situations, participent à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence visant ou entraînant une restriction de celle-ci (cf. art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart), à moins que la concurrence sur le marché des biens ou services concernés ne soit de toute manière exclue par d'autres prescriptions étatiques (cf. art. 3 al. 1 LCart).

4.2. L'art. 5 LCart dispose à son al. 1 que 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. Après avoir précisé à son al. 2 la notion de "motifs d'efficacité économique", l'art. 5 LCart énumère ensuite, à ses al. 3 et 4, plusieurs types d'accords qui sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace et qui réunissent tantôt des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes (accords horizontaux), tantôt des entreprises occupant différents échelons sur un marché (accords verticaux). L'art. 5 al. 4 LCart, qui porte sur les accords verticaux et qui se trouve au centre du présent litige, prévoit en l'occurrence ce qui suit:

3 Sont [...] présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des en-

treprises 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.

4.3. Les sanctions administratives encourues en cas d'accords illicites sont réglées aux art. 49a ss LCart. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit ainsi que l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 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. L'art. 50 LCart dispose pour sa part qu'une sanction identique peut être infligée à une 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. Il découle de ces dispositions qu'une entreprise ne peut être sanctionnée de manière immédiate en raison d'un accord en matière de concurrence s'avérant illicite que si elle participe à ce que l'on appelle communément un "cartel dur" ou un "accord rigide" ("hartes Kartell" ou "harte Abrede"), c'est-à-dire à l'un des accords, exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, dont il convient en principe de présumer, de manière réfragable, qu'ils suppriment toute concurrence (cf. ATF 147 II 72 consid. 6.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1920; ZIRLICK/BANGERTER, in KG - Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, no 544 ad art. 5 LCart). Dans les autres cas, soit lorsqu'une entreprise prend part à un accord qui, sans être visé par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, restreint néanmoins notablement la concurrence sans motif d'efficacité économique (p. ex. un accord fixant un prix maximal), seul le prononcé d'une mesure administrative entre en ligne de compte (p. ex. une interdiction d'entrave à la concurrence; cf. art. 30 LCart; ATF 143 II 297 consid. 9.4.6; aussi arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 12.7, non publié in ATF 148 II 321): ce n'est qu'en cas de récidive - à savoir en cas de non-respect de la mesure prononcée - que l'entreprise peut éventuellement se voir infliger une sanction, en application de l'art. 50 LCart (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.3, non publié in ATF 148 II 25; 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3e éd. 2011, no 7 ad art. 49a LCart; KRAUSKOPF/SCHALLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2^e éd. 2021, no 651 ad art. 5 LCart).

4.4. La problématique des accords verticaux en matière de concurrence est appréhendée de manière pratiquement identique, quoique dans des systèmes différents, par le droit suisse et le droit européen, qui se sont rapprochés au fil du temps (ATF 143 II 297 consid. 5.3.4). Les débats parlementaires laissent d'ailleurs transparaître sans équivoque que le législateur a souhaité que la réglementation des accords verticaux soit similaire à celle de l'Union européenne et s'avère aussi stricte qu'elle, sans l'être davantage (cf. BO 2003 CE 329 ss; voir BO 2002 CN 1435 ss), afin de ne pas conduire à une insécurité juridique (cf. BO 2003 CE 330). Le paral-

lélisme des deux réglementations fait qu'il est possible de se référer à ce que l'Union européenne a exclu ou permis dans sa directive sur les accords verticaux (BO 2003 CE 330), sous réserve d'éventuels changements fondamentaux en droit européen de la concurrence et des différences pouvant exister entre les marchés suisse et européen, qui ne sont pas économiquement comparables (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 et les références citées). Les règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désirait une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (ATF 143 II 297 consid. 6.2.3; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.4, non publié in ATF 148 II 25; cf. aussi BO 2003 CE 331).

4.5. On précisera cependant ici que l'analyse juridique de la présente cause, qui concerne d'éventuelles ententes cartellaires sur le marché suisse du livre en français entre 2005 et 2011, s'orientera avant tout sur les normes européennes prévalant durant la période concernée, sans tenir compte des modifications intervenues depuis lors, comme l'adoption du nouveau règlement européen 2022/720 du 10 mai 2022 d'exemption des accords verticaux entré en vigueur en juin 2022 (JOUE L 134 du 11 mai 2022, p. 4 ss), à moins que ces modifications n'apportent un éclairage sur la manière dont il convenait d'appliquer le droit européen de la concurrence entre 2005 et 2011, soit durant la période sous enquête.

5.

5.1. En l'occurrence, dans sa décision de première instance du 27 mai 2013, la COMCO a retenu que, durant la période sous enquête, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait pris part à des accords verticaux instituant un système de diffusion-distribution ayant pour objectif et effet de supprimer toute concurrence efficace sur le marché de la distribution dite "wholesale" des livres en français en Suisse, c'est-à-dire sur le marché suisse de la distribution de livres "en gros" aux librairies et autres revendeurs de livres helvétiques et, tout spécialement, romands. Elle a en particulier estimé que la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait à la relation commerciale existant entre la recourante - représentant le groupe Editis - et A. _____: le système de distribution de livres en français en Suisse institué par les deux entreprises cloisonnait en effet la distribution des ouvrages édités et/ou diffusés par le groupe Editis, en empêchant toute importation parallèle par les revendeurs helvétiques. Selon la COMCO, il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans "intermarques" ou "intramarque" susceptible de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace découlant de l'art. 5 al. 4 LCart. Quand bien même l'on admettrait le contraire, il faudrait considérer que le système de distribution mis en place par la recourante avait de toute manière eu pour effet de restreindre notablement la concurrence en Suisse, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne le justifie au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart.

La COMCO a dès lors infligé à la recourante une sanction de 3'792'720 fr. pour participation à des accords illicites, en application combinée des art. 5, al. 1 et 4, et 49a al. 1 LCart. Elle lui a par ailleurs interdit de continuer à empêcher toute importation parallèle de livres en français par des détaillants actifs en Suisse par le biais de contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives.

5.2. Statuant sur recours de la recourante, le Tribunal administratif fédéral s'est, en substance, largement rallié à la décision de la COMCO, qu'il a du reste entièrement confirmée. Il a en particulier jugé que la relation commerciale entretenue par le groupe Editis - par l'entremise de la recourante - et A. _____ entre 2005 et 2011 avait bel et bien reposé sur des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart et qu'il convenait de qualifier ces accords de contrats de distribution offrant une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Le Tribunal administratif fédéral a en effet estimé que le système de diffusion-distribution mis en place avait non seulement eu pour but, mais également pour effet d'empêcher d'éventuels fournisseurs étrangers de vendre en Suisse les mêmes ouvrages que ceux diffusés par la recourante, avant d'être distribués à titre exclusif dans le pays par A. _____. Il fallait donc présumer, conformément à l'art. 5 al. 4 LCart, que, durant la période sous enquête, la concurrence efficace avait été supprimée sur le marché suisse de la distribution du livre en français s'agissant des ouvrages en question. Subsidièrement, le Tribunal administratif fédéral a estimé, à l'instar de la COMCO, que même si l'on devait considérer la présomption susmentionnée comme renversée et, partant, que le système mis en place par la recourante et A. _____ ne supprimait pas toute concurrence efficace, ledit système de distribution constituait à tout le moins une atteinte notable à la concurrence, non justifiée par un motif d'efficacité économique, de sorte qu'il s'avérait en tous les cas illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

Sur cette base, le Tribunal administratif fédéral a confirmé qu'il y avait lieu de sanctionner la recourante en application de l'art. 49a LCart à hauteur de 3'792'720 fr., comme l'avait décidé la COMCO, et de lui interdire d'entraver à l'avenir les importations parallèles que voudraient opérer les revendeurs de livres installés en Suisse, étant précisé que l'intéressée portait la responsabilité de l'atteinte à la concurrence qui lui était reprochée, même si elle impliquait par la force des choses une participation active d'autres sociétés de son groupe et, en particulier, de sa société mère, Interforum France.

5.3. Dans ses écritures, la recourante conteste les raisonnements qui précèdent. Elle affirme n'avoir jamais été partie à un quelconque accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart ni, a fortiori, à un quelconque contrat de distribution visé par l'art. 5 al. 4 LCart, que ce soit en lien avec la distribution des livres édités par le groupe Editis ou en lien avec des ouvrages qui seraient simplement diffusés par celui-ci, après avoir été produits par des entreprises d'édition indépendantes. Elle juge en outre que la sanction financière qu'elle s'est vu infliger a été calculée en violation du droit et, en particulier, du principe de proportionnalité. Elle remet ce faisant en cause plusieurs étapes du raisonnement tenu

par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt attaqué, dont il convient de vérifier la conformité au droit fédéral.

III. Respect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst.

6.

La recourante se plaint tout d'abord de plusieurs violations de son droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst.

6.1. Le droit d'être entendu, tel qu'il est ancré non seulement à l'art. 29 al. 2 Cst. mais aussi aux art. 29 ss de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021), comprend, entre autres prérogatives procédurales, le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve 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 la décision à rendre (ATF 139 II 489 consid. 3.3; 127 I 54 consid. 2b; 129 II 497 consid. 2.2; 124 I 48 consid. 3a; 122 I 53 consid. 4a). Dans ce contexte, le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits (ATF 129 II 497 consid. 2.2; cf. aussi arrêt 1C_485/2020 du 28 juin 2021 consid. 3.1).

6.2. En comparaison, les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA ne garantissent aux parties qu'un droit restreint à être interpellées sur des questions juridiques. Un tel droit existe uniquement lorsque l'autorité entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsqu'il existe un pouvoir d'appréciation particulièrement large de l'autorité (ATF 145 I 167 consid. 4.1). Il en découle que le droit d'être entendu doit en particulier être accordé si une autorité entend fonder sa décision sur une norme juridique ou un motif juridique qui n'a pas été invoqué en procédure jusqu'alors, qui n'a pas été soulevé par les parties concernées et à l'application duquel celles-ci ne pouvaient pas s'attendre dans le cas d'espèce (ATF 145 IV 99 consid. 3.1; 128 V 272 consid. 5b/bb; 125 V 368 consid. 4a). En revanche, le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., de même que celui consacré par les art. 29 ss PA, ne confère pas un droit général de s'exprimer sur un projet de décision (ATF 145 I 167 consid. 4.1; 132 II 257 consid. 4.2; 129 II 497 consid. 2.2). L'autorité n'a donc pas à soumettre par avance aux parties, pour prise de position, le raisonnement qu'elle entend tenir dans sa décision à venir (ATF 131 V 9 consid. 5.4.1; 128 V 272 consid. 5b/bb; arrêt 2C_356/2017 du 10 novembre 2017 consid. 4.3). Sous cet angle, l'art. 30 al. 2 LCart, qui dispose que les participants à une enquête de la COMCO peuvent donner leur avis sur la proposition de décision que doit leur soumettre cette autorité avant de statuer, accorde des garanties supplémentaires par rapport au droit d'être entendu consacré par la Constitution fédérale et la PA (ATF 129 II 497 consid. 2.2). Ce droit d'être entendu élargi ne vaut toutefois qu'au stade de l'enquête de la COMCO, et non lors d'une éventuelle procédure de recours ultérieure contre la décision finalement prise en première instance par

celle-ci, une telle procédure étant exclusivement soumise à la PA (cf. art. 37 LTAF a contrario).

6.3. Dans ses écritures, la recourante se plaint en l'occurrence d'avoir été "confrontée à des allégations changeantes" tout au long de la procédure et de la part des différentes autorités précédentes. Elle considère en premier lieu que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral aurait retenu de manière "nouvelle" que sa société mère, Interforum France, pouvait être qualifiée de "distributeur agréé" au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Elle affirme qu'elle aurait dû pouvoir se prononcer sur cette approche juridique dans le cadre de la procédure de recours, ce qui aurait impliqué qu'elle en soit avertie avant la reddition de l'arrêt attaqué. La Cour de céans ne voit toutefois pas en quoi l'appréciation juridique du Tribunal administratif fédéral mentionnée ci-devant et mise en cause par la recourante aurait été nouvelle et inattendue. Le présent litige a en effet toujours consisté à savoir si l'intéressée avait participé à des accords verticaux visés par l'art. 5 al. 4 LCart, c'est-à-dire à des contrats de distribution attribuant un territoire sur lequel les ventes par "d'autres fournisseurs agréés" sont exclues. Dans ce cadre, il était inévitable de s'interroger sur la place occupée et le rôle joué par Interforum France dans le système de diffusion-distribution exclusive convenu entre la recourante et A. _____, sachant que la société française précitée constitue l'une des principales entreprises en charge de la distribution des produits édités et/ou diffusés par Editis à l'étranger. Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral n'a pas raisonné de manière inattendue et n'a dès lors nullement violé le droit d'être entendu de la recourante en ne l'informant pas de son intention de qualifier Interforum France et, de manière générale, le groupe Editis de "fournisseur", respectivement de "distributeur" ("Vertriebspartner" ou "distributore") au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, avant de rendre son arrêt.

6.4. Dans un deuxième temps, la recourante prétend que le Tribunal administratif fédéral a retenu de manière totalement nouvelle qu'Interforum France aurait, durant la période sous enquête de la COMCO, interdit aux grossistes étrangers de revendre à des librairies suisses les ouvrages qu'elle leur livrait. Elle soutient que ce reproche n'était pas mentionné dans la décision initiale de la COMCO et qu'elle ne pouvait dès lors pas s'attendre à ce que le Tribunal administratif fédéral le lui oppose dans l'arrêt attaqué. Toutefois, cette critique est à nouveau mal fondée et quelque peu malvenue. Le fait est que le présent litige trouve son origine dans des accords de distribution dont la COMCO a considéré qu'ils cloisonnaient le marché suisse et qui stipulent expressément que la recourante doit faire ses meilleurs efforts pour qu'aucune importation indirecte des produits édités ou diffusés par le groupe Editis ne puisse avoir lieu vers la Suisse "via des grossistes ou assimilés". La question des liens commerciaux que le groupe de la recourante a pu entretenir avec les entreprises officiant comme grossistes de livres en France, et en particulier le point de savoir si une interdiction d'exportation vers la Suisse leur a été imposée, a donc toujours occupé une place centrale en la cause. La recourante - qui a d'ailleurs prétendu dans son recours à l'autorité précédente que l'engagement contractuel précité n'aurait jamais été appliqué

au sein du groupe Editis et, en particulier, par Interforum France - en était parfaitement consciente. Il est donc déplacé de sa part de prétendre que le Tribunal administratif fédéral aurait dû attirer son attention sur le fait qu'il entendait retenir dans son arrêt que sa société mère avait bel et bien interdit aux grossistes étrangers de revendre aux librairies suisses les ouvrages qu'elle leur livrait.

6.5. Enfin et en dernier lieu, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue au motif que le Tribunal administratif fédéral aurait considéré, de manière surprenante d'après elle, qu'il n'était pas prouvé qu'Interforum France aurait fourni B. _____ en livres durant la période sous enquête. Elle prétend que l'existence de telles importations parallèles n'aurait jamais été contestée jusque-là. Tel que formulé, ce grief ne relève cependant pas d'une éventuelle violation du droit d'être entendu, mais du point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a correctement établi les faits. Il est rappelé que le Tribunal fédéral n'examinera ce grief que sous l'angle de l'arbitraire, et ce pour autant encore qu'il soit susceptible d'influer le sort de la cause (cf. infra consid. 10.10.1).

6.6. Il s'ensuit qu'il ne peut être reproché au Tribunal administratif fédéral de n'avoir pas respecté le droit d'être entendue de la recourante tel que garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., quoi que celle-ci affirme.

IV. Existence d'accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart

7.

Sur le fond, la première question à examiner est celle de savoir si, durant la période sous enquête de la COMCO, soit entre 2005 et 2011, la recourante a participé à des "accords en matière de concurrence" au sens de l'art. 4 al. 1 LCart en confiant à A. _____ la distribution exclusive sur le territoire suisse des ouvrages qu'elle était appelée à diffuser auprès des revendeurs helvétiques. Il s'agit en effet d'une condition de base indispensable à la reconnaissance d'un accord illicite selon l'art. 5 al. 1 LCart et, a fortiori, à une éventuelle condamnation de l'intéressée en vertu de l'art. 49a al. 1 LCart (cf. aussi art. 2 al. 1 LCart et supra consid. 4).

7.1. La recourante reproche en l'espèce au Tribunal administratif fédéral d'avoir contrevenu aux art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart en retenant qu'elle avait participé à des accords en matière de concurrence relevant de la LCart. Elle soutient que la relation qu'elle a entretenue entre 2005 et 2011 avec A. _____ représenterait une simple relation d'agence, laquelle ne constituerait pas un accord en matière de concurrence au sens des dispositions précitées, de sorte que les règles de la LCart ne lui seraient pas applicables.

7.2. Aux termes de l'art. 4 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". Cela signifie que, pour être en présence d'un accord en matière de concurrence relevant de la LCart, deux conditions doivent être réunies: il faut (1) se trouver face à

une convention ou une pratique concertée entre (au moins) deux entreprises et (2) que cette convention ou cette pratique vise ou entraîne une restriction à la concurrence (ATF 144 II 246 consid. 6.4), laquelle consiste en une limitation de la liberté dans le jeu de l'offre et de la demande en lien avec des paramètres déterminants du point de vue de la concurrence efficace (ATF 148 II 321 consid. 6.2 et arrêt 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2 destiné à la publication; aussi 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2, non publié in ATF 148 II 25, et 4C.353/2002 du 3 mars 2003 consid. 3.1). Des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent ainsi exister non seulement entre entreprises de même rang (accords horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; 129 II 18 consid. 4), dans la mesure où ils concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (cf. Communication de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux [ci-après: CommVert], FF 2010 4625, ch. 1). En revanche, les conventions passées entre des sociétés appartenant à un même groupe et sur lesquelles une société mère exerce un contrôle effectif ne sont pas soumises à la LCart, dès lors que toutes ces entités, en l'absence d'indépendance, constituent une seule et même entreprise et bénéficient de ce que l'on appelle un "privilège de groupe" (ATF 145 III 303 consid. 7.2.2; arrêts 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2.6, destiné à la publication; 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2 et 7.3, non publié in ATF 148 II 25). Il en va de même en droit européen (cf. notamment arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE; aujourd'hui: Cour de justice de l'Union européenne; CJUE] C-73/95 du 24 octobre 1996, Viho Europe BV, RJ 1996 I-05457, ch. 16 ss; décision de la Commission européenne 70/332 du 30 juin 1970, Kodak, JO n° L 147, p. 24-27).

7.3. Suivant une logique similaire à celle qui est à la base du "privilège de groupe", les autorités européennes considèrent que certains accords de distribution spécifiques, qu'elles qualifient de "contrats d'agence", échappent également au droit de la concurrence, à tout le moins en partie (cf. Communication de la Commission européenne du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: Lignes directrices UE], nos 18 ss; arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes [ci-après: TPICE] T-325/01 du 15 septembre 2005, Daimler-Chrysler, Rec. 2005 II-3319, ch. 81 ss). Elles se réfèrent à des conventions par lesquelles une entreprise investit une autre du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats d'achat et de vente de biens ou de services pour son compte. L'entreprise mandatée, qui n'assume aucun risque en lien avec les contrats négociés ou conclus pour le compte de l'autre et qui ne détermine pas de manière autonome son comportement sur le marché, doit être considérée comme un simple auxiliaire de l'entreprise représentée. Les deux entités, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, peuvent être vues comme une seule unité économique si, sur la base d'une analyse in concreto, il faut considérer que l'agent ne supporte aucun risque com-

mercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné, ou n'en supporte qu'une partie négligeable (cf. arrêt du TPICE Daimler-Chrysler précité, ch. 86). Cette question s'examine le cas échéant non seulement en lien avec la nature et le contenu des contrats conclus et/ou négociés, mais aussi au regard des investissements nécessaires à l'exercice de l'activité d'intermédiaire, ainsi qu'en tenant compte des éventuelles activités supplémentaires confiées par le commettant à l'agent sur le marché de produits concerné (cf. Lignes directrices UE, nos 13-17; arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañía Española de Petróleos SA, Rec. 2006 I-11987, ch. 43 ss).

7.4. D'après la pratique européenne, en cas de relation de "contrats d'agence" au sens qui précède, les obligations imposées par le commettant à l'intermédiaire en lien avec la vente à des tiers (p. ex. des limitations quant au territoire, à la clientèle ou au prix ou conditions sur ou auxquels l'agent peut vendre les biens ou services concernés) échappent aux règles en matière de concurrence (cf. Lignes directrices UE, no 18). En revanche, comme l'agent demeure une entreprise distincte du commettant, les éventuelles autres dispositions contractuelles aménageant la relation entre les deux entreprises n'échappent pas au droit de la concurrence. Cela signifie concrètement que le fait de qualifier une relation commerciale de "contrat d'agence" ne constitue jamais un blanc-seing complet du point de vue du droit européen de la concurrence. Les clauses d'un contrat d'agence qui, par exemple, interdisent au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité), de même que celles qui prohibent à l'agent d'agir pour le compte d'autres entreprises (clauses dites de "monomarkisme"), doivent respecter les règles en matière de concurrence, dans la mesure où elles peuvent entraîner un verrouillage du marché concerné (cf. Lignes directrices UE, no 19; arrêts de la CJCE C-279/06 du 11 septembre 2008, CEPESA Estaciones de Servicio SA contre LV Tobar e Hijos SL, Rec. 2008 I-6681, ch. 41; aussi C-217/05 précité, ch. 62).

7.5. Dans un arrêt récent, qui concernait également la conformité à la LCart de contrats de distribution conclus entre A. _____ et la filiale suisse d'un autre grand groupe français d'édition et de distribution, soit C. _____, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la notion de "contrat d'agence" de droit européen et, partant, l'institution corollaire du "privilege de l'agent" devaient être reconnues en droit suisse (cf. arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 6.6, destiné à la publication). Il a en effet souligné que la reconnaissance d'un "privilege de l'agent" inspiré du droit européen ne constituerait de toute manière pas un blanc-seing du point de vue de la LCart. En effet, comme l'avaient déjà souligné les autorités européennes, un tel privilege ne profiterait qu'aux seules obligations que le commettant pourrait imposer à son agent en lien avec les contrats conclus pour son compte. Les engagements que les parties prendraient l'une envers l'autre dans un "contrat d'agence", afin de régler leurs rapports réciproques, resteraient pour leur part toujours soumis à la

LCart. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il en allait spécifiquement ainsi des clauses d'exclusivité territoriale convenues dans les contrats de distribution successifs litigieux conclus entre la société recourante et A. _____. De telles clauses, qui n'imposaient en soi aucune obligation à cette dernière dans ses rapports avec les revendeurs de livres helvétiques, avaient pour fonction d'organiser la relation commerciale des deux sociétés susmentionnées; elles restreignaient ce faisant les conditions auxquelles la première et, plus généralement, le groupe d'édition et de distribution auquel elle appartenait - à savoir le groupe C. _____ - pouvaient vendre les ouvrages qu'ils édaient et/ou diffusaient. De telles clauses, qui affectaient les canaux d'approvisionnement d'un grand nombre de livres écrits en français, constituaient sans conteste des accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart, même si l'on devait considérer qu'elles s'inséraient dans des "contrats d'agence" (cf. arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 6.7 et 6.8, destiné à la publication).

7.6. Le même raisonnement s'applique en l'espèce. Le litige concerne aussi la légalité de clauses d'exclusivité territoriale contenues dans différents contrats de distribution successifs. Par ces contrats, la recourante a confié à A. _____ la distribution des livres édités et/ou diffusés par le groupe Editis " auprès de l'intégralité des revendeurs de livres " helvétiques, tout en s'engageant " à faire ses meilleurs efforts pour que des importations directes ou indirectes de France (hors Interforum) via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse ". Il est ainsi reproché à la recourante - comme c'était le cas dans la cause 2C_44/2020 précitée - d'avoir cloisonné le marché suisse en violation de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, en conférant une protection territoriale absolue à A. _____ en lien avec la distribution wholesale d'ouvrages en français, c'est-à-dire en garantissant à cette société l'absence de toute concurrence provenant non seulement de Suisse, mais aussi de l'étranger en lien avec la distribution en gros de livres édités ou simplement diffusés par le groupe Editis. Un tel régime d'exclusivité - indépendamment de la question de savoir s'il assure véritablement une protection territoriale absolue en faveur de A. _____, ce que la recourante conteste - ne peut en aucun cas bénéficier d'un éventuel "privilege de l'agent".

7.7. En résumé, il découle de ce qui précède que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en estimant que les différents contrats de distribution successivement conclus entre la recourante et A. _____ et valables durant la période sous enquête constituaient des accords en matière de concurrence au sens des art. 2 et 4 LCart. Le grief de la recourante selon lequel lesdits contrats échapperaient au champ d'application de cette loi en raison d'un "privilege de l'agent" est mal fondé, car les clauses d'exclusivité territoriale qu'ils contiennent - et qui se trouvent au centre du présent litige - ne peuvent en aucun cas profiter d'un tel régime de faveur.

7.8. Reste à savoir si les contrats de distribution stipulant les clauses d'exclusivité territoriale litigieuses représentent des accords verticaux visés par l'art. 5 al. 4 LCart, comme l'ont reconnu les autorités précédentes, étant rappelé qu'il s'agit là d'une condition nécessaire au

prononcé d'une sanction financière directe au sens de l'art. 49a al. 1 LCart.

V. Portée de l'art. 5 al. 4 LCart

8.

La recourante conteste en l'occurrence avoir participé à un quelconque accord vertical avec A. _____ remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart dans le cadre de son activité de diffusion et de distribution de livres en Suisse et, partant, avoir institué un système de distribution propre à supprimer toute concurrence efficace sur ce marché. Elle soulève ce faisant plusieurs griefs précis à l'encontre de l'arrêt attaqué qui ne peuvent être traités qu'après un bref rappel de la portée de l'art. 5 al. 4 LCart, qui, pour mémoire, prévoit que les "contrats de distribution attribuant des territoires" sont, entre autres accords, présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace sur le marché qu'ils concernent "lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues".

8.1. La présomption de suppression de concurrence efficace instituée par l'art. 5 al. 4 LCart à l'égard de certains accords verticaux attribuant un territoire implique la réalisation de trois conditions qu'il convient de passer en revue: (1) l'existence d'un accord vertical de distribution, (2) l'attribution d'un territoire et (3) la mise en place d'une protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2).

8.2. Il n'y a d'accord vertical de distribution au sens de l'art. 5 al. 4 LCart que lorsque des entreprises occupant des échelons du marché différents s'entendent sur des modalités de distribution de biens, services ou produits dans le cadre d'un contrat de distribution. Selon la jurisprudence, la notion de "contrats de distribution" doit être comprise largement. Elle englobe évidemment les contrats de distribution proprement dits, par lesquels un producteur ou un prestataire de services organise son réseau de distribution et convient avec son distributeur que ses produits seront écoulés selon des modalités qu'ils spécifient (contrat de distribution exclusive, système de distribution sélective, contrat d'achat exclusif, contrat de fourniture exclusive, etc.). Elle couvre cependant aussi les clauses de distribution spécifiques insérées dans d'autres contrats, comme des contrats de franchise ou de licence (ATF 143 II 297 consid. 6.3.1).

8.3. Un accord vertical de distribution procède à une attribution de territoire lorsqu'il contient une clause d'attribution de marché se référant à une surface délimitée ou délimitable (p. ex. la Suisse qui constitue un marché potentiellement clos, ce qui a justifié l'introduction de l'art. 5 al. 4 LCart; ATF 143 II 297 consid. 6.3.2). Il convient de souligner à cet égard que le texte clair de l'art. 5 al. 4 LCart ne se réfère qu'aux répartitions de marchés sur la base de "territoires". La présomption de suppression de la concurrence efficace prévue par cette disposition ne vaut dès lors pas pour les accords de distribution qui segmenteraient le marché en fonction d'une "clientèle" (cf. aussi BO 2003 CE 330). Un accord d'exclusivité de clientèle par lequel un fournisseur s'engagerait à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée (p. ex. à des clients exerçant une profession déterminée ou figurant

sur une liste préétablie sur la base d'un critère donné; cf. Lignes directrices UE, no 168) ne relève en principe pas de l'art. 5 al. 4 LCart, à moins bien sûr que la clientèle en question soit définie sur la base d'un critère géographique uniquement (ATF 148 II 25 consid. 8.2; AMS-TUTZ/CARRON/REINERT, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, no 594 ad art. 5 LCart).

8.4. D'après l'art. 5 al. 4 LCart, un accord vertical de distribution attribuant un territoire n'est enfin présumé supprimer la concurrence efficace que s'il est exclu que d'autres fournisseurs agréés procèdent à des ventes sur ce territoire. Se fondant sur une interprétation historique et téléologique de la loi, le Tribunal fédéral considère que seuls les cas de protection territoriale "absolue" sont visés par la norme précitée et concernés par la présomption de suppression de la concurrence que celle-ci institue. Une telle présomption implique que les partenaires de distribution externes au territoire attribué se voient empêchés de procéder à des ventes non seulement "actives", mais également "passives" vers le territoire attribué (ATF 143 II 297 consid. 6.3.4). Par "vente active", il faut comprendre le fait, pour un distributeur, de chercher à obtenir des clients ou une clientèle installés sur le territoire d'un autre distributeur par le biais de moyens ciblés. Quant à la "vente passive", elle consiste uniquement à répondre à des commandes spontanées effectuées par des clients provenant de ce territoire. La distinction entre ces deux types de vente est essentielle, car tant et aussi longtemps qu'il reste permis d'opérer des ventes passives à destination d'un territoire attribué à titre exclusif à un distributeur, il convient de retenir que celui-ci ne bénéficie d'aucune protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, quand bien même aucun autre distributeur ne peut procéder à des ventes actives sur ce même territoire; on se trouve dans un tel cas face à une protection territoriale uniquement "relative", laquelle n'est pas visée par la disposition précitée et n'est, partant, pas présumée supprimer toute concurrence efficace (cf. ATF 148 II 25 consid. 8.3; 143 II 297 consid. 6.3.5).

8.5. L'art. 5 al. 4 LCart précise que l'exclusion de ventes passives à destination du territoire suisse justifiant la présomption de suppression de la concurrence doit concerner "d'autres fournisseurs agréés". La version française de la disposition diverge sur ce point quelque peu de celles allemande et italienne qui évoquent, pour leur part, une interdiction de vente par des "gebietsfremde Vertriebspartner" ou des "distributori esterni". Il en ressort que la présomption de suppression de la concurrence de l'art. 5 al. 4 LCart implique que des entreprises actives dans la distribution d'un produit donné - et non dans sa seule production - se voient interdire de vendre ce produit à destination d'un territoire de distribution attribué à une autre entreprise (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.3.3). Ainsi, l'accord par lequel une entreprise uniquement productrice se contenterait de renoncer à la vente directe de ses produits en Suisse, après en avoir externalisé la distribution à une autre entreprise, ne tombe pas forcément en tant que tel sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. notamment arrêt 2C_52/2020 rendu ce jour consid. 7.3.5 et 7.3.6). Il en va de même de l'accord par lequel un producteur étranger s'obligerait à transmettre à son importateur suisse toutes les de-

mandes d'achat qui lui parviendraient dans la mesure où elles émaneraient de Suisse. En effet, de telles restrictions de vente ne concernent en règle générale que le producteur du bien concerné, sans nécessairement toucher d'éventuels distributeurs de celui-ci (cf. BO 2003 CE 329 ss; Note explicative de la Commission de la concurrence du 12 juin 2017 relative à la CommVert [état le 9 avril 2018; ci-après: Note explicative CommVert], ch. 9, 1^{er} point; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., nos 557 ss ad art. 5 LCart). Il est cependant possible que ces accords soient malgré tout illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart, dans la mesure où ils sont susceptibles de restreindre d'une manière notable la concurrence sur le marché considéré, ou qu'ils résultent d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart de la part du distributeur protégé. Ne limitant pas en tant que tels la liberté d'action d'une entreprise "distributrice", ils ne constitueront en revanche pas des contrats présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (ATF 148 II 25 consid. 9.3.1).

VI. Existence à la fois d'un accord vertical de distribution et d'une attribution de territoire

9.

La recourante soutient que les contrats qu'elle a conclus en 1996 et 2008 avec A. _____ en vue de la distribution en Suisse des livres édités ou simplement diffusés par le groupe Editis ne tombent pas sous le coup de la présomption réfragable de suppression de la concurrence posée à l'art. 5 al. 4 LCart, car ils ne constitueraient pas des accords verticaux de distribution attribuant un territoire au sens de cette disposition.

9.1. Dans ses écritures, la recourante expose que A. _____ ne constituerait qu'un simple "prestataire de services" pour les entreprises d'édition et de diffusion de livres. A ce titre, cette société ne pourrait pas être considérée comme un acteur de la chaîne de production et de distribution des livres en français auquel il serait possible de réserver un territoire de distribution. La recourante soutient ainsi que les deux contrats passés avec A. _____ en 1996 et 2008 ne remplissent pas les deux premières conditions nécessaires pour les qualifier de contrats de distribution attribuant un territoire et présumés supprimer toute concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, soit l'existence d'un accord vertical de distribution et celle d'une attribution d'un territoire.

9.2. Comme déjà expliqué, un accord vertical de distribution au sens de l'art. 5 al. 4 LCart consiste en une convention (ou une pratique concertée) entre plusieurs entreprises qui occupent des échelons différents sur un même marché. Par un tel accord, ces dernières s'entendent sur des modalités de distribution de biens ou de services déterminés, notamment sur les conditions auxquelles elles peuvent acheter, vendre ou revendre lesdits produits (cf. supra consid. 7.2). La loi et la pratique opposent en règle générale les accords verticaux aux accords horizontaux, en ce sens que les seconds, contrairement aux premiers, réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes occupant en principe le même échelon d'un marché de biens ou de services (cf. art. 5 al. 3 LCart). Cela étant dit, tous les accords en matière de concurrence relevant de la LCart ne peuvent pas forcément être qualifiés d'horizontaux ou

de verticaux; certains constituent d'autres types d'accords (sonstige Wettbewerbsabreden), dans la mesure où ils ne portent pas sur un seul secteur d'activité, comme c'est en principe le cas pour les accords verticaux ou horizontaux, mais concernent deux marchés de biens ou de services différents qu'ils lient entre eux (cf. arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 7.2.3). A l'inverse, il existe des accords qui ont pour caractéristique de présenter les doubles traits d'un accord à la fois vertical et horizontal. Tel est en particulier le cas des contrats de distribution de biens non réciproques que des entreprises concurrentes peuvent conclure entre elles. De tels contrats impliquent d'un côté un fournisseur, qui produit les biens objets du contrat, tout en en distribuant lui-même une partie, et de l'autre un acheteur, qui n'est pour sa part actif que dans la distribution et qui ne fabrique de ce fait pas de produits concurrents. La pratique et la doctrine considèrent de manière unanime qu'une telle situation, dite de "double distribution" ("zweigleisiger Vertrieb"), présente un caractère vertical prépondérant, de sorte qu'elle doit en principe être examinée comme un accord vertical et, partant, être appréhendée exclusivement selon les règles de droit correspondantes (cf. CommVert, ch. 8 par. 2 let. a; notamment également KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., nos 540 ss ad art. 5 LCart; BANGERTER/ZIRLICK, op. cit., nos 98 ss ad art. 4 al. 1 LCart; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch - Wettbewerbsrecht, 2013, no 2.143; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., nos 553 ad art. 5 LCart).

9.3. La notion d'accord vertical ancrée en droit suisse, c'est-à-dire celle d'"accord passé entre des entreprises occupant différents échelons du marché", est largement similaire à celle prévalant en droit européen, sur lequel le législateur suisse a d'ailleurs voulu se calquer en adoptant l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 4.4; aussi KLAUS NEFF, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2^e éd. 2021, nos 7 s. ad ch. 1 CommVert [Vert-BM]). Aux termes du droit européen, un accord vertical consiste également en un accord ou en une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises, opérant chacune à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (art. 1 let. a du Règlement no 330/2010 de la Commission européenne 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 [JOUÉ L 102/1], remplacé depuis le 1^{er} juin 2022 par le règlement homologue du 10 mai 2022). Il est entendu que cette définition, qui doit être opérée "aux fins de l'accord ou de la pratique concertée", doit en principe être interprétée largement, notamment en tant qu'elle se réfère à la sous-notion de "chaîne de production ou de distribution" (cf. JOCHEN BERNHARD, in: Münchener Kommentar - Wettbewerbsrecht, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3^e éd. 2020, no 15 ad Art. 1 Vertikal-GVO). Elle inclut en principe les situations de double distribution (cf. art. 2 par. 4 des règlements précités), mais aussi les situations dans lesquelles une entreprise vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise en vertu d'un accord susceptible de restreindre le jeu de la concurrence (cf. art. 1 par. 1 let. h du Règlement 330/2010, respectivement art. 1 par. 1 let. k du

Règlement du 10 mai 2022). Il en résulte qu'il peut exister un accord vertical entre deux entreprises quand bien même l'une d'elle n'achète aucun produit à l'autre, mais qu'elle se contente simplement d'en vendre pour le compte de cette dernière (cf. BERNHARD, op. cit., nos 81 s. ad Art. 1 Vertikal-GVO; aussi Lignes directrices UE, no 16).

9.4. En l'occurrence, le Tribunal administratif fédéral a constaté dans l'arrêt attaqué que la recourante et A. _____ avaient passé deux contrats successifs en 1996 et 2008, contrats qui avaient été formellement qualifiés " de distribution " par les parties. Il a ensuite établi que, par ces contrats, A. _____ s'était vu confier la " distribution " en Suisse des ouvrages édités non seulement par le groupe Editis, mais également par d'autres entreprises indépendantes ayant délégué à celui-ci la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en français. Il ressort de l'arrêt attaqué que, ce faisant, A. _____ s'est concrètement engagée à réceptionner et à stocker les ouvrages concernés, sans en acquérir pour autant la propriété, à traiter les commandes provenant des revendeurs de livres suisses, à livrer ces derniers, à leur facturer les ouvrages remis et, enfin, à gérer l'éventuel retour des ouvrages commandés conformément à la politique commerciale de la recourante. Ce faisant, A. _____, qui était rémunérée par la recourante pour chaque flux aller ou retour de marchandises, supportait d'après le contrat elle-même les risques liés au stockage des ouvrages (sinistre, différences de stock après inventaire, etc.). Elle assumait également l'entière responsabilité du recouvrement des créances sur les clients suisses. Elle devait en effet verser mensuellement à la recourante l'équivalent du prix net des produits facturés, quand bien même les clients ne s'acquittaient pas des montants dus auprès d'elle.

