

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

2024/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.24/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

2024/4

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.

Januar/janvier/gennaio 2025

S/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 Wettbewerbskommission¹ 1 Vorsorgliche Massnahmen 2 Untersuchungen 3 Unternehmenszusammenschlüsse 4 Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG 5 Andere Entscheide 6 Empfehlungen 7 Stellungnahmen 8 BGBM 9 Diverses B 3 Bundesverwaltungsgericht B 4 Bundesgericht B 5 Bundesrat B 6 Preisüberwacher B 7 Kantonale Gerichte B 8 Bundesstrafgericht C Zivilrechtliche Praxis C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht D Entwicklungen D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliografie E Diverses

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

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

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2024/4

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. Debitkarten Interchange Fees – Anregungen des Sekretariats gemäss Art. 26 Abs. 2 KG vom 27. Juni 2023 für CnP-Transaktionen mit Debitkarten von Mastercard	1085
	2. VUCA/Visa Central Travel Account	1087
	3. Lohnabsprachen	1101
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Meldepflicht Zusammenschlussvorhaben Worldline Merchant Service Italia S.p.A./Credito Emiliano S.p.A.	1140
	2. Koordination von Werbeaktionen für Lebensmittel	1143
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
1.	Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari	
	1. Interchange Fees für Debitkarten von Visa	1148
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Concessionari Volkswagen	1163
	2. Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard	1285
	3. BMW (Schweiz) AG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen A.	1318
	4. BMW (Schweiz) AG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen B.	1330
	5. BMW (Schweiz) AG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen C.	1341
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Dosenbach-Ochsner/SportX	1358
	2. UBS Switzerland AG/Assets der Swisscard AECS GmbH	1364
	3. EDF/Vauban Infrastructure Partners/OnTower Austria	1365
	4. Cinven/Allegro/Fressnapf	1366
	5. Post/Fenaco/PowerUp	1368
	6. DSV/Schenker	1369
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts	1375
	2. Vernehmlassung zur Verordnung über den Betrieb der Reservekraftwerke zur Erzeugung elektrischer Energie für den Markt in einer schweren Strommangellage	1379
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 28. Februar 2024 in Sachen Visa Europe Ltd., gegen WEKO – Vorsorgliche Massnahme (Verfügung vom 25. September 2023 betr. Untersuchung zu «Interchange Fees für Debitkarten von Visa»)	1383
	2. Abschreibungsentscheid vom 3. Juli 2024 A. gegen WEKO – Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung (mit superprovisorischem Antrag auf vorsorglichen Rechtsschutz)	1391

3.	Urteil vom 25. November 2024 in Sachen Garage Carrozzeria Maffei SA gegen WEKO – Untersuchung 22-0489 nach Art. 27 KG, in Sachen «Concessionari Volkswagen», betreffend unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG; Sanktionsentscheid vom 23. Mai 2022	1394
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Präsidialverfügung des Obergerichts Zug vom 8. August 2024 – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen)	1411
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1425
	Index (deutsch, français e italiano)	1427

B Verwaltungsverfahrenliche 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. Debitkarten Interchange Fees – Anregungen des Sekretariats gemäss Art. 26 Abs. 2 KG vom 27. Juni 2023 für CnP-Transaktionen mit Debitkarten von Mastercard

Diese Anregungen ergänzen die mit Genehmigungsverfügung der WEKO vom 6. Mai 2024 beschlossene Regelung betreffend CP-Transaktionen mit Debitkarten von Mastercard.

1. Am 29. September 2022 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission («Sekretariat») gemäss Art. 26 KG¹ die Vorabklärung «22-0514: Debitkarten Interchange Fees» gegenüber Mastercard Europe SA («Mastercard») und Visa Europe Ltd. («Visa»), mit dem Ziel, in kurzer Zeit eine einvernehmliche Nachfolgelösung für die Festsetzung der domestischen Interchange Fees («DMIF») für Debitkarten zu finden. Diese Vorabklärung wurde mit der Eröffnung der beiden folgenden Untersuchungen gemäss Art. 27 KG am 27. Juni 2023 abgeschlossen, weshalb praxisgemäss kein Schlussbericht erstellt wurde:

- 22-0522: Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard;
- 22-0523: Interchange Fees für Debitkarten von Visa.

2. Gegenstand der beiden Untersuchungen sind die Interchange Fees, die bei Transaktionen im Präsenzgeschäft, d.h. bei Transaktionen mit physischen Debitkarten am physischen Point of Sale, zur Anwendung gelangen (Card-Present [«CP»]-Transaktionen; «CP IF»).

3. Die Untersuchung gegen Mastercard konnte mit einer einvernehmlichen Regelung («EVR») gemäss Art. 29 KG abgeschlossen werden, welche von der Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 6. Mai 2024 genehmigt wurde. Das Verfahren gegen Visa läuft noch.

4. Für das von dieser Verfügung nicht erfasste Distanzgeschäft (Card-not-Present [«CnP»]-Geschäft), d.h. für Transaktionen im Internet (E-Commerce) oder mit mobilen Endgeräten (M-Commerce), wurde mit Mastercard vorgängig eine aktualisierte einvernehmliche Lösung gefunden, die auf den Schlussfolgerungen der Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange

Fee (SDDIF)² basiert.³ Mastercard hat für die Interchange Fees im CnP-Bereich («CnP IF») Zusagen abgegeben, welche die Grundlage für die Anregungen des Sekretariats nach Art. 26 Abs. 2 KG bildeten. Diese Anregungen vom 27. Juni 2023 werden nachfolgend im Originalwortlaut wiedergegeben:

Anregungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf die bisherige Praxis und die Abklärungen in der aktuellen Vorabklärung,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die domestischen CnP IF für Debit Mastercard- und Maestro-Debitkarten eine erhebliche Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG darstellen;
2. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die CnP IF für Debit Mastercard- und Maestro-Debitkarten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können;
3. verzichtet darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, solange sich Mastercard an die abgegebenen Zusagen vom 31. Mai 2023 hält und Mastercard namentlich:

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

² RPW 2017/4, 542 ff. insbesondere 557 f.

³ Mit Visa wurde keine Aktualisierung vereinbart, so dass die Anregungen gemäss den Schlussfolgerungen der Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY, Ergänzung vom 16. August 2017, in: RPW 2017/4, 559 ff. insbesondere 563 f., nach wie vor Bestand haben.

- a. bis zum 31. Oktober 2025 die CnP IF für die Debitkartenprodukte von Mastercard weiterhin gemäss Schlussbericht des Sekretariats vom 16. August 2017 in Sachen «22-0481: Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)» so festsetzt, dass der gewichtete Durchschnitt auf den Debitkartenprodukten von Mastercard im E- und M-Commerce den Grenzwert von 0,31 % nicht überschreitet. Per 1. November 2025 ist die CnP IF für die Debitkartenprodukte von Mastercard neu so festzusetzen, dass der gewichtete Durchschnitt auf ihren Debitkartenprodukten im E- und M-Commerce den Grenzwert von 0,28 % nicht überschreitet;
 - b. dem Sekretariat jährlich per 1. April über die Einhaltung der CnP IF gemäss vorstehender Ziffer 3a Bericht erstattet;
 - c. die jeweils aktuellen CnP IF gemäss vorstehender Ziffer 3a auf ihrer Webseite veröffentlicht;
 - d. bei einer Verwendung der No-Surcharging-Rule diese gemäss europäischem Standard verwendet, d.h., den Händlern darf zwar untersagt werden, Zuschläge für die Verwendung von Debitkartenprodukten von Mastercard zu verlangen, Abschlüsse hingegen bleiben uneingeschränkt zulässig;
4. hält fest, dass die obigen Anregungen unbefristet gelten,
- a. Mastercard jedoch ab dem 1. November 2030 erstmals eine Anpassung der CnP IF unter Geltendmachung von einem oder mehreren der folgenden Gründe beantragen kann:
 - i. Die Inflation in der Schweiz überschreitet seit dem 1. Januar 2023 das jährliche Inflationsziel der Schweizerischen Nationalbank;
 - ii. die Kosten für die Herausgeber von Debitkarten sind im Vergleich zum 1. Januar 2023 um 10 % angestiegen;
 - iii. der Markt für bargeldlose Zahlungsmittel, inklusive alternativer Zahlungssysteme, Bezahlösungen und Geldformen wie etwa Mobile Payment-Lösungen (z.B. TWINT), Instant Payments, Account-to-Account Payments, E-Wallets, Request-to-Pay, Payment Service Initiation (PIS) oder Tokengeld (privates oder von Zentralbanken emittiertes Tokengeld) hat sich so verändert, dass die Debitkartenprodukte von Mastercard weniger attraktiv geworden sind und auf dem Gesamtmarkt für bargeldlose Zahlungsmittel im Vergleich zum Stand 1. Januar 2023 15 % weniger genutzt werden;
 - iv. die Nachfrage nach Firmendebitkarten von Mastercard hat sich im Vergleich zum 1. Januar 2023 relativ bemessen um 15 % gesteigert;
 - b. das Sekretariat sich jedoch vorbehält, ab dem 1. November 2030 erstmals eine Anpassung der CnP IF zu prüfen, falls sich das Verhältnis der CnP- und CP-Transaktionen am physischen Point of Sale erheblich verändert und der CnP IF-Satz bei mehr als 30 % der Zahlungen zur Anwendung gelangt. Bei der Berechnung der 30 %-Schwelle werden sämtliche Mobile Payment-Lösungen berücksichtigt;
 - c. die Anregungen aber mit einer Aufkündigungsfrist von 6 Monaten frühestens per 1. Januar 2033 widerrufen werden können, wobei ohne Widerruf die Anregungen jeweils für weitere zwei Jahre gültig bleiben;
5. hält fest, dass der in Ziffer 3a vorgesehene CnP IF-Satz von 0,28 % ab dem 1. November 2025 nur dann zur Anwendung kommt, wenn für die CP-Transaktionen eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG abgeschlossen werden konnte, welche eine CP IF für Transaktionen bis CHF 300 von 0,12 % des Transaktionsbetrags und für Transaktionen über CHF 300 von CHF 0.30 vorsieht. Sollte diese EVR nicht zustande kommen, gilt ab dem 1. November 2025 ein CnP IF-Satz von 0,2 %, wie im Schlussbericht des Sekretariats vom 16. August 2017 in Sachen «22-0481: Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)» festgesetzt;
6. setzt fest, dass die bisherigen Verfahrenskosten in die Untersuchung übernommen werden;
7. beabsichtigt, diese Anregungen in geeigneter Form zu publizieren.

Abschluss schreiben vom 18. Juli 2024 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend VUCA/Visa Central Travel Account wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG und allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG.

A. Sachverhalt

I. Bisherige Verfahren im Bereich der Interchange Fees für Bezahlkarten sowie regulatorische Ausgangslage

1. Die Wettbewerbsbehörden haben sich in der Vergangenheit bereits *mehrfach zu Interchange Fees sowohl für Kredit- als auch für Debitkarten* geäussert. Für die nachfolgende Beurteilung sind vor allem die von der Wettbewerbskommission («WEKO») erlassenen Verfügungen zu domestischen multilateralen Interchange Fees (domestic multilateral interchange Fees, DMIF) für Kreditkarten von Bedeutung.

2. Am 5. Dezember 2005 schloss die WEKO die *erste Untersuchung* i. S. «Kreditkarten – Interchange Fee» (KKDMIF I) mit einer Verfügung ab.¹ Gegenstand der Untersuchung war die DMIF für Kreditkarten. Zum Zeitpunkt dieser ersten Untersuchung wurden die DMIF in zwei Gremien festgelegt, nämlich dem Issuer/Acquirer Forum Visa und dem Card Committee MasterCard, wobei in beiden Gremien jeweils dieselben Parteien vertreten waren. Die Festlegung der DMIF innerhalb des jeweiligen Kartengremiums wurde von der WEKO als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG² zwischen den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits qualifiziert, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.³ Zudem hielt die WEKO fest, dass die DMIF in ihrer damaligen Ausgestaltung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden konnte.⁴ Die WEKO ging aber davon aus, dass das multilaterale Verhandeln der DMIF gegenüber der bilateralen Verhandlung und Festsetzung der DMIF Effizienzvorteile mit sich bringt und deshalb gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könnte. Dies allerdings nur, wenn ein System gefunden wird, welches die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandels beseitigt und gleichzeitig dessen Effizienzvorteile bewahren kann.⁵ Als Lösung wurde die einvernehmliche Regelung vom 29. März 2005 («EVR I») abgeschlossen,⁶ mit dem Ergebnis, dass die festgestellte erhebliche Preisabrede bei Einhalten der von der EVR I gesteckten Parameter als aus Effizienzgründen gerechtfertigt galt, nämlich wenn die Interchange Fees an die Netzwerkkosten der Issuer gebunden wird («cost-based-approach»).

3. Die *EVR I* bestand aus vier Elementen: Erstens einem objektivierten, wettbewerbsorientierten und kostenbasierten Verfahren zur Festlegung der DMIF; zweitens der Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung, d. h. der Abschaffung der Non-Discrimination-Rule (NDR); drittens einer Pflicht zur Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern und

viertens dem Verbot, innerhalb der Kartengremien Daten auszutauschen. Die WEKO genehmigte die EVR I, beschränkte jedoch deren Geltung auf eine Dauer von vier Jahren ab Rechtskraft des Entscheides, sodass die EVR I am 1. Februar 2010 auslief.

4. Aufgrund des damals bevorstehenden Auslaufens der EVR I, der ambivalenten Entwicklung der Netzwerkkosten⁷ und der Entwicklung in Europa hinsichtlich der Festlegung von Interchange Fees⁸ eröffneten die Wettbewerbsbehörden am 15. Juli 2009 die *Untersuchung Kreditkarten Domestische Interchange Fees II* (KKDMIF II) zur erneuten Beurteilung der DMIF. Ziel der Untersuchung war es, zu prüfen, «ob die Erwägungen und Ergebnisse der Verfügung vom 5. Dezember 2005 nach wie vor zutreffend sind, insbesondere ob die mit der einvernehmlichen Regelung angestrebten Ziele erreicht werden konnten und entsprechend ob der in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene Festsetzungsmechanismus beibehalten werden kann oder nicht. Im Rahmen dieser Überprüfung sind auch neue Ansätze zur Lösung der Problematik einzubeziehen, z. B. der in Europa diskutierte Tourist Test»⁹.

5. Da die EVR I am 1. Februar 2010 auslief, musste für die Dauer der Untersuchung eine Übergangslösung gefunden werden. Zu diesem Zweck wurde zwischen einzelnen Verfahrensparteien und dem Sekretariat eine weitere einvernehmliche Regelung («EVR II») abgeschlossen, die von der WEKO am 25. Januar 2010 in Form von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens genehmigt wurde.¹⁰ Die EVR II stellte im Wesentlichen eine Weiterführung der EVR I dar, beinhaltete aber zwei Neuerungen: Erstens wurde die Gewichtung der individuellen Netzwerkkosten der einzelnen Issuer so angepasst, dass die kosteneffizientesten Issuer stärker berücksichtigt wurden. Zweitens wurde der Erhebungsrhythmus für die Netzwerkkosten angepasst. Statt alle drei Jahre, wie dies die EVR I vorgesehen hatte, sollten die Netzwerkkosten neu jährlich erhoben werden.¹¹ Mit Abschluss des Verfahrens KKDMIF II verlor die EVR II ihre Gültigkeit; sie wurde mit Verfügung der WEKO zur Genehmigung der *EVR III*, die das Verfahren KKDMIF II abschloss, durch diese neue EVR abgelöst.

¹ RPW 2006/1, 65 ff., *KKDMIF I*.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ RPW 2006/1, 85 Rz 159 und 105, Rz 323, *KKDMIF I*.

⁴ RPW 2006/1, 109 Rz 355 ff., *KKDMIF I*.

⁵ RPW 2006/1, 110 Rz 364 ff., *KKDMIF I*.

⁶ RPW 2006/1, 109 ff. Rz 359, 366 und 414, *KKDMIF I*.

⁷ Vgl. RPW 2015/2, 166 f. Rz 13, *KKDMIF II*.

⁸ Insbesondere die Abkehr vom cost-based-approach hin zum «Tourist Test» bzw. «Merchant Indifference Test», vgl. RPW 2015/2, 167 Rz 14, *KKDMIF II*.

⁹ RPW 2015/2, 167 Rz 15, *KKDMIF II*.

¹⁰ RPW 2015/2, 167 Rz 19 f., *KKDMIF II*.

¹¹ RPW 2015/2, 167 Rz 21, *KKDMIF II*.

6. Die *Ausgangslage für die EVR III* war dieselbe wie nach der ersten Untersuchung:¹² Die Wettbewerbsbehörden gingen nach wie vor davon aus, dass das multilaterale Festsetzen und Anwenden von Interchange Fees eine Wettbewerbsabrede zwischen Issuern einerseits und Acquirern andererseits darstellt. Da die DMIF einen wesentlichen Teil der Merchant Service Charge («MSC») ausmacht, handelt es sich dabei um eine erhebliche Preisabrede, die aber unter Umständen – nämlich bei Einhaltung der durch die EVR gesteckten Parameter – aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein kann. Die EVR III übernahm zwei Elemente der beiden früheren EVR und führte diese unverändert fort, nämlich einerseits die Vorschriften betreffend die Transparenz bezüglich Interchange Fees, die zeitgemäss im Internet zu publizieren sind, und andererseits das Verbot, innerhalb des jeweiligen Gremiums sensible Marktdaten auszutauschen.¹³ Anders als die EVR I und die EVR II geht die EVR III für die Bestimmung der durchschnittlichen DMIF aber *nicht mehr von einem kostenbasierten Ansatz aus, sondern legt der Effizienzrechtfertigung den Tourist Test zugrunde*.¹⁴ Nach dem Tourist Test (auch Merchant Indifference Test; «MIT») ist die Wettbewerbsabrede aus Effizienzgründen gerechtfertigt, wenn die Interchange Fees maximal so hoch sind, dass es für den Händler – also für denjenigen, der die Interchange Fee letztendlich zu entrichten hat, da die Interchange Fee vom Acquirer über die MSC vollumfänglich auf diesen überwältzt wird – kosten-technisch keinen Unterschied macht, ob die Zahlung in bar oder mittels Kreditkarte erfolgt. Aufgegeben wurde mit der EVR III indes das Verbot von Non Discrimination Rule-Klauseln, da der den neuen durchschnittlichen DMIF zugrunde gelegte Tourist Test ohnehin bewirken soll, dass der Händler indifferent bezüglich der Annahme von Kreditkarten ist. Acquirer durften in ihren Verträgen somit wieder Klauseln aufnehmen, die es den Händlern verbieten, für verschiedene Zahlungsmittel unterschiedliche Preise zu verlangen.

7. Im Ergebnis wurde mit der EVR III die *maximal zulässige durchschnittliche DMIF* für alle Transaktionen mit Kreditkarten von Visa und Mastercard auf 0,44 % gesenkt.¹⁵ Da nur ein maximaler Durchschnittswert festgelegt wurde, können die Interchange Fees je nach Transaktionsart, Branche und Technologie nach wie vor höher oder tiefer ausfallen.¹⁶ Anders als die EVR I wurde die EVR III grundsätzlich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und so als dauerhafte Lösung konzipiert. Die EVR III ist aber sowohl von der WEKO als auch von den Parteien kündbar, was erstmals auf den 31. Januar 2019 möglich gewesen wäre. Ohne Kündigung verlängert sich die Geltungsdauer der EVR III jeweils automatisch um zwei Jahre.¹⁷ Da bisher von keiner Seite eine Kündigung ausgesprochen wurde, ist die EVR III und der darin vereinbarte maximal zulässige durchschnittliche DMIF-Satz aktuell nach wie vor anwendbar.

8. Mittlerweile werden die Interchange Fees nicht mehr in den beiden Gremien verhandelt, sondern direkt von den Card Schemes *unilateral festgelegt*.

9. Die Wettbewerbsbehörden haben in ihren jüngeren Entscheiden im Zusammenhang mit Interchange Fees festgehalten, dass Interchange Fees nach ihrer Praxis unter einem horizontalen oder einem vertikalen Blickwinkel analysiert werden können, je nachdem welche

«Teilnehmerinnen» an einem Vier-Parteien-Kreditkartensystem im Fokus des entsprechenden Verfahrens stehen.¹⁸

- Im Verhältnis Issuer – Acquirer stellen Interchange Fees nach wie vor eine – oder präziser zwei – horizontale Preisabreden dar, eine unter den Acquirern und eine unter den Issuern. Diese werden weiterhin von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst. Ausschlaggebend dafür ist, dass die Issuer und Acquirer die Interchange Fees multilateral anwenden, so dass die Interchange Fees eine horizontale Wirkung entfalten.
- Die Card Schemes als Lizenzgeberinnen sind nur im vertikalen Verhältnis direkt beteiligt,¹⁹ da die Lizenzbedingungen der Schemes, und damit auch die Interchange Fees, nicht individuell mit den Issuern und den Acquirern verhandelt, sondern einseitig von den Schemes vorgegeben werden («take-it-or-leave-it»-Position für die Lizenznehmerinnen).²⁰ Dabei kamen die Wettbewerbsbehörden zum Schluss, dass es sich bei der unilateralen Festlegung einer DMIF einerseits um eine direkte Festsetzung eines Festpreises im Verhältnis zwischen Issuern und den Acquirern handelt und dies andererseits zu einem Mindestpreis auf dem Acquiring-Markt führt. Somit erfüllt die Interchange Fee im vertikalen Verhältnis den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.²¹

¹² Vgl. oben Rz 2.

¹³ RPW 2015/2, 185 Rz 153 f., *KKDMIF II*.

¹⁴ RPW 2015/2, 185 Rz 152 sowie 155, *KKDMIF II*.

¹⁵ RPW 2015/2, 190, Ziffer 1 des Dispositivs, *KKDMIF II*. Der Durchschnittswert von 0,44 % ist höher als die maximal zulässige DMIF für Kreditkartentransaktionen in der EU von 0,3 %. Allerdings werden Geschäftskundenkarten von den in der EU einschlägigen Rechtsvorschriften (Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, Abl. L 123 vom 19. Mai 2015, S. 1 ff.) anders als von der EVR III nicht erfasst. Dies stellt einen der Gründe dar, weswegen in der Schweiz eine höhere maximal zulässige durchschnittliche DMIF zugelassen wurde.

¹⁶ So legt Mastercard zum Beispiel für die Consumer Mastercard-Kreditkarten domestische Interchange Fees zwischen 0,35 % und 0,55 % des Transaktionsbetrags fest (vgl. <www.mastercard.ch> > Interchange Fees > Switzerland intra-location POS interchange fees [16.7.2024]).

¹⁷ RPW 2015/2, 185 Rz 152 sowie 155, *KKDMIF II*.

¹⁸ Verfügung der WEKO vom 6.5.2024 in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (verfügbar unter: <www.weko.admin.ch> > Praxis > Entscheide), Rz 13 sowie 101; RPW 2012/4, 787 f. Rz 200 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*. Vorliegend hat Visa als Lizenzgeberin eine Meldung im Widerspruchsverfahren eingereicht. Entsprechend wurde auch die Vorabklärung gegen Visa eröffnet, weshalb vorliegend aus kartellrechtlicher Perspektive der vertikale Aspekt der Interchange Fees im Fokus steht. Auf das Ergebnis der Vorabklärung hat dies aber keinen Einfluss: Sowohl bei horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG als auch bei den obenerwähnten vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG handelt es sich um Abreden, welche den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigen. Diese Vermutung lässt sich aber widerlegen. Zu prüfen ist in diesem Fall, ob die Abrede den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt und ob sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Nur wenn beides der Fall ist, ist die Abrede unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

¹⁹ Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 101 sowie 158 ff.

²⁰ Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 101; RPW 2016/2, 482 ff. Rz 347, *Nikon AG*.

²¹ Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 158 ff.

- Darüber hinaus haben die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit ebenfalls bereits erwogen, dass überhöhte Interchange Fees mutmasslich den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllen könnten, falls auf einem bestimmten Markt eine beherrschende oder relativ marktmächtige Stellung eines Produktes oder eines Schemes festgestellt wird. Dementsprechend ist nicht ausgeschlossen, dass Interchange Fees zusätzlich auch im Rahmen von Art. 7 KG aufgegriffen werden können.²²

II. Verfahrensgeschichte bis zur Einreichung der Meldung

10. Visa Europe Services LLC («Visa») hat dem Sekretariat den Gegenstand der Meldung anlässlich eines Treffens am 27. September 2019 zur Kenntnis gebracht. Am 26. Februar 2020 reichte Visa einen Entwurf der Meldung ein. Am 23. April 2020 fand eine Telefonkonferenz zwischen den Rechtsvertretern von Visa und Mitarbeitenden des Sekretariats statt, an welchem Visa diverse Fragen zum Entwurf gestellt wurden.

11. Im Anschluss an diese Unterhaltung reichte Visa am 17. Juni 2020 beim Sekretariat eine Meldung im Widerspruchsverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein, in welcher Visa die anlässlich des Gesprächs gestellten Fragen bereits teilweise beantwortete. Die Frist von fünf Monaten zur Mitteilung der Eröffnung eines allfälligen Verfahrens nach den Art. 26–30 KG hatte somit am 18. Juni 2020 zu laufen begonnen und endete am 17. November 2020.

12. Die *Eingangsbestätigung* durch das Sekretariat erfolgte am 18. Juni 2020.

13. Am 3. Juli 2020 reichte Visa eine *um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Meldung* ein, damit Marktteilnehmer zum Vorhaben von Visa befragt werden konnten.

III. Gegenstand der Meldung

14. Visa plante zum Zeitpunkt der Meldung die Einführung eines *virtuellen B2B²³-Reisezahlungsproduktes* auf Basis einer sogenannten Virtual Use Commercial Account-Lösung («VUCA») für Schweizer Issuer, nämlich den Visa Central Travel Account («CTA»)²⁴. Der Zweck einer VUCA-Lösung besteht gemäss Angaben in der Meldung darin, eine virtuelle Zahlungsmöglichkeit für card not present-Transaktionen für Unternehmenskunden bereitzustellen. Eine VUCA werde auf den Namen der Unternehmen ausgestellt.²⁵

15. Häufig böten VUCA-Lösungen den Unternehmenskunden auch gewisse Mehrwertdienstleistungen.²⁶ Typischerweise würden über VUCA Zahlungen für Reiseleistungen abgewickelt.²⁷ Der Visa CTA sei eine solche VUCA-Lösung. Unternehmenskunden, die einen Visa CTA erwerben, erhielten keine physischen Karten.²⁸ Stattdessen würden für jedes Produkt die für die Zahlungsabwicklung notwendigen Daten virtuell generiert und bei den Reisemanagement-Unternehmen (*Travel Management Companies*; «TMC») hinterlegt.²⁹ Unternehmenskunden richteten ihre Buchungsanfragen direkt an ihre TMC. Die TMC verwendeten dann die hinterlegten Daten, wenn es im Namen des Unternehmenskunden

Reiseeinkäufe – Bahn- oder Flugtickets, Hotelbuchungen etc. – tätigt.³⁰

16. Visa bringt in ihrer Meldung weiter vor, beim Visa CTA handle es sich um ein Produkt, das in verschiedenen europäischen Ländern bereits existiere und von dort ansässigen Emittenten eingesetzt werde.³¹ Nun solle das Produkt auch Schweizer Emittenten zugänglich gemacht werden. Eine Pilot-Phase zur rein technischen Umsetzung laufe bereits seit [...].³² Visa arbeite dazu aktuell mit [...] als Issuer und einem in der Meldung nicht namentlich erwähnten [...] als Firmenkunde zusammen. Im Rahmen des Pilotprojekts werde eine DMIF von 0,44 % erhoben.³³

17. Visa stellt die Teilnehmer und den Zahlungsfluss in der Meldung wie folgt dar:

[...]

Abbildung 1: Visa CTA payment and data flows (Quelle: Angaben von Visa³⁴).

18. Visa führt weiter aus, es bestünden auch in der Schweiz bereits *VUCA-Produkte*, wobei die drei wichtigsten Konkurrenzprodukte des Visa CTA auf dem Markt von Firmenkunden-Zahlungskarten von AirPlus, American Express und Diners Club angeboten würden.³⁵ Dabei sei AirPlus gemäss Angaben in der Meldung mit grossem Abstand Marktführer.³⁶ Bei allen drei Konkurrenzprodukten handle es sich um Drei-Parteien-Systeme³⁷. Visa würde mit dem eigenen Vier-Parteien-VUCA-Produkt sowohl den Wettbewerb als auch die Innovation auf dem Markt intensivieren.

²² Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 211 ff.

²³ «B2B» steht für «Business-to-Business» und bedeutet, dass es um Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen geht, im konkreten Fall zwischen sogenannten «Travel Management Companies» und deren Unternehmenskunden.

²⁴ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020, Rz 1.

²⁵ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020, Rz 24 (Fn 24).

²⁶ Vgl. dafür Rz 23 und Rz 25 der definitiven Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24).

²⁷ Rz 24 der definitiven Meldung (Fn 24).

²⁸ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 7 und 26.

²⁹ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 26.

³⁰ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 27.

³¹ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 1.

³² Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 32.

³³ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 34.

³⁴ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 27.

³⁵ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 52 ff.

³⁶ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 58.

³⁷ Im Gegensatz zum Vier-Parteien-System ist bei einem Drei-Parteien-System neben dem Karteninhaber und der Akzeptanzstelle, also dem Händler, nur eine weitere Partei in die Zahlungsabwicklung involviert, nämlich das Card Scheme. Im Drei-Parteien-System ist das Card Scheme selbst sowohl für das Acquiring von Händlern als auch das Issuing der Karten an Karteninhaber verantwortlich. Verantwortlich heisst aber nicht, dass diese Aufgaben in jedem Fall tatsächlich auch vom Card Scheme selbst wahrgenommen werden. Es ist möglich, dass das Card Scheme Issuing- oder Acquiring-Lizenzen an dritte Zahlungsdienstleister herausgibt.

19. Visa sah vor, für Transaktionen im Zusammenhang mit dem CTA eine DMIF von [1,5–2] % zu erheben. Als Begründung für die Einführung einer DMIF für Transaktionen im Zusammenhang mit dem CTA in dieser Höhe brachte Visa namentlich vor:

- Die EVR III sei auf VUCA-Produkte nicht anwendbar, da es zwischen herkömmlichen Firmenkartenprodukten und VUCA-Lösungen *erhebliche Unterschiede* gäbe:³⁸ (1) VUCA-Produkte seien rein virtuell, es würde keine physische Karte ausgegeben. Stattdessen verfügten VUCA-Produkte, und insbesondere der CTA über eine 16-stellige Visa *primary account number* («PAN»), ein Verfalldatum und eine Identifizierungsnummer (*Card Validation Code*; «CVC»). Diese Daten würden bei den TMC hinterlegt und für Reiseeinkäufe im Namen des Firmenkunden verwendet. (2) VUCA-Produkte seien rein virtuelle Konten für Firmenkunden, die für B2B-Transaktionen bestimmt seien und für Konsumenten nicht zur Verfügung stünden. VUCA-Produkte würden ausschliesslich in einer sogenannten «sicheren Unternehmensumgebung» (*secure corporate environment*) eingesetzt.³⁹ (3) VUCA-Produkte seien darüber hinaus viel mehr als reine Zahlungslösungen, da sie allen Beteiligten die Möglichkeit böten, umfassende Mehrwertdienstleistungen in Bezug auf die Datenverarbeitung in das Angebot zu integrieren.⁴⁰ (4) Das VUCA-Produkt stehe ausschliesslich für eine spezifische Zielkundengruppe zur Verfügung, nämlich für Firmenkunden, die Reisedienstleistungen einkaufen.⁴¹
- VUCA-Produkte seien für die Betreiber mit *wesentlich höheren Kosten* verbunden als traditionelle Kreditkarten-Produkte. Deshalb sei für das Produkt eine MIF von [1,5–2]% erforderlich. Es sei [...].⁴²
- Der Visa CTA könne *nicht erfolgreich* in den Schweizer Markt *eingeführt* werden, wenn [...] und die DMIF von [1,5–2] % in die Berechnung der maximal zulässigen durchschnittlichen DMIF von 0,44 % einfließen würde.⁴³
- In *Europa* lägen die VUCA-MIF-Gebühren über den durchschnittlichen maximalen Interchange-Gebühren gemäss der anwendbaren EU-Verordnung.⁴⁴
- Bestehende *Konkurrenzprodukte* hätten eine höhere Interchange bzw. Merchant Service Fee, die in der Schweiz zwischen 1,75 % und 2 % liege. Zudem handle es sich bei den Wettbewerbern allesamt um unregulierte Drei-Parteien-Systeme, was zu ungleichen Ausgangsbedingungen für Vier-Parteien-Systeme führe.⁴⁵
- Der Visa CTA führe zu *mehr Wettbewerb*.⁴⁶

20. Visa *beantragt* deshalb in der Meldung, es sei durch das Sekretariat (1) schriftlich zu bestätigen, dass die für Transaktionen im Zusammenhang mit dem Visa CTA anwendbare DMIF nicht in den Anwendungsbereich der EVR III falle und daher bei der Berechnung der maximalen durchschnittlichen MIF im Rahmen der EVR III nicht berücksichtigt werde. Zudem sei durch das Sekretariat (2) ebenfalls schriftlich zu bestätigen, dass die der WEKO gemeldete Einführung der geplanten VUCA DMIF, zahlbar im Zusammenhang mit allen Transaktionen, die in der

Schweiz mit einer schweizerischen VUCA getätigt werden, *prima facie* keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des Kartellgesetzes liefere, weshalb zum jetzigen Zeitpunkt keine Notwendigkeit bestehe, eine Untersuchung gemäss Art. 26–30 KG zu eröffnen.

IV. Erste kartellrechtliche Einschätzung durch das Sekretariat sowie Eröffnung einer Vorabklärung

21. *Kartellrechtlich allenfalls problematisch* erschien das Vorhaben dem Sekretariat, da das gemeldete Projekt für Transaktionen im Zusammenhang mit dem CTA eine DMIF von [1,5–2] % – und damit eine sehr hohe DMIF – vorsah, die zudem nicht vom Geltungsbereich der EVR III erfasst werden sollte.

22. Seit der ersten Verfügung der WEKO in Sachen Interchange Fees aus dem Jahr 2005 wurden Interchange Fees in allen Verfahren als *unzulässige Wettbewerbsabreden* qualifiziert. In einer ersten Phase wurden diese als *horizontale Preisabreden* im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst, genauer als zwei Preisabreden eine zwischen den Acquirern einerseits und eine zwischen den Issuern andererseits, da die Interchange Fees in den zwei Gremien vereinbart wurden.⁴⁷ Diese Qualifikation wurde im Rahmen von Vorabklärungen⁴⁸ auch für eine unilaterale Festsetzung der Interchange Fee durch das Card Scheme beibehalten. Dies mit der Begründung, dass die Interchange Fees weiterhin multilateral angewendet und zu einer horizontalen Preiskoordinierung führen würden. Es erschien vor dem Hintergrund dieser Praxis durchaus möglich, dass die hier von Visa vorgesehene DMIF ebenfalls eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen könnte.

23. Wie bereits ausgeführt,⁴⁹ wurde das multilaterale Festsetzen von Interchange Fees für Visa- und Mastercard-Kreditkarten in der Verfügung vom 1. Dezember 2014 als Wettbewerbsabrede qualifiziert. Dabei wurde die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt, hingegen bejaht, dass diese Abrede den Wettbewerb gemäss Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beschränkt. Die WEKO führte weiter aus, dass eine Interchange Fee möglicherweise *aus Effizienzgründen gerechtfertigt* sein könnte, wenn deren Höhe durch ein objektives Verfahren festgelegt wird. Sie stützte sich dabei auf den in der ökonomischen Literatur entwickelten Tourist Test, welcher auch in der EU als Basis zur Festlegung der zulässigen Interchange Fees herangezogen wurde. Es kann also festgehalten werden, dass eine Interchange Fee, welche die damals ermittelten Werte gemäss Tourist Test einhält, im Lichte dieser Praxis (grundsätzlich) als zulässig qualifiziert werden kann. Dass die Card Schemes die Interchange Fees in der Zwischenzeit unilateral festlegen, ändert an diesen Einschätzungen nichts.⁵⁰

24. In ihrer jüngsten Praxis haben die Wettbewerbsbehörden erwogen, dass Interchange Fees aus einer horizontalen wie auch aus einer vertikalen Perspektive betrachtet werden können, je nachdem, welche Beziehung des Vier-Parteien-Systems im Fokus einer Abklärung steht.⁵¹ Im Hinblick auf das horizontale Verhältnis auf Ebene der Issuer und der Acquirer ändert sich damit im Verhältnis zum soeben Ausgeführten nichts. Dementsprechend werden diese weiterhin im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst. Im vertikalen Verhältnis zwischen Card

Scheme und Issuer oder Card Scheme und Acquirer können unilateral von den Card Schemes vorgegebene Interchange Fees Abreden über Mindest- und Festpreise (Preisbindungen zweiter Hand) gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen.⁵² Diese Wettbewerbsabreden betreffend Interchange Fees können aber aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein, insbesondere, wenn die Höhe der Interchange Fee durch ein objektives Verfahren festgelegt wird, namentlich wenn dabei sämtliche Vorgaben der EVR III eingehalten werden.⁵³

25. Im vorliegenden Fall geht es nun darum, die DMIF für Transaktionen im Zusammenhang mit dem Visa CTA zu beurteilen und die Frage zu beantworten, ob die unilaterale Festlegung der DMIF für den Visa CTA eine *Wettbewerbsabrede* darstellt.

26. Sollte dies zutreffen, fragt sich, ob diese *Abrede zulässig* ist. Das könnte z. B. der Fall sein, sofern die Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unerheblich oder den Wettbewerb zwar erheblich beschränkt aber im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein könnte eine unilateral festgelegt DMIF insbesondere dann, wenn sie die Vorgaben der EVR III einhält oder wenn dadurch im Vergleich mit einer bilateralen Festsetzung der Interchange Fee Effizienzvorteile ausserhalb der EVR III entstehen.

27. In der Meldung wird geltend gemacht, dass der CTA von Visa von der EVR III nicht erfasst werde, da sich das Produkt von den damit regulierten Kreditkarten deutlich unterscheide. Von dieser *Einschätzung war das Sekretariat* zum damaligen Zeitpunkt *nicht überzeugt*. Gemäss der Beschreibung von Visa zeichnet sich der Visa CTA primär durch eine 16-stellige PAN von Visa, ein Verfalldatum und einen CVC aus.⁵⁴ Dies entsprach nach Ansicht des Sekretariats im Wesentlichen der Beschreibung einer Kreditkarte. Diese Überlegungen des Sekretariats wurden Visa bereits anlässlich der telefonischen Besprechung im April 2020 mitgeteilt. Die Bedenken, wonach mit dem Visa CTA nichts anderes als eine *Business-card-not-present-Kreditkarte* vorliegt, die vom Geltungsbereich der EVR III erfasst würde, konnte Visa auch in der definitiven Meldung nicht ausräumen. Im Übrigen gibt es in der Schweiz durchaus auch «klassische» Corporate-Kreditkarten, bei denen umfassende Zusatzdienstleistungen im Bereich Reise- und Spesenmanagement erbracht werden, beispielsweise eine Mastercard Corporate T & E Card oder die Travelcard Bund.

28. Begründet wird die Notwendigkeit der hohen Interchange Fee in der Meldung namentlich damit, dass (1) der Betrieb von VUCA-Produkten mit höheren Kosten verbunden ist als das Angebot von traditionellen Kreditkarten-Produkten und dass (2) sowohl von Visa als auch [...] als Issuerin bereits [...] zur Einführung des Visa CTA in der Schweiz getätigt worden sind. Die DMIF in der Höhe von [1,5–2] % sei notwendig, damit – vor allem für Issuer – ausreichende Anreize geschaffen würden, in das neue VUCA-Produkt zu investieren. Und (3) sei eine DMIF für Transaktionen im Zusammenhang mit CTA-Transaktionen in der vorgesehenen Höhe angemessen, da sie zu Vorteilen auf allen Marktseiten führe.⁵⁵

29. Das Sekretariat prüfte die von Visa in der Meldung vorgebrachten Argumente und kam zum Schluss, dass

das Vorhaben jedenfalls nicht ohne weitere Prüfung freigegeben werden konnte.

30. Vorab erscheint unklar, ob mit einer DMIF in der Höhe von [1,5–2] % *Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede* vorlagen. Zudem erschloss sich dem Sekretariat nicht, weshalb der Visa CTA nicht in den *Anwendungsbereich der EVR III* fallen soll oder anders ausgedrückt, inwiefern sich das Produkt von einer gewöhnlichen Business-card-not-present-Lösung unterscheidet.

31. In diesem Zusammenhang stellte das Sekretariat verschiedene Überlegungen und Arbeitshypothesen auf:

- Angenommen (1) es läge eine unzulässige Wettbewerbsabrede vor, stellte sich die Frage, ob diese aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden könnte, vorausgesetzt sie würde den Wettbewerb nicht beseitigen. Im Zusammenhang mit Interchange Fees käme als erste mögliche Rechtfertigung die Einhaltung der EVR III in Betracht – wobei Visa ja vorbringt, die EVR III sei auf den Visa CTA gerade nicht anwendbar. Dies wäre aber nicht die einzige Rechtfertigungsmöglichkeit und es wäre – unabhängig davon – zu prüfen, ob sich eine DMIF in der Höhe von [1,5–2] %, was deutlich über den für Kreditkarten zulässigen durchschnittlichen 0,44 % liegt, aus (anderen) Effizienzgründen rechtfertigen liesse.

³⁸ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 69 ff.

³⁹ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 58.

⁴⁰ Vgl. für die geltend gemachten «wesentlichen Vorteile» für Issuer Rz 28 und für die Vorteile für Händler Rz 29 sowie generell Rz 72 der definitiven Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24).

⁴¹ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 71.

⁴² Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 76.

⁴³ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 74 ff.

⁴⁴ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz. Für die DMIF-Gebühren für Visa CTA-Transaktionen im europäischen Ausland, vgl. Rz 30 der definitiven Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24).

⁴⁵ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 10.

⁴⁶ Definitive Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24), Rz 92 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu oben Rz 2.

⁴⁸ RPW 2012/4, 787 f. Rz 203 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*.

⁴⁹ Vgl. dazu oben Rz 6 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu oben Rz 8.

⁵¹ Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 13 und 101; RPW 2012/4, 787 f. Rz 200 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*. Vgl. ferner oben Rz 9.

⁵² Darüber hinaus haben die Wettbewerbsbehörden erwogen, die kartellrechtliche Problematik von unilateral von den Card Schemes vorgegebenen Interchange Fees aufgrund einer möglichen marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung der Card Schemes im Rahmen von Art. 7 KG aufzugreifen (vgl. Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 211 ff.; RPW 2012/4, 799 ff. Rz 312 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*).

⁵³ Vgl. dazu z.B. die Verfügung der WEKO vom 25.9.2023 i.S. Interchange Fees für Debitkarten von Visa, Vorsorgliche Massnahmen, Rz 19 ff., (verfügbar unter: <www.weko.admin.ch> > Praxis > Entscheide).

⁵⁴ Vgl. oben Rz 19.

⁵⁵ Ausführlich: Rz 79 ff. der definitiven Meldung (Fn 24) sowie oben Rz 19.

- Angenommen (2) Interchange Fees für Transaktionen mit dem Visa CTA würden mangels Ausnahmecharakter vom Geltungsbereich der EVR III erfasst, würde dies ja noch nicht automatisch bedeuten, dass die vorgesehen DMIF von [1,5–2] % unzulässig wäre. Das Sekretariat schloss nicht grundsätzlich aus, die geplante DMIF in der Höhe von [1,5–2] % für Transaktionen mit dem Visa CTA zuzulassen, solange sie in die Berechnung des maximalen DMIF-Satzes von 0,44 % einbezogen würde. Dies müsste möglich sein, da dieser Satz lediglich einen Durchschnittswert darstellt.
- Angenommen (3) das Sekretariat könnte den Anträgen von Visa nicht entsprechen, stellte es sich bereits zu diesem Zeitpunkt die Frage, in welchen Punkten das Projekt angepasst werden könnte, damit der Visa CTA dennoch eingeführt werden kann. Auf den ersten Blick erschienen dem Sekretariat Anpassungen an der Höhe der DMIF oder auch Empfehlungen hinsichtlich der Scheme-Rules möglich. Beispielsweise erachtete das Sekretariat grundsätzlich als denkbar, im Zusammenhang mit Transaktionen mit dem Visa CTA NDR-Klauseln zu verbieten. Der Händler könnte für seine Leistung so für die Bezahlung mittels Visa CTA einen höheren Preis verlangen, als bei Bezahlung mit anderen Zahlungsmitteln. Der Unternehmenskunde müsste in diesem Fall entscheiden, ob er bereit ist, für die mit einer Bezahlung via Visa CTA verbundenen Mehrleistungen aufgrund der damit zusammenhängenden höheren Interchange Fee auch einen höheren Preis zu bezahlen. Eine weitere denkbare Möglichkeit sah das Sekretariat darin, den Visa CTA bzw. VUCA-Lösungen vom Geltungsbereich einer allenfalls bestehenden Honour All Cards/Products Rule auszunehmen. So würden Händler, die Visa-Zahlungsmittel grundsätzlich akzeptieren, nicht automatisch auch zur Annahme der teureren VUCA-Lösung verpflichtet. Beide Ansätze hätten nach Ansicht des Sekretariats dazu führen können, dass vom Markt eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Höhe der DMIF ausgehen könnte.

32. Aufgrund der soeben aufgeführten Bedenken eröffnete das Sekretariat am 12. Dezember 2020 eine Vorabklärung, in welcher insbesondere offene Fragen in tatsächlicher Hinsicht geklärt werden sollten, um dann vertiefter beurteilen zu können, ob das Vorhaben von Visa tatsächlich kartellrechtlich problematisch ist oder doch in dieser oder einer modulierten Form freigegeben werden kann.

B. Ergebnisse der Marktbefragung

33. Zur Klärung der noch offenen Fragen und zur Ermittlung des Sachverhalts führte das Sekretariat eine *breit angelegte Marktbefragung* durch und befragte Acquirer, Issuer, Konkurrenten von Visa, Reisedienstleistungserbringer, TMC und Unternehmenskunden, welche diese Bezahlösung allenfalls verwenden oder in Anspruch nehmen könnten.

34. Vorab haben die Antworten der Marktteilnehmer auf die versendeten Fragebogen gezeigt, dass solche Bezahlmöglichkeiten wie der Visa CTA es eine ist, bei dem ein – üblicherweise virtuelles – Zahlungsmittel, das auf ein Unternehmen ausgestellt, bei einem Reisebüro oder einer TMC zentral hinterlegt und dort für Reisekosten wie

Flug-, Bahntickets oder Hotelbuchungen verwendet wird und ein Informationsrückfluss an den Unternehmenskunden stattfindet, als *Reisestellenkarten* oder *Lodged-Cards* auf dem Markt bereits von einigen Unternehmen angeboten werden.

35. Weiter wurde von sämtlichen befragten Marktteilnehmern vorgebracht, dass sie keinen Grund sehen, derartige Lodged-Lösungen, die auf Kreditkartenprodukten von Vier-Parteien-Systemen beruhen, anders zu behandeln, als die eigentlichen Kreditkarten selbst. Diese könnten ja ebenso – physisch oder virtuell – bei einem Reisebüro hinterlegt werden und auch bei anderen gängigen Corporate-Karten sei es möglich, einen Informationsrückfluss an die Unternehmenskunden anzubieten. Aus diesen Gründen sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Visa CTA anders behandelt werden sollte.

I. Kosten für Lodged-Lösungen sowie Effizienzvorteile

36. Die Marktbefragung hat ergeben, dass eine solche *Lodged-Lösung* in Bezug auf Implementierung und Betrieb *wesentlich* teurer sein dürfte als eine herkömmliche Business-Kreditkarte. Die herkömmlichen Business-Karten seien ein Massengeschäft und würden standardisiert ausgegeben. Bei Lodged-Lösungen hingegen handle es sich um personalisierte, auf ein einzelnes Unternehmen zugeschnittene Bezahlösungen, die deshalb einzeln aufgesetzt und auch einzeln betreut werden müssten.

37. Zudem schliesst das Sekretariat aus den Ergebnissen der Marktbefragung, dass Lodged-Lösungen die von Visa vorgebrachten *Effizienzvorteile tatsächlich erbringen können*. Das hänge aber primär mit der Bündelung der Daten und dem Datenrückfluss an die Unternehmenskunden zusammen und nicht mit der Zahlung oder dem Zahlungsmittel an sich. Entsprechende Vorteile liessen sich deshalb auch mit anderen Zahlungsmitteln erzielen und seien nicht untrennbar mit einer Lodged-Lösung verbunden. Zudem ergäben sich die *grössten Effizienzvorteile ohne Zweifel bei den Unternehmenskunden* und allenfalls den TMC. Wie weiter oben bereits erwähnt,⁵⁶ bringt Visa vor, auch den Händlern erwachsen durch den Visa CTA «wesentliche» Effizienzvorteile wie sicherere Bezahlung und ein geringeres Inkassorisiko. Diese Ansicht wird von den Befragten, und insbesondere von den befragten Händlern, nicht geteilt: Eine Lodged-Lösung generiere für die Händler – wenn überhaupt – weit geringere Effizienzvorteile als für die übrigen Teilnehmer. Es treffe auch nicht zu, dass Zahlungen via eine Lodged-Lösung besonders sicher seien. Auch Zahlungen mit herkömmlichen Kreditkarten seien bereits sehr sicher und Zahlungen mit Lodged-Produkten jedenfalls nicht sicherer.

⁵⁶ Vgl. oben Rz 19 sowie Rz 29 der definitiven Meldung vom 16. Juni 2020 (Fn 24).

38. Von mehreren Adressatinnen wurde in der Marktbefragung die Befürchtung geäußert, hohe Interchange Fees für eine einzelne Transaktionsart würden «entlang des Systems» weitergegeben und zuletzt von den Händlern und so letztendlich von allen Konsumentinnen und Konsumenten gemeinsam getragen. Von Seiten der Acquirer wurde explizit bestätigt, dass derart hohe Interchange Fees, wie sie von Visa für Transaktionen mit dem CTA vorgesehen sind, direkt an die Händler weitergegeben würden, und zwar unabhängig davon, ob eine Kundenbeziehung auf einem blended-Modell oder einem Modell IC++ beruht.

39. Bei dieser Ausgangslage muss nach Ansicht des Sekretariats die Frage gestellt werden, ob es tatsächlich richtig ist, die Effizienzvorteile der Unternehmenskunden durch die Händler finanzieren zu lassen, die von der Lösung am wenigsten profitieren und die – mehr noch – unter Umständen über die Honour All Cards Rule gezwungen werden, das Produkt zu akzeptieren, selbst wenn sie dies nicht möchten.⁵⁷ Vielmehr erscheint nach Ansicht des Sekretariats prüfenswert, ob zumindest ein Teil der Mehrkosten, die eine Lodged-Lösung den Issuern verursacht, dort eingezogen werden sollte, wo auch die Effizienzvorteile dieser Lösung entstehen, also über höhere Gebühren für die Unternehmenskunden. Diese könnten dann selbst entscheiden, ob ihnen eine solche zentrale Bezahlösung ausreichend Effizienzvorteile generiert, um dafür die höheren Gebühren in Kauf zu nehmen.

II. Wettbewerbssituation im Bereich zentraler Bezahlösungen

40. Die Befragung hat weiter ergeben, dass bereits etliche zentrale Bezahlösungen, die dem Visa CTA ähnlich sind, auf dem Markt etabliert sind. Das sind einmal die von Visa selbst erwähnten Angebote von AirPlus, Diners Club und American Express. Darüber hinaus gibt es auf dem Markt aber auch weitere – für die Händler deutlich günstigere – Bezahlösungen, wie z. B. BSP cash. Unabhängig davon, ob der sachlich relevante Markt wie von Visa selbst vorgebracht weit oder enger abgegrenzt wird, gehen die befragten Marktteilnehmer nicht davon aus, dass der Markteintritt von Visa zu massgeblich erhöhtem Wettbewerb führen würde und Effekte zu erwarten wären, die über diejenigen hinausgehen, die bei jedem Markteintritt eines weiteren Anbieters entstehen würden. Weitere Anbieter seien zwar aus der Perspektive des Wettbewerbs immer zu begrüssen. Dass der Markteintritt von Visa einen massgeblichen Wettbewerbsdruck auf die bereits bestehenden Angebote ausüben wird, ist nach Angaben der befragten Unternehmen aber nicht zu erwarten.

41. Anders als von Visa vorgebracht, bestehen am Markt nicht nur dem Visa CTA vergleichbare Drei-Parteien-Systeme. Die Ermittlungen des Sekretariats haben gezeigt, dass auch bereits eine dem Visa CTA vergleichbare Lösung basierend auf einem Vier-Parteien-System auf dem Markt vorhanden ist. Dieses Produkt respektiert die Vorgaben der EVR III, das heisst, die auf Transaktionen mit diesem Produkt veranschlagte Interchange Fee wird in die Berechnung der maximal zulässigen durchschnittlichen DMIF von 0,44 % mit einbezogen. Der Anbieterin dieses Produkts ist es nicht nur gelungen, ihr Produkt unter diesen Vorgaben zu lancieren und zu betreiben, sondern das Produkt konnte bereits weiterentwickelt werden,

ohne auf eine Ausnahme vom geltenden durch die EVR III gesteckten Rahmen angewiesen zu sein.

42. Insgesamt ergab die Marktbefragung, dass es sich beim von Visa gemeldeten CTA nicht um etwas vollständig Neues handelt, sondern dass derartige Produkte als «Reisestellenkarten» oder «lodged cards/accounts» bereits auf dem Markt etabliert sind und diese Produkte unter dem bestehenden Gegebenheiten funktionieren.

III. Problematik einer hohen Interchange Fee in Verbindung mit der Honour All Cards Rule und einem Surcharging-Verbot

43. Bereits anlässlich der Analyse der von Visa eingereichten Meldung hatte sich das Sekretariat die Frage gestellt, ob eine *verhältnismässig hohe Interchange Fee* auf einem *Visa-Produkt* in Kombination mit der *Honour All Cards Rule* und einem *Surcharging-Verbot* zu einer unerwünschten Situation führen könnte. Die Marktbefragung hat ergeben, dass bei den befragten Marktteilnehmern tatsächlich derartige Befürchtungen vorhanden sind:

44. Die Acquirer vereinbaren mit den Händlern Visa-Akzeptanzverträge und nicht spezifische «Kartenprodukt-Akzeptanzverträge». Aufgrund der in den Visa Core Rules statuierten Honour All Cards Rule ist ein Vertragshändler verpflichtet, sämtliche Visa-Kartenprodukte zu akzeptieren; dies schliesst auch Transaktionen mit ein, die über ein virtuelles Visa-Produkt wie beispielsweise den CTA, abgewickelt werden. Die hohe Interchange Fee auf solchen Transaktionen wird von den Acquirern auf die Händler überwälzt, die aufgrund des vertraglich vereinbarten Surcharging-Verbots keine Möglichkeit haben, die Kosten dem einzelnen Kunden, der dieses Zahlungsmittel verwendet, – verursachergerecht – weiterzugeben. Wie bereits gesagt,⁵⁸ besteht vor diesem Hintergrund die Gefahr, dass ein Händler, der diese Zahlungslösung nicht selbst gewählt hat und deren Effizienzgewinne sich bei anderen Parteien verwirklichen, gezwungen wird, diese Lösung zu quersubventionieren. Da der Händler, der durch diese Zahlungslösung kaum Vorteile erhält, diese Kosten mutmasslich nicht endgültig tragen wollen wird, wird er diese Mehrkosten bei der Preissetzung berücksichtigen und dürfte die Preise für alle seine Produkte oder Dienstleistungen erhöhen. Im Ergebnis bezahlen so indirekt sämtliche Kunden für die hohen Kosten für Transaktionen mit dem Visa CTA, selbst wenn sie mit einem anderen, günstigeren Zahlungsmittel bezahlen. Mit anderen Worten finanzieren damit sämtliche Kunden die Mehrkosten, die dem Händler durch die Verpflichtung zur Akzeptanz von Zahlungen via Visa CTA entstehen und die letztendlich einigen wenigen Grosskunden zugutekommen.

⁵⁷ Vgl. dazu auch unten Rz 43 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu oben Rz 37 ff.

45. Zudem besteht im Markt die Befürchtung, dass das neue Produkt von Visa gar *keinem echten Markttest* standhalten muss. Aus Händlersicht sei die Frage zentral, ob eine Lodged-Bezahlösung, gerade eine so teure wie der Visa CTA, von der Akzeptanz ausgenommen werden könne, ohne dass zugleich sämtliche weiteren Kartenprodukte dieses Schemes (z. B. Privatkundenkarten, physische Firmenkreditkarten etc.) vom Ausschluss betroffen wären. Aufgrund der geltenden Honour All Cards Rule wären die Händler aber bei Visa aktuell gezwungen, das teure Lodged-Produkt zu akzeptieren, wenn sie nicht den Zugang zu allen anderen Kartenprodukten von Visa verlieren wollen. Visa befinde sich als Card Scheme in einer starken Stellung, weshalb die Händler sich dies schlicht nicht erlauben könnten.

46. Dass eine «*Entkoppelung*» des Lodged-Produkts von den übrigen Kartenprodukten grundsätzlich möglich ist, zeigt eine Lösung auf dem Markt, die dem Sekretariat im Zuge der Marktbefragung präsentiert wurde: Ein Unternehmen, das sowohl eine Lodged-Lösung als auch andere (u. a. virtuelle) Business-Kreditkartenprodukte anbietet, legte dar, dass es die Lodged-Lösung basierend auf einem anderen Card Scheme anbietet als die übrigen Kartenprodukte, um den Händlern Flexibilität im Hinblick auf die Akzeptanz der unterschiedlichen Produkte zu wahren. Selbst wenn beide Card Schemes – dasjenige für Kreditkartenprodukte einerseits und dasjenige für die Lodged-Lösung andererseits – eine Honour All Cards Rule vorsehen, können sich betroffene Händler dazu entschliessen, das Lodged-Produkt nicht zu akzeptieren, ohne gleichzeitig den Zugang zu den weiteren Produkten zu verlieren.

C. Einordnung der Erkenntnisse aus der Marktbefragung in die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen für Interchange Fees

47. Vorab hat die Marktbefragung gezeigt, dass der Visa CTA *im Wesentlichen einer virtuellen Business-Kreditkarte* entspricht und dass es *keine Gründe gibt, diesen anders zu behandeln* als die übrigen Vier-Parteien-Kreditkartenprodukte. Deshalb geht das Sekretariat als Grundsatz davon aus, dass es sich beim Visa CTA um ein den Kreditkarten so ähnliches Produkt handelt, dass es sich nicht rechtfertigt, diesen als «etwas anderes» zu betrachten. Entsprechend können sämtliche bisherigen Überlegungen und Erwägungen der Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit Interchange Fees für Transaktionen mit Kredit- und auch mit Debitkarten mutatis mutandis auf das vorliegende Verfahren betreffend die Festlegung einer Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA übertragen werden. Grundsätzlich ist aus diesem Grund davon auszugehen, dass die *unilaterale Festlegung der Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA durch Visa eine oder mehrere Wettbewerbsabreden* gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

48. Gestützt auf die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit Interchange Fees auf Transaktionen mit Kredit- und Debitkartenprodukten, kann weiter davon ausgegangen werden, dass betreffend die von Visa unilateral festgelegte Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA – unabhängig davon, ob dies letztendlich als horizontale oder vertikale Wettbewerbsabrede qualifiziert wird – die *Vermutung der*

Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt werden kann, eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs aber gegeben ist.⁵⁹ Damit stellt sich auch betreffend die Interchange Fees für Transaktionen mit dem Visa CTA die Frage, ob sich diese aus Effizienzgründen rechtfertigen lassen. Damit ist die Ausgangslage, welche diesem Verfahren zugrunde liegt dieselbe, die auch für die EVR III gilt. Deshalb lassen sich nebst den Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit Interchange Fees auch die Überlegungen der EVR III auf dieses Verfahren übertragen.

49. Gemäss Ergebnissen aus der Marktbefragung⁶⁰ ist es unter dem geltenden Regime der EVR III (offenbar) nicht nur möglich, ein Vier-Parteien-Lodged-Produkt einzuführen und zu betreiben, sondern sogar bestehende Vier-Parteien-Lodged-Produkte weiterzuentwickeln. Aus diesem Grund sind nach Ansicht des Sekretariats *keine innovationshemmenden Auswirkungen* zu erwarten, wenn für Interchange Fees für Transaktionen mit dem Visa CTA keine Ausnahme aus dem Geltungsbereich der EVR III zugelassen wird. Dies legt nahe, dass es weder für die erfolgreiche Einführung noch für den Betrieb des Visa CTA am Markt einer besonderen Ausnahme von der EVR III bedarf. Hinzu kommt, dass das Sekretariat und die WEKO für sämtliche vergleichbaren bereits etablierten und zukünftigen Produkte ebenfalls hohe Interchange Fees freigeben müssten, sollte dies für Transaktionen im Rahmen des Visa CTA ermöglicht werden. Die Tatsache, dass bereits ein Vier-Parteien-Lodged-Produkt angeboten wird und weiterentwickelt werden konnte, belegt weiter, dass – entgegen den Ausführungen von Visa – Issuer auch unter dem geltenden Regime durchaus bereit sind, Lodged-Lösungen in einem Vier-Parteien-System herauszugeben und es dazu keiner Ausnahme vom Geltungsbereich der EVR III bedarf. Offenbar ist es ihnen möglich, die Mehrkosten, welche eine Lodged-Lösung allenfalls verursacht, auch unter dem Geltungsbereich der EVR III aufzufangen.

50. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei Lodged-Lösungen – wie von Visa selbst ausgeführt – um einen *Nischenmarkt* mit einem von Visa geschätzten Transaktionsvolumen von ca. [250–500] Millionen Franken handelt und Visa einen Anteil von [...] % in diesem Bereich anstrebt, geht das Sekretariat in einem best case-Szenario weiter von einem Transaktionsvolumen im Umfang von [...] Millionen Franken aus, das über den Visa CTA abgewickelt werden könnte. Dieser Betrag ist im Vergleich zum gesamten über Business-Kreditkartenprodukte von Visa abgewickelten Transaktionsvolumen von [1–1,5] Milliarden Franken mit rund [1–5]% sehr gering. Deshalb sollte selbst eine verhältnismässig hohe Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA den maximalen zulässigen Durchschnittswert gemäss EVR III nicht erheblich belasten; dies umso mehr, als für die Berechnung der maximalen zulässigen DMIF von 0,44 % die Interchange Fees auf dem Volumen der Transaktionen mit Kartenprodukten für Privatkunden mitberücksichtigt werden müssten und

⁵⁹ Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 157 ff.; RPW 2015/2, 174 ff. Rz 84 ff., *KKDMIF II*.

⁶⁰ Vgl. dazu oben Rz 41.

der prozentuale Anteil des CTA-Transaktionsvolumens dadurch noch weiter sinkt. Da es sich bei der maximalen zulässigen DMIF von 0,44 % um einen Durchschnittswert handelt, besteht nach Ansicht des Sekretariats auch im Rahmen der EVR III genügend Spielraum, den Besonderheiten einzelner Transaktionsformen Rechnung zu tragen und für unterschiedliche Transaktionskategorien auch unterschiedliche Interchange Fees festzulegen.⁶¹ Dies spricht nach Ansicht des Sekretariats gegen das Bedürfnis von Visa, die Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA für die Berechnung der maximal zulässigen durchschnittlichen DMIF von 0,44 % nicht zu berücksichtigen.

51. Nicht plausibel erscheint dem Sekretariat und gemäss den Rückmeldungen auch dem Markt der *Vergleich* der von Visa vorgesehenen *Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA* auf der einen Seite mit den *Servicegebühren der Angebote der Drei-Parteien-Systeme* auf der anderen Seite, da bei den Gebühren eines Drei-Parteien-Systems sämtliche Kosten der Transaktion abgebildet werden, neben der Interchange Fee also beispielsweise auch Acquiring Service Fees und Scheme Fees. Die Interchange Fee stellt demnach nur einen Teil der gesamten Transaktionskosten dar. Würde eine Interchange Fee in der Höhe von [1,5–2] % freigegeben, lägen die Gesamtkosten einer Transaktion, die dann mit den Transaktionsgebühren der Drei-Parteien-Systeme verglichen werden müssten, (mutmasslich) erheblich darüber.

52. Die *Hinweise in der Meldung auf die Rechtslage im EU-Ausland* sind nach Ansicht des Sekretariats ebenfalls nicht zielführend, da betreffend die regulatorischen Ausgangslagen – wie bereits ausgeführt⁶² – bedeutende Unterschiede bestehen: Einerseits werden Interchange Fees durch die Interchange Fee-Verordnung der EU nur für Consumer Cards und nicht für Corporate- oder Business-Karten reguliert. Der Visa CTA fällt als B2B-Lösung in den in der EU nicht regulierten Bereich. Andererseits wurde dem Sekretariat von Seite der Händler mitgeteilt, dass in der EU ein Surcharging bei Transaktionen mit Commercial Cards weitgehend möglich sei.⁶³ Beides ist in der Schweiz nicht der Fall, da von der EVR III sämtliche Kreditkartenprodukte von Visa und von Mastercard erfasst werden, unabhängig davon, ob es sich um eine Consumer- oder eine Business-Lösung handelt. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, ist dies einer der Gründe, weshalb das Sekretariat eine höhere maximale DMIF zulässt als es in der EU der Fall ist. Das Surcharging-Verbot ist in der Schweiz mit dem Inkrafttreten der EVR III und der damit verbundenen Aufhebung des Verbots, in den Verträgen non discrimination-Klauseln («NDR-Klauseln») vorzusehen, aufgehoben worden. Die Card Schemes dürfen entsprechende Klauseln in ihren Verträgen nun wieder implementieren und tun dies auch. Wirkliche Verhandlungen über die Einführung von NDR-Klauseln zwischen den Card Schemes und den Acquirern als «Verbindungspunkt» zwischen Händlern und Card Schemes gibt es gemäss Aussagen der Händler nicht. In der Praxis machten die Card Schemes die Vorgaben, die von den Acquirern umgesetzt würden. Damit sei es den Händlern aufgrund der Vorgaben der Card Schemes nicht möglich, Zuschläge auf bestimmte, teurere Zahlungsmethoden zu erheben.

53. Nicht zuletzt wurden aus dem Markt Bedenken an das Sekretariat herangetragen, wonach die spezifische Ausnahme eines Produktes aus dem Geltungsbereich der EVR III betreffend die maximale durchschnittliche DMIF bei Card Schemes und Issuern einen Anreiz setzen dürfte, mit «kreativen Lösungen» die Regelungen der *EVR III zu umgehen zu versuchen*.⁶⁴

54. Dies entspricht nach Ansicht des Sekretariats nicht der Zielsetzung der EVR III, welche eine solide Grundlage bildet, um sämtliche kreditkartenbasierten Transaktionen von Visa und von Mastercard zu erfassen. Eine produktspezifische Ausnahmeregelung wäre damit nicht vereinbar und im Rahmen des bisher verfolgten Ansatzes der WEKO im Zusammenhang mit Interchange Fees ein absolutes Novum. Die bisher geschlossenen EVR I–III sind als Gesamtlösung aufgebaut. Sollen nun für einzelne Produkte spezifische Ausnahmen geschaffen werden, müssten die Vereinbarungen der EVR *in globo* überdacht werden, beispielsweise im Hinblick auf die Anwendung der Honour All Cards Rule, ein mögliches Verbot von NDR-Klauseln oder der Möglichkeit eines Surcharging durch die Händler.

D. Stellungnahme zu den Anträgen von Visa

55. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen nahm das Sekretariat zu den beiden in der Meldung formulierten Anträgen von Visa folgendermassen Stellung:

56. Dem *ersten Antrag* konnte das Sekretariat nicht nachkommen, da es nach dessen Ansicht weder aus den Ausführungen von Visa selbst noch aufgrund der Marktbefragung Anhaltspunkte dafür gab, wonach die Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA aus dem Geltungsbereich der EVR III ausgenommen werden müsste. Eine Nichtunterstellung unter die EVR III würde sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn mit dem Produkt von Visa gegenüber bestehenden, von der EVR III erfassten

⁶¹ Vgl. auch RPW 2015/2, 185 Rz 154, *KKDMIF II*.

⁶² Vgl. dazu oben Fn 15.

⁶³ Die EU-Regulierung verbietet den Händlern im Ergebnis, auf domesticen Transaktionen (d.h. innerhalb des EWR-Raums), die mittels Debit- oder Kreditkarten im B2C-Bereich getätigt werden, Surcharges zu erheben. Obwohl einige Aspekte des Surcharging-Verbots auch für den B2B-Bereich gelten, fallen insbesondere B2B-Transaktionen via (Business-)Debit- oder Kreditkarte nicht darunter; m. a. W. ist für derartige Transaktionen ein Surcharging grundsätzlich regulatorisch nicht untersagt. Die legislative Ausgangslage ist indes gerade umgekehrt: Surcharging ist den Händlern grundsätzlich erlaubt, allerdings besteht eine gewichtige Ausnahme insofern, als dass Händler keine Zuschläge erheben dürfen, wenn Zahlungsinstrumente verwendet werden, für welche Interchange Fees gemäss IFR reguliert sind (vgl. dazu Art. 62 (3) und (4) der Richtlinie [EU] 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung [EU] Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, Abl. L 337 vom 23. Dezember 2015).

⁶⁴ Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich Lodged-Lösungen aktuell zwar mehrheitlich noch auf den Geschäftsbereich beschränken, sich aber nach Angaben aus dem Markt grundsätzlich auch für den Einsatz in weiteren Bereichen eignen, in denen zentrale Zahlungslösungen und ein Informationsrückfluss wünschenswert sind (beispielsweise im Hinblick auf die Verwaltung zahlreicher Abonnemente im digitalen Bereich).

Produkten massgebliche Effizienzvorteile bei allen Beteiligten erzielt würden.⁶⁵ Dies ist vorliegend aber gerade nicht der Fall: Zwar könnte eine Lodged-Zahlungslösung besonders für Unternehmenskunden Effizienzvorteile bieten, je nachdem wie diese ihre Geschäftsreiseausgaben organisiert haben. Die Marktbefragung hat indes ergeben, dass die angedachte Lodged-Lösung von Visa im Vergleich mit einer Transaktion mittels einer traditionellen – physischen oder virtuellen – Business-Kreditkarte auf Seiten des Handels kaum Effizienzvorteile hervorzubringen vermag. Daher müssen die Interchange Fees für Transaktionen mit dem Visa CTA für die Berechnung der maximalen durchschnittlichen DMIF gemäss EVR III mitberücksichtigt werden.

57. Bei diesem Ausgang erübrigte sich der *zweite Antrag* von Visa, da für die maximale durchschnittliche DMIF für Transaktionen mit dem Visa CTA keine anderen Voraussetzungen gelten als für alle anderen kreditkartenbasierten Transaktionen. Solange sichergestellt ist, dass die maximale durchschnittliche DMIF gemäss EVR III auch unter Einbezug der Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA 0,44 % nicht überschritten wird, gibt es nach Ansicht des Sekretariats keinen Anlass, eine Untersuchung zu eröffnen. Da es sich bei der maximalen Interchange Fee gemäss EVR III um einen Durchschnittswert handelt, ist Visa in der konkreten Ausgestaltung der Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA frei und profitiere dabei davon, dass gemäss EVR III ein Surcharging untersagt werden darf und die Honour All Cards Rule gilt.

58. Am 22. Juli 2022 teilte das Sekretariat Visa mit, es werde gestützt auf diese Ergebnisse die Vorabklärung schliessen. Gleichzeitig wurde Visa darauf hingewiesen, dass das Sekretariat bei einer *Umsetzung des Projekts ausserhalb der EVR III aufgrund der damit verbundenen kartellrechtlichen Bedenken die Eröffnung einer Untersuchung beantragen werde*.

E. Weiterer Verlauf des Verfahrens

I. Reaktion von Visa auf die geplante Einstellung der Vorabklärung

59. Mit Schreiben vom 12. August 2022 nahm Visa Stellung zur geplanten Einstellung der Vorabklärung. Visa bedauerte, dass das Sekretariat Visa die aufgrund der Markbeobachtung entstandenen und formulierten Bedenken nicht mitgeteilt und Visa zur Stellungnahme eingeladen hatte, bevor es die Einstellung der Vorabklärung kommunizierte. In der Sache widersprach Visa der Einschätzung des Sekretariats nachdrücklich und bekräftigte, dass der Visa CTA⁶⁶ ein Produkt für einen Nischenmarkt sei, der derzeit von den Angeboten dreier Unternehmen beherrscht werde. Visa teilte weiter mit, sie sei überzeugt, dass der Visa CTA das Potenzial habe, mit Visa einen neuen Wettbewerber auf dem Markt einzuführen und so spürbare wettbewerbsfördernde Auswirkungen auf das VUCA-Marktsegment ausüben würde.

60. Nichtsdestotrotz nehme Visa die in der Einschätzung des Sekretariats formulierten Hauptbedenken zur Kenntnis, namentlich den Umstand, dass Händler im Rahmen der aktuellen Regeln des Schemes allenfalls nicht in der Lage sein könnten, die Annahme von VUCA zu verweigern. [...] Entsprechend bat Visa das Sekretariat, die

Vorabklärung vorerst pendent zu halten und keine Schritte im Hinblick auf eine Veröffentlichung der Einschätzung zu unternehmen, bevor Visa keine Optionen unterbreitet habe.

61. Mit Schreiben vom 16. August 2022 teilte das Sekretariat Visa mit, es *begrüsse die Anstrengungen von Visa, die Rahmenbedingungen für den Visa CTA zu überarbeiten*, um den Bedenken des Sekretariats Rechnung zu tragen und sicherte Visa zu, die Vorabklärung vorerst pendent zu halten und keine Schritte im Hinblick auf eine Publikation vorzunehmen.

II. Kommunikation der überarbeiteten Rahmenbedingungen des Projekts

62. Am 26. Januar 2023 informierte Visa das Sekretariat, sie habe das Projekt analysiert und gemeinsam mit ihrer Einführungspartnerin überprüft, wie am besten vorgegangen werden könne. Visa betonte erneut, wie schwierig es sei, ein Produkt für Firmenkarten einzuführen, wenn es denselben Interchange Fee-Sätzen unterworfen werde wie Konsumentenkarten. Zudem bestehe eine praktische Schwierigkeit darin, dass Visa selbst – anders als die Issuer und Acquirer – keine Partei der EVR III sei und dass die Interchange Fee-Sätze im Rahmen der EVR III von den Issuern und den Acquirern – und nicht den Schemes – festgelegt würden.

63. Nichtsdestotrotz habe Visa das *Projekt überarbeitet* und plane, nun Issuer und Acquirer über ihr neues VUCA/CTA-Produkt zu informieren, für welches Visa einen *separaten Interchange Fee-Satz von 0,95 %* festlegen wolle. Visa kläre noch ab, wie sichergestellt werden könne, dass selbst mit der hohen Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA sichergestellt werden könne, dass die maximal zulässige DMIF gemäss EVR III von 0,44 % nicht überschritten werde; eine Möglichkeit sehe Visa darin, den Satz für Transaktionen mit dem Visa CTA in das bereits bestehende Monitoring gemäss EVR III zu integrieren.

64. Vor diesem Hintergrund bat Visa das Sekretariat *erstens zu bestätigen*, dass es keine Untersuchung gegen Visa oder einen Issuer in Bezug auf VUCA/CTA einleiten werde, solange der Durchschnittssatz von 0,44 % im Rahmen der EVR III nicht überschritten werde. Zweitens ersuchte Visa das Sekretariat um Bestätigung, dass es damit einverstanden sei, den bestehenden Monitoring-Prozess anzupassen, damit auch Transaktionen mit dem Visa CTA erfasst werden.

⁶⁵ Diese Effizienzgewinne im Handel sind gemäss EVR III der Benchmark, an dem sich eine Interchange Fee messen muss. Im Grundsatz sagt die EVR III nichts weiter, als dass die multilateral festgelegte Interchange Fee als harte Preisabrede dann aufgrund von Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, wenn deren Festlegung an einen ökonomisch fundierten Benchmark gebunden wird. Diesen Benchmark bilden diejenigen Kosten, die der Handel bei einer Kartenzahlung im Vergleich mit der Akzeptanz einer Barzahlung vermeiden kann (RPW 2015/2, 183 ff. Rz 141 ff. sowie v.a. 185 Rz 152, *KKDMIF II*).

⁶⁶ Visa spricht im Schreiben lediglich von «VUCA» womit aber der Visa CTA gemeint sein dürfte.

III. Abschluss der Vorabklärung mit Anregungen im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG

65. Mit Schreiben vom 15. Februar 2023 nahm das Sekretariat Stellung zu den Ausführungen von Visa. Es sei ihm bewusst, dass Visa keine Partei der EVR III sei und sich somit nicht direkt zur Einhaltung der Vorgaben verpflichtet habe. Die Issuer und Acquirer, als Parteien der EVR III, seien jedoch eng an die Vorgaben der Card Schemes gebunden. Deshalb *komme der EVR III auch für die Card Schemes eine entscheidende Bedeutung zu. Die Card Schemes hätten massgeblichen Einfluss auf die Interchange Fee-Sätze*, selbst wenn diese formal zwischen den Issuern und den Acquirern verhandelt würden. Visa verfüge über ausreichende und geeignete Gestaltungsmöglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Issuer und Acquirer die Vorgaben der EVR III auch im Hinblick auf Transaktionen mit dem Visa CTA einhalten.

66. Weiter hielt das Sekretariat fest, es habe Visa bereits mit Schreiben vom 22. Juli 2022 mitgeteilt, dass es keinen Anlass sehe, auf die Eröffnung einer Untersuchung hinzuwirken, solange die maximal zulässige durchschnittliche DMIF von 0,44 % gemäss EVR III auch unter Einbezug der Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA nicht überschritten werde, was das Sekretariat deshalb erneut explizit bestätigte.

67. Dies müsse aber *verifiziert* werden können. Dies betreffe einerseits die Prüfung, ob die maximal zulässige durchschnittliche DMIF von 0,44 % eingehalten ist. In dieser Hinsicht überzeuge der Vorschlag von Visa, Transaktionen mit dem Visa CTA in das bestehende Monitoring betreffend Transaktionen mit Visa-Kreditkartenprodukten aufzunehmen. Andererseits gälten auch die übrigen Vorgaben der EVR III für Transaktionen mit dem Visa CTA. Insbesondere sei auch hinsichtlich der DMIF für Transaktionen mit dem Visa CTA Transparenz gemäss Ziff. III. der EVR III zu schaffen.

68. Aus diesen Gründen habe Visa die nachfolgenden *zwei Zusagen* abzugeben:

- *«Visa stellt sicher, dass die konkret angewendeten Interchange Fee-Sätze für Transaktionen mit dem Visa CTA sowie die dazugehörigen Transaktionsvolumina der einzelnen Issuer in das Reporting für das unabhängige Prüfungsunternehmen entsprechend den Vorgaben von Ziff. 1. c3. der EVR III aufgenommen werden. Dabei sind die Transaktionen mit dem Visa CTA als separate Transaktionskategorie zusätzlich anzugeben. Visa beteiligt sich anteilmässig an den dadurch verursachten Kosten.»*
- *«Visa sorgt dafür, dass der zur Anwendung gelangende Interchange Fee-Satz für Transaktionen mit dem Visa CTA jederzeit im Internet öffentlich einsehbar ist.»*

69. Dabei handle es sich nicht um «neue Verpflichtungen», sondern um solche, die sich – zumindest für die Issuer und Acquirer – bereits aus der EVR III ergäben. Durch die Lancierung des Visa CTA als neues Produkt, das ebenfalls in den Anwendungsbereich der EVR III fällt, würden diese Vorgaben automatisch auf Transaktionen mit dem Visa CTA ausgedehnt

70. Wie bereits in der Vergangenheit – beispielsweise im Schlussbericht des Sekretariats i.S. DMIF für das Debitkartensystem V PAY⁶⁷ und seiner Ergänzung – würden die beiden obengenannten Zusagen von Visa als *Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG* formuliert. Anders als in den früheren Verfahren müsse hingegen kein spezieller «Safe Harbor» für Interchange Fees betreffend Transaktionen mit dem Visa CTA definiert werden, da Visa zusichere, sämtliche Vorgaben der EVR III vollständig einzuhalten. Der «Safe Harbor» werde vorliegend durch die EVR III bereits etabliert.

71. Das Sekretariat sei deshalb der Ansicht, dass die vorliegende Vorabklärung aufgrund der Anpassung des Projekts im Vergleich mit dem ursprünglich gemeldeten Vorhaben mit Anregungen im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG abgeschlossen werden könne, sofern Visa die beiden obengenannten Zusicherungen abgebe.

72. Mit Schreiben vom 3. April 2023 hielt Visa fest, das Sekretariat habe bestätigt, es werde keine Untersuchung gegen Visa oder einen Issuer einleiten, wenn diese den Visa CTA einführen, auch wenn die Interchange Fees für dieses Produkt höher sind, sofern die durchschnittliche DMIF von 0,44 % nicht überschritten wird.

73. Darüber hinaus stimmte Visa dem vom Sekretariat vorgeschlagenen Ansatz zu, das Verfahren mit Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG abzuschliessen. Visa sei *bereit zu bestätigen*, die vom Sekretariat genannten *Bedingungen* zu gewährleisten, soweit diese *in ihrem Einflussbereich* lägen. Insbesondere erkläre sich Visa bereit zu bestätigen, den Interchange Fee-Satz für Transaktionen mit dem Visa CTA auf ihrer Webseite zu veröffentlichen.

74. Hingegen könne Visa nicht gewährleisten, dass die Melde- und Monitoringpflichten der Issuer für den Visa CTA tatsächlich auch wahrgenommen würden. Visa sei nicht Partei der EVR III und habe deshalb keinen Einfluss auf die Issuer. Ebenso wenig habe Visa Einfluss auf das Unternehmen, an welches rapportiert werden müsse; dieses sei vom Sekretariat mandatiert. Visa schlage deshalb vor, die Meldepflichten im Zusammenhang mit dem Visa CTA denjenigen Issuern aufzuerlegen, welche sich für die Einführung dieses Produkts entscheiden. Folglich wären dann auch die zusätzlichen Kosten⁶⁸ nicht von Visa zu tragen, sondern von den Issuern. Diesen Ansatz werde Visa nach besten Kräften unterstützen.

75. Mit Schreiben vom 28. Juni 2023 präzisierte das Sekretariat die von Visa wiedergegebene Zusicherung des Sekretariats, dahingehend, dass das Sekretariat zwar zugesichert habe und weiterhin zusichere, *nicht auf die Eröffnung einer Untersuchung hinzuwirken*, solange Visa

⁶⁷ RPW 2009/2 122 ff., Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY.

⁶⁸ Visa sei in einem informellen Gespräch vom unabhängigen Prüfungsunternehmen bestätigt worden, dass die Aufnahme des CTA in das bestehende Monitoring lediglich minimale initiale und maximal vernachlässigbare laufende Kosten verursachen werde.

und die Issuer für Interchange Fees für Transaktionen mit dem Visa CTA *sämtliche Vorgaben EVR III* einhielten. Demgegenüber sei es dem Sekretariat *nicht möglich zu garantieren, dass tatsächlich keine Untersuchung geführt wird*, da die WEKO oder das Eidgenössische Departement für Wissenschaft, Bildung und Forschung das Sekretariat nach wie vor beauftragen könnten, eine entsprechende Untersuchung durchzuführen.

76. Im Hinblick auf das notwendige Reporting hielt das Sekretariat fest, es sei letztendlich unerheblich, von welchen Unternehmen die Daten an das Prüfungsunternehmen geliefert würden, solange ein *lückenloses Monitoring* erfolge. Es sei zwar nachvollziehbar, dass Visa nicht die Verantwortung für das Verhalten von Dritten übernehmen wolle. Allerdings sei es dem Sekretariat auch nicht möglich, den Issuern entsprechende Pflichten direkt aufzuerlegen. Die Reportingpflichten in der EVR III seien aber offen genug formuliert, dass Meldepflichten im Zusammenhang mit dem CTA ebenfalls darunter subsumiert werden könnten. Darüber müssten die Issuer aber informiert werden, was das Sekretariats nicht tun könne, zumal das Sekretariat vorab gar keine Kenntnis habe, welche Issuer einen Visa CTA herausgeben würden. Nach Ansicht des Sekretariats sei es die Aufgabe von Visa, dies ihren CTA-Issuern direkt im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu kommunizieren und die Reportingpflicht gegenüber dem Prüfungsunternehmen als vertragliche Verpflichtung des Issuers gegenüber Visa in den CTA-Issuer-Verträgen zu konkretisieren.

77. Deshalb sehe sich das Sekretariat *ausserstande, auf die von Visa verlangte Zusicherung zurückzukommen*. Es erachte die Zusage aber grundsätzlich als erfüllt, solange Visa garantiere, die CTA-Issuer über die bestehenden Reportingpflichten im Zusammenhang mit Transaktionen mit dem Visa CTA in Kenntnis zu setzen, und dies Eingang in die CTA-Issuer-Verträge finde, was aber beispielsweise auch über General Terms and Conditions oder direkt die Scheme Rules erfolgen könne. Das Sekretariat behielt sich aber vor, Visa selbst zu Einlieferung der Daten anzuhalten, sollte sich zeigen, dass die Issuer ihren Pflichten trotz Verpflichtung in den Verträgen nicht nachkommen. Im Gegenzug und in der Erwartung, wonach der Abschluss des Verfahrens unmittelbar bevorstehe erklärte sich das Sekretariat bereit, auf die von Visa eingeforderte Zusage, sich an den Kosten zu beteiligen, zu verzichten.