9.5. Il découle de la description qui précède que la recourante s'est adressée à A. _____ afin d'organiser la manière dont les ouvrages produits par son groupe - ou, pour certains, uniquement diffusés par celui-ci - devaient être distribués aux revendeurs de livres suisses durant la période sous enquête, soit entre 2005 et 2011. Ce faisant, elle s'est engagée à ne pas livrer elle-même de marchandise à de tels clients, tout en fixant de manière assez précise la manière dont A. _____ devait s'acquitter de cette tâche pour son compte et celui de son groupe. Les accords conclus à cette fin en 1996 et 2008 par la recourante et A. _____ déterminent ainsi les modalités de vente wholesale des produits Editis en Suisse. Ils mettent par ailleurs en relation deux entreprises qui occupent des échelons différents sur le marché du livre, puisque A. _____ est appelée à distribuer les produits que le groupe de la recourante lui fournit après les avoir la plupart du temps édités - c'est-à-dire produits - lui-même. En somme, les accords en question, qui impliquent bel et bien deux entreprises occupant des échelons différents sur un même marché, tout en fixant les modalités de distribution de biens déterminés, présentent sans conteste les traits d'accords verticaux de distribution au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà admis ce point - qui n'était pas contesté - dans d'autres affaires similaires (cf. arrêts 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 10.1, non

publié in ATF 148 II 321; 2C_52/2020 rendu ce jour consid. 7.2).

9.6. Quoi que prétende la recourante, il importe peu que la société A. _____ n'ait pas acheté les ouvrages qu'elle était censée livrer aux librairies et autres revendeurs de livres suisses pour le compte du groupe Editis et qu'elle n'en soit ainsi jamais devenue propriétaire. Comme on l'a vu, cet aspect n'est pas à lui seul décisif au moment de déterminer si la relation contractuelle et commerciale entretenue par les entreprises intéressées constitue un accord vertical de distribution, comme cela ressort d'ailleurs expressément du droit européen dont le droit suisse s'inspire (cf. supra consid. 9.3; cf. aussi NEFF, op. cit., no 11 ad ch. 1 CommVert). De même n'est-il pas décisif que A. _____ n'ait jamais contracté pour son compte avec les librairies et autres revendeurs de livres suisses, ni négocié les termes des différentes transactions qu'elle était appelée à exécuter pour le compte du groupe Editis dans le pays. Le fait est que A. _____ n'en était pas moins la principale - si ce n'est la seule - interlocutrice des revendeurs de livres helvétiques qui désiraient acheter en Suisse des ouvrages édités et/ou diffusés par le groupe Editis. A ce titre, c'est elle qui réceptionnait les commandes de ces entreprises et qui les livrait à partir d'un stock dont elle était responsable, avant de les facturer et de supporter elle-même les risques découlant d'éventuels retards ou défauts de paiement. Elle constituait ainsi un maillon essentiel de la chaîne de production et de distribution des livres édités et/ou diffusés par le groupe Editis. Il convient de souligner ici que la notion de "chaîne de production et de distribution", que le droit européen conçoit largement, peut être reprise en droit suisse (cf. supra consid. 4.4 et 9.3).

9.7. La Cour de céans relève encore qu'il ressort de l'arrêt attaqué que le groupe Editis, auquel appartient la recourante, distribue lui-même ses ouvrages à l'étranger, ce par l'intermédiaire d'Interforum France, de sorte qu'il se trouve dans un rapport de concurrence - à tout le moins potentiel - avec A. _____ s'agissant du marché suisse. Il s'ensuit que la présente cause concerne très précisément un accord de "double distribution", dont il est largement admis qu'il présente les caractéristiques d'un accord à la fois vertical et horizontal, étant précisé que le premier qualificatif serait prépondérant sur le second (cf. supra consid. 9.2).

9.8. On peine dès lors à suivre la recourante lorsqu'elle affirme que les contrats qu'elle aurait conclus avec A. _____ constitueraient des accords congloméraux, soit des "autres accords" ("sonstige Abreden") ne constituant ni des accords verticaux ni des accords horizontaux. La recourante fait à cet égard grand cas d'une décision de la Commission européenne dans laquelle celle-ci affirme que les distributeurs de livres seraient des "prestataires de services" envers les éditeurs (cf. décision de la Commission européenne COMP/M.2978 du 7 janvier 2004, Lagardère/Natexis/VUP, nos 121 et 735). On ne voit pas en quoi cette décision, qui ne concerne pas une problématique d'entente cartellaire, mais un contrôle de concentration d'entreprises, empêcherait de qualifier les contrats passés entre la recourante et A. _____ d'"accords verticaux". Dans sa décision, la Commission européenne souligne au contraire la forte

"intégration verticale" du marché du livre en français, où de grands groupes commerciaux, tels que celui de la recourante, sont actifs non seulement au niveau de l'édition, mais également au niveau de la diffusion et de la distribution des ouvrages en français (cf. décision de la Commission européenne Lagardère/ Natexis/VUP précitée, notamment nos 29 et 974). Elle explique également en détail le rôle d'"intermédiaire" joué par les diffuseurs-distributeurs, qui mettent en relation des éditeurs qu'ils diffusent et des revendeurs qu'ils visitent et livrent, après en avoir reçu les commandes (cf. décision de la Commission européenne Lagardère/Natexis/VUP précitée, notamment nos 172 s.). Or, comme on l'a vu, ce rôle d'intermédiaire correspond précisément à une relation commerciale verticale au sens du droit européen, quand bien même il implique que l'entreprise qui l'assume conclue des contrats pour le compte d'une autre (cf. supra consid. 9.3). En ce sens, la décision de la Commission européenne citée par la recourante confirme que le rapport contractuel liant la recourante et A._____ doit être qualifié d'accord vertical attribuant un territoire.

9.9. Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral a retenu à juste titre que la recourante avait participé à des accords verticaux de distribution attribuant un territoire durant la période sous enquête.

VII. Octroi d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

10.

La recourante soutient que les différents contrats de distribution exclusive successifs qu'elle a signés en 1996 et 2008 avec A._____ ne remplissent pas la troisième et dernière condition permettant de les qualifier d'accords de distribution présumés supprimer toute concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, car ils n'auraient jamais visé à assurer une protection territoriale absolue à sa partenaire commerciale. Retenir le contraire, comme l'a fait le Tribunal administratif fédéral, procéderait non seulement d'une mauvaise interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart, mais violerait également l'interdiction de l'arbitraire consacrée à l'art. 9 Cst., de même que la présomption d'innocence garantie par les art. 32 al. 2 Cst. et 6 par. 2 CEDH.

10.1. Il ressort en l'occurrence de l'arrêt attaqué qu'en 1996, la recourante a passé un premier contrat de distribution avec A._____ afin de lui confier la distribution exclusive en Suisse des ouvrages édités et/ou diffusés par le groupe Editis. Or, le Tribunal administratif fédéral a constaté - d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF) - que le contrat en question contenait la clause suivante:

"Il est entendu que [Interforum], si toutefois les législations françaises, de l'Union Européenne et de la Suisse le permettent, fera ses meilleurs efforts, en intervenant auprès de sa Maison Mère et de "ses" Editeurs et/ou Distributeurs avec qui il a signé des contrats, pour que des importations directes ou indirectes de France (hors [Interforum]) - "sauvages et parallèles" - via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse. Il en va d'ailleurs de son propre intérêt de "protéger" ce dernier et [Interforum] et A._____ conviennent de se signaler immédiatement tout "incident"

sur ce plan et s'engagent à rechercher et à fournir le maximum de renseignements et de preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles "pratiques" éventuellement constatées.

N.B.: A._____ aura les mêmes préoccupations."

Le Tribunal administratif fédéral a également établi dans son arrêt que le contrat susmentionné avait été remplacé en 2008 par un autre, qui recelait une clause dont la recourante a déclaré devant la COMCO qu'elle était similaire à celle reproduite ci-dessus. Cette clause prévoyait très précisément que l'intéressée " confi[ait] à A._____, dans le respect des lois en vigueur, la distribution des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres " et qu'elle " s'engage[ait] à faire ses meilleurs efforts pour que des importations directes ou indirectes de France (hors Interforum) via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse ".

10.2. Pour le Tribunal administratif fédéral, il n'existe aucun doute quant au sens à attribuer aux clauses exposées ci-devant: d'après lui, elles visent indéniablement le cloisonnement du territoire suisse et, partant, à octroyer une protection absolue à la recourante, ce que les parties au contrat ne pouvaient, raisonnablement et de bonne foi, ignorer. De telles clauses feraient en outre naître une présomption de fait selon laquelle le groupe Editis se serait efforcé de prendre les mesures nécessaires afin d'empêcher que d'autres distributeurs - comme Interforum France ou d'éventuels grossistes français - ne concurrencent A._____, en vendant également à destination de la Suisse les mêmes ouvrages que cette dernière. D'après le Tribunal administratif fédéral, l'existence d'un régime d'exclusivité absolue en faveur de A._____, censé empêcher toute importation parallèle depuis l'étranger, serait par ailleurs corroborée par d'autres indices. L'autorité précédente voit tout d'abord des indices de l'existence d'une entente sur une protection territoriale absolue dans le devoir d'information réciproque prévu dans le contrat de 1996, ainsi que dans le droit de retour que la recourante propose pour certains ouvrages distribués par A._____, étant entendu que seul un cloisonnement du marché suisse permettrait d'assurer le parfait fonctionnement de cette pratique commerciale. Les juges précédents ont également relevé que, lors d'une séance de 2005 à laquelle la recourante était représentée, l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ASDEL) aurait abordé la question des importations parallèles et de leur éventuelle "autorisation", ce qui laisserait entendre qu'il existait une pratique de cloisonnement du marché suisse chez les diffuseurs-distributeurs de livres à cette époque. A cela s'ajoute enfin qu'aucune importation parallèle n'aurait eu lieu, ni n'aurait été possible s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante durant la période visée par l'enquête de la COMCO, soit entre 2005 et 2011, alors même qu'il aurait existé un intérêt économique pour les librairies helvétiques à se procurer les ouvrages en question à l'étranger. Cette absence d'importation parallèle tendrait à démontrer, selon le Tribunal administratif fédéral, que la recourante et le groupe Editis avaient bel et bien souhai-

té garantir une protection territoriale absolue à A. _____ et pris les mesures nécessaires à cette fin.

10.3. La recourante affirme pour sa part que le raisonnement du Tribunal administratif fédéral viole le droit. Elle soutient qu'il est impossible de retenir que A. _____ a bénéficié d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, car il n'aurait jamais été établi, par le biais de preuves directes, qu'elle-même ou le groupe Editis avaient contractuellement interdit aux éventuels distributeurs ou aux grossistes étrangers de revendre à destination de la Suisse les produits qui leur seraient livrés. Elle prétend que le Tribunal administratif fédéral serait tombé dans l'arbitraire et aurait violé le principe de présomption d'innocence en partant de la prémisse que de telles ventes passives avaient été empêchées par contrat ou par d'autres mesures prises par son groupe.

10.4. Déterminer si des entreprises sont parties à un accord remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart peut s'opérer de différentes manières. Un tel examen, qui peut se fonder sur un faisceau d'indices, implique cependant en tous les cas d'interpréter en premier lieu le contrat qui lie en principe les parties. A cet égard, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO et d'établir la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que cette volonté peut être expresse ou tacite (cf. ATF 147 II 72 consid. 3.3). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent à cet égard être interprétées conformément aux règles de l'art. 18 CO. Cette disposition exige de déterminer en priorité la volonté commune réelle des parties, ce qui constitue une question relevant de l'établissement des faits, et, si cela n'est pas possible, d'interpréter leurs manifestations de volonté conformément au principe de la confiance, sans s'arrêter aux termes retenus dans la convention (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3 et les références citées). Cette détermination de la volonté objective des parties selon le principe de la confiance est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs. Or, l'établissement de ces circonstances relève de la constatation des faits, ce que le Tribunal fédéral ne contrôle que sous l'angle de l'arbitraire (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

10.5. En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle tire des conclusions insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références citées). Quant au principe de présomption d'innocence, qui s'applique aux procédures pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart compte tenu de son caractère similaire au droit pénal (cf. ATF 143 II 297 consid. 9.1; 139 I 72 consid. 2; arrêt 2C_1017/2014 du 9 octobre 2017 consid. 2.2), il implique, comme règle d'appréciation des preuves, que le juge ne se déclare pas convaincu de l'existence d'un fait

défavorable à la personne visée par la procédure si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes sérieux et irréductibles quant à son existence. Le principe de présomption d'innocence n'a sous cet angle pas de portée plus large que l'interdiction de l'arbitraire (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3; 143 IV 500 consid. 1.1; 138 V 74 consid. 7). Cela étant, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées en droit de la concurrence, du moins lorsque les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 consid. 8.3.2). Il convient notamment de garder à l'esprit que les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont très rares en pratique de sorte que l'appréciation des faits doit régulièrement se faire sur la base d'indices (ATF 144 II 246 consid. 6.4.4).

10.6. En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), que, durant la période sous enquête, le groupe Editis se chargeait en principe de diffuser et de distribuer lui-même les ouvrages qu'il éditait auprès des revendeurs de livres, ce par l'intermédiaire d'une de ses filiales, à savoir la société Interforum France. Le Tribunal administratif fédéral a par ailleurs établi que le groupe acceptait aussi d'intégrer à son réseau de diffusion et de distribution certains éditeurs qui ne lui appartenaient pas, ce qui impliquait que ces derniers soient généralement aussi diffusés et distribués par Interforum France. Il découle ainsi de l'arrêt attaqué que le marché suisse a toujours constitué une singularité dans le système commercial du groupe, dans la mesure où celui-ci a délégué la distribution des ouvrages édités ou diffusés par lui non pas à l'une de ses filiales, telle Interforum France ou Suisse, mais à la société indépendante helvétique A. _____. Pour ce faire, la recourante, en tant que filiale du groupe Editis, a conclu deux contrats successifs avec A. _____ dans lesquels elle a accordé à celle-ci le droit exclusif de distribuer dans le pays les produits édités ou diffusés par son groupe. Ce faisant, elle s'est en particulier engagée en 1996 à " f[aire] ses meilleurs efforts, en intervenant auprès de sa Maison Mère et de <ses> Editeurs et/ou Distributeurs avec qui [Interforum] a signé des contrats, pour que des importations directes ou indirectes de France (hors [Interforum]) - <sauvages et parallèles> - via des grossistes ou assimilés, ne puissent être faites pour le marché suisse ". Les parties s'engageaient par ailleurs " à rechercher et à fournir le maximum de renseignements et de preuves pour que [Interforum] puisse faire les démarches nécessaires pour faire cesser de telles <pratiques> éventuellement constatées ".

10.7. Comme cela a été relevé par le Tribunal administratif fédéral, de telles clauses contractuelles, interprétées de manière objective, laissent transparaître sans équivoque que la recourante s'est engagée envers A. _____ à ce que celle-ci soit la seule société à distribuer en Suisse les livres édités et/ou diffusés par le groupe Editis, sans être concurrencée par d'éventuelles ventes passives opérées par d'autres distributeurs étrangers. Il ressort d'ailleurs de l'arrêt attaqué que A. _____ est partie de cette idée, puisque la société a déclaré en cours de procédure que les libraires suisses ne disposaient en principe pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que les diffu-

seurs officiels, "sauf par le marché gris". Ainsi, la Cour de céans ne voit pas en quoi le Tribunal administratif fédéral aurait mal appliqué et contrevenu au droit fédéral en considérant que, durant la période sous enquête, la recourante avait participé à un accord vertical de distribution garantissant une protection territoriale absolue à A._____. L'intéressée ne conteste d'ailleurs pas dans ses écritures que les contrats qu'elle a signés avec A._____ puissent être interprétés dans ce sens.

10.8. Dans ses écritures, la recourante reproche surtout au Tribunal administratif fédéral de n'avoir pas établi par le biais de preuves directes - et notamment par le biais de contrats conclus entre son groupe et d'autres partenaires commerciaux - que le groupe Editis avait respecté et exécuté son engagement de veiller à ce qu'aucune entreprise de distribution étrangère ne procède à des ventes passives sur le marché suisse. Ce faisant, elle perd de vue que la présence de contrats aussi clairs que ceux qu'elle a conclus avec A._____ peut suffire à la reconnaissance d'une entente tendant à garantir une protection territoriale absolue et, partant, à considérer que les accords en question tombent sous le coup de la présomption réfragable de suppression de toute concurrence prévue par l'art. 5 al. 4 LCart. Le Tribunal administratif fédéral n'avait pas nécessairement à démontrer que le groupe Editis avait concrètement et systématiquement mis en oeuvre son obligation de faire en sorte qu'aucun de ses partenaires commerciaux ne concurrence A._____ sur le territoire suisse, le cas échéant en leur interdisant de répondre positivement à des demandes d'importations parallèles provenant de librairies helvétiques. Une telle preuve s'imposait d'ailleurs d'autant moins en l'espèce que les différents contrats de distribution conclus entre la recourante et A._____ avaient pour objet et conséquence directe d'interdire la vente passive des produits Editis par la principale société susceptible d'y procéder, à savoir Interforum France, société mère de la recourante. Autrement dit, les accords excluaient bel et bien sans conteste la vente desdits produits par "d'autres fournisseurs agréés" au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, quoi que prétende la recourante.

10.9. La recourante tente de minimiser la portée de l'interdiction de vente directe sur le marché suisse à laquelle elle a souscrit pour le compte de son groupe en soutenant qu'une telle interdiction correspondrait à un engagement pris par une entreprise endossant le rôle de "producteur" (" Hersteller ") ou, éventuellement, de "fournisseur" (" Lieferant ") dans le contrat de distribution. D'après elle, cette obligation de non-concurrence ne tomberait pas sous le coup de la présomption de suppression de concurrence posée à l'art. 5 al. 4 LCart in fine, qui vise uniquement l'exclusion des ventes par "d'autres distributeurs" (" gebietsfremde Vertriebspartner " ou " distributori esterni "; cf. supra consid. 8.5). Le Tribunal administratif fédéral a toutefois établi que le groupe de la recourante ne constituait pas une entreprise purement productrice, dès lors qu'il était actif non seulement dans le domaine de l'édition de livres, c'est-à-dire dans celui de la production d'ouvrages littéraires, mais également dans le secteur économique de la distribution de livres. Le groupe représente ainsi assurément un "distributeur", respectivement un "autre fournisseur agréé" sur ce marché, qui se trouve d'ailleurs à ce

titre en concurrence - à tout le moins potentielle - avec A._____ (cf. ATF 148 II 321 consid. 9.4). A cela s'ajoute que les contrats que la recourante a conclus avec A._____ - lesquels constituent concrètement des accords de double distribution (cf. supra consid. 9.2 et 9.7) - ont, comme cela a été indiqué, comme particularité d'exclure toute vente passive des produits édités et/ou diffusés par le groupe Editis par la principale entreprise distributrice de ces produits, à savoir Interforum France, société mère de la recourante. Il en résulte qu'ils étaient évidemment propres à cloisonner le marché suisse, ce que l'art. 5 al. 4 LCart entend précisément combattre, et qu'ils relèvent dès lors bel et bien de la disposition précitée. Cette interprétation de la loi correspond au droit européen de la concurrence, qui a notamment pour principe fondamental d'interdire les accords entre producteur et distributeur tendant à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre Etats membres (cf. arrêt de la CJCE dans les affaires jointes 56 et 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grun-dig-Verkaufs-GmbH*, Rec. 2006 p. 429, spéc. 494 et ch. 8 du sommaire) et qui n'exempte pas les accords de double distribution - tels que ceux se trouvant au centre du présent litige - prévoyant des restrictions caractérisées à la concurrence, telles que les interdictions de ventes passives (cf., à cet égard, ch. 10 du préambule du Règlement 330/2010 et ch. 12 du préambule du Règlement du 10 mai 2022 qui l'a remplacé au 1^{er} juin 2022).

10.10. C'est enfin en vain que la recourante soutient n'avoir jamais octroyé de protection territoriale absolue à A._____ en relevant l'existence de certaines importations parallèles réussies par quelques revendeurs helvétiques plus ou moins importants, tels que B._____, de même qu'en rappelant la faculté qu'avaient ceux-ci d'acheter des livres par internet, sur des sites de vente en ligne étrangers tels qu'Amazon.

10.10.1. Tout d'abord, les quelques importations parallèles réussies auxquelles se réfère la recourante - et qui sont évoquées dans l'arrêt attaqué - ne sont pas de nature à ébranler de manière fondamentale le constat selon lequel la recourante aurait assuré une protection territoriale absolue à A._____ durant la période sous enquête. Ces ventes, effectuées dans des proportions et à fréquence anecdotiques d'après l'arrêt attaqué, démontrent tout au plus que l'exclusivité octroyée à A._____ n'a peut-être pas toujours été respectée de manière systématique; cela n'empêche toutefois pas de considérer que les accords qui la prévoyaient remplissent les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.4.2; 143 II 297 consid. 5.4.2).

10.10.2. Quant aux ventes opérées sur Amazon, qui ont aussi eu lieu en quantité négligeable et de manière ponctuelle selon l'arrêt attaqué, elles ne prouvent nullement que des "fournisseurs agréés" ont pu vendre des livres diffusés par le groupe Editis sur le territoire suisse. Comme l'a déjà souligné le Tribunal fédéral dans un précédent arrêt, la société de vente en ligne susmentionnée, qui s'assimile plutôt à une librairie étrangère, n'endosse pas un tel rôle sur le marché de la distribution wholesale du livre francophone (cf. ATF 148 II 25 consid. 9.3).

10.10.3. Il est pour le reste vrai que l'arrêt attaqué ne mentionne aucun revendeur ayant tenté d'acheter des livres diffusés par le groupe Editis à l'étranger et s'étant vu refuser une telle importation parallèle. L'absence de preuve directe sur ce point précis n'empêche toutefois pas d'admettre l'existence d'une protection territoriale absolue en faveur de A._____ sur la base des autres indices mentionnés ci-avant et, en particulier, au regard de clauses contractuelles claires convenues entre la recourante et la société précitée (cf. aussi arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 10.6.4, non publié in ATF 148 II 321).

10.11. Partant, sur le vu de ce qui précède, le Tribunal administratif fédéral n'a violé ni la LCart, ni le principe de présomption d'innocence, ni l'interdiction de l'arbitraire en retenant que la recourante était partie à des contrats de distribution accordant une protection territoriale absolue à A._____ et relevant de ce fait de la présomption de suppression de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

VIII. Existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart

11.

Il s'agit encore de déterminer si les accords de distribution ayant lié la recourante et A._____ entre 2005 et 2011 doivent être qualifiés d'illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

11.1. En vertu de l'art. 5 al. 1 LCart, sont illicites, 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 d'une concurrence efficace. Dans ce second cas, la justification des accords par des motifs d'efficacité économique est exclue (cf. ATF 143 II 297 consid. 4.1; 129 II 18 consid. 3). La suppression de la concurrence efficace peut être prouvée directement; elle peut également résulter des différents cas de figure énumérés par le législateur à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, où il est présumé que la concurrence effective est supprimée. Une telle présomption n'est toutefois pas irréfragable, en ce sens qu'elle peut être levée lorsqu'il est établi qu'une concurrence subsiste malgré tout sur le marché considéré (cf. notamment ATF 147 II 72 consid. 6.1 et 6.5; 144 II 246 consid. 7.2 et les références citées). Si cette présomption est levée, il convient de se demander comme face à tout accord en matière de concurrence, si la concurrence n'est pas affectée de manière notable malgré tout, sans motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart), auquel cas l'accord est illicite.

11.2. La jurisprudence a précisé la portée à donner à la notion d'"accords qui affectent de manière notable la concurrence" figurant à l'art. 5 al. 1 LCart. De manière générale, le caractère notable d'une atteinte à la concurrence peut être établi à l'aide de critères tant quantitatifs que qualitatifs, étant précisé que le seuil de gravité justifiant un constat d'illicéité doit rester globalement le même, quelle que soit l'approche adoptée (ATF 143 II 297 consid. 5.2.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 7.3.1). Cela étant, les accords verticaux visés

par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, auxquels le législateur a décidé d'appliquer une présomption de suppression de la concurrence efficace en raison de leurs effets potentiellement graves, ne constituent en principe pas des cas bagatelles, de sorte qu'ils sont par nature réputés affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Autrement dit, une appréciation qualitative de ces accords sous le prisme de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart suffit en règle générale à remplir la condition de l'atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille au surplus en examiner les effets réels sur un plan quantitatif (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.3.1-4.3.2; 143 II 297 consid. 5.2.5 et 5.4). Il est de ce fait possible de les qualifier d'emblée d'illicites, s'ils ne se justifient par aucun motif d'efficacité économique (cf. art. 5 al. 1 et 2 LCart). Il s'agit du premier cas de figure visé par l'art. 5 al. 1 LCart, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se demander si ces accords remplissent le second cas de figure visé par cette disposition, à savoir s'ils conduisent à une suppression de la concurrence efficace. Rappelons qu'admettre une suppression de la concurrence supposerait notamment d'examiner si la présomption posée à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart peut ou non être considérée comme levée (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.1-5.2.5, 5.3.2, 5.6).

11.3. Sur le vu de ce qui précède, il faut retenir que les deux accords de distribution ayant lié la recourante à A._____ durant la période sous enquête s'avèrent illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart. Chacun d'eux constitue en effet un accord vertical visé par l'art. 5 al. 4 LCart. De tels accords, qui tombent sous le coup d'une présomption réfragable de suppression de la concurrence efficace, ont en tous les cas affecté cette dernière de manière notable, conformément à la jurisprudence fédérale exposée ci-avant. Rien n'indique enfin que les restrictions à la concurrence prévues par ces accords auraient été justifiées par des motifs d'efficacité économique. Le Tribunal administratif fédéral l'a au contraire expressément nié dans son arrêt et ce point n'est pas contesté par la recourante, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le remettre en question, en l'absence de toute violation évidente du droit fédéral. Les accords précités s'avérant ainsi de toute manière illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart, il importe peu de savoir si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace qui leur est applicable pourrait être renversée en l'espèce. Il s'ensuit que les griefs que la recourante a soulevés à cet égard à l'encontre de l'arrêt attaqué n'ont pas à être examinés.

IX. Sanction et mesure prononcées au sens des art. 30 et 49a LCart

12.

Il s'agit à présent de contrôler si le Tribunal administratif fédéral était en droit, à l'instar de la COMCO, de condamner la recourante à payer une sanction financière de 3'792'720 fr., de même que de lui interdire d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres rédigés en français par tout détaillant actif en Suisse.

12.1. Dans son recours, la recourante conteste être passible d'une quelconque sanction financière en application de la LCart.

12.1.1. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 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 (1^{re} phrase). La jurisprudence a précisé que, par "accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 et 4", il fallait entendre les différents types d'accords mentionnés aux alinéas précités. Ces accords présentent en effet un caractère particulièrement dommageable, qu'ils conservent même en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace qui leur est associée (ATF 147 II 72 consid. 8.3.1 et les références citées). Ces accords, qui doivent donc être sanctionnés parce qu'ils sont considérés comme des restrictions particulièrement problématiques de la libre concurrence, ne peuvent toutefois être sanctionnés que s'ils sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, soit s'ils suppriment la concurrence ou l'entravent de manière notable sans motif justificatif d'efficacité économique (ATF 144 II 194 consid. 5.3; 143 II 297 consid. 9.4.6). A cela s'ajoute qu'une entreprise n'est passible de sanction que si l'on peut lui reprocher une faute, quand bien même le texte de l'art. 49a al. 1 LCart ne le précise pas expressément. A cet égard, il n'est pas indispensable de pouvoir attribuer la responsabilité de la violation de la LCart à une personne physique déterminée (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.4.2; 146 II 217 consid. 8.5.2). Un manque de diligence objectif prenant la forme d'un défaut d'organisation au sein de l'entreprise suffit, étant précisé qu'un devoir de diligence découle en premier lieu de la loi, à laquelle les entreprises doivent se conformer et en vertu de laquelle elles doivent en principe s'abstenir de conclure des accords en matière de concurrence visés par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (ATF 147 II 72 consid. 8.4.2; 143 II 297 consid. 9.6.2). Ainsi, lorsqu'une entreprise adopte un comportement anticoncurrentiel avéré, elle viole en règle générale simultanément son devoir de diligence objectif, car les entreprises doivent connaître et rester informées des règles de la LCart, de la pratique qui s'y rapporte et des publications pertinentes. Il leur est au demeurant loisible de se renseigner sur la situation juridique en vigueur et sur la portée de la LCart auprès de la COMCO (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.4.2; 143 II 297 consid. 9.6.2).

12.1.2. En l'occurrence, quoi qu'en dise la recourante, celle-ci a bel et bien participé à des accords de distribution illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart et visés par l'art. 5 al. 4 LCart durant la période sous enquête (cf. supra consid. 11.3). Il en résulte qu'elle a adopté un comportement remplissant les conditions objectives au prononcé d'une sanction financière au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. On peut également lui opposer la commission d'une faute au sens de la jurisprudence, dès lors qu'elle devait savoir que les accords qu'elle avait passés - lesquels étaient propres à cloisonner le marché suisse de manière absolue et, partant, susceptibles de porter à ce titre une atteinte au noyau dur de la concurrence - étaient contraires à la législation fédérale.

12.1.3. La recourante tente en vain de se dégager de toute responsabilité en affirmant qu'elle-même n'avait pas la capacité de cloisonner le marché suisse et que seule sa société mère était en mesure de mettre en oeuvre les accords qu'elle avait passés avec

A. _____, en renonçant d'une part aux ventes passives vers la Suisse et en interdisant d'autre part de telles ventes à ses partenaires grossistes. Comme le Tribunal fédéral l'a relevé dans un arrêt récent, il est évidemment possible d'imputer le comportement anticoncurrentiel d'une société mère à sa filiale, du moins lorsqu'il existe, comme en l'espèce, un rapport entre le comportement problématique de la première et l'activité économique de la seconde, ainsi que des liens économiques, organisationnels et juridiques étroits entre les deux entités (cf. ATF 148 II 321 consid. 8). De même la recourante se prévaut-elle en vain de divers avis de droit et décisions rendus par les autorités de la concurrence suisses et belges pour tenter de démontrer qu'elle ne pouvait pas s'attendre à ce que son comportement l'expose à des sanctions (en l'occurrence l'avis de droit de la COMCO, *Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*, in DPC 4/2017 p. 696, ainsi que les décisions nos 2009-P/K-25-AUD et 2010-P/K37 des 22 octobre 2009 et 22 septembre 2010 de l'Auditorat du Conseil de la Concurrence, respectivement du Conseil de la Concurrence dans l'affaire CONC-P/ K-06/0009, *Syndicat des Libraires francophones de Belgique contre Interforum*). Il n'y a rien à tirer de ces avis de droit et décisions qui concernent d'autres problématiques juridiques que celles au centre du présent litige (en l'occurrence d'éventuels accords sur les prix et abus de position dominante).

12.2. A titre subsidiaire, la recourante remet en cause le montant de la sanction qui lui a été infligée.

12.2.1. D'après l'art. 49a LCart, le montant de la sanction, qui peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (1^{ère} phrase), est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites (3^e phrase). Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (4^e phrase). Les différents critères et modalités de calcul sont pour le reste précisés par l'Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart; RS 251.5).

12.2.2. Or, selon l'OS LCart, la sanction à prononcer est en principe fixée en trois étapes. Il s'agit dans un premier temps de déterminer un montant de base, qui représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart). Ce montant de base doit lui-même être estimé en trois étapes préalables, consistant d'abord à déterminer les marchés suisses pertinents, puis à calculer le chiffre d'affaires réalisé sur ces marchés par l'entreprise à sanctionner et, enfin, à adapter le montant obtenu à la gravité objective de l'infraction (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.5.1; 146 II 217 consid. 9.1; 144 II 194 consid. 6.2). Le montant de base ainsi déterminé doit être adapté dans un deuxième temps à la durée de l'infraction (art. 4 OS LCart), avant d'être, dans un troisième temps, augmenté ou diminué en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes (art. 5 et 6 OS LCart).

12.2.3. Lors de la fixation de la sanction, le principe de proportionnalité doit être respecté conformément à l'art. 5 al. 2 Cst., ce que rappelle expressément l'art. 2 al. 2 OS LCart. Dans ce contexte, une sanction n'est en principe raisonnable que si la compétitivité de l'entreprise est préservée, ce qui suppose logiquement que son existence ne soit pas sérieusement mise en péril. Les sanctions doivent être douloureuses, mais ne doivent pas pousser une entreprise à la faillite, car cela ne servirait finalement pas la concurrence. Dans cette mesure, le montant de l'amende doit être raisonnable par rapport à la capacité de l'entreprise, tout en devant être suffisamment dissuasif pour qu'il ne vaille pas la peine de participer à une infraction à la LCart (ATF 146 II 217 consid. 9.1; 143 II 297 consid. 9.7.2). Cela étant dit, sous réserve du respect du cadre fixé à la fois par l'art. 49a LCart et par l'OS LCart, le calcul de la sanction relève avant tout d'un acte d'appréciation de la COMCO, acte que le Tribunal administratif fédéral peut certes contrôler librement (art. 37 LTAF en lien avec l'art. 49 let. c PA), mais que le Tribunal fédéral ne voit qu'avec une certaine retenue, n'intervenant qu'en cas d'abus du pouvoir d'appréciation de la part des autorités inférieures (cf. art. 189 Cst. et art. 95 et 97 al. 1 LTF a contrario; ATF 147 II 72 consid. 8.5.2).

12.2.4. En l'occurrence, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral s'est rallié à l'appréciation de la COMCO en considérant, après calcul, qu'il convenait effectivement de condamner la recourante au paiement d'une sanction de 3'792'720 fr. Il a tout d'abord confirmé qu'en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant théorique maximal de la sanction correspondait à 6'652'700 fr., ce qui équivalait à 10 % de la somme des chiffres d'affaires réalisés par la recourante en Suisse au cours des années 2009 à 2011, c'est-à-dire lors des trois derniers exercices disponibles avant le prononcé de la décision de première instance. Il a ensuite déterminé la mesure concrète de la sanction en calculant dans un premier temps son montant de base au sens de l'OS LCart. Pour ce faire, il a retranché du chiffre d'affaires global précité les positions n'ayant pas été gagnées sur le marché suisse de référence. Arrivant à un chiffre d'affaires déterminant de 63'212'000 fr., il a tenu compte de la gravité de l'infraction à la LCart commise par la recourante en fixant le montant de base de la sanction à 4 % de ce chiffre d'affaires, soit à 2'528'480 fr., montant qu'il a ensuite augmenté de 50 %, au regard de la durée du comportement anticoncurrentiel reproché à la recourante. Le Tribunal administratif fédéral a enfin dénié l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes justifiant une modification de ce montant, lequel s'élevait donc, au final, à 3'792'720 fr. et correspondait à la sanction à prononcer. L'autorité précédente a considéré que cette sanction respectait le principe de proportionnalité, en relevant notamment que la recourante appartenait à un grand groupe commercial, capable de la recapitaliser dans l'hypothèse où la sanction devrait entraîner un surendettement ainsi qu'un risque d'insolvabilité.

12.2.5. Sur le vu de ce qui précède, on ne discerne pas en quoi la sanction infligée à la recourante aurait été calculée en violation de l'art. 49a LCart et de l'OS LCart, ni en quoi elle procéderait d'un abus du pouvoir d'appréciation du Tribunal administratif fédéral, sachant que ce

dernier a suivi et respecté chacune des étapes imposées par le droit fédéral. La Cour de céans peut d'ailleurs renvoyer la recourante à l'arrêt attaqué s'agissant des critiques qu'elle formule dans son recours à l'encontre du calcul de la sanction qui lui a été infligée. Dans ses écritures, l'intéressée reproduit en effet quasiment à l'identique les griefs qu'elle avait déjà soulevés devant le Tribunal administratif fédéral à l'encontre de la mesure de sa sanction, perdant de vue que cette autorité y a déjà répondu de manière détaillée et qu'une reprise mot pour mot des critiques soulevées devant l'instance précédente n'est pas admissible devant le Tribunal fédéral (cf. ATF 145 V 161 consid. 5.2; 134 II 244 consid. 2.1 et 2.3).

12.2.6. La Cour de céans relèvera néanmoins qu'en refusant d'imputer au chiffre d'affaires de la recourante les commissions que celle-ci avait versées à A._____ au moment de déterminer le montant de base de la sanction à prononcer, les autorités précédentes n'ont violé ni l'art. 49a al. 1 LCart ni l'OS LCart, quoi qu'en dise l'intéressée. Comme l'a bien expliqué le Tribunal administratif fédéral, la réglementation fédérale dispose clairement que ce montant de base doit être calculé non pas à partir du bénéfice de l'entreprise à punir, mais sur la base de son "chiffre d'affaires" (cf. supra consid. 12.2.1). Or celui-ci correspond en l'occurrence au montant total des ventes réalisées par la recourante sur le marché suisse de la distribution wholesale de livres, indépendamment des frais accessoires (de distribution) qui ont pu en découler. Enfin, les autorités précédentes n'ont pas non plus contrevenu au principe de proportionnalité en fixant la sanction à 3'792'720 fr., même si un tel montant risque d'entraîner un surendettement de la recourante. Elles pouvaient non seulement prendre en considération le fait que la recourante peut requérir un plan de paiement auprès de la COMCO, mais aussi mettre le montant de cette sanction en perspective avec le chiffre d'affaires du groupe Editis, voire du groupe Grupo Planeta auquel celui-ci appartient. On peut en effet attendre des groupes commerciaux qu'ils procèdent à une recapitalisation de leurs filiales sanctionnées, en particulier lorsqu'ils ont profité du comportement anticoncurrentiel de ces dernières et que leurs sociétés mères auraient elles-mêmes pu être poursuivies en raison de celui-ci par les autorités de la concurrence (cf. supra consid. 12.1.2). Notons enfin qu'une potentielle faillite de la recourante, impliquant préalablement un refus de toute recapitalisation de la part du groupe Editis, ne contreviendrait pas en soi au principe de proportionnalité, ni au but de la LCart. En effet, il ne conduirait pas à la perte d'une entreprise sur le marché de la diffusion des livres en français en Suisse, du moins telle que cette notion doit être comprise au sens du droit de la concurrence, étant précisé que le groupe Editis et, en particulier, sa filiale Interforum France pourraient parfaitement reprendre les activités de la recourante en Suisse, comme celle-ci le déclare elle-même dans ses écritures.

12.3. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que le Tribunal administratif fédéral a respecté le droit fédéral en infligeant une sanction financière de 3'792'720 fr. à la recourante.

12.4. Il convient pour le reste de confirmer l'interdiction faite à la recourante d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français, mesure que l'intéressée ne conteste d'ailleurs pas expressément dans la motivation de son recours. En effet, lorsque l'autorité 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; sur la nature de cette disposition, cf. arrêt 2C_782/2021 du 14 septembre 2022 consid. 4 et 5, destiné à la publication). L'interdiction faite à la recourante de continuer d'entraver les importations parallèles de livres suisses au moyen des clauses exposées ci-avant - l'obligeant à veiller à ce qu'aucun autre distributeur que A. _____ ne vende les mêmes produits que celle-ci à destination du marché suisse - apparaît ainsi nécessaire, tout en constituant la mesure la moins incisive afin de supprimer la restriction illicite constatée.

X. Frais et dépens des procédures antérieures

13.

Concluant à l'annulation complète de l'arrêt attaqué, la recourante conteste implicitement la mise à sa charge des frais de procédure relatifs aux procédures menées successivement devant la COMCO et devant le Tribunal administratif fédéral.

13.1. Cette conclusion, qui ne fait l'objet d'aucune motivation spécifique dans le mémoire de recours, serait évidemment bien fondée si celui-ci l'avait été dans son ensemble. Tel n'est toutefois pas le cas, car il convient de confirmer le constat des autorités précédentes selon lequel la recourante a participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart durant la période sous enquête, ce qui a pour conséquence principale de justifier le prononcé d'une sanction financière à l'encontre de l'intéressée en application de l'art. 49a LCart. Notons que le Tribunal administratif fédéral a considéré que ce seul constat justifiait de condamner la recourante au paiement d'un montant de 760'150 fr. pour les frais de procédure devant la COMCO, solidairement avec neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. D'après lui, un tel montant, équivalant à 76'015 fr. par diffuseur-distributeur, ne serait pas exagéré, ni contraire à l'ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart; RS 251.2), dès lors qu'il correspondrait à 380 heures de travail par partie et que cette durée ne dépendrait pas de la fixation de la sanction, mais avant tout de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la LCart.

13.2. Il n'y a pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirme que la recourante doit payer un dixième des frais occasionnés par la procédure de la COMCO, étant ici précisé que les frais de l'enquête initiale portant sur un éventuel abus de position dominante sur le marché du livre ont été laissés à la charge de la Confédération (cf. décision de la COMCO du 27 mai 2013, no 774; art. 105 al. 2 LTF). Cette décision, contre laquelle la recourante ne soulève aucun grief spécifique, ne viole pas le droit fédéral à première vue. On ne voit en revanche pas pourquoi la recourante devrait répondre solidairement

des frais de procédure provoqués par les autres diffuseurs-distributeurs. Un tel régime de solidarité ne s'imposerait que s'ils avaient provoqué ensemble (*gemeinsam*) la décision de la COMCO, ce qui n'est pas le cas en l'espèce s'agissant d'une condamnation pour accords illicites n'entretenant aucun lien direct et nécessaire avec celles prononcées à l'encontre des autres diffuseurs-distributeurs de livres concernés par la décision (cf. art. 2 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments [OEmol; RS 172.041.1] en lien avec l'art. 1a OEmol-LCart), comme la Cour de céans l'a d'ailleurs déjà relevé dans plusieurs arrêts récents (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 13.2, non publié in ATF 148 II 25; 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 13.2, destiné à la publication). Il s'agit dès lors de modifier l'arrêt attaqué sur ce point et de préciser que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO.

13.3. On peut se demander si cette modification de l'arrêt justifie de réviser également le sort des frais et dépens devant la juridiction précédente, qui a donc confirmé à tort que la recourante était débitrice solidaire de l'ensemble des frais de la COMCO. La Cour de céans renonce toutefois à statuer elle-même sur cette question. La cause sera renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure antérieure (art. 67 et 68 al. 5 LTF *a contrario*).

XI. Conséquences

14.

Le recours doit ainsi être admis très partiellement, dans la mesure de sa recevabilité. L'arrêt attaqué doit être réformé en ce sens que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO. Il est confirmé pour le surplus.

Compte tenu de l'issue du litige, l'essentiel des frais de la procédure sera mis à la charge de la recourante, qui succombe dans une très large mesure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens, dès lors qu'elle n'a obtenu gain de cause que sur un point secondaire, pour des motifs qu'elle n'a du reste pas envisagés dans son recours (cf. art. 68 al. 1 LTF). La COMCO, qui ne doit supporter aucuns frais de procédure (cf. art. 66 al. 4 LTF), n'a droit à aucuns dépens non plus (cf. art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis, dans la mesure de sa recevabilité, en ce sens que la recourante est condamnée à payer un montant de 76'015 fr. au titre de frais de la procédure devant la COMCO. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4012/2013 du 30 octobre 2019 est confirmé pour le surplus.

2.

La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure menée devant lui.

3.

Des frais judiciaires réduits, arrêtés à hauteur de 19'500 fr., sont mis à la charge de la recourante.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires de la recourante, à la COMCO, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

B 4

4. Arrêt du 8 décembre 2022 Servidis SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français

Arrêt 2C_48/2020 du 8 décembre 2022 de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral dans l'affaire Les Editions Flammarion SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, intimée. Objet: Cartels - sanction; marché du livre en français, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 (B-4014/2013).

Faits:

A.

Servidis SA (ci-après: Servidis) est une société anonyme de droit suisse. Elle était détenue, à tout le moins entre 2005 et 2011, à 50 % par A. _____ et à 50 % par le groupe La Martinière. Ce groupe commercial rassemble plusieurs sociétés actives au niveau de l'édition, de la diffusion et de la distribution de livres en français. Il a été racheté en 2017 par le groupe Média-Participations.

La principale activité de Servidis consiste à assurer la diffusion et la distribution en Suisse d'ouvrages en langue française sur mandat d'éditeurs ou de diffuseurs de livres. En tant que diffuseur, la société définit le plan commercial et promotionnel des livres concernés et les fait connaître aux divers points de vente. En tant que distributeur, elle organise les flux physiques, logistiques et financiers entre les points de vente et l'éditeur et assure dès lors un service de commande des produits et la gestion des ouvrages retournés (cf. art. 105 al. 2 LTF).

De ce fait, Servidis entretient deux types de relations commerciales. Le plus souvent, elle est liée à des éditeurs qui la chargent à la fois de la diffusion et de la distribution de leurs ouvrages en Suisse. Plus rarement, elle est liée à des éditeurs ou des diffuseurs de livres qui lui confient uniquement la distribution de leurs ouvrages dans le pays, à l'exclusion de leur diffusion. Les contrats écrits conclus à ces différentes fins contiennent en principe une clause d'exclusivité, qui peut différer d'un accord à l'autre.

B.

B.a. Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des revendeurs de livres actifs en Suisse ont fait apparaître que les premiers occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix y était élevé.

B.b. Le 13 mars 2008, d'entente avec le Président de la COMCO, le secrétariat a ouvert une enquête visant à examiner l'existence d'un éventuel abus de position dominante au sens de la loi sur les cartels (LCart). Le 2 mars 2011, de concert avec son Président, le secrétariat de la COMCO a élargi son enquête à l'examen d'un potentiel accord illicite affectant la concurrence au sens de la loi précitée.

B.c. Le 18 mars 2011, le Parlement 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 de la COMCO à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011, en application du principe de l'économie de la procédure. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé en votation le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre.

La COMCO a repris son enquête le 22 mars 2012.

B.d. Le 14 août 2012, le secrétariat de la COMCO a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il retenait notamment que Servidis avait participé, durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à un accord horizontal de répartition géographique conclu au sein de l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ASDEL), ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tabelles. Selon le secrétariat, la société avait aussi participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il considérait que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 LCart et proposait d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente, notamment au moyen 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 envisageait de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché de la diffusion et distribution du livre en français en Suisse, de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution exclusive. Finalement, il a proposé de sanctionner Servidis 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.

B.e. En date du 27 mai 2013, après déterminations des parties sur la proposition de décision et divers actes d'instruction et auditions, la COMCO a rendu une décision à l'encontre de la société Servidis et de neuf autres diffuseurs-distributeurs. Elle a notamment condamné la société précitée au paiement d'une sanction de 760'000 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart en raison de sa participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart (ch. 1.10 du dispositif). Elle lui a par ailleurs interdit - comme aux neuf autres diffuseurs-distributeurs concernés par sa décision - d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse (ch. 2 du dispositif). Enfin, elle a condamné Servidis au paiement, à titre solidaire, des frais de procédure, lesquels se montaient à 760'150 fr. (ch. 4 du dispositif).

B.f. Le 12 juillet 2013, Servidis a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée.

tée. La société concluait principalement à son annulation pure et simple, subsidiairement à celle de ses chiffres 1.10 et 2, ainsi qu'à ce qu'il soit constaté qu'elle n'entraînait pas les importations parallèles de livres en français par tout détaillant actif en Suisse par des contrats de distribution et/ou de diffusion.

Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a entièrement rejeté le recours de Servidis.

C.

Le 14 janvier 2020, Servidis (ci-après: la recourante) dépose un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral. La société, qui sollicite d'abord l'octroi de l'effet suspensif à son recours, demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 30 octobre 2019, ainsi que celle des chiffres 1.10, 2 et 4 de la décision de la COMCO du 27 mai 2013. Elle conclut en outre à ce qu'il soit constaté qu'elle n'a pas pris part à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Subsidiairement, elle demande que la sanction prononcée sous le chiffre 1.10 du dispositif de la décision de la COMCO soit réduite, de même que les frais et dépens fixés au chiffre 4 de ce même dispositif, afin que séparément ou cumulés l'un à l'autre, le montant qu'elle doit payer reste à un niveau inférieur ou égal à ses fonds propres à la fin de l'année 2012. Plus subsidiairement encore, elle conclut au renvoi de la cause à l'instance inférieure pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par ordonnance du 31 janvier 2020, le Président de la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif au recours.

Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à prendre position sur le recours, renvoyant aux considérants de l'arrêt attaqué. La COMCO a répondu au recours, concluant à son rejet.

La recourante et la COMCO ont répliqué, respectivement dupliqué. La première a renoncé à déposer d'ultimes observations.

Considérant en droit:

I. Recevabilité et pouvoir d'examen

1.

1.1. Le litige porte sur le bien-fondé d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral confirmant une décision prononcée par la COMCO ayant notamment pour effet de condamner la recourante au paiement d'une sanction financière en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251). Il s'agit d'une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, de sorte que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est en principe ouverte.

1.2. Le recours a par ailleurs été interjeté dans les formes requises (art. 42 LTF) et en temps utile compte tenu des fêtes hivernales (art. 100 al. 1 en lien avec l'art. 46 al. 1 let. c LTF) par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a, sous cet angle, manifestement qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Il est partant recevable, sous réserve de la conclusion constatatoire accessoire qui y est prise, laquelle n'a aucune portée

propre par rapport à celle en annulation de l'arrêt attaqué (cf. ATF 137 II 199 consid. 6; 135 II 60 consid. 3.3; aussi 141 II 113 consid. 1.7; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 1.2, non publié in ATF 148 II 25), et des conclusions demandant l'annulation, respectivement la réforme de la décision de première instance de la COMCO du 27 mai 2013. Ces dernières conclusions sont en effet irrecevables en raison de l'effet dévolutif complet du recours déposé auprès du Tribunal administratif fédéral (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.2), dont la décision peut seule être attaquée devant le Tribunal fédéral (cf. art. 86 al. 1 let. a LTF).

2.

2.1. Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, sous réserve d'une violation du droit manifeste (cf. ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2; arrêt 4A_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1, non publié in ATF 135 III 112). A cela s'ajoute que, conformément à l'art. 106 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral n'examine le respect des droits fondamentaux que si un grief en ce sens a été non seulement invoqué, mais également motivé par la partie recourante (ATF 141 I 36 consid. 1.3; 136 II 304 consid. 2.5).

En l'occurrence, dans son mémoire de recours, la recourante invoque parfois de manière lapidaire, au milieu d'autres griefs, la violation d'un droit fondamental déterminé, sans véritablement expliquer en quoi consiste exactement la violation alléguée et en quoi le droit fondamental invoqué n'aurait pas été respecté. La Cour de céans n'entrera pas en matière sur ce genre de critiques qui ne sont pas motivées à suffisance de droit à l'aune de l'art. 106 al. 2 LTF.

2.2. L'examen du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF; ATF 142 I 155 consid. 4.4.3), sous réserve des cas prévus par l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait de l'arrêt attaqué à la double condition qu'elles aient été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.6), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF. La notion de "manifestement inexacte" figurant à l'art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3).

II. Dispositions légales topiques et positions des autorités précédentes

3.

Le litige porte principalement sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en considérant que la recourante avait participé à des accords illicites en matière de concurrence - et présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 1 et

4 LCart - et en la condamnant pour cette raison au paiement d'une sanction financière de 760'000 fr.

Avant de présenter le raisonnement suivi par les différentes autorités précédentes sur ces points, un bref survol des dispositions topiques s'impose.

4.

4.1. La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Elle s'applique aux entreprises qui, entre autres situations, sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence visant ou entraînant une restriction de celle-ci (cf. art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart), à moins que la concurrence sur le marché des biens ou services concernés ne soit de toute manière exclue par d'autres prescriptions étatiques (cf. art. 3 al. 1 LCart). La 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).

4.2. L'art. 5 LCart dispose, à son al. 1, que 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. Après avoir précisé à son al. 2 la notion de "motifs d'efficacité économique", l'art. 5 LCart énumère ensuite, à ses al. 3 et 4, plusieurs types d'accords qui sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace et qui réunissent tantôt des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes (accords horizontaux), tantôt des entreprises occupant différents échelons sur un marché (accords verticaux). L'art. 5 al. 4 LCart, qui porte sur les accords verticaux et qui se trouve au centre du présent litige, prévoit en particulier ce qui suit:

3 Sont [...] présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues.

4.3. Les sanctions administratives encourues en cas d'accords illicites sont réglées aux art. 49a ss LCart. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit ainsi que l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L'art. 50 LCart dispose pour sa part qu'une sanction identique peut être infligée à une 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. Il découle de ces dispositions qu'une entreprise ne peut être sanctionnée de manière immédiate en raison d'un accord illicite en matière de concurrence que

si elle participe à ce que l'on appelle communément un "cartel dur" ou un "accord rigide" ("hartes Kartell" ou "harte Abrede"), c'est-à-dire à l'un des accords, exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, dont il convient en principe de présumer, de manière réfragable, qu'ils suppriment toute concurrence (cf. ATF 147 II 72 consid. 6.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1920; ZIRLICK/BANGERTER, in KG - Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, no 544 ad art. 5 LCart). Dans les autres cas, soit lorsqu'une entreprise prend part à un accord qui, sans être visé par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, restreint néanmoins notablement la concurrence sans motif d'efficacité économique (p. ex. un accord fixant un prix maximal), seul le prononcé d'une mesure administrative entre en ligne de compte (p. ex. une interdiction d'entrave à la concurrence; cf. art. 30 LCart; ATF 143 II 297 consid. 9.4.6; aussi arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 12.4, non publié in ATF 148 II 321): ce n'est qu'en cas de récidive - à savoir en cas de non-respect de la mesure prononcée - que l'entreprise peut éventuellement se voir infliger une sanction, en application de l'art. 50 LCart (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.3, non publié in ATF 148 II 25; 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3e éd. 2011, no 7 ad art. 49a LCart; KRAUSKOPF/SCHALLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2^e éd. 2021, no 651 ad art. 5 LCart).

4.4. La problématique des accords verticaux en matière de concurrence est appréhendée de manière pratiquement identique, quoique dans des systèmes différents, par le droit suisse et le droit européen, qui se sont rapprochés au fil du temps (ATF 143 II 297 consid. 5.3.4). Les débats parlementaires laissent d'ailleurs transparaître sans équivoque que le législateur a souhaité que la réglementation des accords verticaux soit similaire à celle de l'Union européenne et s'avère aussi stricte qu'elle, sans l'être davantage (cf. BO 2003 CE 329 ss; voir BO 2002 CN 1435 ss), afin de ne pas conduire à une insécurité juridique (cf. BO 2003 CE 330). Le parallélisme des deux réglementations fait qu'il est possible de se référer à ce que l'Union européenne a exclu ou permis dans sa directive sur les accords verticaux (BO 2003 CE 330), sous réserve d'éventuels changements fondamentaux en droit européen de la concurrence et des différences pouvant exister entre les marchés suisse et européen, qui ne sont pas économiquement comparables (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 et les références citées). Les règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désirait une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (ATF 143 II 297 consid. 6.2.3; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.4, non publié in ATF 148 II 25; cf. aussi BO 2003 CE 331).

5.

5.1. En l'occurrence, dans sa décision de première instance du 27 mai 2013, la COMCO a tout d'abord retenu que la LCart s'appliquait pleinement aux relations commerciales que la recourante avait pu entretenir entre 2005 et 2011 avec différents éditeurs et diffuseurs de livres étrangers ou suisses, dès lors que ces relations commerciales avaient impliqué la conclusion d'accords restreignant la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Elle a ensuite estimé que, durant la période susmentionnée, la recourante avait même pris part, dans le cadre de son activité de distribution de livres "en gros", à des accords verticaux instituant des systèmes de diffusion-distribution ayant pour objectif et effet de supprimer toute concurrence efficace sur le marché de la distribution "wholesale" du livre en français. D'après la COMCO, le système mis en place par la recourante avait en effet cloisonné la distribution des livres produits et/ou diffusés par ses différents partenaires éditeurs ou diffuseurs, en empêchant toute importation parallèle desdits produits par les revendeurs de livres helvétiques. La COMCO a dès lors estimé que les relations contractuelles que la recourante entretenait avec lesdits partenaires tombaient sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart. Il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans "intermarques" et "intramarque" susceptible de renverser cette présomption de suppression de la concurrence efficace. Quand bien même l'on admettrait le contraire, il faudrait de toute manière considérer que les systèmes de distribution mis en place par la recourante ont eu pour effet de restreindre notablement la concurrence en Suisse, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne le justifie au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart.

La COMCO a dès lors infligé à la recourante une sanction de 760'000 fr. pour participation à des accords illicites, en application combinée des art. 5, al. 1 et 4, et 49a al. 1 LCart. Elle lui a en outre interdit de continuer à empêcher toute importation parallèle de livres en français par des détaillants actifs en Suisse par l'entremise de contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives.

5.2. Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral s'est très largement rallié à la décision de la COMCO. Il a en l'occurrence retenu qu'entre 2005 et 2011, la recourante avait été liée par au moins 103 contrats écrits conclus avec différents éditeurs et diffuseurs de livres. Ces contrats, par lesquels ces derniers avaient confié la diffusion et/ou la distribution de leurs ouvrages en Suisse à la recourante, constituaient tous des accords en matière de concurrence, indépendamment du fait qu'ils aient contenu ou non une clause d'exclusivité expresse en faveur de la recourante. Le fait était qu'ils avaient affecté les canaux d'approvisionnement des produits concernés dans le pays et qu'ils ne pouvaient pas être qualifiés de simples contrats d'agence sous l'angle du droit de la concurrence. Le Tribunal administratif fédéral a ensuite estimé que le système de diffusion-distribution mis en place par au moins 94 de ces 103 contrats avait en plus eu pour but et effet d'empêcher d'éventuels autres fournisseurs agréés à l'étranger de distribuer les mêmes ouvrages que la recourante en Suisse. Il fallait donc présumer, selon lui, conformément à l'art. 5 al. 4 LCart, que la concurrence efficace avait

été supprimée dans le pays s'agissant de la distribution wholesale des ouvrages vendus par la recourante. Subsidièrement, le Tribunal administratif fédéral a estimé, à l'instar de la COMCO, que, même si l'on considérait que le système mis en place par l'intéressée ne supprimait pas toute concurrence efficace, il lui portait une atteinte à tout le moins notable, non justifiée par un motif d'efficacité économique, de sorte que ledit système s'avérait en tous les cas illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

Sur cette base, le Tribunal administratif fédéral a confirmé qu'il y avait lieu de condamner la recourante à payer une sanction de 760'000 fr. en application de l'art. 49a LCart, exactement comme l'avait fait la COMCO, et de lui interdire par ailleurs d'entraver à l'avenir les importations parallèles que voudraient opérer les revendeurs de livres installés en Suisse.

5.3. Dans ses écritures, la recourante conteste le raisonnement qui précède et affirme, en particulier, n'avoir jamais été partie à un quelconque accord en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart et, a fortiori, à un éventuel accord s'avérant être illicite à l'aune de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart. Elle remet ce faisant en cause plusieurs étapes du raisonnement tenu par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt attaqué, dont il convient de vérifier la conformité au droit fédéral.

III. Applicabilité de la LCart au sens de l'art. 2 LCart en combinaison avec l'art. 4 al. 1 LCart

6.

La première question à examiner est celle de savoir si, en obtenant contractuellement le droit de diffuser et de distribuer 103 éditeurs et diffuseurs de livres en français sur le territoire suisse entre 2005 et 2011, la recourante a véritablement participé à des "accords en matière de concurrence" au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart. Il s'agit en effet d'une condition de base indispensable à l'application de cette loi, ainsi que, partant, à la reconnaissance d'un accord illicite justifiant le prononcé d'une sanction financière pour une application combinée des art. 5, al. 1 et 4, et 49a al. 1 LCart (cf. supra consid. 4). La recourante conteste en l'occurrence qu'une telle condition soit remplie.

6.1. Comme on l'a dit, la LCart s'applique, entre autres situations, aux entreprises qui sont parties à des cartels ou, de manière générale, à d'autres types d'"accords en matière de concurrence" (art. 2 al. 1 LCart; cf. supra consid. 4.1). Or, aux termes de l'art. 4 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". Cela signifie que, pour être en présence d'un accord en matière de concurrence relevant de la LCart, deux conditions doivent être réunies: il faut (1) se trouver face à une convention ou une pratique concertée entre (au moins) deux entreprises et (2) que cette convention ou cette pratique vise ou entraîne une restriction à la concurrence (ATF 144 II 246 consid. 6.4), laquelle consiste en une limitation de la liberté dans le jeu de l'offre et de la demande en lien avec des paramètres déterminants du point de vue de la concurrence efficace (arrêts

2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2, destiné à la publication; 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2, non publié in ATF 148 II 25).

6.2. Des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent ainsi exister non seulement entre entreprises de même rang (accords horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; 129 II 18 consid. 4), dans la mesure où ils concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (cf. arrêts 2C_33/2020 rendu ce jour consid. 7.2 et 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2.6, destiné à la publication; Communication de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux [ci-après: CommVert], FF 2010 4625, ch. 1). Pour tomber dans le champ d'application du droit suisse, de tels accords verticaux ou horizontaux doivent évidemment déployer des effets en Suisse (cf. art. 2 al. 2 LCart). Le Tribunal fédéral a cependant précisé qu'il suffisait qu'un accord ait le potentiel de déployer des effets anticoncurrentiels sur le marché suisse pour que la LCart s'applique et pour justifier, le cas échéant, une enquête des autorités helvétiques. Cette interprétation large du champ d'application de la LCart ne préjuge cependant pas le point de savoir si l'accord concerné est illicite au sens du droit suisse et, plus particulièrement, de l'art. 5 LCart. Cette question relève de l'examen matériel de conformité au droit de l'accord tombant sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart, examen auquel il convient de procéder dans un second temps (ATF 144 II 194 consid. 3; 143 II 297 consid. 3.2.3 et 3.4).

6.3. En l'occurrence, comme on le verra plus en détail (cf. infra consid. 8.1), le Tribunal administratif fédéral a constaté dans l'arrêt attaqué que, durant la période sous enquête de la COMCO, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait entretenu des relations commerciales avec au moins 103 éditeurs et diffuseurs de livres qui l'avaient chargée, par le biais d'autant de contrats écrits, de diffuser et/ou de distribuer leurs ouvrages en Suisse. Or, d'après l'arrêt attaqué, dont les faits lient la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), la grande majorité de ces contrats contenaient non seulement une clause d'exclusivité expresse en faveur de l'intéressée, mais prévoyaient aussi explicitement que les éditeurs et diffuseurs devaient [faire] respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires. On peut assurément comprendre de telles conventions que les partenaires de la recourante ont renoncé à opérer eux-mêmes des ventes sur le territoire suisse et, partant, à concurrencer cette dernière dans le pays. Il est également possible d'en déduire qu'ils se sont engagés à faire en sorte que certaines entreprises qu'ils livreraient ne revendent pas leurs ouvrages à la clientèle réservée à la recourante. Cela suffit pour admettre que les conventions en question ont affecté - ou simplement visé à affecter - les conditions auxquelles les entreprises parties ont pu acheter, vendre ou revendre certains biens ou services. On ne peut dès lors pas reprocher aux autorités précédentes d'avoir considéré que la recourante avait participé à des accords en matière de concurrence relevant de la LCart durant la période sous enquête.

6.4. La recourante se méprend sur la portée de l'art. 2 al. 1 LCart lorsqu'elle affirme n'avoir jamais participé à aucun accord en matière de concurrence dans le cadre de son activité, en prétendant que seuls ses partenaires commerciaux auraient été à même de convenir et de mettre en oeuvre d'éventuelles interdictions d'exportation vers la Suisse avec leurs entreprises de distribution à l'étranger. Il est parfaitement possible de considérer que la recourante a participé à des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, sans même qu'il soit nécessaire de savoir - à ce stade - si elle est en plus responsable d'un cloisonnement absolu du marché suisse. Cette dernière question n'a d'importance qu'au moment d'examiner l'illicéité et la punissabilité des accords en matière de concurrence concernés, examen auquel il sera procédé ci-après.

6.5. Il s'ensuit que la recourante a bel et bien été partie, durant la période soumise à l'enquête, à des accords en matière de concurrence tombant dans le champ d'application de la LCart. Il ne peut être reproché au Tribunal administratif fédéral d'avoir violé le droit fédéral sur ce point. Reste à savoir si les accords en question - ou du moins une partie d'entre eux - sont visés par l'art. 5 al. 4 LCart et s'ils s'avèrent à ce titre illicites et sanctionnables en application des art. 5 al. 1 et 49a al. 1 LCart, ce que soutiennent les autorités précédentes, mais que conteste la recourante.

IV. Portée de l'art. 5 al. 4 LCart

7.

La recourante réfute en l'occurrence avoir participé à des accords verticaux illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart dans le cadre de son activité de diffusion-distribution de livres en Suisse et, partant, avoir institué un système de distribution dont il conviendrait de présumer, de manière réfragable, qu'il supprime toute concurrence efficace sur ce marché. Elle soulève ce faisant plusieurs griefs qui ne peuvent être traités qu'après un bref rappel de la portée de l'art. 5 al. 4 LCart.

7.1. L'art. 5 al. 4 LCart prévoit, notamment, que les "contrats de distribution attribuant des territoires" sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace sur le marché qu'ils concernent "lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues". Cette présomption implique la réalisation de trois conditions: (1) l'existence d'un accord vertical de distribution, (2) l'attribution d'un territoire et (3) la mise en place d'une protection territoriale absolue (cf. ATF 148 II 25 consid. 8; 143 II 297 consid. 6.2).

7.2. Il n'y a d'accord vertical de distribution au sens de l'art. 5 al. 4 LCart que lorsque des entreprises occupant des échelons du marché différents s'entendent sur des modalités de distribution de biens, services ou produits dans le cadre d'un contrat de distribution. Selon la jurisprudence, la notion de "contrats de distribution" doit être comprise largement. Elle englobe évidemment les contrats de distribution proprement dits, par lesquels un producteur ou un prestataire de services organise son réseau de distribution et convient avec son distributeur que ses produits seront écoulés selon des modalités qu'ils spécifient (contrat de distribution exclusive, sys-

tème de distribution sélective, contrat d'achat exclusif, contrat de fourniture exclusive, etc.). Elle couvre cependant aussi les clauses de distribution spécifiques insérées dans d'autres contrats, comme des contrats de franchise ou de licence (ATF 148 II 25 consid. 8.1; 143 II 297 consid. 6.3.1).

7.3. Un accord vertical de distribution procède à une attribution de territoire lorsqu'il contient une clause d'attribution de marché se référant à une surface délimitée ou délimitable (p. ex. la Suisse qui constitue un marché potentiellement clos, ce qui a justifié l'introduction de l'art. 5 al. 4 LCart; ATF 143 II 297 consid. 6.3.2). Il convient de souligner à cet égard que le texte clair de l'art. 5 al. 4 LCart ne se réfère qu'aux répartitions de marchés sur la base de "territoires". La présomption de suppression de la concurrence efficace prévue par cette disposition ne vaut dès lors pas pour les accords de distribution qui segmenteraient le marché en fonction d'une "clientèle" (cf. aussi BO 2003 CE 330). Un accord d'exclusivité de clientèle par lequel un fournisseur s'engagerait à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée (p. ex. à des clients exerçant une profession déterminée ou figurant sur une liste préétablie sur la base d'un critère donné; cf. Communication de la Commission européenne du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/1 du 19 mai 2010, no 168) ne relève en principe pas de l'art. 5 al. 4 LCart, à moins bien sûr que la clientèle en question soit définie sur la base d'un critère géographique uniquement (ATF 148 II 25 consid. 8.2; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, no 594 ad art. 5 LCart).

7.4. D'après l'art. 5 al. 4 LCart, un accord vertical de distribution attribuant un territoire n'est enfin présumé supprimer la concurrence efficace que s'il est exclu que d'autres fournisseurs agréés procèdent à des ventes sur ce territoire. Se fondant sur une interprétation historique et téléologique de la loi, le Tribunal fédéral considère que seuls les cas de protection territoriale "absolue" sont en réalité visés par l'art. 5 al. 4 LCart et concernés par la présomption de suppression de la concurrence instituée par cette norme. Il existe une telle protection lorsque les partenaires de distribution externes au territoire attribué se voient empêchés de procéder à des ventes non seulement "actives", mais également "passives" vers le territoire attribué (ATF 148 II 25 consid. 8.3; 143 II 297 consid. 6.3.4). Par "vente active", il faut comprendre le fait pour un distributeur de chercher à obtenir des clients ou une clientèle installés sur le territoire d'un autre distributeur par le biais de moyens ciblés. Quant à la "vente passive", elle consiste uniquement à répondre à des commandes spontanées effectuées par des clients provenant de ce territoire. La distinction entre ces deux types de vente est essentielle, car tant et aussi longtemps qu'il reste permis d'opérer des ventes passives à destination d'un territoire attribué à titre exclusif à un distributeur, il faut considérer que celui-ci ne bénéficie d'aucune protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, quand bien même aucun autre distributeur ne peut procéder à des ventes actives sur ce même territoire; on se trouve dans un tel cas face à une protection territoriale uniquement "relative", laquelle n'est

pas visée par la disposition précitée et n'est, partant, pas présumée supprimer toute concurrence efficace (cf. ATF 148 II 25 consid. 8.3; 143 II 297 consid. 6.3.5).

7.5. L'art. 5 al. 4 LCart précise que l'exclusion des ventes actives et passives justifiant la présomption de suppression de la concurrence doit concerner "d'autres fournisseurs agréés". La version française de la disposition diverge sur ce point quelque peu de celles allemande et italienne qui évoquent, pour leur part, une interdiction de vente par des "gebietsfremde Vertriebspartner" ou des "distributori esterni". Il en ressort que la présomption de suppression de la concurrence de l'art. 5 al. 4 LCart implique que des entreprises actives dans la distribution d'un produit donné - et non dans sa seule production - se voient interdire de procéder à tout type de vente de ce produit à destination d'un territoire de distribution attribué à une autre entreprise (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.3.3). Ainsi, l'accord par lequel une entreprise uniquement productrice se contenterait de renoncer à la vente directe de ses produits en Suisse, après en avoir externalisé la distribution à une autre entreprise, ne tombe pas en tant que tel sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. Il en va de même de l'accord par lequel un producteur étranger s'obligerait à transmettre à son importateur suisse toutes les demandes d'achat qui lui parviendraient dans la mesure où elles émaneraient de Suisse. En effet, de telles restrictions de vente ne concernent en règle générale que le producteur du bien concerné, sans forcément s'étendre à d'éventuels distributeurs de celui-ci (cf. BO 2003 CE 329 ss; Note explicative de la Commission de la concurrence du 12 juin 2017 relative à la CommVert [état le 9 avril 2018; ci-après: Note explicative CommVert], ch. 9, 1^{er} point; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., nos 557 ss ad art. 5 LCart). Il est possible que ces accords soient malgré tout illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart, dans la mesure où ils sont susceptibles de restreindre d'une manière notable la concurrence sur le marché considéré, ou qu'ils résultent d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart de la part du distributeur protégé. Ne limitant pas en tant que tels la liberté d'action d'une entreprise "distributrice", ils ne constitueront en revanche pas des contrats présumés conduire à la suppression de toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (ATF 148 II 25 consid. 9.3.1).

7.6. Ce n'est que si un accord vertical remplit chacune des conditions précitées qu'il faut présumer qu'il supprime la concurrence efficace sur le marché qu'il concerne. Cette présomption ne s'applique donc pas à tous les contrats de distribution exclusive, lesquels doivent pouvoir continuer de prévoir une certaine protection territoriale. Celle-ci reste en principe licite tant qu'elle n'a pas de caractère absolu, c'est-à-dire aussi longtemps que des ventes passives provenant d'un autre territoire restent autorisées (BO 2003 CE 329 et 331; aussi AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine Kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch [édit.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, 2004, p. 102). La question de savoir si des ventes passives restent autorisées et, dès lors, possibles sur le marché concerné ne doit cependant pas s'examiner de manière totalement abstraite et théorique; la faculté d'opérer des importations parallèles doit repré-

senter une alternative crédible d'approvisionnement à des conditions acceptables pour les acheteurs suisses, au risque sinon de permettre un contournement facile de l'art. 5 al. 4 LCart et, partant, de vider la présomption de suppression de la concurrence posée par cette disposition d'une grande partie de sa portée (cf. ATF 148 II 25 consid. 9.3.3).

V. Existence d'accords verticaux d'attribution de territoires au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

8.

La recourante soutient n'avoir participé à aucun accord vertical remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart telles qu'exposées ci-dessus.

8.1. En l'espèce, il ressort de l'arrêt attaqué qu'entre 2005 et 2011, la recourante a entretenu des relations commerciales avec au moins 103 entreprises éditrices et/ou diffuseuses de livres, après avoir conclu avec chacune d'elles un contrat écrit de diffusion-distribution ou de distribution pure.

Cela étant, le Tribunal administratif fédéral a établi que, parmi ces 103 partenaires commerciaux, 56 avaient conclu un contrat contenant une clause, dite de type A ou de type F, par laquelle ils confiaient à la recourante la " diffusion exclusive ", respectivement la " distribution exclusive " de leurs ouvrages auprès des détaillants suisses. Parmi ces 56 éditeurs et diffuseurs, 50 avaient par ailleurs souscrit une clause supplémentaire, qualifiée de type J, selon laquelle ils s'engageaient à " [faire] respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires ", tandis que 2 autres avaient signé une clause spéciale de type K par laquelle ils " s'engage[ai]ent à ne pas ouvrir de comptes directs pour des clients suisses, sans accord préalable [de la recourante] ".

Il ressort ensuite de l'arrêt attaqué que 25 autres contrats sur les 103 conclus par la recourante prévoyaient des clauses générales d'exclusivité, sans toutefois comporter de clause supplémentaire spéciale de type J ou K. En l'occurrence, ces accords contenaient tous une formule générale assez similaire: l'éditeur ou le diffuseur partenaire déclarait tantôt confier à la recourante " les opérations de diffusion en Suisse [...], sur une base exclusive, pour tous les ouvrages de son catalogue, ainsi que ceux de ses éditeurs diffusés " (10 clauses de type B), tantôt octroyer à l'intéressée " à titre exclusif la commercialisation, conformément aux usages de la profession, de tous les ouvrages publiés ou à publier par lui " (2 clauses de type C), tantôt lui déléguer " la diffusion et la distribution de son fonds, à titre exclusif, pour la Suisse " (8 clauses de type D). D'autres fois, il lui arrivait également de confier à la recourante " la diffusion et la distribution exclusives de ses publications sur l'ensemble du territoire suisse ", respectivement " l'exclusivité sur le territoire suisse, de la diffusion, c'est-à-dire la prospection et la prise de commandes, de tous les ouvrages parus ou à paraître " (2 clauses de type E ou I), ou encore " l'exclusivité de la diffusion et de la distribution des livres de ses catalogues [...] réalisés sous sa marque, pour tous canaux de vente en Suisse " (2 clauses de type H). Un seul contrat parmi ces 25 conventions de diffusion-distribution exclusive présentait une clause

légèrement plus précise, dite de type G, dont la teneur complète était la suivante:

" [La recourante] assurera la distribution des ouvrages de [l'éditeur] pour la Suisse seulement.

[L'éditeur] garantit à [la recourante] l'exclusivité de la distribution pour la zone en question. Cette exclusivité ne s'applique pas aux titres qui sont coédités ou seraient dans le futur coédités par [...] avec un éditeur français, belge ou suisse et dont la distribution serait assurée par ce dernier sur la Suisse."