78. Die erste von Visa verlangte Zusage wurde deshalb umformuliert:

- *«Visa stellt sicher, dass die konkret angewendeten Interchange Fee-Sätze für Transaktionen mit dem Visa CTA sowie die dazugehörigen Transaktionsvolumina der einzelnen Issuer in das Reporting für das unabhängige Prüfungsunternehmen entsprechend den Vorgaben von Ziff. 1. c3. der EVR III aufgenommen werden. Dabei sind die Transaktionen mit dem Visa CTA als separate Transaktionskategorie zusätzlich anzugeben.»*

79. Mit Schreiben vom 14. August 2023 teilte Visa dem Sekretariat mit, sie beabsichtige ihre Product Rules zu aktualisieren, um den Issuern zu erläutern, dass sie ihr CTA-Volumen an den zuständigen Auditor zu melden hätten.

Der Wortlaut sei noch nicht abschliessend festgelegt, werde aber voraussichtlich wie folgt lauten:

«In the Europe region (Switzerland): Issuers must ensure their CTA volumes are reported to the appointed Swiss regulatory auditors if they wish to benefit from the domestic CTA interchange rate.»

80. Visa werde diese Regelung voraussichtlich im September 2023 kommunizieren; die technische Implementierung erfolge voraussichtlich bis Ende April 2024. Damit werde das Anliegen des Sekretariats, dass die Issuer Visa CTA-Transaktionen als separate Transaktionskategorie direkt an das Prüfungsunternehmen rapportieren, erfüllt. Visa könne in diesem Zusammenhang folgende Zusage abgeben:

«Visa ergänzt die Europe Rules um die Regel, dass CTA-Transaktionen durch Issuer als separate Transaktionskategorie an das von der Wettbewerbskommission gemäss EVR III beauftragte Revisionsunternehmen gemeldet werden müssen.»

81. Am 7. Februar 2024 gelangte das Sekretariat mit einem Schreiben an Visa, in welchem es festhielt, es habe festgestellt, dass die UBS im Internet eine «UBS Visa Lodge Card» bewerbe. Es gehe deshalb davon aus, dass die von Visa im Schreiben vom 14. August 2023 angekündigten Anpassungen an den Product Rules in der Zwischenzeit vorgenommen worden seien und der kommerzielle Rollout für den [...] Visa Central Travel Account stattgefunden habe. Den damals im Internet einsehbaren Visa Core Rules and Visa Product and Service Rules vom 14. Oktober 2023 (Stand vom 21. Dezember 2023) habe man die von Visa erwähnte Formulierung betreffend CTA-Interchange Fees allerdings noch nicht entnehmen können. Visa wurde deshalb gebeten, dem Sekretariat mitzuteilen, ob die vorgesehene CTA-spezifische Formulierung bereits in die Regularien von Visa aufgenommen worden sind und, falls ja, dem Sekretariat eine Version der einschlägigen Passagen zukommen zu lassen.

82. Betreffend die geplante Anpassung der Product Rules teilte das Sekretariat Visa mit, es begrüsse die Anpassung der Product Rules dahingehend, dass die Issuer darüber informiert würden, dass diese ihre CTA-Volumen dem zuständigen Auditor zu melden haben. Im Hinblick auf die von Visa im Schreiben vom 14. August 2023 formulierte Zusage führte das Sekretariat aus, damit seien die Anliegen des Sekretariats grundsätzlich ausreichend adressiert. Hingegen schlug das Sekretariat vor, sich im Hinblick auf die konkrete Formulierung am Wortlaut der EVR III zu orientieren oder die vorgesehene Formulierung in den Product Rules um eine Verweisung auf die entsprechende Verpflichtung aus der EVR III zu ergänzen.

83. Abschliessend stellte das Sekretariat Visa die Frage, ob die ersten Daten im Zusammenhang mit Interchange Fees für Transaktionen mit Visa CTA bereits Teil des Reportings der Issuer für das Jahr 2023 sein werden. Dies, da Visa selbst ausführte, die technische Implementierung der neuen Regelung werde voraussichtlich bis April 2024 erfolgen und die Issuer ihre Daten gemäss EVR III jeweils bis am 1. April an das Prüfungsunternehmen zu liefern haben.

84. Von Visa erfolgte bis heute keine Reaktion auf dieses Schreiben. Allerdings hat das Sekretariat festgestellt, dass Visa die Visa Core Rules and Visa Product and Service Rules per 13. April 2024 um folgende Passage ergänzt hat:

«In the Europe Region (Switzerland): In addition, Issuers must ensure their Central Travel Account (CTA) volumes are reported to the appointed Swiss regulatory auditors if they wish to benefit from the domestic CTA Interchange rate.»

85. Weiter konnte verifiziert werden, dass der für Transaktionen mit dem Visa CTA zur Anwendung gelangende Interchange Fee-Satz im Internet publiziert ist.⁶⁹

86. Zudem enthielt das jährliche Reporting des unabhängigen Prüfungsunternehmens an das Sekretariat gemäss EVR III für das Jahr 2023 bereits erste Daten zu Interchange Fees im Zusammenhang mit Transaktionen mit dem Visa CTA. Das Sekretariat geht deshalb davon aus, dass die CTA-Issuer ihren Reportingpflichten nachkommen.

F. Anregungen des Sekretariats gemäss Art. 26 Abs. 2 KG für die Einführung des Visa CTA

87. Gemäss Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Solche Massnahmen können beispielsweise dann angezeigt sein, wenn Unternehmen ein bestimmtes Vorhaben nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zwar gemeldet, aber noch nicht umgesetzt haben, und sich im Rahmen der summarischen Sachverhaltsabklärung ernsthafte Anhaltspunkte für eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung ergeben.⁷⁰

88. Aufgrund der Eröffnung einer Vorabklärung in dieser Angelegenheit bleibt die Sanktionsdrohung bei einer Umsetzung des Vorhabens ausserhalb des Geltungsberichts der EVR III grundsätzlich bestehen. Interchange Fees wurden bisher in der Praxis der Wettbewerbsbehörden jeweils als horizontale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert. In ihrer jüngeren Praxis haben die Wettbewerbsbehörden erwogen, dass Interchange Fees unter einem horizontalen oder einem vertikalen Blickwinkel analysiert werden können.⁷¹ Im vertikalen Verhältnis können unilateral von den Card Schemes vorgegebene Interchange Fees Abreden über Mindest- und Festpreise (Preisbindungen zweiter Hand) gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen.⁷² Diese Wettbewerbsabreden betreffend Interchange Fees können aber aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein, insbesondere, wenn die Höhe der Interchange Fee durch ein objektives Verfahren festgelegt wird, namentlich wenn sämtliche Vorgaben der EVR III eingehalten werden.⁷³

89. Die Marktbefragung hat gezeigt, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, die Interchange Fees auf Transaktionen mit dem Visa CTA anders zu behandeln als übrige Kreditkartentransaktionen in einem Vier-Parteien-System. Insbesondere sieht das Sekretariat weder Anlass noch Notwendigkeit, die auf Transaktionen mit dem Visa CTA erhobenen Interchange-Sätze aus dem Geltungsberichts der EVR III auszunehmen.

90. Solange Visa für den Visa CTA sämtliche Vorgaben der EVR III respektiert, sieht das Sekretariat keine Notwendigkeit, auf die Eröffnung einer Untersuchung gegen einen CTA-Issuer oder Visa selbst hinzuwirken. Dies gilt selbst dann, wenn Visa den Interchange Fee-Satz für Transaktionen mit dem Visa CTA verhältnismässig hoch ansetzt, solange die maximal zulässige durchschnittliche DMIF von 0,44 % gemäss EVR III nicht überschritten wird:

91. Visa und das Sekretariat haben eruiert, unter welchen Voraussetzungen dies sichergestellt werden kann. Das Sekretariat regt an deshalb Folgendes an:

- *Visa stellt sicher, dass die konkret angewendeten Interchange Fee-Sätze für Transaktionen mit dem Visa CTA sowie die dazugehörigen Transaktionsvolumina der einzelnen Issuer in das Reporting für das unabhängige Prüfungsunternehmen entsprechend den Vorgaben von Ziff. 1. c3. der EVR III aufgenommen werden. Dabei sind die Transaktionen mit dem Visa CTA als separate Transaktionskategorie zusätzlich anzugeben.*
- *Visa sorgt dafür, dass der zur Anwendung gelangende Interchange Fee-Satz für Transaktionen mit dem Visa CTA jederzeit im Internet öffentlich einsehbar ist.*

92. Betreffend beide Voraussetzungen konnte mit Visa eine Einigung erzielt werden. Visa hat dem Sekretariat zugesichert, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen und dies mittlerweile – soweit ersichtlich – auch umgesetzt.

G. Kosten

93. Gestützt auf Art. 53a KG und Art. 1 GebV-KG⁷⁴ erhebt das Sekretariat für gewisse seiner Tätigkeiten Gebühren. Darunter fallen gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG sowie Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Bst. b GebV-KG insbesondere der Erlass von Verfügungen über die Untersuchung von

⁶⁹ Einsehbar unter: <https://www.visa.ie/about-visa/visa-in-europe/fees-and-interchange.html> > Switzerland Interchange Fees.

⁷⁰ RPW 2017/4, 554 f. Rz 97, *Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

⁷¹ Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 13 und 101; RPW 2012/4, 787 f. Rz 200 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*. Vgl. ferner oben Rz 9.

⁷² Darüber hinaus haben die Wettbewerbsbehörden erwogen, die kartellrechtliche Problematik von unilateral von den Card Schemes vorgegebenen Interchange Fees aufgrund einer möglichen marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung der Card Schemes im Rahmen von Art. 7 KG aufzugreifen (vgl. Verfügung in Sachen Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard (Fn 18), Rz 211 ff.; RPW 2012/4, 799 ff. Rz 312 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*).

⁷³ Vgl. dazu z.B. die Verfügung der WEKO vom 25.9.2023 i.S. Interchange Fees für Debitkarten von Visa, Vorsorgliche Massnahmen, Rz 19 ff., (verfügbar unter: www.weko.admin.ch) > Praxis > Entscheide).

⁷⁴ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

94. Vorliegend ersuchte Visa das Sekretariat im Rahmen einer Meldung im Widerspruchsverfahren um kartellrechtliche Beurteilung ihres Vorhabens. Für diese erste Phase des Verfahrens sind damit gestützt auf Art. 1 Abs. 1 Bst. b GebV-KG Gebühren zu erheben. Bei der Analyse des gemeldeten Sachverhalts gelangte das Sekretariat zum Ergebnis, dass ein Kartellrechtsverstoss *prima facie* nicht ausgeschlossen werden kann und eröffnete aus diesem Grund eine Vorabklärung. Für Vorabklärungen sind gestützt auf Art. 1 Abs. 1 Bst. a GebV-KG ebenfalls Gebühren zu erheben. Eine Befreiung von der Gebühr kommt vorliegend nicht in Betracht, da sich im Rahmen der Vorabklärung Hinweise für eine unzulässige Wettbewerbsabrede ergaben. Auf die Eröffnung einer Untersuchung kann vorliegend hingegen aufgrund der Anregungen des Sekretariats und der Zusagen von Visa verzichtet werden. Aus diesem Grund bleiben die Tätigkeiten des Sekretariats im Rahmen der Vorabklärung gebührenpflichtig, selbst wenn die Vorabklärung im Ergebnis ohne Folgen eingestellt wird.

95. Gemäss Art. 4 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt. Im vorliegenden Fall beträgt der Stundenansatz zwischen 130 Franken und 290 Franken. Der Zeitaufwand betrug total [...] Stunden, davon [...] Stunden zu einem Stundenansatz von 130 Franken, [...] Stunden zu einem Stundenansatz von 200 Franken sowie [...] Stunden zu einem Stundenansatz von 290 Franken. Daraus resultiert ein Rechnungsbetrag von [...] Franken.

H. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei der Umsetzung des ursprünglich gemeldeten Projekts eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Die Interchange Fee für Transaktionen mit dem Visa CTA könnte unter Umständen aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein, wenn sie sämtliche Vorgaben der

EVR III respektiert. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

2. verzichtet darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gegen Visa oder einen CTA-Issuer zu eröffnen, solange Visa – wie mit dem Sekretariat vereinbart – auch für Interchange Fees im Zusammenhang mit Transaktionen mit dem Visa CTA sämtliche Vorgaben der EVR III respektiert sowie sich an ihre Zusagen in den Schreiben vom 3. April 2023 und vom 14. August 2023 hält. Namentlich:
 - a) Visa ergänzt die Europe Rules um die Regel, dass CTA-Transaktionen durch Issuer als separate Transaktionskategorie an das von der Wettbewerbskommission gemäss EVR III beauftragte Revisionsunternehmen gemeldet werden müssen.
 - b) Visa sorgt dafür, dass der zur Anwendung gelangende Interchange Fee-Satz für Transaktionen mit dem Visa CTA jederzeit im Internet öffentlich einsehbar ist.
3. nimmt zur Kenntnis, dass Visa per 13. April 2024 Section 4.13.1.9 der Visa Core Rules and Visa Product and Service Rules angepasst hat und die CTA-Issuer damit über ihre Verpflichtung, auch betreffend Interchange Fees im Zusammenhang mit Transaktionen mit dem Visa CTA gegenüber dem externen Auditor Rechenschaft abzulegen, informiert sind.
4. nimmt zu Kenntnis, dass der für Transaktionen mit dem Central Travel Account zur Anwendung gelangende Interchange Fee-Satz im Internet publiziert und einsehbar ist.
5. nimmt zur Kenntnis, dass das Reporting des Prüfungsunternehmens für das Jahr 2023 bereits Daten für die Interchange Fees im Zusammenhang mit dem Visa CTA enthält.
6. erhebt Verfahrenskosten von [...] Franken.
7. beschliesst, die Ergebnisse dieser Vorabklärung zu publizieren.

B 1.1	3. Lohnabsprachen

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 27. Juni 2024 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Lohnabsprachen wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Ausgangspunkt der vorliegenden Vorabklärung gemäss Art. 26 KG¹ war eine Bonusmeldung einer Schweizerischen Bank (nachfolgend: Bonusmelderin [...]), die dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) mit Datum vom [...] eingereicht wurde. Gemäss dieser Bonusmeldung hat zwischen Unternehmen der Schweizer Finanzbranche und in geringerem Umfang auch mit Unternehmen anderer Branchen ein regelmässiger Informationsaustausch betreffend Saläre und Salärbestandteile, grösstenteils von Lernenden, Praktikantinnen und Praktikanten, Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern und Studienabgängerinnen und Studienabgängern (zusammen «Young Talents» genannt), stattgefunden.

2. Im Anschluss an die Veröffentlichung der Medienmitteilung im Zusammenhang mit der Vorabklärung 22-0515: Lohnabsprachen im Bankenbereich (vgl. zur Medienmitteilung Rz 5 hiernach) sind beim Sekretariat verschiedene Bonusmeldungen weiterer Unternehmen eingegangen (vgl. nachfolgend Rz 6). Diese Bonusmeldungen enthalten im Vergleich zur Bonusmeldung der Bonusmelderin [...] neue Sachverhalte. Insbesondere beschränken sich die neu gemeldeten Sachverhalte nicht auf den Finanzsektor und die Informationsaustausche betreffen nicht hauptsächlich Young Talents. Sämtliche Bonusmeldungen, die Bezug auf die eröffnete Vorabklärung nehmen, werden im vorliegenden Schlussbericht «Lohnabsprachen» behandelt. Aus diesem Grund beschränkt sich die vorliegende Vorabklärung, entgegen den Ausführungen in der Medienmitteilung des Sekretariats, nicht ausschliesslich auf den Bankensektor und nicht auf Löhne von Lernenden und Berufseinsteigenden. Die vorliegende Vorabklärung beinhaltet also auch andere Branchen und Löhne und Lohnnebenleistungen von Angestellten ausserhalb der Gruppe der Young Talents.

3. In der vorliegenden Vorabklärung wird geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Informationsaustausche zwischen Unternehmen der Schweizerischen Finanzbranche und weiterer Branchen sowie branchenübergreifend über Löhne und Lohnbestandteile unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 KG darstellen.

A.2 Verfahren

4. Basierend auf der Bonusmeldung vom [...]², welche die Bonusmelderin [...] mit Eingaben vom [...]³, [...]⁴ und [...]⁵ ergänzte, eröffnete das Sekretariat gestützt auf Art. 26 KG am 1. Dezember 2022 die Vorabklärung «Lohnabsprachen im Bankenbereich» gegen 34 Bankinstitute in

sechs Deutschschweizer Regionen und liess den Adressatinnen der Vorabklärung⁶, inkl. der Bonusmelderin [...]⁷, einen Fragebogen zur Beantwortung zukommen.

5. Am 5. Dezember 2022 informierte das Sekretariat die Öffentlichkeit mit einer Medienmitteilung, dass der Arbeitsmarkt im Bankensektor im Rahmen einer Vorabklärung untersucht werde.⁸

6. Zwischen dem [...] und dem [...] haben [...] weitere Banken sowie [...] nicht in der Finanzbranche tätige [...] Marker zum Einreichen einer Bonusmeldung gesetzt. Die Bonusmeldungen sind im Anschluss wie folgt beim Sekretariat eingegangen:

- am [...] von der Bonusmelderin [...]⁹ (bestätigt den Marker vom [...]),
- am [...] von der Bonusmelderin [...]¹⁰ (bestätigt den Marker vom [...]; Ergänzungen vom [...]¹¹ und vom [...]¹²),
- am [...] von der Bonusmelderin [...]¹³ (bestätigt den Marker vom [...]; Ergänzung vom [...]¹⁴),
- am [...] von der Bonusmelderin [...]¹⁵ (bestätigt den Marker vom [...]; Ergänzungen vom [...]¹⁶ und [...]¹⁷),
- am [...] von der Bonusmelderin [...]¹⁸ (bestätigt den Marker vom [...]),
- am [...] reichte die Bonusmelderin [...] eine von der Bonusmeldung vom [...] unabhängige zweite Bonusmeldung ein¹⁹ (bestätigt den Marker vom [...]), welche sie mit Datum vom [...]²⁰ ergänzte,

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

² Act. [...].

³ Act. [...].

⁴ Act. [...].

⁵ Act. [...].

⁶ Act. [...].

⁷ Act. [...].

⁸ Vgl. Medieninformation «Das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor»: <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-92044.html>> (2.4.2024).

⁹ Act. [...].

¹⁰ Act. [...].

¹¹ Act. [...].

¹² Act. [...].

¹³ Act. [...].

¹⁴ Act. [...].

¹⁵ Act. [...].

¹⁶ Act. [...].

¹⁷ Act. [...].

¹⁸ Act. [...].

¹⁹ Act. [...].

²⁰ Act. [...].

- am [...] ²¹ (bestätigt den Marker vom [...]; Ergänzung vom [...] ²²) und am [...] ²³ (bestätigt den Marker vom [...]; Ergänzung vom [...] ²⁴) von der Bonusmelderin [...].

7. Mit Blick auf die vorliegende Vorabklärung beauftragten die Basler Bankenvereinigung, der Zürcher Bankenverband und der Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz Prof. Dr. Philipp Zurkinden und Rechtsanwalt Bernhard Lauterburg, Prager Dreifuss AG, mit der Erstellung eines Gutachtens, in dem Fragen der Auftraggeberinnen zu dieser Vorabklärung zu beantworten waren.²⁵ Die drei Auftraggeberinnen veröffentlichten das Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG je auf ihrer Homepage.²⁶ Mit Schreiben vom 17. Februar 2023 reichte die Basler Bankenvereinigung eine Kopie dieses Gutachtens ZURKINDEN/LAUTERBURG dem Sekretariat ein.²⁷

8. Die Verfahrensbeteiligten beantworteten, innert teilweise erstreckter Frist, die Fragen gemäss zugestellten Fragebögen.

A.3 Wesentliche Erkenntnisse der Vorabklärung

A.3.1 Überblick

9. Die nachfolgend unter diesem Titel ausgeführten wesentlichen Erkenntnisse zum Sachverhalt basieren einerseits auf den eingereichten Bonusmeldungen sowie den Antworten auf die Fragebögen und andererseits auf eigenen Recherchen des Sekretariats zu den Arbeitsmärkten und dem Schweizer System der Beruflichen Grundbildung insgesamt sowie auf rechtsvergleichende Erwägungen.

10. Die wesentlichen Erkenntnisse lassen sich überblicksweise folgendermassen zusammenfassen:

11. Auf verschiedenen Bankenplätzen in der ganzen Schweiz waren insbesondere die Anstellungsbedingungen (namentlich Löhne und Lohnnebenleistungen) von Lernenden und Berufseinsteigenden sowie Mittelschulpraktikantinnen und Mittelschulpraktikanten und Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten Gegenstand eines umfassenden Informationsaustausches. Die Austausche fanden jeweils über mehrere Jahre statt und sind für die einzelnen Bankenplätze mindestens ab dem Jahr 2015 belegt.

12. Hauptsächlich unter sämtlichen Kantonalbanken, aber auch auf dem Bankenplatz Basel im Rahmen der Personalkommission der Basler Bankenvereinigung fanden zusätzlich Austausche über anstehende Lohnentwicklungen für sämtliche Bankmitarbeitende statt. Dokumentiert sind die Personalleitersitzungen der Kantonalbanken ab dem Jahr 2010 und die Sitzungen der Personalkommission der Basler Bankenvereinigung ab dem Jahr 2013. Daneben fanden mindestens seit dem Jahr 2017 unter verschiedenen Banken auch bi- und multilaterale Informationsaustausche auf elektronischem und persönlichem Weg zu weiteren Themen des Personalwesens statt.

13. Die Akten zeigen zudem, dass sich die Informationsaustausche zu lohnrelevanten Themen nicht auf Banken beschränkten. Branchenübergreifende Austausche fanden u.a. im Raum Zürich – so in einem Gefäss gebildet von grösseren KV-Lehrbetrieben (Austausch von

lohnrelevanten Informationen seit mindestens 2011) oder in einem Gefäss «Erfahrungsaustausch Netzwerk» – und Raum Basel über die Basler Gesellschaft für Personalmanagement und ihre Fokusgruppe Workshop Compensation statt. Im «Erfahrungsaustausch Netzwerk» wie auch in der Basler Gesellschaft für Personalmanagement wurden lohnrelevante Informationen mindestens seit dem Jahr 2015 ausgetauscht.

14. Branchenübergreifend wurden namentlich Informationen zu Löhnen (Lernende, [Hochschul-]Praktikantinnen und Praktikanten, Lehrabgängerinnen und Lehrabgänger, studentische Hilfskräfte) sowie zu Lohnentwicklungen nach Abschluss, Lohnnebenleistungen, allgemeinen Entwicklungen der Vergütungen der Mitarbeitenden und Lohnnebenleistungen ausgetauscht und geteilt.

15. Informationen zu Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden und Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten sowie Spesenpauschalen von Kadermitarbeitenden wurden auch innerhalb der «[...]» und deren Vorgängerorganisation «[...]» ausgetauscht. Mitglieder waren u.a. [...], [...], [...] und [...] sowie der [...] und [...]. Die Austausche erfolgten in den Jahren 2005 bis 2022.

16. Schliesslich konnten Austausche innerhalb von verschiedenen internationalen Netzwerken von Unternehmen erkannt werden. Innerhalb einer Erfahrungsaustauschgruppe von multinationalen Unternehmen wurden neben Informationen zu Benefits (insbesondere für entsendete Mitarbeitende) auch Informationen über zukünftige Lohnentwicklungen ausgetauscht. In der [...]branche existiert eine Vereinigung der HR-Verantwortlichen. Im Rahmen dieser Vereinigung wurden mindestens ab dem Jahr 2014 namentlich Umfragen zu Lohnnebenleistungen gemacht.

17. Die einzelnen festgestellten Informationsaustausche werden in den nachfolgenden Kapiteln A.3.5 bis A.3.10 detaillierter beschrieben.

18. Die eigenen Recherchen beleuchten einleitend sogleich das Institut des Gesamtarbeitsvertrags und analysieren die für die Bankenbranche bestehende «Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten». Weiter findet eine Auseinandersetzung mit dem Bildungssystem Schweiz und dessen Eigenschaften statt. Abschliessend wird noch die internationale Entwicklung im Arbeitskartellrecht überblicksweise beleuchtet.

²¹ Act. [...].

²² Act. [...].

²³ Act. [...].

²⁴ Act. [...].

²⁵ Act. [...].

²⁶ ZURKINDEN/LAUTERBURG, Gutachten «Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend mutmassliche Lohnabsprachen im Bankenbereich» vom 12.1.2023 (nachfolgend: Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG).

²⁷ Vgl. Veröffentlichung der Basler Bankenvereinigung: <<https://bankenbasel.ch/gutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende-bei-der-berufslehre/>> (letztmals besucht am 2. April 2024); Veröffentlichung des Zürcher Bankenverbands: <<https://zuercher-bankenverband.ch/weko-voruntersuchung-im-lohnbereich-rechtsgutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende/>> (letztmals besucht am 2. April 2024); Veröffentlichung des Arbeitgeberverbands der Banken in der Schweiz: <<https://www.arbeitgeber-banken.ch/themen/weko-voruntersuchung-im-lohnbereich-rechtsgutachten-stuetzt-vorgehen-der-banken-und-bankenverbaende/>> (2.4.2024).

A.3.2 Gesamtarbeitsvertrag (GAV)

19. Gesamtarbeitsverträge und deren Allgemeinverbindlichkeitserklärungen sind wichtige Pfeiler der arbeitsrechtlichen Sozialpartnerschaft und dienen der Erhaltung des sozialen Friedens. Gesamtarbeitsverträge bieten eine grosse Flexibilität in der Beziehung zwischen den Sozialpartnern und erlauben in den einzelnen Verträgen eine Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse jedes Berufes, jeder Wirtschaftsbranche oder jedes wirtschaftlichen Sektors. Es besteht der gesellschaftliche Konsens, dass das Ordnungssystem der Gesamtarbeitsverträge ein wichtiges Mittel gegen Lohn- und Sozialdumping ist sowie wohlfördernd wirkt.

20. Aus gesetzlicher Sicht ist ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ein Vertrag zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden und Arbeitnehmerverbänden zur Regelung der Arbeitsbedingungen und des Verhältnisses zwischen den GAV-Parteien und Sozialpartnern. Die gesetzliche Regelung findet sich in den Art. 356 bis 358 OR²⁸. Der GAV beinhaltet häufig Bestimmungen über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags (sog. normative Bestimmungen). Als Gegenstand solcher normativen Bestimmungen gelten u.a. Lohn, 13. Monatslohn, Entschädigungen, Lohnfortzahlung bei Verhinderung wegen Krankheit, Mutterschaft oder Militärdienst, Ferien, Arbeitszeitsvorschriften sowie Erweiterung des Kündigungsschutzes. Auf Verlangen aller Vertragsparteien kann ein GAV allgemeinverbindlich erklärt werden mit der Wirkung, dass der Geltungsbereich auf alle Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie Arbeitnehmende (auch auf die nicht-organisierten) eines Wirtschaftszweiges oder eines Berufes ausgeweitet wird.²⁹

21. Aus der gesetzlichen Definition von Art. 356 Abs. 1 OR ergibt sich, dass die Tariffähigkeit – d.h., die Fähigkeit einen GAV abzuschliessen – auf Arbeitnehmerseite auf Koalitionen (Gewerkschaften oder Arbeitnehmerverbände) beschränkt ist, während auf Arbeitgeberseite neben Koalitionen (Arbeitgeberverbände) auch einzelne Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber Vertragspartei sein können. Um im GAV-Ordnungssystem Gegenspielerin oder Gegenspieler des jeweiligen Sozialpartners sein zu können, müssen die gegenseitigen Koalitionen gegnerunabhängig ausgestaltet sein, den einzelnen Koalitionen dürfen nur jeweils Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber oder Arbeitnehmende angehören.

22. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das GAV-Ordnungssystem von firmenspezifischen bis zu branchen- oder sektorweiten, ggfs. allgemeinverbindlichen Abreden über Lohn- und Arbeitsbedingungen führt, mithin dieses System wie eine Preis- oder Konditionenabrede über einen ganzen Berufs- oder Wirtschaftszweig verstanden werden könnte. Als Folge dieser Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen in einem Wirtschaftszweig über einen GAV kann der Wettbewerb auf dem vom Regelungsbereich des GAV betroffenen Arbeitsmarkt oder Arbeitsmärkten hinsichtlich der dort vereinbarten Arbeitsbedingungen nicht mehr oder nur beschränkt stattfinden.

23. Dies vorausgeschickt, ist es aber die einhellige Meinung, so auch der Schweizer Wettbewerbsbehörden,

dass das Kartellverbot für Gesamtarbeitsverträge nicht gilt, soweit diese – und das ist ihr ureigener Sinn und Zweck – eine Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen anstreben. Auf solche vertraglichen Regelungen und Vereinbarungen der Sozialpartner soll das Kartellgesetz keine Anwendung finden. Diese Absicht hat der Gesetzgeber immer wieder bestätigt, auch wenn das aktuelle Kartellgesetz keinen entsprechenden, expliziten Anwendungsvorbehalt (mehr) enthält, wie die Auslegung von Art. 2 KG hiernach aufzeigt. Aus diesem klaren gesetzgeberischen Willen lässt sich aber noch kein kartellrechtlicher Ausnahmereich oder Anwendungsvorbehalt für die Arbeitsmärkte insgesamt folgern.³⁰ Auf Arbeitsmärkten können auch Abreden eingegangen werden, die keinen direkten Bezug zu den vorerwähnten, legitimen Anliegen arbeitsrechtlicher Ordnung haben, die die «strukturelle Schwäche von Arbeitnehmern auf dem Arbeitsmarkt» ausgleichen sollen, sondern aus anderen Gründen als dem Fortkommen der Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer oder einseitig von Unternehmen getroffen werden, womit in Bezug auf solche «andere Abreden» auf Arbeitsmärkten immer einzelfallweise zu prüfen bleibt, ob sie noch unter den vorformulierten Anwendungsvorbehalt fallen oder unter dem «Deckmantel ihrer [vermeintlichen] kartellgesetzlichen Immunität» nicht doch zu einem «Vehikel für kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen verkommen».³¹ Nachfolgend ist daher eine Auslegeordnung in der Absicht vorzunehmen, die Konturen des Arbeitskartellrechts zu schärfen und die kartellrechtlichen Vorgaben für Arbeitsmärkte zu konkretisieren.³²

A.3.3 Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Banken

24. In der Bankenbranche existieren zwei GAV, die Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten (VAB)³³, die die allgemeinen Arbeitsbedingungen der Mitarbeitenden regelt, und die Vereinbarung über die Arbeitszeiterfassung (VAZ)³⁴, welche Regelungen zum Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung enthält. Beide GAV sind nicht allgemein verbindlich. Als Sozialpartner und folglich auch Unterzeichner der GAV treten der Verein Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz (nachfolgend: Arbeitgeber Banken)³⁵ auf Arbeitgeberseite und

²⁸ Act. [...].

²⁹ Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

³⁰ Vgl. Ausführungen zu Gesamtarbeitsverträgen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO): https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege.html.

³¹ Vgl. ANDREAS HEINEMANN, Kartellrecht auf Arbeitsmärkten, WuW Nr. 07-08 2020, S. 371–382, S. 371 ff.

³² MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 131 f.

³³ Vgl. HEINEMANN (Fn 30), S. 371.

³⁴ Vereinbarung über die Anstellungsbedingungen der Bankangestellten (VAB), gültig ab 1.1.2023, <https://uploads-ssl.webflow.com/63f77b62f0889f7da8a400b7/64bfddd73f0e55b389066f6d_AGB_VAB_D_22_korr_23_web_2.pdf> (2.4.2024).

³⁵ Vereinbarung über die Arbeitszeiterfassung (VAZ), gültig ab 1. Januar 2023, <https://sbpv.ch/wp-content/uploads/2023/03/SBPV_VAZ_2023_D.pdf> (2.4.2024).

der Verein Schweizerischer Bankpersonalverband (nachfolgend: SBPV)³⁶ sowie der Kaufmännische Verband Schweiz (nachfolgend: KV Schweiz)³⁷ auf Arbeitnehmerseite auf. Dem VAB haben sich über 50 Banken angeschlossen. Der Zweck des VAB ist in Ziff. 1. umschrieben. Demnach wollen die Sozialpartner der Bankenbranche mit dem VAB arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten in Ergänzung zu den gesetzlichen Bestimmungen festlegen und damit einen positiven Beitrag zum Wohl und zur Entwicklung der Angestellten und der unterstellten Banken leisten, die Arbeitsmarktfähigkeit der Mitarbeitenden erhalten und fördern, die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Sozialpartnern vertiefen, Regeln für Mitwirkungsrechte in den Banken aufstellen und einen konstruktiven Dialog führen und auf der Basis von Treu und Glauben den Arbeitsfrieden in der Bankenbranche wahren.

25. Im Geltungsbereich des VAB werden Lohnverhandlungen innerbetrieblich, d.h. zwischen Angestelltenvertretungen und der Bank ohne Teilnahme der VAB-Sozialpartner, ausgehandelt. Lässt sich bankintern keine Einigung erzielen, kann die Angestelltenvertretung den SBPV sowie den KV Schweiz und die Bank den Arbeitgeberverband der Banken beiziehen (Ziff. 44 VAB).

26. Die Beziehungen zwischen den Sozialpartnern ist im VAB in den Ziff. 50 f. geregelt. Gemäss Ziff. 50 Abs. 1 bilden die Sozialpartner eine paritätische Kommission, deren Vorsitz abwechselnd geführt wird. Die paritätische Kommission setzt sich aus Mitgliedern der VAB-Vertragsparteien zusammen, wobei Arbeitgeber Banken aktuell acht Mitglieder, der SBPV vier Mitglieder und KV Schweiz drei Mitglieder stellen. Die paritätische Kommission trifft sich pro Jahr grundsätzlich zu zwei ordentlichen halbtägigen Sitzungen. Im Bedarfsfall können weitere Sitzungen einberufen werden. Der Vorsitz sowie die Protokollführung rotiert zwischen den drei Trägerverbänden des VAB. Bei der Entscheidungsfindung wird Einstimmigkeit angestrebt. Damit dies gelingt, werden, gemäss den Ausführungen des SBPV, die Traktanden auf Ebene der Geschäftsstellen vorbereitet und in den Vorstandsgremien der drei Verbänden besprochen. Je nach Thema würden sich die Arbeitgeberseite zusätzlich mit den lokalen Bankenverbänden und der SBPV mit den Personalkommissionen abstimmen.³⁸ Sei zu einem traktandierten Punkt keine Einigung möglich, werde das Thema unter Protokollierung des Dissenses vorerst nicht weiterverfolgt und gegebenenfalls für die Verhandlungen vorgemerkt oder den Geschäftsstellen zur Konsensfindung übertragen.³⁹

27. Arbeitgeber Banken führen in ihrer auf Ersuchen des Sekretariats eingereichten Eingabe vom 31. Oktober 2023 aus, dass die Bestellung ihrer Vertreterinnen und Vertreter in die paritätische Kommission weder in den Verbandsstatuten noch im VAB selbst geregelt ist, weshalb diesbezüglich eine Orientierung an Ziff. 7 Abs. 2 Verbandsstatuten (Zusammensetzung des Vorstands)⁴⁰ erfolgt. Es werde also darauf geachtet, dass alle Bankengruppen und alle Landesteile vertreten seien und die Mehrheit der Mitglieder von Banken stammen, die einem GAV unterstellt seien.⁴¹

28. Die Aufgaben der paritätischen Kommission werden in Ziff. 50 VAB umschrieben. Gemäss Ziff. 50 Abs. 3 VAB verschafft sie sich alle zwei Jahre in gemeinsamer

Absprache Transparenz über Lohnsysteme und Lohnentwicklung der der VAB unterstellten Bankangestellten. In Ausnahmefällen und auf begründeten Antrag eines der beteiligten Sozialpartner kann die Salärtransparenz auch in einem Zwischenjahr durchgeführt werden. Der SBPV führt in seinem Schreiben vom 5. Oktober 2023 aus, dass bei der Ablösung der früheren Verbandslohnverhandlungen zu den innerbetrieblichen Lohnverhandlungen im Jahr 1996 durch diese Ziffer sichergestellt werden sollte, dass die paritätische Kommission weiterhin über den Stand der Salärentwicklung im Bilde ist. Zur Umsetzung dieser VAB-Bestimmung lasse die paritätische Kommission periodisch eine Saläranalyse für ausgewählte Funktionen, Hierarchiestufen und Landesteile durch ein auf Vergütungsfragen spezialisiertes Unternehmen durchführen. Daneben verfolge die paritätische Kommission die Entwicklung des Arbeitsmarkts der Bankenbranche, indem sie etwa Schwerpunktthemen benenne und bei Bedarf Massnahmen hierzu beschliesse, und die Entwicklung der Anstellungsbedingungen in der Bankenbranche. Hierbei diskutiere sie aktuelle Themen wie beispielsweise die Lohnungleichheit, Familienzulagen, Homeoffice oder der Schutz vor psychosozialen Belastungen. Weiter überwache die paritätische Kommission den Vollzug des VAB und bereite die VAB-Verhandlungen vor, indem sie den Ablauf und die Themen der anstehenden Verhandlungsrunde vorbespreche. Die VAB-Verhandlungen würden danach durch die Verhandlungsdelegation geführt, welche unabhängig von der paritätischen Kommission sei.⁴²

29. Gemäss Ausführungen Arbeitgeber Banken werden die Themen der Sitzungen der paritätischen Kommission an den jeweiligen Geschäftsstellensitzungen der drei Sozialpartner festgelegt. Es gelte der Grundsatz, dass sich die paritätische Kommission auf vorgeschlagene Themen einlasse, sofern diese in den Zuständigkeitsbereich fallen würden. Die für die paritätische Kommission traktandierten Themen würden an den Vorstandssitzungen Arbeitgeber Banken vorbesprochen und bei wichtigen Themen eine Position des Verbands definiert. Zwischen dem Verband und den regionalen Bankenverbänden erfolge die Abstimmung einerseits über Verbandsvorstandsmitglieder, die ebenfalls in den regionalen Verbänden aktiv seien. Andererseits fänden regelmässige Austauschsitzen zwischen der Geschäftsführerin oder dem Geschäftsführer Arbeitgeber Banken und den regionalen Verbänden statt.⁴³

30. Die Geschäftsführerin oder der Geschäftsführer Arbeitgeber Banken informiere die lokalen Bankenverbände im Rahmen «seiner Sitzungen und «Roadshows» in den Regionen» über die Entwicklungen im Bereich der Sozialpartnerschaft sowie über die Entscheide der paritätischen Kommission. So trete sie oder er zweimal jährlich an Sitzungen der HR-Kommissionen der Basler und Tessiner Bankenvereinigung auf und es fände jährlich ein

³⁶ <<https://www.arbeitgeber-banken.ch/>> (2.4.2024).

³⁷ <<https://sbpv.ch/>> (2.4.2024).

³⁸ <<https://www.kfmv.ch/>> (2.4.2024).

³⁹ Act. [...] Erläuterungen des SBPV vom 5.10.2023, S. 3.

⁴⁰ Vgl. zum Ganzen: Act. [...] Erläuterungen des SBPV vom 5.10.2023.

⁴¹ <<https://www.arbeitgeber-banken.ch/statuten>> (2.4.2024).

⁴² Act. [...] Schreiben Arbeitgeber Banken vom 31.10.2023, Ziff. 1.

⁴³ Vgl. Act. [...] Erläuterungen des SBPV vom 5.10.2023, S. 2 f.

Treffen mit den HR-Verantwortlichen in der französischsprachigen Schweiz statt. Diese Informationsweitergabe sei vor allem im Herbst in Bezug auf die Lohnrunde von Bedeutung. «Arbeitgeber Banken fasst für seine Mitglieder und die regionalen Verbände jeweils die Gespräche mit den Angestelltenverbänden zur Lohnrunde zusammen und nimmt eine Einschätzung aufgrund der verschiedenen Prognosen vor.»⁴⁴

A.3.4 Bildungssystem Schweiz – Berufliche Grundbildung

31. Das schweizerische Bildungssystem umfasst die Bildungsstufen Primarstufe, Sekundarstufe I, Sekundarstufe II und Tertiärstufe sowie die Weiterbildung. Die Sekundarstufe II beinhaltet die nachobligatorische Bildung, welche allgemeinbildende und berufsbildende Ausbildungsangebote umfasst.⁴⁵ Die Berufsbildung ermöglicht den Jugendlichen den Einstieg in die Arbeitswelt und sorgt für Nachwuchs an qualifizierten Fach- und Führungskräften. Das Berufsbildungssystem basiert auf der Dualität zwischen Theorie und Praxis, wobei sich diese Dualität in der beruflichen Grundbildung primär in der Kombination der verschiedenen Lernorte (Lehrbetrieb, überbetriebliche Kurse, Berufsfachschule) zeigt. Für die Berufsbildung besitzt der Bund eine umfassende Regelungskompetenz. Die Umsetzung der im Berufsbildungsbereich anstehenden Aufgaben erfolgt in Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Wirtschaft.⁴⁶

32. Gestützt auf die vorgenannte Regelungskompetenz im Bereich der Berufsbildung (Rz 31) erliess der Bundesgesetzgeber das Berufsbildungsgesetz⁴⁷ sowie die dazugehörige Berufsbildungsverordnung⁴⁸. Zur Optimierung der Zusammenarbeit in der vom BBG vorgesehenen Verbundpartnerschaft von Bund, Kantonen und Wirtschaft wurde im Rahmen der Initiative «Berufsbildung 2023» im November 2020 eine neue Gremienstruktur eingeführt. Diese Struktur erlaubt es, strategische Fragen der Berufsbildung, die alle drei Verbundpartner betreffen, effizient und transparent sowie unter breitem Einbezug der Akteure der Berufsbildung zu bearbeiten. Geschaffen wurden das nationale Spitzentreffen der Berufsbildung, die tripartite Berufsbildungskonferenz (TBBK) sowie Dialogforen, Expertengruppen und Projektgruppen, die von der TBBK eingesetzt werden können. Das nationale Spitzentreffen sorgt auf politischer Ebene für die verbundpartnerschaftliche Legitimation der strategischen Ausrichtung der Berufsbildung und den erforderlichen Konsens. In seiner Arbeit legt es Vorgaben fest und setzt Schwerpunkte. Teilnehmer sind die Vorsteherin oder der Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung, ein Mitglied der Direktion des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation SBFI zusammen mit der Vertretung des SBFI in der TBBK, die Präsidentinnen oder Präsidenten oder die Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes, des Schweizerischen Gewerbeverbandes, des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes sowie von Travail.Suisse, jeweils zusammen mit deren Vertretung in der TBBK, sowie die Präsidentin oder der Präsident und die Generalsekretärin oder der Generalsekretär der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren EDK, begleitet durch deren Vertreter in der TBBK. Die TBBK steuert die Berufsbildung verbundpartnerschaftlich auf strategischer Ebene und entwickelt

sie weiter. Sie bereitet das nationale Spitzentreffen vor und sorgt für die Umsetzung der am Spitzentreffen gefassten Beschlüsse. Weiter berät sie Anliegen aus der operativen Ebene und setzt sich auf strategischer Ebene für Lösungen ein. Sie kann Expertengruppen einsetzen und Projekte lancieren. Hierzu setzt sie drei unterschiedliche Gremienarten bzw. Instrumente auf operativer Ebene ein, stets mit dem Ziel, den breiten Einbezug und die Mitwirkung der Akteure der Berufsbildung sicherzustellen. Bei den drei Instrumenten handelt es sich um Dialogforen, Expertengruppen und Projektgruppen. Mitglieder der TBBK sind Bildungsverantwortliche des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes, des Schweizerischen Gewerbeverbandes, des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes und von Travail.Suisse. Weiter der Präsident oder die Präsidentin der Schweizerischen Berufsbildungsämter-Konferenz (SBBK) sowie ein weiteres SBBK-Mitglied aus einer anderen Sprachregion und die Leiterin oder der Leiter der Abteilung Berufs- und Weiterbildung des SBFI. Das Generalsekretariat der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren ist mit einer Person als ständiger Gast vertreten. Dialogforen fördern den direkten Austausch der Akteure unter sich sowie mit den Mitgliedern der TBBK. Sie stellen zudem den Kommunikationsfluss und die Rückkoppelung zu den Akteuren sicher, verbessern das Systemwissen der verschiedenen Akteure und begünstigen den einheitlichen Vollzug. Sie bieten eine Plattform, um aus dem Blickwinkel des jeweiligen Dialogforums den Puls zu fühlen, «good practice» auszutauschen und Fragestellungen zu diskutieren. Aus den Dialogforen können Impulse für die Weiterentwicklung der Berufsbildung entstehen und in der TBBK zur Diskussion beantragt werden. Es bestehen u.a. Dialogforen von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Expertengruppen werden bei Bedarf für eine vertiefte Auseinandersetzung mit aufgetretenen Fragen eingesetzt. Schliesslich kann die TBBK Projekte zur Bearbeitung von Themen und Problemstellungen lancieren und entsprechend Projektgruppen einsetzen.⁴⁹

33. Die Verbundpartner der Berufsbildung (Bund, Kantone und Organisationen der Arbeitswelt) haben im Rahmen der TBBK im November 2021 ein Commitment zu fairen Chancen in der Berufswahl und bei der Lehrstellenbesetzung verabschiedet. Demnach sollen offene Lehrstellen frühestens im August des Jahres vor Lehrbeginn zur Bewerbung ausgeschrieben und Lehrverträge frühestens ein Jahr vor Lehrbeginn abgeschlossen werden. Weiter sollen die kantonalen Berufsbildungsämter die Lehrverträge frühestens im September des Jahres vor Lehrbeginn genehmigen. Dies soll eine sorgfältige, zeitlich gut abgestimmte Berufswahl im Interesse aller Beteiligten ermöglichen und soll ein gemeinsames Verständnis

⁴⁴ Act. [...] Schreiben Arbeitgeber Banken vom 31.10.2023, Ziff. 2.

⁴⁵ Act. [...] Schreiben Arbeitgeber Banken vom 31.10.2023, Ziff. 3.

⁴⁶ Vgl. <<https://www.edk.ch/de/bildungssystem-ch/allgemeines>> (2.4.2024).

⁴⁷ Vgl. <[https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/bildung/bildungsraum-schweiz.html;file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20\(1\).pdf](https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/bildung/bildungsraum-schweiz.html;file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20(1).pdf)> (2.4.2024).

⁴⁸ Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG; SR 412.10).

⁴⁹ Verordnung vom 19.11.2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV; 412.101).

des Berufswahlprozesses mit seinen verschiedenen Phasen innerhalb des bestehenden Rahmens von Schullehrplänen, Arbeitsrecht und Berufsberatung fördern. Das Commitment wirkt dem Wettlauf um frühe Vertragsabschlüsse und damit der Gefahr von Lehrvertragsauflösungen entgegen.⁵⁰

34. Rund zwei Drittel der Jugendlichen in der Schweiz entscheiden sich nach der obligatorischen Schule für eine berufliche Grundbildung und eignen sich dadurch eine solide berufliche Grundlage an. Dabei stehen den Jugendlichen über 240 Berufe zur Auswahl. Viele berufliche Qualifikationen werden in der Schweiz auf der Sekundarstufe II erworben, während in anderen Ländern der Erwerb der gleichen Qualifikation auf der Tertiärstufe erfolgt. Damit unterscheidet sich das Schweizer System von den meisten schulisch orientierten ausländischen Berufsbildungssystemen. Die Besonderheit des Schweizer Systems besteht insbesondere in der bereits erwähnten Dualität. Die berufspraktische Ausbildung, die an drei bis vier Tagen in einem Lehrbetrieb erfolgt, wird mit dem theoretischen Unterricht (berufsbildende und allgemeinbildende Fächer) an der Berufsfachschule (ein oder zwei Tage) kombiniert. Daneben besuchen die Lernenden überbetriebliche Kurse, in denen sie spezifische berufspraktische Fertigkeiten vertiefen.⁵¹ Die berufliche Grundbildung umfasst neben der beruflichen Praxis Allgemeinbildung und berufskundliche schulische Bildung. Die jeweiligen Leistungsziele, Bildungsinhalte und deren Aufteilung auf die drei Lernorte (Berufsfachschule, Lehrbetrieb, überbetriebliche Kurse) werden in den Verordnungen über die berufliche Grundbildung für die entsprechenden Berufe sowie in den jeweiligen Bildungsplänen festgehalten. Für den allgemeinbildenden Unterricht bestehen Mindestvorschriften und entsprechende Rahmenlehrpläne, die für sämtliche Berufe Gültigkeit haben.⁵²

35. Die Finanzierung der Berufsbildung wird von Bund, Kantonen und Organisationen der Arbeitswelt getragen. Der überwiegende Teil der Kosten der öffentlichen Hand für die Berufsbildung⁵³ fällt bei den Kantonen für den Vollzug der Berufsbildung an, wobei rund $\frac{3}{4}$ der Gesamtkosten zur Finanzierung der Berufsfachschulen anfallen. Der Bund beteiligt sich mit einem Viertel an den Kosten der öffentlichen Hand. Die Berufsverbände und Branchenorganisationen leisten ihrerseits mit ihren Angeboten (erarbeiten von Grundlagen, führen eigener Bildungsinstitutionen und betreiben von Berufswerbung) einen wichtigen finanziellen Beitrag zur Berufsbildung. Schliesslich beteiligen sich auch die einzelnen Lehrbetriebe durch das Angebot von Lehrstellen an der Finanzierung der Berufsbildung.⁵⁴

36. Die Rechtsbeziehung zwischen den Lehrvertragsparteien, dem Lehrbetrieb und der Lernenden, wird im Lehrvertrag geregelt. Der Lehrvertrag findet seine gesetzliche Regelung in Art. 344 bis 346a OR. Es handelt sich dabei um einen Einzelarbeitsvertrag, jedoch mit einigen Besonderheiten. So wird dieser im OR auch unter dem Titel «Besondere Einzelarbeitsverträge» geregelt. Eine Besonderheit des Lehrvertrags besteht darin, dass als Vertragsleistung nicht wie beim Einzelarbeitsvertrag definitionsgemäss in erster Linie Arbeit gegen Entgelt geschuldet ist (vgl. Art. 319 Abs. 1 OR), sondern als Gegenleistung für die Arbeit der lernenden Person die fachgemässe Ausbildung im Vordergrund steht.⁵⁵ Der Minimalinhalt

eines Lehrvertrags ist in Art. 344a Abs. 2 OR geregelt. Demnach müssen die Art und Dauer der beruflichen Bildung, der Lohn, die Probezeit, die Arbeitszeit und die Ferien zwingend im schriftlichen⁵⁶ Lehrvertrag geregelt sein. Der Vertragsinhalt darf den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen nicht widersprechen, ansonsten diese nichtig sind. So sind unter anderem Höchstarbeitszeiten, Ruhezeiten, allfällige Sonntags- und Nachtarbeit und erforderliche Pausen gesetzlich geregelt.⁵⁷

37. Nach diesen Ausführungen und Überlegungen zum Institut des Gesamtarbeitsvertrags, zum VAB sowie zum Bildungssystem der Schweiz und insbesondere der beruflichen Grundbildung folgen nachfolgend die Ausführungen zu den von den Bonusmelderinnen gemeldeten Sachverhalte.

A.3.5 Regelmässige Sitzungen auf den verschiedenen Bankenplätzen

38. Auf dem **Bankenplatz Zürich** besteht die Kommission für Grundbildung des Zürcher Bankenverbandes. Diese Kommission tagt in der Regel zweimal im Jahr und im Frühling 2016 fand deren 10. Sitzung statt. Daraus ist zu schliessen, dass diese Kommission seit ca. 2011 in dieser Form tagt. Teilnehmerinnen und Teilnehmer sind Vertreterinnen und Vertreter der wohl wichtigsten Ausbilderbanken (Grossbanken, Regionalbanken und Privatbanken) des Bankenplatzes Zürich. Seit dem Jahr 2018 nehmen vereinzelt auch Versicherungen an den Sitzungen dieser Kommission teil. Mindestens seit dem Jahr 2015 werden unter den Teilnehmerbanken Salärvergleiche durchgeführt. In einer Tabelle werden einerseits die Jahreslöhne pro Lehrjahr für die Lernenden (KV und Informatiker) sowie die Einstiegssaläre nach Lehrende erfasst. Andererseits enthält die Tabelle detaillierte Angaben über die den Lernenden ausgerichteten Lohnbestandteile. Erfasst sind insbesondere Essensentschädigungen, Lehrmittelentschädigungen, die Rückerstattung der Kosten des Multichecks, Finanzierung der Stützkurse / Nachhilfe, REKA-Gutscheine, Beteiligung an Kosten des öffentlichen Verkehrs und Reisespesen. Weiter werden auch Kleidergutscheine, Sonderprämien für erfolgreiche Qualifikationsverfahren (QV) und Beiträge an freiwillige Sprachaufenthalte ausgewiesen. Auch die Wochenarbeitszeit und die Ferienansprüche werden verglichen. Im

⁵⁰ Vgl. zum Ganzen: <https://berufsbildung2030.ch/images/pdf_de_en/20201109_D_Umsetzungskonzept.pdf> (2.4.2024).

⁵¹ <https://tbbk-ctfp.ch/images/Commitment_Berufswahlprozess_Lehrstellenbesetzung_20211110.pdf> (2.4.2024).

⁵² <<https://www.edk.ch/de/bildungssystem-ch/nachobligatorium/sek-II/berufliche-grundbildung>> (2.4.2024).

⁵³ <<https://www.edk.ch/de/bildungssystem-ch/nachobligatorium/sek-II/berufliche-grundbildung>> (2.4.2024).

⁵⁴ Diese betrugen im Jahr 2020 rund CHF 3.6 Mrd. (<[file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20(3).pdf)> (2.4.2024)).

⁵⁵ <[file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/U80867466/Downloads/fakten_zahlen_bb_d%20(3).pdf)> (2.4.2024).

⁵⁶ Vgl. Art. 344 OR: «Durch den Lehrvertrag verpflichten sich der Arbeitgeber, die lernende Person für eine bestimmte Berufstätigkeit fachgemäss zu bilden, und die lernende Person, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Arbeitgebers zu leisten.»

⁵⁷ Nach Art. 344a OR bedarf der Lehrvertrag zu seiner Gültigkeit der Schriftform.

Jahr 2019 wurde auf das Nachführen der Salärtabelle verzichtet. Neben den vorgenannten Informationen betreffend Lernende wurden auch die Saläre, Boni und Essensentschädigungen für die Programme «Bankeinstieg für Mittelschulabsolventen» sowie die anschliessenden Einstiegsgehälter als Bestandteil dieser Salärtabellen ausgetauscht. Die wohl letztmalige Aktualisierung der Salärtabelle per Januar 2022 wurde den Mitgliedern in anonymisierter Form zugestellt. Die ausgetauschten Informationen blieben aber identisch.⁵⁸ Dieser Austausch in der Kommission für Grundbildung des Zürcher Bankenverbands wird in den Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] und Bonusmelderin [...] detailliert beschrieben. Zudem wird dieser Austausch von der Bonusmelderin [...] erwähnt, die mindestens einmal als Gast an einer Sitzung anwesend war und Kenntnis von mindestens einem Protokoll hatte. Zudem wurde die Bonusmelderin [...] punktuell auch über die Entscheide, namentlich über vereinbarte «Zusagetage»⁵⁹, informiert.

39. Auf dem **Bankenplatz Basel** besteht im Rahmen der Basler Bankenvereinigung die Grundbildungskommission. An den Sitzungen dieser Grundbildungskommission, die seit mindestens dem Jahr 2014 jährlich drei- bis viermal stattfinden, nahmen mutmasslich die Mehrheit der Ausbilderbanken der Region Basel teil (u.a. Privatbanken, Kantonalbanken und weitere national oder regional aktive Banken). In den Akten findet sich eine ausgetauschte Lohntabelle gültig ab August 2014. Darin werden die Jahresgehälter pro Lehrjahr der verschiedenen Lehren (KV E und M Profil, IT) ausgetauscht. Von zehn teilnehmenden Banken gaben fünf die Einstiegsgehälter nach der Lehre bekannt. Unter Bemerkungen wurde von wenigen Banken angegeben, ob den Lernenden zusätzlich ein Essensgeld ausgerichtet wird. Aus dem Jahr 2017 datiert ein detaillierter Lohn- und Lohnnebenleistungsvergleich im Bereich Lernende und Praktikantinnen und Praktikanten. Diese Tabelle wurde mindestens in den Jahren 2019, 2020 und 2022 aktualisiert. Ausgetauscht wurden die Gehälter der Lernenden (pro Lehrjahr und zum Teil aufgeschlüsselt nach Lehrart), Gehälter von Mittelschulpraktikantinnen und Mittelschulpraktikanten, HMS Praktikantinnen und HMS Praktikanten und die jeweiligen Einstiegsgehälter nach abgeschlossener Lehre oder abgeschlossenem Praktikum. Die Tabelle enthält weiter neben den Ferientagen detaillierte Angaben zu Lohnnebenleistungen. Es werden die Beiträge für den Arbeitsweg, die Lehrmittel, Weiterbildungen, Entschädigungen für die Mittagessen, Jugendurlaub und zusätzliche Freitage sowie «weitere Benefiz» (insbesondere REKA Checks) ausgetauscht.⁶⁰ Informationen hierzu beinhalten die Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...], Bonusmelderin [...], Bonusmelderin [...] und Bonusmelderin [...].

40. Neben der Grundbildungskommission besteht auf dem Bankenplatz Basel im Rahmen der Basler Bankenvereinigung die Personalkommission. Die Personalkommission tagt seit mindestens 2013 viermal oder dreimal pro Jahr. Teilgenommen haben, soweit dokumentiert, Vertreterinnen und Vertreter der führenden Bankinstitute auf dem Bankenplatz Basel (Privatbanken, Kantonalbanken und national oder regional aktive Banken). An den Sitzungen im November wurden jeweils einerseits Bandbreiten für Anfangsgehälter ausgetauscht und andererseits Informationen betreffend die anstehende Lohn- und

Bonusrunde geteilt. Anlässlich der Sitzungen im Frühling wurde von den Banken über die tatsächliche Lohn- und Bonusrunde informiert. Neben diesen explizit die Gehälter betreffenden Themen wurden an den Sitzungen u.a. nachfolgende Themen besprochen: Situation auf dem Arbeitsmarkt (offene Stellen, Fehlen von Bewerbungen, Einstellungsstopps, Stellenabbau und/oder Fluktuation bei den beteiligten Banken), allgemeine Personalthemen (u.a. Arbeitszeiterfassung, Kontrollen Arbeitsinspektorat, gleicher Lohn für Frau und Mann, Datenschutz, Sozialpläne), Arbeits- und Schalterschlusszeiten (insbesondere im Zusammenhang mit der Fasnacht, wobei die Kommission unverbindliche Zeiten beschloss), Zusagetage für Lehrstellen und ab dem Jahr 2020 Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-Situation.⁶¹ Ausführungen hierzu finden sich in den Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] und Bonusmelderin [...].

41. Inhaltlich weitgehend identische oder zumindest ähnliche Tabellen oder Austausche über Informationen wie in den Grundbildungskommissionen auf den Bankenplätzen Zürich und Basel (vgl. Rz 38 und 39) wurden auch auf den **Bankenplätzen Aarau**⁶², **Bern**⁶³, **Freiburg**⁶⁴, **Luzern**⁶⁵, **Solothurn**⁶⁶, **St. Gallen**⁶⁷ und **Waadt**⁶⁸ zwischen den dort ansässigen Banken ausgetauscht. Auch auf dem **Bankenplatz Genf** fand ein Austausch zwischen den ansässigen Banken statt. Die vorliegenden Unterlagen lassen darauf schliessen, dass der Informationsaustausch auf dem Bankenplatz Genf im Rahmen von Sitzungen des «cercle RH banques» weniger detailliert und weniger standardisiert stattfand. Auf dem Bankenplatz Aarau fanden mindestens seit 2014 jährliche Sitzungen der «Auszubildenden-Verantwortlichen» statt. Auf dem Bankenplatz Bern besteht die Bankenausbildungskommission Platzbanken Bern, die jährlich zweimal tagt. Gemäss Auskunft einer involvierten Bank soll diese Kommission bereits seit Jahrzehnten regelmässig tagen. Basierend auf den vorliegenden Unterlagen finden die Sitzungen mindestens seit dem Jahr 2015 statt. In der Region Freiburg sind Informationsaustausche im Rahmen der «commission fribourgeoise de formation bancaire» seit dem Jahr 2018 belegt. Auf dem Bankenplatz Luzern tagte die Regionale Ausbildungskommission Banken Luzern mit jährlichen Sitzungen (mindestens seit dem Jahr 2016). Die Lohninformationen werden unter den Banken auf dem Platz Solothurn anlässlich von jährlichen Sitzungen ausgetauscht, wobei der Austausch mindestens seit dem Jahr 2019 stattfindet. Auf dem Bankenplatz St. Gallen finden die Informationsaustausche unter den Banken seit

⁵⁸ <<https://www.berufsbildung.ch/download/mb301.pdf>> (2.4.2024).

⁵⁹ Vgl. Act. [...] (Salärvergleich 2018 und 2022).

⁶⁰ Als «Zusagetag» vereinbarten die Unternehmen, ab welchem Datum frühestens Lehrverträge für den nächsten Ausbildungszyklus abgeschlossen werden dürfen.

⁶¹ Vgl. Act. [...] (Salärvergleich 2022).

⁶² Vgl. Act. [...].

⁶³ Vgl. Act. [...].

⁶⁴ Vgl. Act. [...] (Salärvergleich 2022).

⁶⁵ Vgl. Act. [...] (Salärvergleich 2018).

⁶⁶ Vgl. Act. [...] (Salärvergleich 2021).

⁶⁷ Vgl. Act. [...].

⁶⁸ Vgl. Act. [...].

mindestens dem Jahr 2013 statt. In der Region Waadt findet der Informationsaustausch mindestens seit dem Jahr 2014 im Rahmen der «commission vaudoise pour la formation» statt. Neben dem genannten Informationsaustausch über die hiervor umschriebenen Löhne und Lohnbestandteile wurden auf den verschiedenen Bankenplätzen auch sog. «Zusagetag» vereinbart. Weiter fand auf dem **Bankenplatz Aarau** im Jahr 2018 auch ein Austausch über die Lohnentwicklung auf den ersten drei Stufen nach Lehrabschluss und über Boni in den ersten zwei Jahren nach Lehrabschluss statt. Zudem wurden Informationen über finanzielle Beteiligungen an externen Weiterbildungen nach dem Lehrabschluss ausgetauscht. Die Bonusmelderin [...] machte in ihren Eingaben Angaben zu den Bankenplätzen [...]. Die Eingaben der Bonusmelderin [...] enthalten Angaben zu den Bankenplätzen [...]. Die Informationsaustausche auf dem Bankenplatz [...] werden auch von der Bonusmelderin [...] und der Bonusmelderin [...] umschrieben.

A.3.6 Weitere regelmässige Informationsaustausche (Bankenbereich)

42. Im Rahmen des **Verbands Schweizer Kantonalbanken (VSKB)** findet jährlich im Oktober oder November eine **Personalleiterkonferenz** statt. An diesen Konferenzen nahmen die HR-Leiterinnen oder HR-Leiter sämtlicher 24 bestehenden Kantonalbanken teil (nicht immer vollzählig). Im Jahr 2010 (erstes vorhandenes Protokoll in den Akten) fand die 42. Personalleiterkonferenz statt. In einer jährlich aktualisierten Tabelle halten oder hielten die Kantonalbanken fest, in welchem Umfang eine Erhöhung der Fixsaläre vorgesehen ist. Weiter werden Angaben zu geplanten Bonuszahlungen und deren Höhe im Vergleich zu der Gesamtlohnsumme sowie dem Anteil der Arbeitnehmenden, welche möglicherweise einen Bonus erhalten werden, ausgetauscht. Anfangs des Folgejahrs werden die effektiven Lohnerhöhungen unter den Banken kommuniziert. Daneben fanden anlässlich dieser Konferenzen Gespräche zu HR-spezifischen Themen wie Software, Rekrutierungstechnik, Arbeitsinstrumente, pensionskassenspezifische Themen, Zertifizierung von Kundenberatern, Umsetzung von regulatorischen Vorgaben statt.⁶⁹ Dieser Sachverhalt wird in den Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] und der Bonusmelderin [...] umschrieben.

43. Aus dem VSKB entstand eine Gruppe von **zuerst sieben, dann acht Deutschschweizer Kantonalbanken**, welche sich seit mindestens dem Jahr 2010 zu mindestens einer jährlichen sog. **Personalleitersitzung** trafen. Jeweils im Hinblick auf diese Sitzungen wurden sog. «Salärbenchmarks» erstellt, indem eine Kantonalbank die entsprechenden Lohndaten der anderen sammelte und in einer Tabelle zusammenfügte. In den Jahren 2010 bis 2022 wurden die Lohndaten (Grundlohn und variabler Lohn) von verschiedenen Angestelltenkategorien, wie Leiterin und Leiter Bereich Kreditverarbeitung, Teamleiterin und Teamleiter Kreditverarbeitung, Sachbearbeiterin und Sachbearbeiter I und II Kreditverarbeitung, Abteilungsleiterin und Abteilungsleiter Kreditsysteme / Prozesse, Fachspezialistin und Fachspezialist Kreditsysteme / Prozesse, Kreditanalystin und Kreditanalyst, Leiterin und Leiter Recovery, Fachspezialistin und Fachspezialist Recovery, Sachbearbeiterin und Sachbearbeiter Recovery, Leiterin und Leiter Schätzungswesen,

Immobilieneschätzerin und Immobilieneschätzer, E-Business-Managerin und E-Business-Manager, Data- & Report-Analystin und Data- & Report-Analyst, Business-Technology-Officer, IT-Security Administration, Web-Entwicklerin und Web-Entwickler sowie Web-Publisherin und Web-Publisher, Social-Media-Engineer, Immobilienbuchhalterin und Immobilienbuchhalter, Leiterin und Leiter Regulatory, Leiterin und Leiter EVV, Leiterin und Leiter Institutionelle Kunden, Beraterin und Berater EVV, Beraterin und Berater Institutionelle Kunden, Leiterin und Leiter Prozessmanagement, Leiterin und Leiter HR Services & Systems, Fachspezialistin und Fachspezialist HR Services/Systems/Compensation, Sachbearbeiterin und Sachbearbeiter Kundencenter, (Senior) Kundenberaterin und (Senior) Kundenberater Kundencenter und Leiterin und Leiter Team (II) Kundencenter in einer fortlaufend geführten Tabelle zusammengetragen und ausgetauscht.⁷⁰ Zu den genannten Funktionen wurden u.a. folgende Angaben erhoben: Anzahl Mitarbeitende, Ausbildung, Durchschnittsalter, Salär-Median, tiefstes und höchstes Salär, durchschnittlicher Bonus, Anteil variabler Lohn und durchschnittliches Gesamtsalär. Anlässlich der Sitzungen wurden namentlich folgende HR-spezifische Themen behandelt und diesbezügliche Informationen ausgetauscht: Kündigungsfristen, Zeiterfassung, Rekrutierung Mitarbeitende, Kinderzulagen, Lohnentwicklungen in den ersten Jahren nach Lehrabschluss, Goodies und Mutterschaftsurlaub. Im Jahr 2016 standen die verschiedenen Einstiegsfunktionen (Trainee, Junior-Stellen und Lehrgängler) im Zentrum des Informationsaustauschs.⁷¹ Diesbezügliche Angaben enthalten die Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] und der Bonusmelderin [...].

44. **CYP Association** (CYP steht für challenge your potential) ist ein im Jahr 2003 gegründeter Verein, der aktuell 30 Mitglieder (Privatbanken, Kantonalbanken und weitere national oder regional aktive Banken) zählt. Der Verein sieht sich als das Kompetenzzentrum für Ausbildungsfragen in der Bankenbranche. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt er, die Kooperation schweizerischer Banken und Finanzinstitute zu Gunsten der Nachwuchsausbildung zu fördern. Anlässlich der Sitzungen, an welchen die Nachwuchsverantwortlichen der einzelnen Mitglieder teilnahmen, wurden auch Fragen im Zusammenhang mit der Vergütung der Lernenden diskutiert. Namentlich war die Entschädigung bezüglich der neu eingeführten BYOD (bring your own device)-Regelung sowie die Salärentwicklung in den ersten zwei Jahren nach Lehrabschluss Thema.⁷² Hierzu enthalten die Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] und der Bonusmelderin [...] Ausführungen.

⁶⁹ Vgl. Act. [...] (Salärvergleich 2015).

⁷⁰ Vgl. Act. [...].

⁷¹ Act. [...].

⁷² Act. [...].

A.3.7 Branchenübergreifende Informationsaustausche

45. Im **Raum Zürich** bildeten Mitarbeitende von Banken, Finanzdienstleistern und (Rück-) Versicherungen, mehrheitlich basierend auf persönlichen Kontakten, ein informelles Netzwerk für einen regelmässigen Erfahrungsaustausch zu Fragen im Bereich HR und Vergütungen. Die Mitglieder trafen sich im Rahmen dieses sog. **«Netzwerks»** mindestens in den Jahren 2011 bis 2019 einmal jährlich zu einer Sitzung. Mindestens die Jahre 2015 bis 2019 betreffend wurden im Rahmen dieses Netzwerks Lohninformationen ausgetauscht. Jeweils im Vorfeld der Sitzungen wurden die Mitglieder eingeladen, eine bestehende Tabelle mit den aktualisierten Werten auszufüllen. Die Tabellen beinhalten Angaben zu allgemeinen Entwicklungen der Vergütungen der Mitarbeitenden, wie namentlich effektive Saläranpassungen und effektive Bonuszahlungen im Vergleich zum Vorjahr, Nennung des Zeitpunkts der Beförderungs- und Bonusrunde und Vergleich der Bonusbedingungen sowie Angaben zu den ausgerichteten Fringe Benefits. Hier wurden u.a. die monatlichen Essensentschädigungen, die Vergünstigung von REKA-Checks, die Konditionen von vergünstigten Personalkonti, Vergünstigung bei Hypotheken, Familienzulagen, vergütete Kosten des öffentlichen Verkehrs, Beiträge an oder Angebote für Kinderbetreuung, Konditionen für Sabbaticals und Zusatzentschädigungen bei Dienstjubiläen (Geld/Ferientage) ausgetauscht. Schliesslich beinhalteten die Tabellen Angaben zu den Löhnen und Lohnbestandteilen von Lernenden (Boni, Essensentschädigung, vergünstigtes Personalkonto).⁷³ Das Netzwerk wird in den Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] und der Bonusmelderin [...] umschrieben.

46. Im **Raum Zürich** besteht eine Erfahrungsaustausch-Gruppe **«KV ERFA»**, die sich aus HR-Vertretern grösserer KV-Lehrbetriebe zusammensetzt und in der mindestens seit dem Jahr 2011 auch lohnrelevante Informationen ausgetauscht werden. In den Jahren 2011 und 2018 wurden die Lernendenlöhne je Lehrjahr sowie die Lehrabgängerlöhne tabellarisch erfasst. Zudem wurden die Lohnnebenleistungen, namentlich Essensentschädigungen, übernommene Kosten für Lehrmittel, REKA-Checks, Sonstiges und die ausgerichteten Abschlussprämien, ausgetauscht.⁷⁴ Informationen hierzu enthalten die Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] und der Bonusmelderin [...].

47. In der **Region Basel** bzw. im Raum Nordwestschweiz besteht die **Basler Gesellschaft für Personalmanagement (BGP)** und deren Untergruppe **Workshop Compensation**, letztere trifft sich in sehr regelmässigen Abständen resp. alle zwei Monate zu Sitzungen. Innerhalb dieser Foren wurden Informationen über Gehälter und andere Arbeitsbedingungen ausgetauscht, wobei es sich vermutlich um eine langjährige Praxis handelt, die bis ins Jahr 1995 zurückverfolgt werden kann. Aktuell belegt sind Informationsaustausche (sog. Surveys) der Gruppe Workshop Compensation seit dem Jahr 2015. Mindestens in den Jahren 2019, 2020 und 2022 erfolgten detaillierte Informationsaustausche namentlich zu den Löhnen der Praktikantinnen und Praktikanten (ohne und mit Abschluss und aufgeschlüsselt nach Art des Abschlusses, Postdocs, Graduate Program), der Lernenden und der Studentischen Aushilfen, zu den Einstiegs-

gehältern von Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern, Hochschulabgängerinnen und Hochschulabgängern und der Entwicklung der Löhne der Angestellten mit Masterabschluss.⁷⁵ Weiter wurden Informationen zu Arbeitszeit und zur Salärsystematik geteilt, die sämtliche Mitarbeitende betrafen. Im Jahr 2022 tauschten die Teilnehmer zusätzlich Informationen betreffend Mitarbeiteraktienkaufprogramme aus. Offengelegt wurden diesbezüglich u.a. das Modell, die Ausgestaltung, Anwendbarkeit (geographisch), Anspruchsberechtigung, das Kontingent, die Haltevorschriften und der Effekt des Austritts. Zudem fanden Surveys im Zusammenhang mit folgenden Themen statt: Kündigungsfrist, Urlaubstage, Bonus bei Austritt, UVG, Absenzen und Zeitmanagement, Löhne von Assistenten von Führungspersonal, Sozialplänen, Pikettendienst, Parkplatzregelung, Corona Support, Kilometerentschädigung, Umgebungszulagen (bei übermässig belastenden Einflüssen am Arbeitsplatz), Homeoffice. Grössenteils anonymisiert fand ein Survey zu Kinderbetreuungskosten statt.⁷⁶ Im Jahr 2018 tauschten die Unternehmen eine «Masterliste Benchmarking / Best Practice BGP 2018» aus. In dieser Liste teilten die Unternehmen Informationen zu ihrer Gesellschaft wie Ansprechpartner, Eckdaten und Population, Arbeitszeit und Lohninformationen (u.a. Basislöhne, Lohnklassen, Bonus, Benefits und Lohnerhöhungen).⁷⁷ Mindestens in den Jahren 2020 bis 2023 wurden in der Gruppe Workshop Compensation auch Informationen zu geplanten Lohnrunden ausgetauscht.⁷⁸ Diese Austausche werden in der Bonusmeldung der Bonusmelderin [...] detailliert umschrieben. Erwähnt werden diese ebenfalls von der Bonusmelderin [...].

48. Nachdem im Zeitraum von 2003 bis Ende 2005 zwischen [...] ein Austausch von Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden auf informeller Basis stattfand, wurde Ende 2005 die [...] durch diese Unternehmen gegründet. Neben den Gründungsunternehmen schloss sich auch ein [...] der [...] an. In unterschiedlicher Zusammensetzung tauschten die Mitglieder der [...] bis Ende 2017 jährlich die Löhne und Lohnnebenleistungen der Lernenden aus. Im Jahr 2019 wurde die [...] aufgelöst und die [...] gegründet. Die Gründungsunternehmen waren [...]. Später nahmen u.a. auch Unternehmen aus der [...] und der [...] teil. Teile der [...], zusammen mit weiteren Unternehmen, führten in den Jahren 2019 und 2020 einen Informationsaustausch zu den Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden durch.⁷⁹ Unternehmen des [...] tauschten in den Jahren 2021 und 2022 Informationen zu Löhnen von Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten und Spesenpauschalen von Kadermitarbeitenden aus.⁸⁰ Die Informationen hierzu stammen aus der Bonusmeldung der Bonusmelderin [...].

⁷³ Act. [...].

⁷⁴ Vgl. Act. [...].

⁷⁵ Vgl. Act. [...].

⁷⁶ Vgl. Act. [...].

⁷⁷ Vgl. Act. [...].

⁷⁸ Act. [...].

⁷⁹ Vgl. Act. [...].

⁸⁰ Vgl. Act. [...].

A.3.8 Internationale Austausche (branchenübergreifend)

49. Multinationale Konzerne aus diversen Branchen wie Chemie, Energie, Gesundheit, Versicherungen, Logistik, Luxusgüter, Ernährung, Banken und Finanzen, Pharma/Life Sciences und Wissenschaft und Technologie tauschten im Rahmen einer informellen **Erfahrungsaustauschgruppe (ERFA)** personalbezogene Informationen aus. Die Austausche fanden einerseits in der Form von physischen Zusammenkünften (Meetings) und andererseits in der Form von schriftlichen Umfragen (sog. Surveys) statt. Die Meetings, die zuerst jährlich und später zweimal im Jahr stattfanden, sollen mindestens seit dem Jahr 2004 abgehalten worden sein, seit dem Jahr 2014 sind diese gemäss vorliegenden Unterlagen belegt. Die Voraussetzungen zur Teilnahme an der ERFA wurden in den «Ground rules for ERFA Forum»⁸¹ festgehalten. Diesen kann entnommen werden, dass multinationale Unternehmen, idealerweise mit Hauptsitz in der Schweiz (oder Europa, gemäss Version 2018), die eine grössere Anzahl Mitarbeitende von der Schweiz ins Ausland entsenden, teilnehmen können. In der Version 2018 wird zudem vorausgesetzt, dass die Unternehmen eine bedeutende Anzahl Arbeitnehmende («significant numbers») in der Schweiz beschäftigen und dass Kandidaten in Bezug auf Diskussionen zu Leistungen für die bestehenden Mitglieder relevant sein müssen. Neben den Lohnnebenleistungen («benefits») wurden anlässlich der Meetings auch Lohnthemen besprochen und namentlich Informationen über zukünftige Lohnentwicklungen ausgetauscht. Gemäss vorliegenden Unterlagen wurden Informationen im gesamten Spektrum von Lohnnebenleistungen ausgetauscht. Es fanden Austausche statt zu Steuern, Pensionspläne, Mutter- und Vaterschaftsurlaub, Fahrzeuge, Ferientage, Sabbatical, Gesundheitschecks, Krankenversicherung, Geschenke bei Dienstjubiläen, Parkplatzregelung, Entschädigung für Schulgelder, Kinderbetreuungskosten, Beratungsangebote, Essensentschädigungen, Krankentaggeldversicherung, Umzugshilfen und ab Anfang des Jahres 2020 vermehrt Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, namentlich Fragen zu Reisen, Impfungen, Heimarbeit. Einige Fragen wurden länderspezifisch gestellt, andere Fragen betrafen die gesamte Unternehmung. Für die «Surveys» hat jeweils eine der an der ERFA beteiligte Unternehmung die Umfrage lanciert, die von den anderen Unternehmen eingegangenen Antworten gesammelt und im Anschluss anonymisiert im Rahmen der ERFA geteilt. Anlässlich des Meetings im November 2018 wurde beschlossen, dass die Resultate der Surveys nur noch mit den am jeweiligen Survey teilnehmenden Unternehmen geteilt werden sollen und offengelegt werden soll, welche Unternehmen an der Umfrage teilgenommen haben.⁸²

50. Ein weiterer internationaler Austausch zu Löhnen und Lohnnebenleistungen fand im Gefäss des sog. **Global Benefits Council** statt. Im Rahmen dieses Global Benefits Council trafen sich internationale Grosskonzerne mindestens ab dem Jahr 2015 zu jährliche Treffen und es fanden zwischen den Teilnehmenden Umfragen per E-Mail statt. Besprochen wurden diverse Themen im Bereich Lohnnebenleistungen, namentlich Rentenbeiträge, Angebote von Finanzberatungsdienstleistungen, Geschäftsfahrzeuge, Sozialleistungen, Arbeitsplatzflexi-

bilität, Burnout-Prävention, Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (Abwesenheit vom Arbeitsplatz, Homeoffice, Tests, med. Dienstleistungen). Über die Art und Weise der Durchführung der Umfragen und insbesondere die Art der Weiterverbreitung und des Austauschs der Antworten fanden im Jahr 2015 und 2016 Diskussionen statt. So machten mehrere Unternehmen geltend, dass eine Teilnahme für sie nur möglich sei, wenn die Antworten anonymisiert zusammengefasst würden. Diese Einwände fanden keine Mehrheit und so wurden die Antworten per E-Mail an «Alle» von den teilnehmenden Unternehmen geteilt, wobei gewisse Unternehmen aufgrund dieser Praxis sich nicht an den Umfragen beteiligten. Teilweise erfolgten die Antworten auch einzig an das die Umfrage initiiierende Unternehmen, mit dem Hinweis, dass so wettbewerbsrechtliche Diskussionen vermieden werden könnten.⁸³

51. Unter der Bezeichnung **International Employee Benefits Association (IEBA)** wurden mindestens ab dem Jahr 2015 regelmässige Meetings und Veranstaltungen (belegt ist zudem ein Meeting im Jahr 2010) organisierte, an denen auch Externe teilnehmen können. Ab dem Jahr 2015 wurden jährlich ca. drei Meetings abgehalten. Themen waren u.a. die Aufhebung des Euro-Mindestkurses (2015), immaterielle Benefits (2017), Datensicherheit (2019), Remotearbeit (2021) und Gesundheit und Wohlbefinden (2022). Die tatsächlich ausgetauschten Informationen bzw. die genauen Inhalte der an den Veranstaltungen gehaltenen Referate sind nicht näher belegt bzw. dokumentiert.⁸⁴

52. Die internationalen branchenübergreifenden Austausche (A.3.8) gemäss vorstehenden Rz 49 bis 51 werden in der Bonusmeldung der Bonusmelderin [...] umschrieben.

A.3.9 Internationaler Austausch in der [...]branche

53. In der [...]branche besteht ab mindestens dem Jahr 2014 die [...]. Es fanden Umfragen per E-Mail sowie physische Treffen statt. Die [...] wird eng von Kartellrechtsanwältinnen und Kartellrechtsanwälten begleitet. So mussten Umfragen vorab den Kartellrechtsanwältinnen und Kartellrechtsanwälten vorgelegt werden, genauso auch die Folien von Präsentationen, die an den Treffen gehalten werden sollen. Die Umfrageantworten wurden von einer Dritten anonym zusammengefasst und es wurde darauf hingewirkt, dass ausschliesslich «Ja/Nein-Fragen» gestellt werden. Wegen der COVID-19-Pandemie fanden ab dem Jahr 2020 zuerst wöchentliche und dann im Zweiwochenrhythmus Telefonkonferenzen statt. Die Inhalte der Telefongespräche lassen sich gemäss Ausführungen der Bonusmelderin [...] nicht rekonstruieren. Umfragethemen waren namentlich Rentenpläne, «Wellness» (Impfkampagne, Stressmanagement, etc.), Feiertage (insbesondere mit Bezug auf Israel), Altersvorsorgepläne in Russland und Marokko und Krankenversicherungen. Im Jahr 2022 wurde von einem Drittanbieter eine anonymi-

⁸¹ Vgl. Act. [...].

⁸² Vgl. Act. [...] sowie Act. [...].

⁸³ Vgl. Act. [...].

⁸⁴ Vgl. zum Ganzen Act. [...].

sierte Aufstellung zu folgenden Themen zusammengestellt und geteilt: u.a. Pensionspläne, Versicherungen, Wellbeing, Geschäftsfahrzeuge, Arbeitszeit, Ausbildung, Essen, Ferien, Abwesenheiten (Mutterschaft, Vaterschaft, Todesfälle, etc.), Kündigungsbestimmungen.⁸⁵ Informationen hierzu enthält die Bonusmeldung der Bonusmelderin [...].

A.3.10 Individuelle Austausche

54. Basierend auf persönlichen Kontakten, häufig wohl hervorgehend aus einem der hiervor umschriebenen institutionalisierten Gruppe, fanden unter den Lernenden- und HR-Verantwortlichen regelmässig Informationsaustausche auf bilateraler oder multilateraler Ebene statt. Solche Informationsaustausche fanden entweder in der Form von «Quick Surveys» (hauptsächlich bei multilateralen Anfragen) oder als schlichte E-Mail-Anfrage statt. Erfragt wurden spezielle Themen im Bereich der Vergütung.⁸⁶ Individuelle Austausche werden ausführlich in den Bonusmeldungen der Bonusmelderin [...] beschrieben. Auch die Bonusmelderin [...] umschreibt in ihrer Bonusmeldung verschiedene individuelle bilaterale Austausche zwischen ihr und Drittunternehmen.

A.3.11 Internationale Entwicklung im Arbeitskartellrecht

55. Die kartellrechtliche Durchsetzung auf den Arbeitsmärkten hat in den letzten Jahren an Dynamik gewonnen. Dies aufgrund der Tatsache, dass die Behörden in den USA, Europa und Asien ein härteres Vorgehen gegen Unternehmen ankündigten, die durch Abwerbeverbote, Lohnabsprachen oder andere Praktiken den Wettbewerb um Arbeitskräfte einschränken. Die US-amerikanische Federal Trade Commission (FTC) berät über einen Regelungsvorschlag, der fast alle Wettbewerbsverbote nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbieten würde.⁸⁷ Gleichzeitig konzentrieren sich immer mehr Behörden rund um den Globus auf Arbeitsmarktfragen und machen Unternehmen darauf aufmerksam, dass Vergütungs- und Einstellungspraktiken verstärkt unter die Lupe genommen werden. Die jüngsten Entwicklungen unterstreichen die Notwendigkeit für Unternehmen, ihre Personalpolitik und -praxis zu überprüfen und sich auf neue Herausforderungen und potenzielle Auseinandersetzungen mit den zuständigen Behörden vorzubereiten.