Enfin, le Tribunal administratif fédéral a établi que les 22 derniers contrats écrits conclus par la recourante ne contenaient, pour leur part, aucune clause d'exclusivité expresse du tout. Une douzaine d'entre eux recelaient tout au plus la clause de type J évoquée ci-avant obligeant les cocontractants à " [faire] respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires".

8.2. Dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral a retenu que presque tous les contrats susmentionnés remplissaient en principe les conditions nécessaires pour être visés par la présomption réfragable de suppression de la concurrence posée à l'art. 5 al. 4 LCart. Ces contrats constituaient en effet des accords verticaux, qui octroyaient non seulement un territoire de distribution, mais également une protection territoriale absolue à la recourante. D'après lui, il fallait uniquement réserver 9 contrats passés avec des éditeurs suisses, dont le catalogue de produits n'était a priori pas distribué à l'étranger et ne pouvait dès lors pas faire l'objet d'importation parallèle. Cela étant, les juges précédents ont considéré que 94 accords conclus par la recourante visaient assurément à accorder une protection territoriale absolue à cette dernière. Selon eux, cette protection ressort de manière explicite des contrats recelant une clause spéciale de type J ou G, lesquelles avaient manifestement pour objectif d'empêcher d'autres distributeurs de livres actifs à l'étranger d'effectuer des ventes passives à destination du marché suisse. L'existence d'une protection territoriale absolue serait par ailleurs corroborée par d'autres indices. Le Tribunal administratif fédéral soutient ainsi que l'exclusion de toute importation parallèle depuis la France garantirait le bon fonctionnement du droit de retour offert par la recourante en lien avec certains ouvrages, étant précisé que l'intéressée n'a prévu aucun dispositif technique particulier lui permettant de s'assurer que les livres qui lui seraient retournés par les librairies ont été acquis auprès d'elle. Le Tribunal administratif fédéral a également pris en compte le fait que l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ASDEL) avait abordé la question des importations parallèles lors de diverses séances auxquelles la recourante aurait participé en 2005 et 2007, ce qui laisserait entendre qu'il existait à cette époque une pratique de cloisonnement du marché suisse chez les diffuseurs-distributeurs de livres. L'autorité inférieure a enfin retenu qu'aucune importation parallèle n'avait eu lieu, ni n'avait été possible s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante durant la période sous enquête, alors même qu'il aurait existé un intérêt économique pour les librairies helvétiques à se procurer les ouvrages en question à l'étran-

ger. Cette absence d'importation parallèle démontrerait, selon elle, que les éditeurs partenaires de l'intéressée avaient accepté d'octroyer une protection territoriale absolue à celle-ci.

8.3. La recourante conteste le raisonnement du Tribunal administratif fédéral. Elle affirme que les contrats de diffusion et/ou de distribution qu'elle a conclus de manière écrite ne contiennent aucune clause propre à exclure les ventes passives depuis l'étranger au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Elle reproche en particulier à l'autorité inférieure d'avoir interprété de manière incorrecte les clauses spéciales de type J et G pouvant s'y trouver et d'avoir, ce faisant, contrevenu à l'art. 18 CO (RS 220). Elle soutient également que les autres éléments sur lesquels s'est fondé le Tribunal administratif fédéral pour aboutir à la conclusion que ses partenaires lui auraient accordé une protection territoriale absolue sont non seulement impropres à étayer une telle conclusion, mais reposent également sur un établissement arbitraire des faits contraire à l'art. 9 Cst.

8.4. La Cour de céans relève que, dans ses écritures, la recourante ne conteste pas avoir été liée à différents contrats constituant des accords verticaux lui attribuant un territoire de distribution entre 2005 et 2011. Dans cette mesure, il convient d'admettre que les 94 contrats écrits qui ont été considérés comme visés par l'art. 5 al. 4 LCart par le Tribunal administratif fédéral remplissent effectivement - dans leur immense majorité - les deux premières conditions nécessaires à la reconnaissance d'un accord vertical présumé supprimer toute concurrence efficace au sens de cette disposition (à savoir celles d'un accord vertical de distribution et d'une attribution de territoire; cf. supra consid. 7.1-7.3). Il n'y a pas lieu de remettre en cause ce point dont rien n'indique qu'il procéderait d'une mauvaise application du droit fédéral. Une réserve s'impose tout au plus à propos du contrat que la recourante a passé avec la société suisse B._____. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que cette entreprise de diffusion de livres - également concernée par la procédure diligentée par la COMCO - a décidé de sous-déléguer à la recourante toutes les tâches de distribution qu'elle avait promis aux différents éditeurs étrangers s'étant adressés à elle pour la diffusion-distribution de leurs ouvrages en Suisse. Le Cour de céans ne discerne pas en quoi B._____ aurait - en procédant à une telle sous-traitance de l'entier de ses tâches de distribution - octroyé un territoire de distribution à la recourante, par opposition à un autre. D'un point de vue causal, ce sont les accords que cette société passe avec ses partenaires éditeurs qui opèrent une attribution de territoire, en confiant à l'intéressée un mandat de diffusion-distribution de livres portant sur la Suisse uniquement (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., no 530 ad art. 5 LCart). Seuls ces accords conclus en amont de la chaîne de distribution peuvent remplir les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. d'ailleurs l'arrêt 2C_49/2020 rendu ce jour consid. 8.6), et non celui conclu en aval avec la recourante, ce que le Tribunal administratif fédéral a du reste lui-même reconnu dans un autre arrêt rendu à l'encontre de B._____ (cf. arrêt de l'autorité inférieure B-4019/2013 du 30 octobre 2019 consid. 11.2.3.5).

8.5. Reste à déterminer si le Tribunal administratif fédéral a considéré à juste titre que les 93 autres accords remplissaient la troisième condition nécessaire à l'application de l'art. 5 al. 4 LCart, à savoir qu'ils s'accompagnaient d'une protection territoriale absolue en faveur de la recourante (cf. supra consid. 7.4-7.6), ce que les juges précédents ont déduit, entre autres éléments, des clauses de type J ou G contenues dans certains contrats. L'intéressée le conteste.

8.5.1. Déterminer si des entreprises sont parties à un accord remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart peut s'opérer de différentes manières. Un tel examen, qui peut se fonder sur un faisceau d'indices, implique cependant en tous les cas d'interpréter le contrat qui lie en principe les parties. A cet égard, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (cf. ATF 147 II 72 consid. 3.3). Les manifestations de volonté tacites comprennent notamment les actes concluants, c'est-à-dire ceux dont l'accomplissement laisse transparaître une certaine volonté des parties (ATF 147 II 72 consid. 3.3; 144 II 246 consid. 6.4.1). Ces déclarations et manifestations de volonté entre co-contractants doivent être interprétées conformément aux règles de l'art. 18 CO, qui implique de déterminer en priorité la volonté commune réelle des parties et, si cela n'est pas possible, d'interpréter leurs manifestations de volonté conformément au principe de la confiance, sans s'arrêter aux termes retenus dans la convention. Il faut en tous les cas que l'on puisse discerner une collaboration voulue et consciente de deux ou plusieurs entreprises, ce qui fait défaut en cas de restrictions à la concurrence purement unilatérales (cf. ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; 124 III 495 consid. 2a). Cela étant, il est également important de garder à l'esprit que la notion de "convention" au sens de la LCart va au-delà de celle de "contrat" au sens du droit des obligations; elle couvre également les accords non contraignants sur le plan juridique, mais dont il ressort malgré tout une volonté de s'engager des parties, comme les gentlemen's agreements ou les Frühstückskartelle, ainsi que cela ressort clairement de l'art. 4 al. 1 LCart (ATF 147 II 72 consid. 3.3).

8.5.2. Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties à un contrat, ce qui constitue une question de fait que le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire, il doit rechercher leur volonté objective. Il lui appartient alors de déterminer le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3 et les références citées). Cette détermination de la volonté objective des parties selon le principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral examine librement; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs. Or, l'établissement de ces circonstances relève de la constatation des faits, ce que le

Tribunal fédéral ne contrôle que sous l'angle de l'arbitraire (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

8.5.3. En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle tire des conclusions insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références citées). Cela étant, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées en droit de la concurrence, du moins lorsque les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 consid. 8.3.2). Il convient notamment de garder à l'esprit que les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont très rares en pratique de sorte que l'appréciation des faits doit régulièrement se faire sur la base d'indices (ATF 144 II 246 consid. 6.4.4).

8.5.4. Comme déjà dit, le Tribunal administratif fédéral a considéré que l'existence d'une protection territoriale absolue pouvait être déduite, en premier lieu, du texte de certains contrats contenant une clause de type G ou J. Pour mémoire, de nombreux partenaires commerciaux de la recourante ont effectivement confié à celle-ci la diffusion et/ou la distribution "exclusive" en Suisse de leurs ouvrages, en s'engageant, par le biais d'une clause de type G, à lui "garanti[r] [...] l'exclusivité de la distribution" pour la Suisse, sauf exceptions dûment énumérées, ou, par le biais d'une clause contractuelle de type J, à "faire respecter [de leur mieux] la présente convention par tous les grossistes ou autres dépositaires". La Cour de céans ne voit toutefois pas en quoi ces clauses imposeraient aux éditeurs concernés de faire en sorte qu'aucun distributeur de livres étranger ne vende - tant de manière active que passive - leurs ouvrages à des revendeurs de livres installés en Suisse. Cette conclusion vaut indépendamment de l'interprétation contractuelle suivie, étant précisé qu'il est impossible de déceler à la lecture de l'arrêt attaqué si le Tribunal administratif fédéral a procédé à une interprétation subjective ou objective des conventions susmentionnées pour aboutir à la conclusion inverse.

En effet, les déclarations des parties ne permettent en aucun cas de retenir que celles-ci se seraient mises d'accord de manière consciente et volontaire ou, simplement, de bonne foi sur le fait que les éditeurs devaient veiller à ce qu'aucun de leurs partenaires de distribution à l'étranger - et en particulier qu'aucune de leurs sociétés de distribution françaises ou belges - ne vende leurs produits en Suisse. Tout d'abord, un engagement de ce type ne peut pas être déduit de la clause G, par lequel l'éditeur concerné se limite à "garantir" - soit à assurer - à la recourante l'exclusivité de la distribution de ses produits en Suisse; cela reviendrait à rendre illicite pratiquement tout contrat de distribution exclusif pour la Suisse, ce que le législateur n'a pas voulu (cf. supra consid. 7.6). Ensuite, l'octroi d'une protection territoriale absolue ne peut pas non plus être tiré de l'obligation des éditeurs de faire respecter l'exclusivité de la recourante auprès de "tous les grossistes ou autres dépositaires", comme l'a déjà relevé la Cour de céans dans un arrêt

récent rendu à propos d'une clause parfaitement identique (cf. arrêt 2C_37/2020 du 14 juin 2022 consid. 8.4.6 et suivant). Il est acquis que les notions de "grossistes" et de "dépositaires" ne couvrent pas celles de "diffuseur" et de "distributeur" de livres, étant précisé que la position et la fonction de ces acteurs dans la chaîne de distribution du livre diffèrent sensiblement les unes des autres, comme cela ressort d'ailleurs clairement de l'arrêt attaqué. Celui-ci prend la peine de les distinguer systématiquement dans sa motivation, allant notamment jusqu'à reproduire les propos d'un libraire déclarant que les grossistes ne seraient pas une source d'approvisionnement privilégiée des librairies, contrairement aux sociétés de distribution (cf. arrêt attaqué, p. ex. consid. 11.6.2; 11.7.1.3; 13.3.1). On ne voit dès lors pas que les éditeurs partenaires de la recourante ayant signé une clause de type J soient obligés d'interdire à leurs sociétés de distribution à l'étranger de vendre leurs ouvrages à destination du marché suisse, dès lors que cette clause ne vise pas, selon sa lettre, ces acteurs du marché du livre en français. Notons que le texte contractuel se distingue des nombreuses autres clauses spéciales sur lesquelles le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se fonder pour admettre l'existence d'une protection territoriale absolue en faveur du diffuseur-distributeur suisse. Dans ces affaires, les éditeurs avaient souscrit des clauses nettement plus restrictives qui les engageaient tantôt à "mettre tout en oeuvre pour que l'exclusivité [du distributeur] soit respectée", tantôt à "ne pas vendre ou laisser vendre [leurs] ouvrages sur le territoire [suisse] pendant la durée du présent contrat", tantôt à "faire [leurs] meilleurs efforts pour éviter le contournement d'un tel droit d'exclusivité à partir de pays limitrophes ou non" (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 10.4.2, non publié in ATF 148 II 25; 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 7.6.5, destiné à la publication; 2C_49/2020 rendu ce jour consid. 8.6.2).

8.5.5. Les considérations qui précèdent valent évidemment pour les autres contrats de diffusion-distribution que la recourante a pu conclure et qui ne contiennent aucune clause de type G ou J, voire aucune clause expresse d'exclusivité (cf. supra consid. 8.1). On comprend à la lecture de ces contrats que les éditeurs concernés se sont uniquement engagés à ne pas vendre eux-mêmes leurs ouvrages à d'éventuels revendeurs de livres helvétiques, même en cas de demandes spontanées de ces derniers, étant rappelé qu'il s'agit là d'un engagement qui ne tombe pas en tant que tel sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 7.5; arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 9.1, destiné à la publication; aussi supra consid. 7.4).

8.5.6. Relevons, enfin, qu'aucune protection territoriale absolue en faveur de la recourante ne peut être déduite non plus des quelques contrats de diffusion et/ou de distribution exclusives que celle-ci a conclus avec certains diffuseurs-distributeurs de livres étrangers. En acceptant de souscrire une clause d'exclusivité formulée de manière générale et imprécise, ces entreprises ont peut-être exclu toute vente passive par un "autre fournisseur agréé" au moins, c'est-à-dire par elles-mêmes (cf. notamment ATF 148 II 321 consid. 9.4 et suivants). Il n'est toutefois pas possible de retenir, sur la base des faits constatés par l'autorité précédente, que les contrats

en question auraient offert de cette manière une protection territoriale absolue à la recourante - la préservant de toute concurrence provenant de fournisseurs ou distributeurs étrangers - en lien avec les ouvrages qu'elle était censée distribuer. Rien n'indique en effet dans l'arrêt attaqué que les sociétés de diffusion et/ou de distribution partenaires de la recourante auraient constitué les seules entreprises étrangères - ou fournisseurs agréés - susceptibles de répondre à des demandes d'importations parallèles provenant de revendeurs suisses et portant sur les livres distribués par l'intéressée.

8.5.7. L'arrêt attaqué ne fait pour le reste état d'aucune circonstance ou indice, externe aux contrats susmentionnés, permettant de considérer que la recourante et ses partenaires auraient voulu cloisonner le marché suisse. Le Tribunal administratif fédéral voit certes un indice de l'existence d'une protection territoriale absolue dans le droit de retour que la recourante pouvait proposer pour certains ouvrages qu'elle diffusait, de même que dans le contenu de certaines discussions menées au sein de l'ASDEL. Il faut reconnaître qu'un cloisonnement du marché suisse aurait facilité la gestion du droit de retour proposé par la recourante, en lui garantissant de ne récupérer que des ouvrages qu'elle-même avait livrés. De même a-t-il été constaté que la problématique des importations parallèles avait été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs lors d'au moins deux assemblées de l'ASDEL tenues en 2005 et en 2007. Il n'en reste pas moins que ces éléments ne suffisent pas à établir à eux seuls que la recourante a participé à des accords conduisant à l'interdiction de ventes passives, ce que le Tribunal administratif fédéral a d'ailleurs lui-même admis (cf. arrêt attaqué, consid. 11.3.7). En effet, comme le Tribunal fédéral l'a déjà relevé dans un arrêt précédent, un cloisonnement du marché suisse n'est pas indispensable à la mise en place d'un droit au retour (cf. arrêt 2C_37/2020 du 14 juin 2022 consid. 8.4.8). Il ne ressort enfin pas de l'arrêt attaqué qu'un représentant de la recourante aurait déclaré lors d'une séance de l'ASDEL vouloir empêcher toute importation parallèle de livres. L'arrêt attaqué fait au contraire état d'une absence d'accord sur la question des importations parallèles au sein de l'association (cf. arrêt attaqué, consid. 11.3.6.2 et suivant).

8.5.8. Quant au constat du Tribunal administratif fédéral selon lequel aucune importation parallèle des ouvrages diffusés et distribués par la recourante n'aurait été possible durant la période sous enquête, force est de constater qu'il a été établi de manière insoutenable, comme l'invoque la recourante. Ce constat, qui a été déterminant pour admettre l'existence d'une protection territoriale absolue, se voit tout d'abord contredit par les déclarations claires d'une librairie ayant affirmé en cours d'enquête s'approvisionner régulièrement auprès de la société C._____, soit auprès d'un diffuseur français ayant conclu un contrat de distribution pure avec la recourante (cf. art. 105 al. 2 LTF; actes nos 251 et 530). Il repose ensuite sur des déclarations de libraires suisses ayant uniquement affirmé, de manière très générale, qu'aucun acteur du marché français du livre n'acceptait en principe de leur ouvrir un compte d'achat et que la pratique consistait en règle générale à les renvoyer vers les diffuseurs-distributeurs officiels de livres pour la Suisse. Or,

la Cour de céans ne voit pas en quoi des allégations aussi vagues et indéterminées sur le fonctionnement du marché du livre démontreraient qu'il était impossible d'importer de manière parallèle les ouvrages distribués par la recourante, ce d'autant moins lorsqu'il est avéré que de telles importations ont en réalité eu lieu en pratique, comme on vient de le dire. La probabilité est en fait très grande que les librairies interrogées se soient plaintes de l'impossibilité d'obtenir à l'étranger des ouvrages appartenant à un autre catalogue de produits que celui de l'intéressée, étant précisé que la part de marché de cette dernière est relativement petite et que le Tribunal fédéral a reconnu l'existence de pratiques de cloisonnement du marché suisse de la part de certains grands groupes commerciaux actifs non seulement dans le domaine de l'édition, mais également dans celui de la diffusion-distribution de livres (cf. ATF 148 II 25; ATF 148 II 321; arrêts 2C_39/2020 du 3 août 2022, destiné à la publication; 2C_33/2020 rendu ce jour). Le Tribunal administratif fédéral a ainsi versé dans l'arbitraire en retenant qu'il n'y avait aucune possibilité pour les revendeurs suisses de se procurer à l'étranger les ouvrages diffusés par la recourante, ce sur la base de témoignages de librairies dont rien n'indique qu'ils concernaient la situation particulière de cette dernière. On relèvera en passant qu'il est possible que certains grands groupes de distribution français, en charge de la distribution des éditeurs partenaires de la recourante à l'étranger, aient décidé d'une stratégie commerciale consistant à interdire à leurs filiales françaises ou belges de répondre à toute commande provenant de Suisse, afin de contraindre les revendeurs de livres suisses à s'adresser à leurs filiales suisses (cf. supra consid. 6.1 et arrêt 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6, destiné à la publication). Une telle exclusion des ventes passives ne pourrait être imputée à la recourante sous l'angle du droit de la concurrence, dans la mesure où elle découlerait d'une politique commerciale unilatérale d'un autre acteur du marché.

8.6. En somme, rien dans l'arrêt attaqué ne permet de retenir, sur la base d'indices ciblés, qu'entre 2005 et 2011, la recourante aurait été partie à des accords verticaux dans lesquels elle se serait mise d'accord avec des éditeurs ou des diffuseurs de livres sur le fait qu'aucun autre distributeur étranger ne devrait être autorisé à vendre les mêmes ouvrages qu'elle à destination du marché suisse. A défaut de pouvoir admettre l'existence d'une protection territoriale absolue, il ne peut pas être reproché à l'intéressée d'avoir participé à des accords visés par l'art. 5 al. 4 LCart. Relevons qu'un tel constat conduit à l'illégalité de la sanction financière prononcée par les autorités précédentes (cf. supra consid. 4.3), comme on le verra plus loin (cf. infra consid. 10).

VI. Existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart

9.

Il s'agit encore de déterminer si les accords de distribution au centre du présent litige doivent être qualifiés d'illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, comme l'a reconnu le Tribunal administratif fédéral, quand bien même ils ne sont pas visés par l'art. 5 al. 4 LCart. La recourante le conteste. Rappelons qu'en cas de réponse positive à

cette question, il conviendrait a priori de confirmer l'ordre d'interdiction d'entrave à la concurrence prononcée à l'encontre de l'intéressée (cf. supra consid. 4.3).

9.1. En vertu de l'art. 5 al. 1 LCart, sont illicites, 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 d'une concurrence efficace. Dans ce second cas, la justification des accords par des motifs d'efficacité économique est exclue (cf. ATF 143 II 297 consid. 4.1; 129 II 18 consid. 3).

9.2. La jurisprudence a précisé la portée à donner à la notion d'"accords qui affectent de manière notable la concurrence" figurant à l'art. 5 al. 1 LCart. De manière générale, le caractère notable d'une atteinte à la concurrence peut être établi à l'aide de critères tant quantitatifs que qualitatifs, étant précisé que le seuil de gravité justifiant un constat d'illicéité doit rester globalement le même, quelle que soit l'approche adoptée (ATF 143 II 297 consid. 5.2.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 7.3.1). Cela étant, les accords visés par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, auxquels le législateur a décidé d'appliquer une présomption de suppression de la concurrence efficace en raison de leurs effets potentiellement graves, ne constituent en principe pas des cas bagatelles, de sorte qu'ils sont par nature réputés affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Autrement dit, une appréciation qualitative de ces accords sous le prisme de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart suffit en règle générale à remplir la condition de l'atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille au surplus en examiner les effets réels sur un plan quantitatif, ce qui n'est pas le cas des autres accords visés par cette disposition (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.3.1-4.3.2; 143 II 297 consid. 5.2.5 et 5.4). Il est de ce fait possible de les qualifier d'emblée d'illicites, s'ils ne se justifient pas par des motifs d'efficacité économique (cf. art. 5 al. 1 et 2 LCart). Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de se demander si ces accords, qui touchent le noyau dur de la concurrence (cf. supra consid. 4.3), remplissent le second cas de figure visé par cette disposition (cf. supra consid. 9.1), à savoir s'ils conduisent à une suppression de la concurrence efficace. Rappelons qu'admettre une suppression de la concurrence supposerait notamment d'examiner si la présomption posée à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart peut être considérée comme levée ou non (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.1-5.2.5, 5.3.2, 5.6).

9.3. En l'occurrence, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'au moins 94 des 103 contrats écrits de diffusion et/ou de distribution auxquels la recourante était partie entre 2005 et 2011 étaient forcément illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, dès lors qu'ils remplissaient non seulement les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart, mais qu'en plus, la présomption de suppression de la concurrence posée par cette disposition ne pouvait pas être renversée. Il a en outre ajouté que de tels accords, qui représentaient forcément des atteintes notables à la concurrence en tant qu'ils étaient

visés par l'art. 5 al. 4 LCart, ne se justifiaient par aucun motif d'efficacité économique, de sorte qu'ils étaient, sous cet angle également, illicites, même si l'on devait considérer que la présomption de suppression de la concurrence était renversée.

Un tel raisonnement ne peut toutefois être suivi, car il se fonde sur une prémisse erronée. En effet, comme on vient de le voir, il ne peut pas être reproché à la recourante d'avoir participé à des accords verticaux attribuant un territoire de distribution et cloisonnant le marché suisse de manière absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal administratif fédéral (cf. supra consid. 8.6). Un constat d'illicéité à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart - découlant de la reconnaissance d'une atteinte notable à la concurrence tirée de l'art. 5 al. 4 LCart - tombe ainsi à faux.

9.4. On précisera que l'absence d'éléments de fait permettant de conclure que la recourante aurait été liée à des contrats visés par l'art. 5 al. 4 LCart entre 2005 et 2011 ne signifie pas nécessairement que l'intéressée n'a participé à aucun accord illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart durant cette période. On pourrait imaginer qu'il faille considérer, sur la base d'une approche quantitative, que les contrats de diffusion et/ou de distribution exclusives auxquels la recourante a été partie avec certains éditeurs ou diffuseurs de livres durant la période sous enquête ont malgré tout porté une atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. En cohérence avec la motivation de son arrêt, le Tribunal administratif fédéral n'a pas traité cette question. Y répondre aurait en l'occurrence impliqué d'opérer une analyse de l'impact concret des accords concernés sur le marché suisse (cf. supra consid. 9.2). Il n'appartient pas à la Cour de céans de procéder en première instance à un tel examen, qui dépend non seulement de l'établissement de faits ne ressortant pas de l'arrêt attaqué, mais qui relève également du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes en matière de droit des cartels (cf. ATF 135 II 60 consid. 3.1.2). Compte tenu de l'écoulement du temps depuis la fin de l'enquête de la COMCO, le Tribunal fédéral renonce toutefois à renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il se prononce sur ce point, comme il l'a du reste déjà fait dans plusieurs arrêts récents à propos d'autres entreprises de diffusion et de distribution de livres concernées par la décision de la COMCO du 27 mai 2013 (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 11.4, non publié in ATF 148 II 25; 2C_37/2020 du 14 juin 2022 consid. 9.4). Rappelons que l'éventuel constat selon lequel la recourante aurait participé à des accords en matière de concurrence non visés par l'art. 5 al. 4 LCart, mais néanmoins illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, justifierait tout au plus le prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrave à la concurrence selon l'art. 30 al. 1 LCart (ch. 2 du dispositif de la décision de la COMCO du 27 mai 2013). Il n'exercerait en revanche aucune influence sur la question principale de la légalité de la sanction litigieuse prononcée à l'encontre de l'intéressée en application de l'art. 49a al. 1 LCart, puisque la participation à des accords de ce type ne permet pas d'infliger une telle sanction (cf. supra consid. 4.3).

VII. Conséquences

10.

10.1. Sur le vu de ce qui précède, l'arrêt attaqué viole la LCart en tant qu'il constate que la recourante a participé à des accords verticaux illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart en lien avec la diffusion et/ou la distribution de livres en français en Suisse. Il s'ensuit qu'il est également contraire au droit fédéral en tant qu'il inflige à l'intéressée une sanction financière à hauteur de 760'000 fr., en application combinée des normes précitées et de l'art. 49a LCart, et lui interdit d'entraver, par des contrats de distribution et/ou de diffusion, les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse en application de l'art. 30 al. 1 LCart.

10.2. Comme aucune mesure n'aurait dû être prononcée à l'encontre de la recourante au sens de la LCart, il ne se justifiait pas non plus de mettre à sa charge la somme de 760'150 fr. au titre de frais de procédure devant la COMCO, à titre solidaire avec neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres, en application combinée des art. 1a 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) et de l'art. 2 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OEmol; RS 172.041.1). Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner les autres griefs que la recourante formule à titre subsidiaire dans ses écritures et qui tendent à obtenir une réduction de la sanction financière prononcée à son encontre et des frais de procédure de la COMCO mis à sa charge.

11.

Par conséquent, le recours doit être admis dans la mesure de sa recevabilité (cf. supra consid. 1.2) et l'arrêt attaqué annulé.

12.

Le présent arrêt sera rendu sans frais (art. 66 al. 4 LTF). La COMCO, qui succombe, sera en revanche condamnée à verser des dépens à la recourante, qui obtient gain de cause (art. 68 al. 1 LTF). La cause sera pour le reste renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens (art. 67 et 68 al. 5 LTF a contrario).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est admis dans la mesure où il est recevable.

2.

L'arrêt B-4014/2013 du 30 octobre 2019 du Tribunal administratif fédéral est annulé.

3.

La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens.

4.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

5.

La COMCO est condamnée à verser à la recourante une indemnité de 18'000 fr. à titre de dépens.

6.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à la COMCO, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

B 4	5. Arrêt du 8 décembre 2022 Diffusion Transat SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – sanction; marché du livre en français
-----	---

Arrêt 2C_49/2020 du 8 décembre 2022 de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral dans l'affaire Diffusion Transat SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, intimée. Objet: Cartels - sanction; marché du livre en français, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 (B-4019/2013)

Faits:**A.**

Diffusion Transat SA (ci-après: Diffusion Transat) est une société anonyme de droit suisse. Elle est détenue par A._____ et B._____. Elle propose des services de diffusion et de distribution aux éditeurs de livres en français, étant précisé qu'elle sous-traite l'intégralité de la seconde tâche à la société suisse C._____, qui assure dans ce cadre aussi la gestion des ouvrages retournés. Elle conclut à cette fin des contrats qui, pour la plupart, contiennent une clause d'exclusivité, dont le contenu et la formulation peuvent néanmoins différer d'une convention à l'autre.

B.

B.a. Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des revendeurs de livres actifs en Suisse ont fait apparaître que les premiers occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix y était élevé.

B.b. Le 13 mars 2008, d'entente avec le Président de la COMCO, le secrétariat a ouvert une enquête visant à examiner l'existence d'un éventuel abus de position dominante au sens de la loi sur les cartels (LCart). Le 2 mars 2011, de concert avec son Président, le secrétariat de la COMCO a élargi son enquête à l'examen d'un potentiel accord illicite affectant la concurrence au sens de la loi précitée.

B.c. Le 18 mars 2011, le Parlement 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 de la COMCO à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011, en application du principe de l'économie de la procédure. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé en votation le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre.

La COMCO a repris son enquête le 22 mars 2012.

B.d. Le 14 août 2012, le secrétariat de la COMCO a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il retenait notamment que Diffusion Transat avait participé, durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à un accord horizontal de répartition géographique conclu

au sein de l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ASDEL), ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tables. Selon le secrétariat, la société avait aussi participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il considérait que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 LCart et proposait d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente, notamment au moyen de tables, et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise fondé sur un prix public final pour la Suisse. De même, il envisageait de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché de la diffusion et distribution du livre en français en Suisse, de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution exclusive. Finalement, il a proposé de sanctionner Diffusion Transat 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.

B.e. En date du 27 mai 2013, après déterminations des parties sur la proposition de décision et divers actes d'instruction et auditions, la COMCO a rendu une décision à l'encontre de la société Diffusion Transat et de neuf autres diffuseurs-distributeurs. Elle a notamment condamné la société précitée au paiement d'une sanction de 447'000 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart en raison de sa participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart (ch. 1.4 du dispositif). Elle lui a par ailleurs interdit - comme aux neuf autres diffuseurs-distributeurs concernés par sa décision - d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français par tout détaillant actif en Suisse (ch. 2 du dispositif). Enfin, elle l'a condamnée au paiement, à titre solidaire, des frais de procédure, lesquels se montaient à 760'150 fr. (ch. 4 du dispositif).

B.f. Le 12 juillet 2013, Diffusion Transat a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision précitée. La société concluait principalement à son annulation pure et simple, subsidiairement à celle de ses chiffres 1.4 et 2, ainsi qu'à ce qu'il soit constaté qu'elle n'entravait pas les importations parallèles de livres en français par tout détaillant actif en Suisse par des contrats de distribution et/ou de diffusion.

Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a entièrement rejeté le recours de Diffusion Transat.

C.

Le 14 janvier 2020, Diffusion Transat (ci-après: la recourante) dépose un recours en matière de droit public contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral. La société, qui sollicite, à titre préalable, l'octroi de l'effet suspensif à son recours, demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 30 octobre 2019, ainsi

que celle des chiffres 1.4, 2 et 4 de la décision de la COMCO du 27 mai 2013. Elle conclut en outre à ce qu'il soit constaté qu'elle n'a pris part à aucun accord illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Subsidiairement, elle demande que la sanction faisant l'objet du chiffre 1.4 de la décision de la COMCO soit réduite, de même que les dépens la concernant fixés au chiffre 4 de la même décision, afin que, séparément ou cumulés l'un à l'autre, le montant auquel elle est condamnée reste à un niveau inférieur ou égal à ses fonds propres à la fin de l'année 2012. Plus subsidiairement encore, elle conclut au renvoi de la cause à l'instance inférieure pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par ordonnance du 31 janvier 2020, le Président de la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif au recours.

Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à prendre position sur le recours, renvoyant aux considérants de l'arrêt attaqué. La COMCO a répondu au recours, concluant à son rejet.

La recourante et la COMCO ont répliqué, respectivement dupliqué. La première a renoncé à déposer d'ultimes observations.

Considérant en droit:

I. Recevabilité et pouvoir d'examen

1.

1.1. Le litige porte sur le bien-fondé d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral confirmant une décision prononcée par la COMCO ayant notamment pour effet de condamner la recourante au paiement d'une sanction financière en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251). Il s'agit d'une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, de sorte que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est en principe ouverte.

1.2. Le recours a par ailleurs été interjeté dans les formes requises (art. 42 LTF) et en temps utile compte tenu des fêtes hivernales (art. 100 al. 1 en lien avec l'art. 46 al. 1 let. c LTF) par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a, sous cet angle, manifestement qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Il est partant recevable, sous réserve de la conclusion constatatoire accessoire qui y est prise, laquelle n'a aucune portée propre par rapport à celle en annulation de l'arrêt attaqué (cf. ATF 137 II 199 consid. 6; 135 II 60 consid. 3.3; aussi 141 II 113 consid. 1.7; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 1.2, non publié in ATF 148 II 25), et des conclusions demandant l'annulation, respectivement la réforme de la décision de première instance de la COMCO du 27 mai 2013. Ces dernières conclusions sont en effet irrecevables en raison de l'effet dévolutif complet du recours déposé auprès du Tribunal administratif fédéral (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.2), dont la décision peut seule être attaquée devant le Tribunal fédéral (cf. art. 86 al. 1 let. a LTF).

2.

2.1. Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, sous réserve d'une violation du droit manifeste (cf. ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2; arrêt 4A_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1, non publié in ATF 135 III 112). A cela s'ajoute que, conformément à l'art. 106 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral n'examine le respect des droits fondamentaux que si un grief en ce sens a été non seulement invoqué, mais également motivé par la partie recourante (ATF 141 I 36 consid. 1.3; 136 II 304 consid. 2.5).

En l'occurrence, dans son mémoire de recours, la recourante invoque parfois de manière lapidaire, au milieu d'autres griefs, la violation d'un droit fondamental déterminé, sans véritablement expliquer en quoi consiste exactement la violation alléguée et en quoi le droit fondamental invoqué n'aurait pas été respecté. La Cour de céans n'entrera pas en matière sur ce genre de critiques qui ne sont pas motivées à suffisance de droit à l'aune de l'art. 106 al. 2 LTF.

2.2. L'examen du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF; ATF 142 I 155 consid. 4.4.3), sous réserve des cas prévus par l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait de l'arrêt attaqué à la double condition qu'elles aient été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.6), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF. La notion de "manifestement inexacte" figurant à l'art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3).

II. Dispositions légales topiques et positions des autorités précédentes

3.

Le litige porte principalement sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en considérant que la recourante avait participé à des accords illicites en matière de concurrence - et présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart - et en la condamnant pour cette raison au paiement d'une sanction financière de 447'000 fr.

Avant de présenter le raisonnement suivi par les différentes autorités précédentes sur ces points, un bref survol des dispositions topiques s'impose.

4.

4.1. La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux

cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Elle s'applique aux entreprises qui, entre autres situations, sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence visant ou entraînant une restriction de celle-ci (cf. art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart), à moins que la concurrence sur le marché des biens ou services concernés ne soit de toute manière exclue par d'autres prescriptions étatiques (cf. art. 3 al. 1 LCart). La 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).

4.2. L'art. 5 LCart dispose, à son al. 1, que 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. Après avoir précisé à son al. 2 la notion de "motifs d'efficacité économique", l'art. 5 LCart énumère ensuite, à ses al. 3 et 4, plusieurs types d'accords qui sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace et qui réunissent tantôt des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes (accords horizontaux), tantôt des entreprises occupant différents échelons sur un marché (accords verticaux). L'art. 5 al. 4 LCart, qui porte sur les accords verticaux et qui se trouve au centre du présent litige, prévoit en particulier ce qui suit:

3 Sont [...] présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues.

4.3. Les sanctions administratives encourues en cas d'accords illicites sont réglées aux art. 49a ss LCart. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit ainsi que l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L'art. 50 LCart dispose pour sa part qu'une sanction identique peut être infligée à une 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. Il découle de ces dispositions qu'une entreprise ne peut être sanctionnée de manière immédiate en raison d'un accord illicite en matière de concurrence que si elle participe à ce que l'on appelle communément un "cartel dur" ou un "accord rigide" ("hartes Kartell" ou "harte Abrede"), c'est-à-dire à l'un des accords, exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, dont il convient en principe de présumer, de manière réfragable, qu'ils suppriment toute concurrence (cf. ATF 147 II 72 consid. 6.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1920; ZIRLICK/BANGERTER, in KG - Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbe-

werbsbeschränkungen, 2018, no 544 ad art. 5 LCart). Dans les autres cas, soit lorsqu'une entreprise prend part à un accord qui, sans être visé par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, restreint néanmoins notablement la concurrence sans motif d'efficacité économique (p. ex. un accord fixant un prix maximal), seul le prononcé d'une mesure administrative entre en ligne de compte (p. ex. une interdiction d'entrave à la concurrence; cf. art. 30 LCart; ATF 143 II 297 consid. 9.4.6; aussi arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 12.4, non publié in ATF 148 II 321): ce n'est qu'en cas de récidive - à savoir en cas de non-respect de la mesure prononcée - que l'entreprise peut éventuellement se voir infliger une sanction, en application de l'art. 50 LCart (cf. arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.3, non publié in ATF 148 II 25; 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 10.2; aussi JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3^e éd. 2011, no 7 ad art. 49a LCart; KRAUSKOPF/SCHALLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2^e éd. 2021, no 651 ad art. 5 LCart).

4.4. La problématique des accords verticaux en matière de concurrence est appréhendée de manière pratiquement identique, quoique dans des systèmes différents, par le droit suisse et le droit européen, qui se sont rapprochés au fil du temps (ATF 143 II 297 consid. 5.3.4). Les débats parlementaires laissent d'ailleurs transparaître sans équivoque que le législateur a souhaité que la réglementation des accords verticaux soit similaire à celle de l'Union européenne et s'avère aussi stricte qu'elle, sans l'être davantage (cf. BO 2003 CE 329 ss; voir BO 2002 CN 1435 ss), afin de ne pas conduire à une insécurité juridique (cf. BO 2003 CE 330). Le parallélisme des deux réglementations fait qu'il est possible de se référer à ce que l'Union européenne a exclu ou permis dans sa directive sur les accords verticaux (BO 2003 CE 330), sous réserve d'éventuels changements fondamentaux en droit européen de la concurrence et des différences pouvant exister entre les marchés suisse et européen, qui ne sont pas économiquement comparables (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 et les références citées). Les règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désire une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (ATF 143 II 297 consid. 6.2.3; arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 4.4, non publié in ATF 148 II 25; cf. aussi BO 2003 CE 331).

5.

5.1. En l'occurrence, dans sa décision de première instance du 27 mai 2013, la COMCO a tout d'abord retenu que la LCart s'appliquait pleinement aux relations commerciales que la recourante avait pu entretenir entre 2005 et 2011 avec différents éditeurs et diffuseurs de livres étrangers ou suisses, dès lors que ces relations avaient été régies par des accords restreignant la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Elle a ensuite considéré que, durant cette période, la recourante avait plus précisément pris part, dans le cadre de son activité de distribution de livres "en gros", à des accords verti-

caux instituant des systèmes de diffusion-distribution ayant pour objectif et effet de supprimer toute concurrence efficace sur le marché de la distribution "wholesale" du livre en français. D'après la COMCO, le système mis en place par la recourante avait en effet cloisonné la distribution des livres produits ou simplement diffusés par ses différents partenaires, en empêchant toute importation parallèle desdits produits par les revendeurs helvétiques. La COMCO a dès lors estimé que les relations commerciales entretenues par la recourante et ses partenaires tombaient sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace posée à l'art. 5 al. 4 LCart. Il n'existait par ailleurs aucune concurrence restante sur les plans "intermarques" et "intramarque" susceptible de renverser cette présomption de suppression de la concurrence efficace. Quand bien même l'on admettrait le contraire, il faudrait de toute manière considérer que les systèmes de distribution mis en place par la recourante ont eu pour effet de restreindre notablement la concurrence en Suisse, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne le justifie au sens de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart.

La COMCO a dès lors infligé à la recourante une sanction de 447'000 fr. pour participation à des accords illicites, en application combinée des art. 5, al. 1 et 4, et 49a al. 1 LCart. Elle lui a en outre interdit de continuer à empêcher toute importation parallèle de livres en français par des détaillants actifs en Suisse par l'entremise de contrats de distribution et/ou de diffusion exclusives.

5.2. Par arrêt du 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral s'est très largement rallié à la décision de la COMCO. Il a en l'occurrence retenu qu'entre 2005 et 2011, la recourante avait conclu des contrats écrits de diffusion et/ou de distribution de livres avec 93 éditeurs et diffuseurs. Ces contrats, par lesquels les éditeurs et diffuseurs en question chargeaient la recourante de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages en Suisse, constituaient tous des accords en matière de concurrence, indépendamment du fait qu'ils aient contenu ou non une clause d'exclusivité expresse en faveur de la recourante. Le fait était qu'ils affectaient les canaux d'approvisionnement des produits concernés dans le pays et qu'ils ne pouvaient pas être qualifiés de simples contrats d'agence sous l'angle du droit de la concurrence. Le Tribunal administratif fédéral a par ailleurs estimé que le système de diffusion-distribution mis en place par ces 93 contrats avait eu pour but et effet particuliers d'empêcher d'éventuels autres fournisseurs agréés à l'étranger de distribuer les mêmes ouvrages que ceux que la recourante diffusait et distribuait - avec l'aide de C. _____ - en Suisse. Il fallait donc présumer, selon lui, conformément à l'art. 5 al. 4 LCart, que la concurrence efficace avait été supprimée dans le pays s'agissant de la distribution wholesale des ouvrages vendus par la recourante. Subsidiairement, le Tribunal administratif fédéral a estimé, à l'instar de la COMCO, que, même si l'on considérait que le système mis en place par l'intéressée ne supprimait pas toute concurrence efficace, il constituait à tout le moins une atteinte notable à celle-ci, non justifiée par un motif d'efficacité économique, de sorte qu'il s'avérait en tous les cas illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

Sur cette base, le Tribunal administratif fédéral a confirmé qu'il y avait lieu de condamner la recourante à payer une sanction de 447'000 fr. en application de l'art. 49a LCart et de lui interdire d'entraver à l'avenir les importations parallèles que voudraient opérer les revendeurs de livres suisses, ce exactement comme l'avait fait la COMCO.

5.3. Dans ses écritures, la recourante conteste le raisonnement qui précède et affirme, en particulier, n'avoir jamais été partie à un quelconque accord en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart et, a fortiori, à un éventuel accord s'avérant être illicite à l'aune de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart. Elle remet ce faisant en cause plusieurs étapes du raisonnement tenu par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt attaqué, dont il convient de vérifier la conformité au droit fédéral.

III. Existence d'accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart

6.

La première question à examiner sur le fond est celle de savoir si, en obtenant - par contrats écrits - le droit de diffuser et de distribuer 93 éditeurs et diffuseurs de livres en français sur le territoire suisse entre 2005 et 2011, la recourante a participé à des "accords en matière de concurrence" ayant déployé des effets en Suisse. Il s'agit en effet d'une condition de base indispensable à l'application de la LCart, ainsi que, partant, à la reconnaissance d'un accord illicite justifiant le prononcé d'une sanction financière en combinaison des art. 5, al. 1 et 4, et 49a al. 1 LCart (cf. art. 2 LCart et supra consid. 4). La recourante conteste en l'occurrence qu'une telle condition soit remplie.

6.1. Comme on l'a dit, la LCart s'applique, entre autres situations, aux entreprises qui sont parties à des cartels ou, de manière générale, à d'autres types d'"accords en matière de concurrence" (art. 2 al. 1 LCart; cf. supra consid. 4.1). Or, aux termes de l'art. 4 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". Cela signifie que, pour être en présence d'un accord en matière de concurrence relevant de la LCart, deux conditions doivent être réunies: il faut (1) se trouver face à une convention ou une pratique concertée entre (au moins) deux entreprises et (2) que cette convention ou cette pratique vise ou entraîne une restriction à la concurrence (ATF 144 II 246 consid. 6.4), laquelle consiste en une limitation de la liberté dans le jeu de l'offre et de la demande en lien avec des paramètres déterminants du point de vue de la concurrence efficace (arrêts 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2, destiné à la publication; 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 7.2, non publié in ATF 148 II 25).

6.2. 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. Ces deux formes différentes d'accords en matière de concurrence supposent cependant toutes deux une action collective, consciente et voulue des entreprises partici-

pantes (Message du Conseil fédéral 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 ss, spéc. p. 544; cf. ATF 147 II 72 consid. 3.2; 129 II 18 consid. 6.3; ATF 124 III 495 consid. 2a). Elles sont alternatives du point de vue de l'art. 4 al. 1 LCart. L'existence d'une convention obligatoire restreignant un seul paramètre de la concurrence suffit ainsi pour conclure à l'existence d'un accord en matière de concurrence. Il n'est alors pas nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée (ATF 144 II 246 consid. 6.4.1).

6.3. Des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accords horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; 129 II 18 consid. 4), dans la mesure où ils concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (cf. arrêts 2C_33/2020 rendu ce jour consid. 7.2 et 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 6.2.6, destiné à la publication; Communication de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux [ci-après: CommVert], FF 2010 4625, ch. 1). Pour tomber dans le champ d'application du droit suisse, de tels accords verticaux ou horizontaux doivent évidemment déployer des effets en Suisse (cf. art. 2 al. 2 LCart). Cela étant, le Tribunal fédéral a précisé qu'il suffisait qu'un accord ait le potentiel de déployer des effets anticoncurrentiels sur le marché suisse pour que la LCart s'applique et pour justifier, le cas échéant, une enquête des autorités helvétiques. Cette interprétation large du champ d'application de la LCart ne préjuge néanmoins pas le point de savoir si l'accord concerné est illicite au sens du droit suisse et, plus particulièrement, de l'art. 5 LCart. Cette question relève de l'examen matériel de conformité au droit de l'accord tombant sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart, examen auquel il convient de procéder dans un second temps (ATF 144 II 194 consid. 3; 143 II 297 consid. 3.2.3 et 3.4).

6.4. En l'occurrence, comme on le verra plus en détail (cf. infra consid. 8.1), le Tribunal administratif fédéral a constaté dans l'arrêt attaqué que, durant la période sous enquête de la COMCO, soit entre 2005 et 2011, la recourante avait entretenu des relations commerciales avec au moins 93 éditeurs et diffuseurs de livres qui l'avaient chargée, par le biais d'autant de contrats écrits, de diffuser et distribuer leurs ouvrages en Suisse. Or, d'après l'arrêt attaqué, dont les faits lient la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), la majorité de ces contrats contenaient non seulement une clause d'exclusivité expresse en faveur de l'intéressée, mais une grande partie d'entre eux prévoyait également explicitement que les éditeurs et les diffuseurs partenaires devaient " ne pas vendre ou laisser vendre [leurs] ouvrages sur ce territoire " et/ou " transmettre à [la recourante] toute commande de Suisse qui [leur] serait directement adressée ". On peut assurément déduire de telles conventions que les cocontractants de la recourante ont à tout le moins renoncé à opérer eux-mêmes des ventes sur le territoire suisse. Il est par ailleurs vraisemblable, de prime abord, qu'ils se soient également engagés à veiller

à ce que les autres entreprises à qui ils livreraient leurs ouvrages ne les revendent pas à la clientèle réservée à la recourante. Ce constat suffit pour admettre que les conventions en question ont affecté - ou simplement visé à affecter - les conditions auxquelles les entreprises parties ont pu acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.

6.5. Il découle de ce qui précède que l'on ne peut pas reprocher aux autorités précédentes d'avoir considéré que la recourante avait bel et bien participé à des accords en matière de concurrence au sens des art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart durant la période sous enquête. La recourante se méprend sur la portée des dispositions précitées lorsqu'elle affirme n'avoir jamais participé à aucun accord en matière de concurrence dans le cadre de son activité, en prétendant que seuls ses partenaires commerciaux auraient été à même de convenir et de mettre en oeuvre d'éventuelles interdictions d'exportation vers la Suisse avec leurs entreprises de distribution à l'étranger. Il est parfaitement possible de considérer que la recourante a participé à des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, sans même qu'il soit nécessaire de savoir - à ce stade - si elle est responsable d'un cloisonnement absolu du marché suisse. Cette dernière question n'a d'importance qu'au moment d'examiner l'illicéité et la punissabilité des accords en matière de concurrence concernés, examen auquel il sera procédé ci-après. A ce stade, on peut tout au plus se demander si certains accords particuliers passés par la recourante qui ne contiennent aucune clause d'exclusivité - voire qui indiquent explicitement que l'intéressée ne jouit d'aucune exclusivité - tombent véritablement dans le champ d'application de la LCart, étant précisé que le Tribunal administratif fédéral est parti de la prémisse que de tels accords étaient en réalité appliqués de la même manière que ceux contenant l'une ou l'autre des clauses d'exclusivité exposées ci-devant. La question peut néanmoins rester ouverte dans la mesure où elle ne revêt aucune pertinence pour l'issue du litige, ainsi qu'on le verra (cf. infra consid. 8.7 et 9.4).

6.6. Il convient donc de retenir que la recourante a bel et bien été partie à des accords en matière de concurrence tombant dans le champ d'application de la LCart durant la période sous enquête de la COMCO. Reste à savoir si les accords en question - ou du moins une partie d'entre eux - sont visés par l'art. 5 al. 4 LCart et s'ils s'avèrent à ce titre illicites et sanctionnables en application des art. 5 al. 1 et 49a al. 1 LCart, ce que soutiennent les autorités précédentes, mais que conteste la recourante.

IV. Portée de l'art. 5 al. 4 LCart

7.

La recourante réfute en l'occurrence avoir participé à des accords verticaux illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart dans le cadre de son activité de diffusion et de distribution de livres en Suisse et, partant, avoir institué un système présumé supprimer toute concurrence efficace sur ce marché et justifiant le prononcé d'une sanction financière au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. Elle soulève à cet égard plusieurs griefs qui ne peuvent être traités qu'après un bref rappel de la portée de l'art. 5 al. 4 LCart.

7.1. L'art. 5 al. 4 LCart prévoit, notamment, que les "contrats de distribution attribuant des territoires" sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace sur le marché qu'ils concernent "lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues". Cette présomption implique la réalisation de trois conditions: (1) l'existence d'un accord vertical de distribution, (2) l'attribution d'un territoire et (3) la mise en place d'une protection territoriale absolue (cf. ATF 148 II 25 consid. 8; 143 II 297 consid. 6.2).

7.2. Il n'y a d'accord vertical de distribution au sens de l'art. 5 al. 4 LCart que lorsque des entreprises occupant des échelons du marché différents s'entendent sur des modalités de distribution de biens, services ou produits dans le cadre d'un contrat de distribution. Selon la jurisprudence, la notion de "contrats de distribution" doit être comprise largement. Elle englobe évidemment les contrats de distribution proprement dits, par lesquels un producteur ou un prestataire de services organise son réseau de distribution et convient avec son distributeur que ses produits seront écoulés selon des modalités qu'ils spécifient (contrat de distribution exclusive, système de distribution sélective, contrat d'achat exclusif, contrat de fourniture exclusive, etc.). Elle couvre cependant aussi les clauses de distribution spécifiques insérées dans d'autres contrats, comme des contrats de franchise ou de licence (ATF 148 II 25 consid. 8.1; 143 II 297 consid. 6.3.1).

7.3. Un accord vertical de distribution procède à une attribution de territoire lorsqu'il contient une clause d'attribution de marché se référant à une surface délimitée ou délimitable (p. ex. la Suisse qui constitue un marché potentiellement clos, ce qui a justifié l'introduction de l'art. 5 al. 4 LCart; ATF 143 II 297 consid. 6.3.2). Il convient de souligner à cet égard que le texte clair de l'art. 5 al. 4 LCart ne se réfère qu'aux répartitions de marchés sur la base de "territoires". La présomption de suppression de la concurrence efficace prévue par cette disposition ne vaut dès lors pas pour les accords de distribution qui segmenteraient le marché en fonction d'une "clientèle" (cf. aussi BO 2003 CE 330). Un accord d'exclusivité de clientèle par lequel un fournisseur s'engagerait à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée (p. ex. à des clients exerçant une profession déterminée ou figurant sur une liste préétablie sur la base d'un critère donné; cf. Communication de la Commission européenne du 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130/1 du 19 mai 2010, no 168) ne relève en principe pas de l'art. 5 al. 4 LCart, à moins bien sûr que la clientèle en question soit définie sur la base d'un critère géographique uniquement (ATF 148 II 25 consid. 8.2; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, no 594 ad art. 5 LCart).

7.4. D'après l'art. 5 al. 4 LCart, un accord vertical de distribution attribuant un territoire n'est enfin présumé supprimer la concurrence efficace que s'il est exclu que d'autres fournisseurs agréés procèdent à des ventes sur ce territoire. Se fondant sur une interprétation historique et téléologique de la loi, le Tribunal fédéral considère que seuls les cas de protection territoriale "absolue" sont en réalité visés par l'art. 5 al. 4 LCart et concernés par la

présomption de suppression de la concurrence instituée par cette norme. Il existe une telle protection lorsque les partenaires de distribution externes au territoire attribué se voient empêchés de procéder à des ventes non seulement "actives", mais également "passives" vers le territoire attribué (ATF 148 II 25 consid. 8.3; 143 II 297 consid. 6.3.4). Par "vente active", il faut comprendre le fait pour un distributeur de chercher à obtenir des clients ou une clientèle installés sur le territoire d'un autre distributeur par le biais de moyens ciblés. Quant à la "vente passive", elle consiste uniquement à répondre à des commandes spontanées effectuées par des clients provenant de ce territoire. La distinction entre ces deux types de vente est essentielle, car tant et aussi longtemps qu'il reste permis d'opérer des ventes passives à destination d'un territoire attribué à titre exclusif à un distributeur, il faut considérer que celui-ci ne bénéficie d'aucune protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, quand bien même aucun autre distributeur ne peut procéder à des ventes actives sur ce même territoire; on se trouve dans un tel cas face à une protection territoriale uniquement "relative", laquelle n'est pas visée par la disposition précitée et n'est, partant, pas présumée supprimer toute concurrence efficace (cf. ATF 148 II 25 consid. 8.3; 143 II 297 consid. 6.3.5).

7.5. L'art. 5 al. 4 LCart précise que l'exclusion des ventes actives et passives justifiant la présomption de suppression de la concurrence doit concerner "d'autres fournisseurs agréés". La version française de la disposition diverge sur ce point quelque peu de celles allemande et italienne qui évoquent, pour leur part, une interdiction de vente par des " gebietsfremde Vertriebspartner " ou des " distributori esterni". Il en ressort que la présomption de suppression de la concurrence de l'art. 5 al. 4 LCart implique que des entreprises actives dans la distribution d'un produit donné - et non dans sa seule production - se voient interdire de procéder à tout type de vente de ce produit à destination d'un territoire de distribution attribué à une autre entreprise (cf. ATF 143 II 297 consid. 6.3.3). Ainsi, l'accord par lequel une entreprise uniquement productrice se contenterait de renoncer à la vente directe de ses produits en Suisse, après en avoir externalisé la distribution à une autre entreprise, ne tombe pas en tant que tel sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. Il en va de même de l'accord par lequel un producteur étranger s'obligerait à transmettre à son importateur suisse toutes les demandes d'achat qui lui parviendraient dans la mesure où elles émaneraient de Suisse. En effet, de telles restrictions de vente ne concernent en règle générale que le producteur du bien concerné, sans forcément s'étendre à d'éventuels distributeurs de celui-ci (cf. BO 2003 CE 329 ss; Note explicative de la Commission de la concurrence du 12 juin 2017 relative à la CommVert [état le 9 avril 2018; ci-après: Note explicative CommVert], ch. 9, 1^{er} point; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., nos 557 ss ad art. 5 LCart). Il est possible que ces accords soient malgré tout illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart, dans la mesure où ils sont susceptibles de restreindre d'une manière notable la concurrence sur le marché considéré, ou qu'ils résultent d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart de la part du distributeur protégé. Ne limitant pas en tant que tels la liberté d'action d'une entreprise "distributrice", ils ne constitueront en revanche pas

des contrats présumés conduire à la suppression de toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (ATF 148 II 25 consid. 9.3.1).

7.6. Ce n'est que si un accord vertical remplit chacune des conditions précitées qu'il faut présumer qu'il supprime la concurrence efficace sur le marché qu'il concerne. Cette présomption ne s'applique donc pas à tous les contrats de distribution exclusive, lesquels doivent pouvoir continuer de prévoir une certaine protection territoriale. Celle-ci reste en principe licite tant qu'elle n'a pas de caractère absolu, c'est-à-dire aussi longtemps que des ventes passives provenant d'un autre territoire restent autorisées (BO 2003 CE 329 et 331; aussi AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine Kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG*, in: *Stoffel/Zäch [édit.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen*, 2004, p. 102). La question de savoir si des ventes passives s'avèrent autorisées et, partant, possibles sur le marché concerné ne s'examine cependant pas de manière totalement abstraite et théorique; la faculté d'opérer des importations parallèles doit représenter une alternative crédible d'approvisionnement à des conditions acceptables pour les acheteurs suisses, au risque sinon de permettre un contournement facile de l'art. 5 al. 4 LCart et, partant, de vider la présomption de suppression de la concurrence posée par cette disposition d'une grande partie de sa portée (cf. ATF 148 II 25 consid. 9.3.3).

V. Existence d'accords verticaux de distribution attribuant un territoire au sens de l'art. 5 al. 4 LCart

8.

La recourante soutient n'avoir conclu aucun accord vertical remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec les 93 éditeurs et diffuseurs de livres s'étant adressés à elle en vue de la diffusion-distribution de leurs ouvrages en français sur le territoire suisse. Les contrats passés à cette fin n'auraient jamais visé à lui assurer une protection territoriale absolue. Ils n'auraient jamais tendu à empêcher non plus les autres diffuseurs-distributeurs de ces produits à l'étranger d'opérer des livraisons en Suisse. Retenir le contraire, comme l'ont fait le Tribunal administratif fédéral et, précédemment, la COMCO, violerait non seulement les règles d'interprétation des contrats fixées à l'art. 18 CO (RS 220), mais également la maxime inquisitoire prévue à l'art. 12 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021) et l'interdiction de l'arbitraire consacrée à l'art. 9 Cst.

8.1. En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué que, durant la période sous enquête, soit entre 2005 et 2011, la recourante a entretenu des relations commerciales avec 93 éditeurs et diffuseurs lui ayant confié la charge de diffuser et/ou distribuer leurs ouvrages sur le territoire suisse sur la base de contrats écrits à la formulation diverse. Cela étant, la majorité des contrats, soit 47 d'entre eux, contenaient une disposition caractéristique - dite de type A - par laquelle l'éditeur ou le diffuseur concerné confiait simplement à la recourante " la diffusion [et la distribution] exclusive[s] de l'ensemble de son fonds, y compris les réimpressions et les nouveautés à paraître pour tout le territoire suisse ".

Selon l'arrêt attaqué, 40 autres contrats comportaient pour leur part une clause de type D présentant la teneur suivante:

Art. 1

[L'éditeur] déclare être titulaire des droits de diffusion et de distribution sur le territoire décrit à l'article 2, des ouvrages publiés pour le label ou marque [...]. [L'éditeur] confiera [à la recourante] la réalisation de ces mêmes opérations pour tout nouveau label dont il aurait acquis le droit de diffusion et de distribution pour le territoire suisse. En conséquence de quoi, [l'éditeur] confie [à la recourante] la diffusion et la distribution exclusives des fonds ci-dessus désignés [...].

Art. 2

Cette exclusivité s'étend à tous nos clients [...] situés sur le territoire suisse. [L'éditeur], par conséquent, s'engage à ne pas vendre ou laisser vendre ses ouvrages sur ce territoire pendant la durée de la présente convention et adressera [à la recourante] tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse. Toutefois, les opérations de vente par correspondance et le courtage pourront donner lieu à un approvisionnement direct par [l'éditeur]. [Les parties] conviennent de s'informer mutuellement sur ces marchés, préalablement à leur réalisation."

Quant aux six derniers contrats écrits passés par la recourante, ils présentaient, d'après l'arrêt attaqué, un contenu divers. Trois d'entre eux recelaient une clause d'exclusivité en faveur de l'intéressée, tout en précisant que l'éditeur ou le diffuseur partenaire s'engageait soit " à ne pas vendre ses ouvrages sur [le] territoire [suisse] pendant la durée de la présente convention et [à] adress[er] [à la recourante] tous les ordres qui pourraient lui parvenir, provenant de clients revendeurs résidant en Suisse " (clause de type E), soit " à transmettre à [la recourante] toute commande de Suisse qui lui serait directement adressée " (clause de type C). Un autre contrat se référait pour sa part à un précédent entretien téléphonique et évoquait simplement des " conditions de diffusion en exclusivité pour la Suisse " (clause de type G). Deux autres contrats ne recelaient enfin aucune clause d'exclusivité du tout en faveur de la recourante, l'un d'entre eux, apparemment conclu avec un diffuseur, confiant même expressément à la recourante " la commercialisation non exclusive des ouvrages en langue française des éditeurs précisés en annexe 1 sur le marché suisse " (clause de type F, respectivement B).

8.2. Sur le vu de ce qui précède, force est d'admettre que les 93 contrats liant la recourante à différents éditeurs ou diffuseurs entre 2005 et 2011 constituaient tous des accords verticaux de distribution attribuant un marché, lequel consistait en l'occurrence dans la distribution wholesale de livres aux revendeurs helvétiques. Dans cette mesure, ils remplissaient assurément les deux premières conditions d'un accord vertical présumé supprimer la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (à savoir l'existence d'un accord vertical de distribution et d'une attribution de territoire). La recourante ne le conteste d'ailleurs pas dans son mémoire. Reste à examiner si le Tribunal administratif fédéral a considéré à juste titre que les accords en question remplissaient

également la troisième condition nécessaire à l'application de cette présomption, c'est-à-dire qu'ils conféraient aussi une protection territoriale absolue à la recourante (cf. supra consid. 7.4), en empêchant que d'autres distributeurs de livres actifs à l'étranger n'effectuent des ventes wholesale à destination du territoire suisse.

8.3. Déterminer si des entreprises sont parties à un accord remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart peut s'opérer de différentes manières. Un tel examen, qui peut se fonder sur un faisceau d'indices, implique cependant en tous les cas d'interpréter le contrat qui lie en principe les parties. A cet égard, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (cf. ATF 147 II 72 consid. 3.3). Les manifestations de volonté tacites comprennent notamment les actes concluants, c'est-à-dire ceux dont l'accomplissement laisse transparaître une certaine volonté des parties (ATF 147 II 72 consid. 3.3; 144 II 246 consid. 6.4.1). Ces déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément aux règles de l'art. 18 CO, qui implique de déterminer en priorité la volonté commune réelle des parties et, si cela n'est pas possible, d'interpréter leurs manifestations de volonté conformément au principe de la confiance, sans s'arrêter aux termes retenus dans la convention. Il faut en tous les cas que l'on puisse discerner une collaboration voulue et consciente de deux ou plusieurs entreprises, ce qui fait défaut en cas de restrictions à la concurrence purement unilatérales (cf. ATF 144 II 246 consid. 6.4.1; 124 III 495 consid. 2a). Cela étant, il est également important de garder à l'esprit que la notion de "convention" au sens de la LCart va au-delà de celle de "contrat" au sens du droit des obligations; elle couvre également les accords non contraignants sur le plan juridique, mais dont il ressort malgré tout une volonté de s'engager des parties, comme les gentlemen's agreements ou les Frühstückskartelle, ainsi que cela ressort clairement de l'art. 4 al. 1 LCart (ATF 147 II 72 consid. 3.3).

8.4. Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties à un contrat, ce qui constitue une question de fait que le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire, il doit rechercher leur volonté objective. Il lui appartient alors de déterminer le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3 et les références citées). Cette détermination de la volonté objective des parties selon le principe de la confiance est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs. Or, l'établissement de ces circonstances relève de la constatation des faits, ce que le Tribunal fédéral ne contrôle que sous l'angle de l'arbitraire (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

8.5. En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité

ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle tire des conclusions insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références citées). Cela étant, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées en droit de la concurrence, du moins lorsque les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 consid. 8.3.2). Les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont notamment très rares en pratique de sorte que l'appréciation des faits doit régulièrement se faire sur la base d'indices (ATF 144 II 246 consid. 6.4.4).

8.6. En l'occurrence, dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral a opéré deux raisonnements différents pour arriver à la conclusion que chacun des contrats de diffusion-distribution que la recourante avait conclu constituait un accord lui octroyant une protection territoriale absolue. Il a opéré une distinction entre les contrats qui contenaient une clause de type D et ceux qui recelaient une clause d'un autre type (cf. supra consid. 8.1). Il convient dès lors d'examiner l'arrêt attaqué en opérant la même distinction (cf. infra consid. 8.6.1-8.6.3 pour les contrats avec clause de type D, respectivement consid. 8.6.4-8.6.6 pour les autres contrats).

8.6.1. En ce qui concerne les 40 éditeurs ou diffuseurs ayant souscrit dans leur contrat une clause de type D les engageant à " ne pas vendre ou laisser vendre " leurs ouvrages sur le territoire suisse, le Tribunal administratif fédéral a estimé qu'ils avaient clairement manifesté leur volonté d'assurer à la recourante l'exclusivité de la diffusion-distribution de leurs produits dans le pays. Il a considéré que, par le biais d'une telle clause, les partenaires de la recourante ne s'étaient pas contentés de "confier, céder ou concéder" une exclusivité à cette dernière, mais s'étaient également engagés à prendre les mesures nécessaires pour faire respecter pleinement cette exclusivité, notamment en ne laissant aucun autre diffuseur et/ou distributeur de livres vendre leurs ouvrages sur le territoire suisse, pas même depuis l'étranger. L'autorité judiciaire précédente a concédé qu'un tel engagement reposait certes sur un simple rapport bilatéral entre les éditeurs ou diffuseurs concernés et la recourante, de sorte qu'il n'imposait en lui-même aucune obligation à d'éventuelles sociétés tierces, que ce soit des sociétés de diffusion-distribution de livres ou des grossistes. Il a toutefois estimé qu'il existait une présomption de fait que les partenaires de distribution de la recourante avaient effectivement pris des mesures destinées à assurer le respect de l'exclusivité accordée à cette dernière.

8.6.2. La Cour de céans constate que le Tribunal administratif fédéral s'est efforcé d'établir la volonté réelle et commune de la recourante et de ses partenaires lorsque ceux-ci ont conclu les divers accords de diffusion-distribution contenant une clause de type D qui les ont liés entre 2005 et 2011. En tenant compte du texte de ces accords, lequel constitue la base de toute interprétation contractuelle, y compris en droit des cartels (cf. notamment ATF 143 II 297 consid. 6.4.3), l'autorité précédente a retenu que les parties avaient bel et bien voulu

conclure des accords visant à cloisonner le marché suisse du livre en français. Or, on ne voit pas en quoi l'autorité précédente aurait violé l'art. 18 CO en procédant de la sorte, quoi qu'en dise la recourante. En cherchant à établir et en constatant la volonté subjective réelle et concordante des parties au moment de souscrire une clause de type D, le Tribunal administratif fédéral s'est pleinement conformé aux règles d'interprétation des contrats fixées par le droit fédéral. Il n'a ensuite fait preuve d'aucun arbitraire dans l'établissement des faits en retenant que les éditeurs et diffuseurs s'étaient en l'occurrence sciemment et volontairement engagés envers la recourante à faire en sorte qu'aucun distributeur étranger ne procède à des ventes passives de leurs ouvrages à destination du marché suisse. Il semble en tout cas très peu vraisemblable que l'engagement particulier de ne pas "laisser vendre" ait eu pour unique fonction d'interdire aux éditeurs et diffuseurs contractants de livrer eux-mêmes d'éventuels acheteurs suisses, comme le prétend la recourante, une telle interdiction étant déjà visée par l'obligation de "ne pas vendre" également contenue dans le contrat. Le fait, pour un éditeur ou un diffuseur de livres, de s'obliger contractuellement envers son diffuseur-distributeur helvétique non seulement à "ne pas vendre" ses ouvrages en Suisse, mais également à ne pas les y "laisser vendre" dénote bien davantage une volonté claire d'assurer une protection territoriale absolue à ce diffuseur-distributeur, comme l'a déjà relevé le Tribunal fédéral dans un arrêt précédent concernant un autre diffuseur-distributeur visé par l'enquête de la COMCO (cf. arrêt 2C_39/2020 du 3 août 2022 consid. 7.6.4). Le Tribunal administratif fédéral était donc parfaitement en droit de soutenir que les éditeurs et diffuseurs ayant souscrit une clause de type D avec la recourante s'étaient sciemment et volontairement obligés à veiller à ce qu'aucun distributeur actif à l'étranger ne vende leurs ouvrages en Suisse, quand bien même il se serait uniquement agi de répondre à des commandes non sollicitées provenant du territoire suisse (ventes passives).

8.6.3. Sur la base de ce constat, le Tribunal administratif fédéral a considéré à juste titre que la recourante avait participé à au moins 40 accords de distribution lui octroyant une protection territoriale absolue et s'avérant, de ce fait, visés par l'art. 5 al. 4 LCart. Contrairement à ce que prétend la recourante, il importe peu que l'arrêt attaqué ne fasse état d'aucune société de distribution étrangère - notamment française - s'étant vu imposer une interdiction de vente passive vers la Suisse en relation avec les ouvrages distribués par la recourante, ni d'aucun revendeur de livres suisse s'étant vu refuser une importation parallèle de ces produits. L'absence de toute preuve sur ces points n'empêche pas d'admettre l'octroi d'une protection territoriale absolue en faveur de la recourante, laquelle peut être admise sur la seule base des 40 conventions signées par l'intéressée contenant une clause de type D (cf. arrêt 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 10.6.4, non publié in ATF 148 II 321). L'existence d'une protection territoriale absolue n'est pas non plus remise en question par le fait que les revendeurs de livres suisses n'ont peut-être jamais éprouvé d'intérêt à importer de manière parallèle les ouvrages distribués par la recourante durant la période sous enquête, ni par le fait qu'ils ont joui durant cette même

période de la faculté d'acheter des livres à l'étranger par le biais de sites internet de commerce de détail, tels que celui d'amazon.fr. Une éventuelle absence d'intérêt des détaillants helvétiques à effectuer des importations parallèles ne s'oppose pas à la reconnaissance d'une entente entre la recourante et ses partenaires éditeurs visant un cloisonnement absolu du marché suisse (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.4.2; 143 II 297 consid. 5.4.2). Quant aux achats que certains revendeurs de livres suisses auraient effectués auprès de la société Amazon, en quantité négligeable et uniquement de manière ponctuelle selon l'arrêt attaqué, ils ne permettent pas d'admettre que d'autres distributeurs externes ou d'autres "fournisseurs agréés" étaient autorisés à vendre des livres diffusés par la recourante sur le territoire suisse. En effet, la société de vente en ligne précitée, qui s'assimilait plutôt à une librairie étrangère durant la période sous enquête, n'endossait pas un rôle de "distributeur" ou de "fournisseur" sur le marché de la distribution du livre de niveau wholesale, comme le Tribunal fédéral l'a déjà précisé dans un arrêt récent (cf. ATF 148 II 25 consid. 9.3).

8.6.4. Quant aux 53 autres contrats de diffusion et/ou de distribution ne contenant pas de clause de type D, mais une clause de type A, B, C, E, F ou G, le Tribunal administratif fédéral a concédé qu'il n'était pas possible d'en déduire un engagement des éditeurs et diffuseurs concernés de faire en sorte qu'aucun de leurs distributeurs actifs à l'étranger ne concurrence la recourante en opérant des ventes passives vers la Suisse. D'après les juges précédents, il existerait toutefois d'autres éléments et indices démontrant que ces éditeurs et diffuseurs se seraient obligés à tout mettre en oeuvre afin d'assurer une protection territoriale absolue à la recourante. Le Tribunal administratif fédéral a d'abord indiqué qu'un système de distribution excluant toute importation parallèle depuis la France était propre à faciliter la mise en place du droit de retour des ouvrages distribués par la recourante. Il a également relevé que la question d'une éventuelle "autorisation" des importations parallèles avait été abordée en 2005 et 2007 lors de différentes séances de l'Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ASDEL) auxquelles un représentant de la recourante était présent. Cela laisserait entendre qu'il aurait existé une pratique de cloisonnement du marché suisse de la part des diffuseurs-distributeurs suisses à cette époque. Estimant que ces deux éléments ne suffisaient pas encore à démontrer l'existence d'une protection territoriale absolue en faveur de la recourante, le Tribunal administratif fédéral s'est enfin - et surtout - fondé sur le fait qu'aucune importation parallèle n'aurait eu lieu, ni n'aurait été possible en lien avec les ouvrages diffusés et distribués par la recourante durant la période visée par l'enquête de la COMCO, alors même qu'il aurait existé un intérêt économique pour les librairies helvétiques à se procurer les ouvrages en question à l'étranger. Cette absence d'importation parallèle démontrerait, selon lui, que tous les éditeurs et diffuseurs partenaires de la recourante - même ceux qui n'étaient pas liés par une clause de type D - avaient accepté d'octroyer une protection territoriale absolue à cette dernière.

8.6.5. La Cour de céans relève que les considérations développées plus haut en relation avec les contrats con-

tenant une clause de type D ne peuvent pas être transposées aux 53 contrats de diffusion-distribution conclus par la recourante contenant une clause d'un autre type. En effet, à suivre leur texte, ces contrats, qui contiennent une clause de type A, B, C, E, F ou G, se limitent la plupart du temps à confier la diffusion et la distribution exclusives de livres en Suisse à la recourante. On précisera que quelques-uns de ces contrats ne contiennent même pas de clause d'exclusivité du tout, voire dénie expressément toute exclusivité à la recourante (cf. supra consid. 8.1). Il est donc absolument impossible d'en tirer un devoir contractuel des éditeurs et diffuseurs concernés de faire en sorte qu'aucun distributeur étranger ne vende leurs ouvrages à des revendeurs de livres suisses, même sur demande spontanée de ces derniers. Le Tribunal administratif fédéral l'a du reste lui-même reconnu dans son arrêt (cf. arrêt attaqué, consid. 11.3.4). Il n'a finalement été convaincu de l'existence d'une protection territoriale absolue que parce qu'il s'agissait, selon lui, de la seule explication au fait que les librairies suisses n'auraient - d'après son constat - jamais pu procéder à aucune importation parallèle d'ouvrages diffusés et distribués par la recourante (avec l'aide de C. _____), alors même que de tels achats transfrontaliers auraient été intéressants pour elles d'un point de vue commercial et économique.

8.6.6. En ce qui concerne cette dernière justification toutefois, l'arrêt attaqué ne fait état d'aucune librairie ou autre détaillant helvétique qui se serait concrètement adressé à des distributeurs ou grossistes étrangers, afin de se procurer auprès d'eux des ouvrages distribués en Suisse par la recourante, et, a fortiori, qui se serait vu refuser une telle livraison durant la période sous enquête. Le constat du Tribunal administratif fédéral selon lequel aucune importation parallèle de ces ouvrages n'aurait été possible ne se fonde finalement que sur des déclarations de libraires suisses ayant affirmé de manière générale et indéterminée en cours de procédure que les diffuseurs-distributeurs, éditeurs ou détaillants français n'auraient en principe jamais accepté d'ouvrir un compte d'achat aux détaillants helvétiques et que la pratique aurait généralement consisté à les renvoyer vers les diffuseurs-distributeurs officiels pour la Suisse. Il repose enfin également sur les déclarations d'un représentant d'une autre société suisse de distribution de livres - en l'occurrence D. _____ - qui a admis qu'il n'était " pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse, sauf par le marché gris ".