56. In den USA wurde dieser Schwerpunkt bereits vor der Biden-Administration gesetzt, indem die FTC und die Kartellabteilung des Justizministeriums (DOJ) 2016 gemeinsame kartellrechtliche Leitlinien für Personalverantwortliche herausgaben, in denen sie davor warnten, dass wettbewerbswidrige Vereinbarungen wie Lohnabsprachen oder Abwerbeverbote strafrechtlich verfolgt werden können.⁸⁸ Die Botschaften und Durchsetzungsmassnahmen der Biden-Administration zum Schutz des Wettbewerbs auf den Arbeitsmärkten (vgl. beispielhaft nachfolgende Rz 57 und Rz 58) haben das Bewusstsein für diese Thematik zusätzlich geschärft und entsprechen dem globalen Trend.

57. Im Oktober 2022 gelang dem DOJ die erste strafrechtliche Verurteilung von VDA OC LCC, einem Personaldienstleister für das Gesundheitswesen, der mit einer Konkurrentin abgesprochen hatte, gegenseitig keine Pflegefachpersonen abzuwerben und keine vormals bei der

Konkurrentin tätig gewesene Personen einzustellen und die Löhne der Pflegefachpersonen nicht zu erhöhen.⁸⁹ Diese erste erfolgreiche Verurteilung war das Ergebnis einer wachsenden Zahl von zivil- und strafrechtlichen Klagen seit dem Jahr 2016.

58. Im Januar 2023 kündigte die FTC, wie bereits oben erwähnt (vgl. Rz 55), einen Regelungsvorschlag an, der, mit wenigen Ausnahmen, alle Vereinbarungen über Wettbewerbsverbote nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbieten würde. Dies ist die Reaktion der FTC auf drei Vollstreckungsverfahren gegen Unternehmen wegen Verstössen gegen Wettbewerbsverbote.

59. In Europa sind mehrere nationale Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich bereits aktiv geworden und haben Bekanntmachungen und Leitlinien zum Arbeitsmarkt veröffentlicht (z.B. UK und Portugal⁹⁰) und signalisierten, dass sie potenziell wettbewerbsbeschränkende Praktiken mit ins Visier nehmen wollen (z. B. in den Niederlanden⁹¹, Frankreich⁹² und Portugal⁹³).

60. Bereits wurden in verschiedenen europäischen Ländern Untersuchungen eröffnet, wie beispielsweise betreffend Fussballmannschaften in Portugal⁹⁴, Supermärkte in den Niederlanden⁹⁵, Personalberaterinnen und Personalberater in Ungarn⁹⁶, Privatschulen in Spanien⁹⁷, Immobilienagenturen in Litauen⁹⁸ sowie im Automobilsektor in Rumänien⁹⁹. Bei einige Untersuchungen wurden Hausdurchsuchungen durchgeführt und es gibt Anzeichen dafür, dass weitere Untersuchungseröffnungen folgen werden.¹⁰⁰

⁸⁵ Vgl. zum Ganzen Act. [...].

⁸⁶ Vgl. zum Ganzen Act. [...]; genannte Tabelle: Act. [...].

⁸⁷ Vgl. Act. [...].

⁸⁸ <https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p201000noncompeten-prm.pdf> (15.5.2024).

⁸⁹ <<https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl>> (15.5.2024).

⁹⁰ *United States v. VDA OC, LLC*, No. 2:21-cr-00098 (D. Nev. Okt. 27, 2022).

⁹¹ <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/Issues%20Paper_Labor%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy%20-%20EN.pdf> (15.5.2024).

⁹² <<https://www.acm.nl/en/publications/acm-warns-employers-non-hiring-arrangements-are-prohibited>> (15.5.2024).

⁹³ <<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/le-rapporteur-general-de-l'autorité-de-la-concurrence-notifie-des-griefs>> (15.5.2024).

⁹⁴ <<https://www.concorrenca.pt/en/articles/ad-c-issues-statements-objections-anticompetitive-agreement-labour-market-first-time>> (15.5.2024).

Die damalige Chefökonomin und heutige Präsidentin der portugiesischen Wettbewerbsbehörde, Ana Sofia Rodrigues, wies zudem anlässlich einer Paneldiskussion anlässlich einer OECD-Konferenz im Februar 2023 darauf hin, dass eine strenge Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf den Arbeitsmärkten dazu beitragen könne, die u.a. durch den Arbeitskräftemangel verursachte Inflation zu bekämpfen. <<https://www.oecd-events.org/competition-open-day-2023/session/1c5f9bf2-f44e-ed11-819a-000d3a45c4a7/panel-3-competition-and-inflation>> (27.6.2024). Video ab 55:30.

⁹⁵ <<https://www.concorrenca.pt/en/articles/ad-c-issues-sanctioning-decision-anticompetitive-agreement-labour-market-first-time>> (15.5.2024).

⁹⁶ <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beeindigt-onderzoek-naar-mogelijk-loonkartel-supermarkten-vanwege-cao-akkoord>> (15.5.2024).

⁹⁷ <https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press-releases-2020/the-gvh-cracked-down-on-a-cartel-and-imposed-a-fine-of-huf-1-billion-on-hr-consultants> (15.5.2024).

⁹⁸ <https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/ac-tuacions/20230926_ndp_109_2021_eng.pdf> (15.5.2024).

⁹⁹ <<https://kt.gov.it/en/news/real-estate-agencies-agreed-not-to-compete-for-clients-and-employees>> (15.5.2024).

¹⁰⁰ <<https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2022/01/investigatie-piata-muncii-ian-2022-English.pdf>> (15.5.2024).

61. Auch auf EU-Ebene gewinnt das Thema zunehmend an Bedeutung. So bezeichnete ein hochrangiger EU-Beamter im Juni 2022 Abwerbeverbote als einen Bereich, der für die Durchsetzung von Vorschriften von Interesse ist, und Anfang Februar 2023 bekräftigte die Exekutivvizepräsidentin Margrethe Vestager erneut die klare Botschaft, dass die Kommission diesen Bereich beobachte und führte aus, auch wenn Wettbewerbsverbote in der EU noch nicht weit verbreitet seien, werde die Kommission nicht zögern, tätig zu werden, wenn sie davon erfährt.¹⁰¹ Im Mai 2024 publizierte die Europäische Kommission den Competition policy brief «Antitrust in Labour Markets» und nahm darin eine wettbewerbsrechtliche Einordnung von Lohnabsprachen und Abwerbeverboten vor.¹⁰²

62. Im Vereinigten Königreich hat die Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde (Competition and Markets Authority, CMA) ebenfalls potenzielle Bedenken hinsichtlich des Wettbewerbs auf den Arbeitsmärkten geäußert und dabei den Schutz der Arbeitnehmenden in den Mittelpunkt gestellt. Anfangs Februar 2023 veröffentlichte die CMA Materialien, um die Einhaltung der Vorschriften durch die Unternehmen zu fördern und die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber an ihre gesetzlichen Verpflichtungen zur Vermeidung wettbewerbswidriger Praktiken (einschliesslich Abwerbeverbote, Lohnabsprachen und illegaler Informationsaustausch) zu erinnern, die sich negativ auf die Entlohnung, die Mobilität und die Wahlmöglichkeiten der Arbeitnehmenden sowie auf die Expansionsmöglichkeiten der Unternehmen auswirken können.¹⁰³ Der derzeitige Schwerpunkt der britischen Regierung auf die Verbesserung der Arbeitsmarktbeteiligung und die Schliessung von Qualifikationslücken zur Förderung des Wirtschaftswachstums wird voraussichtlich die Durchsetzungsmassnahmen der CMA stärken.

63. Im Mai 2023 hat die kanadische Wettbewerbsbehörde Durchsetzungsrichtlinien veröffentlicht, die Lohnabsprachen und Abwerbeverbote unter Strafe stellen. Personen, die gegen das Verbot verstossen, können zu einer Freiheitsstrafe von bis zu 14 Jahren oder einer Geldstrafe oder kumulativ zu einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe verurteilt werden.¹⁰⁴

64. Die Entwicklungen in Asien deuten ebenfalls auf eine Fokussierung der Wettbewerbsbehörden auf den Arbeitsmarkt hin. So hat die Japan Fair Trade Commission (JFTC), die früher Beschäftigungsfragen von der Durchsetzung des Kartellrechts ausgeklammert hatte, im Jahr 2018 einen Bericht veröffentlicht, wonach bestimmte Praktiken wie Abwerbeverbote, Wettbewerbsverbote, Gehaltskartelle und der Missbrauch einer überlegenen Verhandlungsposition gegenüber Angestellten oder Freiberuflerinnen und Freiberuflern gegen das Kartellrecht verstossen könnten.¹⁰⁵

65. Auch andernorts in Asien haben Wettbewerbsbehörden und/oder Gerichte gezeigt, dass sie bereit sind, gegen wettbewerbswidrige Praktiken auf den Arbeitsmärkten vorzugehen. So veröffentlichte die Wettbewerbskommission von Hongkong (HKCC) 2018 eine Bekanntmachung, in der sie darauf hinwies, dass bestimmte beschäftigungsbezogene Praktiken (z.B. Abwerbeverbote, Lohnfestsetzung oder Festlegung anderer Beschäftigungsbedingungen wie Sozialleistungen und Zulagen oder der Austausch wettbewerbsrechtlich sensibler Informationen in

diesem Zusammenhang) Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken geben können.¹⁰⁶ Im Jahr 2022 veröffentlichte die HKCC ein weiteres Gutachten, in dem sie darauf hinwies, dass der Prozess gemeinsamer Verhandlungen und Ergebnisse zwischen Arbeitnehmerorganisationen (einschliesslich Gewerkschaften) und Gruppen von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern unter bestimmten Umständen Anlass zu Wettbewerbsbedenken im Arbeitssektor geben könne.¹⁰⁷

B Erwägungen

66. Zu prüfen ist, ob mit Blick auf den vorstehenden Sachverhalt Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellrechts bestehen. Nicht zu prüfen ist im Rahmen der Vorabklärung, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen (vgl. Art. 26 f. KG). In einer Vorabklärung, wie vorliegend, erfolgen im Vergleich zu einer Untersuchung weniger weitgehende Ermittlungen und die Beurteilung erfolgt nur in Hinblick auf Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Dies bedeutet, dass im Rahmen einer Vorabklärung keine abschliessende Beurteilung vorgenommen wird.

B.1 Geltungsbereich

67. Vorab ist die Frage zu klären, ob der «Arbeitsmarkt» in den Geltungsbereich bzw. den Anwendungsbereich des KG fällt oder ob der Arbeitsmarkt nicht dem KG unterstellt ist, letzteres mit der Folge, dass die Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich keinerlei Kompetenzen hätten.

B.1.1 Gesetzliche Grundlage

68. Die gesetzliche Regelung des Geltungsbereichs des KG findet sich in Art. 2 KG. Aus dem vorangestellten Zweckartikel des KG (Art. 1 KG¹⁰⁸) können keine direkten Rechte abgeleitet werden. Nichtsdestotrotz kommt diesem indirekt Eigenständigkeit zu, indem er eine Richtlinie für die Auslegung des KG darstellt.¹⁰⁹

¹⁰¹ <https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en> (15.5.2024).

¹⁰² <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_7877> (15.5.2024).

¹⁰³ European Commission, Competition policy brief, Antitrust in Labour Markets, Mai 2024, <https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en?file_name=kdak24002enn_competition_policy_brief_antitrust-in-labour-markets.pdf&prefLang=de> (17.5.2024).

¹⁰⁴ <<https://www.gov.uk/government/publications/avoid-breaking-competition-law-advice-for-employers>> (15.5.2024).

¹⁰⁵ <<https://competition-bureau.canada.ca/how-we-foster-competition/education-and-outreach/enforcement-guidelines-wage-fixing-and-no-poaching-agreements>> (15.5.2024).

¹⁰⁶ <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215_files/180215_3.pdf> (15.5.2024).

¹⁰⁷ <https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409_Competition_Commission_Advisory_Bulletin_Eng.pdf> (15.5.2024).

¹⁰⁸ <https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/AB_Joint_Negotiations_Eng.pdf> (15.5.2024).

¹⁰⁹ Art. 1 KG (Zweck): Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

69. Gemäss Zweckartikel soll mit dem Kartellgesetz nicht nur gegen volkswirtschaftlich schädliche, sondern auch gegen sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorgegangen werden. Diese «materielle Direktive» findet sich bereits in der verfassungsrechtlichen Kompetenznorm zur Bundeszuständigkeit für das Kartellrecht in Art. 96 Abs. 1 BV¹¹⁰. Die (Mit-)Prüfung der möglicherweise sozialen Schädlichkeit von Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne des KG ist somit notwendiger Teil der wettbewerblchen Analyse der Wettbewerbsbehörden.

70. Vor diesem Hintergrund sind die Wirksamkeit und Durchsetzung des «Kartellrecht[s] von grösstem öffentlichen Interesse: Es schützt den Wettbewerb, der Wohlstand, Wachstum und Innovation hervorbringt. Durch die Verhinderung ungerechtfertigter Transfers in Form von Kartell- und Monopolrenten ist das Kartellrecht von sich aus sozial».¹¹¹

71. Bereits aufgrund der ausdrücklichen materiellen Direktive in der BV und dem KG sowie der bisher formulierten Leitgedanken, ergeben sich Hinweise dazu, dass ausserhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgesehenen Verfahren und Instrumente, namentlich dem GAV-Ordnungssystem, arbeitsmarktbezogene Absprachen von Unternehmen unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen fallen. Auch wenn Raum für legitime Ausnahmen besteht, so im Einzelfall etwa auch bei Unternehmenszusammenschlüssen, Kooperationen oder Subunternehmerverhältnissen, soll der Grundsatz gelten, dass auch der Nachfragewettbewerb auf Arbeitsmärkten gegen beschränkende Vereinbarungen zu schützen ist.¹¹²

72. Dies vorausgeschickt, ergibt sich der persönliche und sachliche Geltungsbereich des Kartellrechts aus Art. 2 KG:

Art. 2 Abs. 1 KG: Das Gesetz 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^{bis} KG¹¹³: Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

73. Normadressaten des Kartellrechts sind Unternehmen im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs. Sämtliche Parteien, die von dieser Vorabklärung direkt betroffen sind, nehmen autonom am Wirtschaftsprozess teil, mithin stellen sie, gegebenenfalls als Konzern, Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Damit ist das Kartellrecht vorliegend in persönlicher Hinsicht anwendbar.

74. Arbeitnehmende sind demgegenüber keine Unternehmen; abhängige Arbeit wird nicht wirtschaftlich selbstständig erbracht (ein selbstständiger Nebenerwerb hingegen schon). Ebenso wenig haben Gewerkschaften, zumindest im Bereich ihrer Kernaufgaben, eine Unternehmensqualität im Sinne des Kartellgesetzes. Soweit sie die Interessen ihrer Mitglieder mit Bezug auf deren abhängiges Arbeitsverhältnis wahren, z. B. im Rahmen des GAV-Ordnungssystems, sind sie nicht wirtschaftlich tätig im

Sinne des Kartellrechts. Sobald aber eine Gewerkschaft darüberhinausgehend eine Tätigkeit ausübt, die als wirtschaftlich im Sinne des Kartellrechts gilt, namentlich das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, qualifiziert sie sich für diesen Teil ihres Angebots als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne und fällt dafür und insoweit in den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellrechts.

75. Es zeigt sich, dass das Angebot von abhängiger Arbeit mangels Unternehmensqualität nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellrechts fällt, die Nachfrage nach Arbeit, soweit diese von Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne ausgeht, hingegen schon; es wird auf die detaillierte Gesetzesauslegung von Art. 2 KG hier nach verwiesen.

76. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). In dieser Vorabklärung wird geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Informationsaustausche zwischen Unternehmen der Schweizerischen Finanzbranche und weiterer Branchen sowie branchenübergreifend über Löhne und Lohnbestandteile unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 KG darstellen. Das vorliegend beurteilte Verhalten fällt somit unter den sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Es wird auf die detaillierte Gesetzesauslegung von Art. 2 KG hier nach verwiesen.

77. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da diese in casu offensichtlich gegeben sind. Es geht um Sachverhalte, die sich in der Schweiz während der Geltung des aktuellen Kartellgesetzes zugetragen haben.

B.1.2 Auslegung von Art. 2 KG

B.1.2.1 Gesetzeswortlaut

78. Gemäss dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und der darin enthaltenen Legaldefinition enthält der Unternehmensbegriff die folgenden zwei wesentlichen Inhalte: Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und Unabhängigkeit von der Rechts- oder Organisationsform. Es wird also eine selbstständige Teilnahme am Wirtschaftsprozess vorausgesetzt. Eine Tätigkeit stellt nur dann eine «Teilnahme» dar, wenn diese auf dem Markt der Angebots- oder Nachfrage-seite zuzuordnen ist. Das Tatbestandsmerkmal «Teilnahme» besagt, dass eine Tätigkeit nur dann am Wirtschaftsprozess partizipiert, wenn sie auf einem bestimmten Markt Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter

¹¹⁰ DANIEL MOECKLI, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 1 N 5; BSK KG-BIRKHÄUSER (Fn 31), Art. 1 N 1.

¹¹¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

¹¹² ANDREAS HEINEMANN, Public Interest und Wettbewerbsschutz in der Schweiz, 2021, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Jahrbuch 2020, Köln, Carl Heymanns Verlag, 47-60, S. 60.

¹¹³ Vgl. HEINEMANN (Fn 30), S. 378.

zeitigt.¹¹⁴ Das Begriffspaar Güter und Dienstleistungen wird weder im Gesetz noch in den Materialien weiter konkretisiert. Dienstleistungen sind immaterieller Natur, Güter materieller Natur. Damit werden alle möglichen Arten von Produkten erfasst. Die zweite Komponente der Legaldefinition besagt, dass weder die Rechts- noch die Organisationsform für die Unternehmensqualität und damit für die Unterstellung unter das KG eine Rolle spiele.¹¹⁵

79. Der Gesetzeswortlaut enthält damit keine Einschränkung hinsichtlich des Arbeitsmarkts, womit auch dieser grundsätzlich in den Anwendungsbereich des KG fällt.

80. Die Ausführungen im Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG, wonach der Lernenden- und Praktikantinnen- und Praktikanten-Markt kein Wettbewerbsmarkt sei und weder das Anbieten von Lehrstellen und Praktikumsstellen noch die Nachfrage danach eine unternehmerische Tätigkeit darstellen, sind nicht überzeugend. Es trifft zwar zu, dass die Eigenheiten des schweizerischen Bildungssystems in Betracht gezogen werden müssen. So wird zu Recht geltend gemacht, dass es sich bei Lehrverhältnissen um Ausbildungsverhältnisse handelt, bei denen nicht die wirtschaftliche Leistung der Lernenden im Vordergrund stehen würde. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass als qualifizierendes Vertragselement des Lehrvertrags nach Art. 344a OR die fachgemässe Ausbildung gesetzlich vorgesehen ist (vgl. hiervor Rz 36). Es kann zudem festgehalten werden, dass für jede Berufslehre die jeweiligen Leistungsziele, Bildungsinhalte und deren Aufteilung auf drei Lernorte (Berufsschule, Lehrbetrieb, überbetriebliche Kurse) in öffentlich-rechtlichen Verordnungen und Bildungsplänen festgesetzt werden. Auch ist zu beachten, dass die öffentliche Hand hohe jährliche Beiträge für die Berufsbildung aufwendet, insbesondere für den Betrieb der Berufsschulen. Gleichwohl stellt die Ausbildung von Lernenden und Praktikantinnen und Praktikanten, die auf einem privat-rechtlichen Vertrag basiert, eine Tätigkeit für die Ausbildungsgesellschaften dar, die nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage abläuft. Bezeichnenderweise zitiert auch das Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG eine Kosten-Nutzen-Erhebung des Schweizerischen Observatoriums für Berufsbildung,¹¹⁶ wonach sich die Ausbildung von Lernenden für die Ausbildungsgesellschaften auch betriebswirtschaftlich lohnen muss, ansonsten keine Lernenden ausgebildet würden.^{117/118} Die Ausbildungsunternehmen fragen auf dem Markt nach Lernenden und Praktikantinnen und Praktikanten nach und treten in Konkurrenz mit anderen Ausbildungsunternehmen um die besten Lernenden sowie Praktikantinnen und Praktikanten.¹¹⁹

81. Die Voraussetzungen für die Bejahung einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinn von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sind damit bei der Ausbildung von Lernenden und der Anstellung von Praktikantinnen und Praktikanten gegeben. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gestützt auf den Gesetzeswortlaut weder der Arbeitsmarkt an sich noch die spezifische Ausbildung von Lernenden bzw. Praktikantinnen und Praktikanten vom Anwendungsbereich des KG ausgeschlossen sind.

B.1.2.2 Historische Auslegung

B.1.2.2.1 Allgemeines

82. Die Gesetzeswortlaute zum Geltungsbereich der Kartellgesetze haben sich in historischer Abfolge wie folgt entwickelt:

Art. 1 KG 1962¹²⁰: Das Gesetz ist anwendbar auf Kartelle und ähnliche Organisationen. Es ist nicht anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen.

Art. 1 KG 1985¹²¹: Das Gesetz ist anwendbar auf Kartelle und ähnliche Organisationen; es erfasst sowohl Unternehmen des privaten wie des öffentlichen Rechts (Abs. 1). Es ist nicht anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen (Abs. 2).

Art. 2 Abs. 1 KG 1995: Das Gesetz 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^{bis} KG¹²²: Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

¹¹⁴ In Kraft seit 1.4.2004.

¹¹⁵ BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 31), Art. 2 N 65 f.

¹¹⁶ DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 109), Art. 2 N 14 ff.

¹¹⁷ <https://www.ehb.swiss/sites/default/files/obs_ehb_bericht_kosten-nutzen.pdf> (nachfolgend: Kosten-Nutzen-Bericht) (2.4.2024).

¹¹⁸ Kosten-Nutzen-Bericht, S. 49, wonach als Grund für die Nichtausbildung insbesondere geltend gemacht wurde: «Der Nutzen der eigenen Ausbildung ist für uns zu gering.»

¹¹⁹ Gemäss dem Kosten-Nutzen-Bericht kann bei der Ausbildung zwischen investitionsorientierter und produktionsorientierter Ausbildung unterschieden werden. Bei der investitionsorientierten Ausbildung werden Lernende vor allem ausgebildet, um den eigenen Fachkräftenachwuchs sicherzustellen. Der Betrieb bemühe sich, seine künftigen Fachkräfte möglichst gut gemäss dem eigenen Bedarf auszubilden, und sei darum häufig bereit, während der Lehrzeit Nettokosten zu tragen. Diese würden mit der Übernahme der Lernenden und den daraus entstehenden Erträgen amortisiert. Bei der produktionsorientierten Ausbildungsstrategie versuche der Betrieb dagegen, alle Ausbildungskosten bereits während der Lehrzeit mit den Erträgen aus der produktiven Arbeit der Lernenden zu decken. Betriebe mit dieser Strategie seien nicht unbedingt auf die Weiterbeschäftigung der Lernenden nach deren Lehrabschluss angewiesen. Selbst wenn Lernende nach der Lehrzeit von einem anderen Betrieb abgeworben würden, habe sich die Ausbildung für sie gelohnt.

¹²⁰ Die potenziellen Lernenden wählen ihre Ausbildungsstätte auch unter Berücksichtigung der Anstellungsbedingungen aus. Der Wettbewerb um Lernende zeigen auch die unterschiedlichen Löhne bei den einzelnen Berufslehren. Die Löhne im ersten Lehrjahr belaufen sich gemäss der Zusammenstellung auf berufsberatung.ch von weniger als CHF 500 (Grafiker EFZ: CHF 400; Fotograf EFZ: CHF 400; Tiermedizinischer Praxisassistent EFZ: CHF 452) bis über CHF 1'000 (Geflügelfachmann EFZ: ab CHF 1'100; Gemüsegärtner EFZ: CHF 1'100; Koch EFZ: CHF 1020).

¹²¹ Bundesgesetz vom 20.12.1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen (in Kraft vom 15.2.1964 bis 1.7.1986).

¹²² Bundesgesetz vom 20.12.1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz, KG, in Kraft vom 1.7.1986 bis 1.2.1996).

83. In dem geltenden Kartellgesetz von 1995 wurde der Anwendungsvorbehalt zugunsten der ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffenden Abreden aus Art. 2 KG, welcher heute den Geltungsbereich des Kartellgesetzes umschreibt, was zuvor in den Art. 1 KG 1962 und KG 1985 erfolgte, gestrichen.

B.1.2.2.2 Botschaft KG 1962

84. Die Botschaft KG 1962¹²³ hält fest, Art. 1 sehe keine Ausnahmen für bestimmte Berufsarten vor. Abgesehen von der Mitwirkung der Gewerkschaften würden unter das Gesetz, soweit sie an einem Kartell oder an einer ähnlichen Organisation beteiligt sind, Unternehmer im weitesten Sinne des Wortes (Industrie- Unternehmungen, Betriebe des Gross- und Kleinhandels, Verkehrsbetriebe, andere Dienstleistungsbetriebe, Handwerker, Bauern, Freierwerbende) fallen. Eine Ausnahme beispielsweise für die liberalen Berufe wäre nicht am Platze, denn es sei nicht zum vornherein ausgeschlossen, dass auch in diesen Berufen private Abmachungen unerwünschte Auswirkungen zeitigen würden.¹²⁴

85. In den Bemerkungen zu Art. 1 führt die Botschaft KG 1962 aus, dass der Entwurf nur Wettbewerbsbeschränkungen am Gütermarkt, der sich auf Waren und Unternehmerleistungen beziehe, erfasse. Gemäss expliziter Ausnahme würden Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die lediglich das Arbeitsverhältnis betreffen, dem Gesetz nicht unterstehen. «Jene Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge, die sich auf die Regelung der Arbeitsverhältnisse beziehen, sowie die Mittel des Arbeitskampfes (Streik und Gegenmassnahmen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber) sind daher ausgenommen. Wohl aber ist das Gesetz anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren von Arbeitnehmerverbänden, soweit sie Auswirkungen auf den Gütermarkt vorsehen, zum Beispiel die Sperre von Arbeitskräften gegenüber einer Unternehmung, die Kartellpreise nicht einhält.»¹²⁵

B.1.2.2.3 Botschaft KG 1985

86. Im Kapitel Übersicht der Botschaft KG 1985¹²⁶ wird ausgeführt, dass das vorliegende Gesetz formell eine Totalrevision, materiell eine Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 darstelle. Der sachliche Geltungsbereich sei weiterhin auf den Markt für Waren, Kapital und Dienstleistungen beschränkt. «Der Arbeitsmarkt ist ausgeschlossen».¹²⁷

87. Der Botschaft KG 1985 kann entnommen werden, dass hinsichtlich der Revision des KG verschiedene Anliegen vorgebracht worden seien, die im Gesetzesentwurf keinen Niederschlag fänden, so beispielsweise der Einbezug des Arbeitsmarktes. In der Expertenkommission sei der Minderheitsantrag vorgelegen, den Arbeitsmarkt in den sachlichen Geltungsbereich des KG einzubeziehen, durch Streichung des zweiten Satzes von Art. 1 KG 1962. Im Vernehmlassungsverfahren hätten sich vor allem Kreise der Arbeitgeberschaft für den Einbezug des Arbeitsmarktes ausgesprochen, während sich die Arbeitnehmenden zum Teil vehement gegen diese Forderung gerichtet hätten. Es wird festgehalten, dass bereits die Preisbildungskommission in ihrem Bericht «Kartelle und Wettbewerb in der Schweiz»¹²⁸ einlässlich begründet habe, weshalb sich eine begriffliche Unterscheidung und

eine getrennte Betrachtung von Kartellen und Gewerkschaften aufdränge. Es sei von der Preisbildungskommission in ihrem Bericht betont worden, dass für das Angebot von Arbeitskraft besondere Bedingungen bestehen: «Die Anbieter von Arbeitskraft (jedenfalls die nicht besonders qualifizierten) sind in der Regel derart zahlreich und daher als einzelne einflusslos, dass sie sich ohne gewerkschaftliche Betreuung sozusagen in einem Zustand der «atomischen Konkurrenz» befinden, was bei keiner anderen Erwerbsgruppe derart ausgeprägt der Fall ist». Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Frage, ob nicht auch der Arbeitsmarkt in den Geltungsbereich des KG einbezogen werden solle, auch heute noch zu verneinen sei. Neben grundsätzlichen Bedenken der Verfassungsmässigkeit wird die Unterschiedlichkeit von Güter- und Arbeitsmarkt genannt und dass die Bestimmungen des KG, die auf den Gütermarkt zugeschnitten seien, sich nicht ohne weiters auf den Arbeitsmarkt übertragen lassen würden. Weiter wird zur Begründung festgehalten: «Falls es nötig sein sollte, den Missbrauch von kollektiver Macht auf dem Arbeitsmarkt zu steuern, ist dies im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts zu prüfen». Abschliessend hält die Botschaft KG 1985 zu diesem Thema fest, dass das Gesetz nur dann nicht anwendbar sei, wenn Abreden oder Vorkehren ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen würden.¹²⁹

B.1.2.2.4 Gesetzesmaterialien KG 1995

B.1.2.2.4.1 Botschaft

88. Die Botschaft KG 1995¹³⁰ führt aus, dass der Geltungsbereich im Gesetzesentwurf weit umschrieben sei. Es würden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben könne. Die inhaltlich weite Ausgestaltung der Bestimmungen über den Geltungsbereich erfolge in der Absicht, Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung für die gesamte Wirtschaft nach einem einheitlichen Prüfungsrahmen zu beurteilen. «Für die Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines unternehmerischen Verhaltens sollen nicht irgendwelche formelle Geltungsbereichskriterien, sondern allein die materiellen Gesichtspunkte des Gesetzes entscheidend sein.»¹³¹

¹²³ In Kraft seit 1.4.2004.

¹²⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18.9.1961, BBl. 1961 (113. Jahrgang), II, (nachfolgend: Botschaft KG 1962), S. 553 ff.

¹²⁵ Botschaft KG 1962 (Fn 123), S. 568.

¹²⁶ Botschaft KG 1962 (Fn 123), S. 571.

¹²⁷ Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl. 1981 (nachfolgend: Botschaft KG 1985), S. 1293 ff.

¹²⁸ Botschaft KG 1985 (Fn 126), S. 1294.

¹²⁹ Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes, Bern 1957.

¹³⁰ Botschaft KG 1985 (Fn 126), S. 1319 ff.

¹³¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl. 1995 I 533 ff (nachfolgend: Botschaft KG 1995).

89. Zum sachlichen Geltungsbereich wird in der Botschaft KG 1995 festgehalten, dass der sachliche Geltungsbereich an den Unternehmensbegriff anknüpfe. Angesprochen seien demnach diejenigen Marktteilnehmer, die sich als Anbieter oder als Nachfrager selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. «Im Sinne einer ökonomischen Begriffsausrichtung wird mit der Verwendung des Unternehmensbegriffs klargestellt, dass weder Konsumenten noch Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden.» Der im geltenden Kartellgesetz enthaltene ausdrückliche Vorbehalt zugunsten von Verträgen, Beschlüssen und Vorgehen, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen würden, sei durch die Neuformulierung des Geltungsbereichs nicht mehr notwendig. Auch ohne ausdrückliche Ausnahmebestimmung würden durch den Gesetzesentwurf Abreden, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen, nicht erfasst. Das Gesetz sei jedoch anwendbar zur Beurteilung von Massnahmen auf dem Arbeitsmarkt, die lediglich Vehikel unerlaubter Abreden auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt seien, wie beispielsweise die Behinderung Dritter durch das Sperren von Arbeitskräften.¹³²

B.1.2.2.4.2 Wortmeldungen Nationalrat

90. Der Nationalrat hat den Gesetzesentwurf als Erstrat am 6. Juni 1995 behandelt¹³³.

91. Der Berichterstatter der vorberatenden Kommission, Elmar Ledergerber, führte in seinen einleitenden Ausführungen aus, dass die Kommission einstimmig der Auffassung sei, dass das Kartellgesetz auf vertragliche Regelungen und Vereinbarungen der Sozialpartner, insbesondere auf Gesamtarbeitsverträge, keine Anwendung finde.¹³⁴

92. Pascal Couchepin, ebenfalls als Sprecher für die Kommission, machte folgende Bemerkung zu den Gesamtarbeitsverträgen: «même si la logique l'avait justifié, les conventions collectives de travail ne sont pas soumises à la loi sur les cartels. En les soumettant, nous aurions provoqué une bataille politique disproportionnée avec le résultat.»¹³⁵

93. Als Sprecher der freisinnig-demokratischen Fraktion führte Georg Stucky aus, sie seien etwas enttäuscht, dass zwei Punkte nicht in die Revision einbezogen worden seien. Auf der einen Seite der Arbeitsmarkt, denn auch hier, etwa bei Gesamtarbeitsverträgen, seien durchaus monopolistische Tendenzen seitens der Personalverbände oder der Gewerkschaften zu erkennen. «Solche Absprachen können sich volkswirtschaftlich negativ auswirken; vor allem stören sie den sozialen Frieden. Wir sind aber Realisten und sind uns bewusst, dass vermutlich heute noch einige verfassungsrechtliche Hindernisse bestehen. Wir drängen darum jetzt nicht darauf, dass auch der Arbeitsmarkt einbezogen wird.»¹³⁶

94. Jean-Michel Gros führte zum Geltungsbereich aus: «Les libéraux se demandent, (...), s'il est encore justifié d'exclure du champ d'application de la loi les conventions collectives de travail. Nous n'ignorons pas les implications socioéconomiques qu'aurait l'éventuelle décision de les y inclure, mais nous aurions souhaité une discussion plus approfondie à ce sujet, car il est indéniable que certaines des ces conventions, en particulier celles qui bénéficient

de la force obligatoire, sont susceptibles d'entraver notablement la libre concurrence sur le marché du travail. Le sujet est sans doute délicat, le terrain miné, et en définitive, il nous paraît risqué de mettre en péril l'ensemble d'une loi si urgente pour la revitalisation de l'économie en soumettant les accords relatifs aux rapports de travail à l'examen de la Commission de la concurrence».¹³⁷

95. Bei der Detailberatung der einzelnen Artikel des KG wurde zu Art. 2 KG das Wort nicht mehr ergriffen. Gemäss Antrag der Kommission wurde die Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates erteilt.¹³⁸

B.1.2.2.4.3 Wortmeldungen Ständerat

96. Die Revision des Kartellgesetzes wurde im Ständerat am 20. September 1995 behandelt.¹³⁹

97. Frau Rosmarie Simmen, Berichterstatterin der Kommission, führte aus, unter «Verschiedenes» sei anzufügen, dass der Geltungsbereich des Gesetzes sich auf Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts erstreckte und weder die Arbeitnehmer noch die Konsumenten umfasse.¹⁴⁰

98. Herr Hubert Reymond führte aus: «Si l'on admet que, dans toutes les entreprises, le prix du produit ou des services est une résultante de la combinaison du travail et du capital, donc de la main-d'œuvre et des investissements, il faut craindre que le fait de ne pas inclure ni sanctionner les conventions collectives de travail dans la loi sur les cartels aura pour conséquence de favoriser la recherche de l'investissement optimum au détriment de l'emploi, cela à court et moyen termes. C'est, hélas - nous en avons été convaincus -, le prix qu'il faut payer pour assurer, à long terme cette fois-ci, le développement du pays grâce au renforcement de sa capacité de concurrence internationale qui devient l'élément primordial.»¹⁴¹

99. Bei der Detailberatung wiederholte Rosmarie Simmen, dass Arbeitnehmer oder Konsumenten nicht unter den Geltungsbereich des KG fallen. «Artikel 2 steckt den Geltungsbereich des Gesetzes ab und hält klar fest, dass nur Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts anvisiert sind, nicht aber Arbeitnehmer oder Konsumenten.» Es wurden zu Artikel 2 keine Wortmeldungen ergriffen und der Antrag der Kommission auf Zustimmung zum Beschluss des Nationalrates wurde angenommen.¹⁴²

¹³² Botschaft KG 1995 (Fn 130), Ziff. 222, S. 533.

¹³³ Botschaft KG 1995 (Fn 130), Ziff. 222.1, S. 533 f.

¹³⁴ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB), 1995 III S. 1057 bis 1075, Kartellgesetz, Revision, Nationalrat, Geschäftsnummer 94.100.

¹³⁵ AB 1995 III S. 1058.

¹³⁶ AB 1995 III S. 1058.

¹³⁷ AB 1995 III S. 1061.

¹³⁸ AB 1995 III S. 1065.

¹³⁹ AB 1995 III S. 1070.

¹⁴⁰ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB), 1995 IV S. 845 bis 870, Kartellgesetz, Revision, Ständerat, Geschäftsnummer 94.100.

¹⁴¹ AB 1995 IV S. 846.

¹⁴² AB 1995 IV S. 847.

B.1.2.2.5 Beurteilung

100. Der explizite Anwendungsvorbehalt wie noch im KG 1962 und KG 1985 für Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen, steht im KG 1995 nicht mehr. Das könnte mit Blick auf die vormaligen Diskussionen zum KG 1985, durch genau diese Streichung den ganzen Arbeitsmarkt neu in den sachlichen Geltungsbereich des KG einzubeziehen, so verstanden werden, dass der Arbeitsmarkt nun tel quel in den sachlichen Geltungsbereich des KG 1995 fällt. Die Materialien zum KG 1995 zeigen jedoch, dass trotz der Neuformulierung des Geltungsbereichs davon Arbeitnehmende (und Konsumentinnen und Konsumenten) weiterhin nicht erfasst sind (vgl. hiervor B.1.2.2.4).

101. Die Feststellung, dass Arbeitnehmende nicht vom Geltungsbereich des KG erfasst sind, lässt aber nicht den Schluss zu, dass sämtliche Abreden, die sich auf Arbeitnehmende beziehen, nicht in den Geltungsbereich des KG fallen. Die Wortmeldungen bei den Beratungen des KG sowohl im Nationalrat als auch im Ständerat können einzig so verstanden werden, dass Abreden zwischen Sozialpartnern oder alleine unter Arbeitnehmenden nicht unter das KG fallen sollen. Diskutiert wurde nur die Behandlung der von Gewerkschaften ausgehandelten Gesamtarbeitsverträge. Sowohl Elmar Ledergerber als auch Pascal Couchepin (beide als Sprecher der vorberatenden Kommission) sprachen nur von «Vereinbarungen der Sozialpartner, insbesondere Gesamtarbeitsverträgen» bzw. von «les conventions collectives de travail». Auch von den National- und Ständeräten in den Beratungen zum Geltungsbereich des KG wurde einzig zur Diskussion gestellt, ob der Ausschluss des Anwendungsbereichs auf Gesamtarbeitsverträge tatsächlich gerechtfertigt sei (Jean-Michel Gros und Hubert Reymond). Nichts anderes kann aus der Wortmeldung von Georg Stucky geschlossen werden. Obwohl dieser den Ausschluss des «Arbeitsmarktes» vom Geltungsbereich des KG nennt, grenzt dieser in seinen Ausführungen diesen Begriff selber dahingehend ein, dass er mit Arbeitsmarkt Absprachen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und insbesondere Gesamtarbeitsverträge versteht.

102. JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB in seinem nach Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung erschienenen Artikel «Le droit des cartels ne s'applique pas au droit du travail»¹⁴³ vertritt die Meinung, dass das KG auf individuelle Arbeitsverhältnisse («relations individuelles de travail») nicht anwendbar sei. Gemäss JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB sei das KG gestützt auf einen klaren und bewussten Entscheid des Gesetzgebers nicht auf Arbeitsverhältnisse anwendbar. Zur Begründung wird festgehalten: «Il convient toutefois d'examiner la portée de la dernière phrase de l'argumentation du Message de 1995 qui stipulait que « ... la loi s'applique pleinement aux mesures qui, prises sur le marché du travail, ne servent qu'à imposer des accords illicites sur le marché des biens et des services, comme par exemple les entraves résultant de la mise à l'index d'employés. »¹⁴⁴ Nach Schwaab sei es aus seiner Sicht nicht möglich, daraus zu schliessen, dass der Gesetzgeber die Absicht gehabt hätte, Vereinbarungen zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern betreffend Arbeitsverhältnisse dem Kartellgesetz zu unterstellen. Es gehe hier um rechtswidrige Absprachen, was sowohl

Informationsaustausche als auch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen und Löhne klar nicht seien. «Au contraire, il s'agit là d'un usage largement répandu dans tous les pans de l'économie, qui est très souvent une première étape des négociations qui relèvent du partenariat social et qui ne saurait donc être considéré comme illicite. En outre, le Message faisait explicitement référence au marché *des biens et services* et non à celui *des facteurs de production*, lequel, comme évoqué plus haut, n'est pas concerné par la législation sur les cartels ».

103. Die historische Auslegung von Art. 2 KG gestützt auf die Materialien zum KG führt zum Ergebnis, dass einzig Abreden zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und Arbeitnehmenden (namentlich in Form von Gesamtarbeitsverträgen) und von Arbeitnehmenden unter sich nicht unter die Bestimmungen des KG fallen. Dafür, dass auch Abreden zwischen verschiedenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern betreffend Arbeitnehmenden nicht in den Geltungsbereich/Anwendungsbereich des KG fallen sollen, finden sich in den Materialien keine Hinweise. Wird der Arbeitsmarkt genannt, welcher vom Geltungsbereich/Anwendungsbereich ausgeschlossen ist, sind stets Abreden gemeint, an welchen sowohl Arbeitnehmende als auch Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber beteiligt sind. Daran vermögen auch die Ausführungen von JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB nichts ändern. Der von ihm zitierte Halbsatz aus der Botschaft KG 1995 darf nur im Gesamtzusammenhang gelesen werden. Es wird nämlich in der Botschaft KG 1995 mit Blick auf den Unternehmensbegriff festgehalten, dass ein expliziter Vorbehalt für Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, die ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen, nicht mehr notwendig sei. Mit dem von JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB zitierten Halbsatz wird zusätzlich, aber nur im Sinne eines Umgehungsverbots klargestellt, dass Abreden, welche zwar in einen Gesamtarbeitsvertrag aufgenommen wurden, faktisch aber nicht das Arbeitsverhältnis betreffen, unter den Anwendungsbereich des KG fallen. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Arbeitnehmende sollen die Anwendbarkeit des KG nicht aushebeln können, nur weil sie eigentlich unzulässige Abreden in einen Gesamtarbeitsvertrag aufnehmen.

104. Die historische Auslegung des KG lässt auch den Schluss von JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB nicht zu, dass Produktionsfaktoren vom Anwendungsbereich des KG ausgeschlossen seien. Der Botschaft KG 1995 kann vielmehr entnommen werden, dass der Wettbewerb im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung eine Reihe grundlegender Funktionen erfülle. Der Wettbewerb steuere das Angebot gemäss den Käuferpräferenzen, er führe zu einem effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren, er schaffe Anreize zu bestmöglicher Leistung, er fördere die Produkt- und Prozessinnovation und er zwingen zur Anpassung an sich verändernde Daten. Es sei vorrangiges

¹⁴³ AB 1995 IV S. 852.

¹⁴⁴ JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Le droit des cartels ne s'applique pas au droit du travail, in : Jusletter vom 20.2.2023.

Ziel der Wettbewerbspolitik auf den Güter- und Faktormärkten die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich wirksamer (funktionsfähiger) Wettbewerb ergeben könne.¹⁴⁵

105. Dieses Auslegungsergebnis (Rz 103 hiavor) lässt sich bei genauerem Hinsehen auch mit den Botschaften zu den KG 1962 und KG 1985 stützen. Soweit es nämlich um den Anwendungsvorbehalt von den jeweiligen Art. 1 geht, wird stets Bezug auf ein Verhältnis zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern genommen. Im Mittelpunkt der Diskussion standen jeweils die Gewerkschaften als mögliche Kartelle und Monopole. Der Anwendungsvorbehalt wurde auch schwerpunktmässig mit dem Kräfteverhältnis zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern begründet, wonach es den Arbeitnehmenden möglich sein müsse, ihre Kräfte zu bündeln. Hingegen konnten Absprachen zwischen verschiedenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern bereits auch unter dem KG 1962 und 1985 in deren Anwendungsbereich fallen, so bspw. das Sperren von Arbeitskräften.

106. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die historische Auslegung von Art. 2 KG nicht zum Ergebnis führt, dass Absprachen, die den Arbeitsmarkt betreffen, in jedem Fall vom Anwendungsbereich des KG ausgeschlossen sind. Einzig Vereinbarungen der Sozialpartner, insbesondere Gesamtarbeitsverträge, sollen gemäss der historischen Auslegung nicht in den Anwendungsbereich des aktuellen KG fallen. Demgegenüber findet das KG insbesondere auf Vereinbarungen betreffend das Arbeitsverhältnis zwischen verschiedenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern grundsätzlich Anwendung.

107. Das vorstehend hergeleitete Auslegungsergebnis, wonach Absprachen, die das Arbeitsverhältnis betreffen, zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern in den Geltungsbereich des KG fallen, entspricht auch den geäusserten Meinungen in der neusten Literatur und veröffentlichten Fachartikeln. So hält PETER GEORG PICT fest: «Ohnehin gilt Kartellrecht, wenn Unternehmen hinsichtlich ihres Verhaltens als Arbeitgeber untereinander wettbewerbswidrige Absprachen treffen, etwa dahingehend, dass sie sich gegenseitig keine Arbeitnehmer abwerben (no poach agreements)».¹⁴⁶ Auch ALLEGRA ARNOLD vertritt dieselbe Meinung und führt aus, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (im Gegensatz zu Arbeitnehmenden) Unternehmen im Sinne des KG sind, sofern sie als Nachfrager von Arbeit und Anbieter von Produkten oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess teilnehmen. Folglich unterliege eine Koordination zwischen zwei oder mehreren Unternehmen im Hinblick auf die Beschäftigung (bzw. die Nicht-Beschäftigung im Fall eines Abwerbe- oder Anstellungsverbots) sowie die Arbeitsbedingungen ihrer Arbeitnehmenden grundsätzlich – ausserhalb der Verhandlungen von Gesamtarbeitsverträgen – der kartellrechtlichen Überprüfung.¹⁴⁷ In der EU ist die Rechtslage vergleichbar (vgl. eingehend Rz 108 ff. nachfolgend). Die kollektive Verhandlung von Löhnen und Arbeitsbedingungen im Rahmen der grundrechtlich gewährleisteten Sozialpartnerschaft ist der Anwendung des Kartellrechts entzogen. Darauf bezogene Vereinbarungen zwischen Tarifvertragsparteien (entspricht weitestgehend den Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz) sind keine Kartelle im Rechtssinn. «Anders verhält es sich, wenn Unternehmen

lohn- oder sonstige arbeitsbezogene Absprachen treffen, die ausserhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgesehenen Verfahren zustande kommen. Auf sie ist das Kartellrecht in vollem Umfang anwendbar».¹⁴⁸

B.2 Rechtsvergleich Europäische Union

108. Nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹⁴⁹ (nachfolgend: AEUV) sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb im Binnenmarkt einschränken, insbesondere wenn sie unmittelbar oder mittelbar An- oder Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen festsetzen, verboten. Gemäss Art. 3 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union¹⁵⁰ (nachfolgend: EUV) wirkt die Union auf eine in hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hin, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt. Die EU trägt bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Massnahmen namentlich den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung (vgl. Art. 9 AEUV). In diesem Sinn erkennt die EU die Wichtigkeit des sozialen Dialogs und von Tarifverhandlungen an und verpflichtet sich gemäss Art. 152 AEUV, den sozialen Dialog zu fördern und dabei die Autonomie der Sozialpartner zu achten. In Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁵¹ wird das Recht auf Tarifverhandlungen und Kollektivmassnahmen anerkannt.¹⁵²

109. Der Gerichtshof der EU hat unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Ziele der Union im Zusammenhang mit Tarifverträgen zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und Arbeitnehmenden in der Rechtssache *Albany* entschieden, dass mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden und sie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen notwendig sind.¹⁵³ Die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und Arbeitnehmenden zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen (einschliesslich der Bezahlung) geschlossenen Verträge fallen daher aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 101 AEUV und verstossen somit nicht gegen

¹⁴⁵ Das Zitat entspricht dem letzten Satz von Rz 98.

¹⁴⁶ Botschaft KG 1995 (Fn 130), S. 472.

¹⁴⁷ PETER GEORG PICT, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Band V/2, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Auflage 2023, Rz 32.

¹⁴⁸ ALLEGRA ARNOLD, «Battle for talents»: Arbeitsmarktbezogene Abreden im Schweizerischen Kartellrecht, Aktuelle Entwicklungen und Ansätze zu einer materiellen Beurteilung unter Schweizer Recht, SZK 3/2022, S. 114–124, S. 118.

¹⁴⁹ Vgl. HEINEMANN (Fn 30), S. 375.

¹⁵⁰ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT>> (2.4.2024).

¹⁵¹ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>> (2.4.2024).

¹⁵² <<http://fra.europa.eu/de/eu-charter>> (2.4.2024).

¹⁵³ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 30.9.2022, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen (2022/C 374/02), Ziff. 3 und Ziff. 4.

das Wettbewerbsrecht der Union (sog. Albany-Ausnahme). Die Kommission anerkennt, dass Tarifverhandlungen und der Abschluss von Tarifverträgen ein gewisses Mass an Koordination zwischen den verschiedenen Parteien auf jeder Verhandlungsseite von Tarifverhandlungen und dem Abschluss des Tarifvertrags voraussetzt. Diese Koordinierung kann in Form einer Vereinbarung oder eines Informationsaustauschs zwischen den Parteien auf beiden Seiten erfolgen, um über eine gemeinsame Vorgehensweise in Bezug auf den Gegenstand (Arbeitsbedingungen) und/oder die Form der Verhandlungen (z.B. multilateral oder durch Ernennung von Vertretern) zu entscheiden. Soweit eine solche Koordination für die Verhandlung oder den Abschluss des Tarifvertrags notwendig und verhältnismässig ist, wird sie genauso behandelt wie der Tarifvertrag, mit dem sie im Zusammenhang steht. Von der Freistellung von Art. 101 AEUV gemäss der Albany-Rechtsprechung und der Mitteilung der Kommission ausgenommen sind Beschlüsse von Vereinigungen oder Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen ausserhalb von Tarifverhandlungen.¹⁵⁴

110. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich Zweierlei: Das europäische Kartellrecht ist auf Arbeitnehmende und auf die Kerntätigkeit von Gewerkschaften, nicht anwendbar. Wettbewerbsbeschränkungen, die kollektiven Verhandlungen der Sozialpartner im Rahmen der primärrechtlich garantierten Sozialpolitik *inhärent* sind, sind vom Kartellverbot ausgenommen. Inhärenz ist gegeben, wenn es bei Tarifverhandlungen zwischen Sozialpartnern um die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geht, nicht aber z. B. bei Regelungen über Ladenschlusszeiten oder bei der Koordination von Produktpreisen oder Absatzgebieten. Tarifverträge dürfen also kein Deckmantel für Kartelle sein. Es ist für jedes Vertragselement separat zu prüfen, ob es sich um einen legitimen kollektivarbeitsrechtlichen Verhandlungsgegenstand handelt oder nicht. Treffen Unternehmen Absprachen ausserhalb der kollektivarbeitsrechtlich vorgezeichneten Bahnen (etwa ohne Einbeziehung des Sozialpartners), z. B. über Löhne oder die Nichtabwerbung von Arbeitnehmenden, ist die Albany-Ausnahme nicht einschlägig.¹⁵⁵

B.3 Zwischenfazit

111. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gestützt auf die Auslegung von Art. 2 KG einzig Arbeitnehmende und Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern, hauptsächlich in der Form von Gesamtarbeitsverträgen, nicht in den Geltungsbereich des KG fallen (vgl. hiervor Rz 103 ff.). Dieses Resultat deckt sich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sowie den Mitteilungen der Kommission der Europäischen Union (vgl. hiervor Rz 108 und Rz 109). Soweit mögliche Abreden aber nicht im Zusammenhang mit der Aushandlung von Gesamtarbeitsverträgen, also in der eigentlichen GAV-Verhandlung zwischen den Vertretern der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und den Arbeitnehmenden oder in Austauschen zur Vorbereitung von solchen Verhandlungen unter den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern oder Arbeitnehmenden, stattfanden, fallen diese in den Geltungsbereich des KG. Absprachen, insbesondere auch in der Form von Informationsaustauschen, im Vorfeld von GAV-Verhandlungen dürfen nicht

über den im GAV zu regelndem Inhalt und dessen Ermöglichung hinausgehen. Gehen solche Absprachen darüber hinaus, sind diese in Anlehnung an die Rechtsprechung der EU als weder notwendig noch verhältnismässig zu qualifizieren und damit nicht vom Geltungsbereich des KG ausgenommen.

112. Wie hiervor in Rz 31 ff. ausgeführt, weist das Schweizer Bildungssystem Besonderheiten auf. Hervorzuheben ist namentlich die Dualität von Theorie und Praxis in der beruflichen Grundbildung und die daraus folgende Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Wirtschaft. Die berufspraktische Ausbildung, die in einem Lehrbetrieb und somit in der Wirtschaft erfolgt, wird mit dem theoretischen Unterricht an den staatlichen (kantonalen) Berufsschulen kombiniert. Wie in Rz 32 erörtert, bestehen verschiedene Gremien, in welchen sich die Verbundpartner Bund, Kantone und Wirtschaft regelmässig austauschen. Auf Seiten der Wirtschaft sind sowohl Organisationen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmenden vertreten. Soweit Austausche oder Vereinbarungen des nationalen Spitzentreffens der Berufsbildung oder der TBBK vorliegen, fallen diese nicht in den Anwendungsbereich des KG.

113. Das Anbieten von Lehrstellen läuft nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage ab, und es darf davon ausgegangen werden, dass kein Unternehmen Lehrstellen anbieten würde, wenn sich dies für das Unternehmen nicht (auch finanziell) lohnen würde. Folglich stellt die Lehrlingsausbildung eine wirtschaftliche Tätigkeit der Lehrbetriebe dar (vgl. Rz 80). Gleich verhält es sich mit dem Anbieten von Praktikumsplätzen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Lehrlingsausbildung und das Anbieten von Praktikumsplätzen eine unter das KG fallende wirtschaftliche Tätigkeit darstellen.

B.4 Vorbehaltene Vorschriften

B.4.1 Gesetzlicher Anwendungsvorbehalt nach Art. 3 KG

114. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Recht des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

¹⁵⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 21.9.1999, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, C-67/96, EU:C:1999:430, N. 59.

¹⁵⁵ Mitteilung der Kommission vom 30.9.2022, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen (2022/C 374/02), Ziff. 16 und Ziff. 17.

115. Art. 3 KG schränkt die Anwendbarkeit des KG aufgrund von öffentlichen Interessen in bestimmten Bereichen ein, indem es dessen Vor- oder Nachrangigkeit im Verhältnis zu anderen Erlassen des schweizerischen Rechts konkretisiert. In einigen Märkten oder Wirtschaftsbereichen vermögen sich nämlich die Prinzipien des freien Wettbewerbs, und damit das Wechselspiel von Angebot und Nachfrage, nicht hinlänglich durchzusetzen und die Kräfte des freien Wettbewerbs spielen nur unzureichend. Faktisch entsteht dadurch ein Risiko von «Marktdefiziten» oder von «Marktversagen», die ein korrekatives Entgegenwirken im Wege staatlicher Regulierung als notwendig erscheinen lassen.¹⁵⁶ Von einer staatlichen Markt- oder Preisordnung, die das KG ausschliessen kann (nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), ist dann auszugehen, wenn die massgebenden Wettbewerbsparameter (z.B. Produktion, Distribution, Preispolitik) den Marktkräften entzogen sind, weil diese durch die staatlichen Regelungen vorgegeben sind. «Soweit jedoch einzelne Wettbewerbsparameter von staatlicher Festlegung frei bleiben, bleiben die kartellrechtlichen Bestimmungen anwendbar.»¹⁵⁷

B.4.2 Vorbehaltene Vorschriften betreffend Auszubildende, Praktikantinnen und Praktikanten oder Arbeitnehmende

116. Mögliche den Markt auf dem Gebiet der Ausbildung von Lernenden ausschliessende spezialgesetzliche Regelungen könnten sich im Berufsbildungsgesetz (BBG) oder im OR finden. Beide Gesetze regulieren das Vertragsverhältnis mit Lernenden detailliert. Jedoch finden sich in keinem dieser beiden oder anderen Gesetzen Bestimmungen, die das Spiel von Angebot und Nachfrage bezüglich der Festsetzung der Löhne von Lernenden ausschliessen würden. Auch enthalten weder das OR noch das Arbeitsgesetz¹⁵⁸ etwa Bestimmungen zur Festsetzung von Löhnen nach einer Berufslehre.

117. Damit liegen keine Gesetzesbestimmungen vor, die den Wettbewerb bei Lernendenlöhnen und bei Löhnen im Generellen einschränken wollen. Es liegt somit kein Anwendungsfall von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG vor.¹⁵⁹

B.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

118. Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was im KG unter einer Wettbewerbsabrede zu verstehen ist. Erfüllt eine Kooperation nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Definition, hat es damit sein Bewenden; die Kooperation ist kartellrechtlich unter dem Blickwinkel des Abredetatbestands zulässig. Ist eine Kooperation hingegen als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, bestimmt sich deren (Un-)Zulässigkeit alsdann nach Art. 5 KG. Den Grundsatz hält Art. 5 Abs. 1 KG fest: Eine Wettbewerbsabrede ist unzulässig, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder wenn sie b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Bei bestimmten Abredegegenständen vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, wobei diese Vermutung widerlegbar ist. Mit den rechtfertigenden Effizienzgründen, die bei Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, näher zu prüfen sind, befasst sich Art. 5 Abs. 2 KG.

B.5.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

119. 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).

120. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (siehe Rz 121 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; Rz 131 ff.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (siehe Rz 156 ff.).¹⁶⁰

B.5.1.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

121. Eine Wettbewerbsabrede setzt voraus, dass zwei oder mehr wirtschaftlich selbständige Unternehmen zusammenwirken. Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Gesellschaften, die demselben Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG angehören, werden nicht erfasst.¹⁶¹

122. Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, spricht man von horizontalen Abreden.¹⁶² Auf derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen, wenn sie infolge der Austauschbarkeit ihrer Güter oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob die Unternehmen nur der Möglichkeit nach (potenzieller Wettbewerb) in Konkurrenz zueinander stehen.¹⁶³

¹⁵⁶ Zum Ganzen: HEINEMANN (Fn 30), S. 374 f.

¹⁵⁷ DIKE-KG-WEBER (Fn 109), Art. 3 N 1 ff.

¹⁵⁸ BSK KG-SCHOTT (Fn 31), Art. 3 Abs. 1 N 18.

¹⁵⁹ Bundesgesetz vom 13.3.1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

¹⁶⁰ Zum selben Schluss kommt auch das Gutachten ZURKINDEN/LAUTERBURG in dessen Rn 115 ff. und 129.

¹⁶¹ Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1., *Hors-Liste-Medikamente II*; BGER, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, *Altimum*.

¹⁶² BGE 139 I 107 E. 10.4.1, *Publigroupe*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3 m.w.H., *Nikon*; vgl. zudem ZÄCH/HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rz 300 ff.; BSK KG-REINERT (Fn 31), Art. 4 I N 358 m.w.H.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-AUTOR/IN), Art. 4 I LCart N 15.

¹⁶³ RPW 2020/3a, 1105 Rz 1188, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2020/4a, 1814 Rz 418, *Bauleistungen Graubünden*; vgl. Botschaft KG 1994, BBI 1995 468, 545.

123. Wie in den Rz 38 bis 54 dargelegt, wirkten diverse Unternehmen zusammen. Namentlich waren Banken, Finanzdienstleister, (Rück-) Versicherungen, [...], [...], [...], [...] und [...] sowie multinationale Konzerne aus Branchen wie Chemie, Energie, Gesundheit, Versicherungen, Logistik, Luxusgüter, Ernährung, Banken und Finanzen, Pharma/Life Sciences und Wissenschaft und Technologie in die Austausche involviert. Sämtliche dieser Unternehmen sind je als Unternehmen im Sinn von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

124. Aus dem dargestellten Sachverhalt (Rz 38 ff.) geht hervor, dass verschiedene Gefässe bestanden, in denen sich Vertreterinnen und Vertreter der verschiedenen Unternehmen trafen. Bei den Zusammenkünften auf den jeweiligen Bankenplätzen (vgl. Rz 38 bis 41) waren jeweils mutmasslich die Mehrheit der ortsansässigen Ausbilderbanken vertreten. Mit Blick auf die angebotenen Lehrstellen und Praktikumsplätze für Mittelschulabsolventen und Mittelschulabsolventinnen liegen Anhaltspunkte vor, dass die teilnehmenden Banken im Wettbewerb standen und tatsächliche Konkurrenten waren. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die Kantonalbanken, die sich im VSKB und in einer Untergruppe (Rz 42 und 43) trafen, hinsichtlich ihrer Arbeitnehmenden untereinander im Wettbewerb stehen. Gleiches gilt für die Banken, die im Verein CYP Associates (Rz 44) zusammenwirken.

125. Auch mit Blick auf die branchenübergreifenden nationalen und internationalen Informationsaustausche (Rz 45 bis 51) wie auch den Austausch zwischen internationalen [...]firmen (Rz 53) bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die jeweils teilnehmenden Unternehmen untereinander im Wettbewerb hinsichtlich der Arbeitnehmenden stehen. Mit Blick auf die internationalen [...]firmen bedarf dies keiner weiteren Ausführungen.

126. Beim sog. Netzwerk im Raum Zürich (vgl. Rz 45) waren Mitarbeitende von Banken, Finanzdienstleistern und (Rück-) Versicherungen an den Austauschen beteiligt. Weil sämtliche Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Finanzbranche tätig sind, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass zumindest bezüglich gewisser Arbeitnehmenden ein Wettbewerb zwischen den Unternehmen besteht. Ebenfalls im Raum Zürich traf sich die KV ERFA (Rz 46). Auch wenn die KV-Ausbildung insgesamt 19 Branchenspezifikationen kennt, bestehen gestützt auf die Akten Anhaltspunkte dafür, dass die Stellenanbieter von KV-Stellen insgesamt untereinander in einem gewissen Wettbewerb stehen. Den Antworten der Fragebogen kann nämlich entnommen werden, dass sich jeweils eine grosse Anzahl von Bewerbenden auf eine Stelle meldete. Es darf angenommen werden, dass sich die KV-Lehrstellensuchenden nicht ausschliesslich in einer Branche bewerben.

127. In der Basler Gesellschaft für Personalmanagement (BGP) und deren Untergruppe Workshop Compensation (Rz 47) sind die wohl grössten Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber der Region Basel vertreten. Damit bestehen Anhaltspunkte dafür, dass diese zumindest bezüglich Lernenden und Studienabgängerinnen und Studienabgängern im Wettbewerb stehen. Die in der [...] und [...] (Rz 48) teilnehmenden Unternehmen stammen aus verschiedenen Branchen. Sie bieten in der ganzen Schweiz Lehrstellen für ganz unterschiedliche Lehrberufe an, wobei sich die angebotenen Berufe zum Teil überschneiden.

Damit bestehen Anhaltspunkte, dass die beteiligten Unternehmen zumindest in potentielltem Wettbewerb um die Lernenden stehen.

128. Die Multinationalen Grosskonzerne sind wie in Rz 49 und 50 ausgeführt, in diversen Branchen tätig. Gleichwohl bestehen diverse Berufsgattungen wie bspw. Finanzspezialisten, Rechtsspezialisten, Managementaufgaben, Verkauf, die unabhängig der spezifischen Branche der Unternehmen in sämtlichen Unternehmen nachgefragt sind. Es bestehen also Anhaltspunkte dafür, dass diese Unternehmen zumindest in potenzielltem Wettbewerb stehen.

129. Die in Rz 54 umschriebenen individuellen Austausche basieren hauptsächlich auf Kontakten, die aus den institutionalisierten Gruppen hervorgingen. Damit kann bezüglich der Wettbewerbssituation auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

130. Insgesamt kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Unternehmen gleicher Marktstufen in den verschiedenen Gefässen zusammengewirkt haben.

B.5.1.2 Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken)

131. Abreden in Form von Vereinbarungen wie auch aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind die Mittel der Verhaltenskoordination.¹⁶⁴ Eine Verhaltensweise stellt dann eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar, wenn es sich um ein *bewusstes und gewolltes Zusammenwirken* der betreffenden Unternehmen handelt.¹⁶⁵ Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.¹⁶⁶

132. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.¹⁶⁷ Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.¹⁶⁸ Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.¹⁶⁹

¹⁶⁴ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.1.2, *Leasing/CA Auto Finance Suisse SA*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 298, *Hallenstation*; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.2.13, *Baubeschläge/SFS unimarket*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 80 und 84; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 161), Art. 4 I LCart N 104.

¹⁶⁵ Dazu und zum Folgenden: BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁶⁶ Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altimum*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁶⁷ BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁶⁸ BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁶⁹ BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.2, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.4, *Gebro*; BSK KG-REINERT (Fn 31), Art. 4 I N 48 m.w.H.

B.5.1.2.1 Vereinbarung

133. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit der Unternehmen vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR).¹⁷⁰ Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich), durch konkludentes Verhalten (Art. 1 Abs. 2 OR) oder stillschweigend (Art. 6 OR) erfolgen.¹⁷¹ Die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle): Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden.¹⁷² Ob ausdrückliche oder konkludente Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.¹⁷³

134. Gemäss Ausführungen in den Rz 38 bis 53 konnten diverse institutionalisierte Austausche zwischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern in verschiedenen Gremien festgestellt werden. Die umschriebenen Austausche lassen sich in folgende Kategorien einteilen:

- a. Austausche von Informationen über Löhne (Lernende, Mittelschul- und Hochschulpraktikantinnen und -praktikanten, Einstiegssaläre nach Lehre und Praktika, Angestellte [aufgeschlüsselt nach Tätigkeit und Stufe]);
- b. Austausche zu generellen Lohnentwicklungen in den ersten Jahren nach Berufseinstieg und aktuell geplanten Lohnrunden (generelle Lohnerrhöhungen, geplante Bonuszahlungen);
- c. Austausche zu Lohnnebenleistungen und allgemeinen Anstellungsbedingungen (sowohl für Lernende und Praktikantinnen und Praktikanten als auch für Festangestellte).

135. Eine Vielzahl von Unternehmen, namentlich Banken auf den einzelnen Bankenplätzen oder Kantonalbanken unter sich, aber auch innerhalb von (lokalen) Gruppen, in welchen verschiedene Branchen vertreten sind, haben auf Listen/Tabellen Informationen zu Löhnen von unterschiedlichen Angestellten ausgetauscht (vgl. auch Rz 134 Bst. a). Bei den Löhnen der Auszubildenden und Praktikantinnen und Praktikanten geht aus den unterschiedlichen Listen hervor, dass die Löhne nicht identisch sind, sich aber in einer engen Bandbreite bewegen. Auch die Einstiegsgehälter nach absolvierter Berufslehre oder (Mittelschul-)Praktika weichen nur minimal voneinander ab. Bei den Löhnen der Festangestellten sind demgegenüber grössere Abweichungen ersichtlich. In den Akten finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Unternehmen über die Löhne geeinigt und diese somit untereinander vereinbart hätten. Bei den Einstiegsgehältern, bei denen bei den Banken die geringsten Abweichungen ersichtlich sind, spricht der Umstand, dass sich diese stark am Mindestlohn nach dem VAB ausrichten eher gegen das Vorliegen einer Vereinbarung. Die Lehrlingsgehälter, bei

welchen auch eher geringe Abweichungen ersichtlich sind, weichen in der Mehrheit nicht stark von den Lohnempfehlungen des kaufmännischen Verbands ab. Dies spricht ebenfalls eher nicht für eine getroffene Vereinbarung. Insgesamt kann festgehalten werden, dass, auch wenn sich die Lehrlings-, Praktikums- und Einstiegsgehälter in einer engen Bandbreite bewegen, keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die beteiligten Unternehmen eine Vereinbarung über die Höhe der verschiedenen Lohnkategorien getroffen haben.

136. Gleiches gilt für die generelle Lohnentwicklung nach Berufseinstieg wie auch für die jeweiligen Lohnrunden (Rz 134 Bst. b) sowie für die Lohnnebenleistungen (Rz 134 Bst. c). Es bestehen in den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Unternehmen einheitliche Lohnentwicklungen vereinbart haben. Auch fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Lohnrunden einheitlich festgesetzt worden wären. Dasselbe gilt hinsichtlich der Lohnnebenleistungen. Aufgrund der festgestellten Abweichungen und der nicht identischen Leistungen an die Arbeitnehmenden kann nicht auf eine Vereinbarung geschlossen werden.

137. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte auf eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen festgestellt werden konnten.

B.5.1.2.2 Abgestimmte Verhaltensweise

138. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ebenfalls als Wettbewerbsabreden, auch wenn es den Unternehmen dabei an einem nachweisbaren Bindungswillen fehlt (vgl. oben Rz 132). Dabei handelt es sich um eine Form der Verhaltenskoordination zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinn gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.¹⁷⁴ Insofern handelt es sich bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen weniger um einen Auffangtatbestand, als vielmehr um eine neben der Vereinbarung eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise, welche lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfasst.¹⁷⁵ Eine solche tatsächliche, nicht rechtlich fixierte Zusammenarbeit hat das Ziel, die Unsicherheit darüber zu verringern, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden. Sie erleichtert den Unternehmen, das Verhalten ihrer Konkurrenten zu antizipieren und ihr eigenes Verhalten darauf

¹⁷⁰ Vgl. BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.7.1, *Baubeschläge/SFS unimarket*; STOFFEL in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023, Rz B.9 ff. m.w.H.

¹⁷¹ BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altimum*.

¹⁷² BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁷³ Statt anderer BGE, 4A_659/2017 vom 18.5.2018 E. 4.1 m.w.H. Dies gilt auch im Kartellrecht, wie etwa BGE 144 II 246 E. 6.5, *Altimum*, zeigt, ohne dies allerdings ausdrücklich zu sagen. Vgl. auch BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.4, *Türprodukte*; BGE, 5A_127/2013 vom 1.7.2013 E. 4.1; BGE 116 II 695 E. 2; BSK KG-REINERT (Fn 31), Art. 4 I N 52 m.w.H.

¹⁷⁴ BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁷⁵ Zum Ganzen eingehend BGE 147 II 72 E. 3.4.1, 3.4.2.2, *Hors-Liste-Medikamente II*.

auszurichten. Die Abstimmung ist gekennzeichnet durch eine Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich sind, sondern nur aufgrund eines bewussten Austauschs von Informationen unter den Marktteilnehmern verfügbar sind. Dieses Verständnis ergibt sich aus dem Selbständigkeitspostulat, wonach jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen hat, welche Politik es auf dem gemeinsamen Markt betreiben will.¹⁷⁶

139. Eine abgestimmte Verhaltensweise setzt folgende **drei Elemente** voraus: a) Es bedarf einer unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungsnahme zwischen den beteiligten Unternehmen (d.h. Abstimmung, insb. Austausch von Informationen), b) ein der Abstimmung entsprechendes (Markt-)Verhalten (Abstimmungserfolg) und c) einen Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten (z.B. Berücksichtigung der ausgetauschten Informationen beim konkreten Marktverhalten).¹⁷⁷ Ob diese drei Voraussetzungen vorliegen, ist Tatfrage. Nicht zu prüfen ist an dieser Stelle, ob das festgestellte Marktverhalten zu einer konkreten Wettbewerbsbeschränkung führt bzw. führen kann.¹⁷⁸ Dies ist gesetzessystematisch erst bei der Prüfung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt ist, zu untersuchen (siehe dazu unten Rz 156 ff.).

140. Die abgestimmte Verhaltensweise ist vom natürlichen Parallelverhalten abzugrenzen (auch «erlaubtes Parallelverhalten» genannt). Ein solches liegt vor, wenn Unternehmen – typischerweise aufgrund exogener Marktfaktoren, welche sie nicht beeinflussen können – spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen.¹⁷⁹ Ausschlaggebend ist dabei, dass dem Parallelverhalten die autonome Entscheidungsfindung der Unternehmen zugrunde liegt und nicht eine Verhaltenskoordination auf der Basis von ausgetauschten Marktinformationen.¹⁸⁰

B.5.1.2.2.1 Abstimmung

141. Das erste Element der abgestimmten Verhaltensweise bildet somit die Abstimmung bzw. Koordinierung. Sowohl bei der illegitimen abgestimmten Verhaltensweise als auch bei der legitimen Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer (Parallelverhalten) beruht das Verhalten auf Informationen über das Verhalten anderer Unternehmen. Der Unterschied zwischen der illegitimen abgestimmten Verhaltensweise und dem legitimen Parallelverhalten besteht darin, dass bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen auf Informationen beruht, die durch bloße Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können. Deren Kenntnis ist normalerweise Voraussetzung dafür, dass den Unternehmen wettbewerbles, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes Verhalten überhaupt möglich ist. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten zulässigerweise «mit wachem Sinn» an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Eine Verhaltensabstimmung beruht dagegen auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind.¹⁸¹

142. Auch wenn der Abstimmung keine Willensübereinstimmung zugrunde liegt und sie nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen abstellt, ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungsnahme notwendig. Neben einem bi- oder multilateralen Informationsaustausch kommt auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig, auch wenn der aufeinander bezogenen Abstimmung durchaus eine gewisse Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist.¹⁸²

143. Wie in den Rz 38 bis 53 ausgeführt, tauschten im Rahmen von diversen «Gefässen» eine Vielzahl von Unternehmen Informationen untereinander aus. Gemäss Rz 134 tauschten die Unternehmen Informationen namentlich über Löhne, generelle Lohnentwicklungen nach dem Berufseinstieg sowie aktuell geplante Lohnrunden und Lohnnebenleistungen sowie Anstellungsbedingungen aus. Auf den diversen Bankenplätzen (vgl. Rz 38 bis 41) fanden die Austausche durch das Ausfüllen von Tabellen statt, wobei die Informationen grundsätzlich im Jahresrhythmus aktualisiert wurden. Die Tabellen beinhalteten namentlich die Löhne pro Lehrjahr für die Lernenden (KV-Lernende und Informatiklernende), die Einstiegssaläre nach abgeschlossener Lehre und Lohnnebenleistungen der Lernenden. Ebenfalls enthielten die Tabellen Angaben zu den Anstellungsbedingungen (Wochenarbeitszeit, Ferienansprüche, etc.) der Lernenden sowie Informationen zu Salären, Boni, Lohnnebenleistungen und Einstiegsgehältern nach Abschluss für die Programme «Bankeinstieg für Mittelschulabsolventen». Die Austausche fanden über mehrere Jahre statt und sind für die meisten Bankenplätze mindestens ab dem Jahr 2015 belegt. Die Mitglieder des VSKB tauschten über Jahre (mindestens ab dem Jahr 2010) jährlich auf Tabellen die geplanten generellen Lohnerhöhungen sowie die geplanten Boni und deren Verteilung auf die Arbeitnehmenden aus (Rz 42). Die Mitglieder der Personalleitersitzung (Rz 43) tauschten über Jahre hinweg (seit mindestens 2010) Lohndaten (Grundlohn und variabler Lohn) von sehr unterschiedlichen Angestelltenkategorien auf einer fortlaufend ergänzten Tabelle aus. Zudem wurden anlässlich von Sitzungen Informationen zu Lohnnebenleistungen unter den Teilnehmenden geteilt. An den Sitzungen

¹⁷⁶ Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 55 m.Hw.

¹⁷⁷ Vgl. dazu BGE 147 II 72 E. 3.4, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.1, *Türprodukte*; BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.3.1, *Baubeschläge/SFS unimarket*.

¹⁷⁸ BGE 147 II 72 E. 3.4.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁷⁹ BGE 147 II 72 E. 3.4.2.1, *Hors-Liste-Medikamente II*, BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*; Botschaft KG 1994, BBI 1995 468, 545; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 161), Art. 4 I LCart N 33.

¹⁸⁰ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 61.

¹⁸¹ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.1, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

¹⁸² BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.2, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

der CYP Association fanden Austausche über Salarentwicklungen, namentlich in den ersten zwei Jahren nach Lehrabschluss, sowie über Lohnnebenleistungen statt (Rz 44). Die am Netzwerk (Rz 45) teilnehmenden Unternehmen tauschten mindestens in den Jahren 2015 bis 2019 Informationen zu Lohnentwicklungen, Bonuszahlungen sowie zu Bonus- und Beförderungsrunden aus. Zudem beinhalteten diese Tabellen Informationen zu den entrichteten Lohnnebenleistungen. Mindestens in den Jahren 2011 und 2018 wurden in der KV ERFA detaillierte Tabellen zwischen den teilnehmenden Unternehmen ausgetauscht, die Informationen zu den Lehrlingslöhnen, je Lehrjahr, sowie zu den Lohnnebenleistungen enthalten (Rz 46).

144. In der Basler Gesellschaft für Personalmanagement (BGP) und deren Untergruppe Workshop Compensation sind Informationsaustausche über Gehälter und Arbeitsbedingungen bzw. Lohnnebenleistungen seit dem Jahr 2015 dokumentiert. In den Jahren 2019, 2020 und 2022 erfolgten detaillierte Austausche namentlich zu Löhnen von Praktikantinnen und Praktikanten, Lernenden, studentischen Aushilfen, Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern, Hochschulabgängerinnen und Hochschulabgängern und der Lohnentwicklung von Angestellten mit einem Masterabschluss. Weiter wurden Informationen zu Mitarbeiteraktienkaufprogrammen geteilt. Es wurden zudem Informationen zu Anstellungsbedingungen und Lohnnebenleistungen sowie mindestens in den Jahren 2020 bis 2023 zu geplanten Lohnrunden ausgetauscht (Rz 47). Im Rahmen der [...] tauschten die beteiligten Unternehmen zwischen 2005 und 2017 jährlich Informationen über die Löhne und Lohnnebenleistungen von Lernenden aus. Innerhalb der Nachfolgeorganisation der [...], der [...] fand in den Jahren 2019 und 2020 ein Informationsaustausch zu Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden statt. Aus der [...] hervorgehend, tauschten Unternehmen des [...] in den Jahren 2021 und 2022 Informationen zu Löhnen von Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten und Spesenpauschalen von Kadermitarbeitenden aus (vgl. Rz 48).

145. Die beteiligten Unternehmen tauschten mindestens seit dem Jahr 2014 im Rahmen der internationalen ERFA (Rz 49) personalbezogene Informationen aus, wobei die Informationsaustausche sowohl an Meetings wie auch schriftlich in der Form von Surveys stattfanden. Bei den Meetings wurden namentlich Informationen über künftige Lohnentwicklungen ausgetauscht. Sowohl mündlich wie auch schriftlich erfolgten Austausche über Lohnnebenleistungen. Die Antworten gingen bis 2018 jeweils bei dem die Umfrage startenden Unternehmen ein, welches diese in einer anonymisierten Tabelle den weiteren Mitgliedern zur Verfügung stellte. Im Rahmen des Global Benefits Counsel (Rz 50) fanden Informationsaustausche bei den ab mindestens 2015 durchgeführten jährlichen Treffen sowie im Rahmen von E-Mail-Umfragen statt. Die Umfragen betrafen insbesondere Lohnnebenleistungen. Die Antworten wurden von den teilnehmenden Unternehmen mit einer E-Mail an «Alle» den anderen angeschriebenen Unternehmen mitgeteilt. Die Unternehmen der [...] (Rz 53) tauschten sich in persönlichen Gesprächen und mit E-Mail-Umfragen zu Arbeitsbedingungen und Lohnnebenleistungen aus.

146. Die beteiligten Unternehmen haben also mittels direkter Kommunikation unter sich Informationen, insbesondere zu Löhnen und Lohnnebenleistungen, ausgetauscht (Rz 143 bis 145). Weil sich in den Akten keine Angaben zu den im Rahmen der IEBA (Rz 51) ausgetauschten Informationen finden bzw. keine Belege vorliegen, die den Austausch von Informationen in diesem Gefäss nachweisen, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die beteiligten Unternehmen Informationen austauschten. Damit fehlt es beim in Rz 51 dargelegten Sachverhalt am Austausch von Informationen, weshalb diesbezüglich keine Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Abstimmung vorliegt und somit auch keine Anhaltspunkte für eine Abrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG festgestellt werden kann.

147. Es kann festgehalten werden, dass die festgestellten Informationsaustausche nicht im Rahmen von Gesamtarbeitsvertragsverhandlungen stattfanden. Ein Zusammenhang zu Sozialpartnern ist nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere auch für die Austausche auf den verschiedenen Bankenplätzen. Die paritätische Kommission, die gemäss dem VAB die GAV-Verhandlungen in der Bankenbranche vorbereitet, und die Verhandlungsdelegation, die für die eigentlichen VAB-Verhandlungen zuständig ist, waren in die festgestellten Austausche nicht involviert. Vielmehr fanden die Austausche zwischen den Personalverantwortlichen der verschiedenen Banken auf diversen Bankenplätzen statt. Auch lassen sich die Austausche nicht mit der im VAB in Ziff. 50 Abs. 3 umschriebenen Transparenz über Lohnsysteme und Lohnentwicklungen in Verbindung bringen. Gemäss Angaben des SBPV verschafft sich die paritätische Kommission Transparenz mittels Lohn- und Lohnsystemanalyse, die von einer unabhängigen Drittanbieterin vorgenommen wird (vgl. Rz 28). Weil die Mitglieder der paritätischen Kommission, die die Arbeitgeberseite vertreten, in keiner Weise in die Austausche eingebunden waren, kann auch nicht von einer Koordinierung im Vorfeld von Verhandlungen unter Sozialpartnern gesprochen werden. Schliesslich ist festzustellen, dass die ausgetauschten Informationen inhaltlich weit über den Regelungsbereich des VAB hinaus gehen, da die Löhne gerade ausserhalb vom VAB vereinbart werden und auch deshalb die festgestellten Austausche nicht mit Blick auf VAB-Verhandlungen getätigt worden sein können. Schliesslich spricht auch der von Arbeitgeber-Banken umschriebene Informationsfluss der Informationen an die jeweiligen Bankenplätze dagegen. Demnach werden die lokalen Bankenplätze durch den Geschäftsführer der Arbeitgeber Banken über die neusten Entwicklungen im Bereich der Sozialpartnerschaft informiert (vgl. Rz 30). Dass die lokalen Bankenplätze in die Vorbereitungen der Verhandlungen unter den Sozialpartner miteinbezogen würden, wird nicht geltend gemacht. Damit bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass kein Zusammenhang zwischen den festgestellten Informationsaustauschen und den Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern besteht.

148. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit Ausnahme der Kommunikation im Rahmen der IEBA (vgl. Rz 51 und 146) bei sämtlichen dargestellten Austauschen in den verschiedenen Gefässen Anhaltspunkte auf das Vorliegen einer Abstimmung vorliegen. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die jeweils beteiligten Unternehmen

untereinander Informationen ausgetauscht haben, die, in der jeweiligen Form und konzentrierter Aufbereitung, nicht ohne weiteres zugänglich waren.

B.5.1.2.2.2 Marktverhalten

149. Das zweite Element der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise bildet die Umsetzung der Abstimmung, wobei sich diese in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen muss. Das tatsächliche Marktverhalten muss von der Abstimmung beeinflusst sein. Die Umsetzung können neben dem beobachtbaren Marktverhalten auch innerbetriebliche Massnahmen belegen.¹⁸³ Wesentlich ist, dass das Marktverhalten nicht mehr selbstständig erfolgt, sondern mithilfe der Abstimmung die dem freien Wettbewerb immanenten Unsicherheiten und Risiken umgangen werden. An die Konkretisierung der Verständigung bzw. den Nachweis des Marktverhaltens sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss aber ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und ein Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann.¹⁸⁴

150. Beim Informationsaustausch ist in der Regel erforderlich, dass der Empfänger der wettbewerbssensitiven Informationen sein Verhalten an seine Mitwettbewerber angleicht.¹⁸⁵ Es ist aber nicht erforderlich, dass das Marktverhalten genau parallel erfolgt.¹⁸⁶

151. Das Marktverhalten, als Erfolg der Abstimmung, sagt noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG aus, wenngleich jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist. Erst wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob dieses Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder bewirken vermag.¹⁸⁷

152. Das vorliegend interessierende Marktverhalten der verschiedenen Unternehmen besteht in der Ausbildung von Lernenden und in der Anstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmenden. Damit ein Unternehmen für die Arbeitnehmenden attraktiv ist und dieses im Wettbewerb um die Arbeitnehmenden mit anderen Unternehmen mithalten kann, hat dieses die offerierten Arbeitsbedingungen regelmässig zu überprüfen. Anpassungen bei den Arbeitsbedingungen werden hauptsächlich aus strategischen Überlegungen oder aufgrund Gesetzesänderungen vorgenommen. Gestützt auf die oftmals langjährig durchgeführten Informationsaustausche in den verschiedenen Gefässen und den ausgetauschten detaillierten Angaben zu Arbeitsbedingungen und Anstellungsbedingungen, hatten die beteiligten Unternehmen einen guten Überblick über die von den Mitbewerbern entrichteten Löhnen und Lohnnebenleistungen und bei den verschiedenen Unternehmen herrschenden Anstellungsbedingungen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich die Unternehmen bei der Festsetzung ihrer Löhne und Lohnnebenleistungen und bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen von den aus den Austauschen gewonnenen

Erkenntnissen zumindest beeinflussen liessen. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Unternehmen generell die detaillierten Kenntnisse bei den Festsetzungen ihrer den Arbeitnehmenden offerierten Bedingungen nicht unberücksichtigt liessen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Marktverhalten durch den Informationsaustausch beeinflusst wurde und damit ein Abstimmungserfolg eingetreten ist.