La Cour de céans peine cependant à comprendre en quoi ces différentes allégations seraient propres à démontrer d'une quelconque manière que les éditeurs ayant souscrit un contrat de diffusion-distribution contenant une clause de type A, B, C, E, F ou G avec la recourante se seraient engagés à faire en sorte que les détaillants suisses ne puissent pas se procurer leurs ouvrages à l'étranger. Il ressort tout d'abord de l'arrêt attaqué que les libraires interrogés évoquent avant tout une impossibilité de s'approvisionner non pas auprès des entreprises de distribution françaises, mais auprès des éditeurs français, soit auprès des "producteurs" de livres, étant rappelé qu'un tel refus ne constitue pas une

exclusion de vente par des "distributeurs agréés" au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 7.5). Force est ensuite de constater que les déclarations mises en avant dans l'arrêt attaqué consistent en des considérations générales sur le marché du livre sans rapport précis avec la recourante. En l'état de l'arrêt attaqué, il est impossible de déterminer, par exemple, les ouvrages auxquels se réfèrent les détaillants interrogés, c'est-à-dire les titres ou le catalogue exact de produits que ces derniers auraient voulu ou tenté d'importer de manière parallèle en Suisse. En l'absence de toute précision, il faut reconnaître qu'il existe une très forte probabilité que les libraires interrogés se soient plaints de l'impossibilité d'obtenir à l'étranger des ouvrages qui n'étaient en réalité pas diffusés et distribués en Suisse par la recourante, dont la part de marché en Suisse est faible par rapport à celle des principaux diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse, tels que D. _____. On peut également imaginer que ces mêmes libraires se soient plaints d'une impossibilité d'importer des livres certes diffusés par l'intéressée, mais édités par des sociétés ayant souscrit une autre clause que celles de type A, B, C, E, F ou G dont il est ici question (p. ex. une clause de type D; cf. supra consid. 8.6.1-8.6.3). Il s'avère ainsi manifestement insoutenable et, partant, arbitraire, de retenir, sur la seule base de témoignages aussi vagues et peu probants, qu'il était exclu pour les revendeurs helvétiques de se procurer à l'étranger les ouvrages diffusés en Suisse par la recourante en vertu de contrats contenant l'une des clauses précitées.

8.7. Il s'ensuit que rien dans l'arrêt attaqué ne permet de soutenir que les 53 éditeurs ou diffuseurs ayant souscrit une clause de type A, B, C, E, F ou G se seraient engagés envers la recourante à tout mettre en oeuvre afin qu'aucun de leurs diffuseurs-distributeurs à l'étranger ne vende leurs ouvrages à destination du marché suisse. En l'absence de toute disposition contractuelle claire en ce sens, un tel engagement ne peut en aucun cas être établi sur la base de considérations générales sur le fonctionnement du marché du livre en français, sans autres investigations et indices spécifiques en relation avec la situation de la recourante. Le Tribunal administratif fédéral a violé non seulement l'art. 5 al. 4 LCart, mais également l'interdiction de l'arbitraire en retenant le contraire.

8.8. En revanche, comme on l'a vu, le Tribunal administratif fédéral n'a pas versé dans l'arbitraire ni violé le droit fédéral en retenant que la recourante était partie à des contrats de distribution accordant une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart avec 40 éditeurs ayant souscrit une clause d'exclusivité de type D. Il n'a sur ce point précis pas violé non plus le droit d'être entendue de la recourante, ni la maxime inquisitoire ancrée à l'art. 12 PA (cf. en lien avec l'art. 37 LTAF), puisqu'il lui était loisible de ne pas tenir compte des allégations et réquisitions de preuves de la recourante sur la base d'une appréciation anticipée de celles-ci, dans la mesure où les preuves administrées lui avaient permis de forger sa conviction et d'établir l'ensemble des faits pertinents pour la cause sans arbitraire (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1).

VI. Existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart

9.

Il s'agit encore de déterminer si les différents accords de diffusion-distribution passés par la recourante - et en particulier ceux contenant une clause de type D - doivent être qualifiés d'illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, ce que la recourante conteste.

9.1. En vertu de l'art. 5 al. 1 LCart, sont illicites, 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 d'une concurrence efficace. Dans ce second cas, la justification des accords par des motifs d'efficacité économique est exclue (cf. ATF 143 II 297 consid. 4.1; 129 II 18 consid. 3). La suppression de la concurrence efficace peut être prouvée directement; elle peut également résulter des différents cas de figures énumérés par le législateur à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, où il est présumé que la concurrence effective est supprimée. Une telle présomption n'est toutefois pas irréfragable, en ce sens qu'elle peut être levée lorsqu'il est établi qu'une concurrence subsiste malgré tout sur le marché considéré (cf. notamment ATF 147 II 72 consid. 6.1 et 6.5; 144 II 246 consid. 7.2 et les références citées). Si cette présomption est levée, il convient de se demander pour les accords visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, comme face à tout accord en matière de concurrence, si la concurrence n'est malgré tout pas affectée de manière notable, sans motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart), auquel cas l'accord est illicite.

9.2. La jurisprudence a précisé la portée à donner à la notion d'"accords qui affectent de manière notable la concurrence" figurant à l'art. 5 al. 1 LCart. De manière générale, le caractère notable d'une atteinte à la concurrence peut être établi à l'aide de critères tant quantitatifs que qualitatifs, étant précisé que le seuil de gravité justifiant un constat d'illicéité doit rester globalement le même, quelle que soit l'approche adoptée (ATF 143 II 297 consid. 5.2.2; arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 consid. 7.3.1). Cela étant, les accords visés par l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, auxquels le législateur a décidé d'appliquer une présomption de suppression de la concurrence efficace en raison de leurs effets potentiellement graves, ne constituent en principe pas des cas bagatelles, de sorte qu'ils sont par nature réputés affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Autrement dit, une appréciation qualitative de ces accords sous le prisme de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart suffit en règle générale à remplir la condition de l'atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille au surplus en examiner les effets réels sur un plan quantitatif, ce qui n'est pas le cas des autres accords visés par cette disposition (cf. ATF 144 II 194 consid. 4.3.1-4.3.2; 143 II 297 consid. 5.2.5 et 5.4). Il est de ce fait possible de les qualifier d'illicites, pour autant qu'ils ne se justifient par des motifs d'efficacité économique (cf. art. 5 al. 1 et 2 LCart). Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de se demander si ces accords, qui touchent le noyau dur de la concurrence (cf. supra consid. 4.3),

remplissent le second cas de figure visé par cette disposition (cf. supra consid. 11.1), à savoir s'ils conduisent à une suppression de la concurrence efficace. Rappelons qu'admettre une suppression de la concurrence supposerait notamment d'examiner si la présomption posée à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart peut ou non être considérée comme levée (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.1-5.2.5, 5.3.2, 5.6).

9.3. Sur le vu de ce qui précède, il faut retenir que les 40 contrats de diffusion-distribution qui ont lié la recourante à certains éditeurs et diffuseurs durant la période sous enquête et qui contenaient une clause d'exclusivité territoriale de type D s'avèrent forcément illicites à l'aune de l'art. 5 al. 1 LCart. Ils constituent en effet tous des accords verticaux visés par l'art. 5 al. 4 LCart. De tels accords, qui sont présumés avoir supprimé toute concurrence efficace en Suisse sur le marché de la distribution wholesale du livre en français, ont en tous les cas affecté celle-ci de manière notable, ce conformément à la jurisprudence exposée ci-avant. Rien n'indique pour le reste que les restrictions à la concurrence prévues par ces accords aient été justifiées par des motifs d'efficacité économique. Le Tribunal administratif fédéral l'a au contraire expressément nié dans son arrêt et ce point n'est pas contesté par la recourante, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le remettre en question. Les 40 accords précités étant de toute manière illicites sous cet angle de vue, il n'est pas nécessaire d'examiner si la présomption de suppression de la concurrence efficace entrant en ligne de compte en l'espèce pourrait être levée, ce à quoi le Tribunal administratif fédéral a du reste répondu par la négative dans son arrêt.

9.4. On pourrait se demander si la recourante a également participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart avec les 53 autres éditeurs avec lesquels elle a entretenu des liens commerciaux entre 2005 et 2011, sans que les faits constatés dans l'arrêt attaqué ne permettent de retenir qu'elle a conclu avec eux des accords de distribution présumés supprimer toute concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 8.7). En cohérence avec la motivation de son arrêt, le Tribunal administratif fédéral n'a pas traité cette question. Y répondre aurait en l'occurrence impliqué d'opérer une analyse globale de l'impact des accords passés par la recourante sur le marché suisse du livre (cf. supra consid. 9.2). Il n'appartient pas à la Cour de céans de procéder en première instance à un tel examen, qui dépend non seulement de l'établissement de faits ne ressortant pas de l'arrêt attaqué, mais qui relève également du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes en matière de droit des cartels (cf. ATF 135 II 60 consid. 3.1.2). Compte tenu de l'écoulement du temps depuis la fin de l'enquête de la COMCO, le Tribunal fédéral renonce du reste à renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il se prononce sur ce point. Soulignons que le constat selon lequel la recourante aurait participé à des accords en matière de concurrence non visés par l'art. 5 al. 4 LCart, mais néanmoins illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart avec 53 autres éditeurs n'aurait de toute manière aucune incidence déterminante sur l'issue du litige. Ce constat pourrait tout au plus donner lieu au prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrave à la concurrence selon l'art. 30 al. 1 LCart

(ch. 2 du dispositif de la décision de la COMCO du 27 mai 2013), étant précisé qu'une telle mesure se justifie de toute manière déjà en raison des nombreux accords contenant une clause de type D auxquels l'intéressée a participé entre 2005 et 2011 (cf. supra consid. 4.3 et infra consid. 10). En revanche, il n'aurait aucune influence sur les différentes questions de légalité et de quotité de la sanction litigieuse prononcée à l'encontre de l'intéressée en application de l'art. 49a al. 1 LCart, puisque la participation à des accords non visés par l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart ne permet pas d'infliger une telle sanction et qu'elle n'a en principe aucun effet aggravant sur le prononcé de la peine à infliger.

VII. Sanction et mesure prononcées au sens des art. 30 et 49a LCart

10.

Il s'agit à présent d'examiner si le Tribunal administratif fédéral était en droit de condamner la recourante au paiement d'une sanction financière de 447'000 fr. et de lui interdire d'entraver par des contrats de diffusion-distribution les importations parallèles de livres rédigés en français par tout détaillant actif en Suisse.

10.1. Dans son recours, la recourante affirme à titre principal qu'il n'y avait pas lieu de la condamner au paiement d'une quelconque sanction financière, tout en remettant en cause à titre subsidiaire le montant de celle qui lui a été infligée.

10.1.1. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 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 (1^{re} phrase). La jurisprudence a précisé que, par "accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 et 4", il fallait entendre les différents types d'accords mentionnés aux alinéas précités. Ces accords présentent en effet un caractère particulièrement dommageable, qu'ils conservent même en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace qui leur est associée (ATF 147 II 72 consid. 8.3.1 et les références citées). Ces accords, qui doivent donc être sanctionnés parce qu'ils sont considérés comme des restrictions particulièrement problématiques de la liberté d'action, ne peuvent toutefois être sanctionnés que s'ils sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, soit s'ils suppriment la concurrence ou l'entravent de manière notable sans justification d'efficacité économique (ATF 144 II 194 consid. 5.3; 143 II 297 consid. 9.4.6). A cela s'ajoute qu'une entreprise n'est passible de sanction que si l'on peut lui reprocher une faute, quand bien même le texte de l'art. 49a al. 1 LCart ne le précise pas expressément. A cet égard, il n'est pas indispensable de pouvoir attribuer la responsabilité de la violation à la LCart à une personne physique déterminée (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.4.2; 146 II 217 consid. 8.5.2). Un manque de diligence objectif prenant la forme d'un défaut d'organisation au sein de l'entreprise suffit, étant précisé qu'un devoir de diligence découle en premier lieu de la loi, à laquelle les entreprises doivent se conformer et en application de laquelle elles doivent en principe s'abstenir de conclure des accords en matière de concurrence rigides visés par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (ATF 147 II 72 consid. 8.4.2; 143 II 297 con-

sid. 9.6.2). Ainsi, lorsqu'une entreprise adopte un comportement anticoncurrentiel avéré, elle viole en règle générale simultanément son devoir de diligence objectif, car les entreprises doivent connaître et rester informées des règles de la LCart, de la pratique qui s'y rapporte et des publications pertinentes. Il leur est au demeurant loisible de se renseigner sur la situation juridique actuelle auprès de la COMCO (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.4.2; 143 II 297 consid. 9.6.2).

10.1.2. D'après l'art. 49a LCart, le montant de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites (3^e phrase). Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (4^e phrase). Les différents critères de calcul sont pour le reste précisés plus avant par l'Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart; RS 251.5), qui rappelle notamment qu'il doit être tenu compte du principe de la proportionnalité (art. 3 al. 2 OS LCart). Le calcul de la sanction relève en fin de compte d'un acte d'appréciation que le Tribunal administratif fédéral peut contrôler librement (art. 37 LTAF en lien avec l'art. 49 let. c PA), mais que le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec une certaine retenue, n'intervenant qu'en cas d'abus du pouvoir d'appréciation de la part des autorités inférieures (cf. art. 189 Cst. et art. 95 et 97 al. 1 LTF a contrario; ATF 147 II 72 consid. 8.5.2).

10.2. En l'occurrence, quoi qu'en dise la recourante, celle-ci a bel et bien participé à 40 accords de distribution illicites remplissant les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart avec différents éditeurs ou diffuseurs durant la période sous enquête (cf. supra consid. 9.3). Le fait que les clauses d'exclusivité de type D contenues dans ces contrats auraient pu perdre tout effet et utilité dans l'hypothèse où la loi fédérale sur le prix du livre aurait été acceptée en référendum en 2012 n'y change rien. Il s'ensuit que l'on peut reprocher à la recourante d'avoir adopté un comportement remplissant les conditions objectives au prononcé d'une sanction financière au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. Pour le reste, force est de constater qu'on peut également lui opposer la commission d'une faute dès lors qu'elle a conclu des accords qui ont cloisonné le marché suisse et qui constituent à ce titre des "accords rigides" ou des "cartels durs", dont elle devait savoir qu'ils étaient contraires à la législation fédérale.

10.3. La recourante tente en vain de se dégager de toute faute et responsabilité en affirmant qu'elle pouvait légitimement penser que les contrats qu'elle avait conclus ne posaient aucun problème du point de vue du droit des cartels. Le fait est qu'en concluant avec ses partenaires éditeurs des contrats de diffusion-distribution les obligeant à ne pas vendre ni laisser vendre leurs ouvrages par d'autres diffuseurs-distributeurs qu'elle en Suisse, la recourante devait effectivement savoir qu'elle était liée à des accords de distribution aptes à cloisonner le marché suisse et susceptibles d'être visés par l'art. 5 al. 4 LCart. Il importe peu à cet égard que la COMCO n'ait jamais ouvert d'enquête en relation avec le marché du livre en français avant 2007, que cette autorité ait tout d'abord entamé une procédure pour abus de position dominante - et non pour participation à des accords illi-

cites au sens de la LCart - et qu'il lui ait fallu plus de cinq années pour rendre sa décision finale constatant que l'intéressée avait violé le droit fédéral. De même est-il sans pertinence que le Tribunal administratif fédéral ait eu besoin de six ans pour rendre l'arrêt attaqué sur recours et arriver à la même conclusion que la COMCO. Ces faits mettent tout au plus en lumière la complexité qu'il peut y avoir d'appréhender le fonctionnement du marché suisse du livre pour des acteurs qui y sont extérieurs, étant précisé qu'une telle complexité ne libère pas la recourante de son devoir de diligence en matière de droit de la concurrence. Enfin, cette dernière se prévaut en vain de diverses jurisprudences - en l'occurrence des ATF 135 II 86 et 142 IV 333 (consid. 4.2, respectivement 4.1) - qui indiqueraient, selon elle, que, pour pouvoir lui imputer une quelconque faute et lui infliger une sanction financière directe, il aurait été nécessaire non seulement d'identifier la personne qui, au sein de son entreprise, aurait été individuellement responsable de la conclusion des accords illicites visés par l'art. 49a LCart, mais aussi de vérifier que cette personne remplissait les conditions objectives et subjectives de punissabilité posées par cette disposition. La recourante perd en effet de vue que les jurisprudences qu'elle cite n'ont aucune sorte de pertinence en l'espèce, dans la mesure où elles se réfèrent à des comportements illégaux sans rapport avec le droit de la concurrence et à propos desquels la loi ne définit pas la faute - par hypothèse commise par une personne morale - comme une carence d'organisation, contrairement à ce que fait la LCart, comme on l'a vu (cf. supra consid. 10.1.1).

10.4. S'agissant enfin du montant de la sanction, il convient de relever que les autorités précédentes l'ont fixé à 447'000 fr. en tenant compte de la gravité du comportement anticoncurrentiel imputable à la recourante. Ce faisant, elles sont parties de la prémisse selon laquelle celle-ci aurait participé, entre 2005 et 2011, à des accords illicites au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart non seulement en lien avec la diffusion-distribution en Suisse de 40 éditeurs ou diffuseurs liés par une clause de type D, mais également en lien avec la diffusion-distribution dans le pays de 53 éditeurs ou diffuseurs liés par un autre type de clause (cf. arrêt attaqué, consid. 20.3.4.3). Toutefois, comme on l'a vu, il ne peut pas être reproché à la recourante d'avoir participé à des accords en matière de concurrence illicites visés par l'art. 5 al. 4 LCart en tant qu'elle s'est vue chargée de diffuser et de distribuer ce second type d'éditeurs et diffuseurs (cf. supra consid. 8.7). Il s'ensuit que la violation de la LCart imputable à la recourante n'est pas aussi grave que ce que retient l'arrêt attaqué, puisqu'elle ne concerne finalement qu'une portion moindre de ses activités de diffusion-distribution de livres. Il se justifie donc d'adapter à la baisse la sanction prononcée à l'encontre de la recourante, laquelle doit, comme on l'a vu, tenir compte de la gravité des pratiques illicites. Il n'appartient toutefois pas au Tribunal fédéral de prononcer lui-même une nouvelle sanction, dont le calcul relève d'un acte d'appréciation (cf. supra consid. 10.1.2). L'affaire doit donc être renvoyée à la juridiction inférieure pour qu'elle se prononce à nouveau sur le montant de la sanction à infliger en application de l'art. 49a LCart, ainsi que l'a déjà décidé la Cour de céans dans une affaire similaire relative au marché du livre en français (cf. arrêt 2C_43/2020 du

21 décembre 2021 consid. 12, non publié in ATF 148 II 25).

10.4.1. Le renvoi du dossier à l'autorité inférieure pour nouveau calcul de la sanction fait qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur les autres griefs soulevés par la recourante à l'encontre du montant de la sanction.

10.5. Il convient pour le reste de confirmer 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". En effet, lorsque l'autorité 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; sur la nature de cette disposition, cf. arrêt 2C_782/2021 du 14 septembre 2022 consid. 4 et 5, destiné à la publication). En l'occurrence, il n'apparaît pas à la lecture de l'arrêt attaqué que les contrats de distribution conclus par la recourante - et contenant une clause par laquelle les éditeurs et diffuseurs de livres s'engagent envers l'intéressée à ne pas laisser vendre leurs ouvrages sur le territoire suisse par d'autres entreprises - aient été modifiés ou amendés après l'ouverture de la procédure de la COMCO. L'interdiction faite à la recourante de continuer d'entraver les importations parallèles au moyen de telles clauses contractuelles apparaît ainsi nécessaire, tout en constituant la mesure la moins incisive afin de supprimer la restriction illicite constatée. La Cour de céans peine à suivre la recourante en tant qu'elle affirme que cette injonction manquerait de clarté ou serait impossible, étant précisé qu'elle ne s'applique évidemment qu'aux seuls accords considérés comme illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart à l'aune des considérants qui précèdent (cf. aussi 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 12.2, non publié in ATF 148 II 25). Contrairement à ce qu'elle prétend, dite injonction ne l'oblige nullement à s'immiscer directement dans les relations contractuelles de ses partenaires éditeurs afin que ceux-ci autorisent expressément leurs distributeurs à l'étranger à répondre aux sollicitations des libraires suisses. Il lui suffit de modifier les accords qui visent à empêcher les importations parallèles auxquels elle est partie et de renoncer à en conclure de nouveaux du même genre.

VIII. Frais et dépens des procédures antérieures

11.

Dans son mémoire, la recourante demande que les frais de procédure relatifs aux procédures menées successivement devant la COMCO et devant le Tribunal administratif fédéral soient mis à la charge de la Confédération, respectivement qu'ils soient au moins réduits en tant qu'ils ont été mis à sa charge.

11.1. Cette conclusion, qui ne fait l'objet d'aucune motivation spécifique dans le mémoire de recours, serait évidemment bien fondée si le recours l'avait été dans son ensemble. Tel n'est toutefois pas le cas, car il convient de confirmer le constat des autorités précédentes selon lequel la recourante a participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart durant la période sous enquête, ce qui a pour conséquence principale de justifier le prononcé d'une sanction financière à

l'encontre de l'intéressée en application de l'art. 49a LCart. Notons que le Tribunal administratif fédéral a considéré que ce seul constat justifiait de condamner la recourante au paiement d'un montant de 760'150 fr. pour les frais de procédure devant la COMCO, solidairement avec neuf autres diffuseurs-distributeurs de livres. D'après lui, un tel montant, équivalant à 76'015 fr. par diffuseur-distributeur, ne serait pas exagéré, ni contraire à l'ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart; RS 251.2), dès lors qu'il correspondrait à 380 heures de travail par partie et que cette durée ne dépendrait pas de la fixation de la sanction, mais avant tout de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la LCart.

11.2. Il n'y a pas lieu de remettre en cause le raisonnement du Tribunal administratif fédéral en tant qu'il confirme que la recourante doit payer un dixième des frais occasionnés par la procédure de la COMCO, étant ici précisé que les frais de l'enquête initiale portant sur un éventuel abus de position dominante sur le marché du livre ont été laissés à la charge de la Confédération (cf. décision de la COMCO du 27 mai 2013, no 774; art. 105 al. 2 LTF). Cette décision, contre laquelle la recourante ne soulève aucun grief, ne viole pas le droit fédéral à première vue, même s'il appert que le nombre d'accords fondant le prononcé d'une sanction au titre de l'art. 49a al. 1 LCart est finalement moindre, dès lors que l'intéressée a malgré tout été sanctionnée et qu'il s'agit là d'un critère justifiant la mise à sa charge des frais de procédure de première instance. La Cour de céans ne voit en revanche pas pourquoi la recourante devrait répondre solidairement des frais de procédure provoqués par les autres diffuseurs-distributeurs. Un tel régime de solidarité ne s'imposerait que si l'intéressée et ces autres sociétés avaient provoqué ensemble (gemeinsam) la décision de première instance de la COMCO, ce qui n'est pas le cas en l'espèce s'agissant de condamnations pour accords verticaux illicites n'entretenant aucun lien direct et nécessaire entre eux (cf. art. 2 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments [OEmol; RS 172.041.1] en lien avec l'art. 1a OEmol-LCart), comme la Cour de céans l'a d'ailleurs déjà relevé dans plusieurs arrêts récents (cf. notamment arrêts 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 13.2, non publié in ATF 148 II 25; 2C_44/2020 du 3 mars 2022 consid. 13.2, non publié in ATF 148 II 321). Il appartiendra au Tribunal administratif fédéral, à qui la cause doit de toute manière être renvoyée pour nouvelle décision, de corriger ce point.

11.3. Il se justifiera enfin de procéder à une nouvelle répartition des frais et dépens de la procédure menée devant le Tribunal administratif fédéral, lequel devra

réduire la sanction à infliger à la recourante et, partant, admettre partiellement son recours. La cause sera donc également renvoyée à cette instance précédente pour qu'elle se prononce sur ce point (art. 67 et 68 al. 5 LTF).

IX. Conséquences

12.

Le recours doit ainsi être admis partiellement, dans la mesure de sa recevabilité. L'arrêt attaqué doit être partiellement annulé et la cause renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour nouvelle décision s'agissant de la sanction à infliger à la recourante et des frais et dépens des procédures précédentes.

13.

Compte tenu de l'issue du litige, des frais réduits seront mis à la charge de la recourante, qui succombe partiellement. Aucun frais ne sera mis à la charge de la COMCO, celle-ci ayant agi dans l'exercice de ses attributions officielles, sans que son intérêt patrimonial n'ait été en cause (art. 66 al. 4 LTF; cf. arrêt 2C_343/2010 du 11 avril 2011 consid. 9.3, non publié aux ATF 137 II 199). La COMCO sera en revanche condamnée à verser des dépens à la recourante, qui obtient partiellement gain de cause (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis dans la mesure où il est recevable.

2.

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4019/2013 du 30 octobre 2019 est partiellement annulé et la cause est renvoyée à cette autorité pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.

Des frais judiciaires réduits, arrêtés à hauteur de 6'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

4.

La COMCO est condamnée à verser à la recourante une indemnité de 4'500 fr. à titre de dépens réduits.

5.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à la COMCO, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR.

B 4	6. Urteil vom 2. November 2022 – Netzbaustrategie - Anordnung vorsorglicher Massnahmen, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 30. September 2021 (B-161/2021)
-----	---

Urteil 2C_876/2021 vom 2. November 2022 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen A._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen B._____ AG, vertreten durch [...], Beschwerdegegnerin, und Wettbewerbskommission – Gegenstand Netzbaustrategie - Anordnung vorsorglicher Massnahmen, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 30. September 2021 (B-161/2021)

Sachverhalt:**A.**

A.a. Am 6. Februar 2020 stellte die A._____ AG (nachfolgend: A._____) ihre neue Strategie (nachfolgend: Netzbaustrategie 2020) zum Ausbau ihres Glasfaseranschlusnetztes (nachfolgend: FTTH-Netz; sog. "Fiber to the Home") vor. Der für das vorliegende Verfahren massgebliche Aspekt der Netzbaustrategie 2020 besteht darin, dass die A._____ beim Ausbau ihres (im Alleinbau errichteten) FTTH-Netztes zukünftig statt des Vierfaser-Modells mit Punkt-zu-Punkt-Topologie (nachfolgend: P2P) ein Einfaser-Modell mit Baumstruktur und Punkt-zu-Multipunkt-Topologie (nachfolgend: P2MP) zum Einsatz bringen möchte.

A.b. Im Zusammenhang mit der Netzbaustrategie 2020 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Vorabklärung. Im selben Zusammenhang reichte die B._____ AG (nachfolgend: B._____) am 11. September 2020 eine Anzeige gegen die A._____ ein wegen einer unzulässigen Verhaltensweise nach Art. 7 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) und beantragte dabei insbesondere den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

B.

B.a. Am 14. Dezember 2020 eröffnete das Sekretariat der WEKO ein Verfahren gemäss Art. 27 KG und untersagte der A._____ vorsorglich und mit sofortiger Wirkung, "ein Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer-1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer-1-Angebot ab den A._____ Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten"; zugleich wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 Disp.-Ziff. 2 und 4).

B.b. Dagegen erhob die A._____ am 13. Januar 2021 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die vorsorgliche Massnahme sei aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde unverzüglich wiederherzustellen. Ohne vorab über die

Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden, wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde mit Urteil vom 30. September 2021 ab, soweit es sie nicht als gegenstandslos abschrieb.

C.

C.a. Die A._____ gelangt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 4. November 2021 an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts und die Aufhebung der Disp.-Ziff. 2 und 4 der Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020. Zudem verlangt sie, ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

C.b. Die WEKO beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Die B._____ ersucht um Abweisung der Beschwerde. Beide beantragen überdies, das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht reicht sowohl betreffend das Gesuch um aufschiebende Wirkung als auch betreffend die Beschwerde eine Stellungnahme ein, ohne jedoch in der Sache einen Antrag zu stellen. Die A._____ repliziert und hält an ihrem Standpunkt fest.

Am 6. Dezember 2021 reicht die A._____ zudem ein unaufgefordertes Schreiben ein, zu welchem die B._____ mit Eingabe vom 18. Januar 2022 unaufgefordert Stellung bezieht. Mit Schreiben vom 7. März 2022 beantragt die Beschwerdeführerin ferner, über das zu ergehende Urteil sei erst nach Börsenschluss zu informieren.

C.c. Den Antrag der A._____, ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, hat das Bundesgericht mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2021 abgewiesen.

Erwägungen:**1.**

1.1. Angefochten ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 2021 (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Dessen Gegenstand bildet die verfahrensleitende Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 betreffend vorsorgliche Massnahmen in einer der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegenden Streitsache (Art. 82 lit. a BGG, Art. 83 BGG e contrario). Die fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) eingereichte Beschwerde der hierzu legitimierten Beschwerdeführerin (Art. 89 Abs. 1 BGG) ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich zulässig.

1.2. Zu beachten ist indessen, dass das angefochtene Urteil einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid darstellt (vgl. BGE 130 II 149 E. 1.1). Ein solcher ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG anfechtbar,

d.h. wenn er namentlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Abs. 1 lit. a BGG). Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG muss rechtlicher Natur sein, was voraussetzt, dass er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt (BGE 147 III 159 E. 4.1; 143 III 416 E. 1.3; 137 III 380 E. 1.2.1). Wirtschaftliche sowie rein tatsächliche Nachteile, wie die Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens, reichen grundsätzlich nicht aus (BGE 147 III 159 E. 4.1; 141 III 395 E. 2.5). Die blosser Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils genügt (BGE 141 III 395 E. 2.5).

Der Beschwerdeführerin bleibt es vorsorglich verwehrt, ihr FTTH-Netz auf der Grundlage eines Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie auszubauen, da sie damit Dritten keinen sog. Layer 1-Zugang gewähren kann (vgl. nachstehende E. 3.2). Sie muss damit entweder bis zum Entscheid in der Hauptsache auf den Ausbau mit der von ihr bevorzugten Netzarchitektur verzichten, was nach ihrer Darstellung zu irreversiblen Kunden-, Marktanteils- und Umsatzverlusten führe, oder mit dem Vierfaser-Modell mit P2P-Topologie nach ihrem Dafürhalten eine überholte und kostspieligere Technologie verbauen. Damit drohen der Beschwerdeführerin zumindest potentiell Nachteile, die selbst bei einem günstigen Endentscheid nicht oder nicht mehr vollständig zu beheben wären. Auf die Beschwerde ist deshalb unter Vorbehalt der nachfolgenden Präzisierungen einzutreten.

1.3. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bildet einzig das vorinstanzliche Urteil, das den Zwischenentscheid der WEKO ersetzt (sog. Devolutiveffekt; Art. 54 VwVG; vgl. Urteil 2C_302/2021 vom 21. Juni 2021 E. 1.2). Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die Aufhebung einzelner Dispositivziffern der Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 verlangt, ist daher auf ihre Beschwerde nicht einzutreten. Immerhin gelten Entscheide unterer Instanzen als inhaltlich mitangefochten (BGE 134 II 142 E. 1.4).

2.

2.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen. Entscheidet eine Behörde über solche Massnahmen, tut sie dies aufgrund einer summarischen Prüfung und Abwägung der im Spiel stehenden Interessen, ohne sich vertieft mit den sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen; es steht ihr dabei ein erhebliches Ermessen zu (Urteile 2C_146/2016 vom 11. Februar 2016 E. 2.1; 2C_567/2015 vom 24. Juli 2015 E. 2.2 mit Hinweisen). Bei der Überprüfung von Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen beschränkt sich die Kognition des Bundesgerichts auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 98 BGG). Praxisgemäss gilt dies auch, wenn die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen infrage steht (BGE 138 III 555 E. 1; Urteil 1B_479/2019 vom 14. November 2019 E. 1.2). Das Bundesgericht auferlegt sich insbesondere bei der Überprüfung der von der Vorinstanz vorgenommenen Interessenabwägung Zurückhaltung. Es hebt einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nur auf, wenn die beanstandete Interessenabwägung vernünftiger Grundlage entbehrt und nicht nachvollziehbar erscheint, d.h.

letztlich unhaltbar bzw. willkürlich ist (Urteile 2C_146/2016 vom 11. Februar 2016 E. 2.1; 2C_567/2015 vom 24. Juli 2015 E. 2.2 mit Hinweisen). Im Ergebnis führt dies auch auf Ebene des Bundesgerichts zu einer Prüfung prima facie (Urteile 2C_543/2018 vom 30. Oktober 2018 E. 2.2; 2C_669/2016 und 2C_670/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.3 mit Hinweisen).

2.2. Auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte hin kann das Bundesgericht einen angefochtenen Entscheid nur überprüfen, wenn eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die beschwerdeführende Partei hat klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern die angerufenen Verfassungsbestimmungen verletzt worden sein sollen (sog. qualifizierte Rügepflicht; BGE 142 II 369 E. 2.1).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der angefochtene Entscheid verletze das Willkürverbot (Art. 9 BV) sowie den Grundsatz der Gewaltenteilung. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Willkürüge ist grundsätzlich zulässig (vgl. BGE 126 I 81 E. 5a). Dasselbe gilt für die geltend gemachte Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung; dieser gilt grundsätzlich ebenfalls als verfassungsmässiges Recht (als kantonales verfassungsmässiges Recht vgl. BGE 147 I 478 E. 3.1.1; auf Bundesebene vgl. Urteil 1C_35/2013 vom 16. Mai 2014 E. 5; Giovanni Biaggini, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 14 zu Art. 116 BGG; Markus Schott, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 21 zu Art. 98 BGG).

2.3. Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). In Verfahren gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann es die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder soweit die Unrichtigkeit auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 98 BGG beruht (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG; Urteil 2C_645/2018 vom 28. September 2018 E. 2.2; vgl. vorstehende E. 2.1-2.2). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1). Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (Art. 9 BV; BGE 143 IV 241 E. 2.3; 140 III 264 E. 2.3).

2.4. Die Beschwerdeführerin, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen einer Ausnahme gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind und das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre; andernfalls kann ein Sachverhalt, der vom im angefochtenen Entscheid festgestellten abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1). Entsprechend genügt es

nicht, lediglich einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem eine freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. Urteil 2C_3/2021 Urteil vom 23. März 2021 E. 2.1.2 mit Hinweisen).

2.5. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was in der Beschwerde näher darzulegen ist. Der vorinstanzliche Verfahrensausgang allein bildet noch keinen hinreichenden Anlass im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG für die Zulässigkeit von unechten Noven, die bereits im vorinstanzlichen Verfahren ohne Weiteres hätten vorgebracht werden können (BGE 143 V 19 E. 1.2 mit Hinweisen).

3.

3.1. Gegenstand des angefochtenen Entscheids bildet der Ausbau des FTTH-Netzes der Beschwerdeführerin, d.h. die Verlegung von Glasfaserleitungen von der sog. Anschlusszentrale bis zum Teilnehmeranschluss des Endkunden (vgl. betreffend die Terminologie und die fernmeldetechnischen Grundlagen lit. D.c des angefochtenen Entscheids). Statt des Vierfaser-Modells (P2P-Topologie) mit durchgehender physischer Leitung will die Beschwerdeführerin mit der Netzbaustrategie 2020 für den Ausbau des Stammnetzes, d.h. im Bereich des FTTH-Netzes zwischen Anschlusszentrale und Gebietsverteiler, auf ein Einfaser-Modell mit P2MP-Topologie setzen.

3.2. Unbestritten und von der Vorinstanz verbindlich festgestellt ist, dass bei Verwendung eines Einfaser-Modells mit P2MP-Topologie im Bereich des Stammnetzes für Dritte - namentlich andere Fernmeldeunternehmen - kein physischer Netzzugang (sog. Layer 1-Zugang oder Layer 1-Angebot; "ALO" gemäss Produktbezeichnung der Beschwerdeführerin) mehr besteht, d.h. diese von der Beschwerdeführerin keine einzelne durchgehende und physische Leitung zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss zur eigenen Übermittlung von Informationen anmieten können (vgl. angefochtener Entscheid E. 652). Stattdessen beabsichtigt die Beschwerdeführerin, Dritten weiterhin ein sog. Layer 3-Angebot anzubieten, bei dem der Netzbetreiber die Übermittlung von Informationen zwischen Anschlusszentrale und Teilnehmeranschluss als Dienstleistung übernimmt ("BBCS" gemäss Produktbezeichnung der Beschwerdeführerin).

3.3. Streitgegenstand vor Bundesgericht bildet nur, aber immerhin, die Frage, ob die Vorinstanz die Rechtmässigkeit des von der WEKO gegenüber der Beschwerdeführerin vorsorglich angeordneten Verbots, ihr FTTH-Netz in einer Weise auf- bzw. auszubauen, die es verunmöglicht, Nachfragern nach Layer 1-Angeboten ein Layer 1-Angebot ab den A._____ Anschlusszentralen anzubieten, unter Verletzung verfassungsmässiger Rechte bejahte.

4.

Streitig ist zunächst die Zuständigkeit der WEKO, vorsorgliche Massnahmen anordnen zu können.

4.1. Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (Fernmeldegesetz, FMG; SR 784.10) stehe vorliegend der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes entgegen, was die Vorinstanz unter Verletzung des Willkürverbots sowie des Grundsatzes der Gewaltenteilung missachte. Im Zentrum dieser Rüge steht die Auslegung von einfachgesetzlichem Bundesrecht (KG und FMG), welche das Bundesgericht vorliegend nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüfen kann (Art. 98 BGG; vgl. vorstehende E. 2.1). Insofern deckt sich die Rüge, die WEKO und die Vorinstanz hätten den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt, mit derjenigen einer Verletzung des Willkürverbots (vgl. Urteile 2C_116/2015 und 2C_117/2015 vom 30. September 2015 E. 5.5) und muss nicht eigenständig geprüft werden.

4.2. Nach Lehre und ständiger Rechtsprechung kann die WEKO im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren vorsorgliche Massnahmen treffen, obwohl das Kartellgesetz solche nicht ausdrücklich vorsieht (BGE 130 II 149 E. 2.1; Urteil 2A.397/2005 vom 3. Januar 2006 E. 2.1; je mit Hinweisen). Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren bildet, dass das KG anwendbar ist (VINCENT MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, N. 106 zu Art. 39 LCart).

4.3. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind bei der Anwendung des Kartellgesetzes Vorschriften vorbehalten, die Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere solche, die eine staatliche Markt- und Preisordnung begründen (lit. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang bereits verschiedentlich festgehalten, dass die kartell- und die fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung gelangen und insbesondere das Interkonnektionsregime im Fernmelderecht lediglich eine besondere sektorielle Regelung bildet, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst (BGE 137 II 199 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Gleichwohl kann bei der Anwendung des Kartellrechts die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht unbeachtet bleiben. Die beiden Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Konnex und beeinflussen sich gegenseitig. Sinn ergibt daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt (BGE 137 II 199 E. 5.1).

4.4. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1).

4.5. Die Vorinstanz erwog, dass dem Fernmelderecht kein genereller Vorrang gegenüber dem Kartellgesetz

zukomme (vgl. angefochtener Entscheid E. 24). Auch einen spezifischen Anwendungsausschluss des Kartellgesetzes in Bezug auf den Ausbau und die Nutzung des Glasfasernetzes verneinte sie (vgl. angefochtener Entscheid E. 27 ff.): Es ergebe sich weder ausdrücklich noch implizit (im Sinne eines qualifizierten Schweigens), dass der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes vorliegend habe ausschliessen wollen.

4.6. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Revision des FMG eine Zugangsregelung betreffend Glasfasernetz ausdrücklich abgelehnt habe, und es damit den Behörden, namentlich der WEKO aber auch den Gerichten, nicht gestattet sei, diesen Entscheid nachträglich umzustossen und *contra legem* von der Beschwerdeführerin zu verlangen, sie habe ihr Glasfasernetz mit einer ganz bestimmten Netzarchitektur (P2P) auszubauen, um damit einen ganz bestimmten Zugang (Layer 1) gewähren zu können. Sie stützt sich dabei unter anderem auf das Urteil 4C.404/2006, wonach die Öffnung der letzten Meile nur durch den Fernmeldegesetzgeber erfolgen könne.

5.

Voraussetzung für die Zuständigkeit der WEKO, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, bildet die Anwendbarkeit des KG (vgl. vorstehende E. 4.2). Es gilt demnach zu prüfen, ob die Vorinstanz im Rahmen der summarischen Prüfung willkürlich davon ausging, das KG sei vorliegend anwendbar (vgl. vorstehende E. 4.4).

5.1. Das Fernmelderecht enthält grundsätzlich keine Vorschriften, die den Wettbewerb nicht zulassen und damit unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG fallen (VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, N. 45 zu Art. 3 Abs. 1 LCart). Vielmehr bildet es eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst (BGE 137 II 199 E. 3.4). Fraglich ist indessen, ob die rechtsprechungsgemäss erforderliche Berücksichtigung der sektoriellen Regelung des Fernmeldegesetzes (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.1; vgl. vorstehende E. 4.3) der Anwendung des Kartellgesetzes, wie sie die Vorinstanz dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen zugrunde legt, entgegensteht.

5.2. Nach Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren, namentlich in der Form des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung. Diese sog. Entbündelung der letzten Meile ist auf die Technologie der Kupferdoppelader-Metalleitung beschränkt.

5.3. Wie die Vorinstanz ausführt, verzichtete der Gesetzgeber im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes vom 19. März 2019 darauf, dem Bundesrat die Kompetenz einzuräumen, die Entbündelung auf der letzten Meile auf Verordnungsstufe technologie-neutral zu regeln (vgl. angefochtener Entscheid E. 29 ff.). Er lehnte den im Entwurf vorgesehenen Art. 11c E-FMG ab, wonach der Bundesrat zur Förderung wirksamen Wett-

bewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten hätte vorsehen können, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen den Zugang zu leitungsgebundenen, nicht auf Doppelader-Metalleitung basierenden Teilnehmeranschlüssen gewähren müssen, einschliesslich des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Botschaft vom 6. September 2017 zur Revision des FMG, BBl 2017 6614 ff. Ziff. 2). Im Gegensatz zu Art. 11 FMG hätte die technologie-neutrale Zugangsregulierung nach Art. 11c E-FMG Glasfaserleitungen umfasst. Ziel der Bestimmung wäre gewesen, auch in diesem Bereich effektive Instrumente zu schaffen, um bei ungenügend selbsttragendem Wettbewerb reagieren zu können (BBl 2017 6577 ff. Ziff. 1.1.1.5).

5.4. Grund für den Verzicht auf eine erweiterte Zugangsregulierung nach Art. 11c E-FMG war unter anderem, dass man die Investitionstätigkeit in Randregionen nicht gefährden wollte (vgl. angefochtener Entscheid E. 34; vgl. Votum SR Janiak, AB 2018 S 826). Stattdessen erliess der Gesetzgeber Art. 3a FMG, wonach der Bundesrat dem Parlament alle drei Jahre einen Evaluationsbericht zu erstatten hat, namentlich über die Entwicklung des Netzwettbewerbs sowie die Kosten und die Gewährung des Zugangs zu den Teilnehmeranschlüssen, unabhängig von der diesen Anschlüssen zugrunde liegenden Technologie.

5.5. Vor diesem Hintergrund stellt sich im Rahmen der gebotenen Auslegung des KG und des FMG im Sinne eines einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystems (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.1; vgl. vorstehende E. 4.3) die folgende Frage: Durfte die Vorinstanz im Rahmen einer summarischen Prüfung den von der Beschwerdeführerin betriebenen Ausbau ihres FTTH-Netzes auf der Grundlage einer P2MP-Technologie, welche einen entbündelten Layer 1-Zugang Dritter ausschliesst, willkürlich als ein potentiell kartellrechtswidriges Verhalten einstufen, obschon der Gesetzgeber die Entbündelung der letzten Meile im Bereich des Glasfasernetzes fernmelderechtlich ausdrücklich nicht hat regulieren wollen, sondern dem Bundesrat diesbezüglich mit Art. 3a FMG lediglich eine Berichterstattungspflicht auferlegt hat?

5.5.1. Für die Position der Beschwerdeführerin spricht, dass das Anliegen des Gesetzgebers, die Investitionstätigkeit in Randregionen nicht zu gefährden, allenfalls unterlaufen werden könnte, soweit es möglich wäre, gestützt auf das Kartellgesetz einen bestimmten Zugang im Bereich des FTTH-Netzes vorzuschreiben (vgl. vorstehende E. 5.4).

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass das Zusammenspiel von Kartell- und Fernmelderecht im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes verschiedentlich zur Sprache kam: Gemäss Botschaft hätte der Erlass regulatorischer Massnahmen durch den Bundesrat gestützt auf Art. 11c E-FMG vorausgesetzt, dass sich in Marktbereichen Wettbewerbsprobleme abzeichnen, die sich mit dem kartellrechtlichen Instrumentarium nicht genügend effektiv beseitigen lassen (BBl 2017 6615 Ziff. 2). Während das Kartellgesetz Wettbewerbsabreden und den Missbrauch von Marktmacht wie die Erzwingung unangemessener Preise regelt, sei die fern-

melderechtliche Regulierung darauf ausgerichtet, in einem Marktbereich in vorausschauender Weise Wettbewerb zu ermöglichen und Markteintrittsbarrieren systematisch zu senken (BBI 2017 6615 Ziff. 2; vgl. zudem Votum BR Leuthard AB 2018 S 830).

Im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde sodann die Auffassung vertreten, dass bei einem Verzicht auf die technologieneutrale Regulierung nach Art. 11c E-FMG das Verhältnis zum Kartellrecht offen bleibe: "Die Schwäche der Lösung des Nationalrates und der Kommissionmehrheit sehe ich darin, dass sie die Frage zum Wettbewerbsrecht offenlässt. Die einen Mitglieder der Kommission haben darauf hingewiesen, wenn wir jetzt keine Regulierung machen würden, dann könnte man ja trotzdem noch das Kartellrecht anwenden. Aber wenn wir einen Bereich neu regeln, sollten wir ihn sauber regeln." (Votum SR Schmid AB 2018 S 829).

5.5.2. Die Berücksichtigung der parallelen Anwendbarkeit sowie der komplementären Zielsetzung von Kartell- und Fernmeldegesetz im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes zeigt, dass sich aus der Beschränkung der Entbündelung der letzten Meile auf Kupferdoppelader-Metalleitungen nach Art. 11 FMG nicht zwingend ergibt, ein marktbeherrschendes Unternehmen könne sich in Bezug auf den Ausbau des Glasfasernetzes auf der letzten Meile nicht kartellrechtswidrig verhalten. Jedenfalls bestehen keine eindeutigen Hinweise für die Annahme, dass der Gesetzgeber durch den Verzicht, Art. 11c E-FMG ins Gesetz aufzunehmen, das Verhältnis zum Kartellrecht abschliessend regeln wollte (vgl. Votum SR Schmid, AB 2018 S 829; vorstehende E. 5.5.1). Vor diesem Hintergrund erweist es sich im Rahmen einer summarischen Prüfung zumindest nicht als offensichtlich unhaltbar, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und damit Zuständigkeit der WEKO zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zu bejahen.

5.5.3. Die Bejahung der Zuständigkeit der WEKO ist auch mit Blick auf das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Urteil 4C.404/2006 nicht willkürlich. Zwar erzog die I. zivilrechtliche Abteilung in diesem Fall, dass die Verweigerung eines Wholesale-Angebots nicht als unzulässiges Verhalten nach Art. 7 Abs. 2 KG betrachtet werden könne, da zum fraglichen Zeitraum gestützt auf das Fernmelderecht hierzu keine Angebotspflicht bestand (Urteil 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007 E. 4.3 unter Verweis auf BGE 131 II 13 E. 6.4.2 und E. 6.5.2). Es ist indessen nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt, die hier relevante Sach- und Rechtslage betreffend den Ausbau und die Nutzung des FTTH-Netzes sei nicht mit derjenigen des Ausbaus und der Nutzung des Kupferkabelnetzes vor Erlass des Interkonnektionsregimes gemäss Art. 11 FMG, wie sie dem Urteil 4C.404/2006 zu Grunde lag, vergleichbar (vgl. angefochtener Entscheid E. 76): Damals war die Änderung des Fernmeldegesetzes vom 24. März 2006, mit welcher der Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage für eine Interkonnektionspflicht geschaffen sowie die Bedingungen und den Rahmen für eine Öffnung der letzten Meile festgelegt hatte, noch nicht in Kraft getreten (vgl. Urteil 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007 E. 4.2), wohingegen vorliegend zumindest keine eindeutigen Hinweise auf den Willen des

Gesetzgebers bestehen, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einzuschränken (vgl. vorstehende E. 5.5.2).

5.6. Im Ergebnis erscheint es folglich auch unter Berücksichtigung des Zusammenspiels von Kartell- und Fernmeldegesetz nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz im Rahmen einer summarischen Prüfung die Zuständigkeit der WEKO zum Erlass vorsorglicher Massnahmen bejahte.

6.

Streitig und in einem zweiten Schritt zu prüfen ist sodann, ob die Vorinstanz willkürlich davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt seien.

6.1. Die allgemeinen Regeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahme im Verwaltungsverfahren gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der Anordnung (BGE 130 II 149 E. 2.3 mit Hinweisen; 127 II 132 E. 3).

6.2. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 3). Je zweifelhafter der Verfahrensausgang zudem erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen (BGE 130 II 149 E. 2.3; Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.2).

7.

Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Vorinstanz gehe in willkürlicher Art und Weise und in Missachtung der aktenkundigen Tatsachen davon aus, dass ohne Erlass der streitgegenständlichen Massnahme ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil eintrete.

7.1. Vorsorgliche Massnahmen setzen einen Nachteil des Betroffenen voraus, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann (BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil 2A.397/2005 vom 3. Januar 2006 E. 2.2; vgl. vorstehende E. 6.1). Im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren sind vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient. Wesentlich ist somit namentlich, ob für den funktionierenden Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 17 KG ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind (BGE 130 II 149 E. 2.4; Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3.1).

7.2. Die Vorinstanz erwog, die Netzbaustrategie 2020 der Beschwerdeführerin führe dazu, dass andere Fernmeldeunternehmen im Bereich des Glasfasernetzes mangels physischem Layer 1-Zugang keine eigenständigen Fernmeldedienste mehr auf dem Markt anbieten könnten. Daraus würden sich schwerwiegende Einschränkungen sowohl der wirtschaftlichen Freiheiten der übrigen Fernmeldeunternehmen und der Endkunden als auch des Wettbewerbs auf den Gross- und Einzelhandelsmärkten für Fernmeldedienste ergeben. Einerseits bliebe es den übrigen Fernmeldeunternehmen verwehrt, auf der Einzelhandelsebene mit originären Produkten einen umfassenden Wettbewerbsdruck sowohl im Leistungsbereich als auch im Preisbereich gegenüber den Produkten von A. _____ zu erzeugen. Insbesondere wären die übrigen Fernmeldeunternehmen ausschliesslich darauf beschränkt, im Rahmen des Wiederverkaufs von Layer 3-Produkten von A. _____ den Endkunden Preisvorteile gegenüber den leistungsmässig identischen Produkten von A. _____ einzuräumen, womit auch den Endkunden keine umfassenden Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Leistungs- und Preisbereichs der von den verschiedenen Fernmeldeunternehmen angebotenen Produkten zukäme. Andererseits ergäben sich Kapazitätsprobleme für andere Fernmeldeunternehmen, weshalb der Markteintritt neuer Fernmeldeunternehmen und die Expansionsbestrebungen der bestehenden Fernmeldeunternehmen beeinträchtigt würden (vgl. angefochtener Entscheid E. 652 ff.).

7.3. Gemäss Vorinstanz würden diese schwerwiegenden Einschränkungen ohne vorsorgliche Massnahme zementiert. So sei davon auszugehen, dass der potentiell rechtswidrige Ausbau aufgrund der Dauer des Hauptverfahrens für viele Jahre fortgesetzt werden könnte. Während dieses Zeitraums würden Wettbewerber in der Aufnahme ihrer Tätigkeit und der eigenständigen Ausgestaltung ihrer Dienstleistungen eingeschränkt, was mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer geringeren Kundenakquisition und damit auch zu finanziellen Einbussen führen sowie die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber der Beschwerdeführerin beeinträchtigen würde (vgl. angefochtener Entscheid E. 656 ff.).

7.4. Die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Willkürüge stützt sich auf folgende Vorbringen tatsächlicher Natur:

7.4.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass auch in Gebieten, die via P2P erschlossen seien, die Fernmeldeunternehmen primär BBCS und nicht das Layer 1-Angebot ALO nutzen würden. Mit anderen Worten zwingt die vorsorgliche Massnahme die Beschwerdeführerin dazu, eine Infrastruktur zu bauen, die gar nicht bzw. kaum genutzt werde. Den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann jedoch nicht entnommen werden, dass das Layer 1-Angebot der Beschwerdeführerin nicht bzw. kaum genutzt wird (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG). Soweit sich die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht diesbezüglich auf die Beschwerdebeilagen 13 und 14 stützen will, legt sie sodann nicht dar, inwiefern die Vorinstanz diese zu Unrecht nicht berücksichtigt oder erst der angefochtene Entscheid Anlass zu deren Einreichung gegeben haben soll (vgl. vorstehende E. 2.4 und 2.5; Art. 99 Abs. 1 BGG).

7.4.2. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Fernmeldeunternehmen in Bezug auf die Angebote an die Endkunden hinsichtlich der Bandbreite, der Dienste und des Preises nicht danach unterscheiden würden, ob diesen ein Layer 1-Angebot oder ein anderes Vorleistungsprodukt zugrunde liege. Auch diese tatsächlichen Vorbringen finden so keine Grundlage im angefochtenen Entscheid (Art. 105 Abs. 1 BGG). Der blosser Hinweis, all dies sei aktenkundig, erlaubt es dem Bundesgericht noch nicht, den Sachverhalt zu ergänzen (vgl. vorstehende E. 2.3 und 2.4). Ebenso wenig handelt es sich bei solch komplexen Sachfragen um gerichtsnotorische Tatsachen.

7.5. In rechtlicher Hinsicht beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil in willkürlicher Weise bejaht.

7.5.1. Nicht näher einzugehen ist auf den Einwand der Beschwerdeführerin, den Fernmeldeunternehmen drohe kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, weil diese primär BBCS und nicht das Layer 1-Angebot ALO nutzten. Letzteres ist nicht erstellt (vgl. vorstehende E. 7.4.1), insofern kann die Beschwerdeführerin daraus für die von ihr behauptete willkürliche Annahme eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nichts ableiten. Dasselbe gilt für den Einwand, für die Endkunden sei es bis auf Weiteres schlicht irrelevant, ob BBCS oder ALO eingesetzt werde, da die Fernmeldeunternehmen in Bezug auf die Angebote an die Endkunden hinsichtlich der Bandbreite, der Dienste und des Preises nicht danach unterscheiden würden, ob diesen ein Layer-1-Angebot oder ein anderes Vorleistungsprodukt zugrunde liege. Auch dies ist nicht erstellt (vgl. vorstehende E. 7.4.2) und die Beschwerdeführerin kann sich darauf zur Begründung ihrer Willkürüge nicht berufen.

7.5.2. Gemäss der Beschwerdeführerin reiche sodann die angebliche Benachteiligung eines einzigen Unternehmens für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht aus; entscheidend sei vielmehr, ob dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe, welcher überdies gemäss BGE 130 II 149 schwer und irreversibel sein müsse.

Diese Rüge erweist sich deshalb als unbegründet, weil auch die Vorinstanz - unabhängig von der Berücksichtigung privater Interessen - von einer drohenden schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgeht (vgl. dazu vorstehende E. 7.2 und 7.3): Da es bei einem Wechsel der Netzarchitektur - neben B. _____ - auch allen anderen Fernmeldeunternehmen verwehrt bliebe, eigenständige Fernmeldedienste gegenüber den Endkunden zu erbringen, werde in jedem Fall (auch) der wirksame Wettbewerb funktional beeinträchtigt (vgl. angefochtener Entscheid E. 629); die drohende Beeinträchtigung sei überdies als schwerwiegend einzustufen (vgl. angefochtener Entscheid E. 653 und 656).

7.5.3. Massgeblich ist rechtsprechungsgemäss, ob für den funktionierenden Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (BGE 130 II 149 E. 2.4; vgl. vorstehende E. 7.1). Wenn die Vorinstanz davon ausgeht, dass ein solcher nicht zwingend einen allfälligen Marktaustritt eines betroffenen Marktteilnehmers oder eine irreversible Strukturveränderung des relevanten Markts voraussetze (vgl. angefochtener Entscheid

E. 631 ff., insbesondere E. 646), ist dies mit Blick auf Art. 9 BV nicht zu beanstanden. Die entsprechenden Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 130 II 149 (dort E. 3.4), auf welche sich die Beschwerdeführerin stützt, bilden einen Anwendungsfall des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, stellen ihrerseits jedoch keine zusätzlichen Anforderungen an die Nachteilsprognose (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.4).

7.5.4. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin stellte die Vorinstanz schliesslich für die Beurteilung der Nachteilsprognose auf den Zeitraum bis zum Erlass einer Entscheidung in der Hauptsache ab (vgl. angefochtener Entscheid E. 656; vgl. vorstehende E. 7.2 und 7.3). Dass die Vorinstanz dabei mitberücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin in Umsetzung ihrer Netzbaustrategie 2020 ihre FTTH-Anschlüsse bis 2025 substantiell ausbauen will (vgl. angefochtener Entscheid E. 656 und 679 ff.), ist nicht geradezu willkürlich. Gerade die kurzfristigen Ausbaupläne der Beschwerdeführerin (vgl. angefochtener Entscheid E. 680) erscheinen für die Beurteilung der Nachteilsprognose (und der Dringlichkeit) nicht unwesentlich, da eine allenfalls unzulässige Netzarchitektur zurück gebaut werden müsste, sofern ein allfälliger Rückbau überhaupt in Betracht zu ziehen wäre (vgl. angefochtener Entscheid E. 656). Auch mit Blick auf die Komplexität und die Dauer des Hauptverfahrens kann der Betrachtungszeitraum der Vorinstanz nicht als offensichtlich unhaltbar gelten.

7.6. Im Ergebnis erweist sich die Rüge, die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil angenommen, als unbegründet.

8.

Die Beschwerdeführerin macht sodann sinngemäss geltend, die vorsorgliche Massnahme sei offensichtlich unverhältnismässig (vgl. Beschwerde Rz. 47 ff., insbesondere Rz. 52).

8.1. Die Vorinstanz bejahte, dass die streitigen Massnahmen geeignet, erforderlich sowie zumutbar und damit verhältnismässig seien (vgl. angefochtener Entscheid E. 688 ff., E. 720 ff. sowie E. 738 ff.). Das Bundesgericht prüft diese Interessenabwägung mit besonderer Zurückhaltung; es hebt einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nur auf, wenn die beanstandete Interessenabwägung vernünftiger Grundlage entbehrt und nicht nachvollziehbar erscheint, d.h. sich letztlich als unhaltbar bzw. willkürlich erweist (vgl. vorstehende E. 2.1). Dies ist vorliegend nicht der Fall: Die Vorinstanz befasste sich eingehend mit den geltend gemachten Nachteilen, die der Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach aufgrund der streitigen Massnahme drohen (vgl. angefochtener Entscheid insbesondere E. 739 ff., E. 817 ff.) und nahm im Ergebnis eine nachvollziehbare Interessenabwägung vor.

8.2. Ausgangspunkt der vorinstanzlichen Interessenabwägung bildet die Überlegung, dass bei einer einstweiligen Zulassung der vorgesehenen Herstellung eines FTTH-Netzes tatsächlich oder zumindest praktisch ein irreversibler Zustand für einen Drittel des FTTH-Netzes in der Schweiz resultieren würde (vgl. angefochtener Entscheid E. 787). Dass die Vorinstanz dabei von einem überwiegenden öffentlichen Sicherheitsinteresse an der

Gewährleistung einer offenen Wettbewerbsmatrix mit einem diskriminierungs- und monopolisierungsfreien Zugang zu FTTH-Netzen ausgeht, ist angesichts des ihr zukommenden Ermessens nicht unhaltbar (vgl. angefochtener Entscheid E. 792). Insbesondere erwog die Vorinstanz, dass die tatsächlichen wirtschaftlichen Einbussen der Beschwerdeführerin, die für einen gewissen Zeitraum aufgrund des aufgeschobenen Ausbaus von FTTH-Netzen gemäss der Netzbaustrategie 2020 anfallen, jedenfalls nicht höher seien als diejenigen Kosten, die bei einem Rückbau dieses als wettbewerbswidrig festgestellten FTTH-Netzes zu Lasten von A. _____ anfallen würden (vgl. angefochtener Entscheid E. 803). Selbst wenn die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten schweren Wettbewerbsnachteile aufgrund des angeblich drohenden Baustopps als glaubhaft zu betrachten und zu berücksichtigen wären, bliebe die vorinstanzliche Interessenabwägung im Ergebnis nicht geradezu willkürlich.

8.3. Die Auffassung der Vorinstanz, im Rahmen der Prüfung, ob die vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig sind, seien versorgungs-, regional-, sozial- oder sonstige gesellschaftspolitische Überlegungen nicht massgeblich und Konsumenten- und Verbraucherinteressen nur unter dem Gesichtspunkt eines wirksamen Wettbewerbs zu berücksichtigen (vgl. angefochtener Entscheid E. 820, ferner E. 827), erweist sich jedenfalls im Ergebnis ebenso wenig als offensichtlich unhaltbar. Denn im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit sind primär die Interessen am Erlass der vorsorglichen Massnahmen gegenüber den entgegenstehenden Interessen der Beschwerdeführerin abzuwägen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 4f). Der Einwand, die streitgegenständliche Massnahme führe zu einer massiven Verzögerung des Glasfaserbaus vor allem in ländlichen Regionen, legt demnach in Bezug auf die Frage der Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahme noch keine Willkür dar.

8.4. Soweit die Beschwerdeführerin sodann auch die Unzumutbarkeit mit dem Argument begründet, es sei ausgeschlossen, dass dem Wettbewerb bis zu einem Entscheid in der Hauptsache ein nennenswerter Schaden entstehen könne, da BBCS auch dort das klar dominierende Wholesale-Produkt sei, wo ALO zur Verfügung stehe, kann auf die Ausführungen zur Nachteilsprognose verwiesen werden (vgl. vorstehende E. 7.4.1 und 7.5.1).

9.

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich verschiedene weitere Verletzungen des Willkürverbots geltend. Dabei präzisiert sie nicht, auf welche Voraussetzung (en) für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sich diese Rügen beziehen (nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, besondere Dringlichkeit, Verhältnismässigkeit). Soweit die Rügen die Hauptsachenprognose betreffen, ist zu bemerken, dass es diese grundsätzlich nur zu berücksichtigen gilt, sofern sie eindeutig ist (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; 127 II 132 E. 3; vgl. vorstehende E. 6.2). Mit Blick auf die eingeschränkte Kognition des Bundesgerichts müsste die Beschwerdeführerin folglich darlegen, dass die Vorinstanz willkürlich nicht davon ausging, die Hauptsachenprognose falle eindeutig zu

ihren Gunsten aus. Wie im Folgenden aufzuzeigen ist, gelingt dies der Beschwerdeführerin nicht und sie macht dies auch nicht explizit geltend.

Generell äussert sich die Beschwerdeschrift weder näher zur summarischen Einschätzung der Vorinstanz, die Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 durch die Beschwerdeführerin stelle prima facie eine Technologieeinschränkung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG dar (vgl. angefochtener Entscheid E. 201 ff.), noch wird ausdrücklich vorgebracht, für einen Wechsel auf das Einfasermodell mit P2MP-Topologie bestehe prima facie ein ausreichender Sachgrund, der ein allfälliges marktmissbräuchliches Verhalten rechtfertigen (vgl. betreffend Rechtfertigungsgründe ["legitimate business reasons"] BGE 146 II 217 E. 4.2; 139 I 72 E. 10.1.2; angefochtener Entscheid E. 279 ff.) und gegenüber einer potentiellen Wettbewerbseinschränkung überwiegen könnte (vgl. zum Erfordernis der Verhältnismässigkeit der Rechtfertigungsgründe Urteil B-3618/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 2016 E. 267; Amstutz/Carron, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, N. 178 ff. zu Art. 7 KG). Auch deshalb vermag die Beschwerdeführerin mit den nachfolgenden Rügen nicht darzutun, inwiefern der angefochtene Entscheid im Ergebnis geradezu unhaltbar sein soll.

9.1. Die Beschwerdeführerin erblickt zunächst eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung im Umstand, dass die Vorinstanz den Ausbau des Glasfasernetzes im Ausland nicht berücksichtigt habe. Es sei überdies willkürlich, ihr einen effizienten Ausbau ihres Glasfasernetzes nach der international vorherrschenden P2MP-Netzarchitektur zu untersagen. Etwas, das international und insbesondere in ganz Europa praktiziert werde, könne in der Schweiz unmöglich derart kartellrechtswidrig sein, dass es sofort verboten werden müsse.

9.1.1. Die Vorinstanz befasste sich - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - mit der internationalen Entwicklung bei der Netzarchitektur und dem Vorbringen, die P2MP-Topologie habe sich international als führendes Topologiemodell durchgesetzt (vgl. angefochtener Entscheid E. 342 ff.). Sie gelangt diesbezüglich zum Schluss, dass in der EU und sonstigen Drittstaaten keine vergleichbare Ausgangslage bestehe und eine Berücksichtigung der Entwicklung im Ausland deshalb weder sachdienlich noch sachlich möglich sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 345). Sie hielt insbesondere fest, die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, dass im Ausland eine Vereinbarung über den Ausbau und die diskriminierungs- und monopolisierungsfreie Nutzung von FTTH-Netzen bestehe und dort ein Vierfasermodell mit P2P-Topologie aufgrund der technischen Entwicklung zu Gunsten einer P2MP-Topologie aufgegeben worden sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 343).

Die Beschwerdeführerin bringt zwar vor, es sei allgemein bekannt und gerichtsnotorisch, dass auch in Europa Zugangsregulierungen bestehen, und dass insbesondere in Deutschland primär P2MP gebaut werde, obwohl dort 2011 ähnlich wie in der Schweiz vorgegangen worden sei. Damit zeigt sie indessen noch nicht auf, dass die Vorinstanz in offensichtlich unhaltbarer Weise davon ausgegangen ist, es sei nicht glaubhaft gemacht,

dass die rechtliche bzw. tatsächliche Situation im Ausland mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar sei.

9.1.2. Ferner zielt die streitige Massnahme - entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin - nicht primär darauf ab, dieser eine bestimmte Technologie oder generell den Ausbau des FTTH-Netzes zu untersagen. Verlangt wird von der Beschwerdeführerin nur aber immerhin, bis zum Entscheid in der Hauptsache ihr Glasfasernetz so auf- bzw. auszubauen, dass weiterhin ein Layer 1-Angebot gewährleistet werden kann (vgl. vorstehende E. 3.3; lit. B.a.). Überdies prüfte die Vorinstanz, ob ein potentiell marktmissbräuchliches Verhalten gestützt auf eine Technologieanpassung prima facie gerechtfertigt werden könnte (vgl. angefochtener Entscheid E. 420 ff.); mit diesen Ausführungen setzt sich die Beschwerdeführerin indessen nicht näher auseinander. Auch deshalb ist nicht ersichtlich, dass der angefochtene Entscheid im Ergebnis willkürlich wäre bzw. die Vorinstanz unter Missachtung der internationalen Entwicklung in willkürlicher Weise nicht davon ausging, die Hauptsachenprognose falle eindeutig zu Gunsten der Beschwerdeführerin aus.

9.2. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe die Resultate des Runden Tisches willkürlich ausgelegt.

9.2.1. Sie bringt im Wesentlichen vor, die Vorinstanz erhebe die unverbindlichen Empfehlungen des Runden Tisches in akten- und tatsachenwidriger Weise zu einer de facto verbindlichen Regelung, von der auch zehn Jahre später und ungeachtet des technischen Fortschritts nicht abgewichen werden dürfe. Ohnehin beschränke sich die Empfehlung des Runden Tisches für ein Vierfasermodell auf das Verteilnetz (Drop) und das Hausnetz (Inhouse), was die Beschwerdeführerin auch weiterhin einhalte. Das streitgegenständliche Stammnetz (Feeder) hingegen sei von der Empfehlung gerade nicht erfasst.

9.2.2. Wie die Vorinstanz ausführt, bildeten die Rahmenbedingungen des Ausbaus des FTTH-Netzes zwischen 2008 und 2012 Gegenstand eines Runden Tisches, an dem die zuständigen Behörden und die wichtigsten Unternehmen aus den Netzindustrien, inkl. Beschwerdeführerin, teilnahmen. Das durch den Runden Tisch verfolgte und offenbar auch erreichte Ziel bestand namentlich darin, einen doppelspurigen Ausbau des FTTH-Netzes zu verhindern, und gleichzeitig einen diskriminierungsfreien Zugang für alle Anbieter sicherzustellen (vgl. angefochtener Entscheid E. 66 ff.). Unabhängig davon, ob bzw. inwieweit aus dem Runden Tisch - wie die Vorinstanz annimmt - ein Industriestandard im Sinne eines "Glasfaserstandards" hervorging, hat die Beschwerdeführerin in der Folge für den Ausbau ihres FTTH-Netzes offenbar ein Vierfasermodell verwendet und nachfragenden Dritten das entbündelte Layer 1-Produkt ALO zur Verfügung gestellt (vgl. angefochtener Entscheid E. 781).

Obschon die Vorinstanz auf das Abweichen vom "Glasfaserstandard" abstellt, erscheint für die Annahme einer potentiell marktmissbräuchlichen Verhaltensweise somit insbesondere die Feststellung relevant, dass die Beschwerdeführerin bei Umsetzung ihrer Netzbaustrategie 2020 keinen solchen Layer 1-Zugang mehr gewähren

könnte. Dabei kann sich die fehlende Möglichkeit eines Layer 1-Zugangs auch unabhängig von den Empfehlungen des Runden Tisches als potentiell kartellrechtswidrig erweisen. Die Rüge einer willkürlichen Auslegung der Ergebnisse des Runden Tisches scheint deshalb nicht geeignet, darzutun, dass der angefochtene Entscheid im Ergebnis geradezu unhaltbar ist.

9.3. Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die Vorinstanz habe die effektiven Mehrkosten, die ihr bei Verwendung einer P2P-Topologie entstehen, willkürlich ignoriert bzw. diesbezüglich willkürlich auf fiktive Kosten abgestellt. Bei der Verwendung einer P2P-Topologie sei die Beschwerdeführerin in der Kabelkanalisation vor "Platzprobleme" gestellt, woraus sich erhebliche Mehrkosten ergeben würden.

9.3.1. Als möglichen Rechtfertigungsgrund prüfte die Vorinstanz im Rahmen der Hauptsachenprognose auch ein allfälliges Einsparungspotential (vgl. angefochtener Entscheid E. 420 ff.). Zusammengefasst erwog sie, dass die Umsetzung der Netzbaustrategie 2020 (prima facie) nicht als Ergebnis einer effizienten, objektiv notwendigen und sachlich legitimierten Geschäftsführung zu qualifizieren sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 573). Im Rahmen der hier vorgenommenen summarischen Willkürprüfung kann diese Einschätzung nicht als offensichtlich unhaltbar gelten.

9.3.2. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin befasst sich der angefochtene Entscheid im Detail mit der Kostendarlegung der Beschwerdeführerin (vgl. angefochtener Entscheid E. 509 ff.). Die Vorinstanz kam dabei zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin das von ihr behauptete substantielle Einsparungspotential selbst im Rahmen einer blossen Glaubhaftmachung nicht ausreichend dargelegt habe (vgl. angefochtener Entscheid E. 536). Insbesondere erwog sie, dass bereits die erhebliche Differenz der gemäss der Modellrechnung behaupteten Mehrkosten aufzeige, dass eine seriöse Einschätzung der Mehrkosten im Rahmen eines summarischen Verfahrens nicht vorgenommen werden könne (vgl. angefochtener Entscheid E. 532 f.). Mit dem allgemeinen Verweis, sie habe gegenüber der WEKO und der Vorinstanz substantiiert dargelegt und anhand konkreter Berechnungen nachgewiesen, dass der Wechsel zu einem Layer 1-fähigen P2P-Ausbau Mehrkosten verursachen würde, kann die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als offensichtlich unhaltbar erscheinen lassen.

9.3.3. Ob die Vorinstanz - wie die Beschwerdeführerin weiter geltend macht - in willkürlicher Weise den sog. Greenfield-Ansatz anwendet, erscheint sodann nicht entscheidrelevant. Die Vorinstanz ist zwar der Ansicht, dass für die Beurteilung des Einsparungspotentials ein allgemeingültiger Kostenvergleich unabhängig von der konkreten Netzlage eines Fernmeldeunternehmens zu berücksichtigen sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 358 ff.), wohingegen die Beschwerdeführerin das bestehende FTTS-Netz berücksichtigen will. Gleichwohl liegt darin nur einer von unterschiedlichen Gründen, weshalb die Vorinstanz das behauptete substantielle Einsparungspotential als nicht ausreichend glaubhaft dargetan betrachtet (vgl. angefochtener Entscheid E. 518, E. 523, E. 531 sowie E. 532 f.).

9.3.4. Wie bezüglich der vorangehenden Rügen vermag die Beschwerdeführerin somit auch mit dieser Rüge nicht darzulegen, dass der angefochtene Entscheid im Ergebnis geradezu unhaltbar ist.

10.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und B. _____ für das bundesgerichtliche Verfahren die notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Eine Parteientschädigung zu Gunsten der WEKO ist nicht zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat der B. _____ AG für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, mitgeteilt.

C Zivrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1 1. Sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni del 6 dicembre 2022 concernente appalto

Sentenza U 20 66 del Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni, 1a Camera, del 6 dicembre 2022, nella vertenza di diritto amministrativo A._____ SA, B._____ SA, C._____ SA, tutte patrocinate dall' [...], ricorrenti contro Cantone dei Grigioni, rappresentato dal Dipartimento infrastrutture, energia e mobilità dei Grigioni, convenuto concernente appalto

I. Ritenuto in fatto:

1. Nella primavera del 2020 l'Ufficio tecnico dei Grigioni (UT) ha pubblicato, in pubblico concorso nel settore del mercato interno, cinque avvisi di gara per lavori di costruzione stradali nel D._____, ovvero: Ponte E._____, Bivio F._____, Bivio G._____, H._____-I._____, [Ponte J._____]K._____-L._____. Per questi lavori sono state presentate offerte sia di consorzi d'impresie sia di singole impresie. La A._____ SA, la B._____ SA e la C._____ SA, hanno presentato come consorzio d'impresie delle offerte per tutti e cinque i progetti. L'apertura delle offerte è avvenuta il 19 febbraio risp. l'11 marzo 2020.

2. In occasione dell'apertura delle offerte risultava il seguente quadro:

Per la commessa Ponte E._____:	
Consorzio M._____, H._____	CHF 1'868'171.75
N._____ SA, K._____	CHF 1'964'486.65
Per la commessa Bivio F._____:	
Consorzio O._____, P._____	CHF 359'958.90
Consorzio Impresie Q._____, K._____	CHF 461'032.00
R._____ SA, S._____	CHF 486'585.10
T._____ SA, U._____	CHF 578'319.90
Per la commessa Bivio G._____:	
Consorzio V._____, H._____	CHF 899'854.20
Consorzio W._____, H._____	CHF 999'206.20
T._____, U._____	CHF 1'168'738.85
Per la commessa X._____:	
Consorzio W._____, H._____	CHF 999'335.65
N._____ SA, K._____	CHF 1'304'426.35
Consorzio Y._____, Z._____	CHF 1'387'110.75

Per la commessa AA._____:

Consorzio L._____ 2020, P._____	CHF 549'996.75
Consorzio Impresie Q._____, K._____	CHF 556'034.15
AB._____ Sagl, AC._____	CHF 583'764.82
AD._____ SA, K._____	CHF 605'906.90
AE._____ SA, K._____	CHF 657'552.96

3. Le offerte sono state sottoposte al controllo da parte dei progettisti, i quali in parte con riserve hanno ritenuto fondamentalmente valide le offerte, eccetto per il progetto "Ponte E._____" per il quale si è sconsigliata la delibera dei lavori.