B.5.1.2.2.3 Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten

153. Zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen bedarf es als drittes Element eines Kausalzusammenhangs. Unbeachtlich ist, ob allenfalls weitere Ursachen bestehen; entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt bei nachgewiesener Abstimmung die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfindet. Die Vermutung ist widerlegbar.¹⁸⁸

154. Im vorliegenden Fall kann für sämtliche festgestellten Informationsaustausche auf diese Vermutung zurückgegriffen werden. Dies auch deshalb, weil die verschiedenen Abstimmungen in den verschiedenen Gefässen regelmässig und während eines längeren Zeitraums praktiziert wurden. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Vermutung widerlegt werden könnte. Es bestehen also Anhaltspunkte dafür, dass die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs zwischen den Abstimmungen und den Marktverhalten gegeben sind.

B.5.1.2.2.4 Zwischenfazit zu abgestimmten Verhaltensweisen

155. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte bestehen, dass mit einer Ausnahme die dargestellten Informationsaustausche zwischen den beteiligten Unternehmen die drei Voraussetzungen (Abstimmung, Marktverhalten, Kausalzusammenhang, vgl. Rz 139) für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise und somit einer Verhaltenskoordination im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen.¹⁸⁹ Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die beteiligten Unternehmen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens (Festsetzung der Löhne, Lohnnebenleistungen und Anstellungsbedingungen für Lernende und Arbeitnehmende) die durch die

¹⁸³ BGE 147 II 72 E. 3.4.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁸⁴ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.3.2 ff., *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

¹⁸⁵ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.3.5., *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

¹⁸⁶ DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 58.

¹⁸⁷ Urteil des BGer 2C.149/2018 vom 4.2.2021 E. 4.5.1, *Sanktionsverfügung Pfizer AG: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen)*.

¹⁸⁸ Urteil des BGer 2C.149/2018 vom 4.2.2021 E. 3.4.4, *Sanktionsverfügung Pfizer AG: Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen)*.

¹⁸⁹ Wie ausgeführt, liegen hinsichtlich des Austausches im Rahmen der IEBA (vgl. Rz 146) keine Anhaltspunkte vor, dass eine Abrede vorliegt.

Austausche erworbenen Kenntnisse zumindest mitberücksichtigt haben. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die umschriebenen Austausche in den diversen Gefässen (mit der hiervor genannten Ausnahme im Rahmen der IEBA) abgestimmte Verhaltensweisen darstellen.

B.5.1.3 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

B.5.1.3.1 Allgemeines

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

157. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».¹⁹⁰ Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis, die Menge und die Qualität, den Service, die Beratung, die Werbung, die Geschäftskonditionen, das Marketing, die Forschung und Entwicklung oder die Lieferbedingungen) beziehen.¹⁹¹ Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral»¹⁹². Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.¹⁹³

158. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.¹⁹⁴ Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken.¹⁹⁵

159. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne.¹⁹⁶ Um dieses Potenzial zu beurteilen, sind eine Reihe von Faktoren relevant: so namentlich der Inhalt der Kooperation, die mit ihr verfolgten Ziele, der wirtschaftliche und rechtliche Kontext und in dessen Rahmen die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die Funktionsweise und die Struktur der betreffenden Märkte.¹⁹⁷ Eine subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten oder tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig. Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 157 durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.¹⁹⁸

160. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfordert das Bezwecken bloss eine Gefährdung, wobei eine Gefährdung zu bejahen ist, wenn

aus den ausgetauschten Informationen zumindest eine Grobabschätzung betreffend die Preisbildung hergeleitet werden kann.¹⁹⁹

161. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bewirkt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 157 führt,²⁰⁰ ihre Anwendung also für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.²⁰¹ 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.²⁰² Erfasst werden dabei nicht nur vergangene und aktuelle Auswirkungen, «sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird». Die Verhaltenskoordination muss kausal für die tatsächlichen bzw. potenziellen Auswirkungen sein.²⁰³

B.5.1.3.2 Beim Informationsaustausch im Allgemeinen und im konkreten Fall

162. Wie hiervor in Rz 159 ausgeführt, bezweckt eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inneohnt. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann je nach Ausgestaltung wettbewerbsfördernd oder wettbewerbsbeschränkend sein.²⁰⁴ Als Grundsatz ist ein Informationsaustausch dann problematisch, wenn er Informationen betrifft, «welche die strategische Ungewissheit auf einem Markt verringern».²⁰⁵ Beim Informationsaustausch ist somit zu prüfen, ob die ausgetauschten

¹⁹⁰ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

¹⁹¹ Statt vieler: RPW 2020/1, 202 Rz 834, *KTB-Werke*; RPW 2018/4, 790 Rz 370, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/2, 240 Rz 32, *Gym80*.

¹⁹² BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁹³ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁹⁴ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; vgl. u.a. auch BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*.

¹⁹⁵ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, *Altium*.

¹⁹⁶ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁹⁷ Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rz 32 m.w.H., *Super Bock*; Leitlinien vom 27.4.2004 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101, S. 97 ff., Rz 22.

¹⁹⁸ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

¹⁹⁹ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.3.1.10, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²⁰⁰ Vgl. etwa RPW 2020/4a, 1813 Rz 408, *Strassenbau Graubünden*.

²⁰¹ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; so u.a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*.

²⁰² Dazu und zum Folgenden BGE 147 II 72 E. 3.6 m.w.H., *Hors-Liste-Medikamente II*.

²⁰³ BGE 147 II 72 E. 3.6 m.w.H., *Hors-Liste-Medikamente II*; vgl. BGE 129 II 18 E. 5.1, *Buchpreisbindung*.

²⁰⁴ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 N 150.

²⁰⁵ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 4 Abs. 1 KG, N 152 m.w.H.

Informationen geeignet waren, die Unsicherheiten bezüglich des Verhaltens anderer Marktteilnehmer zu beseitigen oder andere Marktteilnehmer über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen. Zudem ist zu prüfen, ob die getauschten Informationen geeignet sind, Einfluss auf den Wettbewerb zu nehmen.²⁰⁶

163. Durch den Austausch von Informationen lassen sich nicht in jedem Fall Unsicherheiten beseitigen. Erst wenn bestimmte Marktbedingungen gegeben sind und die Wettbewerber eine konkrete Art des Informationsaustauschs wählen bzw. dieser bestimmte Eigenschaften hat, entfaltet der Austausch entsprechende Wirkungen. Zur Beantwortung der Frage, ob die ausgetauschten Informationen Unsicherheiten beseitigen bzw. eine Wettbewerbsbeschränkung zeitigen können, werden folgende Merkmale berücksichtigt: a) strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen bzw. Inhalt und Art der Information, b) Marktabdeckung des Informationsaustausches, c) Aggregationsniveau der ausgetauschten Informationen, d) Aktualität bzw. Alter der Daten, e) Frequenz bzw. Häufigkeit des Austausches sowie f) ob die ausgetauschten Informationen und das Resultat des Informationsaustausches öffentlich zugänglich sind.²⁰⁷ Die Gründe, weshalb die Informationen ausgetauscht wurden, sind unerheblich. Relevant ist einzig, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, entweder das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen.²⁰⁸

164. Bei der Prüfung der strategischen Relevanz (vgl. Rz 163) wird untersucht, ob sich der Informationsaustausch auf die Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters bezieht. Es werden folgende Marktfaktoren als Wettbewerbsparameter bezeichnet: Preis, Menge, Art und Qualität des Produkts (bzw. einer Leistung), Beratung, Marketing, Geschäftsbedingungen, Lieferbedingungen, Bezugsquellen oder Vertriebskanäle. Strategisch am wichtigsten sind im Allgemeinen Preis- und Mengeninformationen, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage. Dabei ist zu beachten, dass nicht nur der direkte Austausch über Wettbewerbsparameter zu einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung führen kann, sondern auch Informationen über Nicht-Wettbewerbsparameter lassen sich oftmals auf solche zurückführen, weil eine Wechselwirkung besteht.²⁰⁹

165. Werden vertrauliche, firmenspezifische bzw. strategische Daten ausgetauscht, kann dies die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken, indem der Austausch deren Wettbewerbsanreize reduziert. Die Bedeutung, welche den Daten aus strategischer Perspektive zukommt, hängt auch vom Aggregationsniveau, der Aktualität der Daten sowie der Marktcharakteristika und der Häufigkeit des Informationsaustausches ab. Ein heikler Austausch sensibler Informationen liegt vor, wenn die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen oder üblicherweise als vertraulich einzustufen sind.²¹⁰ Daraus folgt, dass die in Rz 163 aufgezählten Merkmale nicht völlig isoliert zu betrachten und prüfen sind. Vielmehr hat eine Gesamtschau zu erfolgen, die die Frage zu beantworten hat, ob die ausgetauschten Informationen Unsicherheiten bezüglich des Marktverhaltens beseitigen können.

166. Hinreichend aggregierte Daten lassen nur mit Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zu. Vorausgesetzt wird, dass die Daten anonym sind und keine Möglichkeit besteht, auch nicht ausserhalb des Informationsaustauschs, dass Rückschlüsse auf den Urheber der Daten gemacht werden können.²¹¹ Der Austausch prognostischer und aktueller Daten ist in der Tendenz bedenklicher als der Austausch vergangener Daten. Der Austausch sog. historischer Daten ist in der Regel wettbewerbsrechtlich unproblematisch. Wann Daten genügend alt sind und als historisch qualifiziert werden, kann nicht anhand einer fixen Schwelle bestimmt werden. Vielmehr ist dies abhängig von den Merkmalen des relevanten Marktes, dem Datentyp, der Aggregation und der Häufigkeit des Austauschs.²¹² Ein häufiger Austausch ermöglicht eine bessere Kenntnis über den Markt, über das Verhalten der Konkurrenten und über die Abweichungen vom Verhalten der Konkurrenten. Je häufiger Daten ausgetauscht werden, desto einfacher und schneller können Unternehmen ihre Geschäftsstrategien an die Konkurrenz anpassen. Zu beachten sind aber auch die konkreten Marktverhältnisse. Auf einem Markt mit üblicherweise langen Vertragslaufzeiten können bereits seltenere Austausche bedenklich sein.²¹³ Das Risiko einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Informationsaustauschs steigt, wenn die daran beteiligten Unternehmen einen hinreichend grossen Teil des relevanten Marktes abdecken. Umgekehrt können Wettbewerber, die nicht am Austausch teilnehmen, den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Informationsaustauschs entgegenwirken.²¹⁴ Auch wenn es möglich ist, die Informationen auf dem Markt zu erhalten, bedeutet dies nicht zwingend, dass es sich um Marktdaten handelt, die für Wettbewerber ohne weiteres zugänglich sind. Selbst wenn die Informationen öffentlich zugänglich sind, kann ein zusätzlicher Austausch zwischen Wettbewerbern den Wettbewerb beschränken. Dies kann gemäss dem Bundesverwaltungsgericht namentlich der Fall sein, wenn das Zusammentragen zeit- und kostenintensiv wäre und die öffentlich zugänglichen Daten hätten aufbereitet werden müssen. Diesfalls liegen keine echten öffentliche Informationen vor.²¹⁵

²⁰⁶ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.5 und E. 5.3.1, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²⁰⁷ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.5 und E. 5.2.2.6, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²⁰⁸ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.7, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²⁰⁹ Vgl. BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.11, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²¹⁰ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.12, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²¹¹ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.20, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²¹² BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.23 und E. 5.2.2.24, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²¹³ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.34, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²¹⁴ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.18, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²¹⁵ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.2.2.39 und E. 5.2.2.40, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

167. An dieser Stelle ist abermals in Erinnerung zu rufen (vgl. Rz 66), dass in einer Vorabklärung, wie vorliegend, im Vergleich zu einer Untersuchung weniger weitgehende Ermittlungen erfolgen und die Beurteilung nur in Hinblick auf Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erfolgt. Dies bedeutet, dass im Rahmen einer Vorabklärung keine abschliessende Beurteilung vorgenommen wird.

168. Im vorliegenden Fall haben die teilnehmenden Unternehmen auf den verschiedenen Bankenplätzen namentlich Informationen zu den Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden und deren Einstiegslohnen nach Lehrabschluss sowie Löhne, Boni, Lohnnebenleistungen und Einstiegslohne von Mittelschulabsolventinnen und Mittelschulabsolventen auf detaillierten Tabellen ausgetauscht (vgl. Rz 38 bis 41 und Rz 143). Beim Lohn handelt es sich um den Preis, den eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber für die von ihm nachgefragte Arbeitsleistung bezahlt. Neben dem Lohn an sich gehören auch die Boni und Lohnnebenleistungen zum «Gesamtpreis», den die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber für den Erwerb des Faktors Arbeit zu bezahlen hat. Bei diesen Elementen handelt es sich folglich um Wettbewerbsparameter. Auch die weiteren ausgetauschten Anstellungsbedingungen (bspw. Ferientage, Wochenarbeitszeit) sind als Wettbewerbsparameter zu qualifizieren. Mit den Anstellungsbedingungen wird ähnlich von Mengenangaben der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung und die Art und Weise der Ausführung festgelegt. Eine Anonymisierung hat nicht stattgefunden. Die Tabellen enthalten pro Unternehmen eine Spalte mit den entsprechenden Informationen. Die ausgetauschten Informationen waren jeweils aktuell. Weil die Löhne bei Lernenden und Praktikantinnen und Praktikanten in der Regel höchstens jährlich angepasste werden, genügt, wie vorliegend, ein jährlicher Austausch, um die Unsicherheiten zu beseitigen. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass auf den jeweiligen Bankenplätzen die wichtigsten Ausbilderbanken vertreten waren und somit mutmasslich nicht genügend weitere Wettbewerber bestehen, die den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Austauschs entgegenwirken könnten. Die ausgetauschten Informationen stellen nicht echte öffentliche Informationen dar. Auch wenn die Lernendenlöhne von gewissen Unternehmen auf deren Homepage veröffentlicht werden, bedürfte das Zusammentragen einen grösseren Aufwand und ergäbe keine solch umfassende Zusammenstellung, weil nicht alle Unternehmen die Löhne veröffentlichen. Die sehr detailliert ausgetauschten Lohnnebenleistungen werden demgegenüber mutmasslich nicht vollständig veröffentlicht. Soweit die Unternehmen auch Lohnnebenleistungen veröffentlichen, bedürfte die Zusammenstellung ein sehr grosser Zeitaufwand. Gleiches gilt für Löhne und Lohnbestandteile der Praktikantinnen und Praktikanten und Berufseinsteigerinnen und Berufseinsteigern. An dieser Qualifikation als nicht öffentliche Informationen vermögen weder die auf der Homepage berufsberatung.ch veröffentlichte Liste der Lehrlingslohnempfehlungen²¹⁶ noch die verlinkten verschiedenen Lohnrechner und Lohnvergleiche²¹⁷ etwas ändern. Insbesondere sind darin keine Angaben zu Banklernenden enthalten und die verschiedenen öffentlich zugänglichen Lohnrechner zeigen als Resultat eine Bandbreite an. Die Gewissheit, wie diese mit den ausgetauschten Tabellen erreicht wurde, kann also basierend auf die genannten

Veröffentlichungen und Lohnrechner in keiner Weise erreicht werden. Die Resultate der Informationsaustausche waren nicht öffentlich zugänglich.

169. Bezüglich der auf den verschiedenen Bankenplätzen ausgetauschten Informationen bestehen gemäss vorstehenden Ausführungen (Rz 168) Anhaltspunkte, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

170. Im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB (Rz 42 und Rz 143 hiavor) wurden jährlich die geplanten Lohnerhöhungen und die geplanten Boni sowie deren Verteilung ausgetauscht. Die Informationen zu den Lohnentwicklungen betreffen die Preisentwicklung und somit einen Wettbewerbsparameter. Die ausgetauschten Informationen betrafen die Zukunft und waren nicht anonymisiert. Bei künftigen Lohnentwicklungen handelt es sich um nicht öffentliche Informationen und die ausgetauschten Informationen waren nicht öffentlich zugänglich. Ohne näher auf die Marktsituation einzugehen, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die ausgetauschten Informationen zu den künftigen Lohnentwicklungen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

171. Daneben wurden im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB (Rz 42 und Rz 143 hiavor) HR-spezifische Themen wie HR-Software, Rekrutierungstechniken und Arbeitsinstrumente, pensionskassenspezifische Themen, Zertifizierung von Beratern und Umsetzung von regulatorischen Vorgaben diskutiert. In den Akten finden sich wenige Anhaltspunkte dazu, was im Rahmen der Diskussionen zu HR-spezifischen Themen effektiv besprochen wurde. Die genannten Themenbereiche lassen nicht den Schluss zu, dass anlässlich dieser Diskussionen strategisch relevante, vertrauliche Informationen ausgetauscht worden sind, die Unsicherheiten zum Marktverhalten der involvierten Unternehmen beseitigen können. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diesbezüglich die Voraussetzungen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen.

172. Die Beteiligten der Personalleitersitzungen (Rz 43 und Rz 143) erstellten eine fortlaufende Tabelle von Salären von verschiedenen Angestelltenkategorien. Daneben tauschten sie sich zu Lohnnebenleistungen aus. Dabei wurden u.a. folgende Themen diskutiert: Kündigungsfristen, Zeiterfassung, Rekrutierung Mitarbeitende, Kinderzulagen, Lohnentwicklungen in den ersten Jahren nach Lehrabschluss, Goodies und Mutterschaftsurlaub. Wie bereits in Rz 168 ausgeführt, handelt es sich beim Lohn und den Lohnnebenleistungen um Wettbewerbsparameter. Die Informationen zu den Löhnen wurden nicht anonymisiert und betrafen aktuelle Informationen. Der

Austausch erfolgte jährlich. Ob die bereits vorhandenen Informationen zu den Angestelltenkategorien aktualisiert wurden, oder lediglich die neuen Daten in die Tabelle eingefügt, geht aus den vorliegenden Akten nicht eindeutig hervor. Die Tabellen waren nicht öffentlich zugänglich und die ausgetauschten Informationen waren nicht öffentlich bekannt. Die ausgetauschten Informationen zu den Lohnnebenleistungen, wie Kinderzulagen, Lohnentwicklungen und Goodies stellen ebenfalls Informationen zum Lohn und damit zu Wettbewerbsparametern dar. Ebenfalls um Wettbewerbsparameter handelt es sich bei den Informationen zu den Anstellungsbedingungen, wie Mutterschaftsurlaub. Was genau ausgetauscht worden ist, geht aus den Akten nicht hervor. Auch ohne den Markt genauer abzugrenzen, kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte bestehen, dass insbesondere mit den Salärtabellen aber auch mit den Lohnnebenleistungen Informationen ausgetauscht wurden, die geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

173. Im Rahmen der CYP Association fand mindestens im Jahr 2019 ein Austausch über die Salärentwicklung in den ersten Jahren nach Lehrabschluss statt. Ebenfalls im Jahr 2019 wurden Informationen zur Lehrmittelpauschale und im Jahr 2018 Informationen zur Entschädigung von elektronischen Geräten diskutiert. Informationen zu Lohnentwicklungen betreffen Wettbewerbsparameter. Auch die ausgetauschten Informationen zu den Lohnnebenleistungen (betr. Lehrmittelpauschalen und Entschädigung /für elektronische Geräte) betreffen Wettbewerbsparameter. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die Informationen anonymisiert ausgetauscht worden wären. Aus den Akten ist je ein einmaliger Austausch von aktuellen Informationen ersichtlich. Auch wenn aus den Akten keine wiederkehrenden Austausche im Rahmen der CYP Association hervorgehen, bestehen gleichwohl Anhaltspunkte darauf, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, Unsicherheiten zum Marktverhalten der Wettbewerber zu beseitigen. Zumal in der CYP Association wohl die Mehrzahl der Banklehrstellen anbietenden vertreten sind und es sich bei der Frage der Entschädigung für elektronische Geräte um eine neue Thematik handelte. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

174. Die teilnehmenden Unternehmen des «Netzwerks» haben mindestens in den Jahren 2015 bis 2019 auf jährlich aktualisierten Tabellen Informationen zu Lohnentwicklungen, Bonuszahlungen und Bonus- und Beförderungsrunden ausgetauscht. Weiter wurden Informationen zu den ausgerichteten Lohnnebenleistungen geteilt, wie monatliche Essensentschädigungen, Vergünstigung von REKA-Checks, Konditionen von vergünstigten Personalkonti und vergünstigten Hypotheken, Familienzulagen, Übernahme der Kosten des öffentlichen Verkehrs, Beiträge an oder Angebote für Kinderbetreuung, Konditionen für Sabbaticals und Entschädigungen bei Dienstjubiläen. Weiter enthalten die Tabellen Informationen zu den Löhnen und Lohnbestandteilen (Bonis, Essensentschädigung, Konditionen Personalkonti) von Lernenden. Es kann weitestgehend auf die Ausführungen in Rz 168 verwiesen

werden. Löhne und Lohnnebenleistungen stellen Wettbewerbsparameter dar. Die Informationen sind nicht anonymisiert, aktuell, nicht öffentlich zugänglich und wurden regelmässig ausgetauscht. Hinzu kommt, dass wohl die Mehrheit der Arbeitgebenden des Finanzplatzes Zürich beteiligt waren. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

175. Im Rahmen der «KV ERFA» tauschten die beteiligten Unternehmen Informationen mindestens in den Jahren 2011 und 2018 auf Tabellen folgende Informationen aus: Lehrlingslöhne je Lehrjahr, Löhne der Lehrabgängerinnen und Lehrabgänger, Lohnnebenleistungen wie Essensentschädigungen, übernommene Kosten für Lehrmittel, REKA-Checks und Abschlussprämien. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei den Löhnen und Lohnnebenleistungen um Wettbewerbsparameter. Die nicht anonymisierten, aktuellen Daten waren nicht öffentlich zugänglich. Dadurch, dass die grösseren KV-Lehrbetriebe des Raums Zürich vertreten waren, bestehen Anhaltspunkte, dass kein genügendes Entgegenwirken von nicht am Austausch beteiligten Wettbewerbern möglich war. Obwohl die Austausche nicht sehr regelmässig erfolgt sind, bestehen Anhaltspunkte darauf, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

176. Wie in Rz 47 und 144 hiervor ausgeführt, tauschten die beteiligten Unternehmen in der Basler Gesellschaft für Personalmanagement (BGP) und deren Untergruppe Workshop Compensation Informationen über Gehälter, Arbeitsbedingungen und Lohnnebenleistungen aus. Mindestens in den Jahren 2019, 2020 und 2022 wurden detaillierte Informationen zu Löhnen von Praktikantinnen und Praktikanten, Lernenden, studentischen Aushilfen, zu Einstiegsgehältern von Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern, Hochschulabgängerinnen und Hochschulabgängern und zu Entwicklungen der Löhne der Angestellten mit Masterabschluss geteilt. Zwischen 2020 und 2023 wurden zudem Informationen zu geplanten Lohnrunden geteilt. Die beteiligten Unternehmen tauschten sich zudem zu Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen aus. Wie vorstehend ausgeführt, betreffen sämtliche dieser Informationen Wettbewerbsparameter. Mit Ausnahme des Surveys zu den Kinderbetreuungskosten erfolgten sämtliche Austausche nicht anonymisiert. Die Informationen betrafen aktuelle und künftige Informationen und waren nicht öffentlich zugänglich. Weiter fanden die Austausche regelmässig über mehrere Jahre hinweg statt. Auch wurden die Tabellen nur den beteiligten Unternehmen zur Kenntnis gebracht. Insgesamt bestehen folglich Anhaltspunkte dafür, dass die ausgetauschten Informationen und

die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Dies unabhängig der konkreten Marktabgrenzung, wobei anzumerken ist, dass viele der grossen Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber der Region Basel in diesem Gefäss vertreten waren. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

177. Die beteiligten Unternehmen der [...] tauschten zwischen 2005 und 2017 jährlich Informationen über Löhne und Lohnnebenleistungen von Lernenden aus. In der Nachfolgeorganisation der [...], der [...] wurden die Informationsaustausche zu den Löhnen und Lohnnebenleistungen von Lernenden in den Jahren 2019 und 2020 fortgeführt. In den Jahren 2021 und 2022 tauschten sich Unternehmen des [...] zu Löhnen von Hochschulpraktikantinnen und Hochschulpraktikanten und Spesenpauschalen von Kadermitarbeitenden aus (vgl. Rz 48 und Rz 144). Der langjährige, jährliche und damit regelmässige Austausch von nicht öffentlichen Informationen, welche Wettbewerbsparameter betreffen, erfolgten nicht anonymisiert. Auch wenn die Informationen zu den Lehrlingslöhnen zum Teil öffentlich zugänglich gewesen sein sollten, erhielten die beteiligten Unternehmen mit den vorliegenden Tabellen eine sonst nicht vorhandene Gesamtübersicht. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

178. Im Rahmen der internationalen ERFA fanden sowohl physische Meetings wie auch schriftliche Austausche in Form von Surveys statt. Anlässlich der physischen Meetings wurden offenbar Fragen zu Lohnthemen aufgeworfen, wie künftige Lohnentwicklungen. Aus den Akten geht aber nicht hervor, was genau anlässlich der Meetings seit 2014 tatsächlich besprochen wurde und welche Informationen genau zwischen den teilnehmenden Unternehmen ausgetauscht wurden. Insoweit liegen hierzu folglich keine beweismässig erstellten Anhaltspunkte vor, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der Teilnehmenden zu beeinflussen. Diesbezüglich liegen zufolge Beweislosigkeit also keine Anhaltspunkte für bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen und somit auch keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

179. Die sog. Surveys, die im Rahmen der internationalen ERFA gemacht wurden (vgl. Rz 178), betrafen Fragen im gesamten Spektrum der Lohnnebenleistungen. So fanden u.a. Austausche statt zu Steuern, Pensionsplänen, Mutter- und Vaterschaftsurlaub, Fahrzeuge, Ferientage, Sabbatical, Gesundheitschecks, Krankenversicherung, Geschenke bei Dienstjubiläen, Parkplatzregelung, Entschädigung für Schulgelder, Kinderbetreuungskosten, Beratungsangebote, Essenentschädigungen, Kranken-

taggeldversicherung, Umzugshilfen und Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, wie Fragen zu Reisen, Impfungen, Heimarbeit. Lohnnebenleistungen und Anstellungsbedingungen sind, wie oben dargelegt, als Wettbewerbsparameter zu qualifizieren. Zwischen 2014 und 2023 fanden 61 Surveys statt. Der Austausch erfolgte also über lange Zeit sehr regelmässig und es wurden jeweils aktuelle und nicht öffentlich zugängliche Informationen ausgetauscht. Die Antworten wurden nicht anonymisiert an das jeweilige Unternehmen, welches die Umfrage startete, gesendet. Erst in einem zweiten Schritt wurden anonymisierte Tabellen den übrigen Unternehmen zur Verfügung gestellt. Mindestens mit Bezug auf das jeweils die Umfrage startende Unternehmen kann nicht von hinreichend aggregierten Daten ausgegangen werden. Für dieses war stets erkennbar, welche Daten von welchem Unternehmen geliefert wurden. Es bestehen also Anhaltspunkte dafür, dass die mit den Surveys ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

180. Weiter fanden Informationsaustausche im Rahmen des Global Benefits Council statt, wobei diese Austausche sowohl bei den jährlichen Treffen als auch mittels E-Mail-Umfragen erfolgten. Die mündlichen Austausche sind in den Akten nicht näher umschrieben. Wie bei den mündlichen Austauschen im Rahmen der ERFA (Rz 178) liegen keine beweismässig erstellten Anhaltspunkte vor, dass die ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der Teilnehmenden zu beeinflussen. Zuzufolge Beweislosigkeit liegen diesbezüglich also keine Anhaltspunkte für bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen und somit auch keine Anhaltspunkte für Abreden im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

181. Neben den mündlichen Austauschen fanden im Rahmen des Global Benefits Council Umfragen per E-Mail statt, die Lohnnebenleistungen betrafen, namentlich Rentenbeiträge, Angebote von Finanzberatungsleistungen, Geschäftsfahrzeuge, Sozialleistungen, Arbeitsplatzflexibilität, Burnout-Prävention und Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (Abwesenheit vom Arbeitsplatz, Homeoffice, Tests, med. Dienstleistungen). Wie hiervoor mehrmals ausgeführt, handelt es sich bei Lohnnebenleistungen um Wettbewerbsparameter. Die Antworten auf die Fragen wurden von den teilnehmenden Unternehmen mit einer Antwort an Alle per E-Mail nicht anonymisiert geteilt. Zwischen dem Jahr 2015 und 2022 fanden 17 solche Umfragen statt. Damit kann von einem langjährigen Austausch ausgegangen werden. Die geteilten Informationen waren nicht öffentlich bekannt und es handelte sich um aktuelle Angaben. Es bestehen also Anhaltspunkte dafür, dass die mit den Umfragen ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten zu verringern. Somit bestehen Anhaltspunkte,

dass dieser Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

182. Die Austausche der [...] fanden anlässlich von physischen Treffen und im Rahmen von E-Mail-Umfragen statt. Die exakten Inhalte der mündlichen Austausche können gemäss Akten nicht mehr rekonstruiert werden. Umfragethemen bei den E-Mail-Umfragen waren Lohnnebenleistungen (wie Rentenpläne, Feiertage, Krankenversicherung) und Arbeitsbedingungen (wie Impfkampagne, Stressmanagement). Bevor ein Unternehmen eine Umfrage starten konnte, musste die geplante Umfrage den die [...] begleitenden Kartellrechtsanwältinnen und Kartellrechtsanwälten vorgelegt werden. Es wurde darauf hingewirkt, dass lediglich «Ja/Nein-Fragen» gestellt werden und die Umfrageantworten wurden von einem unbeteiligten Dritten anonym zusammengefasst. Die anhand der Umfragen ausgetauschten Informationen betrafen zwar Wettbewerbsparameter, wurden den teilnehmenden Unternehmen aber ausschliesslich in anonymisierter Form zur Verfügung gestellt. Auch die Frageform reduzierte den Informationsgehalt der geteilten Informationen. Es bestehen also keine Anhaltspunkte dafür, dass die ausgetauschten Informationen Unsicherheiten bezüglich des Marktverhaltens der Konkurrenten beseitigen konnten. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die E-Mail-Umfragen eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung und somit eine Wettbewerbsabrede darstellen.

183. Im Jahr 2022 wurde im Rahmen der [...] von einem Drittanbieter eine Aufstellung erstellt, die u.a. Informationen zu Pensionsplänen, Versicherungen, Wellbeing, Geschäftsfahrzeuge, Arbeitszeit, Ausbildungs-/Weiterbildungskostenübernahme, Essen, Ferien, Abwesenheiten (Mutterschaft, Vaterschaft, Todesfälle, etc.) und Kündigungsbestimmungen enthielt. Diese Aufstellung beinhaltet Lohnnebenleistungen und Anstellungsbedingungen und damit Wettbewerbsparameter. Die Informationen sind sehr detailreich und aktuell. In der Tabelle sind die Unternehmen nicht namentlich genannt, aber mit Client 1 bis 14 durchnummeriert. Auch wenn gewisse Informationen (wie bspw. Informationen zum Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub) wohl öffentlich bekannt sind, bedarf das Zusammenstellen dieser Informationen, selbst wenn sämtliche öffentlich bekannt wären, einen sehr grossen Aufwand, was dazu führt, dass die Informationen insgesamt nicht als öffentlich zu bezeichnen sind. Weil sämtliche teilnehmende Unternehmen in der [...]branche tätig sind und bekannt ist, welche Unternehmen teilgenommen haben, ist die Möglichkeit, dass aufgrund der sehr detaillierten Informationen darauf geschlossen werden kann, welche Unternehmung hinter dem Pseudonym Client 1 bis Client 14 steht, als gross einzustufen. Es kann damit nicht von einer tatsächlichen anonymisierten Tabelle ausgegangen werden. Aufgrund der fehlenden Aggregation der Daten und der geringen Zahl von Teilnehmenden erhalten die Teilnehmenden einen guten Überblick über die Lohnnebenleistungen bei den direkten Konkurrenten. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die in dieser Tabelle ausgetauschten Informationen und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der teilnehmenden Unternehmen zu beeinflussen und die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das

eigene Verhalten zu verringern und dieser Datenaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte.

B.5.1.3.3 Fazit bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

184. Wie vorstehend ausgeführt (vgl. Rz 168 ff.), haben die teilnehmenden Unternehmen Informationen zu Löhnen, Lohnentwicklungen, Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen ausgetauscht. Diese dargestellten Informationsaustausche waren in der Mehrzahl geeignet, die Unsicherheiten bezüglich des Verhaltens anderer Marktteilnehmer zu beseitigen oder andere Marktteilnehmer über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen.²¹⁸ Die genannten ausgetauschten Informationen betrafen Preiselemente bezüglich der Arbeitsverhältnisse. Die teilnehmenden Unternehmen haben zumindest aktuelle Preisinformationen ausgetauscht. Teilweise waren die ausgetauschten Informationen auch zukunftsbezogen. Wie oben festgehalten, waren die ausgetauschten Daten detailliert und individualisiert bzw. nicht aggregiert. Die Austausche fanden über eine längere Zeit statt. Es wurden also firmenspezifische Informationen über aktuelles und künftiges Preisverhalten und solche, die Rückschlüsse darauf zulassen, ausgetauscht. Da die ausgetauschten Informationen Preise und Preiselemente betrafen, liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass diese geeignet sind, Einfluss auf den Wettbewerb zu nehmen. Es liegen insgesamt Anhaltspunkte dafür vor, dass den vorliegenden Informationsaustauschen ein wettbewerbsbeschränkender Zweck innewohnt, womit Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen sind. Ob auch Anhaltspunkte für eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen wären, muss deshalb nicht geprüft werden. Dieses Resultat deckt sich auch mit der von der Europäischen Kommission veröffentlichten Rechtsauffassung, wonach Lohnabsprachen (wage fixing) bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen (restrictions of competition by object) seien.²¹⁹

B.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

185. 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;

²¹⁶ <https://www.berufsberatung.ch/web_file/get?id=4270> (2.4.2024).

²¹⁷ <<https://www.berufsberatung.ch/dyn/show/160326>> (2.4.2024).

²¹⁸ Wie aber ausgeführt, liegen hinsichtlich weniger dargestellten Austausche keine Anhaltspunkte vor, dass es sich dabei um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handelt: vgl. Rz 171 (gewisse Austausche im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB), Rz 178, 180 (mündliche Austausche im Rahmen der internationalen ERFA und des Global Benefits Council) und Rz 182 (mündliche Austausche und Umfragen per E-Mail im Rahmen der [...]).

²¹⁹ European Commission, Competition policy brief, Antitrust in Labour Markets, Mai 2024, <https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en?filename=kdak24002enn_competition_policy_brief_antitrust-in-labour-markets.pdf&prefLang=de> (4.6.2024).

- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.5.2.1 Horizontale Preisabrede

186. Unter dem Preis ist die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung zu verstehen, wobei sich der Preis sowohl auf das Endprodukt bzw. die Enddienstleistung als auch auf Teilprodukte bzw. Teildienstleistungen beziehen kann. In der Regel handelt es sich dabei um eine monetäre Gegenleistung.²²⁰

187. Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung weit ausgelegt und umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten.²²¹ Unter Preiselementen oder -komponenten sind Bestandteile der Preisbildung zu verstehen. Entsprechend fällt unter den Vermutungstatbestand nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern bspw. auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, preisbeeinflussende Geschäftsbedingungen oder Preiskalkulationen.²²²

188. Die Abrede muss zu einer Festsetzung des Preises oder von Preiselementen bzw. -komponenten führen. Die Art und Weise der Festsetzung ist gleichgültig (indirekt oder direkt), massgeblich ist einzig die Wirkung der Preisfestsetzung. Damit kann die Preisabrede sowohl in der Form einer Vereinbarung als auch in der Form einer abgestimmten Verhaltensweise zustande kommen. Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt es, wenn die Abrede über das Potenzial verfügt, eine Preisfestsetzung herbeizuführen. Die Abrede muss mit anderen Worten geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten. Abreden, die einen preisharmonisierenden Zweck verfolgen oder denen eine preisharmonisierende Wirkung zukommt und die nicht als direkte Preisfestsetzung ausgestaltet sind, werden vom Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG als indirekte Preisabreden erfasst.²²³

189. Wie oben dargestellt, tauschten die in den verschiedenen Gefässen beteiligten Unternehmen Informationen zu Löhnen, Lohnentwicklungen, Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen aus. Bei diesen Informationen handelt es sich, wie auch bereits dargelegt, um Preiselemente bei Anstellungsverhältnissen (vgl. hiervor Rz 143). Auch wenn beim Lehrvertrag die fachgemässe Ausbildung für einen bestimmten Beruf im Zentrum steht und diese die Hauptleistung des Lehrbetriebs beim Lehrvertrag darstellt, stellt der Lohn, sofern ein solcher vereinbart ist, einen zwingenden Vertragsgegenstand und somit ein Preiselement dar. Es bestehen also Anhaltspunkte, dass die Informationsaustausche Preiselemente betrafen und das Tatbestandselement «Preis als Gegenstand der Abrede» von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu bejahen ist. Weil der Lohn und die Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen selbst bei Lehrverträgen nicht als unbedeutende Preisbestandteile zu qualifizieren wären, kann im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung auf eine eingehende Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage der Behandlung von Austauschen zu unwesentlichen Preiselementen verzichtet werden.

190. In den verschiedenen Gefässen, in denen Informationsaustausche festgestellt werden konnten, wurden über Jahre detaillierte Informationen über die Löhne, geplante Lohnerhöhungen, Lohnnebenleistungen und Arbeitsbedingungen ausgetauscht. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die beteiligten Unternehmen gestützt auf die ausgetauschten Informationen ihre Anstellungsbedingungen (namentlich Löhne, Lohnnebenleistungen, Arbeitsbedingungen) implizit aufeinander abstimmen konnten. Das Wissen um die Anstellungsbedingungen der Konkurrenten diene als Grundlage für das eigene Verhalten bei der Festlegung der eigenen Arbeitsbedingungen. Es bestehen folglich Anhaltspunkte dafür, dass mit dem Wissen über die Konkurrenten die Unternehmen in der Lage waren, den in preislicher Hinsicht vorhandene Wettbewerbsdruck zu verringern und dass die Abrede über das Potenzial verfügte, zumindest eine indirekte Preisfestsetzung herbeizuführen. Damit bestehen auch Anhaltspunkte, dass das zweite Tatbestandselement von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt ist.

B.5.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

191. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.²²⁴ Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht abzugrenzen.

192. In Bezug auf das diesbezüglich zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass die Prüfung der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies z.B. deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeiträume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Abklärungsgegenstand – eine Vielzahl von Anbieterinnen und Anbietern und Nachfragerinnen und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass die von einer Abrede betroffene Leistung nicht homogen ist, ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick

²²⁰ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 31), Art. 5 N 375; DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 5 N 381.

²²¹ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1.4, m.w.H. auf Rechtsprechung und Literatur, *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²²² BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1.4, mit Verweis auf DIKE-KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 109), Art. 5 N 382 und 392 ff., *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*; BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 Rz 124ff., Baubeschläge; hier hält das BVGer fest, dass die Aspekte der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Preiselements bei der Prüfung nicht zu berücksichtigen seien.

²²³ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1.7 ff., *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*.

²²⁴ BGE 129 II 18 E. 8.1 m.w.H., *Buchpreisbindung*; vgl. BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018 E. 8.4, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 565.

auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind, reicht es daher für die Widerlegung der genannten Vermutung aus, wenn die für diese Prüfung massgeblichen Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen.²²⁵ Dies gilt umso mehr in einer Vorabklärung, wo lediglich Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden.

B.5.3.1 Relevanter Markt

193. Bei der Bestimmung des kartellrechtlich relevanten Marktes ist – in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VKU²²⁶ – zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²²⁷

194. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die konkrete Marktstellung der beteiligten Unternehmen und die Bedeutung der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung bestimmen zu können.²²⁸ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes namentlich für die Höhe einer allfälligen Sanktion von Bedeutung. Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.²²⁹ Ausgangspunkt bildet jeweils die konkret untersuchte Verhaltensweise.²³⁰

a. Marktgegenseite

195. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung (sachlich, örtlich, zeitlich) kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an.²³¹ «Marktgegenseite» sind dabei die konkreten Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Leistungen bzw. Güter, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung sind.²³² Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen des durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften Produkts an.²³³ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen oder anbieten, auf die sich die Abrede bezieht.²³⁴

196. Im vorliegenden Fall geht es bei den Arbeitsmarktabreden um die von den Unternehmen angebotenen Arbeitsstellen und die dafür angebotenen Entschädigungen (Lohnniveau, Lohnnebenleistungen, Lohnentwicklung und sonstige Arbeitsbedingungen). Die Marktgegenseite umfasst die Stellensuchenden oder die Arbeitnehmenden, die an diesen Arbeitsstellen interessiert sind bzw. diese innehaben.

197. Die in der vorliegenden Vorabklärung dargelegten Abreden betreffen unterschiedliche Berufsprofile und

damit unterschiedliche Marktgegenseiten. Je nach Abrede sind Lernende, sowohl KV-interessiert als auch IT-interessiert, zu unterscheiden. Bei KV-Berufseinsteigenden dürfte sich aufgrund der geforderten Bankkenntnisse die Marktgegenseite auf aktuelle oder ehemalige Banklernende fokussieren. Bei Bankangestellten mit einigen Jahren Berufserfahrung stellt sich die Frage, ob eine Verfeinerung der Marktgegenseite anhand der Fachspezialistenstelle, der Abteilung und/oder der Hierarchiestufe angebracht ist, etwa dann, wenn diese Funktionen spezifische Berufserfahrung und spezifisches Fachwissen voraussetzen, welche üblicherweise nicht «on the job» erworben und/oder durch erworbenes Knowhow auf anderen Arbeitsmärkten kompensiert werden (können). So dürften bspw. die Stellen von Abteilungsleiterinnen und Abteilungsleitern oder Filialleiterinnen und Filialleitern oder gewissen Spezialistinnen und Spezialisten in Handelsabteilungen separate Marktgegenseiten bilden. Bei den Hochschulabsolventen dürfte die Marktgegenseite oftmals anhand des Studienabschlusses getrennt betrachtet werden können.

198. Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemassnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die unterschiedlichen Marktgegenseiten weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofile, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen.

²²⁵ Vgl. RPW 2020/3a, 1111 Rz 1225, *Bauleistungen See-Gaster*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 85), Art. 5 N 364.

²²⁶ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²²⁷ BGE 139 I 72 E. 9.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGE 129 II 497 E. 6.3.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.1, *Hallenstadion*; BGE 129 II 18 E. 7.2 und 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

²²⁸ RPW 2017/3, 448 Rz 215 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2020/3a, 1111 Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 109), Art. 5 N 61 ff.; BSK KG-REINERT/BLOCH (Fn 31), Art. 4 II N 94; vgl. exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11.

²²⁹ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 274 m.w.H. (u.a. auf die EU-Praxis), *ADSL II* (m.w.H. – u.a. auch auf die EU-Praxis); so z.B. auch RPW 2020/4a, 1818 Rz 440, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1111 f. Rz 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 445 Rz 600, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

²³⁰ Vgl. BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2.1, 5.3.3 und 7.2.3, *Hallenstadion*; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, 5.4.3.8, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 5.3.1.3.2, *ASCOPA*.

²³¹ BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BGE 141 II 66 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente I*.

²³² BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*; so z.B. auch RPW 2020/4a, 1818 Rz 441, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1112 Rz 1230, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 445 f. Rz 601, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

²³³ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*.

²³⁴ RPW 2020/4a, 1818 Rz 441, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1112 Rz 1230, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 445 f. Rz 601, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

b. Sachlich relevanter Markt

199. 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, der hier analog anzuwenden ist).²³⁵

200. Massgebend ist also, ob im konkreten Einzelfall aus Sicht der Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie von den Betroffenen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher Hinsicht austauschbar sind. Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragesicht. Massgebend ist die subjektive Sichtweise der von der konkreten Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen. Die Austauschbarkeit beurteilt sich somit aufgrund der tatsächlichen, allenfalls empirisch beobachtbaren Sicht.²³⁶ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Vorabklärung.²³⁷

201. Da der sachlich relevante Markt aus der Sicht der Arbeitnehmenden abgegrenzt wird, werden sich die Arbeitsmärkte von den Endkundenmärkten der Unternehmen unterscheiden können. Stellen für kaufmännische Angestellte werden z. B. von Unternehmen aus unterschiedlichen Branchen angeboten so dass Arbeitnehmende beim Stellenwechsel auch ein Branchenwechsel als substituierbar ansehen.

202. Die «Produkt(faktor)»-Dimension der Arbeitsmarktdimension bezieht sich auf die unterschiedlichen Arbeitsplätze, die Arbeitssuchende für sich in Betracht ziehen und für die sie qualifiziert sind. Dies bezieht sich auf die Übereinstimmung zwischen einerseits den Fähigkeiten, der Ausbildung, der Berufserfahrung und den Interessen eines Arbeitssuchenden und andererseits dem Berufsprofil, dem konkreten Stellenprofil und der geforderten Berufserfahrung, die die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber sucht und bietet. Für die anbietenden Arbeitnehmenden sind prima vista alle Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die ihr jeweiliges Berufsprofil nachfragen, Teil desselben sachlich relevanten (Arbeits-)Marktes.²³⁸

203. Die Berücksichtigung der Präferenzen von Arbeitnehmenden ist, wie das Verständnis heterogener Verbraucherpräferenzen für verschiedene Aspekte eines Produkts, eine komplexe Herausforderung. In der Literatur wird deshalb vorgeschlagen, Faustregeln zu entwickeln und anzuwenden, und die Resultate anschliessend mit Hilfe ökonomischer Studien zu überprüfen.²³⁹

204. Zur Konkretisierung des relevanten Berufsprofils wird auch vorgeschlagen, dass gängige Berufsklassifikationen verwendet werden könnten. Weltweite Grundlage hierfür ist die von der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) entwickelte Norm ISCO-08. Für die kartellrechtliche Marktabgrenzung wird man hier einen nützlichen Ausgangspunkt finden, der für die Ermittlung der Substituierbarkeit dann entsprechend zu vergröbern oder zu verfeinern ist.²⁴⁰ Bezüglich der angebotenen Lehrstellen für

angehende Bankfachleute etwa zeigen die Fragebögen die Besonderheiten der kaufmännischen Ausbildung in Banken auf. Mehrere Banken weisen auf die Unterschiede zwischen der kaufmännischen Ausbildung bei einer Bank und derjenigen bei anderen Unternehmen hin. Eine kaufmännische Lehre in einer Bank wird allgemein auch als anspruchsvoller als andere kaufmännische Ausbildungen bezeichnet. Die Anzahl der Bewerbungen ist in der Regel hoch und die Banken haben die Freiheit, die besten Bewerbungen auszuwählen. Die Antworten auf die Fragebögen zeigen zusätzlich auch, dass die Banken beim Berufseinstieg meist Bewerber mit einer Bankausbildung bevorzugen und von dieser Gruppe mehrheitlich Absolventen der internen Lehre anstellen. Personen mit anderen kaufmännischen Ausbildungen werden nur sehr selten eingestellt. Angesichts der spezifischen Kriterien, die in Stellenangeboten für kaufmännische Angestellte bei Banken verlangt werden (Bankausbildung), kann man davon ausgehen, dass Personen, die eine Lehre bei einer Bank absolviert haben, potenziell eine erste Stelle im gleichen Bereich bevorzugen werden.

205. Die in der vorliegenden Vorabklärung dargelegten Abreden betreffen, wie gesagt, unterschiedliche Berufsprofile. Soweit die festgestellten Abreden etwa Lernende des Banken-KV betreffen, ist zu prüfen, ob die Lernenden oder Lehrstellensuchenden auch andere Lehrstellen als austauschbar betrachten. Ergibt sich etwa, dass aufgrund von den Banken dargelegten Besonderheiten (hohe Anforderung an schulisches Wissen, sehr anspruchsvoller Lerninhalt, spezifisches Bankwissen, hohe Anforderungen an Auftritt, etc.) nur oder hauptsächlich ein Banken-KV in Betracht fällt, wird dieses als eigener sachlich relevanter Markt anzusehen sein. Bewerben sich die Lehrstellensuchenden auch auf andere KV-Lehren wäre der sachlich relevante Markt weiter zu fassen. Hinsichtlich der IT-Lernenden ist nicht auszuschliessen, dass der sachlich relevante Markt auch nicht alle Lehrstellen im IT-Bereich in unterschiedlichen Branchen umfassen würde. Die Stellen für KV-Berufseinsteigende bei Banken könnten einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen, wenn sich ehemalige Banklernende primär bei Banken bewerben. Bei Bankangestellten mit einigen Jahren Berufserfahrung wäre zu klären, ob sie sich vor allem für die gleiche Fachspezialistenstelle, der Abteilung und/oder der Hierarchiestufe bewerben oder auch Stellen in anderer Spezialisierung, Abteilung oder Hierarchiestufe in der Bewerbung

²³⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.2 m.w.H., *Hallenstadion*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 52, *Hallenstadion*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 269, *ADSL II*.

²³⁶ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.7, *Leasing/CA Auto Finance*.

²³⁷ Vgl. zum Ganzen: BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, *Publigroupe*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 5.4.3.6, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 53, *Hallenstadion*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 270, *ADSL II*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9, *Gaba*.

²³⁸ Vgl. HEINEMANN (Fn 30), 379. ff.

²³⁹ SURESH NAIDU, ERIC A. POSNER, GLEN WEYL, *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, Harvard Law Review, 132, 2018, 536-501, 576.

²⁴⁰ Vgl. HEINEMANN (Fn 30), 379.

²⁴¹ BGE 139 I 72 E. 9.2.1 m.w.H., *Publigroupe*; ferner BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 5.4.1, *Hallenstadion*; BGE 129 II 18 E. 7.2, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 302, *ADSL II*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 9.2, *Gaba*.

einbeziehen. Bei Hochschulabsolventen, welche sich bei Banken beworben haben, ist unklar, ob diese breit über das gesamte jeweilige Studiengebiet Stellen suchen oder sich spezifisch in der Bankenbranche bewerben.

206. Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemassnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die relevanten sachlichen Märkte weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofile, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen.

c. Räumlich relevanter Markt

207. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).²⁴¹

208. Die geografische Dimension der Arbeitsmarktdefinition bezieht sich analog auf das Gebiet, in dem Arbeitssuchende bereit sind, eine Beschäftigung in Betracht zu ziehen. Das Potenzial für Arbeitsmobilität, aber auch der Umstand, wo örtlich und in welcher Zahl infrage kommende Arbeitsstellen überhaupt angeboten werden, sind somit wichtige Aspekte der räumlichen Arbeitsmarktdefinition. Hierbei mitzuberücksichtigen ist einerseits die Substituierbarkeit der den Arbeitssuchenden zur Verfügung stehenden Verkehrsmittel.²⁴²

209. Vor diesem Hintergrund dürfte bei Lehreinsteigern der Markt lokal bis regional abzugrenzen sein. Es ist davon auszugehen, dass Schulabgängerinnen und Schulabgänger einen Lehrbetrieb in der näheren Umgebung ihres Wohnorts suchen. Demgegenüber dürfte eine Stelle als Topmanager in einer Bank durchaus einen internationalen geografischen Markt haben.

210. Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemassnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die relevanten räumlichen Märkte weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofilen, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen.

d. Zeitlich relevanter Markt

211. Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind. Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind.²⁴³

212. Von Relevanz kann die Abgrenzung eines zeitlich relevanten Marktes bspw. bei Arbeitssuchenden sein: Zeitlich gesehen geht die Literatur²⁴⁴ insofern von relativ kurzen Zeiträumen aus, nämlich von drei Monaten bis zu einem Jahr. Für die vorliegende Vorabklärung ist die zeitliche Komponente nicht von besonderer Bedeutung, da die grosse Mehrheit der Arbeitsmärkte das ganze Jahr über homogen zu sein scheint. Es ist jedoch zu erwähnen, dass diese zeitliche Komponente bei Lehrstellen eine Rolle spielen könnte, da die Arbeitsverträge in der Regel im Sommer beginnen. Hier scheint es, dass der zeitliche Markt auf einige Monate im Jahr beschränkt sein könnte.

Angesichts der Schlüsse, die das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung zieht, und der Folgemassnahmen, die das Sekretariat andenkt, kann es darauf verzichten, die relevanten zeitliche Märkte weiter zu ermitteln mit dem Ziel, diese über alle involvierten Berufsprofilen, -gattungen oder -gruppen detailliert abzugrenzen.

e. Zwischenfazit

213. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Sekretariat in der vorliegenden Vorabklärung darauf verzichten kann, die relevanten Arbeitsmärkte detailliert abzugrenzen. Massgebend bei einer Abgrenzung wäre, welche konkreten Arbeitsplätze die Stellensuchenden für sich in Betracht ziehen, wobei nur diejenigen Arbeitsplätze zum relevanten Arbeitsmarkt gehören, für welche die Stellensuchenden auch qualifiziert sind. Die Abgrenzung der relevanten Arbeitsmärkte würde wesentlich vom Ausweichverhalten der Arbeitnehmenden im konkreten Einzelfall abhängen.

B.5.3.2 Innenwettbewerb

214. Um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen, sind der Aussenwettbewerb und der Innenwettbewerb auf den Referenzmärkten zu analysieren. Im vorliegenden Fall verzichtet das Sekretariat auf eine Analyse des Aussenwettbewerbs, da die Analyse des Innenwettbewerbs hinreichend ist, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen.

215. Zu prüfen ist, ob die Vermutung der Beseitigung wirkamen Wettbewerbs wegen des verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmenden widerlegt ist (Innenwettbewerb). Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb i. e. S.) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (Restwettbewerb).²⁴⁵

216. Auf der Grundlage der Analyse der verschiedenen von den beteiligten Unternehmen ausgetauschten Tabellen (insbesondere auf den verschiedenen Bankenplätzen) und Informationen kommt das Sekretariat zum Schluss, dass nicht alle Unternehmen ihr Verhalten gestützt auf die durch die Informationsaustausche gewonnenen Informationen systematisch angepasst haben. Es erscheint glaubhaft, dass es unter den beteiligten Unternehmen hinsichtlich den Parametern Löhnen, Lohnbestandteilen und Lohnnebenleistungen einen gewissen Innenwettbewerb gab.

²⁴² NAIDU ET AL (Fn. 236), 575.

²⁴³ BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 8.3.1 m.w.H., *Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen*.

²⁴⁴ ERIC A. POSNER, IOANA E. MARINESCU, Why Has Antitrust Law Failed Workers?, *Cornell Law Review*, 105, 2020, 1343-1394, 1352 s. und JOSÉ A. AZAR, IOANA MARINESCU, MARSHALL I. STEINBAUM, BLEDI TASKA, Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data, NBER Working paper Series, 24395, 2018, 9 s.

²⁴⁵ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

B.5.3.3 Zwischenergebnis

217. Im Rahmen dieser Vorabklärung geht das Sekretariat davon aus, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch vorhandenen Innenwettbewerb widerlegt werden kann.

B.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

218. Zu prüfen ist damit, ob die vorliegenden Abreden den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigen (Rz 219 ff.) und ob sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Rz 223 ff.). Nur wenn beides der Fall ist, ist die Abrede unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

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

220. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und schon ein geringes Mass ausreichend ist, um die Erheblichkeit zu bejahen.²⁴⁶ Es hat festgehalten, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (sog. «harte» Abreden) grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind. Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden nicht erforderlich. Zudem sind weder tatsächliche Auswirkungen noch eine Umsetzung nötig. Vielmehr genügt, dass die harten Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können: Denn bereits mit der Vereinbarung einer harten Abrede und nicht erst mit deren Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des Wettbewerbs ist.²⁴⁷ Mit anderen Worten sind Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.²⁴⁸ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.²⁴⁹

221. Vorliegend haben die beteiligten Unternehmen Informationen zu Löhnen und Lohnnebenleistungen ausgetauscht. Lohnabsprachen und auch Informationsaustausche zu Löhnen und Lohnbestandteilen sind für die Arbeitnehmenden wirtschaftlich nachteilig, da ihre Löhne und sonstigen Leistungen unter Druck geraten. Gleichzeitig maximieren Unternehmen, die solche «Lohnabsprachen» treffen, ihren kollektiven Gewinn, indem sie die Löhne auf ein Monopolniveau festsetzen, das die Nachfrage nach Arbeitskräften verringert. Dies hat den Nebeneffekt, dass die Produktion sinkt und die nachgelagerten Preise zu Lasten der Verbraucher steigen. Sowohl in den USA als auch in der EU konnte beobachtet werden, dass die Lohnsetzung durch Monopolisten auf konzentrierten Arbeitsmärkten zu einem niedrigeren Lohnniveau und auch zu einem schwächeren BIP-Wachstum führt.²⁵⁰

222. Anhaltspunkte, dass es sich vorliegend um Bagatellfälle handeln würde, sind nicht ersichtlich. Die Sachverhalte zeigen nämlich, dass bspw. die verschiedenen Gefässe für Wettbewerbsabreden im Bankenbereich ganze

Kantone oder ganze Regionen oder sogar das gesamte Gebiet der Schweiz betrafen und dass die Abreden in den anderen Bereichen sehr bedeutende Unternehmen auf schweizerischer Ebene mit mehreren tausend Beschäftigten und in ihrem Wirtschaftssektor führende Unternehmen betrafen. Somit liegen Anhaltspunkte vor, dass die vorliegenden horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a. KG den Wettbewerb erheblich beschränken. Sie sind vorbehaltlich der Rechtfertigung unzulässig.

B.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

224. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.²⁵¹ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.²⁵² Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.²⁵³

²⁴⁶ Zum Ganzen: BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, *Gaba*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*, wonach eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden nicht Gegenstand von Art. 5 Abs. 1 KG ist.

²⁴⁷ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, *BMW*.

²⁴⁸ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altimum*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

²⁴⁹ BGE 144 II 194 E. 4.3, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.3, *Altimum*; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), *Diffulivre*; BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altimum*; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

²⁵⁰ European Commission, Competition policy brief, Antitrust in Labour Markets, Mai 2024, S. 2, <https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en?file_name=kda24002enn_competition_policy_brief_antitrust-in-labour-markets.pdf&prefLang=de> (17.5.2024), Marinescu, I., Ouss I. and Pape L-D (2021), "Wages, hires, and labor market concentration", *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 184, 506-605.

²⁵¹ RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.Hw. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

²⁵² BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

²⁵³ Urteil des BVerfG, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVerfG, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.

225. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss zur Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG notwendig sein.²⁵⁴ Notwendig ist die Abrede dann, wenn die Abrede erstens geeignet ist, das Effizienzziel zu erreichen (Geeignetheit), es zweitens kein milderes Mittel gibt, welches zur Erreichung des Ziels gleich geeignet ist (Erforderlichkeit), und drittens die Abrede den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht übermässig beeinträchtigt (Angemessenheit).²⁵⁵

226. Erwähnenswert ist, dass andere Wettbewerbsbehörden in jüngster Zeit bestimmte Arten von Absprachen auf dem Arbeitsmarkt verboten haben. So sieht Kanada ein Verbot²⁵⁶ von Lohn-, Gehalts- oder Fringe-Benefits-Vereinbarungen vor. Die Behörde listet einige mögliche Rechtfertigungsgründe auf. Nebst einem Informationsaustausch im Rahmen von Gewerkschaftsverhandlungen oder im Falle vorbehaltener Vorschriften sieht die Behörde eine mögliche Rechtfertigung, wenn eine Vereinbarung über den Arbeitsmarkt eine akzessorische Beschränkung darstellt. So bestehen in vielen Handelsabkommen arbeitsbezogene Beschränkungen. Angemessene und notwendige Lohnbeschränkungen mit legitimem wettbewerbsförderndem Zweck können zudem eine wichtige Rolle bei der Stabilisierung und dem Schutz der Geschäftsinteressen der Parteien spielen. Auch Lohnfestsetzungsklauseln, die bei Fusionsgeschäften, Joint Ventures oder strategischen Allianzen als Nebenbedingungen auftreten, könnten eine Abrede mit wettbewerbsfördernden Wirkungen darstellen. Diese Behörde erkennt die Rolle an, die diese Art von Beschränkungen in bestimmten Geschäftsvereinbarungen spielen können, z. B. in Franchisevereinbarungen und bestimmten Beziehungen zwischen einem Dienstleister und einem Kunden, wie z. B. IT-Dienstleistungsverträge oder Personalbestellungsverträge.

227. Diese Fälle scheinen jedoch im Rahmen dieser Vorabklärung keine Rolle zu spielen. Eine solche Rechtfertigung wurde auch von keiner der Parteien vorgebracht.

228. Einige Banken brachten vor, dass Informationsaustausche notwendig seien, um insbesondere die Ausbildungsqualität von Lernenden zu gewährleisten. In Bezug auf die Ausbildungsqualität liegt der gesetzliche Rechtfertigungsgrund «Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen» offensichtlich vor. In einem zweiten Schritt ist damit zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkung zum Erreichen des vorgebrachten Ziels notwendig, also geeignet, erforderlich und angemessen ist. Inwiefern der offene Informationsaustausch zu Löhnen und den jeweils besprochenen Lohnnebenleistungen tatsächlich geeignet ist, die Qualität des Ausbildungssystems in der Berufsausbildung zu gewährleisten und kein milderes Mittel besteht, wurde in den Vorbringen der Banken nicht dargelegt. Dies wäre im Rahmen einer Untersuchung weiter abzuklären.

229. Gemäss den im Rahmen dieser Vorabklärung gesammelten Informationen scheinen somit keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu bestehen.

B.5.6 Ergebnis

230. Gestützt auf die obigen Ausführungen kommt das Sekretariat zum Schluss, dass Anhaltspunkte für

Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst a KG zwischen diversen Unternehmen betreffend lohnrelevante Informationen bestehen. Weiter bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gestützt auf den vorhandenen Innenwettbewerb widerlegt werden kann. Die vorliegenden Abreden sind gemäss dem Gesagten als erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu qualifizieren. Wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich. Somit liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Bst. a KG vor.

231. Festzuhalten ist, dass nicht bei sämtlichen dargestellten Informationsaustauschen Anhaltspunkte für das Vorliegen von unzulässigen Abreden festgestellt wurden (vgl. Fn 189 und 218). Wie in den vorgenannten Fussnoten festgehalten, liegen hinsichtlich der Austausche im Rahmen der IEBA (vgl. Rz 51 und 146), bei gewissen Austauschen im Rahmen der Personalleiterkonferenz des VSKB (vgl. Rz 42 und 171) sowie jeweils bei den mündlichen Austauschen im Rahmen der internationalen ERFA, des Global Benefits Council und der [...] (vgl. Rz 49, 50, 53, 178, 180 und 182) sowie bei den Umfragen per E-Mail im Rahmen der [...] (vgl. Rz 53 und 182) keine Anhaltspunkte vor, dass es sich hierbei um Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt. Soweit nur hinreichend aggregierte, anonymisierte Informationen oder nicht strategisch relevante, nicht vertrauliche Informationen oder historische Daten, die nicht geeignet sind, Unsicherheiten zum Marktverhalten von involvierten Unternehmen zu beseitigen, ausgetauscht wurden, liegen keine Abreden im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG vor. In diesem Sinn dürfte der Austausch aggregierter Lohnstatistiken mit Angaben zur Vergänglichkeit, wenn diese keine Rückschlüsse auf die zukünftige Vergütungspolitik einzelner Unternehmen ermöglichen und Vorkehrungen gegen den Austausch sensibler Geschäftsinformationen getroffen werden, z. B. die Datenbeschaffung und -verarbeitung einem unabhängigen Dritten anvertraut wird, kartellrechtlich unproblematisch sein.²⁵⁷

232. Die Wettbewerbsbehörden sind bei Anhaltspunkten auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, wie es vorliegend der Fall ist, grundsätzlich verpflichtet, eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG einzuleiten. Dieser Grundsatz des Verfolgungszwangs kann gestützt auf Opportunitätsüberlegungen, die auf dem allgemeinen Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) beruhen, durchbrochen werden. Ob im konkreten Fall – ausnahmsweise – gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip von einer Untersuchungseröffnung abgesehen werden kann, ist im Rahmen einer sorgfältigen und umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen.

²⁵⁴ BGE 144 II 246 E. 13.5.3, *Altimum*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 31), Art. 5 N 332.

²⁵⁵ Vgl. zum Ganzen BGE 143 II 297 E. 7.1, *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; zur Erforderlichkeit auch BGE 129 II 18 E. 10.4, *Buchpreisbindung*.

²⁵⁶ Artikel 45 (1.1), Competition Act (R.S.C., 1985, c. C-34).

²⁵⁷ Vgl. HEINEMANN (Fn 30), 376.

233. Das Sekretariat kommt vorliegend gestützt auf seine Interessenabwägung zum Schluss, dass eine Untersuchungseröffnung gegen sämtliche Unternehmen, die an den in vorliegender Vorabklärung dargestellten möglichen Wettbewerbsabreden beteiligt waren, nicht angezeigt ist. Der voraussichtliche Verfahrensaufwand mit, gemäss heutigem Wissensstand, bis zu 241 Parteien wäre ausserordentlich gross und die Verfahrensdauer damit voraussichtlich sehr lang. Diese zu erwartende äusserst lange Verfahrensdauer würde einerseits für die Parteien eine lange Phase von Unsicherheit bedeuten und andererseits Ungewissheit für alle in der Schweiz tätigen Unternehmen und Stakeholder betreffend die Errungenschaften der arbeitsrechtlichen Sozialpartnerschaft und damit letztlich Ungewissheit für die ganze Schweizer Volkswirtschaft mit sich bringen. Ohne Verfahrenseröffnung kann die sowohl für die Parteien als auch für die weiteren Unternehmen in der Schweiz, für den Wirtschaftsstandort Schweiz und für die Sozialpartnerschaft auf Arbeitsmärkten gewünschte Rechtssicherheit schneller und deutlich effizienter erreicht werden. Um diese Rechtssicherheit zu schaffen, beabsichtigt das Sekretariat im Anschluss an diese Vorabklärung eine Marktbeobachtung zu eröffnen und im Rahmen dieses informellen Verfahrens in engem Austausch mit Stakeholdern auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite sowie mit Behörden und mit der Wettbewerbskommission ein Regelwerk im Sinne einer **«best practice»** zu erarbeiten und zu veröffentlichen. Damit soll sämtlichen interessierten Kreisen in übersichtlicher und konzentrierter Form bekanntgemacht werden, welche Schlüsse das Sekretariat aus der vorliegenden Vorabklärung gezogen hat und wie es künftig Verhaltensweisen auf dem Arbeitsmarkt kartellrechtlich einzuordnen gedenkt. Die auf dem Arbeitsmarkt tätigen Unternehmen sollen zeitnah möglichst sichere Kenntnis darüber erlangen, welche Verhaltensweisen auf Arbeitsmärkten das Sekretariat als kartellrechtlich unproblematisch oder als kartellrechtlich problematisch erachtet und in Zukunft auch verfolgen wird, um gestützt auf diese **«best practice»** ihr bisheriges Verhalten nötigenfalls anpassen zu können. Mit einer Untersuchung und sich (allfällig) anschliessendem Rechtsweg, die sich beide über viele Jahre hinwegziehen würden, wäre dieses Ziel erst in vielen Jahren respektive viel später erreichbar. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsbehörden mit vorliegender Vorabklärung erstmals anhand von konkreten Fällen die Konturen des Arbeitskartellrechts zu schärfen begonnen haben. Dies bedeutet aber in keiner Weise, dass sich die Parteien (oder andere Unternehmen) im Sinne eines Verbotsirrtums – da sie bei der Begehung der Tat nicht wussten und nicht wissen konnten, dass sie sich rechtswidrig verhalten – oder mit Verweis auf eine frühere Praxis respektive auf ein früheres Abseitsstehen der Wettbewerbsbehörden in dieser Sache für ihr wohl kartellrechtswidriges Verhalten exkulpieren hätten können. Schliesslich berücksichtigte das Sekretariat, dass eine Mehrheit der Bonusmelderinnen gegenüber dem Sekretariat bekanntgegeben haben, dass sie ihr mutmasslich unzulässiges Verhalten mit Blick auf die Vorabklärung eingestellt oder angepasst hätten. Gestützt auf das Gesagte verzichtet das Sekretariat zum jetzigen Zeitpunkt darauf, beim Präsidium der Wettbewerbskommission die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG zu beantragen.

C Kosten

234. Vorabklärungen nach Art. 26 KG sind gebührenpflichtig (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG mit ausdrücklichem Verweis auf Art. 26 KG). Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG²⁵⁸ 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 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.

235. Gemäss den Ausführungen in diesem Schlussbericht liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Wie hiervor ausgeführt (Rz 233), verzichtet das Sekretariat gleichwohl gestützt auf das Opportunitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums um das Einverständnis zur Eröffnung einer Untersuchung zu ersuchen. Gemäss konstanter Praxis des Sekretariats²⁵⁹ ändert der Umstand, dass die Vorabklärung eingestellt wird, allerdings nichts daran, und das ist der Regelfall, dass die von der Vorabklärung betroffenen Unternehmen dennoch gebührenpflichtig sind, sofern die Vorabklärung wie vorliegend Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergab.

236. Von der vorgenannten rechtlich vorgesehenen Kostenverteilung kann gestützt auf das Opportunitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip ausnahmsweise abgewichen werden. In die vorliegend untersuchten Verhaltensweisen sind, wie in Rz 233 festgestellt, bis zu 241 verschiedene Unternehmen involviert und damit gemäss vorgenannter Praxis potenziell gebührenpflichtig. Über 200 Unternehmen haben bis anhin allerdings keine Kenntnis davon, dass sie von der vorliegenden Vorabklärung betroffen sind. Damit aber die Verfahrenskosten auf alle beteiligten Unternehmen verteilt werden könnten, müsste deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gewahrt werden. D.h., sämtliche Unternehmen müssten über die Vorabklärung und ihren Gegenstand sowie deren Beteiligung informiert und es müsste ihnen die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Das Sekretariat erachtet dieses Vorgehen und den daraus resultierenden Aufwand als unverhältnismässig, insbesondere auch mit Blick auf die pro Unternehmen aufzuerlegenden Kosten, die sich – bei der im Regelfall geübten Verteilung nach Köpfen – auf zwischen CHF 1'000.– und CHF 1'500.– pro Unternehmen belaufen. Stärker ins Gewicht fällt für das Sekretariat allerdings, dass dadurch der Abschluss der Vorabklärung nur unnötig verzögert würde. Diese Weiterungen wären wohl mit keinem Erkenntnisgewinn in der Sache verbunden und hätten damit nur zur Folge, dass das vorausgeführte Ziel des Sekretariats, nämlich beförderlich und pragmatisch über **«best practices»** Rechtssicherheit für alle zu schaffen, so nicht mehr erreicht werden könnte.

²⁵⁸ Verordnung vom 25.02.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

²⁵⁹ Vgl. statt vieler: RPW 2021/1, 130 Rz 248, *Dauer-ARGE Graubünden*; RPW 2023/3, 606 Rz 107, *Google News*; RPW 2023/1, 617 Rz 239, *Assortiments* (mit weiteren Hinweisen).

237. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen (Rz 236) kommt das Sekretariat in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch bezüglich der Verfahrenskosten und der Frage ihrer Überwälzung zum Schluss, dass aufgrund der besonderen Umstände in der vorliegenden Vorabklärung ausnahmsweisen auf die Auflegung von Gebühren zu verzichten ist.

D Schlussfolgerungen

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

- beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen,
- teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit,
- beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Meldepflicht Zusammenschlussvorhaben Worldline Merchant Service Italia S.p.A./Credito Emiliano S.p.A.

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

I. Sachverhalt

1. Die Worldline Gruppe (nachfolgend: Worldline), welche alleinige Kontrolle über die Merchant Service Italia S.p.A.¹, mit Sitz in Rom, (nachfolgend: Worldline Italien) und die Banca Nazionale del Lavoro habe, plane im Rahmen eines Zusammenschlussvorhabens die Übernahme des nationalen Acquiring Geschäfts (nachfolgend: Target) von der Credito Emiliano S.p.A., mit Sitz in Reggio Emilia (nachfolgend: Credem).

2. Worldline sei ein führender europäischer Anbieter von End-zu-End-Zahlungsdiensten, der eine breite Palette von Hightech-Lösungen für den elektronischen Zahlungsverkehr und innovative Lösungen sowohl für den physischen Handel als auch für den Online-Handel anbiete, wie bspw. Zahlungsterminals, Online Akzeptanz und Acquiring Dienstleistungen. In der Regel seien die jeweiligen Gruppengesellschaften nur in denjenigen Ländern aktiv, in denen diese domiziliert seien. So seien in der Schweiz die ausserhalb der Schweiz domizilierten Worldline-Gruppengesellschaften in der Regel nicht tätig. Die PAYONE Deutschland GmbH, die einer marginalen Anzahl von Händlern in der Schweiz Acquiring Dienstleistungen anbiete, sowie andere Worldline Gruppengesellschaften (Gruppengesellschaften in Frankreich, Benelux-Ländern und den nordischen Ländern), die Acquiring Dienstleistungen in einem marginalen Umfang für Schweizer Kunden anbieten würden, würden Ausnahmen zu vorstehender Regel darstellen.

3. Worldline Italien sei im Register der Zahlungsinstitute der Banca d'Italia eingetragen und erbringe unter anderem Acquiring Dienstleistungen. Diese verfüge über keine Lizenz für die Erbringung von Zahlungsdienstleistungen oder anderen Dienstleistungen in der Schweiz und beabsichtige auch nicht, eine solche Lizenz zu beantragen. Zudem übe Worldline Italien keine Verkaufs- oder sonstige Tätigkeiten gegenüber Dritten, wie Unternehmen, Kunden, Händlern, Konsumenten, mit Sitz in der Schweiz aus. Da Worldline Italien weder in der Schweiz tätig sei und dies auch nicht beabsichtige noch Schweizer Kunden in irgendeiner Weise bearbeite, hätte deren Geschäftstätigkeit keine Auswirkungen in der Schweiz.

4. Die Credem sei eine italienische Bank, eingetragen im Bankenregister der Banca d'Italia, und als società per azioni (S.p.A.) ausgestaltet mit Sitz in Reggio Emilia. Sie

sei in vier Geschäftsbereiche unterteilt: (i) Commercial Banking, (ii), Private Banking, (iii) Erweiterte Bankdienstleistungen, Konsumkredite und Sonstiges und (iv) Wealth Management (Asset Management und Versicherungen). Unter dem Commercial Banking bietet die Credem u.a. E-Commerce Acquiring und POS Acquiring Dienstleistungen an. Die Credem sei ausschliesslich in Italien tätig und ziele weder auf den Schweizer Markt noch auf Schweizer Kunden ab. Es sei unwahrscheinlich, dass die Credem irgendwelche Verkaufs- oder andere Aktivitäten gegenüber Dritten mit Sitz in der Schweiz habe.

5. Das Target sei das nationale Acquiring Geschäft von Credem, welches neben den eigentlichen Acquiring Dienstleistungen (Merchant Services) die damit in Zusammenhang stehenden Value-Added Services, wie bspw. Dynamische Währungsumrechnung (DCC) und POS Management Dienstleistungen, umfasse.

6. Worldline verfolge mit diesem Zusammenschlussvorhaben das Ziel, ihre geographische Präsenz auf dem italienischen Markt auszubauen, durch die Einführung neuer und innovativer Dienstleistungen die digitale Transformation voranzutreiben, Skaleneffekte zu erzielen und Partnerschaften mit Finanzinstitutionen einzugehen.

7. In der Beratungsanfrage wird ausgeführt, das Zusammenschlussvorhaben habe keine Auswirkung in der Schweiz und sei deshalb nicht meldepflichtig. Die vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Dienstleistungen seien den folgenden Märkten zuzuordnen: (i) POS Acquiring Dienstleistungen, (ii) E-Commerce Acquiring Dienstleistungen und (iii) POS Management Dienstleistungen. Alle diese Märkte würden national abgegrenzt. Die Tätigkeiten des Targets und von Worldline Italien würden sich ausschliesslich auf Italien beziehen und diese würden auch nicht planen, in der Schweiz tätig zu werden. Aufgrund der nationalen Abgrenzung der vorgenannten Märkte, seien auch potentielle Auswirkungen auf die Schweiz ausgeschlossen. Das Zusammenschlussvorhaben werde daher weder gegenwärtig noch in Zukunft Auswirkungen auf die relevanten Märkte der Schweiz bzw. generell in der Schweiz haben, weshalb dieses keine wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfe. Gestützt auf die Praxis des Sekretariats bestehe demnach keine Meldepflicht für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben.

¹ Società per azioni (Aktiengesellschaft) ist eine Kapitalgesellschaft nach dem italienischen Codice Civile.

II. Fragestellung

8. In der Beratungsanfrage werden mit Bezug auf den geschilderten Sachverhalt zwei Fragen gestellt:

Trifft es zu, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betreffend die Übernahme des nationalen Acquiring Geschäfts von Credito Emiliano S.p.A. in Italien durch Worldline Merchant Services Italia S.p.A. gemäss Art. 9 Abs. 4 KG in der Schweiz nicht meldepflichtig ist?

III. Beurteilung

9. In Bezug auf die räumliche Anwendbarkeit des KG besagt das in Art. 2 Abs. 2 KG formulierte Auswirkungsprinzip, dass das KG auf Sachverhalte anwendbar ist, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.² Art. 2 Abs. 2 KG will dabei lediglich klarstellen, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen. Art. 2 Abs. 2 KG hat somit einen weiten Geltungsbereich. Dabei gibt der Wortlaut der genannten Bestimmung keinen Hinweis darauf, dass die Auswirkung in der Schweiz eine gewisse Intensität aufweisen muss.³ Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba ausdrücklich festgehalten, dass eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich sei. Wäre dem nicht so, bedürfe es bereits bei der Beurteilung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung und nicht nur einer rudimentären Abklärung, welche die Gefahr einer willkürlichen und rechtsungleichen Behandlung in sich bärge.⁴ Für die Prüfung des Vorliegens einer Meldepflicht muss daher die Möglichkeit von Auswirkungen auf die Schweiz genügen.

10. Unter dem Titel «Keine Meldepflicht für GU ohne Bezug zur Schweiz» wird in der Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission über die Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen (nachfolgend: Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen)⁵ in Ziffer 4 ausgeführt, dass trotz Überschreiten der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU) im Ausland ausnahmsweise dann keine Meldepflicht besteht, wenn das GU einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweist (d.h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, spricht dies dafür, dass das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen in der Schweiz im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG hat.⁶

11. Als Ausnahmenvorschrift ist Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen eng auszulegen. Denn gemäss der vom Gesetzgeber festgelegten Konzeption sollen Zusammenschlüsse von der Wettbewerbsbehörden für die Zusammenschlusskontrolle aufgegriffen werden, wenn die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht bzw. überschritten werden.⁷ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass in einem solchen Fall Auswirkungen auf den hiesigen Wettbewerb bestehen könnten, weshalb solche Zusammenschlüsse zu überprüfen sind.⁸

12. Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen kann damit überhaupt nur dann ein Aufgreifen ausschliessen, wenn die Tätigkeit des GU oder Fusionsobjekts offensichtlich keinerlei Bezug zum hiesigen Wettbewerb hat.⁹ Um zu verhindern, dass Zusammenschlussvorhaben, welche Auswirkungen auf die Schweiz haben könnten, gar nicht erst materiell auf ihre Vereinbarkeit mit den hiesigen Bestimmungen geprüft werden, verbietet sich eine schematische Anwendung dieser Rz 4 der Mitteilung zur Praxis bei der Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen.¹⁰

13. Aus der engen Auslegung von der Ausnahme einer Meldepflicht resultiert die weitere Voraussetzung, die erfüllt sein muss, damit ein Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen in der Schweiz im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG hat. Eine Auswirkung auf die Schweiz wird nur dann als nicht vorhanden angesehen, wenn die von der Transaktion betroffenen Märkte die Schweiz räumlich nicht umfassen.

14. Die Praxis des Sekretariats zur Frage, wann ein Zusammenschluss im Ausland Auswirkungen auf die Schweiz hat und der Sachverhalt somit unter das KG im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG fällt, kann folgendermassen zusammengefasst werden: Auswirkungen in der Schweiz werden auch als gegeben angenommen, wenn (i) Produkte oder Dienstleistungen des «Targets» (GU oder Fusionsobjekt) im Ausland potentiell durch Schweizer Kunden erworben werden könnten oder (ii) die von der Transaktion betroffenen räumlichen Märkten auch die Schweiz umfassen. Die Meldepflicht entfällt, wenn einerseits Produkte oder Dienstleistungen auch nicht nur potentiell in der Schweiz angeboten oder in die Schweiz geliefert werden und es sich bei den der Transaktion unterliegenden Märkten ausschliesslich um national abzugrenzende Märkte handelt.

² Vgl. RPW 2017/2, 277 Rz 4, *Beratungsanfrage zur Meldepflicht eines französischen Gemeinschaftsunternehmens*, bestätigt in RPW 2022/1 78 ff., Ziff. III, *Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH / Hugger Holding GmbH / Logistic Center Villingen GmbH*.

³ Vgl. BGE 143 II 297 E.3.2.3, *Gaba/WEKO*.

⁴ Vgl. BGE 143 II 297 E.3.3, *Gaba/WEKO*.

⁵ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission über die Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (Stand 1.10.2019), abrufbar unter <file:///C:/Users/U80867466/Downloads/v4_D_Praxis_zur_Meldung_und_Beurteilung_von_Zusammenschl%C3%BCssen_(deutsch)%20(1).pdf> (28.6.2024).

⁶ Vgl. RPW 2022/1, 78 ff. Ziff. III, *Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH / Hugger Holding GmbH / Logistic Center Villingen GmbH*; RPW 2021/3 625, Rz 8, *Beratung Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.*

⁷ FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 9 Rz 38 m.w.H.

⁸ DIKE KG-RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER (Fn 8), Art. 2 Rz 76.

⁹ Vgl. auch RPW 2010/3, 562 Rz 6 f., *Ringier AG/Axel Springer AG* (GU osteuropäische Aktivitäten).

¹⁰ RPW 2021/3, 626 Rz 10, *Beratung Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.*

15. Bei Credem handelt es sich gemäss Beratungsanfrage um eine ausschliesslich in Italien tätige Bank, die über keine Lizenz für die Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz verfügt. Auch das Target sei ausschliesslich in Italien tätig und verfüge nicht über eine Lizenz zur Ausübung irgendeiner Geschäftstätigkeit in der Schweiz und beabsichtige auch nicht, eine solche zu beantragen. Weder Credem noch das Target würden über Geschäftstätigkeiten in der Schweiz verfügen und auch nicht auf den Schweizer Markt oder Schweizer Kunden abzielen. Bei sämtlichen Acquiring Kunden (Händler) des Targets handle es sich um italienische Kunden und die POS befänden sich ausschliesslich bei Händlern in Italien.

16. Das Sekretariat kann sich auf die Ausführungen in der Beratungsanfrage stützen. Das Target hat keine Geschäftsaktivitäten in der Schweiz und es kann auch ein potentielles Anbieten oder Liefern der Produkte oder Dienstleistungen in die Schweiz im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden. Auch Worldline Italien ist im Bereich der Zahlungsdienstleistungen, wie namentlich POS Acquiring, E-Commerce Acquiring, POS Management, Acquiring Processing, E-Commerce Akzeptanz und In-Store Akzeptanz in der Schweiz nicht nötig und plant auch nicht, zukünftig in diesen Bereichen in der Schweiz tätig zu sein. Damit kann auch ein potentielles Anbieten oder Liefern in die Schweiz der Produkte oder Dienstleistungen vorliegend ausgeschlossen werden.

17. Gemäss Beratungsanfrage sind die vom Target angebotenen Dienstleistungen folgenden Märkten zuzuordnen: (i) POS Acquiring Dienstleistungen, (ii) E-Commerce Acquiring Dienstleistungen und (iii) POS Management Dienstleistungen. Gemäss konstanter Praxis des Sekretariats, die in der Beratungsanfrage korrekt dargestellt wird, wird der Markt für Kreditkarten-Acquiring räumlich national abgegrenzt, unter Einbezug von in der Schweiz tätigen Crossborder-Acquirer (damals die beiden deutschen Unternehmen B&S und Concardis).¹¹ Eine Segmentierung des Marktes für Acquiring Dienstleistungen insbesondere in einen Markt für E-Commerce Acquiring Dienstleistungen hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) noch nicht definitiv vorgenommen, das Sekretariat hat sich in einer Beratung mit dem Onlinehandel befasst und einen eigenen Markt für E-Commerce Acquiring diskutiert.¹² Gemäss dieser Beratung wäre auch ein solcher Markt national abzugrenzen. Beim Terminalmarkt werden gemäss konstanter Praxis der WEKO zwei separate sachliche Märkte definiert. Einerseits aus Sicht der Acquirer und andererseits aus Sicht der Händler. Aus Händlersicht wird ein Markt für ep2-zertifizierte POS-Terminals, die von Herstellern oder anderen Anbietern an Händler geliefert werden, abgegrenzt. Weil es sich beim ep2-Standart um schweizerische Spezifikationen handelt, die sicherstellen, dass alle Terminals alle Karten verarbeiten können, wird dieser Markt räumlich national abgegrenzt.¹³ Es kann also festgehalten werden, dass alle drei Märkte, auf denen das Target tätig ist, national abgegrenzt werden und folglich gestützt auf die abzugrenzenden Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben keine potentiellen Auswirkungen auf die Schweiz vorliegen.

18. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das in der Beratungsanfrage umschriebene Zusammenschlussvorhaben auch keine potentiellen Auswirkungen auf die Schweiz hat und folglich nicht unter das KG fällt. Fällt ein Zusammenschlussvorhaben nicht in den Anwendungsbe-
reich des KG, sind die in Art. 9 KG festgehaltenen Voraussetzungen einer Meldepflicht nicht zu prüfen.

III. Fazit

19. Bei dem in der Beratungsanfrage umschriebenen Zusammenschlussvorhaben handelt es sich aus Sicht des Sekretariats um einen gemäss KG nicht meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

¹¹ Vgl. RPW 2015/2, 177 Rz 99, *KKDMIF II*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 334 ff., *DCC*.

¹² RPW 2020/2, 429 ff., *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

¹³ Vgl. RPW 2021/4, 914 Rz 15, *Advent/Eurazeo/Planet*.

B 1.4

2. Koordination von Werbeaktionen für Lebensmittel

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

I. Sachverhalt

Werbeaktionen für Lebensmittel

1. Gemäss einer Analyse des Bundesamtes für Landwirtschaft erzielten die Schweizer Detailhändlerinnen im Zeitraum Juli 2020 bis Juli 2021 rund 30 % des mit dem Verkauf von Lebensmitteln erzielten Umsatzes über Verkaufspromotionen. Bei den vorliegend besonders relevanten Früchten fiel dieser Anteil mit rund 28 % etwas tiefer aus. Bei Gemüse lag er mit rund 17 % deutlich tiefer.¹

2. Gemäss Angaben des Bundesamtes für Umwelt (nachfolgend: BAFU) kann zwischen kurz- und langfristigen Werbeaktionen für Lebensmittel unterschieden werden. Kurzfristige Werbeaktionen werden insbesondere dann durchgeführt, wenn die Ernte eines bestimmten Produktes besonders gut ausfällt. Mit diesem Instrument kann die Nachfrage gesteigert werden. Dadurch kann die Lebensmittelverschwendung verringert werden, weil so die Nachfrage mit dem Angebot in Einklang gebracht werden kann.

3. Neben den kurzfristigen Werbeaktionen führen manche Detailhändlerinnen Werbeaktionen durch, die mehrere Monate im Voraus geplant werden. So lange im Voraus ist die zum Zeitpunkt der Werbeaktion verfügbare Menge noch nicht bekannt. Die Detailhändlerinnen bestellen grosse Mengen, die jedenfalls teilweise zu diesem Zweck im Inland angebaut werden. Teilweise werden die für die langfristigen Werbeaktionen benötigten Mengen aber auch importiert. Der Zweck der langfristigen Werbeaktionen besteht darin, Kundinnen und Kunden mit diesen besonders attraktiven Angeboten in die Geschäfte zu locken.

Lebensmittelverschwendung durch gleichzeitige Werbeaktionen

4. Es kann vorkommen, dass mehrere Detailhändlerinnen gleichzeitig das gleiche Produkt im Rahmen einer langfristig geplanten Aktion bewerben. Wenn diese Detailhändlerinnen grosse Mengen des beworbenen Produkts beschafft haben, ist es möglich, dass nicht die gesamte Menge verkauft werden kann – auch nicht zu den reduzierten Aktionspreisen. In diesem Fall wird regelmässig ein Teil der beschafften Menge entsorgt. Betroffen sind vor allem frische Produkte mit beschränkter Haltbarkeit wie Obst und Gemüse.

5. Es ist unbekannt, wie gross die Bedeutung der genannten langfristig geplanten Werbeaktionen ist: Es liegen keine Zahlen zu den im Rahmen dieser Aktionen beschafften oder verkauften Mengen vor. Ebenfalls unbekannt ist, wie oft mehrere Detailhändlerinnen gleichzeitig langfristig geplante Aktionen für das gleiche Produkt durchführen und wie gross die entsprechenden Lebens-

mittelmengen ausfallen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, die im Rahmen gleichzeitig durchgeführter Werbeaktionen für Lebensmittel mutmasslich entstehenden Verluste zuverlässig zu quantifizieren.² Das BAFU schätzt das Ausmass dieser Verluste und damit auch das entsprechende Reduktionspotenzial als «*substanziell*» ein.³

Umweltbelastung durch Lebensmittelverschwendung

6. Gemäss BAFU liegt der Anteil des Ernährungssystems an der insgesamt in der Schweiz entstehenden Umweltbelastung bei rund 28 %.⁴ Ein Viertel davon ist auf vermeidbare Lebensmittelverluste zurückzuführen,⁵ wobei davon rund 13 % in der Landwirtschaft, 8 % im Handel und weitere 38 % bei den Haushalten anfallen.⁶ Demnach könnte die Umweltbelastung durch eine Reduktion der Lebensmittelverluste erheblich reduziert werden.

Koordination langfristiger Werbeaktionen

7. Der Bundesrat hat am 6. April 2022 einen Aktionsplan gegen Lebensmittelverschwendung verabschiedet.⁷ Dieser sieht unter anderem den Abschluss einer branchenübergreifenden Vereinbarung zwischen dem BAFU und interessierten Unternehmen und Verbänden zur Reduktion von Lebensmittelverlusten vor.⁸ Eine solche Vereinbarung wurde am 12. Mai 2022 abgeschlossen. In der

¹ BUNDESAMT FÜR LANDWIRTSCHAFT, Marktbericht Fleisch, November 2021, S. 2, verfügbar unter <www.blw.admin.ch/blw/de/home/markt/marktbeobachtung/fleisch.html> (26.09.2024).

² Zwar existieren Schätzungen zum Ausmass der in der Schweiz entstehenden Lebensmittelverluste (CLAUDIO BERETTA/STEFANIE HELLWEG, Lebensmittelverluste in der Schweiz: Umweltbelastung und Vermeidungspotenzial, Oktober 2019, Abbildung 15, S. 45, verfügbar unter <www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/abfallwegweiser-a-z/biogene-abfaelle/abfallarten/lebensmittelabfaelle.html#1216572369>, 26.9.2024). Ohne Angaben zur Bedeutung der gleichzeitig bei mehreren Detailhändlerinnen stattfindenden langfristigen Werbeaktionen können aber die durch diese langfristigen Werbeaktionen verursachten Verluste nicht eingeschätzt werden.

³ Grundlage dieser Einschätzung sind insbesondere die auf Ebene Landwirtschaft und Handel betreffend Frischgemüse entstehenden [...] Lebensmittelverluste [...].

⁴ <www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/abfallwegweiser-a-z/biogene-abfaelle/abfallarten/lebensmittelabfaelle.html#1216572369> (26.9.2024). Gemäss einer vom BAFU in Auftrag gegebenen Studie und der dort besprochenen Literatur liegt der genannte Anteil bei 20–28 % (CLAUDIO BERETTA/STEFANIE HELLWEG, Fn 4, S. 61). Die Umweltbelastung wird anhand der sogenannten «Umweltbelastungspunkte» (UBP) gemessen. Diese fassen verschiedene Arten von Umweltbelastungen in einem eindimensionalen Mass zusammen.

⁵ CLAUDIO BERETTA/STEFANIE HELLWEG (Fn 4), S. 69.

⁶ CLAUDIO BERETTA/STEFANIE HELLWEG (Fn 4), S. 69..

⁷ Aktionsplan gegen die Lebensmittelverschwendung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.3829 Chevalley vom 25. September 2018 (nachfolgend: Aktionsplan, verfügbar unter www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87910.html, 26.9.2024).

⁸ Aktionsplan (Fn 7), S. 13.

Vereinbarung werden Reduktionsziele definiert. Ausserdem verpflichten sich die beteiligten Akteure zur Erarbeitung konkreter Massnahmen. Das BAFU prüft aktuell eine mögliche solche Massnahme zur Reduktion von Lebensmittelverlusten, nämlich die Koordination der genannten langfristig geplanten Werbeaktionen von Lebensmitteln unter den Detailhändlerinnen. Diese Massnahme soll vorliegend kartellrechtlich beurteilt werden. Zunächst wird aber die geplante Koordination näher beschrieben.

8. Ziel der Koordination ist die Reduktion der Umweltbelastung (Rz 6). Dieses Ziel soll durch eine Reduktion der Lebensmittelverschwendung erreicht werden, die durch gleichzeitig bei mehreren Detailhändlerinnen durchgeführte, langfristig geplante Werbeaktionen für Lebensmittel entsteht (Rz 4 f.). Konkret soll verhindert werden, dass mehrere Detailhändlerinnen im gleichen Zeitraum eine langfristig geplante Werbeaktion für das gleiche Produkt durchführen. Dazu wäre eine Koordination der Planung dieser Werbeaktionen erforderlich. Diese könnte entweder direkt durch die Detailhändlerinnen oder über einen unabhängigen Dritten erfolgen.

9. Die gleichzeitige Durchführung kurzfristig geplanter Werbeaktionen wäre nach wie vor möglich, wobei die Abgrenzung zwischen langfristig und kurzfristig geplanten Werbeaktionen jedenfalls im Moment noch unklar ist. Grundlage der genannten Koordination wäre eine Vereinbarung, an welcher voraussichtlich sämtliche grösseren in der Schweiz tätigen Detailhändlerinnen beteiligt wären.⁹

II. Fragestellung

10. Das BAFU ersuchte das Sekretariat um eine Einschätzung, ob die genannte Koordination langfristig geplanter Werbeaktionen für Lebensmittel kartellrechtlich zulässig ist.

III. Kartellrechtliche Beurteilung

Wettbewerbsabrede

11. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der vorgesehenen Vereinbarung zur Koordination langfristiger Werbeaktionen um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG¹⁰ handeln könnte. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

12. Vorliegend ist vorgesehen, dass sich die in der Schweiz tätigen Detailhändlerinnen dazu verpflichten, nicht gleichzeitig langfristig geplante Werbeaktionen für die gleichen Lebensmittel durchzuführen. Damit handelt es sich um eine Koordination des Verhaltens von Unternehmen der gleichen Marktstufe.

13. Die Koordination betrifft den Zeitpunkt langfristig geplanter Werbeaktionen. Für diese Aktionen kaufen die Detailhändlerinnen grössere Mengen ein als normal und bieten diese zu besonders attraktiven Preisen zum Verkauf an. Während eines bestimmten Zeitraums könnte deshalb gemäss der zu beurteilenden Vereinbarung jeweils nur noch eine einzige Detailhändlerin grosse Mengen langfristig beschaffen und zu besonders günstigen Preisen verkaufen (vgl. Fn 9). Alle Konkurrentinnen wären

verpflichtet, mit dieser ausgewählten Konkurrentin während des festgelegten Zeitraums nur noch in Form kurzfristiger Aktionen oder regulärer Preissenkungen in den Wettbewerb zu treten. Deshalb kann die zu beurteilende Vereinbarung dazu führen, dass der Wettbewerb zwischen den Detailhändlerinnen beeinträchtigt wird.

14. Weil die vorliegende Vereinbarung zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe abgeschlossen werden soll und geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, handelt es sich dabei voraussichtlich um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

Unzulässige Wettbewerbsabrede

15. Als nächstes ist zu prüfen, ob die vorliegende Wettbewerbsabrede unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist. Das ist der Fall, falls der Wettbewerb durch die Abrede beseitigt wird oder falls die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

Beseitigung des Wettbewerbs

16. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG wird die Beseitigung des Wettbewerbs u.a. vermutet, falls es sich (i) um eine Abrede zwischen tatsächlich im Wettbewerb stehenden Unternehmen handelt und (ii) die Abrede die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen betrifft. Deshalb wird zunächst geprüft, ob es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Vereinbarung um eine **Mengenabrede** im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG handeln könnte.

17. Die zu beurteilende Vereinbarung soll zwischen tatsächlich im Wettbewerb stehenden Detailhändlerinnen abgeschlossen werden. Damit ist Voraussetzung (i) erfüllt.

18. Gemäss der zu prüfenden Vereinbarung würden sich die Detailhändlerinnen verpflichten, nicht für den gleichen Zeitraum wie ihre Konkurrentinnen grosse Mengen des gleichen Produkts lange im Voraus im Hinblick auf eine Werbeaktion zu beschaffen. Die Abrede bezieht sich also auf Bezugsmengen und diese werden auf die genannte Art und Weise eingeschränkt. Damit ist auch Voraussetzung (ii) erfüllt. Deshalb handelt es sich bei der vorliegenden Vereinbarung um eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG.

19. Allenfalls könnte die zu prüfende Vereinbarung auch eine **Preisabrede** im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen. Das wäre dann der Fall, wenn es sich (i) um eine Abrede zwischen tatsächlich im Wettbewerb stehenden Unternehmen handelt und (ii) die Abrede die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen betrifft. Auch in diesem Fall wird die Beseitigung des Wettbewerbs vermutet.

⁹ Es ist davon auszugehen, dass nur die grösseren Detailhändlerinnen langfristig geplante Werbeaktionen durchführen, für welche lange im Voraus grosse Mengen an Lebensmitteln beschafft werden. Deshalb hätte die zu prüfende Vereinbarung zur Folge, dass nur noch eine einzige Detailhändlerin gleichzeitig solche Aktionen für ein bestimmtes Produkt planen könnte.

¹⁰ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

20. Werbeaktionen zeichnen sich dadurch aus, dass die beworbenen Produkte zu besonders günstigen Preisen angeboten werden. Die vorliegende Vereinbarung führt dazu, dass nur noch eine einzige Detailhändlerin langfristig solche Aktionen für ein bestimmtes Produkt und einen bestimmten Zeitraum planen kann. Wenn sich kurzfristig herausstellt, dass für dieses Produkt Ernteüberschüsse bestehen, können allenfalls auch die anderen Detailhändlerinnen das gleiche Produkt kurzfristig zu vergleichbaren Konditionen erwerben und zu besonders günstigen Preisen anbieten. Jedenfalls wenn keine solche Überschüsse bestehen, kann die geplante Vereinbarung zu einer Koordination der von den verschiedenen Detailhändlerinnen angebotenen Preisen führen, weil nur eine einzige Detailhändlerin ein bestimmtes Produkt zu besonders tiefen Preisen anbieten kann. Deshalb kann die zu beurteilende Verhaltensweise zu einer Beeinträchtigung des Preiswettbewerbs führen. Es könnte sich dabei um eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handeln.

21. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorgesehene Abrede voraussichtlich unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG fällt. Damit wird die Beseitigung des Wettbewerbs vermutet.

22. Vorliegend kann die genannte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs voraussichtlich umgestossen werden. Die Festlegung der Bezugsmengen oder der Verkaufspreise erfolgt nicht exakt und mutmasslich auch nicht in Bezug auf alle zum gleichen Markt gehörenden Produkte.¹¹ Ausserdem gibt es nach wie vor Wettbewerb durch kurzfristig geplante Werbeaktionen oder reguläre Preissenkungen.

23. Auch wenn die vorliegende Abrede den Wettbewerb nicht beseitigt, handelt es sich gemäss Art. 5 Abs. 1 KG um eine unzulässige Wettbewerbsabrede, falls sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Deshalb wird als nächstes geprüft, ob die Vereinbarung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

24. Bei der Prüfung der Erheblichkeit ist zu beachten, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und damit auch die vorliegend zu beurteilende Abrede in der Regel die Erheblichkeitsschwelle bereits aufgrund der Art der Abrede erreichen.¹²

25. Ausserdem sprechen vorliegend insbesondere die folgenden Gründe dafür, dass die zu beurteilende Vereinbarung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnte:

- Sämtliche grösseren in der Schweiz tätigen Detailhändlerinnen sind beteiligt (Rz 9).
- Ein grosser Teil der in der Schweiz verkauften Lebensmittel wird im Rahmen von Werbeaktionen verkauft (Rz 1). Allerdings ist unklar, wie bedeutend die vorliegend relevanten langfristig geplanten Werbeaktionen sind (Rz 5). Ausserdem ist unklar, wie langfristige von kurzfristigen Werbeaktionen im Rahmen der zu prüfenden Vereinbarung abgegrenzt werden (Rz 9). Deshalb kann nicht ausgeschlossen werden, dass den unter die Vereinbarung fallenden langfristigen Werbeaktionen eine wesentliche Bedeutung zukommt.

- Als Folge der zu prüfenden Vereinbarung könnte jeweils nur noch eine einzige Detailhändlerin ein bestimmtes Produkt gleichzeitig im Rahmen einer langfristig geplanten Werbeaktion zu besonders günstigen Preisen anbieten (Rz 18 und Rz 20). Insbesondere wenn das jeweils einer Detailhändlerin vorbehaltene Produkt breit definiert wird, könnte der Wettbewerb zwischen den Detailhändlerinnen erheblich eingeschränkt werden.¹³

26. Aus diesen Gründen führt die vorgesehene Vereinbarung voraussichtlich zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

Rechtfertigungsgründe

27. Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zulässig, wenn sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Eine Rechtfertigung ist nur möglich, wenn alle der folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁴

- Es liegt ein **wirtschaftlicher Effizienzgrund** im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG vor.
- Die Abrede ist **geeignet**, das angestrebte Effizienzziel zu erreichen.
- Es gibt **kein milderes Mittel**, dieses Effizienzziel zu erreichen.
- Durch die Abrede wird der Wettbewerb **nicht übermässig beeinträchtigt**.
- Die Abrede eröffnet den beteiligten Unternehmen **keine Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen**.

28. In Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG sind die möglichen **wirtschaftlichen Effizienzgründe** abschliessend aufgezählt. Dabei handelt es sich um (i) die Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, (ii) die Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, (iii) die Förderung der Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen, sowie (iv) die rationellere Nutzung von Ressourcen. Es genügt, wenn einer der genannten Effizienzgründe gegeben ist.¹⁵

¹¹ Es ist unklar, wie im Rahmen der vorgesehenen Abrede die verschiedenen Frischprodukte abgegrenzt werden sollen, für welche anschliessend nur eine Detailhändlerin langfristige Aktionen planen darf. Je mehr aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten austauschbare ähnliche Produkte einer einzigen Detailhändlerin vorbehalten wären, desto schwerwiegender dürfte die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausfallen. Wenn zum Beispiel nur noch eine Detailhändlerin gleichzeitig Obst zu besonders tiefen Preisen anbieten kann, wird dadurch der Wettbewerb stärker beeinträchtigt, als wenn sich die entsprechende Einschränkung nur auf eine bestimmte Apfelsorte beziehen würde.

¹² BGE 143 II 297, 318 E. 5.2.5, *Gaba*.

¹³ Wenn zum Beispiel nur noch eine Detailhändlerin langfristige Werbeaktionen für Obst planen kann, wäre die Beeinträchtigung mutmasslich grösser, als wenn sich diese Exklusivität nur auf eine Apfelsorte beziehen würde, weil die Konsumentinnen und Konsumenten im zweiten Fall bessere Ausweichmöglichkeiten hätten (vgl. Fn 10).

¹⁴ BGE 147 II 72 E. 7.2 m.w.H., *Hors-Liste II*. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist eine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nur möglich, wenn diese zur Erreichung des geltend gemachten Effizienzziels «notwendig» sind. Die Prüfung dieser Notwendigkeit erfolgt anhand der drei Voraussetzungen Eignung, kein milderes Mittel und keine übermässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Rz 27, Spiegelstriche 2–4).

¹⁵ BGE 144 II 246, 266 E. 13.2 m.w.H., *Altimum*; BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Sammelrevers*.

29. Die Effizienzgründe sind weit auszulegen.¹⁶ Das trifft auch auf die vorliegend besonders relevanten Effizienzgründe der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (ii) oder der rationelleren Nutzung von Ressourcen (iv) zu. Der Begriff der Verbesserung von Produkten erfasst insbesondere auch eine Verbesserung der Umweltverträglichkeit von Produkten.¹⁷ Zu den in Effizienzgrund (iv) genannten «Ressourcen» gehören auch öffentliche Güter oder natürlichen Ressourcen.¹⁸

30. Allerdings ist bei allen Effizienzgründen ein Bezug zum ökonomischen Prozess erforderlich.¹⁹ Die Wettbewerbsbehörden haben diesen Vorbehalt in ihrer Praxis präzisiert. Der Bezug zwischen dem geltend gemachten Effizienzgrund und dem Produkt bzw. dem Produktionsverfahren der an der Abrede beteiligten Unternehmen muss genügend eng sein.²⁰ Rechtsfertigungsgründe, die keinen Bezug zum ökonomischen Prozess haben, können hingegen nur vom Bundesrat im Rahmen der in Art. 8 KG vorgesehenen Zulassung in Ausnahmefällen berücksichtigt werden.²¹

31. Die vorliegende Vereinbarung bezweckt die Reduktion der Umweltbelastung. Dieses Ziel soll durch eine Reduktion der Lebensmittelverschwendung im Zusammenhang mit langfristig geplanten Werbeaktionen erreicht werden (Rz 8). Eine durch die Reduktion der Lebensmittelverschwendung erzielte Reduktion der Umweltbelastung dürfte zu einer effizienteren Nutzung natürlicher Ressourcen führen (Rz 6). Gelingt das Unterfangen, kann die bestehende Nachfrage nach Lebensmitteln unverändert befriedigt werden. Gleichzeitig wären dazu mutmasslich weniger natürliche Ressourcen (z.B. Ackerland, Wasser oder Energie) erforderlich. Damit ist der Effizienzgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen erfüllt, sofern ein ausreichend enger Bezug zum Produkt bzw. Produktionsprozess der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen besteht.

32. Die genannte rationellere Nutzung von Ressourcen soll vorliegend durch Anpassungen des Betriebs bzw. des Produktionsprozesses der an der Vereinbarung beteiligten Detailhändlerinnen erreicht werden. Deshalb besteht ein genügend enger Bezug zwischen dem geltend gemachten Effizienzgrund und dem Produkt bzw. dem Produktionsverfahren der an der Abrede beteiligten Unternehmen. Aus diesen Gründen handelt es sich beim vorliegend verfolgten Ziel um einen wirtschaftlichen Effizienzgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG.²²

33. Als nächstes ist zu prüfen, ob die Vereinbarung **geeignet** ist, die Lebensmittelverschwendung und damit die Umweltbelastung zu reduzieren. Diesbezüglich bestehen insbesondere aus den folgenden Gründen erhebliche Zweifel:

- Es gibt keine Zahlen zur Bedeutung der langfristig geplanten Werbeaktionen und auch nicht zur im Zusammenhang damit entstehenden Lebensmittelverschwendung (Rz 5). Deshalb ist unklar, ob die vorgesehene Vereinbarung tatsächlich zu einer spürbaren Reduktion der Lebensmittelverschwendung führen könnte.
- Es ist unklar, in welchem Ausmass die *gleichzeitige* Durchführung langfristig geplanter Werbeaktionen durch mehrere Detailhändlerinnen zu Lebensmittel-

verschwendung führt. Es liegen zum Beispiel keine Zahlen dazu vor, wie oft solche Situationen eintreten (Rz 5).²³

- Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass langfristig geplante Aktionen auch dann zu Lebensmittelverlusten führen, wenn in einem bestimmten Zeitraum nur eine Detailhändlerin ein bestimmtes Produkt mit Aktionspreisen bewirbt. Im Rahmen dieser Aktionen werden unabhängig von der Ernte lange im Voraus grosse zusätzliche Mengen bestellt. Dadurch fällt das Angebot bei gleichbleibender Nachfrage höher aus als normal. Insbesondere wenn der von den Detailhändlerinnen angebotene Preis nicht ausreichend tief ausfällt, könnte deshalb auch dann Lebensmittelverschwendung entstehen, wenn nur eine Detailhändlerin in einem bestimmten Zeitraum eine langfristig geplante Werbeaktion durchführt.
- Durch die Vereinbarung wird sichergestellt, dass nur noch eine Detailhändlerin ein bestimmtes Produkt in einem bestimmten Zeitraum im Rahmen einer langfristig geplanten Werbeaktion verkaufen kann. Diese muss also nicht mehr damit rechnen, dass ihre Konkurrentinnen ebenfalls lange im Voraus grosse Mengen des gleichen Produkts einkaufen. Deshalb ist es möglich, dass die im Rahmen der Vereinbarung ausgewählte Detailhändlerin grössere Mengen einkaufen würde als ohne Vereinbarung, was zu einer grösseren Lebensmittelverschwendung führen könnte.

¹⁶ BGE 144 II 246, 266 E. 13.2 m.w.H., *Altimum*.

¹⁷ BGE 147 II 72, 107 E. 7.4.1 m.w.H., *Hors-Liste II*.

¹⁸ BGE 129 II 18, 46 f. E. 10.3.3, *Sammelrevers*. Vgl. auch RPW 2005/1, 242, Rz 31 *Klimarappen*; RPW 2005/2, 266, Rz 92, *Swico/Sens*; RPW 2021/3, 616, Rz 30, *Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch*.

¹⁹ Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 558 Ziff. 231.3.

²⁰ Vgl. RPW 2005/2, 266 Rz 92, *Swico/Sens*; RPW 2005/1, 242 Rz 31, *Klimarappen*; RPW 2021/3, 616 Rz 30, *Maximale Produzenten-/Konsumentenpreisrelationen bei Fleisch*.

²¹ BBl 1995 I 468, 558 Ziff. 231.3.

²² Allenfalls käme auch eine Subsumtion unter den Effizienzgrund der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren in Frage (Rz 29).

²³ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Detailhändlerinnen grundsätzlich ein betriebswirtschaftliches Interesse daran haben, regelmässig auftretende grosse Lebensmittelverluste zu vermeiden. Zu diesem Zweck können sie erstens die langfristig eingekauften Mengen unter Berücksichtigung des Risikos gleichzeitiger Werbeaktionen kalkulieren. Je grösser das genannte Risiko, desto geringer dürfte die optimale lange im Voraus eingekaufte Menge ausfallen. Zweitens können die Detailhändlerinnen die Preise senken, falls sich herausstellen sollte, dass eine Konkurrentin für das gleiche Produkt eine Werbeaktion durchführt. Weil die Nachfrage in der Regel mit sinkendem Preis steigt, könnten dadurch Lebensmittelverluste allenfalls reduziert werden. Ausserdem können die Detailhändlerinnen grundsätzlich auch mit kurzfristig geplanten Werbeaktionen Kundinnen und Kunden in ihre Geschäfte locken (Rz 2). Auch vor diesem Hintergrund bleibt unklar, wie bedeutend die durch gleichzeitig durchgeführte langfristig geplante Werbeaktionen anfallenden Lebensmittelverluste tatsächlich ausfallen.

34. Insbesondere aus diesen Gründen ist aufgrund der vorliegenden Informationen nicht erstellt, dass die zu beurteilende Vereinbarung geeignet ist, die durch Lebensmittelverschwendung verursachte Umweltbelastung spürbar zu reduzieren. Falls die aktuell bestehenden erheblichen Zweifel an der Eignung der Vereinbarung nicht ausgeräumt werden können, scheitert damit die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz.

35. Andernfalls wäre als Nächstes zu prüfen, ob es **kein milderes Mittel** zur Erreichung der angestrebten Effizienzziele gibt. Auf eine solche Prüfung wird vorliegend verzichtet, weil die Rechtfertigung bereits an der nicht nachgewiesenen Eignung scheitert.

36. Anschliessend wäre zu prüfen, ob **keine übermässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs** entsteht. Diese Voraussetzung bedingt eine Abwägung zwischen den durch die Vereinbarung herbeigeführten Effizienzgewinnen und den zu erwartenden schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb.²⁴

37. Vorliegend ist unklar, ob die zu prüfende Vereinbarung zu einer spürbaren Reduktion der Umweltbelastung führen würde (Rz 33). Das Ausmass der durch die Vereinbarung entstehenden Wettbewerbsbeeinträchtigung kann aufgrund der vorliegenden Informationen ebenfalls nicht genau eingeschätzt werden, dürfte aber erheblich ausfallen (Rz 25). Aufgrund dieser Unklarheiten kann keine abschliessende Interessenabwägung vorgenommen werden.

38. Schliesslich wäre zu prüfen, ob die zu beurteilende Vereinbarung den beteiligten Unternehmen **keine Möglichkeit bietet, den Wettbewerb zu beseitigen**. Diese letzte Voraussetzung wäre vorliegend mutmasslich erfüllt (Rz 22).

39. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zu prüfende Vereinbarung grundsätzlich durch eine Reduktion der durch Lebensmittelverschwendung entstehenden Umweltbelastung gerechtfertigt werden könnte. Vorliegend gibt es aber erhebliche Zweifel daran, ob die Vereinbarung dazu geeignet ist. Deshalb kann die zu beurteilende Vereinbarung jedenfalls nicht anhand der vorliegenden Informationen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

Fazit und Rechtsfolge

40. Bei der vorgesehenen Vereinbarung handelt es sich mutmasslich um eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG. Allenfalls könnte sie auch eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen. Obwohl die Vereinbarung den Wettbewerb wohl nicht beseitigt, ist sie voraussichtlich unzulässig, da sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

41. Bei unzulässigen Mengen- und Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG handelt es sich um direkt sanktionierbare Verstösse gegen das Kartellgesetz (Art. 49a Abs. 1 KG). Demnach stellt die vorliegend zu prüfende Vereinbarung mutmasslich einen direkt sanktionierbaren Verstoß gegen das Kartellgesetz dar.

²⁴ Vgl. z.B. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 5 N 355.

B 2

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

B 2

1. Vorsorgliche Massnahmen

Mesures provisionnelles

Misure cautelari

B 2.1

1. Interchange Fees für Debitkarten von Visa

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 25. September 2023 in Sachen vorsorgliche Massnahmen. Ablehnung der von Visa beantragten Massnahmen.

A Verfahren

1. Mit Schreiben vom 29. September 2022 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG¹ mit dem Titel «22-0514: Debitkarten Interchange Fees». Die Vorabklärung umfasste sämtliche Debitkarten der internationalen Vier-Parteien-Systeme Visa und Mastercard. Anlass dafür bildete das Auslaufen der in früheren Vorabklärungen definierten sogenannten «Safe Harbors» für Interchange Fees für Debitkarten. Das Sekretariat hatte in der Form von Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG Bedingungen definiert, bei deren Einhaltung auf die Markteinführungsphase limitierte Interchange Fees als kartellrechtlich unproblematisch qualifiziert werden konnten.² Ziel dieser neueröffneten Vorabklärung war es abzuklären, ob eine einvernehmliche Regelung der Interchange-Gebühren mit Visa und Mastercard möglich wäre.³

2. Anhand der in der Vorabklärung erfolgten Austausche zeigte sich, dass mit Visa keine gemeinsame Grundlage für eine einvernehmliche Regelung gefunden werden konnte. Visa erachtete die vom Sekretariat vorgeschlagenen Sätze als zu tief und verlangte höhere Sätze. Das Sekretariat teilte Visa schliesslich mit Schreiben vom 9. Mai 2023 mit, dass es sich angesichts der bisherigen Praxis zu Interchange Fees nicht in der Lage sehe, im Rahmen einer Vorabklärung Interchange Fees in der von Visa geforderten Höhe zuzulassen. Es bedürfe hierfür vertiefter Abklärungen, weshalb das Sekretariat bei der Präsidentin der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Eröffnung einer Untersuchung beantragen werde.⁴

3. Am 22. Mai 2023 reichte Visa eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG bezüglich «der geplanten Einführung dauerhafter inländischer Interchange Fees für Visa Debit / V PAY» ein.⁵ Unter anderem beantragte Visa darin, dass für die Dauer eines allfälligen Verfahrens nach den Art. 26–30 KG eine Übergangslösung zu vereinbaren sei, eventualiter sei die Übergangslösung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen anzuordnen.

4. Am 27. Juni 2023 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG gegen Visa⁶. In Bezug auf die beantragte Übergangslösung wies das Sekretariat darauf hin, dass das Sekretariat bereit sei, eine Übergangslösung zu den in der Vorabklärung angebotenen Sätzen abzuschliessen. Sofern Visa ihre Interchange Fees im Rahmen dieser Obergrenzen festsetze, bestehe kein Sanktionsrisiko und auch kein Bedarf für vorsorgliche Massnahmen.⁷

5. Mit einem an die WEKO gerichteten Schreiben vom 3. Juli 2023 beantragte Visa, «[e]s sei durch die WEKO im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen anzuordnen, dass die Interchange Fee Regelung von Visa zu den Sätzen, wie sie in der Meldung vom 22. Mai 2023 gemeldet wurden und per 1. Juli in Kraft gesetzt werden, als Übergangslösung in Fortführung der ausgelaufenen Safe Harbor Vereinbarung bis zum Abschluss der Untersuchung der WEKO als zulässig gelten».⁸ Zur Begründung verwies Visa auf die Ausführungen in der Meldung vom 22. Mai 2023. Zudem stellte Visa in Aussicht, eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung bzw. Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen einzureichen, falls bis zum 14. Juli 2023 nicht entweder eine einvernehmliche Übergangsregelung erreicht oder eine Verfügung bezüglich der vorsorglichen Massnahmen durch die WEKO erlassen worden sei.

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

² Vgl. RPW 2009/2, 122 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY (DMIF V PAY)*; RPW 2012/4, 764 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee (Maestro FIF/Debit MC IF)*; RPW 2017/4, 559 ff., *Ergänzung vom 16.8.2017 des Schlussberichts vom 27.4.2009 betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY (Ergänzung V PAY)*. Für den materiellen Inhalt der Anregungen vgl. detailliert Rz 20 ff. der vorliegenden Verfügung.

³ Vgl. Eröffnungsschreiben Vorabklärung vom 29.9.2022.

⁴ Vgl. Schreiben Sekretariat vom 9.5.2023.

⁵ Meldung Visa vom 22.5.2023.

⁶ Vgl. SHAB, 26.7.2023, BB05-0000000122.

⁷ Vgl. Eröffnungsschreiben Untersuchung vom 27.6.2023.

⁸ Schreiben Visa vom 3.7.2023.

6. Mit Schreiben vom 13. Juli 2023 informierte das Sekretariat Visa darüber, dass es das Schreiben vom 3. Juli 2023 zum Zweck der Instruktion erhalten habe. Das Sekretariat wies Visa u. a. darauf hin, dass das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen nur summarisch begründet worden sei und forderte Visa auf, ein substantiiertes Gesuch einzureichen.⁹

7. Mit Eingabe vom 4. August 2023 stellte Visa ein formelles Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (nachfolgend: Gesuch) mit folgenden Anträgen:

1. *«Es sei durch die WEKO im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen anzuordnen, dass die Interchange Fee Regelung von Visa zu den Sätzen, wie sie in der Meldung vom 22. Mai 2023 gemeldet und per 1. Juli 2023 in Kraft gesetzt wurden, bis zum Abschluss der Untersuchung der WEKO als zulässig gelten.»*
2. *Diese Anordnung sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung allfälliger weiterer Parteien der Untersuchung, anzuordnen.*
3. *Einer allfälligen Beschwerde gegen diese vorsorglichen Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.»*

8. Visa kündigte an, «[a]ngesichts der erneuten Verzögerung des Erlasses einer anfechtbaren Verfügung sowie der erheblichen Dringlichkeit» eine Beschwerde wegen

Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung einzureichen, sollte bis zum 18. August 2023 keine Verfügung der WEKO erfolgen.¹⁰

9. Mit Schreiben vom 15. August 2023 informierte das Sekretariat Visa darüber, dass die Behandlung des Gesuchs für die WEKO-Sitzung vom 25. September 2023 traktandiert sei.¹¹

10. Mit Eingabe vom 14. September 2023 reichte Visa eine direkt an die WEKO gerichtete Kurzbegründung ihres Antrags auf vorsorgliche Massnahmen ein.

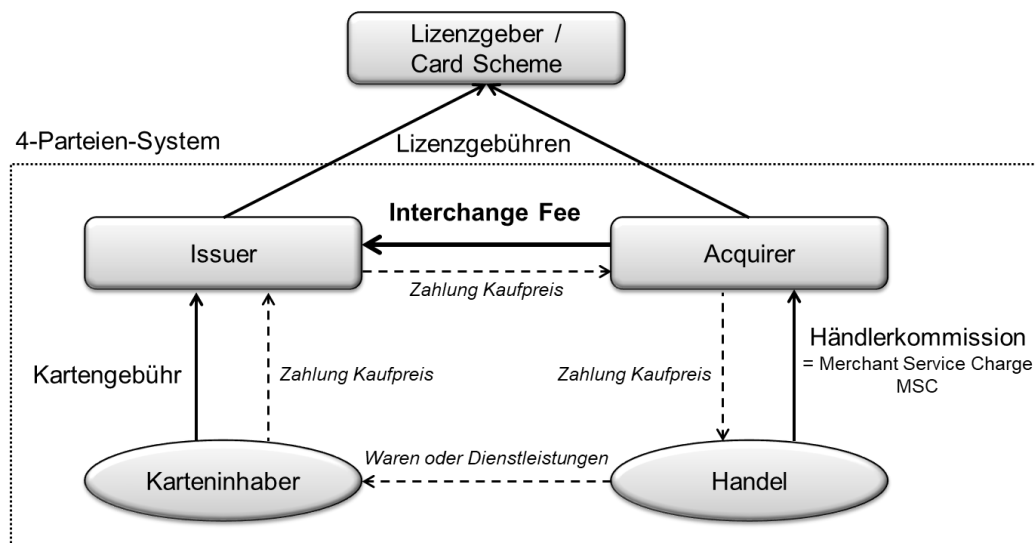
B Sachverhalt

11. Gegenstand der beantragten vorsorglichen Massnahmen sind – ebenso wie Gegenstand der Untersuchung – Interchange Fees für Debitkarten. Zum besseren Verständnis wird nachfolgend summarisch erläutert, was Interchange Fees sind und wie sich die aktuelle Ausgangslage aufgrund früherer Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden präsentiert:

B.1 Interchange Fees

B.1.1 Das 4-Parteien-System bei Zahlkarten

12. Bei den Interchange Fees handelt es sich um ein Entgelt, welches – wie die nachfolgende Grafik illustriert – bei Transaktionen in einem 4-Parteien-System durch die Acquirer an die Issuer zu bezahlen ist:



Quelle: RPW 2017/4, 542 Rz 2, Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF).

13. Bei einer Zahlkartentransaktion in einem 4-Parteien-System sind folgende Marktteilnehmer involviert:

- **Issuer:** Unternehmen, welche die Zahlkarten an die Karteninhaber herausgeben.
- **Acquirer:** Unternehmen, welche die Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Zahlkarten anwerben und mit ihnen entsprechende Verträge abschliessen.
- **Karteninhaber:** Personen, welche ihre Zahlkarte zur Bezahlung einer Ware oder Dienstleistung einsetzen.

⁹ Schreiben Sekretariat vom 13.7.2023.

¹⁰ Gesuch, Rz 84.

¹¹ Schreiben Sekretariat vom 15.8.2023.

- *Handel*: Unternehmen, welche die Bezahlung durch eine Zahlkarte akzeptieren.

14. Dabei fallen typischerweise folgende Gebühren an:

- *Händlerkommission*, auch Merchant Service Charge (MSC) genannt: Die MSC wird vom Händler an den Acquirer bezahlt. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben. Ein Teil der MSC wird vom Acquirer in Form der Interchange Fee an den Issuer weitergegeben.
- *Interchange Fee*: Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben.
- *Kartengebühren*: Gebühren, welche der Karteninhaber dem Issuer bezahlt (z. B. Jahresgebühr, Gebühren für Fremdwährungstransaktionen, Zinsen etc.).

15. Nicht direkt in die Transaktion involviert ist der Lizenzgeber des jeweiligen Zahlkartensystems (Card Scheme).

Der Lizenzgeber regelt über ein Regelwerk die Zusammenarbeit zwischen Issuern und Acquirern sowie deren Kunden innerhalb des jeweiligen Zahlungssystems.

16. Innerhalb der beiden internationalen 4-Parteien-Systeme von Visa und Mastercard werden die Interchange Fees durch das jeweilige Card Scheme festgesetzt. Es handelt sich dabei um *multilaterale Interchange Fees*, d. h., sie sind für alle am System teilnehmenden Issuer und Acquirer verbindlich. Für eine bestimmte Transaktion kommt infolgedessen unabhängig davon, welcher Issuer die Zahlkarte herausgegeben hat, und unabhängig davon, bei welchem Händler diese eingesetzt wird, stets dieselbe Interchange Fee zur Anwendung.

B.1.2 Kategorien von Interchange Fees

17. Die anwendbare Interchange Fee wird pro Transaktion aufgrund verschiedener Kriterien festgelegt. Der Acquirer analysiert die für die Interchange Fee relevanten Parameter für jede bei einem Händler erfolgte Transaktion und bestimmt die relevante Interchange Fee-Kategorie. Aus der nachfolgenden Tabelle gehen die wichtigsten Hauptkategorien hervor:

Kategorien von Interchange Fees	
Unterscheidung nach Region	
Domestische Interchange Fees Interchange Fees, die bei «inländischen» Transaktionen zur Anwendung gelangen, d. h., wenn eine Schweizer Zahlkarte bei einem Schweizer Händler eingesetzt wird.	Crossborder Interchange Fees Interchange Fees, die bei grenzüberschreitenden Transaktionen angewendet werden, d. h., wenn eine ausländische Zahlkarte bei einem Schweizer Händler eingesetzt wird (und umgekehrt).
Unterscheidung nach Kartenprodukt	
Interchange Fees für Consumer Cards Interchange Fee, die beim Einsatz von Zahlkarten für Konsumenten zur Anwendung gelangen.	Interchange Fees für Commercial Cards Interchange Fee, die bei der Verwendung von Firmenkarten (auch als Businesscards bekannt) zur Anwendung gelangen. Dabei handelt es sich um Zahlkarten für Unternehmen, d. h. Karten, welche auf ein Unternehmen laufen und durch die Angestellten des Unternehmens eingesetzt werden.
Unterscheidung nach Verwendung der physischen Zahlkarte	
Card Present (CP) Interchange Fees Interchange Fee, die beim Einsatz einer physischen Zahlkarte an einem physischen Verkaufspunkt zur Anwendung gelangen (auch als Präsenzgeschäft bezeichnet).	Card not Present (CnP) Interchange Fees Interchange Fee, welche bei Transaktionen im elektronischen Handel (E-Commerce) oder beim Einsatz eines Smartphones (M-Commerce) zur Anwendung gelangen.

18. Darüber hinaus sind etwa Unterscheidungen nach der jeweiligen Branche des Händlers (branchenspezifische Interchange Fees) oder nach dem Sicherheitsstand der Transaktion (transaktionsspezifische Interchange Fees, z. B. «Chip» oder «Contactless») üblich.

B.2 Frühere kartellrechtliche Verfahren

19. Am 5. Dezember 2005 schloss die WEKO ihre erste Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu domestischen multilateralen Interchange Fees (DMIF) bei Kreditkarten von Visa und Mastercard ab. Die WEKO qualifizierte die DMIF als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG einerseits

zwischen den Issuern und andererseits zwischen den Acquirern. Die WEKO hielt weiter fest, dass die DMIF unter gewissen Bedingungen aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könnten. Zu diesem Zweck wurde eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen, welche die Höhe der Interchange Fees limitierte.¹² Die WEKO bestätigte diese Einschätzung in zwei weiteren Verfügungen, passte aber jeweils das System zur Festlegung der Obergrenze an, was zu weiteren Senkungen der DMIF führte und im aktuellen Satz von durchschnittlich 0,44 % des Transaktionsbetrages resultierte.¹³

20. Bei den Debitkarten hat sich das Sekretariat erstmals im Jahr 2006 zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von DMIF geäussert. In der Vorabklärung zur geplanten «Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen» gelangte das Sekretariat zum Schluss, es gebe Anhaltspunkte dafür, dass die geplante DMIF eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstelle. Das Sekretariat erachtete es weiter als zweifelhaft, dass die Einführung einer DMIF für Maestro durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden könne, weshalb es die Eröffnung einer Untersuchung in Aussicht stellte.¹⁴ Aufgrund der drohenden Untersuchung wurde auf die geplante Einführung einer DMIF für Maestro verzichtet, so dass dieses Debitkartenprodukt bis heute ohne Interchange Fees funktioniert.¹⁵

21. Im Jahr 2009 hat das Sekretariat in der Vorabklärung «Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY» eine auf die Markteintrittsphase beschränkte Interchange Fee zugelassen. Das Sekretariat berücksichtigte ökonomische Argumente, wonach Interchange Fees in der Aufbauphase eines Netzwerkes die Überwindung des sogenannten «Chicken and Egg»-Problems ermöglichen können. Es hat daher in der Form von Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG Voraussetzungen für eine provisorische DMIF definiert, bei deren Einhaltung auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet werden könne, und damit einen ersten Safe Harbor (vgl. vorne Rz 1) geschaffen. Konkret erachtete das Sekretariat eine DMIF von durchschnittlich 20 Rappen pro Transaktion als kartellrechtlich unproblematisch, solange eine Marktanteilschwelle von 15 % nicht überschritten wird. Dieser Safe Harbour sollte für eine Zeitperiode von drei Jahren ab der Herausgabe der ersten V PAY-Debitkarte gelten.¹⁶

22. Im Jahr 2012 setzte sich das Sekretariat in der Vorabklärung «Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee» erneut mit der Thematik auseinander. Es kam wiederum zum Schluss, dass sich eine Interchange Fee für ein gut funktionierendes und weitverbreitetes Debitkartensystem wie Maestro kaum aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse. Für das neue Produkt Debit Mastercard gewährte das Sekretariat Mastercard hingegen denselben Safe Harbor wie Visa für V PAY, da in der Markteinführungsphase nicht von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen war.¹⁷

23. Mit der Frage zur Zulässigkeit von Interchange Fees für Debitkarten im CnP-Geschäft setzte sich das Sekretariat in der Vorabklärung «Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee» im Jahr 2017 auseinander. Es anerkannte schliesslich, dass eine Interchange Fee für den

Markteintritt der Debitkarten in das bis dahin den Kreditkarten vorbehaltene E- und M-Commerce-Geschäft erforderlich sei. Als Obergrenze wurde ein Grenzwert von 0,31 % des Transaktionsbetrages definiert, verbunden mit einer vorfixierten Senkung auf 0,2 %.¹⁸

24. Der Markteintritt von V PAY gestaltete sich schwieriger und langsamer als erwartet, weshalb Visa im Jahr 2017 um eine Verlängerung und Anpassung des im Jahr 2009 definierten Safe Harbors ersuchte. In der Folge verzichtete das Sekretariat auf die Festlegung einer fixen Zeitperiode für den Markteintritt, sah dafür jedoch eine Widerrufsmöglichkeit nach frühestens fünf Jahren vor. Zudem wurde die durchschnittliche DMIF von CHF 0.20 auf CHF 0.12 gesenkt. Dieselben Bedingungen wurden auch für das neue Produkt Visa Debit gewährt. Weiter erhielt Visa im CnP-Geschäft den gleichen Safe Harbor wie Mastercard.¹⁹

B.3 Ergebnis der Vorabklärung 22-0514

25. Erklärtes Ziel der Vorabklärung 22-0514 war es abzuklären, ob sich für die auslaufenden Safe Harbors für die neuen Debitkartenprodukte Visa Debit und Debit Mastercard eine rasche einvernehmliche Nachfolgelösung finden lässt. Das Sekretariat erklärte zu Beginn der Gespräche, dass es die Interchange Fees für diese Produkte nur zur Ermöglichung des Markteintritts zugelassen habe. Nach erfolgtem Markteintritt sei dieser Rechtfertigungsgrund weggefallen. Um eine rasche einvernehmliche Lösung zu ermöglichen, sei das Sekretariat bereit, eine dauernde Interchange Fee zuzulassen. Diese müsse aber auf einem tiefen Niveau liegen, führten die Interchange Fees nicht zuletzt zu einer Mehrbelastung des Handels verglichen mit der Situation vor Einführung der neuen Debitkartenprodukte. Für die Markteinführungsphase habe das Sekretariat zuletzt eine Interchange Fee von CHF 0.12 akzeptiert, was gemessen am damaligen durchschnittlichen Transaktionsbetrag mit Debitkarten einem Prozentwert von rund 0,2 % entsprochen habe. Eine dauernde Interchange Fee müsse deshalb *prima facie* unter diesem Wert liegen. Unter Würdigung aller zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Informationen erachtete das Sekretariat einen Wert von 0,1 % als sachgerecht.²⁰

26. Nachdem die Stellungnahmen von Visa und Mastercard zu diesen Ausführungen eingegangen waren, präsentierte das Sekretariat am 25. Januar 2023 seinen angepassten Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung mit folgenden Kernbedingungen:²¹

¹² Vgl. zum Ganzen RPW 2006/1, 65 ff., *Kreditkarten – Interchange Fees (KKDMIF I)*.

¹³ Vgl. RPW 2010/3, 473 ff., *Vorsorgliche Massnahmen in Sachen Kreditkarten Interchange Fees II (VM KKDMIF II)* und RPW 2015/2, 165 ff., *Kreditkarten domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*.

¹⁴ Vgl. RPW 2006/4, 601 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen (DMIF Maestro)*. Vgl. RPW 2006/4, 601 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen (DMIF Maestro)*.

¹⁵ Die meldenden Parteien versuchten, eine Feststellungsverfügung der WEKO zur Zulässigkeit der DMIF zu erzwingen, scheiterten jedoch mit ihrem Begehren vor Bundesgericht (BGE 135 II 60).

¹⁶ Vgl. zum Ganzen RPW 2009/2, 122 ff., *DMIF V PAY*.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen RPW 2012/4, 764 ff.; *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen RPW 2017/4, 542 ff., *Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

¹⁹ RPW 2017/4, 559 ff.; *Ergänzung V PAY*.

²⁰ Vgl. Präsentation Sekretariat zum Kick-off-Meeting vom 17.11.2022.

²¹ Vgl. Präsentation Sekretariat vom 25.1.2023.

- Im CP-Geschäft ein absoluter Höchstwert (Cap) von 0,12 % bis zu einem Transaktionsbetrag von CHF 300 und ab CHF 300 ein fixer Oberbetrag von CHF 0.30. Mit dieser zusätzlichen Obergrenze sollte verhindert werden, dass es bei hohen Transaktionsbeträgen (z. B. bei einem Juwelier) zu hohen Interchange Fees kommt.
- Um den Card Schemes (vgl. Rz 12 ff.) eine insgesamt ausgewogene Lösung zu offerieren, erklärte sich das Sekretariat bereit, im CnP-Geschäft die nach 5 Jahren vorgesehene Senkung auf 0,2 % anzupassen und nur eine Senkung auf 0,28 % vorzusehen.
- Diese Sätze gelten sowohl für Konsumenten- als auch für Firmendebitkarten.

27. Visa antwortete mit Schreiben vom 1. März 2023, dass ein Interchange-Satz für Konsumentenkarten unter 0,2 % nicht in Frage komme. Bei diesem Wert handle es sich um die in Art. 3 Abs. 1 IFR²² festgelegte Obergrenze und es sei nicht ersichtlich, weshalb in der Schweiz ein niedrigerer Satz zur Anwendung gelangen sollte. Die in gewissen Mitgliedstaaten der EU geltenden niedrigeren Interchange Fee-Sätze seien Visa immer einseitig durch Regulierungsbehörden auferlegt worden und nicht das Ergebnis einer einvernehmlichen Regelung, der Visa zugestimmt hätte. Visa präsentierte daher folgenden Gegenvorschlag:²³

- Im CP-Geschäft ein Satz von 0,2 % ohne Obergrenze. Visa sei jedoch bereit, freiwillig einen niedrigeren Satz von 0,12 % (einschliesslich einer Obergrenze bei einem Transaktionsbetrag von CHF 300) in einem speziellen «Programm für Ausgaben des täglichen Bedarfs» anzuwenden. Zudem beabsichtige Visa das Produkt V PAY als zweites Debitkartenprodukt fortzuführen, anstatt es wie geplant zugunsten von Visa Debit einzustellen. Für dieses Produkt sei Visa ebenfalls bereit, die tieferen Sätze anzuwenden.
- In Bezug auf CnP-Transaktionen sei Visa bereit, den Vorschlag zu akzeptieren.
- Firmenkarten müssten höhere Sätze haben und seien daher separat zu regeln.

28. Mit Schreiben vom 29. März 2023 hielt das Sekretariat gegenüber Visa fest, es sei nicht bereit, im Rahmen einer einvernehmlichen Lösung vom vorgeschlagenen CP-Satz von 0,12 % mit einer Obergrenze von CHF 0.30 ab CHF 300 abzuweichen. Da es dem Sekretariat wie auch Visa darum gehe, eine insgesamt akzeptable Lösung zu finden, sehe das Sekretariat auch keine Möglichkeit, mit Visa eine auf den CnP-Satz beschränkte einvernehmliche Lösung zu vereinbaren. Der erhöhte Satz von 0,28 % im Rahmen der diskutierten einvernehmlichen Lösung sei als Ausgleich für den tieferen CP-Satz von 0,12 % zu verstehen. Schliesslich sei es für das Sekretariat ausgeschlossen, eine einvernehmliche Lösung zu vereinbaren, welche nicht auch die Firmendebitkarten umfasse. Das Sekretariat räumte Visa daher eine letzte Frist bis zum 28. April 2023 ein, um den Vorschlag des Sekretariats

anzunehmen. Ansonsten werde das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung beantragen.²⁴

29. Visa reagierte mit mehreren Eingaben:

- Mit Schreiben vom 21. April 2023 rügte es die Verfahrensführung des Sekretariats und den Umstand, dass in der Sache keine Auseinandersetzung mit den Eingaben und Argumenten von Visa stattgefunden habe.²⁵
- Mit Schreiben vom 27. April 2023 unterbreitete Visa einen Vorschlag für Firmendebitkarten, welcher Maximalsätze von 0,75 % für CP-Transaktionen und 1,5 % für CnP-Transaktionen vorsah. Diese Sätze basierten auf denjenigen im Vereinigten Königreich und seien niedriger als die in der EU geltenden Sätze von 1,3 % bzw. 1,65 %.²⁶
- Schliesslich wiederholte Visa mit Schreiben vom 28. April 2023 ihren Standpunkt, wonach Visa nicht in der Lage sei, dem Vorschlag des Sekretariats zuzustimmen. Visa sei zwar weiterhin bereit, eine einvernehmliche Lösung zu finden, sei aber auch gewillt, ihre rechtlich und wirtschaftlich gerechtfertigten Interchange Fee-Sätze in einer Untersuchung und erforderlichenfalls vor Gericht zu verteidigen.²⁷

30. Mit Schreiben vom 9. Mai 2023 nahm das Sekretariat Stellung zu den Rügen in Bezug auf seine Verfahrensführung. In materieller Hinsicht erinnerte es nochmals daran, dass die bisherigen Interchange Fees für Debitkarten einzig zur Ermöglichung des Markteintrittes für eine gewisse Zeit zugelassen worden seien. Es sei daher weder einseitig noch willkürlich, wenn das Sekretariat im Rahmen einer Vorabklärung davon ausgehe, dass die Interchange Fee deutlich unter den Werten liegen müsse, welche in den vorangegangenen Vorabklärungen zur Ermöglichung des Markteintrittes als aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigbar erachtet wurden. Ein Ziel, welches auch gemäss Visa erreicht worden sei. Ebenso wenig erachte es das Sekretariat als opportun, im Rahmen einer Vorabklärung wesentlich höhere Interchange Fees für Firmenkarten zuzulassen. Es sei fraglich, ob dies aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz notwendig sei. Das Sekretariat gelange deshalb zum Ergebnis, dass es für Visa Debit hinsichtlich des CP-Geschäfts die Eröffnung einer Untersuchung beantragen werde, sobald der Schwellenwert von 15 % nachweislich überschritten worden sei.²⁸

²² Verordnung 2015/751 der Europäischen Union vom 29.4.2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge (Interchange Fee Regulation, IFR), ABl. L 123 vom 19.5.2015, S. 1 ff.

²³ Schreiben Visa vom 1.2.2023.

²⁴ Schreiben Sekretariat vom 29.3.2023.

²⁵ Schreiben Visa vom 21.4.2023.

²⁶ Schreiben Visa vom 27.4.2023.

²⁷ Schreiben Visa vom 28.4.2023.

²⁸ Schreiben Sekretariat vom 9.5.2023. In Bezug auf V PAY kündigte das Sekretariat den Safe Harbor gemäss Ziff. 8 der Ergänzung des Schlussberichts VPAY auf den 16.8.2024.

31. Mit einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gab Visa ihr geplantes Vorgehen nach dem Auslaufen des Safe Harbors bezüglich DMIF für Visa Debit und V PAY bekannt. Ab dem 1. Juli 2023 werde Visa einen CP-Satz von 0,2 % anwenden. Darüber hinaus werde freiwillig ein tieferer Satz von 0,12 % einschliesslich Obergrenze bei einem Transaktionsbetrag von CHF 300 für Ausgaben des täglichen Bedarfs sowie für V PAY-Transaktionen eingeführt.²⁹

32. Mit Schreiben vom 1. Juni 2023 informierte Visa das Sekretariat, dass der Marktanteil von Visa Debit im ersten Quartal 2023 die Schwelle von 15 % überschritten hat.³⁰

33. Die vorliegende, am 27. Juni 2023 eröffnete Untersuchung beschränkt sich auf das CP-Geschäft mit Visa Debit. Sie umfasst aber sowohl Konsumenten- als auch

Firmenkarten, worauf im Eröffnungsschreiben explizit hingewiesen wurde.³¹

34. Mit einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vom 28. Juni 2023 gab Visa ihr geplantes Vorgehen bezüglich der Anwendung eines separaten Interchange Fee Satzes für Firmendebitkarten bekannt. Visa plane einen Satz von 0,75 % für CP-Transaktionen und 1,15 % für CnP-Transaktionen. Ein Rollout solcher Karten habe aber noch nicht stattgefunden.³²

B.4 Aktuelle Situation

35. Seit dem 1. Juli 2023 publiziert Visa folgende Interchange Fee-Sätze als massgebend für Transaktionen mit Debitkarten in der Schweiz:

 Switzerland Domestic Multi-lateral Interchange Fees								
Consumer								
Product	Fee Type	General	Everyday Spend ¹	Airlines ²				
Visa Consumer Debit	Card Present - General	0.20%	0.12% (Capped CHF 0.36)	-				
	Card Present – Token	0.31%	-	-				
	Card Absent	0.31%	-	-				
V PAY Debit	Card Present - General	0.12% (Capped CHF 0.36)	-	-				
V PAY Prepaid	Card Present – Token	0.31%	-	-				
	Card Absent	0.31%	-	-				

Commercial								
Product	Fee Type	General	Airlines ²	Supermarket, Department Stores ³ & Postal Services ⁴	Petrol ⁵	Public Transport ⁶	Fashion and Shoes ⁷ & Furniture ⁸	Electronics ⁹
Visa Commercial Debit	Card Present - General (≤CHF 20)	CHF 0.05	-	CHF 0.048	CHF 0.075	CHF 0.085	CHF 0.17	CHF 0.13
	Card Present - General (≤CHF 50)	CHF 0.20	-	CHF 0.048	CHF 0.075	CHF 0.085	CHF 0.17	CHF 0.13
	Card Present - General (≤CHF 100)	CHF 0.28	-	CHF 0.048	CHF 0.075	CHF 0.085	CHF 0.17	CHF 0.13
	Card Present - General (>CHF 100)	CHF 0.55	-	CHF 0.048	CHF 0.075	CHF 0.085	CHF 0.17	CHF 0.13
	Card Present - Token - Secure	0.29%	-	-	-	-	-	-
	Card Present - Token - Non-Secure	0.29% + CHF 0.05	-	-	-	-	-	-
	Card Absent - Secure Electronic Commerce	0.29%	-	-	-	-	-	-
	Card Absent - Non-Secure Electronic Commerce	0.29% + CHF 0.05	-	-	-	-	-	-

Quelle: Homepage Visa.³³

²⁹ Meldung Visa vom 22.5.2023.

³⁰ Schreiben Visa vom 1.6.2023.

³¹ Eröffnungsschreiben Sekretariat/Präsidentin vom 27.6.2023.

³² Meldung Visa vom 28.6.2023.

³³ <<https://www.visa.co.uk/dam/VCOM/regional/ve/unitedkingdom/PDF/fees-and-interchange/july-2023/switzerland-interchange-fees-jul-23.pdf>> (1.9.2023).

C Vorbringen von Visa

36. Visa bringt vor, der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen sei *«notwendig und verhältnismässig, und äusserst dringlich, um für die Dauer der Untersuchung Rechtssicherheit für alle beteiligten Akteure herzustellen»*³⁴. Es gehe vorliegend *«um eine seit vielen Jahren bestehende DMIF, welche das Sekretariat nun versucht, willkürlich und ohne Datenbasis auf ein durch einen Marktteilnehmer (die Händler) favorisiertes Niveau zu senken»*³⁵. Visa rügt im Gesuch zunächst erneut die bisherige Verfahrensführung der Wettbewerbsbehörden und legt anschliessend dar, aus welchen Gründen die einzelnen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen ihrer Ansicht nach erfüllt sind. Schliesslich führt Visa aus, weshalb die Massnahmen superprovisorisch anzuordnen seien. Auf die einzelnen Argumente wird nachfolgend – soweit erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

D Erwägungen

D.1 Vorsorgliche Massnahmen

D.1.1 Formelle Voraussetzungen

D.1.1.1. Eröffnung einer Untersuchung

37. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im Kartellgesetz noch im Verwaltungsverfahrensgesetz explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und ständiger Rechtsprechung zulässig.³⁶ Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.³⁷

38. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.³⁸ Im vorliegenden Fall wurde am 27. Juni 2023 ein Untersuchungsverfahren i. S. v. Art. 27 KG eröffnet, weshalb diese formelle Voraussetzung gegeben ist.

D.1.1.2 Zuständigkeit

D.1.1.2.1 Erlass vorsorglicher Massnahmen

39. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die WEKO.³⁹ Im Kartellrecht ist zu berücksichtigen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sowohl auf dem zivilrechtlichen Weg (Art. 12 ff. KG) als auch auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) verfolgt werden können. Aus diesem Nebeneinander von zwei Verfahrenswegen, die beide die gleichen materiell-rechtlichen Ansprüche durchsetzen, folgt, dass der öffentlich-rechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist. Damit sind im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 261 ff. ZPO⁴⁰ ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind.⁴¹

40. Im vorliegenden Fall betreffen die beantragten Massnahmen die Festsetzung von DMIF für Debitkarten. Zu diesem Gegenstand haben die Wettbewerbsbehörden bereits die vorliegende Untersuchung eröffnet und damit ausgedrückt, dass ein öffentliches Interesse an der kartellrechtlichen Beurteilung dieser Gebühren besteht. Es erschiene auch verfahrensrechtlich kaum sinnvoll, wenn das Zivilgericht dafür zuständig wäre, vorsorgliche Massnahmen für die Dauer eines laufenden Untersuchungsverfahrens der Wettbewerbsbehörden zu erlassen. Darüber hinaus handelt es sich bei den Debitkarten von den Volumen her um das wichtigste Zahlungsmittel im Bereich der Kartenzahlungen.

41. Die WEKO ist daher für die Beurteilung der beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig.

D.1.1.2.2 Instruktion vorsorglicher Massnahmen

42. Visa führt im Gesuch aus, explizit und mehrfach den Erlass vorsorglicher Massnahmen beantragt zu haben. Anstatt eine Antwort von der WEKO zu erhalten, habe *«Visa Briefe der Wettbewerbsbehörden [erhalten], welche sich nicht eindeutig einer Behörde zuordnen lassen, da diese Briefe wahlweise entweder gemeinsam durch die Wettbewerbskommission und das Sekretariat oder aber nur durch das Sekretariat unterzeichnet sind, dabei aber stets auf gemeinsamem Briefkopf. Zwar ist dies die übliche Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden, allerdings geht es nicht an, dass bei einem ausdrücklichen Antrag an die insoweit zuständige WEKO von dieser keine Verfügung ergeht oder auch nur eine direkte Reaktion erfolgt, sondern weitere Briefe durch das nicht zuständige Sekretariat dem Thema ausweichen.»*⁴²

43. Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der WEKO vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der WEKO Antrag und vollzieht ihre Entscheide. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt. Dies gilt auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die WEKO: Auch in diesen Fällen ist das Sekretariat für die Abklärung des Sachverhaltes und die Instruktion des Entscheides zuständig und verkehrt hierfür direkt mit den Parteien. Ob ein Schreiben vom Sekretariat oder der WEKO stammt, lässt sich in der Praxis bereits anhand formaler Eigenschaften ohne weiteres erkennen, namentlich der Bezeichnung der Behörde direkt vor den Unterschriften («Wettbewerbskommission» oder

³⁴ Gesuch, Rz 4.

³⁵ Gesuch, Rz 5.

³⁶ BGer 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 4.2, Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen; ferner BGE 130 II 149 E. 2.1, Sellita/ETA.

³⁷ Vgl. zum Ganzen BGE 130 II 149 E. 2.1 m. w. H., Sellita/ETA; RPW 2017/3, 412 Rz 21, Eishockey im Pay-TV; RPW 2014/2, 387 f. Rz 7 m. w. H., Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen.

³⁸ RPW 2017/3, 412 Rz 22 Eishockey im Pay-TV; RPW 2014/2, 388 Rz 8 m. w. H., Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen.

³⁹ RPW 1997/4, 621 f. E. 2.b, Entscheid des BGer in Sachen künstliche Besamung (vorsorgliche Massnahmen).

⁴⁰ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

⁴¹ Vgl. RPW 2017/3, 412 Rz 23, Eishockey im Pay-TV sowie RPW 2014/2, 388 Rz 9 m. w. H., Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen.

⁴² Gesuch, Rz 12.

«Wettbewerbskommission Sekretariat»), der Unterschriften sowie der Behördenbezeichnung bei den Kontaktangaben in der Fusszeile der ersten Seite. Diese Elemente sind Visa und ihrer Rechtsvertretung bekannt, was diese auch selber einräumen. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das Sekretariat im Schreiben vom 13. Juli 2023 einleitend ausdrücklich darauf hinwies, dass es mit der Instruktion der Angelegenheit beauftragt worden sei. Schliesslich zeigt der Hinweis des Sekretariats an Visa, wonach das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht ausreichend substantiiert erscheine, dass das Sekretariat die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und des Anspruchs auf ein faires Verfahren in casu beachtete. Es handelt sich dabei nicht um ein Ausweichverhalten.

D.1.2 Superprovisorischer Erlass

44. Visa beantragt, dass der Erlass der beantragten Massnahmen superprovisorisch erfolge, also ohne Anhörung allfälliger weiterer Verfahrensparteien oder Marktteilnehmer. Zur Begründung führt Visa aus, es sei weder notwendig noch zielführend, weitere Marktteilnehmer anzuhören. Es seien nach dem Kenntnisstand von Visa keine anderen Parteien im Verfahren zugelassen. Jedenfalls aber seien die Positionen anderer allenfalls betroffener Marktakteure ohnehin bekannt, so dass eine weitere Anhörung keine neuen Erkenntnisse bringen würde. Dies gelte sowohl für die Händler, welche durch den VEZ eine tiefere DMIF forderten, als auch für Issuer, die eine höhere DMIF verlangten. Der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen sei zudem äusserst dringlich.

45. Bis zum heutigen Zeitpunkt sind beim Sekretariat in der vorliegenden Untersuchung zwei Gesuche um Zulassung als Partei eingegangen. Einerseits von Mastercard (eingegangen am 19. Juli 2023) und andererseits vom Verband SwissDebitPay (eingegangen am 23. August 2023), welcher die Interessen der Issuer von Debitkarten vertritt. Darüber hinaus haben am 8. September 2023 die Zürcher Kantonalbank und am 14. September 2023 der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) beantragt, sich i. S. v. Art. 43 KG als Dritte ohne Parteistellung am Verfahren beteiligen zu können. Die entsprechenden verfahrensleitenden Verfügungen stehen noch aus. Dies ist zur Beurteilung des Antrags auf superprovisorischen Erlass indes nicht von entscheidender Bedeutung. Wie Visa richtig ausführt, sind die Positionen der verschiedenen Stakeholder bekannt und von einer weiteren Anhörung kein Erkenntnisgewinn zu erwarten. Hinzu kommt, dass namentlich SwissDebitPay sich mit Eingabe vom 22. September 2023 spontan zur Frage einer Übergangsregelung geäussert hat und eine Fortführung der Safe Harbor Regelungen fordert. Somit konnte sich SwissDebitPay materiell noch vor Erlass der vorliegenden Verfügung zur Frage der aus ihrer Sicht angemessenen Übergangsregelung äussern. Schliesslich richten sich die beantragten Massnahmen nicht gegen eine bestimmte Gesuchgegnerin, welche die Massnahmen umsetzen müsste und deswegen ein besonderes Interesse hätte, unmittelbar angehört zu werden.

46. Die WEKO teilt daher die Auffassung von Visa und kommt dem Antrag nach, die vorliegende Verfügung ohne Anhörung weiterer potenzieller Parteien oder Marktteilnehmer zu erlassen.

D.1.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

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

48. In den hier zu beurteilenden Märkten bestehen keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.⁴³ Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von Visa auch nicht geltend gemacht.

D.1.4 Materielle Voraussetzungen

49. Bei der Prüfung, ob die materiellen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben sind, werden i. d. R. die klassischen Elemente Nachteilsprognose, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit sowie u. U. die Hauptsachenprognose berücksichtigt.

50. Im vorliegenden Fall wird allerdings zunächst aufgezeigt, dass die von Visa beantragten vorsorglichen Massnahmen schon deshalb nicht verfügt werden können, weil sie gesetzeswidrig wären. Anschliessend wird dargelegt, weshalb auch die klassischen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht vorliegen.

D.1.4.1 Beantragung einer gesetzeswidrigen Massnahme

51. Visa beantragt, dass «*die Interchange Fee Regelung von Visa zu den Sätzen, wie sie in der Meldung vom 22. Mai 2023 gemeldet und per 1. Juli 2023 in Kraft gesetzt wurden, bis zum Abschluss der Untersuchung der WEKO als zulässig gelten.*» Damit soll Rechtssicherheit für die Systemteilnehmer (Issuer und Acquirer) geschaffen werden. Konkret geht es darum, dass diese ohne Sanktionsrisiko die von Visa festgesetzten Interchange Fees anwenden können.

52. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist ein Unternehmen zu sanktionieren, welches sich an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 unzulässig verhält. Die Ausnahmen von der Sanktionierung sind in Art. 49a Abs. 2 und 3 KG abschliessend aufgezählt.⁴⁴ Es handelt sich bei Art. 49a Abs. 1 KG nicht um eine «Kann-Vorschrift», d. h., die WEKO verfügt über kein Ermessen darüber, ob eine direkte Sanktion auszusprechen ist, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Vielmehr muss sie dies tun. Es wäre mit dem Sinn und Zweck von Art. 49a Abs. 1 KG nicht vereinbar, wenn die Behörde nach «Gutdünken» Sanktionen verhängen oder darauf verzichten könnte.

⁴³ Vgl. etwa RPW 2017/4, 546 Rz 36, *SDDIF*.

⁴⁴ Vgl. zum Ganzen CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2021, Art. 49a N 16 f.

53. Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entfällt eine Sanktion dann, wenn ein Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet.⁴⁵ Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht. Mit dieser Bestimmung beabsichtigte der Gesetzgeber, Rechtssicherheit zu verschaffen in Bezug auf die Sanktionierbarkeit eines beabsichtigten Verhaltens.⁴⁶ Die gesetzliche Regelung ist eindeutig: Mit der Eröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG oder einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG lebt das Sanktionsrisiko wieder auf. Will ein Unternehmen jegliches Sanktionsrisiko vermeiden, so muss es das Verhalten einstellen.⁴⁷ Dies geht auch aus den Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 135 II 60 unmissverständlich hervor:

- «Setzen die Betroffenen das Vorhaben trotz Widerspruchs bzw. Verfahrenseröffnung um oder fort, bleiben Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG möglich, falls sich im Untersuchungsverfahren ergibt, dass es sich tatsächlich um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG handelt; das meldende Unternehmen muss das damit verbundene Risiko selber abschätzen».⁴⁸
- «Absolute Rechtssicherheit hinsichtlich allfälliger direkter Sanktionen sah er [der Gesetzgeber] nur für den Fall vor, dass das Sekretariat nicht fristgerecht reagiert oder vor Fristablauf einen «Comfort-Letter» ausstellt, hingegen nicht, falls der Betroffene nach der Meldung trotz des Widerspruchs der Behörde an der *bereits praktizierten Beschränkung* festhält».⁴⁹
- «Entscheidend ist die Absehbarkeit der Sanktion aufgrund einer durch das Sekretariat im Einzelfall gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgängig konkretisierten Beurteilung der Rechtslage. Teilt das betroffene Unternehmen dessen Einschätzung nicht, trägt es das entsprechende (direkte) Sanktionsrisiko, falls es seine Verhaltensweise dennoch um- oder fortsetzt und die Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren bzw. die Rechtsmittelinstanzen im Anschluss hieran zur gleichen Beurteilung kommen wie zuvor bereits das Kommissionssekretariat.»⁵⁰

54. Im vorliegenden Fall hat Visa am 22. Mai 2023 eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG «*der geplanten Einführung dauerhafter inländischer Interchange Fees für Visa Debit / V PAY*» eingereicht. Am 27. Juni 2023 erfolgte die Untersuchungseröffnung gemäss Art. 27 KG, womit nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG das Sanktionsrisiko wieder aufgelebt ist. Visa hat aufgrund der eigenen Einschätzung der Zulässigkeit ihrer Interchange Fees am geplanten Vorhaben festgehalten und die geplante Verhaltensweise ab dem 1. Juli 2023 umgesetzt. Das kann sie tun, denn die Verfahrenseröffnung bedeutet kein Verbot der geplanten Verhaltensweise. Allerdings trägt sie dann auch das mit ihrem Handeln verbundene Sanktionsrisiko, sollte sich am Ende des Verfahrens herausstellen, dass eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG oder eine unzulässige Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

vorliegt. Darüber hinaus tragen auch Issuer und Acquirer, welche die Interchange Fees anwenden, ein Sanktionsrisiko, sollte sich ergeben, dass sie an einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beteiligt sind.

55. Mit den in casu geforderten vorsorglichen Massnahmen soll das in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Sanktionsandrohung «beseitigt» werden, obwohl die dafür im Gesetz vorgesehenen Bedingungen nicht erfüllt sind. Insbesondere sind die Voraussetzungen für ein Entfallen des Sanktionsrisikos gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG im konkreten Fall gerade nicht gegeben. Bei Lichte betrachtet soll mit der beantragten Massnahme also die gesetzliche Regelung ausgehebelt bzw. umgangen werden. Vor dem Hintergrund der dargestellten Gesetzeslage und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre es rechtswidrig, das mit der Untersuchungseröffnung wieder aufgelebte Sanktionsrisiko durch eine vorsorgliche Massnahme wieder zu beseitigen. Die durch Visa beantragte vorsorgliche Massnahme verstösst gegen Art. 49a KG und ist daher als gesetzeswidrig zu qualifizieren.

56. Abschliessend ist anzumerken, dass im vorliegenden Fall eine weitgehende konkretisierende Beurteilung der Rechtslage im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Rz 53 3. Lemma) erfolgt ist. Das Sekretariat hat Visa in der Vorabklärung mehrfach mitgeteilt, unter welchen Bedingungen es domestische Interchange Fees für Debitkarten als zulässig erachtet. Es hat Visa darauf hingewiesen, dass es für die Beurteilung der Zulässigkeit höherer Interchange Fees vertiefter Abklärungen in einer Untersuchung bedarf. Es war bzw. ist Visa somit bei der Umsetzung des Verhaltens klar, welche Risiken damit verbunden sind.

57. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen bereits aufgrund ihrer Gesetzeswidrigkeit ausgeschlossen ist.

58. Sollte sich Visa auf den Standpunkt stellen, nicht eine Beseitigung des wiederaufgelebten Sanktionsrisikos beantragt zu haben, sondern «bloss» die Erklärung, dass die von ihr praktizierten Interchange Fee-Sätze «als zulässig gelten», ist zu entgegnen, dass Rechtsbegehren stets im Lichte ihrer Begründung zu verstehen sind. Aus dieser geht klar hervor, dass Visa mit ihrem Begehren die Beseitigung des Sanktionsrisikos anstrebt. Aber selbst ein wörtliches Verständnis des Begehrens würde nicht dazu führen, dass dieses zulässig wäre. Diesfalls würde Visa nämlich beantragen, dass eine Fiktion erlassen wird («gelten» als zulässig). Solches ist selbst in einer Endverfügung nicht möglich und erst recht nicht im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. Überlegen liesse sich höchstens

⁴⁵ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die in Art. 49a Abs. 2 und Abs. 3 Bst. b und c KG aufgeführten Gründe für ein Entfallen der Sanktion hier offenkundig nicht vorliegen.

⁴⁶ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.10.2001, BBl. 2001 2022 (Botschaft 2001), 2039 f.; BSK-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 44), Art. 49a N 181.

⁴⁷ Vgl. BSK-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 44), Art. 49a N 181.

⁴⁸ BGE 135 II 60 E. 2.3.1, *DMIF Maestro*.

⁴⁹ BGE 135 II 60 E. 3.2.3, *DMIF Maestro* (Hervorhebung aus dem Original).

⁵⁰ BGE 135 II 60 E. 3.4, *DMIF Maestro*.

noch, Visa beantrage eigentlich eine vorsorgliche Feststellung der Zulässigkeit ihres Verhaltens während der Verfahrensdauer. Damit aber würde der Endentscheid in der Sache vorweggenommen, jedenfalls betreffend die Zulässigkeit des Verhaltens während der Verfahrensdauer. Auch das geht nicht an, gilt es die Zulässigkeit resp. Unzulässigkeit eines Verhaltens doch gerade im Hauptverfahren zu beurteilen. Kommt hinzu, dass das für ein Feststellungsbegehren erforderliche Feststellungsinteresse von Visa diesfalls im Wegfall des Sanktionsrisikos für die Dauer des Verfahrens bestünde. Dieses Interesse steht jedoch wie ausgeführt im Widerspruch zur Gesetzeslage, die ausdrücklich vorsieht, dass in einer Konstellation wie der vorliegenden das Sanktionsrisiko wieder auflebt. Folglich kann dieses Interesse nicht als ein schutzwürdiges Interesse im Sinne des Gesetzes betrachtet werden. Wie man es dreht und wendet, es bleibt dabei: Bereits aus grundsätzlichen Überlegungen ist es ausgeschlossen, das Begehren von Visa gutzuheissen. Die nachfolgenden Ausführungen ergehen daher lediglich der Vollständigkeit halber.

D.1.4.2 Klassische Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

59. Die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ (1) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (2) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Anordnung.⁵¹ Da diese Elemente kumulativ gegeben sein müssen, kann die Prüfung grundsätzlich abgebrochen werden, wenn eines dieser Elemente nicht gegeben ist.⁵²

60. Die Hauptsachenprognose kann 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.⁵³ Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidung entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang 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.⁵⁴

61. Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen erfolgt keine abschliessende, sondern nur eine vorläufige und summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage ohne eingehende Beweismassnahmen.⁵⁵ Zu beachten ist dabei, dass je höher der Eingriff mittels vorsorglicher Massnahmen ist, desto höhere Anforderungen an die Beweise zu stellen sind.⁵⁶

D.1.4.3 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

62. An dieser Stelle ist zu prüfen, ob es für die WEKO glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den

wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, massgeblich ist rechtsprechungsgemäss «ob für den funktionierenden Wettbewerb ein *nicht leicht wieder gutzumachender* Nachteil droht».⁵⁷

63. Gemäss aktueller Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ferner eine Beschränkung der Nachteilsprognose auf das ausschliessliche Vorliegen eines allfälligen Nachteils für den wirksamen Wettbewerb ausgeschlossen, weil der Schutzzweck des Kartellgesetzes nicht nur den Institutionenschutz, sondern auch den Individualschutz umfasse. Daher sei auch zu prüfen, ob der Verzicht auf die vorsorglichen Massnahmen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für einen Betroffenen im Wettbewerb bewirken könne. Als Betroffene haben gemäss Bundesverwaltungsgericht die anderen Marktteilnehmer zu gelten, die dem potenziell wettbewerbswidrigen Verhalten ausgesetzt sind.⁵⁸

64. Visa macht im Gesuch geltend, durch die Verweigerung der beantragten vorsorglichen Massnahmen würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen. Für Visa werde die Rechtsunsicherheit zu erheblichen Reputationsschäden und Unsicherheiten hinsichtlich ihrer Investitionsentscheide auf dem Schweizer Markt führen. Die Rechtsunsicherheit betreffe aber nicht nur Visa, sondern auch Issuer, Acquirer, Händler und Karteninhaber, die ein funktionierendes und zuverlässiges Zahlssystem erwarten. Die Verweigerung der vorsorglichen Massnahmen würde den Wettbewerb unter den Debitkarten-Marktteilnehmern deutlich verringern. Aufgrund der fehlenden Rechtssicherheit könnten Marktteilnehmer davor zurückschrecken, weiterhin Visa Debit-Karten herauszugeben. Damit würde der Marktanteil von Visa erodieren und das «Quasi-Monopol» von Mastercard gefördert. Weiter würden Issuer aufgrund der in Zukunft fehlenden Erträge aus den Interchange Fees ihre Investitionen in das Debitkarten-Geschäft wieder zurückfahren und der Innovationswettbewerb würde einschlafen. Nicht zuletzt sei damit zu rechnen, dass Issuer fehlende Interchange Fee-Erträge mit einer Erhöhung von Gebühren für Debitkarten oder für die Kontoführung zum Nachteil der Konsumenten kompensieren würden. Schliesslich zeige die Tatsache, dass sich erst nach Zulassung von einer DMIF überhaupt ein

⁵¹ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.1, *Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen*; BGE 130 II 149 E. 2.3 m. w. H, *Sellita/ETA*.

⁵² Vgl. BVGer, B-4637/2013 vom 9.7.2014 E. 7.1, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

⁵³ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.2, *Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen*; BGE 130 II 149 E. 2.2, *Sellita/ETA*.

⁵⁴ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.2, *Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen*; BGE 130 II 149 E. 2.3, *Sellita/ETA*.

⁵⁵ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 6.2, *Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen*; BGE 130 II 149 E. 2.2 und 2.3, *Sellita/ETA*.

⁵⁶ BVGer, B-4637/2013 vom 9.7.2014 E. 3, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

⁵⁷ BGer, 2C_876/2021 vom 2.11.2022 E. 7.5.3, *Netzbaustrategie – Vorsorgliche Massnahmen* unter Hinweis auf BGE 130 II 149 E. 2.4., *Sellita/ETA*.

⁵⁸ BVGer, B-161/2021 vom 30.9.2021 E. 621 f., *Netzbaustrategie Swisscom (Vorsorgliche Massnahmen)*.

weiteres Scheme am Markt habe etabliert können und auch Mastercard erst dann das modernere Produkt Mastercard Debit eingeführt habe, dass eine DMIF notwendig sei, um den Wettbewerb auf dem Debit Markt zu ermöglichen.⁵⁹

65. Die Vorbringen von Visa vermögen nicht zu überzeugen. Ursache des behaupteten nicht wieder gutzumachenden Nachteils ist nicht etwa ein potenziell wettbewerbswidriges Verhalten eines Dritten, dem Visa oder einer der anderen Marktteilnehmer ausgesetzt wäre. Visa begründet den nicht wieder gutzumachenden Nachteil vielmehr mit der Rechtsunsicherheit, welche mit dem Untersuchungsverfahren verbunden sei. Diese Rechtsunsicherheit hat Visa aber selber verursacht. Visa könnte die Rechtsunsicherheit und damit auch den behaupteten nicht wieder gutzumachenden Nachteil vermeiden, indem die Interchange Fees für CP-Transaktionen mit dem Produkt Visa Debit auf der Höhe festgesetzt würden, welche das Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung als unproblematisch erachtet hat.

66. Wenn Visa während der Dauer der Untersuchung mittels höherer Interchange Fees höhere Einnahmen für die Issuer generieren will, hat Visa auch die damit allenfalls verbundenen Konsequenzen zu tragen. Mit anderen Worten möchte Visa vor den Nachteilen geschützt werden, die sich daraus ergeben würden, falls sich ihr eigenes Verhalten – entgegen ihrer Einschätzung – als kartellrechtswidrig erweisen sollte. Das zeigt sich auch daran, dass «Adressat» der von ihr beantragten Massnahme nicht etwa ein Marktteilnehmer ist, sondern letztlich die WEKO. Ein solcher «Nachteil aus eigenem Verhalten» ist beim für den Erlass vorsorglicher Massnahmen relevanten, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil freilich nicht gemeint.

67. Weiter ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat in der Vorabklärung den beiden Card Schemes (Visa und Mastercard) dieselben Konditionen für eine einvernehmliche Lösung angeboten hat. Mastercard hat sich mit diesen Konditionen, namentlich der Höhe der Interchange Fee für CP-Transaktionen für alle Debitkarten (Konsumenten- und Firmenkarten) einverstanden erklärt. Derzeit läuft parallel eine Untersuchung gegen Mastercard mit dem Ziel, eine einvernehmliche Regelung abzuschliessen.⁶⁰ Würde sich Visa während der Dauer der Untersuchung freiwillig an die als unproblematisch definierte Höhe der Interchange Fees halten, würde zwischen Visa und Mastercard ein «Level Playing Field» bestehen, d. h., gerade keine Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Visa. Es verhält sich sogar umgekehrt: Wendet Visa während der Dauer der Untersuchung die eigenen, höheren Interchange Fee-Sätze an, verfügt sie über einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mastercard in Bezug auf die Attraktivität des Produktes für die Issuer gemessen an den Einnahmen mit Interchange Fees. Es liegt in deren Verantwortung zu entscheiden, ob sie die Debitkarten von Mastercard mit tieferen Interchange Fee-Einnahmen, aber ohne Sanktionsrisiko, oder diejenigen von Visa mit höheren Interchange Fee-Einnahmen, dafür aber mit Sanktionsrisiko, bevorzugen. Sowohl für die Card Schemes als auch für die Issuer handelt es sich letztlich um eine kommerzielle Risikoabwägung.