L'esame coordinato delle cinque offerte effettuato dall'UT secondo il "Manuale per gli appalti pubblici nel Cantone dei Grigioni" e altre istruzioni interne all'Ufficio ha evidenziato che le offerte potrebbero non essere il risultato di una concorrenza efficace. È sorto quindi il sospetto che, a seguito di specifiche caratteristiche d'offerta nonché di prezzo e di comportamento, potrebbero sussistere intese sugli appalti. Le procedure di aggiudicazione sono quindi state interrotte e inoltrate per ulteriori accertamenti al Servizio specializzato in materia di appalti del Dipartimento infrastrutture, energia e mobilità dei Grigioni (DIEM).

4. Il DIEM ha verificato gli esami interni tenendo conto di tutti i rilevanti atti d'appalto dell'UT nonché nell'ambito di colloqui tecnici con l'UT. Per alcuni singoli progetti è risultato un superamento delle stime dei costi dei progettisti.

Progetto	Calcolo (CHF)	Offerta (CHF)	Differenza
Ponte E._____	1'242'000.00	1'868'171.75	+50,42 %
(rielaborato) 1	'271'363.85		+46,94 %
O._____			
H._____	470'000.00	359'958.90	-23,41 %
Bivio G._____	815'805.96	899'854.20	+10,30 %
X._____	950'500.00	999'335.65	+5,14 %
AA._____	612'612.80	549'996.75	-10,22 %
Ripari valangari			
AV._____*	1'047'977.00	1'336'677.45	+27,55 %

* Appalto pubblicato dal Comune di AH._____ sotto la direzione dell'Ufficio foreste e pericoli naturali (UFP) quale autorità sussidiante.

Inoltre, secondo il DIEM risulterebbe evidente una rotazione nella composizione del consorzio. A causa delle anomalie riscontrate, il DIEM ha ordinato a titolo di verifica supplementare un'analisi computerizzata delle offerte da parte di un provider esterno. Questa valutazione statistica integra l'indagine eseguita mediante la lista di controllo. I risultati dello screening hanno supportato in quattro casi (Ponte E._____, AF._____, X._____ e Bivio F._____) il sospetto di accordi illeciti sugli appalti. Nei due progetti restanti [Bivio AG._____ e Ripari valangari AV._____ [bando messo a concorso dal Comune di AH._____]] l'analisi statistica non ha trovato indizi, ma il provider esterno non ha smentito i sospetti iniziali di manipolazione dacché gli offerenti sarebbero stati gli stessi dei progetti con indizi di manipolazione. Il provider esterno ha consigliato di avvisare la Commissione federale della concorrenza (COMCO) a causa di sospetto di accordi illeciti in materia di concorrenza.

5. Il 19 maggio 2020 il DIEM ha notificato alla COMCO i sospetti riguardanti i suindicati progetti. Inoltre è stato annunciato alla COMCO che, fatta salva un'eccezione, il Cantone dei Grigioni avrebbe interrotto i progetti a causa del sospetto di accordi illeciti.

6. La COMCO ha esaminato i progetti in questione e nello scritto del 29 maggio 2020 è giunta alla conclusione che i sospetti di accordi illeciti in materia di concorrenza sono più evidenti per il progetto Ponte E._____ e meno evidenti per i progetti AA._____, X._____, Bivio F._____ e Bivio G._____. Tuttavia, la COMCO ha osservato che, a differenza del Cantone, essa non conosce le realtà locali. La COMCO ha pertanto ritenuto sostenibile la procedura delineata dal Cantone.

7. Dopo la risposta della COMCO, il DIEM ha esaminato nuovamente le condizioni regionali della AI._____ coinvolgendo l'UT. A seguito di questi accertamenti, che hanno rafforzato il sospetto che più progetti fossero gravati da accordi, l'UT e il DIEM sono giunti alla conclusione che era opportuno raccomandare al Governo di interrompere tutte le procedure di aggiudicazione.

8. A causa del sospetto rafforzato di assenza di una concorrenza efficace, il 9 giugno 2020 il Governo ha deciso di interrompere i cinque progetti dell'UT e di indire una nuova gara. Sulla base di questa decisione, il 10 giugno 2020 il DIEM ha disposto l'interruzione e la ripetizione di dette procedure di gara poiché le offerte inoltrate non garantirebbero un'efficace concorrenza tra i partecipanti.

9. Il 22 giugno 2020 è stato concesso alla A._____ SA, alla B._____ SA e alla C._____ SA, su loro richiesta, di consultare gli atti presso l'UT a Coira.

10. Il 25 giugno 2020 la A._____ SA, la B._____ SA e la C._____ SA (qui di seguito: ricorrenti) hanno presentato ricorso contro la comunicazione di interruzione e ripetizione della procedura di gara presso il Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni. Esse hanno chiesto che, in revoca delle decisioni del 10 giugno 2020 riguardo ai progetti Bivio G._____, O._____, L._____ e risanamento ponte M._____, gli atti siano rinviati al DIEM

affinché proceda alla delibera dei lavori in oggetto a chi ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa. Come motivazione le ricorrenti hanno addotto, in sintesi, che non sarebbero date le premesse per interrompere risp. revocare le gare in discussione. Perlomeno in tre delle quattro gare oggetto di ricorso vi sarebbe stata un'efficace concorrenza tra gli offerenti, ovvero nelle gare Bivio G._____, Bivio F._____, AA._____. Due offerte delle ricorrenti sarebbero nettamente inferiori ai preventivi allestiti dall'UT e una sarebbe di poco superiore. Riguardo alla gara Ponte E._____, le ricorrenti hanno fatto notare che si tratterebbe di un lavoro molto complesso. Avendo allestito un preventivo con delle posizioni ordinarie, l'UT avrebbe sbagliato completamente la sua valutazione. Le ricorrenti hanno pertanto chiesto di far disporre una perizia giudiziaria che abbia ad accertare se il preventivo dei costi allestito dall'UT è corretto e se l'offerta inoltrata dalle ricorrenti risponde a degli ordinari prezzi di mercato per un'opera da eseguire secondo le modalità prescritte dal relativo capitolato.

11. La COMCO ha aperto un'inchiesta sulle tre imprese qui ricorrenti e le loro società consociate. Il 24 e 25 giugno 2020 la COMCO ha effettuato delle perquisizioni presso varie imprese (tra cui le qui ricorrenti) nella Regione D._____. L'inchiesta della COMCO è stata aperta e pubblicata nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) del 7 luglio 2020.

12. Nella risposta del 20 luglio 2020 il DIEM (qui di seguito: convenuto) ha chiesto il rigetto del ricorso. Inoltre, esso ha chiesto che venga stabilita l'entità della consultazione degli atti, tenendo conto degli interessi di segretezza degni di tutela dello Stato e di altre persone e garantendo segnatamente che non venga concesso di prendere visione degli atti riguardanti gli strumenti impiegati dall'autorità aggiudicante cantonale per individuare accordi sugli appalti e la corrispondenza tra il Cantone dei Grigioni e la COMCO. In sintesi, il convenuto ha spiegato che nel caso di specie risulterebbe il fatto che tre imprese abbiano inoltrato offerte in consorzio per tutti i progetti pubblicati nonostante ognuna di loro sarebbe in grado di svolgere autonomamente i progetti. Inoltre, per le interruzioni della procedura qui discusse non si dovrebbero esaminare solo le singole aggiudicazioni, bensì sarebbe decisivo il contesto complessivo. Nonostante tre delle quattro offerte in discussione siano basse, in due casi addirittura inferiori al preventivo, un'efficace concorrenza non sarebbe data anche per questi progetti vista l'evidente rotazione nella composizione dei consorzi. Rispetto ai prezzi dell'anno precedente e ai calcoli effettuati basandosi su di essi, i prezzi sarebbero stati in parte più elevati rispetto alla media. Inoltre vi sarebbero state anomalie anche nei programmi edilizi, poiché le singole procedure sarebbero state in parte descritte con formulazioni identiche. Per quanto riguarda il progetto "Ponte E._____", dal calcolo rielaborato del 2 luglio 2020 emergerebbe un superamento del preventivo del 46.94 %. Per il calcolo rielaborato il progettista avrebbe utilizzato prezzi tratti dall'esperienza in base ai progetti Ponte AJ._____ (eseguito da C._____), Ponte AK._____ (eseguito dal consorzio A._____ e C._____), Ponte AL._____ (eseguito da B._____) e Ponte AM._____ (eseguito da C._____. Il convenuto ha spiegato che i prezzi per i lavori che non sono stati eseguiti su questi

ponti sono stati ripresi da altri progetti con condizioni geografiche/topografiche simili e tipologie di lavoro comparabili. Per il Cantone sussisterebbero sufficienti indizi indicanti che diverse imprese edili della AI. _____ si sono accordate per vari progetti e protette a vicenda nella presentazione delle offerte. Questa valutazione sarebbe stata confermata da vari servizi mediante metodi di screening computerizzati. Siccome non si sarebbe potuto valutare in via definitiva l'esatta entità dei presunti accordi sugli appalti e la cerchia delle imprese coinvolte, il Governo avrebbe deciso di interrompere tutti e cinque i progetti dell'UT potenzialmente interessati e di pubblicare gradualmente nuove gare a partire dall'autunno 2020. Dall'autorità aggiudicante non si potrebbe pretendere di attendere fino alla conclusione di un eventuale procedimento della COMCO prima di poter interrompere e ripetere le procedure. La sola presenza di un forte sospetto di accordi in materia di concorrenza sarebbe sufficiente come motivo per l'interruzione e la ripetizione della procedura.

13. Con richiesta di consegna in visione degli atti del 29 luglio 2020 le ricorrenti hanno domandato la messa a disposizione di tutti gli atti allegati alla risposta del 20 luglio 2020. In via superprovvisoria e provvisoria, esse hanno chiesto la sospensione della procedura sino ad intervenuta decisione relativa alla facoltà di consultazione degli atti e quindi l'assegnazione di un nuovo (primo) termine per presentare la replica. Le ricorrenti hanno innanzitutto evidenziato quale premessa che un consorzio non sarebbe soggetto a limiti e sarebbe sbagliato ritenere che sia ammissibile solo se un'impresa non è in grado di presentare un'offerta individuale. In sostanza, le ricorrenti sostengono che dopo la perquisizione, l'interesse a mantenere segreti gli atti della COMCO sarebbe scemato. Inoltre, i documenti del DIEM non conterebbero informazioni da segretare e dovrebbero quindi essere consegnati alle ricorrenti per permetterle di verificare la situazione in osservanza del diritto di essere sentiti. Una consultazione degli atti si imporrebbe a maggior ragione per il progetto del ponte di M. _____, siccome i sospetti si ricondurrebbero solo a questo progetto. Le ricorrenti dovrebbero poter andare a fondo su questa gara su cui si fonderebbe tutta l'accusa del DIEM.

14. Al termine dello scambio di scritti inerente alla consultazione degli atti, con decisione incidentale del 16 marzo 2021 il Giudice dell'istruzione ha specificato quali atti potevano essere consultati dalle imprese consorziate, nella loro integralità o con omissioni, rispettivamente quali non potevano essere loro consegnati. Il ricorso procedurale sollevato dalle ricorrenti avverso questa decisione è stato respinto, per quanto ricevibile, con sentenza U 21 30 dell'11 gennaio 2022. Con sentenza 2C_258/2022 dell'8 aprile 2022 il Tribunale federale ha dichiarato inammissibile il ricorso inoltrato dalle ricorrenti contro detta sentenza U 21 30.

15. Con scritto del 5 marzo 2021 il convenuto ha segnalato, in particolare, che anche nella procedura del progetto messo al bando dal Comune di AH. _____ concernente i "Ripari valangari AV. _____" vi sarebbero stati dei sospetti di accordi illeciti, per cui questa procedura è stata interrotta dal Comune di AH. _____ con decisione del 18 giugno 2020 e ripetuta senza impugnazione. La nuova pubblicazione di questa commessa avrebbe per-

messo di ottenere un'importante diminuzione del prezzo. Di fronte all'unica offerta presentata dal consorzio delle ricorrenti pari a CHF 1'336'677.45, l'offerta più conveniente delle tre pervenute in occasione della nuova pubblicazione sarebbe stata di CHF 898'239.45.

16. Nelle osservazioni del 25 marzo 2021 allo scritto del 5 marzo 2021 le ricorrenti hanno chiesto che questo scritto (compresi gli allegati) sia estromesso dall'incarto, principalmente perché la gara "Ripari valangari AV. _____" non avrebbe alcuna relazione con la procedura in oggetto e secondariamente perché una differenza di prezzo del 33 % tra l'offerta del consorzio e la ditta aggiudicataria non sarebbe un fatto straordinario, come dimostrato da esempi di differenze tra migliori e peggiori offerte di gare dell'anno 2021 che spazierebbero dal 44 % al 166 %.

17. Il 22 aprile 2022 le ricorrenti hanno riformulato la richiesta che venga disposta una perizia giudiziaria relativa alla gara "Ponte E. _____" onde poter valutare l'attendibilità del preventivo.

18. Nella replica del 13 giugno 2022 le ricorrenti sono riconfermate nei loro petiti del ricorso. In particolare, esse hanno evidenziato che un superamento rilevante del preventivo sarebbe avvenuto solo nel caso del progetto "Ponte E. _____", per il quale le ricorrenti chiedono una perizia sui costi. Inconsistente sarebbe inoltre l'asserita "rotazione nella composizione del consorzio". Se il convenuto si riferisce al fatto che per ciascuna gara l'amministrazione del consorzio è affidata a ditte diverse del consorzio, le ricorrenti spiegano che il consorzio tra le tre ditte qui ricorrenti avrebbe affidato la gestione e amministrazione del consorzio alla ditta che si trovava più vicina al previsto cantiere. Inoltre, laddove la COMCO afferma che i sospetti di accordi in materia di concorrenza sono meno evidenti, significherebbe che essa non ha rilevato alcun fondato sospetto per tre delle quattro gare in discussione. Il DIEM non avrebbe poi effettuato nuovi esami dopo la lettera della COMCO e non avrebbe esposto quali elementi della realtà locale, ai quali ha rinviato la COMCO, sono stati considerati nonché quali elementi avrebbero permesso di concludere che vi fosse in più progetti, non meglio specificati, il sospetto di accordi. Il fatto che la COMCO sia intervenuta non proverebbe la presenza di tali indizi. A mente delle ricorrenti, quando il DIEM ha deciso l'interruzione, l'inchiesta COMCO non era ancora iniziata. Quindi l'apertura del procedimento COMCO non potrebbe essere un indizio per l'annullamento delle gare contestate. Oltretutto, occorrerebbe valutare singolarmente le quattro decisioni impugnate. Tre offerte sarebbero economicamente molto vantaggiose e tecnicamente vantaggiose (know-how elevato). In più, sarebbe impensabile che l'ente pubblico possa ottenere un prezzo migliore con la ripetizione delle due procedure in cui le ricorrenti hanno presentato delle offerte del 23.42 % risp. 10.22 % inferiori del preventivo. Posto ciò, il DIEM dovrebbe spiegare per quale motivo le ricorrenti avrebbero trovato degli accordi che distorcano la concorrenza. Inoltre, le gare oggetto di ricorso non avrebbero fatto oggetto degli interrogatori finora disposti dalla COMCO. Il DIEM avrebbe solamente sollevato un sospetto generale non comprovato a motivazione delle quattro diverse decisioni qui impugnate. Secondo le ricorrenti poi, un consorzio d'impresa

sarebbe sempre possibile laddove una ditta non può da sola offrire tutto quanto richiesto dall'offerta. In questo caso il beton potrebbe essere fornito solo dalla B. _____ SA e gli inerti dalla C. _____ SA (per l'area della AH. _____) e dalla B. _____ SA (per l'area della AI. _____). La A. _____ SA non disporrebbe né di beton né di inerti. La A. _____ SA dal canto suo disporrebbe di un parco mezzi per cantiere molto specializzato di cui le altre due ditte non dispongono. L'allegazione del convenuto secondo cui ogni ditta qui ricorrente disporrebbe di quanto necessario per eseguire da sola le opere sarebbe perciò errata. Per quanto concerne il "Ponte E. _____", le ricorrenti segnalano che l'UT sarebbe già incorso in precedenza in importanti errori nell'allestimento dei preventivi per la realizzazione di ponti. E ora esso pretenderebbe di poter giudicare se il prezzo offerto è un prezzo ordinario di mercato o meno senza presentare alle parti i dati e il metodo che ha usato per il confronto. Ad ogni modo, le ricorrenti affermano di conoscere perfettamente le opere su cui ci si è basati per il calcolo rielaborato del preventivo perché eseguite da loro stesse. Tre su quattro delle opere utilizzate per il confronto non sarebbero paragonabili. Il progetto "Ponte E. _____" sarebbe un risanamento integrale di un ponte esistente senza demolizione, mentre il "Ponte AJ. _____", "Ponte AK. _____" e "Ponte AM. _____" sarebbero stati demoliti e ricostruiti (ex novo). L'unico ponte paragonabile sarebbe il "Ponte AL. _____". Per il "Ponte E. _____", tuttavia, oltre a quanto previsto per il "Ponte AL. _____" sarebbero da realizzare: esecuzione ponte provvisorio e smontaggio finale (stima ca. CHF 145'000.00); rifacimento piazza antistante il ponte (stima ca. CHF 80'000.00); HOF Beton (utilizzato per la prima volta nella regione D. _____) ca. CHF 154'000.00 (per un totale di ca. CHF 379'000.00). L'offerta delle ricorrenti per il "Ponte E. _____" [CHF 1'868'171.75] sarebbe dunque nei prezzi analoga all'unica opera paragonabile "Ponte AL. _____" (preventivo di CHF 1'492'446.00). Sembra poi che l'UT utilizzi solo i prezzi dei migliori offerenti per i confronti, senza considerare eventuali sottocosti. Non avendo il DIEM e l'UT nessuna prova di accordi per tre delle quattro decisioni impugnate, essi avrebbero costruito l'argomento della "evidente rotazione nel consorzio". Secondo le ricorrenti il consorzio avrebbe invece favorito la concorrenza, visto anche che esso è risultato il miglior offerente in tutte e tre le gare e in due di tre gare ha offerto un prezzo inferiore (in un caso sostanzialmente inferiore) ai preventivi. Ciò sarebbe stato possibile grazie all'utilizzo delle possibili sinergie delle tre ditte sopra descritte. Le ricorrenti contestano inoltre la valutazione delle offerte per il "Ponte E. _____" del progettista (ing. AN. _____, AO. _____ Sagl, H. _____) del 27 febbraio 2020. A mente delle ricorrenti, nella decina di giorni dall'inoltro delle offerte il 14 febbraio 2020 non sarebbe stato possibile effettuare una seria analisi di un'offerta così complessa. Secondo le ricorrenti il progettista avrebbe dovuto raccogliere offerte indicative dei costi da subappaltanti, cosa che non avrebbe fatto. Molte posizioni ritenute con prezzo alto dal progettista sarebbero infatti dei subappalti (per le quali le ricorrenti avrebbero chiesto delle offerte) e in altri casi le valutazioni sarebbero incomplete e sommarie (a tal proposito le ricorrenti citano degli esempi di posizioni del capitolato). Per quanto attiene al programma lavori dell'opera "Ponte

E. _____", le ricorrenti spiegano di aver chiesto un'offerta a tre ditte per i lavori specialistici (di idrodemolizione) da eseguire in subappalto. Per l'allestimento dell'offerta in subappalto N. _____ SA avrebbe chiesto alle ricorrenti un programma lavori, che le ricorrenti le hanno consegnato. In seguito N. _____ SA ha partecipato alla relativa gara. Sarebbe dunque probabile che N. _____ SA abbia usato il programma lavori delle ricorrenti per allestire il proprio e che pertanto siano rimaste delle posizioni uguali.

19. Nella duplice del 25 luglio 2022 il convenuto ha mantenuto invariato il petito della presa di posizione del 20 luglio 2020. Esso ha aggiunto, in particolare, che sebbene le ricorrenti sostengano che non ci si può basare sui mezzi di prova non resi accessibili alle ricorrenti, oltre agli strumenti interni di controllo vi sarebbero altri sufficienti argomenti legittimanti le interruzioni. L'apertura dell'inchiesta da parte della COMCO non sarebbe avvenuta, come insinuato dalle ricorrenti, su pressione del convenuto bensì in seguito agli indizi di una limitazione illecita della concorrenza. Inoltre, non si potrebbe esigere l'esposizione dei singoli motivi d'interruzione per ognuna delle quattro procedure d'appalto impugnate. Sarebbero le procedure d'aggiudicazione nel loro insieme ad aver creato gli elementi di sospetto di collusione. Visti questi sospetti, l'interesse pubblico a una concorrenza efficace prevarrebbe su quello degli offerenti alla continuazione della procedura d'appalto. Infine sarebbe irrilevante il fatto che le ricorrenti abbiano presentato la miglior offerta nelle procedure impugnate. A mente del convenuto, la concorrenza può essere alterata già da accordi tra alcuni offerenti; di conseguenza, non si potrebbe escludere che senza cartello sarebbe stata presentata un'offerta ancora più vantaggiosa rispetto a quella dell'offerente giunto al primo posto, anche nel caso in cui quest'ultimo non abbia partecipato al cartello.

20. Nella triplice del 28 luglio 2022 le ricorrenti hanno confermato il petito di ricorso e approfondito le loro argomentazioni. Essi hanno depositato un rapporto tecnico-peritale dell'ing. AP. _____ (AQ. _____ SA) del 27 luglio 2022, il quale attesterebbe che l'offerta delle ricorrenti per il "Ponte E. _____" sarebbe regolare.

21. Nella quadruplica del 21 settembre 2022 il convenuto ha mantenuto invariato il suo petito, ha osservato che la perizia inoltrata sarebbe un'allegazione di parte non vincolante e ha ribadito che non sarebbe opportuna la disposizione di una perizia giudiziaria.

22. Il 3 ottobre 2022 le ricorrenti hanno inoltrato una quintuplica con invariati petiti in cui hanno fatto in special modo notare che, di fronte alle allegazioni di parte sia del convenuto sia delle ricorrenti diametralmente opposte, spetterebbe ora al Tribunale ordinare una perizia giudiziale, come precedentemente richiesto.

23. Con scritto del 12 ottobre 2022 il convenuto ha rinunciato a un'ulteriore presa di posizione.

II. Considerando in diritto:

1.1. Oggetto d'impugnazione sono quattro delle cinque decisioni del 10 giugno 2022 del convenuto disponenti l'interruzione e la ripetizione delle procedure d'appalto riguardo ai lavori stradali di AR. _____ Bivio G. _____ (n. 372.0013/0000.301, 741.00 Strada della AH. _____,

Bivio G.____), Bivio F.____ (n. 472.0033/0000.301, 741.00 Strada della AH.____, O.____ AR.____, Bivio AS.____), AA.____ (n. 456.0001/0000.301, 724.59 Strada di L.____, L.____, AR.____, Ponte AT.____) e Ponte E.____ (n. 495.3491/0000.301, 741.10 Strada per M.____, Risanamento "41 10 01 Ponte E.____"). La quinta commessa X.____ (n. 456.0025/0000.301, 724.60 Strada di I.____, AU.____), per la quale l'offerta delle ricorrenti – a differenza delle altre quattro – non è risultata la più vantaggiosa, non è invece stata impugnata.

1.2. La competenza del Tribunale amministrativo per giudicare i presenti ricorsi è pacifica (art. 25 cpv. 2 lett. d della Legge sugli appalti pubblici [Lap; CSC 803.300]). La legittimazione al ricorso delle ricorrenti è data (art. 50 della Legge sulla giustizia amministrativa [LGA; CSC 370.100]). I ricorsi adempiono inoltre i requisiti di forma e sono tempestivi (art. 38 e art. 26 cpv. 1 Lap), per cui sono ricevibili.

2. Controverso è se il convenuto ha giustamente disposto l'interruzione e la ripetizione delle relative procedure d'appalto giusta l'art. 24 cpv. 3 lett. c Lap a causa di sospetti di collusione o se piuttosto deve deliberare i lavori all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

3.1. Giusta l'art. 24 cpv. 2 Lap il committente può interrompere la procedura di aggiudicazione per motivi importanti. Secondo la giurisprudenza un'interruzione (definitiva o allo scopo di una nuova pubblicazione di un progetto modificato) è ammessa se è giustificata da motivi oggettivi e se non discrimina in maniera mirata singoli concorrenti (cfr. DTF 134 II 192 consid. 2.3; sentenze del Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni [STA] U 20 104 del 12 gennaio 2021 consid. 2.4, U 20 41 del 23 febbraio 2021 consid. 2.1 con rinvii, U 20 23 del 24 agosto 2020 consid. 2.2 segg.). La procedura può essere in special modo ripetuta se le offerte presentate non garantiscono un'efficace concorrenza (art. 24 cpv. 3 lett. c Lap). Una concorrenza efficace è compromessa, in particolare, in caso di accordi (illeciti) in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 e art. 5 della Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251). L'autorità è in special modo tenuta a garantire la promozione della concorrenza fra i concorrenti, l'impiego ottimale di fondi pubblici e la parità di trattamento degli offerenti. Un motivo oggettivo (risp. importante) sussiste già qualora i vantaggi di un'interruzione prevalgano su quelli di una prosecuzione della procedura. I concorrenti non hanno nessun diritto soggettivo alla prosecuzione della procedura d'appalto (cfr. Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren in: AJP 7/2005, pag. 790 n. 32 segg.; Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zurigo 2008, pag. 292 n. 16 segg.).

3.2. Vista la difficoltà di dimostrare l'esistenza di accordi illeciti, non possono essere poste esigenze elevate al grado di rilevanza della prova. L'autorità deve pertanto poter interrompere la procedura d'appalto già solo se sussistono indizi sufficienti a sostegno di accordi illeciti risp. di una concorrenza falsata (cfr. Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, diss. Basilea 2010, n. 295 segg.

in particolare 319 segg. con riferimenti; cfr. anche l'art. 43 cpv. 1 lett. e del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici [CIAP; CSC 803.710] entrato in vigore il 1° ottobre 2022 – benché non applicabile a questa fattispecie conclusasi sotto il vecchio diritto [cfr. art. 64 cpv. 1 CIAP] – secondo cui il committente può interrompere la procedura di aggiudicazione in particolare se esistono indizi sufficienti di un accordo illecito in materia di concorrenza tra gli offerenti). L'appaltante gode di un margine di apprezzamento nella decisione di interruzione (cfr. STA U 20 104 del 12 gennaio 2021 consid. 2.4). Il Tribunale interviene dunque soltanto in caso di abuso o eccesso del potere d'apprezzamento (cfr. per tutto STA U 20 65 del 7 settembre 2021 consid. 4.1).

4.1. Le ricorrenti sostengono, in sintesi, che gli indizi (importanti) di accordi sui prezzi volti a distorcere la concorrenza asseriti dal convenuto non sarebbero suffragati. Il convenuto avrebbe tra l'altro dovuto fornire le prove per ogni singola decisione. In tre gare vi sarebbe stata una forte concorrenza. Due offerte su tre sarebbero addirittura state inferiori in modo rilevante ai preventivi. L'unico elemento che possa avvalorare i sospetti del convenuto sarebbe la differenza di prezzo tra il preventivo dell'UT e l'offerta delle ricorrenti per il "Ponte E.____". Questi sospetti sarebbero tuttavia smentiti dalla perizia inoltrata.

4.2. Questi giudici condividono per contro l'opinione del convenuto secondo cui, in considerazione del contesto complessivo, per l'interruzione delle procedure d'appalto qui in discussione sussistono sufficienti indizi di una concorrenza inefficace. Ciò risulta dai controlli interni ed esterni effettuati. Come descritto sopra, per l'interruzione della procedura d'appalto non può essere preteso che il convenuto dimostri con piena prova l'esistenza di un cartello. Bastano sufficienti indizi in tal senso. L'interruzione delle procedure d'appalto nel caso di specie è avvenuta dopo una prima verifica dell'UT – a causa di sospetti di collusione –, un'ulteriore approfondita verifica da parte del DIEM di queste procedure – da cui sono emersi degli indizi di accordi illeciti – e un'analisi supplementare tramite screening computerizzato (analisi statistica delle offerte inoltrate tramite software) effettuato da un servizio esterno – che per quattro commesse delle sei analizzate ha supportato il sospetto di accordi illeciti. Gli indizi di una concorrenza non efficace in questo caso vanno pertanto ritenuti sufficienti.

4.3. Le ricorrenti osservano che questo Tribunale nella sentenza U 21 30 avrebbe riferito che le verifiche mediante metodo screening, non messe a disposizione delle ricorrenti, non potrebbero essere usate a pregiudizio delle ricorrenti. Effettivamente, in fondo al consid. 4 di suddetta sentenza relativo all'accesso ai documenti concernenti la lista di controllo interna per gli accordi sugli appalti (doc. 18 convenuto) e la valutazione nell'ambito dello screening (doc. 19 convenuto), questo Tribunale ha precisato che nonostante la conferma di rifiuto di consegna di tali atti "il contenuto di questi documenti non potrà essere utilizzato a svantaggio delle ricorrenti nella procedura di ricorso U 20 66 (cfr. l'art. 17 cpv. 3 LGA)".

4.3.1. Giusta l'art. 17 cpv. 3 LGA se a svantaggio di una parte ci si basa su atti dei quali essa non può prendere

visione, il contenuto a carico deve esserle comunicato e le deve essere dato modo di prendere posizione e di presentare domanda di assunzione di ulteriori prove

4.3.2. Le ricorrenti sono a conoscenza del fatto che i controlli effettuati dal convenuto e dal servizio esterno presentano indizi a loro sfavore. In tal senso, il contenuto di questi documenti segretati è stato reso noto alle ricorrenti, mentre non si è ritenuto appropriato divulgarne i dettagli risp. il metodo del controllo poiché la diffusione potrebbe portare le imprese ad adattarsi a queste circostanze a svantaggio dell'autorità committente e contravverrebbe così allo scopo della legislazione sugli appalti e sui cartelli (v. STA U 21 30 consid. 4). Ne discende che, confermando la tesi del convenuto sull'esistenza di fondati sospetti di collusione basata sui relativi documenti di controllo non consegnati alle ricorrenti, il Tribunale non incombe in una violazione dell'art. 17 cpv. 3 LGA. Per completezza, si rileva che lo screening computerizzato rappresenta un valido strumento per individuare accordi illeciti. Questo strumento è servito ad avvalorare i sospetti di accordi illeciti sorti al convenuto. Va rammentato che in questa sede non si tratta di decidere se effettivamente vi siano stati degli accordi illeciti. Dacché fondamentalmente non sussiste un diritto soggettivo alla prosecuzione della procedura d'appalto, questi Giudici ritengono di poter confermare la sufficienza degli indizi di accordi illeciti in base ai summenzionati strumenti di controllo senza violare il diritto di essere sentiti delle ricorrenti, alle quali per motivi di segretezza è stata negata la possibilità di confutare nel dettaglio le analisi e i risultati della lista di controllo e dello screening.

4.4. Indipendentemente da quanto appena considerato, va notato che la COMCO secondo l'art. 27 cpv. 1 LCart apre un'inchiesta se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza. Pertanto, a prescindere dagli elementi di sospetto evidenziati nei documenti del convenuto non resi accessibili alle ricorrenti, già solo l'avvio dell'indagine della COMCO contro le ricorrenti può essere ritenuto un indizio e quindi un motivo oggettivo sufficiente a giustificare un'interruzione delle procedure in discussione. Va notato che, come obiettato dalle ricorrenti, l'inchiesta della COMCO è stata ufficialmente aperta successivamente all'emanazione delle decisioni di interruzione e ripetizione di gara qui impugnate. Tuttavia, già prima dell'emanazione di queste decisioni del 10 giugno 2020 con scritto del 29 maggio 2020 (doc. 21 convenuto) la COMCO aveva ritenuto sostenibile la procedura delineata dal convenuto. Decisivo resta dunque il fatto che la COMCO abbia preso la decisione di avviare un'inchiesta molto presumibilmente prima o contemporaneamente all'interruzione disposta dal convenuto. La decisione di aprire un'inchiesta da parte della COMCO può dunque essere ritenuta un sufficiente indizio giustificante le decisioni qui impugnate di interruzione e ripetizione delle gare d'appalto.

4.5. Si rammenta inoltre che l'interruzione e la ripetizione delle procedure d'appalto è avvenuta a seguito delle evidenze legate alla concorrenza (e non a seguito del superamento del limite di spesa risp. del preventivo). Siccome il convenuto ha menzionato la circostanza del superamento del preventivo per il "Ponte E. _____" le ricorrenti hanno concluso che l'unico elemento che pos-

sa avvalorare i sospetti del convenuto sarebbe la differenza di prezzo tra il preventivo e l'offerta delle ricorrenti per il "Ponte E. _____". Ciò non è tuttavia il caso. Secondo la lista di controllo interna sono adempiti vari indizi e l'analisi computerizzata non si basa sulla differenza tra offerte e preventivo. Non bisogna dunque approfondire questo aspetto e non occorre dar seguito alla richiesta probatoria delle ricorrenti di una perizia (giudiziaria) sul preventivo e l'offerta delle ricorrenti riguardo alla gara "Ponte E. _____".

5. Viste le conclusioni di cui sopra, non serve accertare ulteriormente la fattispecie dando seguito alle richieste probatorie delle ricorrenti, anche perché non si intravede come da ulteriori mezzi di prova possano emergere degli elementi atti a cambiare l'esito a cui sono giunti questi Giudici.

6. Riassumendo, appare sostenibile la scelta del convenuto di interrompere e ripetere le procedure di aggiudicazione per i relativi progetti a causa di fondati sospetti su accordi anticoncorrenziali. Il ricorso va dunque respinto e la decisione impugnata confermata.

7. Sulla base di casi e importi d'aggiudicazione analoghi (in questo caso l'importo complessivo per le quattro gare impuginate ammonta a più di CHF 3.6 mio) e in considerazione dei numerosi scritti delle parti, la tassa di Stato per questa procedura è fissata a CHF 10'000.00. Siccome il convenuto in un primo momento si è (ingiustamente) rifiutato di produrre praticamente tutti gli atti, senza considerare la possibilità di una produzione parziale (eventualmente con omissioni) dei documenti, appare opportuno assegnare ad esso il 20 % dei costi processuali. Il restante 80 % è accollato alle ricorrenti (in responsabilità solidale, come previsto dall'art. 72 cpv. 2 LGA). In questo senso, si giustifica pure un indennizzo forfettario per i costi di patrocinio delle ricorrenti maturati in relazione allo scambio di scritti sulla produzione degli atti. Tali ripetibili in favore delle ricorrenti sono fissate all'importo forfettario di CHF 1'000.00 (complessivi, senza diritto all'aggiunta dell'IVA). Secondo la regola nell'art. 78 cpv. 2 LGA al convenuto non sono assegnate ripetibili.

III. Per questi motivi il Tribunale giudica:

1. Il ricorso è respinto.
2. Vengono prelevate le seguenti spese processuali:

- una tassa di Stato di	CHF	10'000.00
- e le spese di cancelleria di	CHF	447.00
totale	CHF	<u>10'447.00</u>

Tali spese sono poste in ragione di 1/5 a carico del Cantone dei Grigioni e in ragione di 4/5 in solido a carico della A. _____ SA, B. _____ SA e C. _____ SA.
3. Il Cantone dei Grigioni versa alla A. _____ SA, B. _____ SA e C. _____ SA CHF 1'000.00 a titolo di ripetibili.
4. [Vie di diritto]
5. [Comunicazioni]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
 BB Bundesbeschluss
 BBI Bundesblatt
 BG Bundesgesetz
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
 BGer Bundesgericht
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
 BR Bundesrat
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
 BV Bundesverfassung
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
 CE Communauté Européenne
 CE Conseil des Etats
 CF Conseil fédéral
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
 CO Code des obligations
 Cost. Costituzione federale
 CPC Code (cantonal) de procédure civile
 CPS Code pénal suisse
 cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
 DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
 FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
 HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
 JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
 LF Loi fédérale / Legge federale
 LL Legge federale sul lavoro
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	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
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 89, 91, 97, 104, 115, 119 f.
 Abrede 1 ff., 12, 14, 16 f., 84 ff., 88 ff., 96 ff., 104 f., 114 ff.,
 162, 186, 201, 207 f., 219, 222, 231, 235, 246
 Acquiring -
 Anhörung 5
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) 5
- B**
- Banken 4, 6, 9
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 4, 9, 14
 Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 93
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 9, 15
 Erheblichkeit 14, 93
 Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 Interchange Fee 14, 52, 72, 77
 Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 92, 98 f.,
 122, 126, 131 f., 134
 Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
 Krankenversicherer 10
 Kreditkarten -
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 111, 250
- M**
- Marktaufteilung 97, 128
 marktbeherrschende Stellung 5, 106, 110, 123, 125, 127 f.,
 130, 132 f., 136, 139 f., 142 ff., 156, 159, 161 f.
 Marktgegenseite 92 f., 100, 136 ff.
 Marktorganisation -
 Marktstruktur -
 Marktzutrittschranken -
 Meldepflicht 4, 8, 123 f., 127, 130 ff., 135 f., 154, 158, 160 f.
 Missbrauch 5, 10 ff., 20 f., 97, 106, 108, 110 f., 246
- N**
- Netzwerk 9, 92
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb -
 Preisabrede 2, 4 f., 12, 16 f., 93, 120
 Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 11
- R**
- Rabatte 4
 Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 5 f., 15
 Senkung Herstellkosten -
 Submission 3 ff., 7 f., 65, 76, 84, 86, 91 f., 94
 Submissionskartell -
- T**
- Tarife 104
 Tarifvertrag -
 Tierärzte/innen -
 Transparenzmassnahmen -
- U**

Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -	
Untersuchung 2, 4 ff., 10 ff., 20, 85, 88, 90, 94 f., 104, 111, 245		W
unzulässige Wettbewerbsabrede 84 f., 89, 96, 99	Wettbewerb um den Markt -	
V		X
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		Y
Veröffentlichung -		Z
Verschulden -	Zahlungsmittel 9	
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -	
vorbehaltene Vorschriften 89, 114		