68. Schliesslich scheint Visa davon auszugehen, dass ohne die vorsorglichen Massnahmen kein «funktionierendes und zuverlässiges Zahlssystem» betrieben werden kann und keine Investitionen ins System und Innovationen mehr möglich seien, jedenfalls in einem Ausmass, der als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zu verstehen sei. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass das Produkt Maestro seit jeher und bis heute ohne Interchange Fee zuverlässig funktioniert hat. Auch auf dem Produkt Maestro haben Innovationen stattgefunden, beispielsweise die wichtige Möglichkeit, kontaktlos am Terminal zu bezahlen («Contactless»). Das Sekretariat hat in der Vorabklärung eingeräumt, dass die fehlende Interchange Fee die Innovationstätigkeit möglicherweise verlangsamt hat. Gerade aus diesem Grund hat das Sekretariat in der Vorabklärung – im Gegensatz zur früheren Praxis bei Maestro – eine Interchange Fee unter gewissen Bedingungen als grundsätzlich zulässig qualifiziert. Der durch das Sekretariat vorgeschlagene Satz führt bei den Issuern aufgrund der Ablösung von Maestro durch die Produkte der neuen Debitkartengeneration Visa Debit und Debit Mastercard bereits zu wesentlichen Mehreinnahmen. Der Verzicht auf die beantragten vorsorglichen Massnahmen bedeutet lediglich, dass noch höhere Mehreinnahmen für die Issuer mit einem Sanktionsrisiko verbunden sind.

69. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass kein nicht wieder gutzumachender im Sinne der zitierten Rechtsprechung glaubhaft erscheint. Es fehlt damit an einer zentralen Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

D.1.4.4 Dringlichkeit

70. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird und aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht bis zum Hauptentscheid zugewartet werden kann.⁶¹ Es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen.⁶²

71. Im vorliegenden Fall fehlt es – wie oben dargelegt – an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Damit mangelt es gleichzeitig an der damit verbundenen Dringlichkeit. Aber selbst wenn erstere Voraussetzung gegeben wäre, müsste die Dringlichkeit verneint werden:

72. Visa bringt vor, die WEKO habe beim Erlass vorsorglicher Massnahmen im Fall KKDMIF II die Dringlichkeit bereits aufgrund des kurz bevorstehenden Auslaufens der Vorgängerlösung EVR I bejaht. Vorliegend sei die Dringlichkeit erheblich höher: Der Debit Safe Harbor drohe nicht nur auszulaufen, er sei bereits ausgelaufen. Damit bestehe zweifelsfrei Dringlichkeit.⁶³

⁵⁹ Gesuch, Rz 40 ff.

⁶⁰ Vgl. Medienmitteilung vom 29.6.2023, WEKO untersucht Interchange Fees neuer Debitkarten, <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-96126.html>> (29.8.2023).

⁶¹ RPW 2004/1,123 Rz 70, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2002/4, 601 Rz 28, *ETA SA Fabriques d'Ebauches*.

⁶² BGE 130 II 149 E. 2.2, *Sellita/ETA*.

⁶³ Gesuch, Rz 50 f.

73. Im Fall KKDMIF II hat die WEKO sowohl den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil als auch die Dringlichkeit aus mehreren Gründen bejaht.

- Erstens sah die EVR I ein System vor, welches gemäss der Verfügung der WEKO dazu führte, dass die DMIF aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden konnte. Mit dem Auslaufen dieses Systems bestand das Risiko, dass *«die Issuer die DMIF wie vor dem Kreditkartenentscheid zur Rentenerzielung verwenden könnten»*.⁶⁴ Entsprechend lag die Dringlichkeit darin, diesen Zustand zu verhindern. Zudem sah das neue System in der EVR II eine weitere Senkung der Interchange Fee vor, so dass diese *«ein Niveau erreicht, bei dem eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen glaubhaft erscheint»*.⁶⁵
- Die WEKO ist im Rahmen der Prüfung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch auf das Sanktionsrisiko für die Issuer eingegangen. Es hat dazu klar festgehalten: *«Das reine Bestehen eines Sanktionsrisikos führt noch nicht zur Annahme eines schweren Nachteils, da ansonsten bei jedem Sanktionsverfahren vorsorgliche Massnahmen geprüft werden müssten. Der vorliegende Fall ist diesbezüglich eine Ausnahme, weil bereits eine Verfügung der Weko vorliegt, welche die DMIF unter gewissen Bedingungen als gerechtfertigt bezeichnet und das Sanktionsrisiko im Extremfall dazu führen könnte, dass die Issuer und Acquirer beispielsweise auf bilaterale Interchange Fees wechseln.»*⁶⁶ Ein solches System sei weniger effizient und könne zu Markteintrittsschranken für neue Issuer und Acquirer führen.

74. Damit präsentiert sich der den vorsorglichen Massnahmen im Fall KKDMIF II zugrunde liegende Sachverhalt in wesentlichen Punkten anders als der vorliegende. Im Bereich der Debitkarten liegt keine Verfügung der WEKO vor, welche klärt, unter welchen Bedingungen eine dauernde DMIF als gerechtfertigt gelten kann. Es fehlt damit just an dem Grund, warum die WEKO damals ausnahmsweise das Sanktionsrisiko für die Issuer mitberücksichtigte. Dies aber auch nicht primär, um den Issuern die Rechtsunsicherheit zu ersparen, sondern weil die Umsetzung eines auf dem Markt ineffizienteren Systems drohte. Im Bereich der Debitkarten hat das Sekretariat der WEKO nur im Rahmen von Vorabklärungen Interchange Fees zugelassen, welche zudem explizit auf die Markteinführungsphase limitiert waren. Es geht folglich nicht um die «Fortführung» einer bereits bestehenden Regelung, sondern um eine erstmalige Beurteilung der WEKO, unter welchen Bedingungen die DMIF als mutmassliche Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG allenfalls aus Effizienzgründen rechtfertigbar ist.

75. Im Zusammenhang mit der Dringlichkeit hat das Sekretariat in seinem Schreiben vom 13. Juli 2023 ausgeführt, eine solche sei nicht ersichtlich. Es hat dabei argumentiert, die Markteinführungsphase sei – wie von Visa zugestanden – abgeschlossen. Die Debitkarten der neuen Generation seien durch die Issuer bereits in Umlauf gesetzt worden und hätten in der Regel eine Gültigkeitsdauer von drei Jahren.⁶⁷ Im Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen hat Visa hierzu festgehalten, damit offenbare sich, dass sich das Sekretariat nicht

eingehend mit der Thematik auseinandergesetzt habe. Interchange Fees würden dauernd (bei jeder Transaktion) in Rechnung gestellt und nicht einmalig bei Ausgabe einer Karte. Darüber hinaus seien laufende Investitionen für den Unterhalt und Betrieb notwendig, bei welchen derzeit nicht klar sei, ob diese sich für die Issuer rentieren werden oder nicht. Die Interchange Fee bilde die Grundlage für viele Kartendienstleistungen, die heute für den Karteninhaber kostenlos seien. Es sei zu befürchten, dass die Issuer ohne die vorsorglichen Massnahmen neue Kartengebühren einführen oder bestehende Gebühren erhöhen würden.

76. Die Dringlichkeit einer Massnahme ergibt sich daraus, ob der behauptete, nicht wieder gutzumachende Nachteil sofort eintritt oder jedenfalls vor Ende des Hauptverfahrens. Diese Dringlichkeit muss glaubhaft vorhanden sein. Im vorliegenden Fall bringt Visa insbesondere vor, es drohten Marktanteilsverluste ihres Produktes Visa Debit zu Lasten von Mastercard.

77. Die Marktanteile im Bereich der Zahlkarten können anhand verschiedener Kriterien gemessen werden, etwa der Anzahl Karten, der Anzahl Transaktionen oder des Transaktionsvolumens. Kein Kriterium zur Bestimmung des Marktanteils sind hingegen Einnahmen aus Interchange Fees. Seit der Lancierung der neuen Debitkarten-generation im Jahr 2020 ersetzen die Issuer ihr bestehendes Debitkartenportfolio mit Karten der alten Generation (Maestro, V PAY) durch Karten der neuen Generation (Debit Mastercard, Visa Debit), was unter anderem zur Überschreitung der Marktanteilsschwellen von 15 % geführt hat. Debitkarten haben i. d. R. eine Gültigkeitsdauer von drei Jahren, was von Visa auch nicht bestritten wird. Dies bedeutet, dass die Issuer die bereits herausgegebenen Visa Debit-Karten gar nicht kurzfristig durch Debitkarten von Mastercard ersetzen können. Mit den herausgegebenen Karten erfolgen weiterhin Transaktionen. Marktanteilsverluste gemessen an der Anzahl Transaktionen oder dem Transaktionsvolumen drohen somit nicht unmittelbar. Schliesslich wurde bereits dargelegt, dass mit Mastercard eine einvernehmliche Regelung zu den tieferen Interchange Fee-Sätzen absehbar ist. Aktuell ist zudem die CP-Interchange Fee für Maestro immer noch null. Es besteht folglich auch deshalb keine Dringlichkeit, weil Mastercard gegenüber den Issuern nicht mit höheren Interchange Fees Anreize für einen Wechsel von Visa zu Mastercard setzen kann.

78. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass allenfalls höhere Gebühren auf Seiten des Karteninhabers, sei es in der Form von Karten- und/oder Kontoführungsgebühren, weder zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil noch zu einer damit verbundene Dringlichkeit führen. Einerseits würde dies gleichermassen beide Card Schemes betreffen und andererseits kann ohne vertiefte Untersuchung nicht festgestellt werden, ob es überhaupt zu solchen Erhöhungen kommt. Tatsächlich führten Senkungen der Interchange Fees im Bereich der Kreditkarten über

⁶⁴ RPW 2010/3, 492 Rz 91 (erstes Aufzählungszeichen), VM KKDMIF II.

⁶⁵ RPW 2010/3, 493 Rz 95, VM KKDMIF II.

⁶⁶ RPW 2010/3, 493 Rz 91 (zweites Aufzählungszeichen), VM KKDMIF II.

⁶⁷ Schreiben Sekretariat vom 13.7.2023.

mehrere Jahre hinweg nicht zu einer Erhöhung der Jahresgebühren. Vielmehr wurden gerade in dieser Zeit auch Kreditkarten ohne Jahresgebühren eingeführt und das ganze Kreditkartensystem ist gewachsen. Daher ist es nicht glaubhaft, dass es ohne die vorsorglichen Massnahmen zu Gebührenerhöhungen für die Karteninhaber kommt. Und selbst wenn es zu solchen Erhöhungen kommen sollte, bedeutet dies nicht, dass die von Visa verlangten Interchange Fees effizient wären. Es darf nicht vergessen werden, dass diese durch die Händler zu tragen sind und nicht erstellt ist, dass das System effizienter funktioniert, wenn diese anstelle der Karteninhaber belastet werden.

79. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch diese Voraussetzung nicht glaubhaft gegeben erscheint.

D.1.4.5 Verhältnismässigkeit

80. Da bereits aufgezeigt wurde, dass in casu der Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtswidrig wäre und zudem weder ein nicht wieder gutzumachender Nachteil noch die Dringlichkeit glaubhaft gegeben ist, verzichtet die WEKO auf eine eingehende Prüfung aller Vorbringen von Visa zur Verhältnismässigkeit. Nachfolgend wird allerdings auf die wesentlichen Punkte eingegangen, die einer Klarstellung bedürfen:

- Visa bringt vor, eine vorsorgliche Massnahme, die den Status Quo erhalte oder gar verbessere, sei ohne weiteres als verhältnismässig einzustufen. Visa stützt diese Aussage auf eine Erwägung der WEKO in der Begründung der Verhältnismässigkeit der EVR II im Fall KKDMIF II. Vorliegend habe Visa ihre DMIF sogar auf ein niedrigeres Niveau gesenkt als es der Status Quo unter dem Safe Harbor erlaubt habe.⁶⁸
- Visa stellt damit die auf die Markteinführungsphase limitierten Interchange Fees als Status Quo dar, obwohl sich Visa bewusst ist, «dass das Sekretariat der Auffassung ist, dass es damals ein Element der Markteinführung in die damals für die Schweiz bestimmten DMIF-Sätze für Debitkarten hat einfließen lassen».⁶⁹ Damit stellt Visa den Sachverhalt aktenwidrig dar. Aus den Schlussberichten des Sekretariats geht unmissverständlich hervor, dass für die CP-Interchange Fees die Ermöglichung des Markteintritts der einzige geprüfte Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 5 Abs. 2 KG war.⁷⁰ In der Ergänzung des Schlussberichts V PAY hat das Sekretariat nochmals ausdrücklich dargelegt, dass V PAY während der Markteinführungsphase im CP-Geschäft besser gestellt ist als das direkte Konkurrenzprodukt Maestro: «Zu beachten ist, dass das *«Card Present»-Geschäft im Wesentlichen identisch ist mit denjenigen Bereichen, in denen Maestro ohne Interchange Fee auskommen muss [...]. Durch die Möglichkeit der Erhebung einer DMIF im *«Card Present»-Geschäft wird V PAY besser gestellt als das direkte Konkurrenzprodukt Maestro. Eine solche Ungleichbehandlung kann sich aus den unterschiedlichen Marktphasen der beiden Produkte und ihrer unterschiedlichen Marktstellung rechtfertigen. Je mehr sich die beiden Produkte**

*diesbezüglich in der Zukunft angleichen sollten, umso mehr müsste die Ungleichbehandlung überprüft werden. Aus diesem Grund wird an der Markteintrittsschwelle von 15% festgehalten. Ab diesem Prozentwert kann nicht mehr von einer Markteinführungsphase gesprochen werden.»*⁷¹ Aus dieser Passage geht hervor, dass der Status Quo in Bezug auf die Höhe dauernder Interchange Fees für Debitkarten in der Schweiz bei null liegt. Es handelt sich um einen Status Quo, der bis heute andauert.⁷² Darauf lässt sich die Verhältnismässigkeit der von Visa beantragten vorsorglichen Massnahmen folglich nicht stützen.

- Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit führt Visa aus, ohne vorsorgliche Massnahmen bestünde erhebliche Rechtsunsicherheit. Diese könne nicht dadurch beseitigt werden, dass das Sekretariat Visa dazu auffordere, einseitig die geforderte Position einer Marktseite zu übernehmen. Dies wäre aus rechtsstaatlicher und verfahrensrechtlicher Sicht fragwürdig, da damit das von einer Marktseite angestrebte Untersuchungsergebnis vorweggenommen würde. Auch habe sich das Sekretariat im Verfahren widersprüchlich verhalten und sich früh auf die Position nur einer Partei, nämlich der Händler festgelegt.⁷³ Selbst wenn sich das Sekretariat in der Vorabklärung widersprüchlich verhalten und eine einseitige Position eingenommen hätte – *quod non* – änderte dies nichts an dem Umstand, dass die vorgebrachte Rechtsunsicherheit entfallen würde, wenn sich Visa freiwillig an die vom Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung genannten Sätze halten würde. Vorsorgliche Massnahmen sind somit nicht erforderlich. Kommt hinzu, dass sich das Sekretariat keineswegs widersprüchlich verhalten hat. Jeder Verfahrensschritt wurde transparent kommuniziert. Insbesondere wurde mehrfach dargelegt, welche Interchange Fee-Sätze das Sekretariat ohne vertiefte Untersuchung für rechtfertigbar hält. Es ist daher nicht widersprüchlich, sondern folgerichtig, dass das Sekretariat eine Untersuchung eröffnet hat, um die Zulässigkeit der von Visa geforderten bzw. nunmehr in reduzierter Form festgesetzten höheren Sätze vertieft zu überprüfen.
- Schliesslich sind gemäss Visa die in den vorsorglichen Massnahmen vorgesehenen Sätze für den Handel auch zumutbar, da sie tiefer seien als die im Safe Harbor vorgesehenen Sätze. Wiederum gilt es dem entgegen zu halten, dass der Status Quo für DMIF für Debitkarten in der Schweiz null beträgt. Die Sätze im Safe Harbor waren, wie oben

⁶⁸ Vgl. Gesuch, Rz 57 ff.

⁶⁹ Vgl. Gesuch, Rz 71.

⁷⁰ Vgl. RPW 2009/2, 138 ff. Rz 145 ff., DMIF V PAY.

⁷¹ Vgl. RPW 2017/4, 562 Rz 29, Ergänzung Schlussbericht V PAY.

⁷² Vgl. die aktuellen, auf der Seite von Mastercard publizierten Sätze unter <https://www.mastercard.com/content/dam/public/mastercard-com/eu/europe-lfi/europeaninterchange/pdfs/48switzerland.pdf> (30.08.2023).

⁷³ Vgl. Gesuch, Rz 66 f.

ausführlich dargelegt, explizit zum Zweck des Markteintritts zugelassen worden. Im Jahr 2020 betrug das domestische Transaktionsvolumen mit Debitkarten CHF 54'554 Mio.⁷⁴ Davon sind die Transaktionsvolumen abzuziehen, welche auf die PostFinance Card (CHF 13'219 Mio.) und die M-Card (CHF 530 Mio.) entfallen.⁷⁵ Damit verbleibt ein Transaktionsvolumen von CHF 40'805 Mio., welches auf Debitkarten von Visa und Mastercard entfällt. Wird auf dieses Volumen rechnerisch eine Interchange Fee von 0,2 % angewendet, ergibt dies für den Handel eine Mehrbelastung von rund CHF 82 Mio. im Vergleich zu einer Berechnung mit dem für Maestro anwendbaren Satz von null. Eine solche Mehrbelastung erscheint für den Handel nicht ohne weiteres zumutbar und erfordert eingehendere Abklärungen in der Untersuchung. Zu berücksichtigen ist weiter, dass bereits der Vorschlag des Sekretariats von rund 0,1 % bei den Issuern zu Mehreinnahmen von rund CHF 41 Mio. führt, verglichen mit einer Situation, in welcher die Transaktionen ohne Interchange Fee abgewickelt würden.

81. Bereits unter Berücksichtigung dieser Punkte erscheint es nicht als glaubhaft, dass die beantragten vorsorglichen Massnahmen als verhältnismässig zu qualifizieren wären.

D.1.4.6 Hauptsachenprognose

82. Aufgrund des klaren Ergebnisses, wonach der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen rechtswidrig wäre bzw. die Voraussetzungen für den Erlass solcher Massnahmen glaubhaft nicht erfüllt sind, erübrigt sich eine Prüfung der Hauptsachenprognose. Wie Visa selbst festhält, bildet die «richtige» Höhe der Debit Interchange Fee gerade Gegenstand der Untersuchung,⁷⁶ so dass sich die WEKO an dieser Stelle nicht dazu äussern kann. Es lässt sich immerhin festhalten, dass der Ausgang der Untersuchung unklar ist, bringen die verschiedenen Marktteilnehmer doch unterschiedliche juristische und ökonomische Argumente ein, welche teilweise für höhere, teilweise für tiefere Interchange Fees sprechen als die von Visa festgesetzten. Diese Eingaben werden in der Untersuchung eingehend zu würdigen sein. Jedenfalls lässt sich zum heutigen Zeitpunkt nicht klar prognostizieren, ob sich die von Visa festgesetzten Interchange Fees als zulässig erweisen werden.

83. Unter dem Titel der Hauptsachenprognose rügt Visa, der Grundsatz des Vertrauensschutzes sei verletzt. Die Stakeholder der V PAY und Visa Debit Schemes hätten sich darauf verlassen, dass eine langfristig tragbare DMIF zur Verfügung stehen werde. Die Notwendigkeit dafür sei regelmässig vorgetragen worden. Vorliegend hätten die Issuer und Acquirer erhebliche Investitionen vorgenommen, um diese Systeme am Markt zu etablieren.

84. Visa erkennt bei ihrer Argumentation, dass die wichtigste Voraussetzung zur Anrufung des Grundsatzes auf Vertrauensschutz vorliegend fehlt. Wie Visa selbst unter Hinweis auf BGE 143 II 341 ausführt, werden Rechtsunterworfenen in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in andere, bestimmte Erwartungen begründendes Behördenverhalten geschützt.⁷⁷ Ein solches Behördenverhalten liegt hier allerdings aus Sicht

von Visa nicht vor. Es geht eindeutig aus den Schlussberichten des Sekretariats hervor, dass der Safe Harbor mit Erreichen eines Marktanteils von 15 % ausläuft.⁷⁸ Es gibt keine Aussagen des Sekretariats oder gar der WEKO, welche eine darüber hinaus geltende, dauernde Interchange Fee für CP-Transaktionen mit Debitkarten in Aussicht gestellt hätten. Die Schlussberichte sind auf der Website der WEKO sowie im Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) publiziert. Die Bedingungen der Interchange Fees für Debitkarten waren somit allen Marktteilnehmern seit dem Jahr 2009 und damit viele Jahre vor der Lancierung der Karten auf dem Markt bekannt. Auch diesen Vertrauensschutz der Marktteilnehmer auf die Einhaltung der Schlussfolgerungen in den Schlussberichten des Sekretariats gilt es zu wahren.

85. Es besteht damit keine Vertrauensgrundlage, aus der ein Anspruch auf eine über die Markteinführungsphase hinausgehende, dauernde Interchange Fee für CP-Transaktionen mit Debitkarten abgeleitet werden könnte. Es entsprach im Übrigen gerade dem Sinn der mit diesen Schlussberichten zugelassenen, limitierten Interchange Fee, den Marktteilnehmern während der Markteinführungsphase die Amortisation ihrer initialen Investitionskosten zu ermöglichen. Dabei hat sich das Sekretariat vollumfänglich an seine Zusage in den Schlussberichten gehalten, indem es keine Untersuchungseröffnung beantragt hat, solange die Bedingungen des Safe Harbors eingehalten wurden. Das Vertrauen der Issuer, ihre Investitionen für die Marktlancierung amortisieren zu können, wurde vollumfänglich geschützt.

D.1.4.7 Ergebnis

86. Der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen ist ausgeschlossen, da ihre Anordnung gesetzeswidrig wäre. Darüber hinaus sind auch die materiellen Voraussetzungen für den Erlass nicht gegeben. Das Gesuch ist aus diesen Gründen abzuweisen.

D.2 Entzug der aufschiebenden Wirkung

87. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG⁷⁹ kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Bei einer gesuchsabweisenden (sog. negativen) Verfügung stösst Art. 55 Abs. 1 VwVG jedoch ins Leere, da die aufschiebende Wirkung funktionsgemäss zur Folge hat, dass es bei der Rechtslage bleibt, die vor Erlass der angefochtenen Verfügung geherrscht hat. Damit kann die mit ihren Rechtsbegehren nicht durchgedrungene Gesuchstellerin nicht so gestellt werden, als ob dem Gesuch entsprochen worden wäre.⁸⁰

⁷⁴ Vgl. SNB-Statistik zum Zahlungsverkehr (Zahlungen und Bargeldbezüge), <[https://data.snb.ch/de/topics/finma/cube/zavezaluba?fromDate=2020-01&toDate=2020-12&dimSel=D0\(ZT,PGT,PGKL,DG,BT\),D1\(K,D,EG\),D2\(IZ\),D3\(II\),D4\(BMF\)>](https://data.snb.ch/de/topics/finma/cube/zavezaluba?fromDate=2020-01&toDate=2020-12&dimSel=D0(ZT,PGT,PGKL,DG,BT),D1(K,D,EG),D2(IZ),D3(II),D4(BMF)>) (30.8.2023).

⁷⁵ Vgl. Jahresbericht 2020 des VEZ, S. 32 f., <<https://www.vez-epay.ch/media/qxpl5j1/20210622-vez-jb-endversion.pdf>> (30.8.2023).

⁷⁶ Vgl. Gesuch, Rz 27.

⁷⁷ Vgl. Gesuch, Rz 37.

⁷⁸ RPW 2009/2, 122 ff., *DMIF V PAY*; RPW 2012/4, 764 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2017/4, 559 ff., *Ergänzung V PAY*.

⁷⁹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁸⁰ Vgl. REGINA KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2. Aufl. 2019, Art. 55 VwVG N 7.

88. Da die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben sind, erübrigen sich weitere Ausführungen zum Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung.

E Kosten

89. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung⁸¹ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.– bis CHF 400.– richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals.

90. Den Erlass der vorliegenden Verfügung hat die Gesuchstellerin verursacht. Die Gebühr ist daher ihr aufzuerlegen. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf 58 Stunden à CHF 200.– und 7 Stunden à CHF 290.–, total CHF 13'630.–.

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von total CHF 13'630.– werden der Gesuchstellerin auferlegt.

Diese Verfügung ist zu eröffnen:

- Visa Europe Ltd., Head Office, in London, Vereinigtes Königreich
vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

⁸¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Concessionari Volkswagen

Decisione del 23 maggio 2022 nel caso Inchiesta 22-0489 secondo l'art. 27 LCart concernente Concessionari Volkswagen in relazione a un accordo illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart nei confronti di

1. **AMAG Group SA**, in Cham,
AMAG Automobili e Motori SA, in Cham
entrambe rappresentate dall [...]
2. **Autoronchetti Sagl**, in Coldrerio,
rappresentata dall [...]
3. **Garage Karpf & Co.**, in Faido,
GARAGE 3 VALLI SA, in Biasca,
entrambe rappresentate dagli [...]
4. **Garage Carrozzeria Maffeis SA**, in Tesserete,
rappresentata dagli [...]
5. **Garage Nessi SA**, in Sant'Antonino,
rappresentata dall [...]
6. **GARAGE WEBER-MONACO SA**, in Vezia,
rappresentata dall [...]
7. **TOGNETTI AUTO SA**, in Gordola,
rappresentata dall [...]

Indice

A	Procedura	1165
A.1	Oggetto dell'inchiesta	1165
A.2	Destinatari del procedimento	1165
A.2.1	AMAG	1167
A.2.2	Autoronchetti Sagl	1168
A.2.3	Gruppo Karpf	1168
(i)	Garage Karpf	1168
(ii)	Garage 3 Valli	1168
A.2.4	Garage Carrozzeria Maffeis SA	1169
A.2.5	Garage Nessi SA	1169
A.2.6	GARAGE WEBER-MONACO SA	1169
A.2.7	TOGNETTI AUTO SA	1169
A.2.8	Panoramica delle parti al procedimento	1169

A.3	Procedimento istruttorio	1170
A.3.1	Inchiesta della Segreteria	1170
A.3.2	Proposta della Segreteria alla COMCO (art. 30 cpv. 1 LCart)	1173
A.3.3	Prese di posizione delle parti al procedimento ¹⁷⁴	
A.3.3.1	AMAG	1175
A.3.3.2	Autoronchetti	1175
A.3.3.3	Gruppo Karpf	1175
A.3.3.4	Garage Maffeis	1175
A.3.3.5	Garage Nessi	1175
A.3.3.6	Garage Weber-Monaco	1176
A.3.3.7	Tognetti Auto	1176
A.3.4	Procedura davanti alla COMCO	1176
B	Fattispecie	1176
B.1	Osservazioni generali sulla prova	1176
B.2	Considerazioni riguardanti alcune testimonianze	1178
B.3	Fattispecie accertata e mezzi di prova	1179
B.3.1	Premessa	1179
B.3.2	Cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche	1180
B.3.2.1	Metodo di cooperazione principalmente utilizzato dal 2006 al 2009	1181
B.3.2.2	Metodo di cooperazione principalmente utilizzato dal 2010 al 2018	1184
B.3.2.3	Cooperazione nell'ambito degli incarichi diretti	1188
B.3.2.4	Coinvolgimento delle singole parti al procedimento	1189
B.3.2.4.1	AMAG	1189
B.3.2.4.2	Gruppo Karpf	1194
(i)	Gli anni dal 2006 al 2009	1194
(ii)	Gli anni dal 2010 al 2018	1194
a.	Gli autoveicoli [...]	1195
b.	Commesse pubbliche [...] negli anni 2011–2012	1195

c.	Commessa pubblica [...] nel 2013	1196	B.3.4.5.1	AMAG	1237
d.	Concorso pubblico del 2015	1196	B.3.4.5.2	Autoronchetti	1237
e.	Conclusione	1197	B.3.4.5.3	Gruppo Karpf	1238
B.3.2.4.3	Garage Maffeis	1198	B.3.4.5.4	Garage Maffeis	1238
(i)	Gli anni dal 2006 al 2009	1198	B.3.4.5.5	Garage Nessi	1238
(ii)	Gli anni dal 2010 al 2018	1198	B.3.4.5.6	Garage Weber-Monaco	1238
B.3.2.4.4	Garage Nessi	1198	B.3.4.5.7	Tognetti Auto	1238
B.3.2.4.5	Tognetti Auto	1199	B.3.5	Valutazione complessiva e riepilogo delle fattispecie accertate	1239
B.3.3	Coordinamento in materia di politica dei prezzi	1200	B.3.6	Fattispecie non accertate in maniera definitiva	1241
B.3.3.1	Sconti e pacchetti consegna	1200	B.3.6.1	[...]	1241
B.3.3.1.1	Premessa in merito all'inchiesta VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013	1202	B.3.6.2	[...]	1241
B.3.3.1.2	Anni dal 2006 al 2009	1202	B.3.6.2.1	[...]	1241
B.3.3.1.3	Anni dal 2010 al 2013	1203	(i)	[...]	1241
(i)	Tabella sconti 2012	1204	(ii)	[...]	1241
(ii)	Tabella sconti 2013	1207	B.3.6.2.2	[...]	1241
B.3.3.1.4	Anni dal 2014 al 2018	1210	(i)	[...]	1241
B.3.3.2	Scambi di offerte e contratti di vendita e altri elementi del prezzo	1211	(ii)	[...]	1241
B.3.3.3	Margini e provvigioni	1215	C	Considerandi	1242
B.3.3.4	Le promozioni speciali legate all'HCAP	1216	C.1	Campo di applicazione	1242
B.3.3.5	Monitoraggio del coordinamento in materia di politica dei prezzi	1216	C.1.1	Campo di applicazione personale	1242
B.3.3.6	Coinvolgimento delle singole parti al procedimento	1218	C.1.2	Campo di applicazione materiale	1242
B.3.3.6.1	AMAG	1218	C.1.3	Campo di applicazione territoriale e temporale	1242
B.3.3.6.2	Autoronchetti	1220	C.2	Competenza della Commissione plenaria	1242
B.3.3.6.3	Gruppo Karpf	1220	C.3	Parti e destinatari della decisione	1243
B.3.3.6.4	Garage Maffeis	1221	C.4	Relazioni con altre prescrizioni legali	1244
B.3.3.6.5	Garage Nessi	1221	C.5	Accordi illeciti in materia di concorrenza	1244
B.3.3.6.6	Garage Weber-Monaco	1223	C.5.1	Accordi in materia di concorrenza	1244
B.3.3.6.7	Tognetti Auto	1223	C.5.1.1	Cooperazione cosciente e voluta	1244
B.3.4	Ripartizione del territorio	1223	C.5.1.2	Prefiggersi o provocare una limitazione della concorrenza	1244
B.3.4.1	Commesse pubbliche	1224	C.5.1.3	Qualificazione di accordo globale	1246
B.3.4.2	Vendite a clienti privati	1225	C.5.1.4	Accordo tra imprese di livello economico identico o diverso	1248
B.3.4.3	Attività di commercializzazione	1228	C.5.1.5	Risultato intermedio	1248
B.3.4.3.1	Attività di promozione	1228	C.5.2	Soppressione della concorrenza efficace	1248
B.3.4.3.2	Attività di sponsorizzazione	1231	C.5.2.1	Accordo sul prezzo e sulla ripartizione del mercato per zone e partner commerciali (art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart)	1248
B.3.4.3.3	Pubblicità su quotidiani e settimanali	1235	C.5.2.1.1	Applicazione dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart	1248
B.3.4.4	Rispetto del patto di "non belligeranza"	1236	C.5.2.1.2	Applicazione dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart	1249
B.3.4.5	Coinvolgimento delle singole parti al procedimento	1237			

C.5.2.2	Risultato intermedio	1250	C.7.3.4.6	Autodenuncia	1272
C.5.2.3	Confutazione della presunzione legale dell'eliminazione della concorrenza efficace	1250	(i)	Condizioni della rinuncia alla sanzione e della riduzione della sanzione	1272
C.5.2.3.1	Mercato pertinente	1250	(ii)	Valutazione	1273
C.5.2.3.2	Concorrenza esterna e interna	1251	a.	Ruolo principale	1273
(i)	Concorrenza esterna	1251	b.	Riduzione della sanzione giusta l'art. 12 cpv. 2 e 3 OS LCart	1276
(ii)	Concorrenza interna	1252	c.	Riduzione in relazione alla durata della pratica concorrenziale (art. 14 cpv. 2 OS LCart)	1278
C.5.2.4	Risultato intermedio	1252	C.7.3.4.7	Esame della proporzionalità	1279
C.5.3	Intralcio notevole della concorrenza	1252	C.7.3.5	Conclusione	1280
C.5.4	Motivi di efficienza economica	1253	D	Costi	1281
C.6	Conclusione	1254	D.1	Obbligo di pagare gli emolumenti	1281
C.7	Misure	1254	D.2	Importo dei costi di procedura	1281
C.7.1	Ordine di misure	1254	D.3	Attribuzione dei costi di procedura	1281
C.7.2	Conciliazioni	1254	E	Risultato	1283
C.7.3	Sanzioni	1255	F	Dispositivo	1283
C.7.3.1	In generale	1256	A	Procedura	
C.7.3.2	Condizioni	1256	A.1	Oggetto dell'inchiesta	
C.7.3.2.1	Fattispecie legale dell'art. 49a LCart	1256	1.	Oggetto della presente inchiesta è la presunta esistenza nel periodo, dal 2006 al 2018, di un accordo globale illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart ¹ tra AMAG Automobili e Motori SA (di seguito: AMAG) e altri distributori autorizzati dei marchi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino volto a coordinare la politica dei prezzi, così come a ripartire il mercato per zone e partner commerciali per la vendita di veicoli nuovi a clienti finali, sia pubblici che privati.	
C.7.3.2.2	Imputabilità	1256	A.2	Destinatari del procedimento	
C.7.3.2.3	Sanzionabilità dal punto di vista temporale	1257	2.	Le imprese destinatarie del procedimento (qui di seguito denominate anche: parti al procedimento) fanno parte della rete di distribuzione di AMAG Import SA (di seguito: AMAG Import) ² , società appartenente ad AMAG Group SA (di seguito: AMAG Group) ³ , entrambe con sede in Cham nel Cantone di Zugo.	
C.7.3.2.4	Conclusione intermedia	1257	3.	AMAG Group fa parte del gruppo AMAG, che comprende anche Careal Property Group AG (precedentemente Careal Holding SA). ⁴ AMAG Group è nata da una ristrutturazione interna al gruppo AMAG il 1° gennaio 2018, riprendendo tutte le attività legate al settore delle auto, gestite dalla ex Careal Holding SA, divenuta in	
C.7.3.3	Attribuzione della violazione del diritto dei cartelli	1257			
C.7.3.3.1	Successione legale e continuità economica	1257			
C.7.3.3.2	Ristrutturazione interna al gruppo AMAG	1258			
C.7.3.3.3	Nessuna continuità economica tra [...] e Garage 3 Valli	1259			
C.7.3.3.4	Continuità economica tra [...] e Garage Nessi SA	1259			
C.7.3.4	Calcolo	1259			
C.7.3.4.1	Importo di base	1260			
(i)	Limite superiore dell'importo di base (cifra d'affari sul mercato pertinente)	1260			
(ii)	Presa in considerazione della gravità e del tipo di infrazione	1260			
C.7.3.4.2	Durata della violazione	1266			
C.7.3.4.3	Circostanze aggravanti e attenuanti	1267			
(i)	Violazione ripetuta della LCart (art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart)	1267			
(ii)	Comportamento collaborativo	1271			
C.7.3.4.4	Conclusione intermedia	1271			
C.7.3.4.5	Sanzione massima	1272			

¹ Legge federale del 6.10.1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).

² Registro di commercio del Cantone di Zugo, CHE-105.836.302.

³ Registro di commercio del Cantone di Zugo, CHE-250.895.524.

seguito Cereal Property Group SA.⁵ Fino al 31 dicembre 2017 Cereal Property Group SA (precedentemente Careal Holding SA) era la società madre di tutte le società appartenenti al gruppo AMAG.⁶

4. AMAG Import opera in Svizzera e nel Principato del Liechtenstein come importatore generale di veicoli e di pezzi di ricambio originali dei marchi del gruppo

Volkswagen: VW veicoli privati (di seguito: VW PW⁷), VW veicoli utilitari (di seguito: VW NF⁸), Audi, Seat, e Škoda. I veicoli nuovi di queste marche sono distribuiti in Svizzera tramite le *succursali di AMAG* e distributori autorizzati che hanno un contratto con AMAG Import per la distribuzione di uno o più marchi del gruppo Volkswagen (di seguito: *concessionari*).⁹

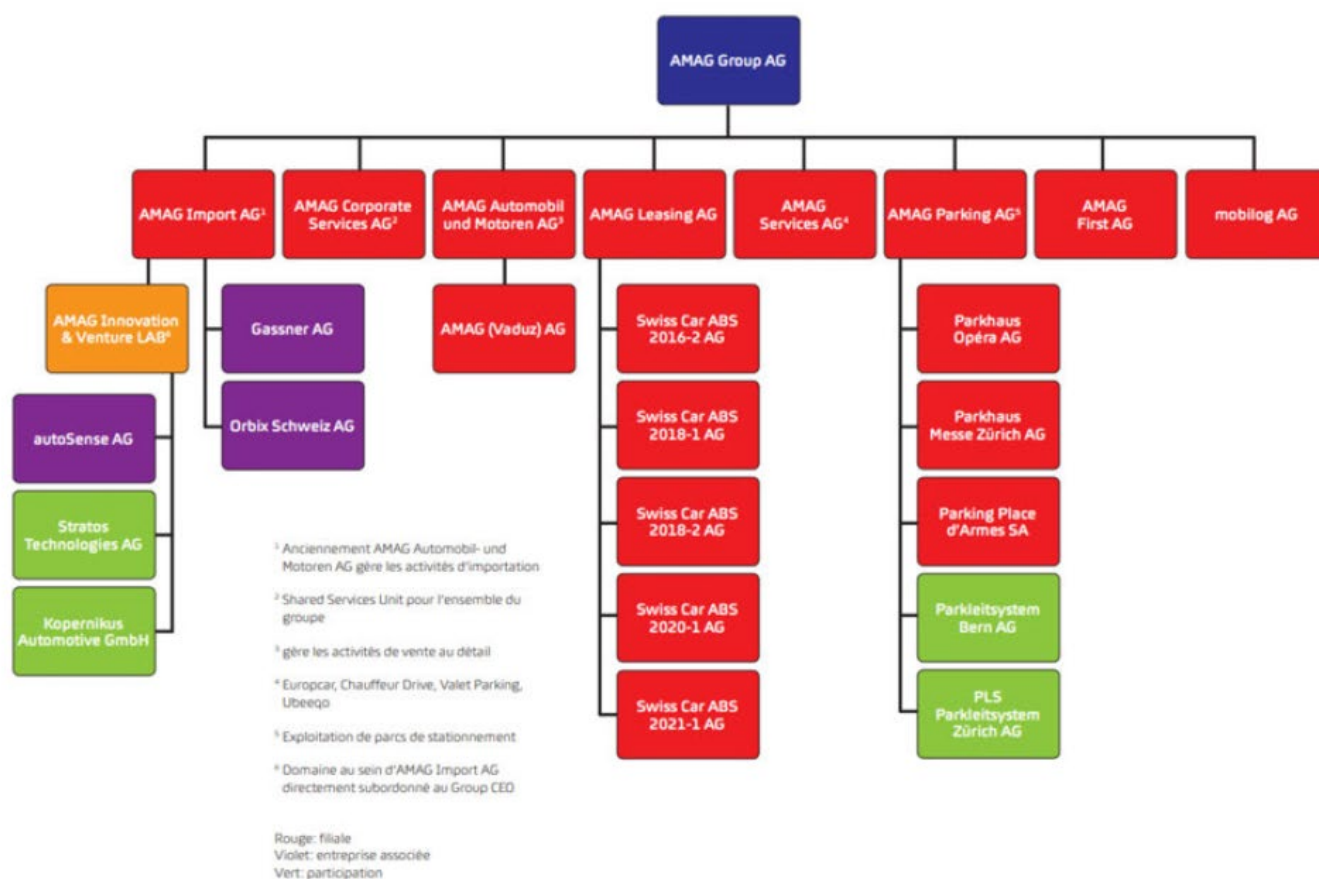


Illustrazione 1: Organigramma di AMAG Group (fonte: AMAG)

4. Fino al 2020¹⁰ la distribuzione di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen avveniva anche tramite *partner commerciali*, statuto introdotto il 1° novembre 2009 nella rete di distribuzione di AMAG.¹¹ Si tratta di *partner di servizio* che avevano un contratto di collaborazione con un concessionario o una succursale di AMAG per la vendita di veicoli di uno o più marchi del gruppo Volkswagen. I partner di servizio sono delle imprese che hanno un contratto con AMAG Import per la fornitura di servizi di riparazione e di manutenzione per veicoli di uno o più marchi del gruppo Volkswagen. Sulla base di un contratto di collaborazione il partner di servizio acquisiva lo statuto di partner

⁴ Atto I.780.

⁵ Ibid. Cfr. anche Registro di commercio del Cantone di Zugo, CHE-250.895.524, secondo cui AMAG Group ha ripreso gli attivi e passivi ("nämlich das Automobilgeschäft") dell'ex Careal Holding AG.

⁶ Ibid.

⁷ Dal tedesco "Volkswagen Personenwagen".

⁸ Dal tedesco "Volkswagen Nutzfahrzeugen".

⁹ Atti I.12, pagg. 1 segg.; I.350, pagg. 1 segg.

¹⁰ Il sistema di distribuzione di AMAG Import è stato modificato nel corso del 2020. Il nuovo sistema non prevede più lo statuto di partner commerciale (v. atto XIV.A.23, pag. 6).

¹¹ Atto I.350, pag. 4. Questo statuto sostituisce e corrisponde alla figura dell'"intermediario permanente" ("ständige Vermittler") o del "rivenditore" ("Wiederverkäufer").

commerciale e poteva vendere a clienti finali veicoli nuovi di uno o più marchi del gruppo Volkswagen per le quali era stata conclusa la collaborazione. Questi veicoli potevano essere ordinati e acquistati presso il concessionario o la succursale AMAG di riferimento sulla base di determinate condizioni d'acquisto che vengono rinnovate periodicamente, in genere di anno in anno. Il partner commerciale aveva dei propri obiettivi di vendita, concordati con il concessionario o la succursale AMAG di riferimento.

6. L'interesse del contratto di collaborazione era giustificato dal fatto che anche i partner di servizio, non in grado di soddisfare i criteri (soprattutto qualitativi) stabiliti

dall'importatore e di effettuare gli investimenti richiesti per essere ammessi come concessionari nella rete di distribuzione, avevano così la possibilità di effettuare delle vendite di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen. Dal canto suo, il concessionario o la succursale di AMAG poteva approfittare delle vendite di veicoli nuovi effettuate da parte del rispettivo o dei rispettivi partner commerciali per raggiungere i propri obiettivi di vendita fissati da AMAG Import.¹² Nonostante il contratto di collaborazione, concessionario e partner commerciale rimanevano due entità separate che vendevano veicoli nuovi a proprio nome e per proprio conto¹³ e che quindi determinavano la loro politica dei prezzi in modo del tutto indipendente l'uno dall'altro.

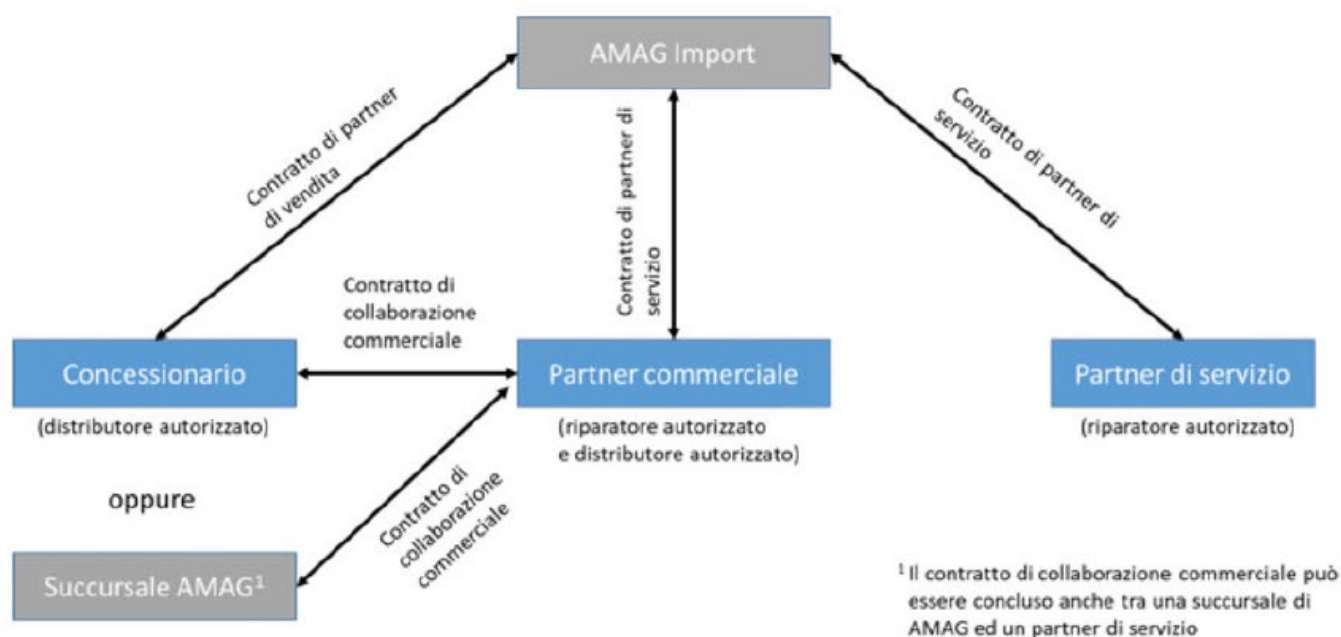


Illustrazione 2: Relazioni tra AMAG Import, concessionari, partner commerciali e partner di servizio (fonte: AMAG / elaborazione: Segreteria della Commissione della concorrenza)

7. Le parti al procedimento sono AMAG, così come concessionari e partner commerciali dei marchi del gruppo Volkswagen con sede nel Cantone Ticino.

A.2.1 AMAG

8. AMAG è una società figlia di AMAG Group (v. illustrazione 1), con sede a Cham nel Cantone di Zugo, attiva sul mercato della vendita al dettaglio dei veicoli dei marchi del gruppo Volkswagen.¹⁴ AMAG è nata il 1° gennaio 2018 da una ristrutturazione che ha avuto luogo all'interno del gruppo AMAG. Con effetto a partire dal 1° gennaio 2018 la precedente società AMAG Automobili e Motori SA, che riuniva al suo interno le divisioni Import e Retail, è divenuta AMAG Import AG (qui abbreviata: AMAG Import; n. marg. 2 seg.), mentre la divisione AMAG Retail è stata trasferita alla nuova società AMAG Automobili e Motori SA (qui abbreviata: AMAG).¹⁵

9. AMAG dispone di sue succursali nel Cantone Ticino, raggruppate sotto la direzione di AMAG Ticino¹⁶. Secondo le informazioni fornite da AMAG, negli anni dal 2004 al 2018, la distribuzione dei veicoli dei marchi del gruppo

Volkswagen erano ripartite tra le seguenti succursali di AMAG:¹⁷

- **AMAG Lugano**, con sede Lugano (ex Garage Cassarate SA¹⁸);
- **AMAG Sorengo**, con sede a Sorengo (punto vendita dell'ex Garage Cassarate SA¹⁹);

¹² Atti I.12 pagg. 2-3; I.21, pagg. 1 seg.; I.350, pagg. 1 segg.

¹³ Cfr. atto I.21, pag. 3 e allegati 2 (art. 2.1 «Händlervertrag») e 3 (art. 2.1. «Vertriebspartnervertrag»).

¹⁴ Atto I.12, pag. 1. V. pure Registro di commercio del Cantone di Zugo, CHE-499.644.421.

¹⁵ Atti I.12, pag. 1; I.452, pag. 1. V. anche registro di commercio del Cantone di Zugo, CHE-499.644.421.

¹⁶ In seguito, per quanto riguarda i comportamenti e le pratiche attribuite a una o più filiali di AMAG nel Cantone Ticino, si farà riferimento unicamente a "AMAG Ticino".

¹⁷ V. atto I.350, allegato.

¹⁸ Fino al 31 dicembre 2006 Garage Cassarate SA era una società filiale al 100 % di AMAG (atto I.450, pag. 2).

¹⁹ Ibid.

- **AMAG Breganzona Seat**, con sede a Breganzona;
- **AMAG Breganzona Audi**, con sede a Breganzona;
- **AMAG Giubiasco Audi**, con sede a Giubiasco;
- **AMAG Giubiasco Škoda**, con sede a Giubiasco;
- **AMAG Bellinzona**, con sede a Bellinzona;
- **AMAG Biasca**, con sede a Biasca, in attività dal 2004 al 2011;
- **AMAG Mendrisio**, con sede a Mendrisio;
- **AMAG Mendrisio Veicoli Commerciali**, con sede a Mendrisio;
- **AMAG Coldrerio**, con sede a Coldrerio.

10. Fino al 2012 la direzione di AMAG Ticino era divisa tra la regione del Sopraceneri e la regione del Sottoceneri. La direzione del Sopraceneri è stata assunta da [...], tra il [...] e il [...], e da [...], tra il [...] e il [...]. La direzione del Sottoceneri è stata assunta da [...], tra il [...] e il [...], e in seguito da [...], tra il [...] e il [...]. A partire dal 1° gennaio 2012 la direzione di AMAG Ticino è stata riunita per l'insieme del territorio del Cantone Ticino e affidata a [...], il quale ha svolto tale incarico fino al [...].²⁰

A.2.2 Autoronchetti Sagi

11. Autoronchetti Sagi (di seguito: Autoronchetti), fondata nel 1998 e con sede a Coldrerio²¹, è partner di servizio del marchio Seat dal 2005 e partner commerciale di AMAG Breganzona per la vendita di veicoli del marchio Seat dal 1° novembre 2009.²² [...] è [...] di Autoronchetti.

A.2.3 Gruppo Karpf

12. Garage Karpf & Co. (di seguito: Garage Karpf) e GARAGE 3 VALLI SA (di seguito: Garage 3 Valli) formano un gruppo di società, il quale ai fini della presente inchiesta è denominato Gruppo Karpf. Infatti, da un lato, Garage Karpf [...] [...] Dall'altro lato, [...] è [...] della società in nome collettivo Garage Karpf, mentre [...] ha [...] di questa società,²⁴ ed entrambi sono [...] di Garage 3 Valli²⁵.

(i) Garage Karpf

13. Garage Karpf, fondato nel 1951 e con sede a Faido²⁶, è una società in nome collettivo che è concessionario e partner di servizio del marchio VW PW dal 2005. Garage Karpf è partner di servizio del marchio Škoda dal 2008 e dei marchi Audi e VW NF dal 2005. Tra il 2009 e il 2018 Garage Karpf è stato partner commerciale di AMAG Bellinzona per la vendita di veicoli del marchio VW NF. Tra il 2009 e il 2010 è stato partner commerciale di AMAG Biasca per la vendita di veicoli del marchio Škoda e concessionario di questo marchio nel 2011. Dal 2019 Garage Karpf è concessionario anche del marchio VW NF.²⁷ [...] è [...] di Garage Karpf.

(ii) Garage 3 Valli

14. Garage 3 Valli, fondato il 30 luglio 2015 e con sede a Biasca²⁸, è concessionario del marchio Škoda, così come partner di servizio dei marchi VW PW e VW NF dal 2016.²⁹ [...] è il [...] e il [...] di Garage 3 Valli.³⁰

15. Garage 3 Valli è divenuto attivo sul mercato soltanto a partire dal 25 febbraio 2016 (data della firma del

contratto di partner di vendita per il marchio Škoda con AMAG Import).³¹

16. Garage 3 Valli ha la propria sede allo stesso indirizzo (Via Chiasso 5, 6710 Biasca) e nello stesso stabilimento che furono di [...] (di seguito: [...]), ditta individuale fallita il 16 febbraio 2016 e radiata dal Registro di commercio il 9 novembre 2017.^{32,33} [...] è stato [...] di Garage 3 Valli³⁴ e [...] di questa società con firma collettiva a due fino al [...] 2016.³⁵

17. Secondo le dichiarazioni rilasciate da [...] durante la sua audizione in qualità di testimone del [...], Garage 3 Valli è diventato attivo sul mercato al momento del fallimento di [...], riprendendo la rappresentanza dei marchi di [...] (marchio Škoda per la vendita e marchio VW PW per il servizio dopo-vendita), l'inventario dell'officina, la clientela, i veicoli d'occasione restanti, i contratti di vendita per i veicoli che erano in ordinazione al momento del fallimento di [...], il parco dei veicoli nuovi a disposizione (ma di proprietà di AMAG Import) e la totalità del personale.³⁶

18. In merito alle domande poste dalla Segreteria della Commissione della concorrenza (di seguito: Segreteria) riguardo le relazioni con [...] (v. n. marg. 56), Gruppo Karpf ha affermato che l'attività di [...] non è stata ripresa da Garage 3 Valli, sostenendo che quest'impresa sarebbe stata fondata per rappresentare e distribuire il marchio Škoda a Biasca e che [...] non avrebbe trasmesso a Garage 3 Valli né la clientela, né contratti o attività.³⁷

19. Sulla base degli elementi raccolti nell'ambito dell'inchiesta possono essere individuati gli elementi seguenti:

- [...]³⁸, [...]³⁹, [...].⁴⁰
- [...].⁴¹
- [...].⁴² [...].⁴³ [...].⁴⁴ [...].⁴⁵ [...].⁴⁶

²⁰ Atto I.452, pagg. 2 seg. e allegato 1.

²¹ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-104.273.626.

²² Atto I.350, allegato, pagg. 49 segg.

²³ Atti I.744, allegato 1, e I.756.

²⁴ Cfr. Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-106.887.288.

²⁵ Cfr. Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-158.018.673.

²⁶ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-106.887.288.

²⁷ Atto I.350, allegato, pagg. 8 segg.

²⁸ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-158.018.673.

²⁹ Atto I.350, allegato, pag. 68.

³⁰ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-158.018.673.

³¹ Atto I.744, n. marg. 17 e allegato 2.

³² [...]

³³ [...]

³⁴ [...]

³⁵ [...]

³⁶ Atto IV.2, n. marg. 113–132.

³⁷ Atto I.744, n. marg. 17–19.

³⁸ Atto I.744, allegato 1.

³⁹ Atti I.744, n. marg. 20, allegato 1.

⁴⁰ Atto I.756, allegato 1.

⁴¹ Atto I.744, allegato 1.

⁴² Atto I.764, pagg. 645 e 657.

⁴³ Atto I.764, pagg. 645, 658, 664 segg.

⁴⁴ Atti I.744, n. marg. 20, I.764, pagg. 615–622, 657.

⁴⁵ Atto I.763–764. Cfr. pure atto III.3, n. marg. 108–110.

⁴⁶ Cfr. Atto I.763–764.

- Il contratto di partner di vendita tra AMAG Import e [...] non è stato ripreso da Garage 3 Valli; quest'ultimo ha firmato in data [...] un nuovo contratto di partner di vendita per il marchio Škoda concluso con AMAG Import con effetto a partire dal [...].⁴⁷
- Il contratto di sublocazione per l'immobile adibito a garage sito a Biasca tra AMAG Import e [...] non è stato trasmesso a Garage 3 Valli; quest'ultimo ha concluso un nuovo contratto di sublocazione con AMAG Import entrato in vigore il [...].⁴⁸
- Dai documenti ottenuti tramite la perquisizione presso il Gruppo Karpf (v. sotto n. marg. 38) risulta una tabella Excel del 30 marzo 2016 intitolata "*Lista Clienti Ex* [...]"⁴⁹.

20. Gruppo Karpf ha anche dichiarato che [...] ([...]) avrebbe licenziato tutti gli undici collaboratori di [...] e che [...].⁵⁰ Inoltre, [...].⁵¹

21. L'inchiesta non è stata aperta nei confronti di [...], tale entità non esistendo più dal punto di vista giuridico dal 9 novembre 2017 (v. n. marg. 16).

A.2.4 Garage Carrozzeria Maffeis SA

22. Garage Carrozzeria Maffeis SA (di seguito: Garage Maffeis), fondata nel 1987 e con sede a Capriasca⁵², è concessionario e partner di servizio del marchio VW PW dal 2005, così come partner di servizio e partner commerciale di AMAG Sorengo, tra il 2009 e il 2016, e in seguito di AMAG Bellinzona, dal 2017, per la vendita di veicoli del marchio VW NF.⁵³ Garage Maffeis è inoltre stato partner di servizio del marchio Audi tra il 2005 e il 2015. [...] è [...] e [...] di Garage Maffeis.

A.2.5 Garage Nessi SA

23. In data 26 giugno 2018, Garage Nessi SA (di seguito: Garage Nessi), con sede a Sant'Antonino⁵⁴, ha assunto attivi e passivi della ditta individuale [...], ugualmente con sede a Sant'Antonino,⁵⁵ che era diretta [...] e da [...]. [...] è [...] di Garage Nessi SA, iscritta al Registro di commercio il 2 luglio 2018. [...] è a beneficio di [...] per tale società. Come spiegato più avanti (n. marg. 580), esiste continuità economica tra la ditta individuale [...] e Garage Nessi SA. Per ragioni di semplicità, qui di seguito verrà utilizzata la denominazione "Garage Nessi" per fare riferimento a entrambe le ragioni sociali.

24. Garage Nessi è stato concessionario del marchio VW PW dal 2005 al 2008.⁵⁶ Dal 2005 Garage Nessi è partner di servizio del marchio VW PW e partner commerciale per questo marchio dal 1° novembre 2009 di AMAG Bellinzona, fino al 2016, e a partire dal 2017 di AMAG Lugano.⁵⁷ Tra il 2005 e il 2016 Garage Nessi è stato anche partner di servizio del marchio VW NF.⁵⁸

A.2.6 GARAGE WEBER-MONACO SA

25. GARAGE WEBER-MONACO SA (di seguito: Garage Weber-Monaco), fondata nel 2006 e con sede a Vezia⁵⁹, è partner di servizio del marchio VW PW dal 2005 e rivenditore (dal 1° dicembre 2007) in seguito partner commerciale (dal 1° novembre 2009) di AMAG Lugano per la vendita di veicoli del marchio VW PW dal 2007.⁶⁰ [...] è [...] e [...] di Garage Weber-Monaco.

A.2.7 TOGNETTI AUTO SA

26. TOGNETTI AUTO SA (di seguito: Tognetti Auto), fondata nel 2005 e con sede a Gordola,⁶¹ è concessionario e partner di servizio dei marchi VW PW, VW NF e Audi dal 2005, così come partner di servizio del marchio Škoda dal 2005 e concessionario di quest'ultimo marchio dal 2008.⁶² Tognetti Auto dispone anche di una propria succursale ad Ascona, avendo ripreso il 12 giugno 2012 gli attivi e passivi di [...] (di seguito: [...])⁶³, il quale tuttavia già dal 1° gennaio 2009 non faceva più parte del sistema di distribuzione di AMAG.⁶⁴ [...] è stato partner di servizio per il marchio Škoda dal 2005 al 2008. [...] è [...] e [...] di Tognetti Auto. [...] è [...] di Tognetti Auto.

27. [...], con sede a [...], è partner di servizio del marchio VW PW dal 2005 e partner commerciale di Tognetti Auto dal 2009 per la vendita di veicoli del marchio VW PW.⁶⁵ Questa impresa non è parte al procedimento in assenza di indizi concreti a suo carico.

A.2.8 Panoramica delle parti al procedimento

28. Riassumendo, la struttura e le relazioni tra le parti al procedimento possono essere rappresentate nel modo seguente:

⁴⁷ Atto I.744, n. marg. 19 e allegato 2.

⁴⁸ Atto I.744, n. marg. 19 e allegato 3.

⁴⁹ Atto V.B.51.

⁵⁰ Atto I.744, n. marg. 19.

⁵¹ Ibid.

⁵² Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-103.497.790.

⁵³ Atto I.350, allegato, pagg. 27 segg.

⁵⁴ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-397.903.396.

⁵⁵ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-106.865.200.

⁵⁶ Atto I.350, allegato, pagg. 11 segg.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Atto I.350, allegato, pagg. 11 segg.

⁵⁹ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-112.847.966.

⁶⁰ Atto I.350, allegato, pag. 34 seg.

⁶¹ Registro di commercio del Cantone Ticino, CHE-112.314.262. FUSC no. 115 del 15.06.2012.

⁶² Atto I.350, allegato, pagg. 16 seg.

⁶³ [...].

⁶⁴ Atto I.350, allegato, pag. 61.

⁶⁵ Atto I.350, allegato, pag. 18 segg.

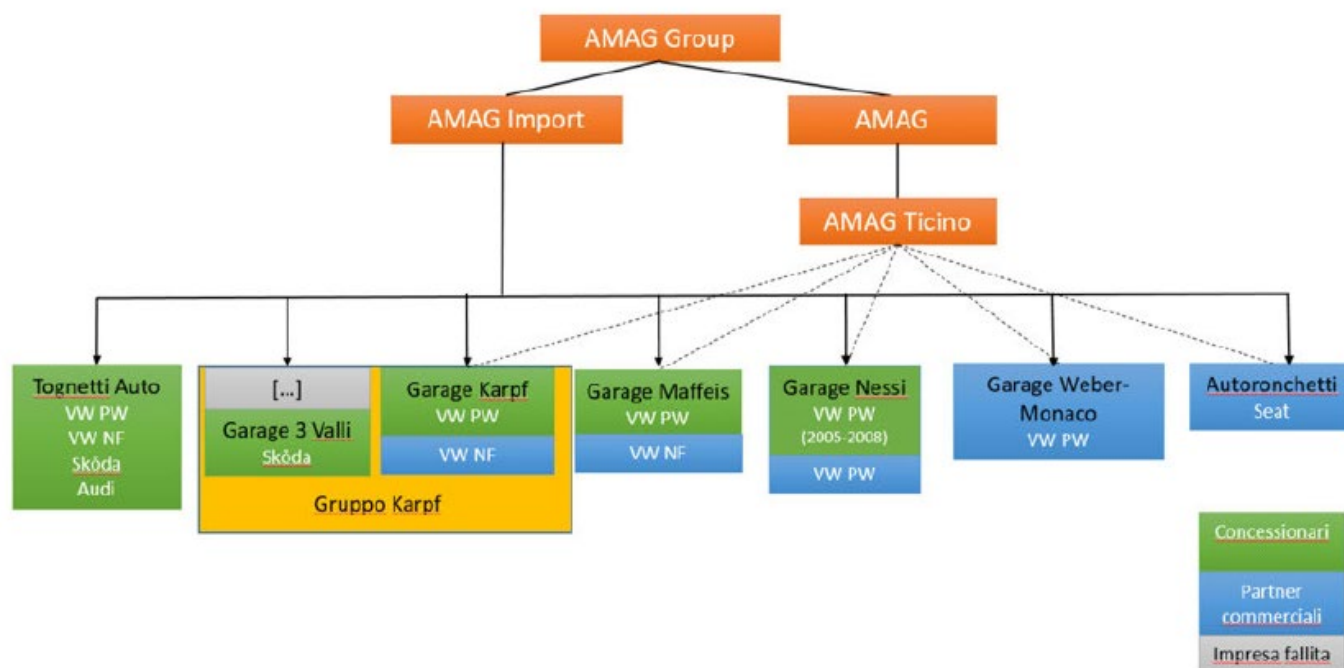


Illustrazione 3: Struttura e relazioni tra le parti al procedimento nel Cantone Ticino (fonte: Segreteria)

A.3 Procedimento istruttorio

A.3.1 Inchiesta della Segreteria

29. In data 26 giugno 2018 la Segreteria ha aperto d'intesa con un membro della presidenza della Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) un'inchiesta giusta l'art. 27 LCart nei confronti di AMAG e delle società facenti parte del suo gruppo, Garage Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi e Tognetti Auto.⁶⁶ Tramite una denuncia la Segreteria è infatti venuta a conoscenza di indizi riguardanti presunti accordi illeciti tra AMAG e le imprese menzionate sopra. In particolare, negli anni 2012–2014 le imprese coinvolte avrebbero concordato le loro offerte nell'ambito di appalti pubblici nel Cantone Ticino.⁶⁷

30. Il 26 e 27 giugno 2018 la Segreteria ha effettuato delle perquisizioni presso i locali delle succursali AMAG Lugano e AMAG Sorengo⁶⁸ e ha interrogato [...] (AMAG Ticino)⁶⁹ in qualità di parte.

31. Tra il 26 e il 29 novembre 2018 la Segreteria ha condotto delle audizioni con i rappresentanti delle parti e un collaboratore di AMAG, sentito in qualità di testimone.⁷⁰

32. Il 20 dicembre 2018, fondandosi sull'art. 33a PA e considerato che la sede e le attività delle imprese coinvolte sono legate al Cantone Ticino, la Segreteria ha comunicato alle parti al procedimento la decisione di condurre l'inchiesta in lingua italiana, informandole che la proposta della Segreteria così come tutte le decisioni (art. 23 cpv. 1 e 30 cpv. 1 LCart) sarebbero state redatte in lingua italiana.⁷¹ Al contempo, la Segreteria ha garantito alle parti al procedimento la possibilità di comunicare con le autorità in materia di concorrenza ed esprimersi nella lingua ufficiale di loro preferenza.⁷²

33. Nel corso dei primi mesi dell'inchiesta, tra settembre 2018 e marzo 2019, al fine di ottenere ed esaminare le

offerte e le aggiudicazioni nell'ambito delle commesse pubbliche indette nel Cantone Ticino tra il 2010 e il 2019, la Segreteria ha ottenuto, su richiesta d'assistenza amministrativa ai sensi dell'art. 41 LCart, le informazioni e la documentazione necessarie da parte del Cantone Ticino e dei comuni di [...], [...], [...], [...] e [...]. Sempre su richiesta, la Segreteria ha anche ottenuto delle informazioni riguardanti le commesse pubbliche indette da alcune società pubbliche [...] ([...], [...], [...], [...]).⁷³

34. Il 29 marzo 2019 AMAG ha depositato un'autodenuncia ai sensi dell'art. 49a cpv. 2 LCart in combinato disposto con gli art. 1 let. b e art 8 segg. OS LCart⁷⁴ in relazione a dei concorsi pubblici per la fornitura di veicoli nuovi indetti nel Cantone Ticino negli anni 2014 e 2018, nonché alle attività di marketing e allo scambio di condizioni di acquisto per i partner commerciali tra AMAG e Tognetti Auto.⁷⁵

35. Tra il 1° e 4 aprile 2019 la Segreteria ha condotto ulteriori audizioni di attuali ed ex collaboratori delle parti, i quali sono stati sentiti in qualità di testimoni.⁷⁶

⁶⁶ Cfr. le lettere riguardanti l'apertura dell'inchiesta (atti I.1–I.9) e le pubblicazioni del 18.7.2018 sul Foglio federale (atto I.13) sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) (atto I.15).

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Atti II.1–6.

⁶⁹ Atto I.11.

⁷⁰ Atti III.2–7.

⁷¹ Atti I.66–70.

⁷² Ibid.

⁷³ Atti VI–XII.

⁷⁴ Ordinanza del 12 marzo 2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart – Ordinanza sulle sanzioni, OS LCart; RS 251.5).

⁷⁵ Atti XIII.A.1.

⁷⁶ Atti IV.2–8.

36. Tramite scritto del 12 giugno 2019, la Segreteria ha invitato AMAG a completare l'autodenuncia e, per la stessa occasione, fatto notare che le informazioni e le prove raccolte fino a quel momento sembravano indicare che AMAG avesse spinto altre imprese a partecipare alla pratica anticoncorrenziale o che vi avesse svolto un ruolo di istigatrice o un ruolo principale ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a OS LCart.⁷⁷

37. Tra giugno 2019 e settembre 2021 AMAG ha completato l'autodenuncia in particolare riguardo alle cooperazioni in materia di commesse pubbliche, agli scambi relativi al prezzo di vendita e altri elementi del prezzo e alle cooperazioni in materia di attività pubblicitarie e di promozione, presentando un totale di tredici complementi all'autodenuncia accompagnati da numerosi mezzi probatori sotto forma di documenti allegati.⁷⁸ Tuttavia, gli ultimi tre complementi all'autodenuncia contengono unicamente delle valutazioni giuridiche dei comportamenti denunciati.⁷⁹

38. Il 9 dicembre 2019 la Segreteria, d'intesa con un membro della presidenza della COMCO, ha deciso di estendere il procedimento dal punto di vista *materiale*, per indagare sull'insieme del periodo dal 2006 al 2018, sui presunti scambi di condizioni di vendita e di acquisto, così come sulla presunta ripartizione territoriale, e dal punto di vista *personale* nei confronti delle imprese seguenti: Autoronchetti, Garage 3 Valli e Garage Weber-Monaco.⁸⁰ Tra il 10 e l'11 dicembre 2019 sono state condotte ulteriori perquisizioni presso Autoronchetti, Garage Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage 3 Valli, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto.⁸¹ L'estensione del procedimento è stata comunicata negli stessi giorni alle parti al procedimento interessate.⁸²

39. In occasione di un incontro con i responsabili dell'inchiesta avvenuto il 16 gennaio 2020 presso la Segreteria, AMAG ha manifestato il suo interesse a una conclusione rapida dell'inchiesta tramite una conciliazione. La Segreteria ha comunicato di essere, in linea di massima, disposta a prendere in considerazione la possibilità di concludere una conciliazione, ma che in quel momento sarebbe stato prematuro avviare tale procedura.⁸³

40. Al fine di tutelare l'istituto dell'autodenuncia, il 24 febbraio 2020 la Segreteria, d'intesa con il Presidente della COMCO, ha ordinato tramite decisione incidentale delle restrizioni concernenti l'esame degli atti dell'autodenuncia, sia per quanto riguarda le dichiarazioni (orali o scritte) rese specificamente nel quadro del programma di clemenza consultabili presso la sede della Segreteria (*atti dell'autodenuncia consultabili in sede*) sia per gli elementi di prova documentale preesistenti allegati a tali dichiarazioni che possono essere messi a disposizione delle parti in formato elettronico (*atti dell'autodenuncia consultabili in formato elettronico*).⁸⁴

41. In data 14 maggio 2020 la Segreteria ha trasmesso alle parti al procedimento copia degli atti dell'inchiesta disponibili in quel momento tramite una piattaforma online sicura delle autorità federali. Nel rispetto delle restrizioni emanate con la decisione incidentale del 24 febbraio 2020, tramite tale piattaforma online sono stati trasmessi anche gli elementi di prova documentali forniti nell'ambito del programma di clemenza (*atti dell'autodenuncia*

consultabili in formato elettronico). Al tempo stesso è stata data la possibilità alle parti di consultare le dichiarazioni rese nel quadro dell'autodenuncia presso la sede della Segreteria (*atti dell'autodenuncia consultabili in sede*).⁸⁵

42. Nel corso del procedimento la Segreteria ha inoltre richiesto e ottenuto da AMAG informazioni sulla rete di distribuzione, la struttura e l'organizzazione di AMAG in Ticino.⁸⁶ Sempre su richiesta, le parti al procedimento hanno anche fornito informazioni sulle cifre d'affari, sugli obiettivi di vendita e sulle offerte presentate nell'ambito di commesse pubbliche indette nel Cantone Ticino tra il 2010 e il 2019.⁸⁷

43. In data 22 settembre 2020 la Segreteria ha condotto le audizioni di un attuale e di un ex collaboratore di AMAG Ticino, i quali sono stati sentiti in qualità di testimoni.⁸⁸

44. Il 19 novembre 2020 la Segreteria ha nuovamente garantito alle parti al procedimento l'esame degli atti dell'inchiesta, incluso quelli dell'autodenuncia, completati in particolare con la documentazione probatoria ottenuta dalle perquisizioni eseguite nel dicembre del 2019.⁸⁹

45. Sulla base dell'interesse manifestato da AMAG (n. marg. 39) e del risultato probatorio provvisorio ottenuto durante l'inchiesta, il 12 gennaio 2021 la Segreteria ha inviato a quest'ultima le condizioni quadro per l'avvio di una procedura di conciliazione ai sensi dell'art. 29 LCart.⁹⁰ Il 18 gennaio 2021 AMAG ha ritornato un esemplare firmato delle condizioni quadro per una conciliazione.⁹¹

46. Sempre in data del 12 gennaio 2021 la Segreteria ha informato le altre parti al procedimento in merito all'avvio di una procedura di conciliazione con AMAG, invitandole a comunicare il loro eventuale interesse a tale strumento procedurale.⁹² Tutte le parti al procedimento invitate a esprimersi hanno manifestato il loro interesse a una conciliazione.⁹³ Il 25 gennaio 2021 la Segreteria ha dunque

⁷⁷ Atti XIV.A.3; XIV.A.20.

⁷⁸ Atti XIV.A.4; XIV.A.5; XIV.A.7; XIV.A.9; XIV.A.11; XIV.A.13; XIV.A.14; XIV.A.18; XIV.A.23; XIV.A.27; XIV.A.30; XIV.A.32; XIV.A.34.

⁷⁹ Atti XIV.A.30; XIV.A.32; XIV.A.34.

⁸⁰ Cfr. le lettere riguardanti l'estensione dell'inchiesta (atti I.318–328; I.330–331; I.334–341) e la pubblicazione sul FUSC del 24.12.2020 (atto I.351).

⁸¹ Atti V.2–15.

⁸² V. n. 80.

⁸³ Atto I.353.

⁸⁴ Atti I.370–377.

⁸⁵ Atti I.405–445.

⁸⁶ Atti I.18; I.21; I.317; I.350; I.446; I.452.

⁸⁷ Atti I.113–117, I.154; I.164; I.165; I.172–176, I.178–179, I.181; I.197–261; I.355–365; I.368, I.386–387, I.392, I.401–402, I.689–694, I.698, I.708, I.711, I.715–722, I.729–730, I.741, I.743.

⁸⁸ Atti XV.1–3.

⁸⁹ Atti I.536–553.

⁹⁰ Atto I.557.

⁹¹ Atto XVI.A.1.

⁹² Atti I.558–564.

⁹³ Atti I.570–575; I.580.

inviato a quest'ultime le condizioni quadro per una conciliazione da ritornare firmate.⁹⁴ Autoronchetti (il 3 febbraio 2021⁹⁵), Gruppo Karpf (il 1° febbraio 2021⁹⁶), Garage Nessi (il 4 febbraio 2021⁹⁷), Garage Weber-Monaco (il 9 febbraio 2021⁹⁸) e Tognetti Auto (il 28 gennaio 2021⁹⁹) hanno ritornato un esemplare firmato delle condizioni quadro per una conciliazione entro il termine fissato dalla Segreteria.

47. Per quanto riguarda Garage Maffei, dopo avere ottenuto più volte una proroga del termine per ritornare le condizioni quadro firmate (in ultimo la Segreteria ha concesso una proroga fino al 18 febbraio 2021)¹⁰⁰, il 5 marzo 2021 quest'impresa ha comunicato di essersi rivolta a un secondo rappresentante legale e ha chiesto per tale ragione un'ulteriore proroga del termine fino al 31 marzo 2021 per trasmettere le condizioni quadro firmate.¹⁰¹ Con scritto del 9 marzo 2021 la Segreteria ha rifiutato di prorogare ulteriormente il termine, prendendo atto del fatto che Garage Maffei si è rivolto a un secondo rappresentante legale e comunicando di attendere chiarimenti in merito e di trasmettere un'eventuale procura.¹⁰² Tramite scritto del 25 marzo 2021 Garage Maffei ha ribadito di essersi rivolto a un altro rappresentante legale, tuttavia senza fornire ulteriori informazioni e senza presentare una procura.¹⁰³ In data 31 marzo 2021 Garage Maffei ha presentato la procura riguardante il secondo rappresentante legale, domandando che il termine fissato per il 31 marzo 2021 per comunicare il suo interesse a una conciliazione fosse prorogato fino al 14 aprile 2021.¹⁰⁴ Con scritto del 1° aprile 2021 la Segreteria ha precisato di non avere fissato alcun termine per il 31 marzo 2021 e ribadito che la procedura di conciliazione non è stata avviata poiché le condizioni quadro non erano state firmate e ritornate, nonostante le diverse proroghe del termine fissato a tale scopo.¹⁰⁵ Nello stesso scritto la Segreteria ha pure informato Garage Maffei che la conclusione delle procedure di conciliazione con le parti interessate era prevista entro la fine del mese di aprile 2021 e che, visto lo stato avanzato del procedimento e nel rispetto del principio di celerità, era esclusa la possibilità di avviare nuove procedure di conciliazione oltre tale scadenza.¹⁰⁶ Infine, la Segreteria ha invitato Garage Maffei a trasmettere nei più brevi termini un esemplare firmato delle condizioni quadro, nel caso fosse ancora interessato a una conciliazione, indicando che in seguito l'avrebbe contattato al fine di fissare un incontro tramite videoconferenza, durante il quale la Segreteria avrebbe esposto il risultato probatorio provvisorio e presentato un progetto di conciliazione.¹⁰⁷ Parallelamente, su richiesta di Garage Maffei, la Segreteria ha nuovamente trasmesso gli atti del procedimento in formato elettronico¹⁰⁸ e garantito l'esame in sede degli atti dell'autodenuncia¹⁰⁹. In data 9 aprile 2021 Garage Maffei ha trasmesso alla Segreteria le condizioni quadro firmate per la negoziazione di una conciliazione.¹¹⁰

48. Nel frattempo, il 2 febbraio 2021 la Segreteria ha trasmesso alle parti al procedimento gli allegati al decimo complemento all'autodenuncia presentato da AMAG il 13 gennaio 2021 e garantito loro la possibilità di consultare in sede le dichiarazioni scritte di tale complemento.¹¹¹

49. Con scritto del 17 febbraio 2021, d'intesa con il Presidente della COMCO, la Segreteria ha comunicato ad AMAG che le condizioni giusta l'art. 8 cpv. 1 OS LCart per una rinuncia integrale alla sanzione per quanto riguarda

le fattispecie esposte nell'ambito dell'autodenuncia e dei vari complementi alla stessa (art. 9 al. 3 lett. a OS LCart) sono adempiute.¹¹² Per quanto riguarda le condizioni giusta l'art. 8 cpv. 2 OS LCart, la Segreteria, sempre d'intesa con il Presidente della COMCO, ha precisato che l'adempimento delle stesse sarebbe stato valutato dalla COMCO al momento della decisione finale. In questo senso, è stato fatto presente che sulla base degli elementi raccolti nell'ambito dell'inchiesta, così come delle informazioni e delle prove fornite nel quadro dell'autodenuncia, vi erano indizi secondo cui AMAG avrebbe spinto altre imprese a partecipare alla pratica anticoncorrenziale o che avrebbe svolto un ruolo di istigatrice o un ruolo principale (art. 8 cpv. 2 lett. a OS LCart).¹¹³

50. In data 24 febbraio 2021 Garage Karpf e Garage 3 Valli hanno comunicato di avere affidato il loro patrocinio in relazione al presente procedimento a un nuovo rappresentante legale, allegando la relativa procura, e chiedendo di avere accesso all'insieme degli atti del procedimento.¹¹⁴ La Segreteria ha dato tempestivamente seguito a tale richiesta, trasmettendo in formato elettronico gli atti del procedimento e garantendo la possibilità dell'esame in sede degli atti dell'autodenuncia.¹¹⁵

51. Tramite scritto del 18 marzo 2021 Autoronchetti ha comunicato di avere affidato il proprio patrocinio in relazione al presente procedimento a un rappresentante legale, allegando copia della procura.¹¹⁶ Su richiesta di tale impresa, la Segreteria ha trasmesso in formato elettronico gli atti del procedimento e garantito l'esame in sede degli atti dell'autodenuncia.¹¹⁷

52. Dopo avere ricevuto le condizioni quadro firmate, tra febbraio e giugno 2021 la Segreteria ha avviato e condotto delle discussioni con le parti interessate in relazione alla conclusione di una conciliazione.¹¹⁸ In questo contesto la Segreteria ha presentato alle parti al procedimento il risultato probatorio provvisorio.¹¹⁹

⁹⁴ Atti I.576–579; I.585–587.

⁹⁵ Atto XVI.B.1.

⁹⁶ Atto XVI.C.1.

⁹⁷ Atto XVI.E.1.

⁹⁸ Atto XVI.G.1.

⁹⁹ Atto XVI.F.1.

¹⁰⁰ Atti I.558–589, I.612, I.621.

¹⁰¹ Atto I.649.

¹⁰² Atto I.656.

¹⁰³ Atto I.673.

¹⁰⁴ Atto I.680.

¹⁰⁵ Atto I.682.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Atto I.683.

¹⁰⁸ Atti I.681, I.684–686.

¹⁰⁹ Atti I.695–697, I.709–710, I.725.

¹¹⁰ Atto XVI.D.1.

¹¹¹ Atti I.602–610.

¹¹² Atto XIV.A.29.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Atto I.630.

¹¹⁵ Atti I.631, I.633–636, I.639–648.

¹¹⁶ Atti I.668–669.

¹¹⁷ Atti I.671–672.

¹¹⁸ Atti I.581–584, I.590–595, I.605–607, I.609–611, I.613–620, I.622–624, I.626, I.658–659, I.679, I.687–688, I.713–715, I.723–724, I.733–738; XVI.A.3; XVI.C.3; XVI.E.3; XVI.F.3; XVI.G.3.

¹¹⁹ Cfr. atti I.625, I.627, I.628–629, I.632, I.662, I.666, I.699.

53. In data 22 aprile 2021¹²⁰ rispettivamente in data 3 giugno 2021¹²¹ la Segreteria ha garantito alle parti al procedimento l'esame in sede dell'undicesimo e dodicesimo complemento all'autodenuncia di AMAG.

54. Sulla base delle risposte fornite in relazione a una richiesta d'informazioni concernente le cifre d'affari,¹²² con scritto del 7 maggio 2021 la Segreteria ha chiesto al rappresentante legale di Garage Karpf e Garage 3 Valli di indicare i motivi per i quali queste due imprese venivano considerate come parte di uno stesso gruppo d'imprese ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 OCCI¹²³.¹²⁴ Tramite scritto del 21 maggio 2021 il rappresentante legale di Garage Karpf e Garage 3 Valli ha fornito ulteriori informazioni riguardanti i rapporti societari e di proprietà tra queste due imprese, prendendo in particolare posizione sul legame tra [...] e Garage 3 Valli e sull'implicazione di quest'ultima impresa nei comportamenti contestati (allegando documenti quali il libro delle azioni e gli statuti di Garage 3 Valli, il contratto di concessionario e il contratto di locazione dello stabilimento di Biasca).¹²⁵

55. Facendo seguito a quanto annunciato durante un incontro avvenuto il 19 maggio 2021 nel quadro delle negoziazioni per una conciliazione, tramite scritto del 28 maggio 2021 la Segreteria ha comunicato ad AMAG che non avrebbe aperto un procedimento sanzionatorio giusta l'art. 50 LCart¹²⁶ nei suoi confronti.¹²⁷ Ciò, tuttavia, a condizione che la COMCO, nel quadro di un'eventuale pronuncia di una sanzione giusta l'art. 49a LCart in relazione alla presente inchiesta, avrebbe preso in considerazione la circostanza aggravante della violazione ripetuta alla Legge sui cartelli ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart¹²⁸ come conseguenza delle precedenti violazioni stabilite nell'ambito dell'inchiesta "22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013"¹²⁹. La Segreteria ha spiegato che, in questo caso, un'ulteriore sanzione giusta l'art. 50 LCart in ragione di contravvenzioni alle misure e alle decisioni adottate nel quadro dell'inchiesta "22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013" avrebbe potuto presentare il rischio di una violazione del principio "ne bis in idem". Essa ha infine sottolineato che tale dichiarazione scritta non avrebbe vincolato la COMCO, la quale avrebbe avuto la possibilità di esprimersi al riguardo nel quadro della fase finale del procedimento.¹³⁰

56. Al fine di chiarire i rapporti tra Garage 3 Valli e [...] (v. n. marg. 16), con scritto del 27 maggio 2021 la Segreteria ha chiesto al rappresentante legale di Garage Karpf e Garage 3 Valli di documentare l'affermazione secondo cui [...] ([...]) [...].¹³¹ Con scritto del 3 giugno 2021 il rappresentante legale di Garage Karpf e Garage 3 Valli ha dato seguito a tale richiesta, fornendo in particolare [...].¹³² Parallelamente, in data 27 maggio 2021 la Segreteria ha presentato una domanda di assistenza amministrativa presso l'Ufficio fallimenti di Riviera per ottenere determinate informazioni sulla procedura fallimentare di [...] (inventario dei beni, documentazione relativa alle operazioni di liquidazione e ripartizione, bilanci e conti economici di [...] negli anni dal 2012 al 2016).¹³³ [...].¹³⁴ [...].¹³⁵ [...].¹³⁶

57. Le seguenti parti al procedimento hanno riconosciuto la fattispecie esposta nel quadro della presentazione del risultato probatorio provvisorio (v. n. marg. 52) sulla base

di un documento-modello messo a disposizione dalla Segreteria¹³⁷:

- Gruppo Karpf, in data 17 giugno 2021;¹³⁸
- Tognetti Auto, in data 18 giugno 2021;¹³⁹
- Garage Weber-Monaco, in data 27 luglio 2021¹⁴⁰.

58. La Segreteria ha concluso delle conciliazioni con le parti al procedimento seguenti:

- AMAG, in data 8 giugno 2021,¹⁴¹
- Tognetti Auto, in data 8 giugno 2021,¹⁴²
- Gruppo Karpf, in data 22 giugno 2021,¹⁴³
- Garage Weber-Monaco, in data 22 giugno 2021,¹⁴⁴ e
- Garage Nessi, in data 23 agosto 2021¹⁴⁵.

59. Al fine di tutelare il riconoscimento della fattispecie come forma di collaborazione, il 2 novembre 2021 la Segreteria, d'intesa con il Presidente della COMCO, ha ordinato tramite decisione incidentale delle restrizioni concernenti l'esame degli atti riguardanti i riconoscimenti della fattispecie.¹⁴⁶

A.3.2 Proposta della Segreteria alla COMCO (art. 30 cpv. 1 LCart)

60. Con scritto del 9 dicembre 2021, la Segreteria ha notificato la sua proposta alle parti al procedimento per presa di posizione giusta l'art. 30 cpv. 2 LCart, garantendo l'esame degli atti del fascicolo 22-0489, compresi gli atti dell'autodenuncia e quelli riguardanti i riconoscimenti della fattispecie.¹⁴⁷

¹²⁰ Atti I.700–707.

¹²¹ Atti I.749–754.

¹²² Atti I.690, I.711.

¹²³ Ordinanza del 17.6.1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (OCCI; RS 251.4).

¹²⁴ Atto I.729.

¹²⁵ Atto I.744.

¹²⁶ Legge federale del 6.10.1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).

¹²⁷ Atto I.748.

¹²⁸ Ordinanza del 12.3.2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart – Ordinanza sulle sanzioni, OS LCart; RS 251.5).

¹²⁹ Cfr. DPC 2017/2, 279, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 (decisione del 6.6. 2016 nei confronti di AMAG); DPC 2019/1, 84, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 (decisione del 19.10.2015, non definitiva).

¹³⁰ Atto I.748.

¹³¹ Atto I.745.

¹³² Atto I.756.

¹³³ Atto I.746.

¹³⁴ [...].

¹³⁵ [...].

¹³⁶ [...].

¹³⁷ Atti I.732–736. Il documento-modello per il riconoscimento della fattispecie non è stato trasmesso ad AMAG, avendo quest'ultima presentato un'autodenuncia.

¹³⁸ Atto XVII.A.1–2.

¹³⁹ Atto XVII.B.1–4.

¹⁴⁰ Atto XVII.C.4.

¹⁴¹ Atto XVI.A.2.

¹⁴² Atto XVI.F.2.

¹⁴³ Atto XVI.C.2.

¹⁴⁴ Atto XVI.G.2.

¹⁴⁵ Atto XVI.E.2.

¹⁴⁶ Atto I.789–796.

¹⁴⁷ Atti XIX.1–41, 66–70, 79–80, 82–83.

61. Nella sua proposta, la Segreteria è giunta alla conclusione che tra AMAG, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto è esistito, perlomeno, tra il 2006 e il 26 giugno 2018 un accordo globale illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c in combinato disposto con il cpv. 1 LCart. Per tali ragioni, la Segreteria ha proposto il dispositivo seguente:

1. È vietato a Autoronchetti Sagl e Garage Carrozzeria Maffei SA:
 - 1.1. nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di autoveicoli nuovi:
 - scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione;
 - richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta;
 - presentare offerte di sostegno o fittizie e astenersi dal presentare un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti;
 - 1.2. nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali:
 - fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti;
 - 1.3. nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing:
 - concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geografiche o di partner commerciali.
2. La COMCO approva le conciliazioni concluse da AMAG Automobili e Motori SA, Garage Karpf & Co., Garage Nessi SA, GARAGE WEBER-MONACO SA e TOGNETTI AUTO SA con la Segreteria della COMCO, il cui contenuto è il seguente:
 - 2.1. AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di veicoli nuovi:
 - a) a non scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione;
 - b) a non richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta;
 - c) a non presentare offerte di sostegno o fittizie e non astenersi dal presentare

un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti.

- 2.2. AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali, a non fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart.
- 2.3. AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing, a non concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geografiche o di partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart.
3. Per la partecipazione a un accordo illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 in combinato disposto con il cpv. 1 LCart sono condannati al pagamento delle sanzioni seguenti giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart:
 - AMAG Group SA e AMAG Automobili e Motori SA solidalmente con un importo di [...] franchi.
 - Autoronchetti Sagl con un importo di [...] franchi.
 - Garage Karpf & Co. e GARAGE 3 VALLI SA solidalmente con un importo di [...] franchi.
 - Garage Carrozzeria Maffei SA con un importo di [...] franchi.
 - Garage Nessi SA con un importo di [...] franchi.
 - GARAGE WEBER-MONACO SA con un importo di [...] franchi.
 - TOGNETTI AUTO SA con un importo di [...] franchi.

62. La Segreteria ha anche proposto un'attribuzione dei costi di procedura in funzione dei vari gradi di partecipazione e del coinvolgimento delle imprese parti al procedimento.

A.3.3 Prese di posizione delle parti al procedimento

63. Entro l'estensione del termine fissato, le parti al procedimento hanno presentato le loro prese di posizione sulla proposta della Segreteria.¹⁴⁸ In data 14 marzo 2022 la Segreteria ha trasmesso alle parti al procedimento le rispettive prese di posizione per consultazione.¹⁴⁹

64. Le richieste formulate nelle prese di posizione sono riportate qui di seguito. Nella misura in cui è necessario, gli argomenti avanzati dalle parti al procedimento saranno trattati più dettagliatamente nei passaggi appropriati della decisione.

¹⁴⁸ Cfr. atti XIX.42–65, 71, 86–91, 94–98.

¹⁴⁹ Atto XIX.100.

A.3.3.1 AMAG

65. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022 sulla proposta della Segreteria,¹⁵⁰ AMAG ha formulato le richieste seguenti (dalla versione originale in tedesco):

1. *Der Sanktionsbetrag sei auf höchstens CHF [...] festzusetzen.*
2. *Die Berichtigungen zum Sachverhalt gemäss Kapitel III seien in der Verfügung der Wettbewerbskommission vorzunehmen.*
3. *Der Umfang der Verfügung der Wettbewerbskommission sei gegenüber dem Umfang des Antrags des Sekretariats gemäss Kapitel IV substantiell zu kürzen.*
4. *Die Gesellschaft sei von der Wettbewerbskommission vor Erlass der Verfügung anzuhören.*

A.3.3.2 Autoronchetti

66. Nella sua presa di posizione del 21 febbraio 2022 sulla proposta della Segreteria,¹⁵¹ nell'ipotesi in cui la COMCO dovesse ritenere un suo coinvolgimento, Autoronchetti ha chiesto che la sanzione venga fissata a [...] franchi calcolata in funzione di una percentuale per la determinazione dell'importo di base di 0,5 % e di un aumento per la durata di 1 % annuo (per un totale di 8,66 %).

67. Per quanto riguarda i costi di procedura, Autoronchetti ha chiesto che la sua quota parte gli sia attribuita nella misura dello 0,5 %.

A.3.3.3 Gruppo Karpf

68. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022 sulla proposta della Segreteria,¹⁵² Gruppo Karpf ha formulato le richieste seguenti (dalla versione originale in tedesco):

- 1.1 *Garage Karpf und Garage 3 Valli sei [...] keine Sanktion aufzuerlegen.*
- 1.2 *Garage Karpf und Garage 3 Valli sei [...] keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.*
2. *Eventualiter, falls Antrag 1.1. ganz oder teilweise abgelehnt wird:*
 - 2.1 *Die Sanktion gegen Garage Karpf und Garage 3 Valli sei zu reduzieren, indem bei der Berechnung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG die Umsätze aus (i) Vermittlungsgeschäften, (ii) Verkaufen ausserhalb des Verantwortungsgebiets, (iii) Verkaufen von Nettofahrzeugen, (iv) Verkaufen von Flottenfahrzeugen mit Rahmenvereinbarung, (v) Verkaufen von Mitarbeiterfahrzeugen and (vi) Verkaufen von Demofahrzeugen nicht berücksichtigt werden.*
 - 2.2 *Die Sanktion gegen Garage Karpf und Garage 3 Valli sei zu reduzieren, indem die Umsätze von Garage 3 Valli bei der Berechnung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG nicht berücksichtigt werden.*
 - 2.3 *Die Sanktion gegen Garage Karpf und Garage 3 Valli sei zu reduzieren, indem der Basisatz nach Art. 3 SVKG auf höchstens 2 % festgesetzt wird.*
 - 2.4 *Die Sanktion gegen Garage Karpf und Garage 3 Valli sei zu reduzieren, indem der Basisbetrag nach Art. 3 SVKG einschliesslich Dauerzuschlag nach*

Art. 4 SVKG gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG um weitere 20 % zu reduzieren.

3. *Eventualiter, falls Antrag 1.2. ganz oder teilweise abgelehnt wird:* *Die von Garage Karpf und Garage 3 Valli insgesamt zu tragenden Verfahrenskosten seien auf höchstens 7 % des Gesamtbetrags der Verfahrenskosten zu reduzieren.*

69. Nel quadro della richiesta di proroga per la presa di posizione, Gruppo Karpf ha pure chiesto di essere audizionato davanti alla COMCO e di assistere alle audizioni delle altre parti al procedimento.¹⁵³

A.3.3.4 Garage Maffei

70. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022 sulla proposta della Segreteria,¹⁵⁴ Garage Maffei ha riconosciuto la fattispecie così come accertata dalla Segreteria nella proposta¹⁵⁵ e formulato le richieste seguenti (dalla versione originale in tedesco):

1. *Die Untersuchung gegen Garage Carrozzeria Maffei SA sei einzustellen;*
2. *Garage Carrozzeria Maffei SA sei keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG aufzuerlegen und Garage Carrozzeria Maffei SA seien keine Kosten aufzuerlegen.*
3. *Eventualiter sei Garage Carrozzeria Maffei SA die Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG angemessen zu reduzieren und es seien Garage Carrozzeria Maffei SA reduzierte Kosten aufzuerlegen.*

71. Garage Maffei ha domandato che la sanzione e l'importo dei costi di procedura attribuitigli siano sottoposti a un esame di sostenibilità finanziaria.

72. Inoltre, Garage Maffei ha chiesto di essere audizionato davanti alla COMCO e di assistere alle audizioni delle altre parti al procedimento.

A.3.3.5 Garage Nessi

73. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022 sulla proposta della Segreteria,¹⁵⁶ Garage Nessi ha chiesto di calcolare la sanzione in funzione di una percentuale per la determinazione dell'importo di base di 1 % e di un aumento per la durata di 7,5 %. Esso ha chiesto pure che venga considerata la circostanza attenuante del ruolo passivo svolto da Garage Nessi. Garage Nessi si è dichiarato comunque disposto ad accettare la sanzione minima di [...] franchi indicata nella conciliazione del 23 agosto 2021.

74. Per quanto riguarda i costi di procedura, Garage Nessi ha chiesto di ridurre la sua quota parte al 3 %.

75. Inoltre, Garage Nessi ha chiesto di essere audizionato davanti alla COMCO.

¹⁵⁰ Atto XIX.90.

¹⁵¹ Atto XIX.86.

¹⁵² Atto XIX.95.

¹⁵³ Atto XIX.43.

¹⁵⁴ Atto XIX.98.

¹⁵⁵ Atto XIX.98, n. marg. 8.

¹⁵⁶ Atto XIX.97.

A.3.3.6 Garage Weber-Monaco

76. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022 sulla proposta della Segreteria,¹⁵⁷ Garage Weber-Monaco ha chiesto che la sanzione sia calcolata in funzione di una percentuale per la determinazione dell'importo di base dell'1 % e di una riduzione del 20 % per la circostanza attenuante relativa al riconoscimento della fattispecie.

77. In relazione ai costi di procedura, Garage Weber-Monaco ha chiesto che la ripartizione venga fatta in funzione dei vari gradi di partecipazione e di coinvolgimento e che il 70 % o almeno la metà venga addossato ad AMAG.

78. Nell'ipotesi in cui non vengano accettate le sue richieste, Garage Weber-Monaco ha domandato che la sua sanzione venga sottoposta a un esame di sostenibilità finanziaria.

79. Inoltre, Garage Weber-Monaco ha chiesto di essere audizionato davanti alla COMCO e di assistere alle audizioni delle altre parti al procedimento.

A.3.3.7 Tognetti Auto

80. Nelle sue prese di posizione dell'8 e 22 febbraio 2022 sulla proposta della Segreteria,¹⁵⁸ Tognetti Auto ha chiesto che la sanzione inflitta dalla COMCO, compresi i costi di procedura, non superi l'importo di [...] franchi.

A.3.4 Procedura davanti alla COMCO

81. La Segreteria ha inoltrato alla COMCO la sua (invariata) proposta (v. n. marg. 60 segg.) e le prese di posizione delle parti al procedimento menzionate sopra (v. n. marg. 63 segg.).

82. In data 21 marzo 2022 la COMCO ha deciso di entrare nel merito della proposta della Segreteria e di condurre le audizioni delle parti al procedimento che ne hanno fatto richiesta.

83. Il 25 aprile 2022 la COMCO ha condotto le audizioni delle parti al procedimento giusta l'art. 30 cpv. 2 seconda frase LCart, durante le quali esse hanno avuto la possibilità di tenere un'arringa.¹⁵⁹ In quest'occasione sono state audizionate le parti al procedimento seguenti: AMAG, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco.¹⁶⁰ Autoronchetti e Tognetti Auto hanno rinunciato a essere sentite nel quadro di un'audizione e a partecipare alle audizioni delle altre parti al procedimento.¹⁶¹

84. Le parti sentite nel quadro delle audizioni hanno sostanzialmente confermato le loro richieste formulate nelle rispettive prese di posizione.¹⁶²

85. In data 23 maggio 2022, dopo deliberazione, la COMCO ha emesso la presente decisione.

B Fattispecie

B.1 Osservazioni generali sulla prova

86. Le disposizioni della Legge sulla procedura amministrativa¹⁶³ sono applicabili alla procedura d'inchiesta, a meno che la Legge sui cartelli non vi deroghi (art. 39 LCart). L'art. 12 PA prevede che la fattispecie sia accertata d'ufficio dall'autorità, la quale si avvale, se necessario, dei seguenti mezzi di prova: documenti (let. a), informazioni delle parti (let. b), informazioni o testimonianze di

terzi (let. c), sopralluoghi (let. d) e perizie (let. e). Le autorità in materia di concorrenza **valutano liberamente** le prove (art. 39 LCart in combinato disposto con l'art. 19 PA e l'art. 40 della Legge di procedura civile federale¹⁶⁴). Non sono vincolati da alcuna regola sul valore di determinati mezzi di prova e non esiste una classificazione gerarchica dei mezzi di prova ammissibili secondo il loro valore probatorio.¹⁶⁵ A questo proposito, il Tribunale amministrativo federale ha ritenuto che le dichiarazioni di un autodenunciante sono anche dichiarazioni di una parte ai sensi dell'art. 12 lett. b PA, che devono essere liberamente valutate in funzione della loro credibilità. In questo contesto, il Tribunale amministrativo federale ha spiegato che dichiarazioni concordanti o le autodenunce sono particolarmente credibili, se le dichiarazioni sono state rese senza conoscere il contenuto delle altre dichiarazioni. Ciò vale a *fortiori* se queste dichiarazioni "indipendenti" sono ulteriormente confermate da prove oggettive.¹⁶⁶

87. Per quanto riguarda il **grado di prova** che deve essere soddisfatto in un procedimento amministrativo ordinario in ambito di diritto della concorrenza, vale essenzialmente quanto segue. In linea di principio, la prova è ottenuta se l'autorità è convinta della realizzazione della circostanza giuridicamente rilevante, anche se non ne è richiesta la certezza assoluta.¹⁶⁷ In questo senso, è sufficiente che l'autorità non abbia più seri dubbi sull'esistenza delle circostanze di fatto giuridicamente rilevanti, o qualsiasi dubbio residuo sembra essere leggero.¹⁶⁸ Qualora l'inchiesta riguardi comportamenti che possono essere soggetti a una sanzione ai sensi dell'art. 49a LCart, dato il carattere di diritto penale di tale misura, di principio, si applicano le garanzie procedurali previste agli art. 6 e 7 CEDU¹⁶⁹ e agli art. 30 e 32 Cst.^{170, 171} Queste garanzie procedurali comprendono, in particolare, il principio di presunzione d'innocenza.

¹⁵⁷ Atto XIX.96.

¹⁵⁸ Atti XIX.71, 87.

¹⁵⁹ Cfr. atto XX.38.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Atto XIX.71, 86.

¹⁶² Cfr. atto XX.38.

¹⁶³ Legge federale del 20.12.1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021).

¹⁶⁴ Legge del 4.12.1947 di procedura civile federale (PCF; RS 273).

¹⁶⁵ Cfr. CHRISOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (2a ed.), 2019, art. 12 VwVG n. marg. 18; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (ed.), 2a ed., 2021, art. 30 LCart n. marg. 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (ed.), 2a ed., 2021, art. 39 LCart n. marg. 62.

¹⁶⁶ Cfr. TAF B-880/2012 del 25.6.2018, consid. 8.5.5.8 e 8.5.5.9, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau / Umbricht Holding AG u.a. gegen WEKO* (confermata dalla sentenza del TF 2C_845/2018 del 3.8.2020).

¹⁶⁷ Cfr. TAF B-771/2012 del 25.6.2018, consid. 6.4.4.1 con rinvii, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4.11.1950 (CEDU; RS 0.101).

¹⁷⁰ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18.4.1999 (Cst.; RS 101).

¹⁷¹ DTF 139 I 72, 79 seg. consid. 2.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

88. In ambito di diritto penale, il principio di presunzione d'innocenza, il quale ha come corollario il principio *in dubio pro reo*, implica che il giudice penale non può dichiararsi convinto di una ricostruzione dei fatti sfavorevole all'imputato quando, secondo una valutazione oggettiva del materiale probatorio, sussistono dubbi che i fatti si siano verificati in quel modo. La massima non impone però che l'amministrazione delle prove conduca a una certezza assoluta di colpevolezza. Semplici dubbi astratti e teorici, poiché sempre possibili, non sono sufficienti; né può essere pretesa una certezza assoluta. Il principio è disatteso quando il giudice penale, dopo un'analisi globale e oggettiva delle prove, avrebbe dovuto nutrire rilevanti e insopprimibili dubbi sulla colpevolezza dell'imputato.¹⁷²

89. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, in diritto della concorrenza le esigenze legate alla prova non devono essere troppo elevate, laddove i fatti, per loro natura, sono difficilmente dimostrabili.¹⁷³ In effetti, le prove dirette dell'esistenza di un accordo in materia di concorrenza sono in pratica molto rare, in particolare se non esiste un accordo scritto. In questi casi, la valutazione deve dunque essere operata sulla base di indizi.¹⁷⁴ Inoltre, qualora si tratta di accertare fatti economici complessi, secondo la giurisprudenza, non si devono porre requisiti eccessivi al grado di prova. Al contrario, la complessità delle fattispecie economiche, in particolare la molteplice e intricata interdipendenza dei comportamenti economicamente rilevanti, esclude regolarmente un grado di prova rigoroso.¹⁷⁵

90. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale e del Tribunale amministrativo federale, così come la prassi della COMCO e la dottrina, la prova può essere fornita anche attraverso degli indizi.¹⁷⁶ Poiché è noto che la partecipazione a degli accordi illeciti in materia di concorrenza può essere sanzionata, è normale che questo tipo di comportamenti si svolgano "clandestinamente", che i contatti (riunioni, comunicazioni) vengano tenuti segreti e che la documentazione relativa a quest'ultimi sia ridotta al minimo. Pertanto, nella maggior parte dei casi, se non nella loro totalità, le prove resteranno incomplete. In questi casi, è necessario ricostruire la fattispecie per via di deduzioni sulla base delle prove frammentarie a disposizione.

91. A questo proposito, si può fare riferimento alla giurisprudenza sviluppata nel diritto penale, secondo la quale, in mancanza di prove dirette, un giudizio può fondarsi anche su prove indirette.¹⁷⁷ Nel caso di prove indiziarie, il fatto da provare può essere dedotto da determinati fatti che non sono direttamente rilevanti dal punto di vista giuridico, ma che sono certi (indizi). Una serie di indizi che, considerati singolarmente, indicano la colpevolezza solo con una certa probabilità e lasciano aperta la possibilità del contrario, possono creare nella loro globalità un quadro che, se visto obiettivamente, non lascia dubbi sul modo in cui i fatti si sono realizzati. La prova indiziarie deve essere ritenuta equivalente alla prova diretta.¹⁷⁸ Nel caso in cui le prove indiziarie siano contraddittorie o ambivalenti, occorre esaminare se l'ipotesi alternativa è sufficientemente plausibile da far sorgere dubbi persistenti sulla fondatezza dei fatti ritenuti nell'atto d'accusa.¹⁷⁹

92. Alla luce della giurisprudenza del Tribunale federale in ambito di diritto penale, la prova indiziarie non viola né la presunzione d'innocenza né i diritti che ne derivano. Il principio *in dubio pro reo* non si applica ai singoli indizi.¹⁸⁰

93. La questione dell'**onere della prova** deve essere distinta dal grado di prova. In virtù del principio della ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 8 CC¹⁸¹, applicabile per analogia al diritto pubblico¹⁸², chi intende trarre il suo diritto da una circostanza di fatto da lui asserita, sopporta le conseguenze dell'assenza di prova. Conformemente al principio inquisitorio vigente nella procedura amministrativa (art. 12 PA), alle autorità in materia di concorrenza incombe l'onere della prova. Tuttavia, tale principio non è assoluto, atteso che la sua portata è limitata dal dovere delle parti di cooperare all'accertamento dei fatti (art. 13 PA).¹⁸³ In considerazione del principio di presunzione di innocenza che trova applicazione nei procedimenti sanzionatori, il dovere di cooperazione delle parti è relativizzato dal principio *nemo tenetur se ipsum accusare* sancito all'art. 6 cpv. 1 CEDU e all'art. 14 cpv. 3 let. g Patto ONU II¹⁸⁴. Secondo tale massima, in un procedimento penale, nessuno deve contribuire alla propria condanna (il cosiddetto diritto di non autoaccusarsi).¹⁸⁵

¹⁷² DTF 145 IV 154, 156 consid. 1.1 con rinvii.

¹⁷³ DTF 147 II 72, 82 consid. 3.4.4. i.f., *Hors-Liste Medikamente*; DTF 144 II 246, 254 consid. 6.4.4, *Altimum SA*; DTF 139 I 72, 91 consid. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁷⁴ DTF 144 II 246, 254 consid. 6.4.4, *Altimum SA*; TF 2C_43/2020 del 21.12.2021, consid. 10.4.1 (considerando non pubblicato in DTF 148 II 25).

¹⁷⁵ DTF 139 I 72, 91 consid. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; TAF B-771/2012 del 25.6.2018, consid. 6.4.4.3, consid. 6.4.4.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*; TAF B-8430/2010 del 23.9.2014, consid. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; TAF B-8399/2010 del 23.9.2014, consid. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

¹⁷⁶ Cfr. ad esempio TF 4A_264/2014 del 17.10.2014, consid. 3.2; TAF B-552/2015 del 14.11.2017, consid. 4.4, *Türprodukte*; TAF B-771/2012 del 25.6.2018, consid. 6.4.4.6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*; DPC 2012/2, 385 n. marg. 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 165), art. 30 LCart n. marg. 99 con riferimento a MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

¹⁷⁷ TF 6B_1427/2016 del 27.4.2017 consid. 3.

¹⁷⁸ TF 6B_824/2016 del 10.4.2017 consid. 12.1; TF 6B_605/2016 del 15.9.2016 consid. 2.8 con rinvii.

¹⁷⁹ DTF 145 IV 154, 156 consid. 1.1 con rinvii.

¹⁸⁰ Cfr. TF 6B_360/2016, 6B_361/2016 del 1.6.2017 consid. 2.4; TF 6B_291/2016 del 4.8.2016 consid. 2.1.

¹⁸¹ Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC; RS 210).

¹⁸² DTF 142 II 433, 439 consid. 3.2.6 con rinvii.

¹⁸³ Cfr. DTF 143 II 425, 438 consid. 5.1; 140 I 285, 289 seg. consid. 6.3.1; 128 II 139, 142 seg. consid. 2b. V. anche in materia di diritto della concorrenza DTF 129 II 18, 33 E. 7.1, *Buchpreisbindung*; TF 2A.430/2006 del 6.2.2007 consid. 10.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*.

¹⁸⁴ Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici 16 dicembre 1966 (Patto ONU II; RS 0.103.2).

¹⁸⁵ Cfr. ad esempio DTF 142 IV 207, 214 seg. consid. 8.3; 138 IV 47, 52 consid. 2.6.1.

B.2 Considerazioni riguardanti alcune testimonianze

94. Nell'arco dell'inchiesta la Segreteria ha condotto diverse audizioni di persone sentite in qualità di testimoni ai sensi dell'art. 42 cpv. 1 LCart (v. n. marg. 31, 35, 43). Si tratta dei collaboratori ed ex collaboratori delle parti al procedimento indicati qui di seguito:

- [...], [...] di AMAG Sorengo, audizionato il 29 novembre 2018;¹⁸⁶
- [...], [...] di AMAG Ticino, audizionato il 1° aprile 2019;¹⁸⁷
- [...], [...] presso AMAG Bellinzona, audizionato il 1° aprile 2019;¹⁸⁸
- [...], [...] di AMAG Lugano, audizionato il 2 aprile 2019;¹⁸⁹
- [...], [...] di AMAG Bellinzona, audizionato il 2 aprile 2019;¹⁹⁰
- [...], [...] presso AMAG Lugano, audizionato il 3 aprile 2019;¹⁹¹
- [...], [...] presso Garage Maffeis, audizionato il 3 aprile 2019;¹⁹²
- [...], [...] presso Tognetti Auto, audizionato il 4 aprile 2019;¹⁹³
- [...], [...] presso AMAG Lugano, audizionato il 22 settembre 2020;¹⁹⁴
- [...], [...] AMAG Lugano, audizionato il 22 settembre 2020.¹⁹⁵

95. Sia all'inizio sia durante le audizioni è stata attirata l'attenzione di tutti i testimoni sentiti sul loro obbligo di rispondere e di dire la verità (art. 15 PA) e sulle conseguenze penali in caso di falsa testimonianza (art. 307 CP¹⁹⁶).¹⁹⁷

96. Come è esposto qui di seguito, su domanda esplicita della direzione del procedimento nel quadro delle audizioni, alcune delle persone citate a comparire in qualità di testimoni hanno affermato di avere discusso a proposito dell'audizione con l'attuale o il precedente datore di lavoro, rispettivamente con i rappresentanti legali di quest'ultimo.

97. [...] (AMAG Sorengo) ha dichiarato di avere parlato riguardo all'audizione con il proprio [...], [...] (AMAG Ticino),¹⁹⁸ e di avere avuto dei contatti con i rappresentanti legali di AMAG quattro giorni prima dell'audizione (ovvero il 26 novembre 2018).¹⁹⁹ A questo proposito, [...] (AMAG Sorengo) ha tuttavia successivamente precisato che i rappresentanti legali di AMAG hanno contattato per telefono [...] (AMAG Ticino) e che durante la discussione, che aveva come oggetto il modo di procedere durante l'audizione, egli era presente nell'ufficio di quest'ultimo.²⁰⁰ Durante la sua audizione del 29 novembre 2018 [...] (AMAG Ticino) ha confermato di avere discusso con [...] (AMAG Sorengo) riguardo l'audizione prevista (*“per una questione professionale”*), ripercorrendo insieme *“le [loro] dinamiche e le [loro] direttive”*, e che quest'ultimo ha partecipato alla conversazione telefonica con i rappresentanti legali di AMAG.²⁰¹ Secondo quanto dichiarato da [...]

(AMAG Sorengo), non avendo conoscenze della lingua tedesca, [...] (AMAG Ticino) gli traduceva quello che gli veniva riferito dai rappresentanti legali di AMAG.²⁰² [...] (AMAG Sorengo) ha inoltre dichiarato che il giorno dell'audizione si era dato appuntamento con un rappresentante legale di AMAG alle ore 8.45, ovvero un quarto d'ora prima il previsto inizio dell'audizione.²⁰³ In questo contesto è bene precisare che l'audizione di [...] (AMAG Sorengo) è iniziata alle ore 8.57,²⁰⁴ mentre alle ore 9.08 è comparso brevemente un rappresentante legale di AMAG, il quale, lamentandosi del fatto di essere escluso dall'audizione, ha fatto valere che [...] (AMAG Sorengo) avrebbe dovuto essere sentito in qualità di parte e non di testimone.²⁰⁵ Il rappresentante legale di AMAG ha anche aggiunto che le dichiarazioni di [...] (AMAG Sorengo) sentite in qualità di testimone non avrebbero potute essere utilizzate.²⁰⁶ Il rappresentante legale di AMAG ha in seguito lasciato la sala dell'audizione alle ore 9.09.²⁰⁷ Ad ogni modo, occorre notare che né AMAG né altre parti al procedimento hanno presentato una richiesta concreta di escludere dagli atti il verbale dell'audizione di [...] (AMAG Sorengo) del 29 novembre 2018. Per completezza, vale anche sottolineare che il Tribunale federale ha recentemente stabilito che le persone che non hanno una funzione attuale di organo formale o organo di fatto di un'impresa non hanno lo statuto di parte ai sensi dell'art. 6 PA e devono dunque essere sentiti in qualità di testimoni.²⁰⁸

98. [...] (Tognetti Auto) ha affermato di avere parlato con [...], [...] (Tognetti Auto), ed [...] (Tognetti Auto) riguardo all'audizione prevista.²⁰⁹ Entrambi gli avrebbero detto di presentarsi all'audizione e di dire quello che sapeva.²¹⁰

¹⁸⁶ Atto III.6. Dal 2021 [...] risulta essere [...] di Garage Maffeis come [...].

¹⁸⁷ Atto IV.2.

¹⁸⁸ Atto IV.3.

¹⁸⁹ Atto IV.4.

¹⁹⁰ Atto IV.5.

¹⁹¹ Atto IV.6.

¹⁹² Atto IV.7.

¹⁹³ Atto IgV.8.

¹⁹⁴ Atto XV.2. Attualmente responsabile operativo marketing presso [...], il cui direttore generale è [...], cfr. [...] (23.05.2022).

¹⁹⁵ Atto XV.3.

¹⁹⁶ Codice penale svizzero del 21.12.1937 (CP; RS 311.0).

¹⁹⁷ Cfr. atti III.6; IV.2–7; XV.2–3.

¹⁹⁸ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 41–42.

¹⁹⁹ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 44.

²⁰⁰ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 49–50.

²⁰¹ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.7, n. marg. 48–61. [...] (AMAG Ticino) ha precisato che la discussione è stata condotta in tedesco e che pertanto [...] (AMAG Sorengo) non era in grado né di capire né di conversare (atto III.7, n. marg. 59).

²⁰² Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 54–55.

²⁰³ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 56–63.

²⁰⁴ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 1.

²⁰⁵ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 64–69.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 68–69.

²⁰⁸ DTF 147 II 144, 148 consid. 4.6.

²⁰⁹ Atto IV.8, n. marg. 68–85.

²¹⁰ Ibid.

99. [...] (AMAG Lugano) ha dichiarato di essersi sentito con [...], [...] di AMAG, il quale gli avrebbe spiegato come si sarebbe svolta la “giornata” dell’audizione e di dire la verità.²¹¹ [...] (AMAG Lugano) ha anche affermato di avere informato dell’audizione [...] (AMAG Ticino), in quanto suo nuovo datore di lavoro presso [...], il quale gli avrebbe detto “di rimanere tranquillo e di dire la verità e evitare di ricordare cose che non [può] ricordare”.²¹² Successivamente [...] (AMAG Lugano) ha immediatamente precisato: “Mi sono espresso male, mi ha detto che se non ricordo bene, meglio non rispondere”.²¹³

100. [...] (AMAG Lugano) ha affermato di essere stato contattato da [...] (AMAG), il quale gli ha spiegato lo svolgimento dell’audizione.²¹⁴

101. Sulla base delle dichiarazioni riportate sopra, nell’apprezzamento delle testimonianze è tenuto conto del fatto della presenza di fonti di condizionamento (trattasi delle direzioni delle imprese parti al procedimento o degli avvocati che rappresentano quest’ultime) che possono avere orientato le dichiarazioni di [...] (AMAG Sorengo), [...] (Tognetti Auto), [...] (AMAG Lugano) e [...] (AMAG Lugano). Nella misura in cui la presente proposta si fonda su tali dichiarazioni e laddove fosse necessario, saranno rilevate le contraddizioni o incoerenze interne contenute nelle rispettive testimonianze rese dalle persone menzionate precedentemente.

102. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022, AMAG ha chiesto che vengano stralciate tutte le considerazioni che indicano un possibile condizionamento sui testimoni da parte di AMAG o dei suoi rappresentanti legali.²¹⁵ Esso ha affermato di non avere mai tentato di influenzare le dichiarazioni dei testimoni nel quadro delle audizioni, ma di avere semplicemente, con l’aiuto dei rappresentanti legali, informato questi ultimi sullo svolgimento delle audizioni e adempiuto così al dovere di assistenza del datore di lavoro.²¹⁶ AMAG sostiene anche che un suo influenzamento sarebbe in diretta contraddizione con la sua collaborazione senza riserve nel quadro dell’autodenuncia e che la Segreteria non si sarebbe fondata sulle dichiarazioni dei testimoni, se queste fossero effettivamente state influenzate.²¹⁷

103. In primo luogo, occorre chiarire che, contrariamente all’opinione espressa da AMAG, nella presente sezione non sono contenute accuse di avere influenzato i testimoni né alle parti al procedimento né ai rappresentanti legali di quest’ultime. Inoltre, non è rimessa in discussione la collaborazione di AMAG nel quadro dell’autodenuncia. A questo proposito, si rileva, a titolo abbondanziale, che l’audizione in qualità di testimone di [...] (AMAG Sorengo) è peraltro avvenuta circa quattro mesi prima della presentazione dell’autodenuncia (v. n. marg. 34 e 97).

104. In secondo luogo, è bene sottolineare che gli accertamenti riguardanti la fattispecie si fondano non solo su elementi oggettivi, ma anche sulla base delle dichiarazioni delle parti al procedimento e dei testimoni sentiti nel corso dell’inchiesta. In questo contesto, devono essere riportate tutte le dichiarazioni dei testimoni, sia quelle a vantaggio, sia quelle a pregiudizio delle parti al procedimento. Per motivi di trasparenza e di completezza, nonché nel rispetto del diritto di essere sentito e dell’obbligo di motivazione, nella presente decisione sono menzionate

anche quelle dichiarazioni di testimoni, tra cui [...] (AMAG Sorengo), [...] (AMAG Lugano) e [...] (AMAG Lugano), che sono smentite sulla base dell’evidenza di altri elementi probatori di natura documentale (cfr. ad esempio, n. marg. 127, 142, 266, 310, 356, 389 seg., 396 seg.). Come esposto in precedenza, tali contraddizioni possono essere spiegate tramite l’inserimento nel contesto e nelle circostanze nelle quali le dichiarazioni in questione sono state rilasciate e attraverso l’individuazione delle relazioni (anche di natura professionale) che legano le persone sentite alle parti al procedimento. Questi elementi sono considerati complessivamente come possibili fonti di condizionamento, di cui si è tenuto conto nell’apprezzamento delle testimonianze. Per tali motivi, le considerazioni espresse in questa sezione sono mantenute.

B.3 Fattispecie accertata e mezzi di prova

B.3.1 Premessa

105. La presentazione della fattispecie seguente si basa sulla documentazione sequestrata nell’ambito delle perquisizioni, sulle dichiarazioni delle parti e di testimoni durante le audizioni, sull’autodenuncia di AMAG, così come sugli elementi raccolti nel quadro di richieste di informazioni alle parti al procedimento o di domande di assistenza amministrativa presso le autorità cantonali e comunali.

106. Le evidenze raccolte ed esposte qui di seguito dimostrano che i comportamenti in esame messi in atto dalle parti al procedimento facevano parte di un **piano globale**. Quest’ultimo toccava l’insieme delle attività relative alla vendita di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen ed è stato concretizzato attraverso diverse condotte assunte dalle parti al procedimento negli anni tra il 2006 e il 2018 riguardanti la cooperazione in ambito di commesse pubbliche, il coordinamento della politica dei prezzi e la ripartizione del mercato in funzione del territorio. Come sarà fatto notare anche successivamente (n. marg. 418), queste pratiche sono tra loro intrecciate e complementari e finalizzate a ridurre la pressione concorrenziale, a mantenere un livello elevato dei prezzi e la salvaguardia dei margini delle imprese coinvolte.

107. Tenendo conto della premessa di cui sopra, di seguito si procederà alla descrizione delle pratiche rilevanti che articolano questo piano globale e delle evidenze acquisite. L’attenzione sarà richiamata sui documenti più significativi, sottolineando sin da ora che tali documenti costituiscono dei singoli tasselli che compongono un unico mosaico.

²¹¹ Verbale di audizione di [...] del 22.9.2020, atto XV.2, n. marg. 60–65.

²¹² Verbale di audizione di [...] del 22.9.2020, atto XV.2, n. marg. 72–76.

²¹³ Verbale di audizione di [...] del 22.9.2020, atto XV.2, n. marg. 78.

²¹⁴ Verbale di audizione di [...] del 22.9.2020, atto XV.3, n. marg. 62–65.

²¹⁵ Atto XIX.90, n. marg. 170.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Atto XIX.90, n. marg. 171.

108. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022, AMAG ha sostenuto che l'ampiezza della proposta della Segreteria non corrisponderebbe a quanto convenuto nel quadro della conciliazione dell'8 giugno 2021 e a quanto applicato in altri procedimenti.²¹⁸ A questo proposito, AMAG ha fatto riferimento alle osservazioni preliminari della conciliazione e al presunto obbligo della Segreteria di ridurre la portata e il grado di dettaglio delle motivazioni nella sua proposta. Questo sarebbe stato un punto importante per AMAG, che l'avrebbe spinto a concludere la conciliazione.²¹⁹ Inoltre, AMAG ha affermato, da un lato, che secondo la lettera A.f) delle osservazioni preliminari della conciliazione dell'8 giugno 2021, la conclusione di una conciliazione non costituirebbe un riconoscimento della ricostruzione della fattispecie e della valutazione giuridica effettuate dalle autorità in materia di concorrenza, e, dall'altro lato, che con la decisione della COMCO sono approvate le conciliazioni tra la Segreteria e le parti al procedimento, emesse sanzioni e addossati costi di procedura. Sotto questo punto di vista, non sarebbe né necessario né adeguato, esporre nuovamente e in modo ampio nella decisione della COMCO tutti gli elementi della fattispecie.²²⁰ Per questi motivi, AMAG ha chiesto che vari passaggi della proposta della Segreteria riguardanti la fattispecie vengano eliminati e che l'ampiezza della decisione della COMCO venga fortemente ridotta.²²¹

109. Contrariamente a quanto ritenuto da AMAG, la conciliazione dell'8 giugno 2021 non include alcun obbligo a carico della Segreteria di limitare il contenuto della sua proposta²²², né essa ha fornito garanzie di sorta al riguardo. Nella conciliazione in questione è indicato alla lettera A.b) che l'accertamento dei fatti e la valutazione giuridica sono ridotte il più possibile e che, di conseguenza, la portata e il grado di dettaglio delle motivazioni della decisione della COMCO possono (ma non devono) essere parzialmente ridotte. Sulla base delle conciliazioni concluse con alcune delle parti al procedimento (v. n. marg. 58), la Segreteria ha limitato parzialmente le misure di accertamento della fattispecie. Tuttavia, il presente procedimento non è stato concluso anticipatamente nei confronti delle parti che hanno firmato una conciliazione tramite delle decisioni parziali (i cosiddetti "procedimenti ibridi sequenziali"²²³), le quali secondo la prassi sono in genere meno voluminose rispetto a una decisione unica che pone fine al procedimento per tutte le imprese coinvolte. Inoltre, non è possibile escludere a priori che le parti al procedimento che non hanno concluso una conciliazione non interpongano un ricorso contro la decisione della COMCO. In questi casi, la COMCO non può astenersi dall'obbligo di motivazione e di esporre in modo completo la fattispecie e i comportamenti contestati alle parti al procedimento. A ciò si aggiunge, come giustamente lo ricorda AMAG (la quale, tuttavia, ne trae conclusioni errate), che la conclusione di una conciliazione non costituisce di principio un riconoscimento della ricostruzione della fattispecie e della valutazione giuridica effettuate dalle autorità in materia di concorrenza. A titolo abbondanziale, si rileva pure che, contrariamente a quanto affermato da AMAG, la lettera A.f) delle osservazioni preliminari della conciliazione dell'8 giugno 2021 non contiene il passaggio riguardante il riconoscimento "della ricostruzione della fattispecie e", in quanto AMAG ha riconosciuto di avere partecipato ai comportamenti descritti

alle sezioni seguenti attraverso l'autodenuncia del 29 marzo 2019 e i vari complementi all'autodenuncia che si sono susseguiti (v. n. marg. 423).

110. Sulla base delle ragioni esposte sopra, le richieste di abbreviazione dei passaggi indicati da AMAG nella sua presa di posizione non possono essere accolti.

111. Nello specifico, vale sottolineare anche che non può essere condivisa l'interpretazione operata da AMAG, secondo cui la premessa al n. marg. 106 costituisca un apprezzamento giuridico di accordi in materia di concorrenza.²²⁴ Si tratta invece di un apprezzamento della fattispecie sulla base degli elementi probatori che sono indicati ai paragrafi successivi.

B.3.2 Cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche

112. Dagli atti risulta la messa in atto di una cooperazione riguardante la partecipazione alle commesse pubbliche per la fornitura di veicoli indette nel Cantone Ticino. Come emerge dagli elementi esposti ai paragrafi successivi, scopo principale di tale cooperazione era quello di ripartire tra le imprese coinvolte, a seconda del metodo utilizzato, i veicoli in gara o aggiudicati in funzione degli obiettivi di vendita.

113. La cooperazione è durata complessivamente dal 2006 fino al 26 giugno 2018 (data dell'apertura dell'inchiesta, v. n. marg. A.3.1), assumendo essenzialmente i due metodi descritti nelle sezioni seguenti.

114. Tuttavia, vi sono indizi secondo cui una cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche esistesse già negli anni precedenti il 2006. Ciò emerge in particolare da uno scambio di email del [...] 2006 tra [...] (Tognetti Auto) e [...] (AMAG Ticino) in relazione a un concorso pubblico cantonale del [...] 2006 (v. sotto n. marg. 157).²²⁵ Inoltre, in un'email del [...] 2007 [...], [...] di [...] (di seguito: [...])²²⁶ scrive ad [...] (AMAG Sorengo): "[...] in una delle ultime riunioni fatte con [...] [...] avevamo stabilito che ai concorsi cantonali partecipavano solo i concessionari di marca che si dividevano poi a rotazione gli eventuali appalti" (v. n. marg. 119).²²⁷ Il fatto che [...] (AMAG Ticino) aveva assunto la direzione della regione [...] negli anni [...] e [...] (v. n. marg. 8) indica che questo tipo di cooperazione in materia di commesse pubbliche avvenisse già in quegli anni. Per di più, una tabella del 2003, trovata nell'ambito della perquisizione presso AMAG Lugano e Sorengo, sembrerebbe presentare una possibile attribuzione o ripartizione dei veicoli in gara per un concorso pubblico cantonale operata sulla base delle aggiudicazioni ottenute negli anni precedenti.²²⁸ Durante l'audizione del 27 novembre 2018 [...] (Garage Karpf) ha pure

²¹⁸ Atto XIX.90, n. marg. 179.

²¹⁹ Atto XIX.90, n. marg. 180 segg.

²²⁰ Atto XIX.90, n. marg. 182.

²²¹ Atto XIX.90, n. marg. 183 segg.

²²² Atto XVI.A.2.

²²³ Cfr. Nota informativa della Segreteria della COMCO: Conciliazioni, n. marg. 6 e 13, <www.comco.admin.ch> > In diritto e documentazione > Note informative > Nota informativa: Conciliazioni.

²²⁴ Atto XIX.90, n. marg. 185.

²²⁵ Atto XIV.A.27, pag. 5, allegato 559.

²²⁶ [...].

²²⁷ Atto XIV.A.9, allegato 140.

²²⁸ Atto II.32.

dichiarato che una collaborazione riguardante le commesse pubbliche per la fornitura di veicoli esisteva nel passato ("25/30 anni fa").²²⁹ Ciononostante, non si dispone di elementi sufficienti in grado di corroborare gli indizi dell'esistenza di una cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche precedentemente al 2006.

B.3.2.1 Metodo di cooperazione principalmente utilizzato dal 2006 al 2009

115. Sulla base di diversi scambi di email²³⁰ (v. ad esempio sotto n. marg. 117–126 e 157–164) emerge che tra il 2006 e il 2009 è stato messo in atto un metodo per stabilire in comune la partecipazione delle imprese coinvolte alle commesse pubbliche per la fornitura di veicoli indette nel Cantone Ticino e per ripartire tra loro i guadagni derivanti dalle aggiudicazioni. Secondo tale metodo, AMAG Lugano|Sorengo si incaricava di ritirare i capitolati per partecipare al concorso pubblico e di comunicare alle altre succursali di AMAG Ticino e agli altri concessionari coinvolti della sua partecipazione alla commessa. Per non destare sospetti²³¹, questa comunicazione indicava che AMAG Lugano|Sorengo aveva avviato la procedura per il concorso pubblico (ad es.: *"Egredi Signori, la presente per comunicarvi che è stata da me attivata la procedura per partecipare al concorso inerente la fornitura di veicoli commerciali e autovetture al Dipartimento del Territorio del Cantone Ticino. Rimango volentieri a vostra disposizione per chiarimenti"*²³²). In seguito, AMAG Lugano|Sorengo compilava e inoltrava le offerte al committente. Nel caso in cui AMAG Lugano|Sorengo si aggiudicava dei veicoli in concorso, questi erano poi ripartiti in funzione del "buon senso"²³³, degli "obiettivi di vendita annuali" ("ponderazione JAZ"²³⁴) dei singoli concessionari e dei marchi rappresentati da quest'ultimi.²³⁵ In concreto, una volta ottenuta l'aggiudicazione, AMAG Lugano|Sorengo forniva alle succursali di AMAG Ticino e ai concessionari coinvolti le indicazioni per ordinare i veicoli aggiudicati da AMAG Import. Questi veicoli venivano consegnati presso AMAG Lugano|Sorengo.²³⁶ Le imprese coinvolte fatturavano ad AMAG Lugano|Sorengo, previo sconto e con una deduzione delle spese di gestione a favore di quest'ultima, i veicoli ordinati presso AMAG Import.²³⁷ In questo modo, tali imprese non solo ricavano un guadagno dalla vendita ad AMAG Lugano|Sorengo, ma avevano anche la possibilità di incrementare i propri obiettivi di vendita annuali. Secondo gli accordi intrapresi potevano beneficiare della ripartizione dei veicoli solo i concessionari dei marchi dei veicoli che avevano ottenuto l'aggiudicazione.²³⁸ Benché la cooperazione riguardasse i marchi VW PW, VW NF e Audi (v. sotto n. marg. 121), dalla documentazione acquisita agli atti nel quadro dell'inchiesta risultano esempi dell'attuazione del metodo di cooperazione descritto sopra concernenti aggiudicazioni che avevano come oggetto unicamente i marchi VW NF e Audi e di cui hanno beneficiato AMAG Ticino e Tognetti Auto (all'epoca dei fatti, entrambi unici concessionari di questi marchi).

116. Qui di seguito sono illustrati i mezzi probatori più eloquenti di questo modo di procedere.

117. In un'email del [...] 2006 di [...] (AMAG Bellinzona), indirizzato a [...] (AMAG Ticino) e in copia per conoscenza ad [...] (Tognetti Auto), si fa riferimento a un accordo con il "Gruppo Concessionari": "[...] Ti rammento il nuovo concorso [...] sul foglio NO [...]. Come accordato

con Gruppo Concessionari, domanda capitolato, e concorri. a nome di tutti ti ringrazio".²³⁹

118. Con email del [...] 2007 [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] (AMAG Ticino) una bozza di comunicazione presumibilmente destinata al gruppo di concessionari coinvolti nella cooperazione riguardante le commesse pubbliche, chiedendo di controllarla e di fargli sapere a chi trasmetterla.²⁴⁰ Il testo della bozza di email è il seguente:

"Egredi Signori,

con riferimento al concorso pubblicato sul foglio ufficiale [...] del [...] e successiva modifica [...], foglio ufficiale [...] inerente la fornitura di veicoli commerciali e autovetture per lo Stato, sono a richiedervi, come da accordi intrapresi nelle ultime riunioni fatte con i sottoagenti, se tutti, sono d'accordo che le offerte vengano stilate solo dal sottoscritto, e in caso di aggiudicazione di qualche veicolo, vengano distribuiti gli automezzi in proporzione seconde i budget dei singoli sottoagenti e alle marche rappresentate.

Rimango a vostra disposizione per chiarimenti, e con un vostro tacito consenso, procedero' alla compilazione e trasmissione delle offerte.

Distinti saluti

[...]".²⁴¹

²²⁹ Atto III.3, n. marg. 319.

²³⁰ Atto XIV.A.9, pagg. 3–14, allegati 106–162.

²³¹ Atto XIV.A.9, allegato 118.

²³² Atto XIV.A.9, allegato 119.

²³³ Atto XIV.A.9, allegato 106.

²³⁴ V. atto XIV.A.9, allegati 106. In generale, gli obiettivi di vendita sono stipulati annualmente tra AMAG Import e i concessionari delle marche del gruppo Volkswagen. Sulla base di una stima del mercato complessivo degli autoveicoli in Svizzera e degli obiettivi di quota di mercato pro marca, AMAG Import fornisce un valore predefinito per l'obiettivo di vendita, il cosiddetto "volume di vendita annuale" ("Jahresabsatzziel"), abbreviato in tedesco "JAZ". Il valore "JAZ" contiene anche una valutazione del potenziale di vendita di eventuali partner commerciali del concessionario. Quest'ultimo ha la possibilità di correggere il valore JAZ verso l'alto o verso il basso, definendo la cosiddetta quantità di vendita annuale ("Jahresabsatzmenge"), abbreviata in tedesco "JAM". Gli obiettivi di vendita tra il concessionario e il partner commerciale vengono fissati allo stesso modo, ma senza che AMAG Import sia partecipe (v. atto I.164, pagg. 3 seg.).

²³⁵ Cfr. in particolare atto XIV.A.9, allegati 106, 115–117, 162. Agli atti figura una tabella di AMAG Ticino dove sono indicati gli obiettivi di vendita per l'anno 2009 dei concessionari attivi in Ticino (v. atto XIV.A.9, allegato 162). Da questa tabella emerge che per l'anno 2009, per quanto riguarda il marchio VW PW, Garage Karpf ([...]) e Garage Maffei ([...]) avevano degli obiettivi minimi in rapporto a quelli di AMAG Ticino (complessivamente [...] e Tognetti Auto [...]). Per contro, non essendo concessionari di altri marchi, Garage Karpf e Garage Maffei non avevano obiettivi di vendita annuale per i marchi VW NF, Audi, Seat e Škoda.

²³⁶ Atto XIV.A.9, allegato 139.

²³⁷ Atto XIV.A.9, allegati 106, 134, 136.

²³⁸ V. ad esempio atto XIV.A.9, allegato 116 ("e in caso di aggiudicazione di qualche veicolo, vengano distribuiti gli automezzi in proporzione ai budget dei singoli agenti e alle marche rappresentate" [carattere in grassetto aggiunto]).

²³⁹ Atto XIV.A.9, allegato 111.

²⁴⁰ Atto XIV.A.9, allegato 115.

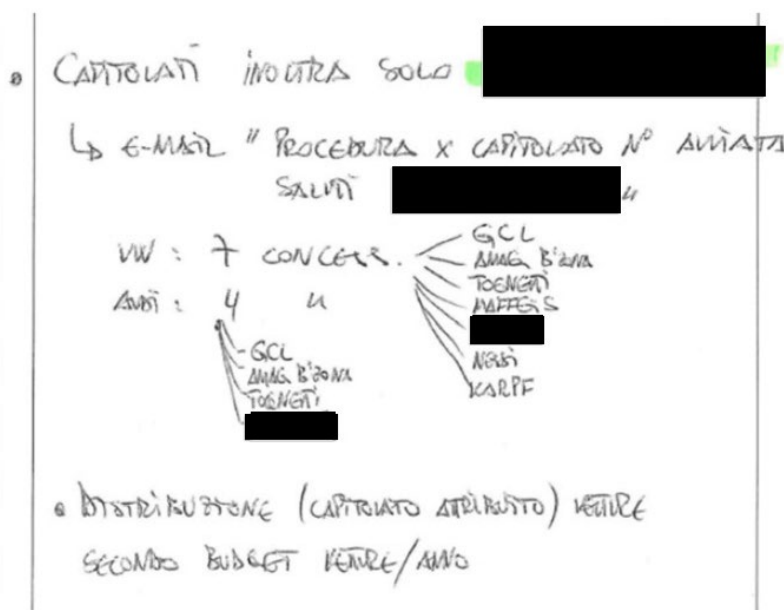
²⁴¹ Ibid.

Tramite email del [...] 2007 [...] (AMAG Ticino) scrive ad [...] (AMAG Sorengo): "[...] *ho fatto un paio di correzioni per non colpire la loro suscettibilità..... mi capirai*".²⁴² Il testo della comunicazione corretto da [...] (AMAG Ticino) contiene il termine "agenti" al posto di "sottoagenti".²⁴³

119. Tramite email del [...] 2007 [...] ([...]) scrive ad [...] (AMAG Sorengo): "[...] *in una delle ultime riunioni fatte con [...] [...] avevano stabilito che ai concorsi cantonali partecipavano solo i concessionari di marca che si dividevano poi a rotazione gli eventuali appalti*".²⁴⁵

120. Il protocollo della riunione del [...] 2007 tra [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Lugano), [...] (Tognetti

Auto) e [...] ([...]), riguardante i concorsi pubblici del Cantone Ticino ("Appunto: *CAPITOLATI CONCORSI x VIC x VT VW + Audi*"), riporta le annotazioni seguenti: "*capitolati inoltra solo [...] [AMAG Sorengo]*", "*email "procedura x capitolato n° avviata saluti [...] [AMAG Sorengo]"*", "*VW: 7 concess. GLC [Garage Cassarate SA] AMAG B'zona [AMAG Bellinzona] Tognetti Maffeis [...] Nessi Karpf*", "*Audi: 4 concess. GCL [Garage Cassarate SA] AMAG B'zona [AMAG Bellinzona] Tognetti [...] [...]*", "*distribuzione (capitolato attribuito) vetture secondo budget vetture/anno*".²⁴⁶



Estratto del protocollo di riunione del [...] 2007 (atto XIV.A.9, allegato 117)

121. Secondo questo protocollo, la cooperazione riguardante i concorsi pubblici per la fornitura di veicoli nuovi dei marchi VW (modelli sia utilitari sia commerciali) coinvolgeva le imprese seguenti: **AMAG Ticino** (tramite le filiali di Lugano e Bellinzona), **Tognetti Auto**, **Garage Maffeis**, [...], **Garage Nessi** e **Garage Karpf**.²⁴⁷ La cooperazione riguardante i concorsi pubblici per la fornitura di veicoli nuovi del marchio Audi coinvolgeva le imprese seguenti: **AMAG Ticino** (tramite le filiali di Lugano e Bellinzona), **Tognetti Auto** e [...] ("[...]").²⁴⁸ Sempre secondo il protocollo, [...] (AMAG Sorengo), [...] ²⁴⁹, era incaricato di inviare un'email alle imprese coinvolte per comunicare che la procedura per il concorso pubblico era stata avviata.²⁵⁰

122. Dalle evidenze agli atti emerge che le email di [...] (AMAG Sorengo) negli anni 2007 e 2008 contenenti la comunicazione stabilita nella riunione del [...] 2007 di cui sopra (v. n. marg. 120 e 121) sono state inviate, oltre che alle persone di riferimento di AMAG Lugano e AMAG Bellinzona, agli indirizzi delle imprese seguenti: Garage [...], Garage Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi, Garage [...] e Tognetti Auto.²⁵¹ A titolo esemplificativo sono riportati qui di seguito alcuni scambi di email che figurano agli atti del procedimento.

123. Tramite email del [...] 2007 [...] (Tognetti Auto) scrive a [...] (AMAG Ticino): "[...] *non mi ricordo più come eravamo rimasti per il concorso cantone: chi di noi manda l'offerta? E il [...] [...], di Garage Karpf lo fa separatamente? [...]*".²⁵² Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) risponde: "*Visti i rischi COMCO con una comunicazione di questo genere, ti rispondo che fa tutto [...] e invia un messaggio ai 7 concessionari se VW e se Audi ai 4 concessionari, indicando che "la procedura per il capitolato n° xy è stata avviata"*".²⁵³

²⁴² Atto XIV.A.9, allegato 116.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ [...] aveva assunto la direzione della regione Sottoceneri di AMAG Ticino negli anni [...] e [...] (v. n. marg. 10).

²⁴⁵ Atto XIV.A.9, allegato 140.

²⁴⁶ Atto XIV.A.9, allegato 117.

²⁴⁷ Atto XIV.A.9, allegato 117.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Atto III.5, n. marg. 85.

²⁵⁰ Atto XIV.A.9, allegato 117.

²⁵¹ Atto XIV.A.9, allegati 119, 126-127, 146. V. anche atti V.C.26 e V.C.32.

²⁵² Atto XIV.A.9, allegato 118.

²⁵³ Ibid.

124. In relazione a un concorso pubblicato sul Foglio Ufficiale del Cantone Ticino (di seguito: FU TI) no. [...], tramite email del [...] 2007 [...] (AMAG Sorengo) scrive a [...] (AMAG Sorengo), [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Maffei), [...] ([...]), [...] (Garage Nessi), [...] (Garage Karpf), [...] (AMAG Bellinzona), [...] ([...]), [...] (AMAG Bellinzona) il messaggio seguente:

“Egregi Signori,

la presente per comunicarVi che, e’ stata da me’ attivata la procedura per partecipare al concorso inerente la fornitura di veicoli commerciali e autovetture al [...].

Rimango volentieri a vostra disposizione per chiarimenti. [...].”²⁵⁴

125. In relazione ad un concorso pubblicato sul FU TI [...] per la fornitura di nove autoveicoli per [...], tramite email del [...] 2007 [...] (AMAG Sorengo) scrive a [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Ticino), [...] (Tognetti Auto) e [...] (Garage Karpf):

“Egregi Signori,

la presente per comunicarVi che, e’ stata da me’ attivata la procedura per partecipare al concorso inerente la fornitura di veicoli commerciali al [...]

[...] Rimango volentieri a vostra disposizione per chiarimenti. [...].”²⁵⁵

Sempre riguardo allo stesso concorso pubblico, con email del [...] 2007 [...] (AMAG Sorengo) comunica agli stessi destinatari indicati sopra quanto segue:

“Con riferimento al concorso segnato in oggetto, vi comunico che l’offerta e’ stata trasmessa.

L’apertura delle offerte che si e’ tenuta oggi, ha dato il seguente responso:

AMAG Lugano Fr. 549.000.- [franchi 549'000]

Mercedes Vezia Fr. 570.387.- [franchi 570'387]

Sarà mia premura informarvi su eventuali sviluppi a questo responso [...].”²⁵⁶

Con email del [...] 2007 [...] (AMAG Sorengo) informa [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Ticino), [...] (Tognetti Auto) e [...] (Garage Karpf) in merito ai risultati della decisione di aggiudicazione:

“con riferimento al concorso segnato in oggetto, inerente l’acquisto di 9 autofurgoni per [...], vi comunico che l’appalto per la fornitura e’ stato assegnato alla Ditta

Amag Automobili e Motori Sa – Via Ponte Tresa 35 – 6924 Sorengo

Decorsi i 10 giorni di attesa per eventuali ricorsi da parti di altri concorrenti, i veicoli saranno ordinati dalla scrivente.

Successivamente prenderemo contatto per maggiori ragguagli in merito. [...].”²⁵⁷

Tramite email del [...] 2007 [...] (AMAG Ticino) scrive ad [...] (AMAG Sorengo), con in copia per conoscenza [...] (AMAG Bellinzona):

“in accordo con [...] e considerata anche la fornitura dei 3 veicoli x il cantone nell’ultimo concorso, abbiamo deciso di distribuire equamente i 9 veicoli assegnati.

3x Amag Garage Cassarate

3x Amag Bellinzona

3x Tognetti SA

alle condizioni seguenti:

- non appena avremo la delibera finale e i veicoli ci saranno attribuiti per la produzione, comunicheremo a Bellinzona e a Gordola i numeri AMAG da ritirare

- i veicoli sono da fatturare a noi con il [...] % pieno deducendo Fr.[...]- per le spese di gestione a nostro favore

- senza spese di consegna

Inoltre, nel caso in cui i veicoli fossero disponibili prima della fine dell’anno, Bellinzona e Gordola saranno liberi di chiedere la fattura per il 2007 o per il 2008.

[...] si preoccuperà di comunicare quanto sopra al [...] e richiedere un suo accordo.

Ricevuto il benestare finale procederemo come deciso [...].”²⁵⁸

Con email [...] 2007 [...] (AMAG Ticino) informa [...] (AMAG Ticino): “[...] confermo accordo per furgoni ([...]) da parte [...] ([...], di Tognetti Auto) viene accettato il tutto e ci ringrazia. Vedete voi la gestione del tutto. [...].”²⁵⁹

126. In questo contesto, è anche illustrativo lo scambio di email in merito a un concorso pubblico indetto dal Cantone Ticino il [...] 2008 per l’acquisto di diversi autoveicoli e veicoli commerciali²⁶⁰. Con email dell’[...] 2008 [...] (AMAG Sorengo) scrive a [...] (AMAG Ticino): “[...] ho richiesto il capitolato per la gara fornitura veicoli per lo stato. Chi fa’ che cosa ?? facciamo come gli anni passati ??? fammi sapere per favore [...].”²⁶¹ Non avendo ottenuto risposta, [...] ribadisce la sua richiesta il giorno seguente: “[...] Rimane in sospeso la problematica del concorso per i veicoli dello stato, chi fa che cosa [...].”²⁶² Anche [...] (Garage Maffei) tramite email del [...] 2008 a [...] (AMAG Ticino) pone la stessa domanda: “Ciao [...], vorrei sapere se il concorso per i veicoli dello stato lo facciamo insieme o se ognuno per conto suo...Fammi sapere”.²⁶³ Tramite email del [...] 2008, ore 9.54, [...] (AMAG Ticino) scrive ad [...] (AMAG Sorengo): “Ricordati di comunicare a tutti i conc. VW [-] [...] ([...], AMAG Ticino) [...]. ([...], Tognetti Auto) [...] ([...], Garage Maffei) [...]. ([...], Garage Nessi) [...]. ([...], Garage Karpf) [-] che abbiamo richiesto il capitolato e procediamo noi.... Non scrivere

²⁵⁴ Atto XIV.A.9, allegato 119.

²⁵⁵ Atto XIV.A.9, allegato 126.

²⁵⁶ Atto XIV.A.9, allegato 128.

²⁵⁷ Atto XIV.A.9, allegato 131.

²⁵⁸ Atto XIV.A.9, allegato 134.

²⁵⁹ Atto XIV.A.9, allegato 135.

²⁶⁰ Atto XIV.A.9, allegato 141. Secondo il bando di concorso i documenti di gara dovevano essere messi a disposizione dei concorrenti a partire dal [...] 2008 e le offerte dovevano essere presentate entro il [...] 2008.

²⁶¹ Atto XIV.A.9, allegato 142.

²⁶² Atto XIV.A.9, allegato 144.

²⁶³ Atto V.C.25.

*troppo per non esporci [...]».*²⁶⁴ Con email del [...] 2008, ore 10.05, [...] (AMAG Sorengo) invia agli indirizzi email di [...] (AMAG Bellinzona), [...] (Garage Maffei), [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Karpf) e [...] (AMAG) la seguente comunicazione: *“Egregi Signori, la presente per comunicarVi che, e' stata da me' attivata la procedura per partecipare al concorso inerente la fornitura di veicoli commerciali e autovetture al [...] [...] Rimango volentieri a vostra disposizione per chiarimenti”*.²⁶⁵ Con email del [...] 2008 [...] (AMAG Sorengo) trasmette agli stessi destinatari uno screenshot della sua posta elettronica dove figurano i documenti relativi alle offerte dei veicoli per la commessa pubblica in questione inviati a [...] (AMAG Bellinzona), comunicando: *“Come da accordi intercorsi con [...], ho trasmesso tutte le offerte inerenti ai veicoli al [...] per la compilazione in bella e il successivo inoltro al cantone. Per la valutazione dell'usato, sa' come fare il [...]”*.²⁶⁶

127. Sentito in qualità di testimone (v. n. marg. 94), [...] (AMAG Sorengo) ha affermato che prima del 2010 non vi erano rapporti con gli altri concessionari per quanto riguarda le commesse pubbliche.²⁶⁷ Tuttavia, queste dichiarazioni si scontrano con le risultanze istruttorie espresse sopra che dimostrano, invece, come [...] (AMAG Sorengo) si occupava, insieme al [...] (AMAG Ticino), di coordinare la cooperazione instaurata nell'ambito delle commesse pubbliche.

B.3.2.2 Metodo di cooperazione principalmente utilizzato dal 2010 al 2018

128. A partire dal 2010²⁶⁸ è stato adottato un nuovo metodo di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche. Questo metodo prevedeva che, prima di inoltrare le offerte al committente, le imprese coinvolte che intendevano partecipare a una commessa pubblica si accordavano tra loro per ripartire i veicoli in gara e determinare il valore delle singole offerte.²⁶⁹ Dagli atti risulta che tale metodo di cooperazione è stato messo in atto fino al 2018 (v. sotto n. marg. 141).²⁷⁰ Poiché tra il 2015 e il 2017 le autorità del Cantone Ticino non hanno più indetto commesse pubbliche tramite pubblico concorso o procedura ad invito, prediligendo gli incarichi diretti,²⁷¹ malgrado gli intenti delle imprese coinvolte, la cooperazione stabilita tra le parti al procedimento non è stata applicata in modo costante durante tutto il periodo considerato (perlomeno, per quanto riguarda le commesse pubbliche cantonali).

129. Gli elementi probatori a disposizione dimostrano che [...] (AMAG Sorengo), trasmetteva (di regola per fax o per email) agli altri concessionari e partner commerciali coinvolti le offerte complete (inclusi le varie condizioni di vendita e il prezzo finale) da lui allestite per i concorsi pubblici. A dipendenza di quanto convenuto con AMAG Ticino e sulla base delle offerte ricevute da quest'ultima, le altre imprese avrebbero dovuto presentare delle offerte più vantaggiose in termini di prezzo o delle cosiddette “offerte di appoggio” (anche chiamate “offerte spalla”)²⁷².²⁷³ Concretamente, i documenti e le informazioni trasmessi da [...] (AMAG Sorengo) permettevano alle altre imprese coinvolte che desideravano partecipare al concorso pubblico di sapere: 1) i veicoli in gara per i quali potevano presentare un'offerta più vantaggiosa rispetto a quella di AMAG Ticino, in modo da ottenere l'aggiudicazione; 2) i veicoli in gara per i quali dovevano presentare un'offerta di appoggio, in modo di aumentare artificiosamente la

probabilità di AMAG Ticino o di un'altra impresa coinvolta di ottenere l'aggiudicazione.²⁷⁴ In questo contesto, occorre osservare che la partecipazione di distributori di marchi concorrenti a quelli del gruppo Volkswagen e il fatto che a volte alcune offerte venivano escluse per mancanza dei requisiti richiesti o per errori di calcolo²⁷⁵ potevano impedire al piano convenuto di realizzarsi totalmente.

130. Questo metodo di cooperazione è stato confermato dalle dichiarazioni rese da AMAG nell'ambito dell'autodenuncia e dalla documentazione probatoria annessa a quest'ultime.²⁷⁶

131. In questo senso sono esplicative le dichiarazioni rilasciate da [...] ([...]), sentito in qualità di testimone durante l'audizione del 1° aprile 2019:

- *“Sono convinto che la cosa era gestita solo a livello regionale. Per quanto concerne le commesse pubbliche, c'era una centralizzazione per la preparazione e l'invio delle offerte che era fatta e gestita da AMAG Sorengo, dove le commesse pubbliche venivano preparate e allestite da loro. In caso di assegnazione, c'era una ripartizione interna in base alle quote di mercato (es. su 100 veicoli, [...] per il 2 % della quota di mercato poteva offrire 2 veicoli). Questo è stato fatto per far sì che non ci fosse una concorrenza interna fra concessionari VW e dunque che questa concorrenza potesse far abbassare i prezzi dei veicoli. [Su osservazione durante la rilettura del verbale: inoltre, bisognava anche salvaguardare il margine del concessionario.]”*²⁷⁷
- *“[...] Era tutto nato dal fatto che c'è stato un concorso per la fornitura di 20/30 veicoli della [...] che sono stati aggiudicati ad un solo concessionario. Da quel momento, si è capito che fosse meglio centralizzare le commesse pubbliche. [...] Penso di trattava del 2010, 2011 o 2012. [...] Penso sia stato il garage Karpf di Faido”*.²⁷⁸

²⁶⁴ Atto XIV.A.9, allegato 145.

²⁶⁵ Atto V.C.26. V. pure atto XIV.A.9, allegato 146.

²⁶⁶ Atto V.C.32. V. pure XIV.A.9, allegato 147.

²⁶⁷ Atto III.6, n. marg. 327–329.

²⁶⁸ Cfr. atti XIV.A.9, pag. 15, allegati 170–175.

²⁶⁹ Cfr. in particolare atti II.19, pagg. 56–108; II.68–70, II.109–140, II.161; III.5, n. marg. 222, 244–245, 349–351; IV.1, n. marg. 202–210, 243–247; IV.6, n. marg. 149–178, 202, 232–244, 256–270; V.B.34–V.B.35; XIV.A.7, pagg. 3–6 e allegati 68–69, 71–72, 76, 78, 81, 99; XIV.A.9, pagg. 15–18 e allegati 168–180; XIV.A.13, pagg. 4–7 e allegati 238–253, 258–260.

²⁷⁰ Atti XIV.A.1, pagg. 3–6, allegati 1–10.

²⁷¹ Cfr. atti VI.1–3; XIII.12.

²⁷² Si tratta di offerte meno competitive di quella presentata dal concorrente “amico” che si intende favorire nell'aggiudicazione della commessa pubblica.

²⁷³ Cfr. atti II.39, II.69–70, II.77–80, II.109–140, II.161; XIV.A.11, pagg. 3–6; XIV.A.4, allegato 28; XIV.A.11, allegati 65, 70, 77–78, 83–98; XIV.A.9, allegati 170–175; XIV.A.13, allegato 253; XV.4, pagg. 68–73, 86–87, 109–129, 311–312.

²⁷⁴ Cfr. ad esempio atto XIV.A.7, pag. 5.

²⁷⁵ Cfr. ad esempio atto VI.1, pagg. 194–214.

²⁷⁶ Cfr. atti XIV.A.4, pag. 4; XIV.A.7, pagg. 3–6; XIV.A.9, pagg. 15–17; XIV.13, pagg. 3–7, 9–10; XIV.A.27, pagg. 6–7.

²⁷⁷ Atto IV.2, n. marg. 202–210.

²⁷⁸ Atto IV.2, n. marg. 217–220, 222, 224.

- “Quando arrivavano questi concorsi pubblici, noi non facevamo niente. I capitolati erano preparati in modo centralizzato. Personalmente, penso di averne fatto al massimo uno”;²⁷⁹
- “Se vedevo una commessa pubblica, io avvisavo [...] [...] di AMAG Sorengo]. In seguito, lui allestiva le offerte per la commessa. Non so come venivano allestiti i capitolati. **[Su osservazione durante la rilettura del verbale: ritengo gli altri concessionari facessero lo stesso. Era solo un modo per esser sicuri di non perdere delle offerte inerenti a delle commesse pubbliche.]** [...] AMAG faceva delle offerte a nome di AMAG Sorengo, AMAG Mendrisio, o di un altro concessionario (ad es. Maffeis, Tognetti). [...]”²⁸⁰

132. Anche [...] (Garage Maffeis), sentito in qualità di testimone il 3 aprile 2019, ha dichiarato: “Io ricevo delle offerte da AMAG Sorengo che ci trasmettono tramite email. In seguito, io le giro al mio datore di lavoro, il [...]. Io mi limito a fare un lavoro amministrativo. Più di questo, non so. [...] Noi siamo un piccolo garage e dobbiamo per forza passare da loro. Loro ci preparano già le offerte per il committente. Anche perché alcune offerte sono molto complicate. Ci vuole una persona specifica che possa preparare queste offerte. Questa persona [...]. Noi riceviamo queste offerte da AMAG Sorengo. [...]”²⁸¹

133. L'applicazione del metodo descritto sopra è illustrato, in particolare, dai mezzi probatori documentali esposti qui di seguito..

134. In data [...] 2010 la [...] pubblica un concorso (lotto no. [...]) per la fornitura di 22 autoveicoli.²⁸² Secondo il bando di concorso, il termine per presentare le offerte è il [...] 2010 e unico criterio di aggiudicazione è il prezzo.²⁸³ Tramite fax del [...] 2010 [...] (AMAG Sorengo) trasmette a Garage Maffeis (no. fax 091 943 56 52) e ad AMAG Bellinzona (no. fax 091 820 64 34) copia delle offerte di AMAG Sorengo allestite per i veicoli delle posizioni no. 5, 6, 9–14 e 16–22.²⁸⁴ In data 14 aprile 2010, AMAG Sorengo inoltra queste offerte al committente.²⁸⁵ Tramite decisioni di aggiudicazione del [...] 2010, la [...] aggiudica un autoveicolo ad AMAG Sorengo (posizione no. 5), otto autoveicoli a Garage Maffeis (posizioni no. 11–13., 16–20) e quattro autoveicoli a Tognetti Auto (posizioni no. 10, 14, 21–22).²⁸⁶ Tramite email del [...] 2010 [...] (AMAG Sorengo) scrive ad [...] (AMAG Ticino):

“[...] come già ti accennai qualche giorno or sono, ci siamo aggiudicati dal Cantone, ben 8 veicoli commerciali ed una Skoda !!

Gli otto veicoli sono stati aggiudicati tutti al Garage Maffeis. La Skoda a GCS [AMAG Sorengo]

Chiaramente la manovra e' stata pilotata, per non farne prendere neanche uno a Bzona [AMAG Bellinzona] ed avere le redini del gioco in mano nostra, senza esporci, perche alla fine gli ha vinto un'altro Garage !!

Tognetti ne ha preso 4 Vic [veicoli commerciali], con uno scarto sul prezzo nostro di Fr. 5.000.- [franchi 5'000] !!!

Chiaramente ha voluto dare un segnale, che se voleva, poteva farli tutti, anche a costo di perderci 40.000/50.000 mila franchi.

Pazzo furioso !!

Detto questo, la ripartizione di questi 8 Vic secondo budget che abbiamo di GCS [AMAG Sorengo] e AMAG Bellinzona (106 Gcs [AMAG Sorengo] e 70 Bzona), dovrebbe essere di 5 Vic [veicoli commerciali] a noi e 3 a Bzona. Dei nostri 5,

chiaramente

almeno 2 dovremmo poi darli a [...] (anche perch poi spetta a lui tutto il discorso fatturazione con il Cantone)

Pero' visto e considerato, che quest'anno l'AMAG di Bzona [AMAG Bellinzona] prende circa 20/25 caddy da [...], praticamente, loro il budget, lo hanno già fatto !!

Direi a questo punto, di fare 6 Vic noi e due pezzi loro e se vuoi, gli facciamo fare anche una Skoda.

Di questi 6 pezzi , due li facciamo fare al [...] [...] di Garage Maffeis].

Penso che il tutto possa avere una logica, e che anche il buon [...] [...] di AMAG Bellinzona], capisca. [...]”²⁸⁷

Con email del [...] 2010 [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] [AMAG Bellinzona]:

“[...] Considerato quanto discusso, il grado attuale di raggiungimento degli obiettivi e la previsione degli ordini [...] attribuiti a Bellinzona, ti propongo la seguente distribuzione degli 8 veicoli assegnati:

2 veicoli Garage Maffeis

2 veicoli [AMAG] Bellinzona

4 veicoli [AMAG] Sorengo

[...]”²⁸⁸

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) risponde a [...] (AMAG Ticino): “[...] Per me OK [...]”²⁸⁹

135. In data [...] 2011 [...] pubblica un concorso (lotto no. [...]) per la fornitura di 16 autoveicoli.²⁹⁰ Il termine per presentare le offerte è fissato al [...] 2011 e unico criterio di aggiudicazione è il prezzo.²⁹¹ Con email del [...] 2011 [...] (AMAG Sorengo) invia ad [...] (Tognetti Auto) le offerte di AMAG Sorengo allestite per i veicoli delle posizioni no. 1–3, 7–9, 12–16, accompagnate dal messaggio seguente:

²⁷⁹ Atto IV.2, n. marg. 252–253.

²⁸⁰ Atto IV.2, n. marg. 281–284, 287–288.

²⁸¹ Atto IV.7, n. marg. 149–156.

²⁸² Atto XIV.A.9, allegato 168.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Atto XIV.A.9, pag. 15, allegato 171 pagg. 1–2.

²⁸⁵ Atto XIV.A.9, pag. 15, allegato 171 pag. 3.

²⁸⁶ Atto XIV.A.9, allegati 173–175.

²⁸⁷ Atto XIV.A.9, allegato 176.

²⁸⁸ Atto XIV.A.9, allegato 177.

²⁸⁹ Atto XIV.A.9, allegato 178.

²⁹⁰ Atto XIV.A.7, allegato 63.

²⁹¹ Ibid.

"[...] Ti allego i capitolati come discusso

se hai bisogno chiamami senza problemi [...]".²⁹²

Tramite decisioni di aggiudicazione del [...] 2011 la [...] aggiudica cinque autoveicoli ad AMAG Sorengo (posizioni no. 8, 13–16) e tre autoveicoli a Tognetti Auto (posizioni no. 7, 9, 12).²⁹³

136. In data [...] 2012 [...] pubblica un concorso (lotto no. [...]) per la fornitura di 28 autoveicoli.²⁹⁴ Secondo il bando di concorso il termine per presentare le offerte è fissato al 19 aprile 2012 e unico criterio di aggiudicazione è il prezzo.²⁹⁵ Tramite email del 5 aprile 2012 del [...] (AMAG Sorengo) scrive ad [...] (AMAG Ticino):

"Cosa ne pensi [...] ? Fammi sapere se posso spedirla via e mail o meglio che ne parlo solo al tel e se hai suggerimenti.

Ciao [...]!!

Con riferimento al capitolato del Cantone, ti proporrei quanto segue :

Il capitolato lo mandiamo via tutti e tre (Tognetti, - Amag Sorengo e Amag Bellinzona)

Noi Amag Sorengo con le dovute mosse di manipolazione delle offerte concordate con voi , ci aggiudichiamo tutti i veicoli.

Successivamente, una volta che sappiamo i veicoli che ci hanno aggiudicato, farei la

ripartizione secondo gli obiettivi NF [obiettivi del marchio VW NF] ([...] % Amag Sorengo – [...] % Amag Bzona – [...] % Tognetti)

I veicoli assegnati secondo la ripartizione, verranno ordinati sotto la vs [vostra] filiale, e verranno fatturati a noi, allo stesso importo di capitolato meno Fr. [...].- ([...] di pacchetto consegna e [...] per spese per la consegna)

Successivamente noi, li ri fattureremo al cantone come da capitolato vinto.

Voi dovreste solo ordinare i veicoli e farci avere le fatture ed i veicoli , per il resto, allestimento, consegna, collaudi ecc ecc. ci pensiamo noi.

L'anno prossimo, preparo' come sempre il tutto, ma sarai tu o Amag Bellinzona a fare questa procedura.

Cosa ne pensi ?

Fammi sapere caro [...]".²⁹⁶

Con email dello stesso giorno, [...] (AMAG Ticino) risponde: *"[...] Contenuti perfetti ma credo sia meglio dirgli queste cose al telefono...ma non per iscritto. [...]"*.²⁹⁷ A sua volta [...] (AMAG Sorengo) risponde: *"Ok. Domani lo chiamo. [...]"*.²⁹⁸

Il [...] 2012 [...] (AMAG Sorengo) invia le offerte di AMAG Sorengo per le posizioni no. 2–14, 16–17, 20, 22–27, dove su alcune delle quali figura la scritta a mano *"Tognetti"*, a [...] (Tognetti Auto) e in copia per conoscenza a [...] (AMAG Bellinzona).²⁹⁹ In quest'email [...] (AMAG Sorengo) scrive: *"chiamatemi che vi spiego [...]"*.³⁰⁰

Tramite decisioni [...] 2012 la [...] aggiudica otto autoveicoli ad AMAG Sorengo (posizioni no. 6–7, 20, 22–24, 26–27) e nessuno a Tognetti Auto, in quanto per le posizioni dove Tognetti Auto ha presentato delle offerte con un prezzo più basso rispetto a quelle di AMAG Sorengo, dei distributori di marchi concorrenti a quelli del gruppo Volkswagen hanno inoltrato delle offerte più vantaggiose dal punto di vista del prezzo.³⁰¹

137. In data [...] 2013 [...] pubblica un concorso (lotto no. [...]) riguardante la fornitura di 33 veicoli per la [...].³⁰² Secondo il bando di gara, il termine per presentare le offerte è fissato al [...] 2013 e unico criterio di aggiudicazione è il prezzo.³⁰³ Tramite separate email del [...] 2013, [...] (AMAG Sorengo) invia le offerte di AMAG Sorengo allestite per i veicoli delle posizioni no. 2–19 e 21–33 a [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Maffei) e [...] ([...]).³⁰⁴ Sulle offerte trasmesse, oltre al prezzo e alle condizioni di vendita (ribassi, sconti ripresa, ecc.), figurano le annotazioni scritte a mano seguenti: *"Amag"*, *"Maffei"*, *"Tognetti"*, *"[...]"*.³⁰⁵ Anche sulla prima pagina del capitolato di AMAG Sorengo per la commessa pubblica del lotto no. [...], dal titolo *"CONDIZIONI GENERALI / ELENCO PREZZI"*,³⁰⁶ accanto ai numeri dei veicoli in gara, al posto del prezzo offerto, figurano i nomi scritti a mano seguenti: *"Amag"*, *"[...]"*, *"Maffei"*, *"Tognetti"*.

²⁹² Atto XIV.A.7, allegato 65.

²⁹³ Atto XIV.A.7, allegati 66.

²⁹⁴ Atto XIV.A.7, allegati 67.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Atto II.68. V. pure atto XIV.A.7, allegato 69.

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ Atto II.68. V. pure atto XIV.A.7, allegato 69.

²⁹⁹ Atto XIV.A.7, allegato 70. Cfr. pure atto XIV.A.7, allegati 68, 71–73. Da quest'ultimo scambio risulta che alla fine AMAG Ticino e Tognetti Auto avevano convenuto di inoltrare separatamente le offerte per il committente cantonale e di procedere quindi secondo il metodo generalmente adottato negli anni dal 2010 al 2018 (v. n. marg. 128 seg.).

³⁰⁰ Atto XIV.A.7, allegato 70.

³⁰¹ Atto XIV.A.7, allegato 73.

³⁰² Atto II.19, pag. 56–57.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Atti II.109–140; atto XIV.A.7, allegati 83–98.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Atti II.19, pag. 59; XIV.A.7, allegato 99.

Lotto o incarto N°

Fornitura di veicoli per lo stato

CONDIZIONI GENERALI
ELENCO PREZZI

<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td style="width: 15%;">Veicolo 1</td><td style="width: 10%;">CHF</td><td>Alina range</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 2</td><td>CHF</td><td>Stora CAN</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 3</td><td>CHF</td><td>Stora TAB</td></tr> <tr><td>Veicolo 4</td><td>CHF</td><td>Stora TAB</td></tr> <tr><td>Veicolo 5</td><td>CHF</td><td>Stora XT</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 6</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 7</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 8</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 9</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 10</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 11</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 12</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 13</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 14</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 15</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 16</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 17</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> </table>	Veicolo 1	CHF	Alina range	Veicolo 2	CHF	Stora CAN	Veicolo 3	CHF	Stora TAB	Veicolo 4	CHF	Stora TAB	Veicolo 5	CHF	Stora XT	Veicolo 6	CHF	Stora	Veicolo 7	CHF	Stora	Veicolo 8	CHF	Stora	Veicolo 9	CHF	Stora	Veicolo 10	CHF	Stora	Veicolo 11	CHF	Stora	Veicolo 12	CHF	Stora	Veicolo 13	CHF	Stora	Veicolo 14	CHF	Stora	Veicolo 15	CHF	Stora	Veicolo 16	CHF	Stora	Veicolo 17	CHF	Stora	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 18</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 19</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 20</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 21</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 22</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 23</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td>Veicolo 24</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 25</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 26</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 27</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 28</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 29</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 30</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 31</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 32</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> <tr><td style="border: 1px solid pink;">Veicolo 33</td><td>CHF</td><td>Stora</td></tr> </table>	Veicolo 18	CHF	Stora	Veicolo 19	CHF	Stora	Veicolo 20	CHF	Stora	Veicolo 21	CHF	Stora	Veicolo 22	CHF	Stora	Veicolo 23	CHF	Stora	Veicolo 24	CHF	Stora	Veicolo 25	CHF	Stora	Veicolo 26	CHF	Stora	Veicolo 27	CHF	Stora	Veicolo 28	CHF	Stora	Veicolo 29	CHF	Stora	Veicolo 30	CHF	Stora	Veicolo 31	CHF	Stora	Veicolo 32	CHF	Stora	Veicolo 33	CHF	Stora
Veicolo 1	CHF	Alina range																																																																																																		
Veicolo 2	CHF	Stora CAN																																																																																																		
Veicolo 3	CHF	Stora TAB																																																																																																		
Veicolo 4	CHF	Stora TAB																																																																																																		
Veicolo 5	CHF	Stora XT																																																																																																		
Veicolo 6	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 7	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 8	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 9	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 10	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 11	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 12	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 13	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 14	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 15	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 16	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 17	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 18	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 19	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 20	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 21	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 22	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 23	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 24	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 25	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 26	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 27	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 28	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 29	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 30	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 31	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 32	CHF	Stora																																																																																																		
Veicolo 33	CHF	Stora																																																																																																		

La ditta offerente :
Luogo e data :

Timbro e firma autorizzata:

Prima pagina del capitolato di AMAG Sorenco per la commessa pubblica [...] (atto II.19, pag. 59)

Con decisioni [...] 2013 la [...] aggiudica nove veicoli ad AMAG Sorenco (posizioni no. 8 e 25–32), sette veicoli a Tognetti Auto (posizioni no. 6–7, 9, 18–19, 23 e 33) e due veicoli a Garage Maffei (posizioni no. 10 e 24).³⁰⁷ [...] non ottiene alcuna aggiudicazione.³⁰⁸

138. In data [...] 2014 la [...] pubblica un concorso (lotto no. [...]) per la fornitura di 21 autoveicoli.³⁰⁹ Secondo il bando di concorso, il termine per presentare le offerte è fissato al [...] 2014 e unico criterio di aggiudicazione è il prezzo.³¹⁰ Tramite email del [...] 2014 [...] (AMAG Sorenco) invia ad [...] (Garage Maffei) copia dell'offerta di AMAG Sorenco allestita per l'autoveicolo della posizione no. 21.³¹¹

Con decisione del [...] 2014, la [...] aggiudica un veicolo a Garage Maffei (posizione no. 21).³¹² AMAG Sorenco non ottiene alcuna aggiudicazione.³¹³

139. Il [...] 2014 il Comune di [...] trasmette ad AMAG Sorenco il capitolato per l'allestimento di un'offerta per la fornitura di un autoveicolo commerciale nel quadro di una commessa pubblica indetta il [...] 2014 tramite procedura ad invito.³¹⁴ La scadenza per l'inoltro delle offerte è prevista per il [...] 2014.³¹⁵ Con email del [...] 2014, [...] (AMAG Sorenco) invia a [...] (Tognetti Auto) l'offerta AMAG

Sorenco presentata nell'ambito di questa commessa pubblica.³¹⁶

Dalla decisione di aggiudicazione del [...] 2015 e dalla tabella di calcolo annessa risulta che Tognetti Auto ha presentato un'offerta di 736.30 franchi più cara rispetto a quella di AMAG Sorenco.³¹⁷ Secondo AMAG quella presentata da Tognetti Auto è un'offerta di appoggio, in quanto [...] (AMAG Sorenco) e [...] (Tognetti Auto) hanno convenuto che AMAG Sorenco avrebbe dovuto ottenere l'aggiudicazione della commessa pubblica indetta dal Comune di [...].³¹⁸

³⁰⁷ Cfr. atto VI.1, pagg. 200–281.

³⁰⁸ Atto VI.1, pag. 272.

³⁰⁹ Atto XIV.A.1, allegato 17.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Atto XIV.A.4, allegato 28.

³¹² Atto VI.1, pagg. 296 seg.

³¹³ Atto VI.1, pagg. 282–333.

³¹⁴ Atto XIV.A.13, pag. 7, allegati 250–251.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Atto XIV.A.13, pag. 7, allegato 252.

³¹⁷ Atto XIV.A.13, pag. 7, allegato 253.

³¹⁸ Atto XIV.A.13, pag. 7.

140. Il [...] 2016 [...] (di seguito: [...]) invitano AMAG Sorengo a presentare un'offerta per la fornitura di un modello T6 del marchio VW NF.³¹⁹ La scadenza del termine per presentare le offerte nel quadro della procedura ad invito è fissata al [...] 2016.³²⁰ AMAG Sorengo presenta la sua offerta [...] in data [...] 2016.³²¹ Tramite email del [...] 2016 [...] (AMAG Sorengo) invia ad [...] (Garage Maffei) l'offerta di AMAG Sorengo per [...], con il messaggio seguente: *"Da dare a [...] [...], di Garage Maffei] per favore [...]"*.³²² Nell'oggetto di quest'email è indicato: *"offerta [...] - devi stare almeno 1000 franchi più alto per favore"*.³²³

Con decisione del [...] 2016 [...] aggiudicano l'autoveicolo ad AMAG Sorengo.³²⁴

141. In data [...] 2018 [...] pubblica un concorso (lotto no. [...]) per la fornitura di 33 autoveicoli. Secondo il bando di gara il termine per presentare le offerte è fissato al [...] 2018 e unico criterio di aggiudicazione è il prezzo.³²⁵ Tramite email del [...] [...] (AMAG Sorengo) trasmette a [...] (Garage Maffei) le offerte di AMAG Sorengo per i veicoli riguardanti le posizioni no. 11–14 per un totale di sei veicoli (la posizione no. 14 concerne la fornitura di tre veicoli identici).³²⁶ Lo stesso giorno AMAG Sorengo inoltra le proprie offerte al committente.³²⁷

Con decisioni del [...] 2018 [...] aggiudica i veicoli delle posizioni no. 12, 13 e 14 a Garage Maffei.³²⁸ L'autoveicolo della posizione no. 11 è aggiudicato a un distributore di un marchio concorrente a quelli del gruppo Volkswagen.³²⁹

Secondo le dichiarazioni di AMAG rese nel quadro dell'autodenuncia, [...] (AMAG Sorengo) e [...] (Garage Maffei) si sono accordati per telefono per fare in modo che AMAG Sorengo e Garage Maffei ottenessero ciascuno l'aggiudicazione di tre veicoli.³³⁰ Rispetto alle offerte di AMAG Sorengo, [...] (Garage Maffei) avrebbe dovuto offrire un prezzo più basso per i veicoli della posizione no. 14 e un prezzo più alto per i veicoli delle posizioni no. 11–13.³³¹ A causa di un errore, [...] (Garage Maffei) ha invece presentato delle offerte più vantaggiose rispetto a quelle di AMAG Sorengo per i veicoli delle posizioni no. 12, 13 e 14, aggiudicandosi così cinque autoveicoli su sei.³³²

142. Sentito in qualità di testimone (v. n. marg. 94), [...] (AMAG Sorengo) ha dichiarato di avere preparato delle offerte e trasmesso dei capitolati a Garage Maffei e Tognetti Auto negli anni tra il 2011 e il 2013³³³, in parte facendo valere che si trattava semplicemente di fornire, su domanda degli altri concessionari, consulenza tecnica per l'allestimento delle sovrastrutture o modifiche dei veicoli richieste dal committente.³³⁴ [...] (AMAG Sorengo) ha anche dichiarato che, a seguito di un litigio, dal 2013 non ha più fornito a [...] (Tognetti Auto) né *"consigli"* o informazioni tecniche riguardanti l'allestimento della sovrastruttura, né copie di capitolati.³³⁵ Tuttavia, le dichiarazioni di [...] (AMAG Sorengo) non sono supportate dalle risultanze istruttorie esposte precedentemente, le quali dimostrano che, durante gli anni dal 2010 al 2018, all'occasione di concorsi pubblici, [...] (AMAG Sorengo) ha regolarmente trasmesso a Garage Maffei e Tognetti Auto (perlomeno fino al 2014, v. n. marg. 139) le offerte di AMAG Ticino in applicazione del metodo di cooperazione concordato nell'ambito delle commesse pubbliche e che

queste contenevano le condizioni di vendita e il prezzo finale, non costituendo "semplici" consulenze riguardanti l'allestimento della sovrastruttura.

B.3.2.3 Cooperazione nell'ambito degli incarichi diretti

143. Dagli atti all'inchiesta risulta che la cooperazione instaurata per la partecipazione alle commesse pubbliche non era limitata alle procedure indette tramite concorsi pubblici o procedure ad invito, bensì riguardava anche l'inoltro di offerte nel quadro di incarichi diretti.

144. Sulla base degli atti emerge che AMAG Ticino ha anche assunto un ruolo di supporto e di guida di alcuni partner commerciali nella preparazione e nell'inoltro delle offerte di quest'ultimo nell'ambito di alcune commesse pubbliche su incarico diretto indette dal Cantone Ticino.

145. La documentazione agli atti dimostra che tale supporto è stato offerto a Garage Maffei negli anni dal 2015 al 2017.³³⁶ A titolo esemplificativo, sono riportati qui di seguito alcuni scambi di email relativi a degli incarichi diretti riguardanti la fornitura di autoveicoli del marchio VW NF.

146. Con email del [...] [...] (AMAG Sorengo) invia ad [...] (Garage Maffei) copia di un'email del [...] 2015 di un collaboratore [...] (di seguito: [...]) nella quale sono indicate le caratteristiche riguardante la fornitura di un modello T6 del marchio VW NF richiesto nel quadro di una commessa pubblica su incarico diretto, insieme alla relativa offerta di AMAG Sorengo.³³⁷ L'email del collaboratore [...] contiene il messaggio seguente: *"Ciao [...] [...], di AMAG Sorengo, già sicuro del raddoppio ti mango le caratteristiche necessarie per un altro furgone [...]"*. Nell'oggetto dell'email di [...] (AMAG Sorengo) è indicato quanto segue: *"da dare per favore a [...] [...], di Garage Maffei] – urgente !!!!"*.³³⁸

147. Tramite email [...] 2016 [...] (Garage Maffei) inoltra a [...] (AMAG Sorengo) le caratteristiche riguardante la fornitura di un modello T6 del marchio VW NF richiesto nel quadro di una commessa pubblica su incarico diretto indetta [...], con il messaggio seguente: *"Come convenuto con [...] [...], di Garage Maffei] [...]"*.³³⁹

³¹⁹ Atto XIV.A.13, allegato 258.

³²⁰ Ibid.

³²¹ Atto XIV.A.13, allegato 258.

³²² Atto XIV.A.13, allegato 259.

³²³ Ibid.

³²⁴ Atto XIV.A.13, allegato 260.

³²⁵ Atto XIV.A.1, allegato 1.

³²⁶ Atto XIV.A.1, pag. 3, allegati 2–5.

³²⁷ Atto XIV.A.1, allegato 6.

³²⁸ Atto XIV.A.1, allegati 8–10.

³²⁹ Atto XIV.A.1, allegato 7.

³³⁰ Atto XIV.A.1, pagg. 3 seg.

³³¹ Atto XIV.A.1, pag. 4.

³³² Ibid.

³³³ Atto III.6, n. marg. 155–159, 161–163, 186, 244, 246.

³³⁴ Atto III.6, n. marg. 132–134, 143–153, 182–184, 298–301, 331–332, 350–351.

³³⁵ Atto III.6, n. marg. 139–145, 177–178, 337–339, 349.

³³⁶ Atti II.25, pag. 154, II.26, pagg. 23–25, II.177–178, II.195, II.197–206, II.218, XIV.A.1, pagg. 4–5 e allegati 11–16, XIV.A.13, pagg. 7–10 e allegati 254–258, 261–263.

³³⁷ Atto XIV.A.13, allegato 254.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Atto XIV.A.13, allegato 255.

Tramite email del [...] 2016 [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] (Garage Maffei) l'offerta di AMAG Sorengo per [...] riguardante un modello T6 del marchio VW NF e un'offerta di una carrozzeria specializzata relativa alle modifiche richieste dal committente.³⁴⁰ Nel suo email [...] (AMAG Sorengo) scrive:

“Ecco l'offerta

*Per la ripresa pensaci tu [...]”.*³⁴¹

148. Con email [...] 2017, [...] (Garage Maffei) inoltra ad [...] (AMAG Sorengo) le caratteristiche riguardante la fornitura di un modello T6 del marchio VW NF richiesto nel quadro di una commessa pubblica su un incarico diretto indetta [...] e l'offerta che Garage Maffei intende presentare.³⁴² Nell'email ad [...] (AMAG Sorengo), [...] (Garage Maffei) scrive:

“[...] ecco il veicolo che voglio proporre al [...] [...]”.

Per la ripresa del T5 ho intenzione di offrire fr. 3'000.00 (vanno bene?)

*Attendo tue notizie [...]”.*³⁴³

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] (Garage Maffei) un'offerta del [...] 2017 riguardante un modello T6 del marchio VW NF presentata da AMAG Sorengo [...], insieme a un'offerta di una carrozzeria specializzata relativa alle modifiche richieste dal committente. L'email di [...] (AMAG Sorengo) contiene il messaggio seguente: *“Chiamam”*.³⁴⁴

149. Contrariamente all'opinione espressa da AMAG³⁴⁵, lo scambio di informazioni e la coordinazione delle condizioni di vendita andava ben al di là di ciò che rientra in un usuale rapporto contrattuale tra un partner di vendita del sistema di distribuzione di AMAG e un partner commerciale o nella possibilità di sfruttare le conoscenze e l'esperienza di [...] (AMAG Sorengo) in merito alle sovrastrutture e ai veicoli commerciali. I documenti probatori (tra cui anche quelli menzionati precedentemente, v. n. marg. 145–148) dimostrano in effetti che Garage Maffei otteneva informazioni e cooperazione da parte di AMAG Ticino per l'allestimento dei prezzi delle offerte nell'ambito di commesse pubbliche [...] indette su incarico diretto.³⁴⁶

150. Dagli atti risulta che questo tipo di cooperazione è pure avvenuta in un'occasione nel [...] del 2009 tra AMAG Ticino e Garage Weber-Monaco, i quali hanno convenuto le condizioni di vendita (compreso il prezzo finale) dell'offerta da presentare nell'ambito di un incarico diretto riguardante la fornitura di un veicolo commerciale del marchio VW modello T5 per [...].³⁴⁷

B.3.2.4 Coinvolgimento delle singole parti al procedimento

151. Sulla base delle risultanze istruttorie emerge che le parti al procedimento coinvolte nelle strategie di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche descritte sopra, nel periodo dal 2006 al 2018, sono **AMAG Ticino**, **Gruppo Karpf**, **Garage Maffei**, **Garage Nessi** (dal 2006 al 2009) e **Tognetti Auto**. In relazione al periodo tra il 2006 e il 2009, ciò risulta dai mezzi probatori trasmessi da AMAG nell'ambito dell'autodenuncia.³⁴⁸ Negli anni successivi al 2009 il coinvolgimento delle imprese menzionate sopra è testimoniato da diversi mezzi probatori,

raccolti nel quadro delle perquisizioni e forniti da AMAG nell'ambito dell'autodenuncia, come alcuni capitoli dei concorsi pubblici sui quali figurano i nomi delle imprese implicate (v. esempio n. marg. 133)³⁴⁹, scambi di email³⁵⁰ e le dichiarazioni delle persone sentite durante le audizioni³⁵¹.

152. Come è dimostrato nei paragrafi successivi (v. n. marg. 154 segg.), AMAG Ticino ricopriva un ruolo di primo piano. Garage Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi e Tognetti Auto hanno partecipato alle strategie di cooperazione concordate, fornendo sostegno a vario titolo.

153. Per quanto riguarda Autoronchetti e Garage Weber-Monaco, non vi sono elementi che indicano che queste imprese fossero coinvolte nelle cooperazioni nell'ambito delle commesse pubbliche (salvo per quanto riguarda un incarico diretto nel caso di Garage Weber-Monaco; v. n. marg. 150), né che abbiano partecipato a delle commesse pubbliche indette tramite procedura libera o procedura ad invito.³⁵² Tuttavia, Garage Weber-Monaco ha riconosciuto che una delle componenti del piano globale messo in atto tra il 2006 e il 2018 al quale ha partecipato era la cooperazione nel quadro delle commesse pubbliche (v. n. marg. 57).³⁵³

B.3.2.4.1 AMAG

154. Dalla documentazione agli atti emerge che AMAG Ticino ha partecipato alle cooperazioni riguardanti le commesse pubbliche, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 115 segg., 128 segg. e mezzi di prova citati).

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ XIV.A.13, allegato 255.

³⁴² Atto XIV.A.13, allegato 261.

³⁴³ Ibid.

³⁴⁴ Atto XIV.A.13, allegato 262.

³⁴⁵ V. ad esempio XIV.A.13, pag. 10.

³⁴⁶ Atti II.25, pag. 154, II.26, pagg. 23–25, II.177–178, II.195, II.197–206, II.218, XIV.A.1, pagg. 4–5 e allegati 11–16, XIV.A.13, pagg. 7–10 e allegati 254–258, 261–263.

³⁴⁷ Atto XIV.A.9, pag. 14 e allegati 163–165.

³⁴⁸ Atto XIV.A.9, allegati 102–162.

³⁴⁹ Cfr. atti II.19, pagg. 56–103, 210–238; II.22, pagg. 234, 237, 239, 257; XIV.A.9, allegato 171; XIV.A.1, allegati 21–22; XIV.A.7, allegati 68, 70, 71–72, 83–99.

³⁵⁰ Cfr. atti II.39; II.47; II.68–70; II.74–80; II.109–140; II.157; II.161–165; II.176–178; XIV.A.1, allegati 3–5; XIV.A.4, allegato 28; XIV.A.7, allegati 65, 69–70, 76–78, 81, 83–98; XIV.A.13, allegati 236–237, 239, 248–249, 252, 259; XIV.A.27, allegati 560–561, 565.

³⁵¹ Cfr. atti III.4, n. marg. 134–352, 402–418; III.5, n. marg. 132–134, 150–163, 680–682, 701–704; IV.2, n. marg. 233–235; 287–288–286, 300–301; IV.7, n. marg. 149–186; 202, 220–224, 232–244, 256–267.

³⁵² Per quanto riguarda Garage Weber-Monaco, dagli atti risulta unicamente che nel quadro di una commessa pubblica del 2012 indetta da [...], [...] (AMAG Sorengo) ha trasmesso le offerte di AMAG Ticino per i veicoli in gara a [...] (Garage Maffei), pregando quest'ultimo di trasmetterle a [...] (Garage Weber-Monaco) (atti V.C.86–87; XIV.A.27, allegati 560–562). Tuttavia, le indagini svolte nel corso dell'inchiesta non hanno permesso di stabilire il motivo di questa richiesta da parte di [...] (AMAG Sorengo).

³⁵³ Atto XVII.C.4.

155. Durante questo periodo AMAG Ticino ha assunto un ruolo di primo piano, svolgendo un'ampia attività organizzativa e di coordinazione dell'intesa sin dal 2006.³⁵⁴ La documentazione istruttoria dimostra un ruolo guida di AMAG Ticino, svolto tramite [...] di AMAG Ticino, [...], e [...] presso AMAG Sorengo, [...]. AMAG Ticino è stato il motore propulsore nella creazione e nell'organizzazione delle strategie di cooperazione. Questo ruolo è testimoniato dalla corrispondenza elettronica acquisita nel corso delle perquisizioni³⁵⁵ e fornita nel quadro dell'autodenuncia³⁵⁶, la quale conferma come AMAG Ticino si occupasse dal punto di vista organizzativo di mettere in atto le strategie di cooperazione convenute, trasmettendo le proprie offerte agli altri concessionari o partner commerciali implicati e fornendo loro le indicazioni necessarie all'attuazione del meccanismo concordato per la ripartizione delle commesse pubbliche, dei veicoli in gara e delle vincite risultanti dalle aggiudicazioni.

156. A titolo illustrativo, sono riportati qui di seguito degli scambi di email (in parte già menzionati precedentemente) che dimostrano il ruolo centrale assunto da AMAG Ticino e dai quali emerge che quest'ultimo non solo fungeva da punto di riferimento, gestendo e trattando le domande delle altre imprese coinvolte, ma coordinava e metteva in atto la cooperazione stabilita, garantendo il suo funzionamento.

157. In relazione a un concorso pubblico cantonale [...] 2006 indetto [...] per l'acquisto di [...] veicoli con termine per l'inoltro delle offerte [...] 2006³⁵⁷, tramite email [...] 2006 [...] (AMAG Bellinzona) invia [...] (AMAG Sorengo) un aggiornamento riguardante le offerte per alcuni veicoli in gara.³⁵⁸ Su una copia di questo email vi sono le annotazioni scritte a mano di [...] (AMAG Sorengo) seguenti: *"Fare lettera per Filtro"*.³⁵⁹ In uno scambio di email successivo del [...] 2006 [...] (Tognetti Auto) si rivolge a [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Ticino) in relazione al concorso pubblico di cui sopra affermando: *"[...] oggi il [...] [...] di AMAG Bellinzona ha chiamato il mio collega per il concorso del [...]; io ero rimasto che SOLO 1 di noi li faceva e poi si vedeva come dividere le eventuali auto... Non è più così ? [...] PS: X IL CONCORSO 2005 non abbiamo più saputo niente"*.³⁶⁰ [...] (AMAG Ticino) trasmette l'email di [...] (Tognetti Auto) ad [...] (AMAG Sorengo) e chiede: *"si tratta di quello che hai finito oggi? fammi sapere"*.³⁶¹ [...] (AMAG Sorengo) risponde: *"e' quello che ho finito oggi !! ho fatto ancora tutto io, e ho distribuito a amag bzona [AMAG Bellinzona] per farli trasmettere a chi di dovere"*.³⁶² Tramite email del [...] 2006 indirizzato a [...] (Tognetti Auto), e con [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Ticino) in copia per conoscenza, [...] (AMAG Sorengo) dichiara: *"con riferimento alla tua e mail, ti confermo che non si e' ma deciso che i concorsi li faceva solo uno, e le auto che si potevano fare venivano distribuite. Abbiamo sempre fatto, e quest'anno non e' cambiato nulla, che io facevo la preparazione di tutto, e voi dovevate copiare e trasmettere [...]. Per il concorso 2005, non è stato aggiudicato niente alle nostre marche. speriamo qualcosa quest'anno !!!!!"*.³⁶³ Qualche ora più tardi, [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] AMAG Bellinzona) un progetto di dichiarazione secondo cui i veicoli offerti possono essere forniti anche con filtro antiparticolato.³⁶⁴ Nell'oggetto dell'email è indicato: *"Da fare su carta tua intestata !! Ciao testina!!"*.³⁶⁵

Da quanto si evince dalle decisioni di aggiudicazione riguardanti il concorso pubblico del [...] 2006, sia AMAG Bellinzona sia AMAG Lugano|Sorengo hanno presentato delle offerte per dei veicoli dei marchi VW NF.³⁶⁶ Tuttavia, tramite email [...] 2006 [...] (AMAG Ticino) decide di cambiare strategia e istruisce [...] (AMAG Sorengo) sul modo di procedere in relazione ai futuri concorsi pubblici:

"[...] per quanto riguarda i concorsi Cantionali che vengono iscritti sul foglio ufficiale si procede come segue:

Veicoli commerciali:

Noi GCL, [...], chiediamo il Capitolato entro la scadenza

Comunichiamo a [...] e [...] che ci siamo iscritti al concorso

Compiliamo tutti i documenti e lo inoltriamo all'indirizzo competente

Ci occupiamo "in collaborazione con [...]) della valutazione dei veicoli in permuta

Se dovessimo vincere il concorso, le vetture verranno distribuite seconde il buon senso e una ponderazione JAZ. Il Garage Cassarate, nel caso in cui non ricevesse alcuna vettura, emetterà una fattura per Il trattamento dell'incarto di Fr. 500.- al concessionario designato.

Inoltre consegnerà la vettura del concessionario designato, con un margine di copertura da definire sul momento.

Vetture:

Noi GCL, [...], chiediamo il Capitolato entro la scadenza

Comunichiamo a [...] e ai concessionari ufficiali della marca che ci siamo iscritti al concorso

Compiliamo tutti i documenti e lo inoltriamo all'indirizzo competente

Ci occupiamo (in collaborazione con [...]) della valutazione dei veicoli in permuta

³⁵⁴ Cfr. in particolare atto XIV.A.9, pagg. 4 segg., allegati 106–162. V. pure atti III.4, n. marg. 285–286, 300–301; IV.2, n. marg. 202–235, 244–247; XIV.A.27, allegato 559.

³⁵⁵ Cfr. in particolare atti II.39, II.70 e II.109–140; V.B.35; V.B.43–44; V.C.25–26; V.C.32; V.C.48; V.C.50; V.C.64–65; V.C.75–79; V.C.85; V.C.103–106; V.C.111; V.C.119; V.F.23; V.F.31–32; V.F.36.

³⁵⁶ Cfr. in particolare atti XIV.A.1, allegati 2–5; XIV.A.4, allegato 28; XIV.A.7, allegati 65, 69, 70, 77–78, 83–98; XIV.A.9, allegati 106–162.

³⁵⁷ Atto XIV.9, allegati 102–103.

³⁵⁸ Atto XIV.9, allegato 104.

³⁵⁹ Atto XIV.9, pag. 3 e allegato 104.

³⁶⁰ Atto XIV.A.27, allegato 559.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Atto XIV.A.27, allegato 559.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Atto XIV.9, allegato 105.

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Atto XIV.9, allegati 102–103.

Se dovessimo vincere il concorso, le vetture verranno distribuite secondo il buon senso e una ponderazione JAZ.

Il Garage Cassarate. nel caso in cui non ricevesse alcuna vettura, emetterà una fattura per il trattamento dell'incarto di Fr. 500.- al concessionario designato.

Inoltre consegnerà la vettura del concessionario designato, con un margine di copertura da definire sul momento.

Per i dettagli discutiamone al nostro prossimo incontro [...]".³⁶⁷

Con email del [...] 2006 [...] (AMAG Sorengo) informa [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Bellinzona) che il Cantone Ticino ha aggiudicato quattro dei veicoli in gara ad AMAG Bellinzona ed escluso le offerte di AMAG Sorengo a causa di un errore nell'indirizzo.³⁶⁸ Il [...] [...] (AMAG Ticino) invia un email a [...] (AMAG Ticino), con in copia per conoscenza [...] (AMAG Sorengo) e [...] (AMAG Lugano), con il contenuto seguente: "[...] come discusso [ho] dato ordini ad [...] di prendere contatto con [...] per la scelta dei veicoli da ordinare, distribuiti come accordi a: noi 2 veicoli, voi e Tognetti 1 veicolo [...]".³⁶⁹

158. In un'email del [...] 2006, in cui [...] (Tognetti Auto) è in copia per conoscenza, [...] (AMAG Ticino) domanda a [...] (AMAG Ticino) di richiedere il capitolato del nuovo concorso [...] e di concorrere come concordato con il "Gruppo Concessionari": "[...] Ti rammento il nuovo concorso ([...]) sul [...]. Come accordato con Gruppo Concessionari, domanda capitolato, e concorri. a nome di tutti ti ringrazio".³⁷⁰

159. Tramite email del [...] 2007 [...] (Garage Nord-Sud) scrive ad [...] (AMAG Sorengo): "[...] in una delle ultime riunioni fatte con [...] [...], di AMAG Ticino³⁷¹ avevamo stabilito che ai concorsi cantonali partecipavano solo i concessionari di marca che si dividevano poi a rotazione gli eventuali appalti".³⁷²

160. Dal protocollo della riunione [...] 2007 durante la quale si è discusso il modo di procedere in relazione alle commesse pubbliche tra le imprese coinvolte (n. marg. 120) risulta che il proponente e il responsabile dell'incontro erano [...] (AMAG Ticino) rispettivamente [...] (AMAG Bellinzona).³⁷³

161. Tramite email del [...] 2007 [...] (Tognetti Auto) scrive /a [...] (AMAG Ticino): "[...] non mi ricordo più come eravamo rimasti per il concorso [...]: chi di noi manda l'offerta? E il [...] [...], di Garage Karpf] lo fa separatamente? [...]".³⁷⁴ Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) risponde: "Visti i rischi COMCO con una comunicazione di questo genere, ti rispondo che fa tutto [...] e invia un messaggio ai 7 concessionari se VW e se Audi ai 4 concessionari, indicando che "la procedura per il capitolato n+ xy è stata avviata".³⁷⁵

162. Riguardo a un concorso pubblico per la fornitura di nove veicoli [...] del [...] (v. n. marg. 125), tramite email del [...] 2007 indirizzata ad [...] (AMAG Sorengo), con in copia per conoscenza [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Ticino) scrive:

"in accordo con [...] e considerata anche la fornitura dei 3 veicoli x il cantone nell'ultimo concorso, abbiamo deciso di distribuire equamente i 9 veicoli assegnati.

3x Amag Garage Cassarate

3x Amag Bellinzona

3x Tognetti SA

alle condizioni seguenti:

- non appena avremo la delibera finale e i veicoli ci saranno attribuiti per la produzione, comunicheremo a Bellinzona e a Gordola i numeri AMAG da ritirare

- i veicoli sono da fatturare a noi con il 16% pieno deducendo Fr.500.- per le spese di gestione a nostro favore

- senza spese di consegna

Inoltre, nel caso in cui i veicoli fossero disponibili prima della fine dell'anno, Bellinzona e Gordola saranno liberi di chiedere la fattura per il 2007 o per il 2008.

[...] si preoccuperà di comunicare quanto sopra al signor [...] e richiedere un suo accordo.

Ricevuto il benestare finale procederemo come deciso [...]".³⁷⁶

Tramite email [...] 2007 [...] (AMAG Ticino) informa [...] (AMAG Ticino): "[...] confermo accordo per furgoni ([...]) da parte [...] [...], di Tognetti Auto] viene accettato il tutto e ci ringrazia. Vedete voi la gestione del tutto. [...]".³⁷⁷ A seguito di un ritardo da parte di Tognetti Auto nell'ordinazione dei veicoli attribuiti, [...] (AMAG Sorengo) scrive per email a [...] (Tognetti Auto): "[...] noto con stupore che i 3 veicoli che ti avevo chiesto di prendere dal DWB, non sono ancora stati presi dalla tua disponente !!! Cosa è successo ??? Per far funzionare tutto a dovere questo tipo di commesse, e bene che, se vengono date delle istruzioni, nei limiti del possibile vengano rispettate !! Se ci sono problemi, ti prego di comunicarmelo in tempo utile. Grazie per una tua pronta risposta [...]".³⁷⁸

163. In relazione a un concorso pubblico indetto [...] il [...] 2008 per la fornitura di ventidue veicoli³⁷⁹, con email [...] 2008 [...] (AMAG Ticino) scrive ad [...] (AMAG Sorengo):

"Ricordati di comunicare a tutti i conc. VW

[...]

³⁶⁷ Atto XIV.A.9, allegato 106.

³⁶⁸ Atto XIV.A.9, allegato 107.

³⁶⁹ Ibid.

³⁷⁰ Atto XIV.A.9, allegato 111.

³⁷¹ [...] aveva assunto la direzione della regione Sottoceneri di AMAG Ticino negli anni [...] (v. n. marg. 10).

³⁷² Atto XIV.A.9, allegato 140.

³⁷³ Atto XIV.A.9, allegato 117.

³⁷⁴ Atto XIV.A.9, allegato 118.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Atto XIV.A.9, allegato 134.

³⁷⁷ Atto XIV.A.9, allegato 135.

³⁷⁸ Atto XIV.A.9, allegato 138.

³⁷⁹ Atto XIV.A.9, allegato 141.

[...].

[...].

[...].

[...]

che abbiamo richiesto il capitolato e procediamo noi....

*non scrivere troppo per non esporci [...].*³⁸⁰

164. Riguardo a un concorso pubblico indetto [...] il [...] 2009 per la fornitura di diciannove veicoli³⁸¹, con email del [...] 2009 [...] (Tognetti Auto) scrive a [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Ticino): “[...] è uscito un concorso: come facciamo ? chi lo manda e chi lo prepara ? [...]”.³⁸² Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) inoltra l’email di [...] (Tognetti Auto) ad [...] (AMAG Sorengo) e chiede: “[...] di che concorso si tratta? Gli ultimi chi li ha inoltrati? [...]”.³⁸³ Tramite email [...] 2009, dove [...] (AMAG Ticino) è in copia per conoscenza, [...] (AMAG Ticino) risponde a [...] (Tognetti Auto):

“[...] Se permetti questo concorso vorrei prepararlo e inoltrarlo io.

Poi faremo a rotazione

Lugano [AMAG Lugano]

Gordola [Tognetti Auto]

Bellinzona [AMAG Bellinzona]

Per l’attribuzione dei veicoli procederemo come concordato.

*Attendo cortese riscontro. [...].*³⁸⁴

Qualche minuto più tardi [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (AMAG Ticino): *“Sì, [...] ha parlato con [...] ...lui procederà con la preparazione del capitolato...”*.³⁸⁵

Segue immediatamente la risposta di [...] (Tognetti Auto) a [...] (AMAG Ticino): “[...] per me è uguale: in ogni caso ti avrei chiesto di prepararlo, almeno per i furgoni. Credo comunque che la ditta “Tognetti” abbia diverse possibilità di vedersi “aggiudicare” dei veicoli visto che sono almeno 4-5 anni che non facciamo più concorsi. Per me non è assolutamente un problema. Per favore conferma. [...]”.³⁸⁶

[...] 2009 [...] (Tognetti Auto) scrive ancora a [...] (AMAG Ticino): “[...] mi potresti dare una risposta “definitiva” per chi di noi inoltra il concorso ? [...]”.³⁸⁷ Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) invia un’email a [...] (Tognetti Auto), con [...] (AMAG Ticino) in copia per conoscenza e [...] (AMAG Sorengo) in copia per conoscenza nascosta, nel quale scrive:

“Ciao [...], hai ragione scusami. Ho pensato di seguire il tuo consiglio e procedere come segue:

- *Lugano [AMAG Lugano], Bellinzona [AMAG Bellinzona] e Gordola [Tognetti Auto] richiedono il concorso in oggetto*
- *[[...]] [...] [AMAG Sorengo] prepara tutta la documentazione e la inoltra a [...] [[...]] di Tognetti Auto]*
- *[...] [[...]] di Tognetti Auto] inoltra l’offerta di concorso al cantone*

*Per l’attribuzione e la fatturazione seguiremo la solita procedura [...].*³⁸⁸

A seguito dell’aggiudicazione, [...] (Tognetti Auto) scrive per email a [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Ticino): “[...] come previsto dal Sig. [[...]] [...] [AMAG Sorengo], abbiamo ricevuto “solo” i 2 furgoni: dobbiamo aspettare ancora le 2 settimane per la facoltà di ricorso. Per quanto concerne le altre vetture, vi allego una decisione dove credo si possa pensare che i “colleghi” di alcune marche non conoscano la legge sui cartelli... Ditemi volti come volete fare per i 2 T5 [...]”.³⁸⁹ [...] (AMAG Ticino) risponde il [...] 2009: “[...] beh anche noi non siamo proprio senza macchia! Almeno noi non diamo troppo nell’occhio...Ho guardato le cifre di fine maggio e sia Lugano che Bellinzona sono al 82% dell’obiettivo. [...], tu come sei messo? Penso che la distribuzione dei due veicoli vada fatta secondo i Budget ma anche in base al grado di raggiungimento degli obiettivi. Cosa ne pensate? [...]”.³⁹⁰

Con email [...] 2009 [...] (Tognetti Auto) scrive a [...] (AMAG Ticino):

“[...] il termine è scaduto, quindi possiamo/dobbiamo ordinare i veicoli. Se come da email sotto [email di [...]] del [...] 2009 menzionata sopra], dovrete ordinarli voi

Ditemi come volete procedere.

Inoltre sabato è uscito un nuovo concorso per i [...] (5 veicoli): come pensate di fare ?

*Aspetto vostre info ? [...].*³⁹¹

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) scrive per email ad [...] (AMAG Sorengo): *“E’ uscito un nuovo concorso [...]? E’ quello di cui mi avevi già accennato? [[...]] [...] [Tognetti Auto] è già passato alla carica. [...]”*.³⁹²

[...] (AMAG Ticino) risponde per email a [...] (Tognetti Auto) il 9 giugno 2009:

“Ottimo grazie!

Scusa la risposta tardiva, una volta ricevuto il foglio di aggiudicazione procediamo con l’ordine dei veicoli.

Successivamente comunicheremo a [...] il no Amag attribuito a Bellinzona.

Sulla fattura di Lugano [AMAG Lugano] e Bellinzona [AMAG Bellinzona] figurerà quindi uno sconto straordinario di Fr [...] - (corrispondente al premio che riceviamo da Amag per l’azione Stock).

Grazie per la collaborazione”.³⁹³

³⁸⁰ Atto XIV.A.9, allegato 145.

³⁸¹ Atto XIV.A.9, allegato 148.

³⁸² Atto XIV.A.9, allegato 149.

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Atto XIV.A.9, allegato 150.

³⁸⁵ Atto XIV.A.9, allegato 151.

³⁸⁶ Atto XIV.A.9, allegato 152.

³⁸⁷ Atto XIV.A.9, allegato 154.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Atto XIV.A.9, allegato 156.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Atto XIV.A.9, allegato 157.

³⁹² Atto XIV.A.9, allegato 158.

³⁹³ Ibid.

In relazione al concorso pubblico indetto [...] il [...] 2009 per la fornitura di cinque veicoli per [...], al quale fa riferimento [...] (Tognetti Auto) nella sua email [...] 2009, tramite email del [...] 2009 [...] (AMAG Sorengo) comunica a [...] (AMAG Ticino), [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Ticino) e [...] (Tognetti Auto) quanto segue:

“Ho esaminato i documenti (capitolato) inerenti alla fornitura del 5 veicoli per [...]. Purtroppo, questa volta, hanno voluto agevolare un'altra casa automobilistica. Le caratteristiche richieste sono chiaramente per altri veicoli. Credo sia inutile inoltrare capitolati per veicoli della nostra gamma, perché hanno caratteristiche tecniche troppo differenti o addirittura inesistenti da quelli richieste. Rimango come sempre a Vostra disposizione per chiarimenti [...]”.³⁹⁴

165. Riguardo ad un concorso pubblico [...] del [...] 2010 (v. n. marg. 134), su proposta di [...] (AMAG Sorengo), [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Bellinzona) si accordano per stabilire la ripartizione degli autoveicoli aggiudicati (v. n. marg. 134). Tramite email del [...] 2010 di [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (AMAG Bellinzona):

“Considerato quanto discusso, il grado attuale di raggiungimento degli obiettivi e la previsione degli ordini [...] attribuiti a Bellinzona, ti propongo la seguente distribuzione degli 8 veicoli assegnati:

2 veicoli Garage Maffei

2 veicoli [AMAG] Bellinzona

4 veicoli [AMAG] Sorengo

Fammi sapere [...]”.³⁹⁵

Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Bellinzona) risponde: *“[...] Per me OK [...]”*.³⁹⁶

166. In relazione a un concorso pubblico [...] [...] 2011 (v. n. marg. 135), tramite email del [...] 2011 [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] (Tognetti Auto) i capitolati di AMAG Ticino riguardanti le offerte per diversi veicoli in concorso e il messaggio seguente:

“[...] Ti allego i capitolati come discusso

se hai bisogno chiamami senza problemi [...]”.³⁹⁷

167. In relazione a un concorso pubblico [...] del [...] 2012 (v. n. marg. 136), con email del [...] 2012 [...] (AMAG Sorengo) trasmette a [...] (AMAG Ticino) un progetto di email all'indirizzo di Tognetti Auto con una proposta per un modo di procedere coordinato (v. n. marg. 136). Dopo avere ottenuto l'accordo di [...] (AMAG Ticino), il 12 aprile 2012 [...] (AMAG Sorengo) invia le offerte di AMAG Ticino a [...] (Tognetti Auto) e a [...] (AMAG Bellinzona), comunicando: *“chiamatemi che vi spiego [...]”* (v. n. marg. 136).

168. Con email del [...] 2012 [...] (Tognetti Auto) si rivolge a [...] (AMAG Sorengo) per sapere come procedere in relazione ad una commessa pubblica indetta [...] tramite procedura ad invito per la fornitura di sei veicoli per [...]: *“[...] Ricevuto da [...] x 1 crafter e diverse yeti. Anche voi ? [...]”*.³⁹⁸ In un primo momento, [...] (AMAG Sorengo) risponde: *“si caro come facciamo ? [...]”*.³⁹⁹ Successivamente con email del [...] 2012 [...] (AMAG Sorengo) trasmette a Garage Maffei un'offerta di AMAG Ticino relativa a un modello VW Crafter.⁴⁰⁰ Nell'oggetto di questo

email è scritto: *“capitolato 1 Crafter Furgone+ 5 Skoda Yeti per [...] – Fai come discusso per favore e avvisa se e' arrivata e mail”*.⁴⁰¹ Con email del [...] 2012 [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] (Tognetti Auto) senza commenti le offerte di AMAG Ticino per i modelli Škoda Yeti.⁴⁰²

169. Il ruolo di primo piano assunto da AMAG Ticino emerge anche da alcune delle dichiarazioni rese nell'ambito delle audizioni:

– Durante l'audizione in qualità di testimone del [...] 2019 [...] [...] ha dichiarato: *“[...] Per quanto concerne le commesse pubbliche, c'era una centralizzazione per la preparazione e l'invio delle offerte che era fatta e gestita da AMAG Sorengo, dove le commesse pubbliche venivano preparate e allestite da loro. [...] Si avvertiva gli altri concessionari dell'apertura di un concorso, poi l'allestimento era preparato da AMAG Sorengo. [...] Se la commessa pubblica andava in porto, c'era una ripartizione che veniva effettuata secondo il metodo spiegato in precedenza. Era un modo di procedere gestito da AMAG Sorengo. [...] Un concessionario poteva fare dei concorsi autonomamente, ma normalmente veniva tutto gestito da AMAG regione Ticino. [...]”*.⁴⁰³

– In relazione alla cooperazione nel quadro delle commesse pubbliche, sentito in qualità di testimone il 3 aprile 2019, [...] (Garage Maffei) si è espresso nel modo seguente: *“[...] Io ricevo le offerte da AMAG Sorengo che ci trasmettono tramite email. In seguito, io le giro al mio datore di lavoro, [...]. Io mi limito a fare un lavoro amministrativo. [...] Loro ci preparano già le offerte per il committente. Anche perché molte offerte sono complicate. Ci vuole una persona specifica che possa preparare queste offerte. Questa persona è [...]. Noi riceviamo queste offerte da AMAG Sorengo [...]”*.⁴⁰⁴

170. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, AMAG ha affermato che la cooperazione tra AMAG Ticino e Garage Maffei nell'ambito degli incarichi diretti (v. n. marg. 143 segg.) sarebbe avvenuta su esplicita indicazione del committente cantonale.⁴⁰⁵ Ciò risulterebbe segnatamente da un'email del [...] 2016 inviato da [...], collaboratore [...], ad [...] (AMAG Sorengo) riguardante un incarico diretto del [...] 2016 e contenente il messaggio seguente:

“ho guardato l'offerta finale, per me va bene, puoi far fare la stessa offerta anche a Maffei. Se riesce per martedì a mezzogiorno sarebbe ottimo. [...]”.⁴⁰⁶

³⁹⁴ Atto XIV.A.9, allegato 161.

³⁹⁵ Atto XIV.A.9, allegato 177.

³⁹⁶ Atto XIV.A.9, allegato 178.

³⁹⁷ Atto II.39. V. pure atto XIV.A.7, allegati 63–65.

³⁹⁸ Atto II.76. V. pure atto XIV.A.7, allegato 76.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Atto II.78. V. pure atto XIV.A.7, allegato 78.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Atto 79. V. pure XIV.A.7, allegato 77.

⁴⁰³ Atto IV.2, n. marg. 202–205, 214–215, 226–227, 234–235.

⁴⁰⁴ Atto IV.7, n. marg. 149–150, 153–156.

⁴⁰⁵ Atto XIX.90, n. marg. 177.

⁴⁰⁶ Atto II.198. V. pure XIV.A.1, allegato 12.

171. Secondo AMAG, i termini utilizzati da [...] ([...]) nell'email menzionato sopra indicherebbero che il Cantone Ticino era a conoscenza e in parte promuoveva la cooperazione riguardante gli incarichi diretti tra le imprese implicate, assumendo così un ruolo determinante.⁴⁰⁷

172. Contrariamente alle affermazioni di AMAG, non vi sono elementi che indicano che la cooperazione in materia di incarichi diretti tra AMAG Ticino e Garage Maffei sia nata su istruzione o indicazione del Cantone Ticino. Al contrario, come risulta dai mezzi probatori a disposizione e parzialmente menzionati sopra (v. n. marg. 146 segg.), tale cooperazione avveniva già precedentemente all'email del [...] 2016 e, perlomeno, dal 2015.⁴⁰⁸ Anche nel quadro della cooperazione del settembre 2009 tra AMAG Ticino e Garage Weber-Monaco (v. n. marg. 150 e mezzi di prova citati) non emergono indizi di un coinvolgimento del Cantone Ticino.

173. Inoltre, durante l'audizione del 28 novembre 2018, interrogato sul motivo per il quale nell'email del [...] 2016 [...] ([...]) chiede ad [...] (AMAG Sorengo) di *"far fare la stessa offerta anche a Maffei"*, [...] (Garage Maffei) ha esplicitamente affermato di essere stato lui a richiedere aiuto ad [...] (AMAG Sorengo)⁴⁰⁹, dichiarando in particolare quanto segue:

*"Perché questo veicolo è talmente complicato che non sarei riuscito a farlo da solo. Mi sono fatto fare l'offerta, siccome lui ne aveva già fatta una".*⁴¹⁰

Ciò è confermato dalle stesse dichiarazioni di [...] (AMAG Sorengo) durante l'audizione del 29 novembre 2018, secondo cui è stato [...] (Garage Maffei) a chiedergli aiuto e che tale richiesta sarebbe stata veicolata tramite [...] ([...]), dopo che l'incarico diretto era stato assegnato a Garage Maffei:

*"Il Cantone l'ha probabilmente aggiudicato a Maffei e lui mi ha chiesto aiuto. [...] [...] [...] mi ha chiesto di fare un'offerta per Maffei [Garage Maffei] perché lui non era in grado di farlo. L'offerta a Maffei l'ho fatta io. È chiaro che [...] ha ricopiato l'offerta che gli ho mandato".*⁴¹¹

174. Infine, anche dopo maggio 2016 vi sono state cooperazioni di questo genere tra AMAG Ticino e Garage Maffei. Dagli atti non risultano elementi che portano a credere all'esistenza di istruzioni o indicazioni fornite dal Cantone Ticino tendenti a promuovere o facilitare tali comportamenti.⁴¹²

175. Sulla base delle considerazioni esposte sopra, AMAG non può essere seguita laddove reputa che il Cantone Ticino abbia assunto un ruolo determinante nell'ambito della cooperazione riguardante gli incarichi diretti.

B.3.2.4.2 Gruppo Karpf

176. Per quanto riguarda Gruppo Karpf, il suo coinvolgimento nelle strategie di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche è testimoniato da diverse evidenze agli atti illustrati qui di seguito.

(i) Gli anni dal 2006 al 2009

177. Come emerge dai mezzi di prova esposti ai n. marg. 117–120, Garage Karpf (all'epoca dei fatti già concessionario del marchio VW PW, v. n. marg. 13) faceva

parte del gruppo di concessionari coinvolti nella cooperazione riguardante i concorsi pubblici nel periodo tra il 2006 e il 2009. In tale documentazione emerge l'esistenza di un *"Gruppo Concessionari"*⁴¹³, di *"accordi intrapresi nelle ultime riunioni fatto con gli agenti Ticino"*⁴¹⁴, di incontri in cui era stato stabilito che *"ai concorsi cantonali partecipavano solo i concessionari di marca che si dividevano poi a rotazione gli eventuali appalti"*⁴¹⁵ e di un protocollo di riunione che riporta la decisione sul modo di comunicare e i nomi dei concessionari partecipanti alla cooperazione, tra cui è indicato Garage Karpf⁴¹⁶.

178. Garage Karpf figura anche tra i destinatari delle comunicazioni di [...] (AMAG Sorengo) concernenti le procedure per i concorsi pubblici così come stabilito nella riunione del 16 marzo 2007 (v. n. marg. 120).⁴¹⁷

179. Il coinvolgimento di Garage Karpf alla cooperazione tra gli anni 2006 e 2009 è pure testimoniato dallo scambio di email del [...] 2007 riportato precedentemente (n. marg. 161) nel quale [...] (Tognetti Auto) chiede a [...] (AMAG Ticino), se [...] (Garage Karpf) avrebbe mandato l'offerta separatamente, e [...] (AMAG Ticino) gli risponde che si sarebbe occupato di tutto [...] (AMAG Sorengo).

(ii) Gli anni dal 2010 al 2018

180. La partecipazione di Garage Karpf alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche durante gli anni tra il 2010 e il 2018 è testimoniata dalle circostanze significative riportate qui di seguito (v. sotto n. marg. 182 segg., 184 segg., 188, 190).

181. A titolo di premessa, occorre notare che tra il 2012 e il 2018 Garage Karpf non ha partecipato a dei concorsi pubblici indetti dal Cantone Ticino per la fornitura di veicoli,⁴¹⁸ continuando a ottenere incarichi diretti o a partecipare a concorsi indetti da altri enti pubblici, come ad esempio [...] ([...]).⁴¹⁹ Dagli atti risulta che ciò è dovuto, da un lato, al fatto che un concorso pubblico per la fornitura di autoveicoli [...] vinto nel 2011 (v. sotto n. marg. 182 segg.) gli ha permesso di fornire veicoli nuovi al committente [...] per un periodo di quattro anni (dal 2011 al 2014), e, dall'altro lato, al fatto che tra il 2015 e il 2017 le autorità [...] non hanno più indetto commesse pubbliche tramite pubblico concorso o procedura ad invito, prediligendo gli incarichi diretti (v. n. marg. 128).

⁴⁰⁷ Atto XIX.90, n. marg. 178.

⁴⁰⁸ Cfr. atti. II.177–178 (incarico diretto del febbraio 2015); XIV.A.13, allegato 254 (incarico diretto [...] 2015); II.195 e XIV.A.13, allegato 255 (incarico diretto [...] 2016); II.26, II.198 e XIV.A.13, allegati 256–257 (incarico diretto [...] 2016).

⁴⁰⁹ Atto III.5, n. marg. 414–434.

⁴¹⁰ Atto III.5, n. marg. 418–419.

⁴¹¹ Atto III.6, n. marg. 510–514.

⁴¹² Cfr. atti II.203–205; II.218; XIV.A.13, allegati 261–263.

⁴¹³ Atto XIV.A.9, allegato 111.

⁴¹⁴ Atto XIV.A.9, allegato 116.

⁴¹⁵ Atto XIV.A.9, allegato 140.

⁴¹⁶ Atto XIV.A.9, allegato 117.

⁴¹⁷ Atti XIII.A.9, allegati 119, 126, 145–147; V.C.26 e V.C.32.

⁴¹⁸ Cfr. atti VI.1–VI.3. V. anche atto III.3, n. marg. 171–195, 222–223.

⁴¹⁹ Atti III.3, n. marg. 178–195; XII.4–XII.5, XII.7; XIII.1–16.

a. Gli autoveicoli [...]

182. Il [...] 2011 Garage Karpf ha vinto un concorso pubblico [...] per la fornitura di venti veicoli del marchio VW, modello "Passat CL (Caravan)" destinati al [...] e ripartiti su quattro anni (2011–2014).⁴²⁰ Essendo stato l'unico concessionario a presentare un'offerta, Garage Karpf ha ottenuto l'aggiudicazione della commessa pubblica per la fornitura di tutti i veicoli in gara. L'acquisto del [...] prevedeva una spesa complessiva di [...] franchi.⁴²¹ Secondo quanto dichiarato da [...] (Garage Karpf) durante l'audizione del 27 novembre 2018 in qualità di parte, si sarebbe trattato di una commessa pubblica estremamente complessa dal punto di vista tecnico che richiedeva numerose modifiche e il montaggio di diversi accessori ai veicoli richiesti.⁴²² Ciò avrebbe portato gli altri concessionari a desistere dal presentare delle offerte.⁴²³ Secondo le sue stesse dichiarazioni in sede di audizione, [...] (Garage Karpf) avrebbe potuto vantare già una certa esperienza in questo tipo di commesse, avendo già partecipato e vinto un concorso pubblico per la fornitura di veicoli [...] nel 2006/2007.⁴²⁴ Inoltre, in ragione delle conoscenze tecniche (in quanto [...] e suo [...] [...]⁴²⁵) e dell'esperienza acquisita, [...] (Garage Karpf) ha affermato di avere prediletto le commesse pubbliche complesse, nelle quali venivano richiesti dei veicoli che necessitavano di modifiche speciali, come nel caso dei veicoli [...]:⁴²⁶ "[...] Preferiamo lavorare sulla qualità. Nelle offerte complesse c'è più spazio di manovra, mentre nelle commesse ordinarie, c'è poco da fare"⁴²⁷. In relazione a tale aspetto occorre, tuttavia, notare che Garage Karpf ha partecipato a un concorso pubblico [...], indetto nell'aprile del 2019 (data successiva all'apertura della presente inchiesta) per l'acquisto di un totale di ventidue veicoli (tra cui sei autovetture elettriche e dodici autotiratori) destinati [...], presentando delle offerte per sei dei veicoli in gara.⁴²⁸ In questo caso, non si trattava di una commessa pubblica complessa per dei veicoli destinati [...].

183. A seguito del concorso vinto nel 2011 (n. marg. 182), Garage Karpf ha deciso di rinunciare a presentare un'offerta nell'ambito di una commessa pubblica indetta tramite procedura ad invito da [...] per la fornitura di un veicolo del marchio Škoda.⁴²⁹ A questo concorso pubblico hanno partecipato AMAG Bellinzona e Tognetti Auto, quest'ultimo avendo poi ottenuto l'aggiudicazione.⁴³⁰ In un'email del [...] 2011 indirizzata [...], Garage Karpf ha spiegato che gli era "stato notificato, di aver vinto il concorso per la fornitura delle VW Passat della [...]" e che quindi gli sembrava "etico nei confronti degli altri Garage Volkswagen in Ticino rinunciare questa volta prendere parte al concorso".⁴³¹ Quest'email va inserita nel contesto creatosi dopo l'aggiudicazione dei veicoli [...] (n. marg. 182; cfr. pure dichiarazioni di [...] al n. marg. 131) e dimostra che Garage Karpf, rinunciando a partecipare alla commessa pubblica [...], intendeva evitare di nuocere al rapporto di cooperazione istaurato con le altre imprese coinvolte.

b. Commesse pubbliche [...] negli anni 2011–2012

184. [...] del 2012 Garage Karpf, così come AMAG Ticino e Tognetti Auto, sono stati invitati a partecipare a delle commesse pubbliche indette [...] tramite procedura ad invito per la fornitura di due veicoli del marchio VW Commerciali, modello T5, un veicolo del marchio Škoda,

modello Yeti Ambition, e due veicoli del marchio Škoda, modello Octavia.⁴³² Tramite delibere del [...] 2012 [...] aggiudica a Garage Karpf le commesse pubbliche per la fornitura dei due veicoli Škoda Octavia e dei due veicoli VW T5.⁴³³ La commessa pubblica per la fornitura del veicolo Škoda modello Yeti Ambition è invece aggiudicata ad AMAG Bellinzona.⁴³⁴

Con email del [...] 2012 [...] (Garage Karpf) chiede aiuto ad [...] (AMAG Ticino) in relazione alla vendita di un veicolo del marchio Audi a uno dei suoi clienti.⁴³⁵ Tramite email dello stesso giorno, [...] (AMAG Lugano) risponde "[...] lo ho imparato che la fiducia bisogna guadagnarsela con azioni e fatti ed è per questo che ti ho "aperto" tutte le porte nel limite del possibile e delle normali regole commerciali. Purtroppo devo amaramente constatare che da parte tua invece vedo solo un cinico opportunismo [...]", aggiungendo: "[...] Fatta questa premessa, volevo complimentarmi con te per l'attribuzione del concorso [...]".⁴³⁶ L'insieme delle circostanze consente di ritenere che, con la sua risposta, [...] (AMAG Lugano) si riferiva alle offerte presentate da Garage Karpf nell'ambito delle commesse pubbliche [...] [...] 2012.

[...] (Garage Karpf) si giustifica nei confronti di [...] (AMAG Lugano), affermando che "[l]'offerta fatta da [...] [...] voleva unicamente allinearsi con quella del 2011".⁴³⁷ [...] (Garage Karpf) allega alla sua email sia il verbale di aperture delle offerte per la commessa pubblica del [...] 2011 indetta [...] e riguardante la fornitura di un veicolo del marchio Škoda, modello "Octavia Combi", sia "una tabella di comparazione" nella quale sono visibili le offerte presentate da Garage Karpf, AMAG e Tognetti Auto nell'ambito delle commesse pubbliche del 2011 e del 2012 indette da [...]. Dalla documentazione fornita [...] nel quadro dell'inchiesta, si evince che nel 2011 Tognetti Auto aveva presentato le offerte più vantaggiose dal punto di vista del prezzo, aggiudicandosi in seguito le commesse pubbliche per tutti i veicoli messi in concorso.⁴³⁸ Nel 2012, è stato

⁴²⁰ Atto VI.1, pagg. 50–52.

⁴²¹ Ibid.

⁴²² Atto III.3, n. marg. 232–242.

⁴²³ Atto III.3, n. marg. 237–242.

⁴²⁴ Atto III.3, n. marg. 234–236, 244–255. Cfr. pure il documento "Ricapitolazione costi veicoli [...]" (atto V.B.9bis), dal quale emerge che Garage Karpf aveva ottenuto la commessa pubblica per fornire veicoli (modello "Passat" del marchio VW PW) alla [...] negli anni dal 2006 al 2008.

⁴²⁵ Atto III.3, n. marg. 264.

⁴²⁶ Atto III.3, n. marg. 259–266.

⁴²⁷ Atto III.3, n. marg. 264–266.

⁴²⁸ Atto V.F.95.

⁴²⁹ Atto XII.7, pagg. 14–17.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ Atto XII.5. Benché l'aggiudicazione sia stata decisa solo [...] 2011, l'apertura pubblica delle offerte è avvenuta il [...] 2011. Dal verbale dell'apertura delle offerte, Garage Karpf ha potuto apprendere di essere la sola impresa ad avere presentato un'offerta (v. atto VI.1, pag. 50).

⁴³² Cfr. atto XII.4, pagg. 4 e 9. V. anche atto XIV.A.20 allegati 241–243.

⁴³³ Atto XII.4, pagg. 4 e 9.

⁴³⁴ Atto XII.4, pagg. 5–8.

⁴³⁵ Atto I.291, pag. 3. [...] (Garage Karpf) aveva promesso a un cliente un determinato sconto sulla vendita di un modello del marchio Audi che avrebbe dovuto ritirare presso AMAG Giubiasco. Tuttavia, con il riposizionamento del prezzo l'autoveicolo era diventato più caro.

⁴³⁶ Atto II.74, pagg. 2–3.

⁴³⁷ Atto II.74, pagg. 2 e 4–8.

⁴³⁸ Cfr. atto XII.7, pagg. 8–18.

invece Garage Karpf a presentare le offerte più vantaggiose dal punto di vista del prezzo.⁴³⁹ Tuttavia, AMAG Ticino aveva vinto la commessa pubblica per la fornitura del veicolo del marchio Škoda modello Yeti in ragione della valutazione di altri criteri in suo favore, quali *“termine di consegna”* e *“apprendisti”*, ottenendo così un punteggio superiore a quello di Garage Karpf.⁴⁴⁰

Tramite email del [...] 2012 [...] (AMAG Lugano) trasmette la risposta di [...] (Garage Karpf) ad [...] (AMAG Sorengo), chiedendogli cosa ne pensasse.⁴⁴¹ Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Sorengo) risponde: “ [...] *Quando le persone non sanno cosa rispondere, in generale, attaccano. Credo proprio che il tuo scritto, non abbia nulla di arrogante; forse non conosce l'etimologia della parola “Arrogante” !! Comunque non è la sostanza il problema, e la forma che non ha funzionato ! Se ci deve essere collaborazione tra di noi (AMAG / Tognetti / Karpf/ Maffeis,) nessuno si deve permettere di fare dei capitoli di nascosto, come ha fatto [...]. Se avesse parlato che lo voleva fare anche lui, le avremmo fatto anche guadagnare soldi e tempo, perché avrebbe dovuto solo ricopiarlo, !! Visto e considerato che lui e' molto attento anche al franchetto !!! Facciamo una riunione, se sei d'accordo, così stemperiamo questa tensione inutile che si è creata, e mettiamo le basi per proseguire bene l'argomento Capitoli*” (carattere in grassetto aggiunto).⁴⁴²

Con email del [...] 2012 [...] (AMAG Bellinzona) informa [...] (AMAG Lugano) di avere contattato [...] (Garage Karpf) e che quest'ultimo si era scusato per *“la questione capitolo”*, aggiungendo che “[...] è seriamente amareggiato e credo che sia stato effettivamente gestito senza peso...dagli errori si impara!! Avremo occasione per appianare! Grazie ancora per la riunione di oggi!”.⁴⁴³

185. Secondo le dichiarazioni di AMAG rese nell'ambito dell'autodenuncia in relazione alla commessa pubblica indetta [...] del 2012, AMAG Ticino, Garage Maffeis e Tognetti Auto hanno coordinato il loro comportamento nell'ambito delle procedure ad invito indette da [...] negli anni 2011 e 2012. Avendo partecipato alla commessa pubblica di [...] nel 2012 con l'inoltro di offerte più vantaggiose e aggiudicandosi alcuni dei veicoli in concorso contro la volontà degli altri partecipanti, Garage Karpf ha fatto saltare il piano di Tognetti Auto e AMAG Ticino.⁴⁴⁴ Ciò avrebbe portato a dei dissapori tra AMAG Ticino, Tognetti Auto, Garage Maffeis e Garage Karpf.⁴⁴⁵

186. I toni e il contenuto degli scambi di email riportati sopra in relazione alla commessa pubblica di [...] dimostrano che le imprese coinvolte partivano dal presupposto che esisteva una *“collaborazione”* nell'ambito delle commesse pubbliche tra AMAG Ticino, Garage Karpf, Garage Maffeis e Tognetti Auto. In effetti, l'iniziativa solitaria di Garage Karpf e il mancato coordinamento con le altre imprese coinvolte hanno portato al contrasto illustrato sopra. Le giustificazioni e le scuse di Garage Karpf nei confronti di AMAG Ticino in merito alle offerte presentate nel quadro della commessa pubblica di [...] comprovano e sostanziano la sua partecipazione e il suo consenso alla cooperazione intrapresa nell'ambito delle commesse pubbliche indette nel Cantone Ticino.

187. Infine, dall'email del [...] 2012 di [...] (AMAG Bellinzona), nella quale egli scrive: *“Grazie ancora per la*

riunione di oggi!” (v. n. marg. 184), si deduce che la riunione tra le imprese coinvolte *“per stemperare la tensione”* alla quale fa riferimento [...] (AMAG Sorengo) nella sua email (v. n. marg. 184) abbia avuto luogo.

c. Commessa pubblica [...] nel 2013

188. Nel 2013 Garage Karpf partecipa a una commessa pubblica tramite procedura ad invito indetta da [...] per la fornitura di due veicoli commerciali modello T5 del marchio VW NF.⁴⁴⁶ La commessa pubblica è aggiudicata con decisione del [...] 2013 ad AMAG Bellinzona, il quale ha ottenuto il miglior punteggio.⁴⁴⁷

189. Prima dell'aggiudicazione, tramite email del [...] 2013 [...] (AMAG Bellinzona) invia a [...] (AMAG Ticino) una copia del capitolato di appalto e del verbale di apertura delle offerte riguardante la commessa pubblica di [...], lamentandosi del fatto che le offerte preparate da [...] (AMAG Sorengo) erano sbagliate in quanto indicavano un prezzo troppo basso e che ciò aveva fatto perdere dell'utile ad AMAG Bellinzona: *“...per farlo così e poi sbagliare il prezzo del capitolato indicando a noi che per ‘vincere’ andava fatto il [...] ...tanto vale...!! Questo è il classico caso che su una fornitura del genere perdiamo [...] franchi di possibile utile!!!”*.⁴⁴⁸ Lo stesso giorno [...] (AMAG Bellinzona) invia gli stessi documenti (copie del capitolato e verbale di apertura delle offerte) senza commenti ad [...] (AMAG Sorengo) e [...] (Garage Karpf).⁴⁴⁹ Secondo le dichiarazioni di AMAG rese nell'ambito dell'autodenuncia, come già successo nel 2011 e dopo l'“incidente” del 2012 (n. marg. 184), AMAG Ticino e Garage Karpf hanno cooperato nell'ambito della commessa pubblica indetta da [...] tramite procedura ad invito nel 2013.⁴⁵⁰

d. Concorso pubblico del 2015

190. In merito a un concorso pubblico del 2015 riguardante un veicolo commerciale⁴⁵¹, tramite email del [...] 2015, [...] (Garage Karpf) invia il relativo modulo di offerta ad [...] (AMAG Bellinzona), scrivendo: *“[...] in allegato trovi il modulo d'offerta come accordato. Fammi sapere cosa ne pensi [...]”*.⁴⁵² Lo stesso giorno [...] (AMAG Bellinzona) trasmette per email a [...] (Garage Karpf) l'offerta per un veicolo commerciale modello VW Crafter e una copia del modulo d'offerta in parte compilata.⁴⁵³ Nell'offerta trasmessa da [...] (AMAG Bellinzona) sono indicati il prezzo del veicolo (prezzo base del veicolo sommato con il prezzo dell'equipaggiamento supplementare lordo), le

⁴³⁹ Cfr. atti XII.4, XII.7, pagg. 18–25.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Atto II.74, pag. 2.

⁴⁴² Atto II.74, pag. 1.

⁴⁴³ 8 Atto II.74. V. anche atto XIV.A.28, allegato 249.

⁴⁴⁴ Atto XIV.A.13, pag. 6.

⁴⁴⁵ Ibid.

⁴⁴⁶ Atti XII.4, pagg. 13–14; XIV.A.27, allegati 564, pag. 4, 565, pag. 4.

⁴⁴⁷ Atto XII.4, pagg. 13–14. Cfr. anche XIV.A.27, pagg. 6–7, allegati 563, 564 e 565.

⁴⁴⁸ Atti V.B.35; XIV.A.27, allegato 564.

⁴⁴⁹ Atto XIV.A.27, allegato 565.

⁴⁵⁰ Atto XIV.A.27, pagg. 6–7.

⁴⁵¹ Sulla base dei documenti versati agli atti non è possibile stabilire di quale concorso pubblico si trattasse.

⁴⁵² Atto V.B.43.

⁴⁵³ Atto V.B.44.

spese di consegna, il prezzo totale di acquisto del veicolo e l'imposta preventiva sul valore aggiunto (IVA).⁴⁵⁴ Come menzionato in precedenza (n. marg. 13), tra il 2009 e il 2018 Garage Karpf è stato partner commerciale di AMAG Bellinzona per la vendita di veicoli del marchio VW NF. Tuttavia, l'offerta inviata da [...] (AMAG Bellinzona) a [...] (Garage Karpf) non è un'offerta che rientra nella relazione contrattuale di partenariato commerciale (v. n. marg. 5 seg.). In effetti, in un'offerta per l'acquisto di un veicolo da parte di un partner commerciale dovrebbero figurare i ribassi concessi a quest'ultimo sulla base delle condizioni di acquisto convenute e non il prezzo per le spese di consegna. L'offerta inviata da [...] (AMAG Bellinzona) è dunque un'offerta destinata al cliente finale.

191. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Gruppo Karpf ha affermato che l'offerta inoltrata da [...] (AMAG Bellinzona) a [...] (Garage Karpf) tramite email del 6 marzo 2015 non conteneva ribassi e che il pacchetto consegna, secondo le dichiarazioni di AMAG nel quadro dell'autodenuncia, sarebbe stato incluso automaticamente nell'offerta attraverso il software di AMAG per l'elaborazione delle offerte e dei contratti di acquisto.⁴⁵⁵ A questo proposito, Gruppo Karpf ha menzionato le dichiarazioni di AMAG nel quadro dell'autodenuncia, secondo cui in questo caso non si sarebbe trattata di un'offerta destinata a un cliente finale e [...] (AMAG Bellinzona) avrebbe fornito sostegno a [...] (Garage Karpf) nella scelta del veicolo del marchio VW NF adatto per il concorso pubblico.⁴⁵⁶

192. Alle obiezioni sollevate da Gruppo Karpf è sufficiente rilevare che il "sostegno" richiesto da [...] (Garage Karpf) riguardava l'elaborazione di un'offerta destinata a un committente pubblico, quindi un cliente finale. L'offerta inoltrata da [...] (AMAG Bellinzona) indicava il prezzo finale e il pacchetto consegna. Il fatto che nella stessa non figurasse uno sconto al cliente non è significativo. Lo scambio di email tra [...] (Garage Karpf) e [...] (AMAG Ticino) concernente un'offerta per un concorso pubblico nel 2015 (v. n. marg. 190) va visto nel quadro generale di cooperazione esistente tra le imprese coinvolte nell'ambito delle commesse pubbliche e alla quale lo stesso Gruppo Karpf si è riconosciuto partecipe (v. sotto n. marg. 195). Il tentativo di farlo passare come una forma di "sostegno" da parte di AMAG Ticino a Garage Karpf si scontra con quanto emerge dai mezzi probatori illustrati ai paragrafi precedenti (v. n. marg. 115 segg., 142 e 149) e secondo cui AMAG Ticino non si limitava a prestare semplice "assistenza" ai concessionari in relazione all'allestimento o alla modifica di veicoli richiesti dal committente nel quadro delle commesse pubbliche, ma assumeva un ruolo ben più ampio, trasmettendo le offerte contenenti condizioni del prezzo in applicazione di un metodo di cooperazione concordato e instaurato da anni.

e. Conclusione

193. I diversi elementi esposti sopra permettono di ritenere che Gruppo Karpf faceva parte del gruppo di imprese coinvolte nella strategia di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche messa in atto, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta.

194. Benché Gruppo Karpf abbia partecipato a dei concorsi pubblici del Cantone Ticino solo in alcune occasioni, dagli atti risulta che quest'impresa era cosciente del fatto che la sua partecipazione a una commessa pubblica doveva sottostare alla strategia descritta in precedenza (n. marg. 115 segg. e 128 segg.). Non vi sono elementi che provano che Gruppo Karpf abbia comunicato in modo chiaro alle imprese coinvolte il suo disaccordo con i comportamenti intrapresi, dissociandosi dalle strategie di cooperazione convenute in materia di commesse pubbliche e messe in atto nel periodo tra il 2006 e il 2018. Al contrario, nel caso dell'aggiudicazione ottenuta da [...] nel 2012 (n. marg. 184), Garage Karpf si giustifica per avere inoltrato delle offerte al committente senza concertarsi con gli altri partecipanti e infine si scusa per quanto accaduto (n. marg. 184).

195. Inoltre, lo stesso Gruppo Karpf ha riconosciuto di avere partecipato alla cooperazione nel quadro delle commesse pubbliche come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁴⁵⁷ In questo contesto, tuttavia, Gruppo Karpf precisa che le commesse pubbliche che gli sono state aggiudicate non sono state oggetto di alcuna coordinazione delle offerte o altra cooperazione con altre parti al procedimento.⁴⁵⁸

196. Nel quadro della sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Gruppo Karpf ha fatto valere il ruolo passivo assunto da Garage Karpf nell'ambito della cooperazione. Garage Karpf avrebbe ricevuto le email di AMAG Ticino unicamente in modo passivo e non avrebbe partecipato a incontri o inviato email ad altri distributori in merito all'organizzazione di accordi sugli appalti.⁴⁵⁹ Gruppo Karpf ha sottolineato, da un lato, di avere partecipato a pochi concorsi pubblici e che nessun veicolo di un concorso pubblico gli sia stato attribuito da parte di AMAG Ticino o da altri distributori,⁴⁶⁰ e, dall'altro, che Garage 3 Valli non era coinvolto in accordi sugli appalti.⁴⁶¹ Gruppo Karpf ha ribadito pure che le commesse pubbliche che gli sono state aggiudicate non sono state oggetto di un accordo sugli appalti.⁴⁶² In questo contesto, Gruppo Karpf ha menzionato in particolare i concorsi pubblici riguardanti i veicoli [...] (v. n. marg. 182 segg.).⁴⁶³

197. Le argomentazioni di Gruppo Karpf avanzate nel quadro della sua presa di posizione non inficiano le conclusioni esposte sopra in relazione al coinvolgimento di tale impresa alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche.

198. Innanzitutto, va ricordato che Gruppo Karpf ha riconosciuto di avere partecipato alla cooperazione nel quadro delle commesse pubbliche come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 195). Gruppo Karpf era una figura attiva

⁴⁵⁴ Ibid.

⁴⁵⁵ Atto XIX.95, n. marg. 31.

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ Atti XVII.A.1-2.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Atto XIX.95, n. marg. 6.

⁴⁶⁰ Atto XIX.95, n. marg. 7-8.

⁴⁶¹ Atto XIX.95, n. marg. 9.

⁴⁶² Atto XIX.95, n. marg. 10 segg.

⁴⁶³ Atto XIX.95, n. marg. 13 segg.

di tale componente, in quanto consapevole della propria implicazione ha partecipato a dei concorsi pubblici negli anni tra il 2006 e il 2018. Il semplice fatto che Gruppo Karpf non fosse implicata nell'organizzazione dei casi di applicazione concreta della cooperazione nel quadro di singoli concorsi pubblici documentati agli atti e che non abbia beneficiato di attribuzioni di veicoli in relazione a tali concorsi, non significa che esso abbia assunto un ruolo meramente passivo o defilato.

199. Contrariamente a quanto preteso da Gruppo Karpf, la rinuncia di Garage Karpf, a beneficio di AMAG Ticino e Tognetti Auto, a partecipare alla procedura ad invito indetta da [...] nel 2011 dopo essersi aggiudicato i venti veicoli [...] (v. n. marg. 182 seg.), così come le giustificazioni formulate da [...] (Garage Karpf) e [...] (Garage Karpf) nei confronti di [...] (AMAG Ticino) in relazione alle aggiudicazioni ottenute nell'ambito della procedura ad invito indetta sempre da [...] nel 2012 (v. n. marg. 184 segg.) non sono da considerare come comportamenti procompetitivi. Come già indicato precedentemente (v. n. marg. 183 e 186), tali circostanze non fanno altro che confermare la volontà di Gruppo Karpf di attenersi ai termini della cooperazione e di evitare attriti tra le imprese coinvolte o di riparare a eventuali conflitti inerenti all'applicazione dell'intesa.

B.3.2.4.3 Garage Maffeis

200. Garage Maffeis ha preso parte alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta. Ciò risulta in particolare da vari scambi di email⁴⁶⁴, dalle testimonianze raccolte⁴⁶⁵, così come dalle dichiarazioni rese nel quadro dell'autodenuncia e dai mezzi probatori allegati a quest'ultime⁴⁶⁶.

(i) Gli anni dal 2006 al 2009

201. Come risulta dai mezzi di prova esposti ai n. marg. 117–120, Garage Maffeis (all'epoca dei fatti già concessionario del marchio VW PW, v. n. marg. 22) faceva parte del gruppo di concessionari coinvolti nella cooperazione riguardante i concorsi pubblici nel periodo tra il 2006 e il 2009. In tale documentazione emerge l'esistenza di un "Gruppo Concessionari"⁴⁶⁷, di "accordi intrapresi nelle ultime riunioni fatte con gli agenti Ticino"⁴⁶⁸, di incontri in cui era stato stabilito che "ai concorsi cantonali partecipavano solo i concessionari di marca che si suddividevano poi a rotazione gli eventuali appalti"⁴⁶⁹ e di un protocollo di riunione che riporta la decisione sul modo di comunicare e i nomi dei concessionari partecipanti alla cooperazione, tra cui è indicato Garage Maffeis⁴⁷⁰.

202. Garage Maffeis figura anche fra i destinatari delle comunicazioni di [...] (AMAG Sorengo) concernenti le procedure per i concorsi pubblici così come stabilito nella riunione del 16 marzo 2007 (v. n. marg. 120).⁴⁷¹

203. Il suo coinvolgimento è in particolare testimoniato da un'email del [...] 2008 in relazione a un concorso pubblico indetto [...] il [...] 2008 per l'acquisto di diversi autoveicoli e veicoli commerciali (v. n. marg. 126), con la quale [...] (Garage Maffeis) chiede a [...] (AMAG Ticino): "Ciao [...], vorrei sapere se il concorso per i veicoli dello stato lo facciamo insieme o se ognuno per conto suo...Fammi sapere"⁴⁷².

(ii) Gli anni dal 2010 al 2018

204. Per quanto concerne il periodo dal 2010 al 2018, dalla documentazione acquisita nel corso degli accertamenti, così come dalle dichiarazioni rese nell'ambito dell'autodenuncia e dai mezzi di prova allegati alle stesse risulta che, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, Garage Maffeis ha ricevuto sistematicamente per fax o per email le offerte di AMAG Lugano|Sorengo da [...] (AMAG Sorengo) o [...] (AMAG Sorengo).⁴⁷³ Le eventuali indicazioni complementari sul comportamento da adottare venivano fornite per email (a volte contenute nei documenti stessi delle offerte, tramite annotazioni scritte a mano come ad esempio "Tognetti" o "Maffeis", v. n. marg. 133)⁴⁷⁴ oppure per telefono^{475, 476}

B.3.2.4.4 Garage Nessi

205. Come si evince dai mezzi di prova esposti ai n. marg. 117–120, Garage Nessi (all'epoca dei fatti concessionario del marchio VW PW fino al 2008, v. n. marg. 24) faceva parte del gruppo di concessionari coinvolti nella cooperazione riguardante i concorsi pubblici nel periodo tra il 2006 e il 2009. In tale documentazione emerge l'esistenza di un "Gruppo Concessionari"⁴⁷⁷, di "accordi intrapresi nelle ultime riunioni fatte con gli agenti Ticino"⁴⁷⁸, di incontri in cui era stato stabilito che "ai concorsi cantonali

⁴⁶⁴ Cfr. in particolare atti II.43, II.47, II.80, II.112, II.114, II.116, II.119–120, II.122, II.124, II.126, II.128, II.130, II.132, II.134, II.136, II.137, II.140, II.157, II.162–164; V.C.65; V.C.75–77; V.C.85–87; V.C.103–106; V.C.119.

⁴⁶⁵ Cfr. atti III.6, n. marg. 132–133, 155–159, 315–316, 330–331, 349–351; IV.2, n. marg. 202–210, 233–234, 287–288; IV.7, n. marg. 149–307.

⁴⁶⁶ Cfr. Atti XIV.A.1, pagg. 3–6, allegati 1–10, 17–22; XIV.A.4, pagg. 2–4, allegato 28; XIV.A.7, pagg. 5–7, allegati 78, 81, 85–86, 88–98; XIV.A.9, pagg. 6–17, allegati 115–180; XIV.A.13, pagg. 3–4, 9–10, allegati 236–240, 258–260; XIV.A.27, pag. 8, allegati 561–562.

⁴⁶⁷ Atto XIV.A.9, allegato 111.

⁴⁶⁸ Atto XIV.A.9, allegato 116.

⁴⁶⁹ Atto XIV.A.9, allegato 140.

⁴⁷⁰ Atto XIV.A.9, allegato 117.

⁴⁷¹ Atti XIV.A.9, allegati 119, 145–147; V.C.26 e V.C.32.

⁴⁷² Atto V.C.25.

⁴⁷³ Cfr. atti II.78; II.109–140; II.157; V.C.64–65; V.C.75–77; XIV.A.1, allegati 2–5; XIV.A.9, allegato 171.

⁴⁷⁴ Ibid.

⁴⁷⁵ Cfr. atto XIV.A.4, pag. 3. In questo contesto occorre anche evidenziare come Garage Maffeis abbia partecipato a tutte le commesse pubbliche indette dal Cantone Ticino in quegli anni tramite concorso pubblico o su invito per i marchi del gruppo Volkswagen che rappresenta, salvo due concorsi pubblici, uno del 2011 (lotto no. [...]) e uno del 2012 (lotto no. [...]) (cfr. atti VI.1–3; VII.1–3; VIII.1; IX.1–2; X.1; XI.1; XII.1–8; XIII.1–XIII.6). Per il resto, Garage Maffeis si è aggiudicato delle commesse pubbliche su incarico diretto del Cantone Ticino o del Comune di [...] (cfr. atti XIII.12–13).

⁴⁷⁶ In merito alla commessa pubblica lotto no. [...] 1 [...] 2011, si sottolinea che Garage Maffeis, pure non avendo partecipato a tale concorso, ha ricevuto da parte di [...] (AMAG Sorengo) le indicazioni per ordinare presso l'importatore AMAG Import l'autoveicolo no. 13 aggiudicato ad AMAG Sorengo (cfr. atto XIV.A.13, pag. 3–4 e allegati 236–237; cfr. pure atto XIV.A.7, allegati 64 e 66). Le dichiarazioni e i mezzi probatori resi nell'ambito dell'autodenuncia, così come il resto della documentazione agli atti, convergono nello stabilire che in relazione alla commessa pubblica lotto no. [...] [...] 2011 AMAG, Tognetti Auto e Garage Maffeis avevano convenuto che quest'ultimo non partecipasse, ma che potesse beneficiare della "ripartizione interna" di uno dei veicoli, nel caso specifico l'autoveicolo no. 13, tramite il metodo utilizzato negli anni precedenti (v. n. marg. 115).

⁴⁷⁷ Atto XIV.A.9, allegato 111.

⁴⁷⁸ Atto XIV.A.9, allegato 116.

partecipavano solo i concessionari di marca che si suddividevano poi a rotazione gli eventuali appalti⁴⁷⁹ e di un protocollo di riunione che riporta la decisione sul modo di comunicare e i nomi dei concessionari partecipanti alla cooperazione, tra cui è indicato Garage Nessi⁴⁸⁰.

206. Garage Nessi figura anche fra i destinatari delle comunicazioni di [...] (AMAG Sorengo) concernenti le procedure per i concorsi pubblici così come stabilito nella riunione del 16 marzo 2007 (v. n. marg. 120).⁴⁸¹

207. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Garage Nessi ha sottolineato che destinatario delle comunicazioni di [...] (AMAG Sorengo) del 20 marzo 2008 e del 1° aprile 2008 (cfr. n. marg. 126) era [...], collaboratore di AMAG.⁴⁸² Garage Nessi sostiene che non vi siano evidenze di una sua partecipazione alla cooperazione riguardante gli appalti pubblici nel periodo tra il 2006 e il 2009 e che, nella sua proposta, la Segreteria avrebbe ritenuto il coinvolgimento di Garage Nessi unicamente sulla base dello statuto di concessionario del marchio VW PW che la ditta individuale [...] assumeva in quel periodo.⁴⁸³

208. Dal contenuto dell'email del 20 marzo 2008 menzionato precedentemente (v. n. marg. 126) inviato da [...] (AMAG Ticino) ad [...] (AMAG Sorengo) è possibile dedurre che le successive comunicazioni di quest'ultimo non erano destinate a [...], collaboratore di AMAG, bensì a [...] di Garage Nessi. L'invio di tali comunicazioni a [...] (AMAG) può dunque essere attribuito a un errore di [...] (AMAG Sorengo) e presumibilmente dovuto all'inserimento automatico dei destinatari della posta elettronica. Ad ogni modo, il fatto che in un'occasione, contrariamente alle indicazioni ricevute da [...] (AMAG Ticino), [...] (AMAG Sorengo) abbia erroneamente inviato due delle sue email a [...], collaboratore di AMAG, anziché [...], non è una circostanza atta a determinare l'estraneità di Garage Nessi alla cooperazione messa in atto in quel periodo.

209. La valutazione globale dei mezzi di prova a disposizione ed elencati precedentemente (v. n. marg. 205 seg.) porta a concludere che Garage Nessi ha partecipato, seppure marginalmente, alla cooperazione riguardante le commesse pubbliche, perlomeno, dal 2006 al 2009.

210. Non emergono invece elementi di una partecipazione da parte di Garage Nessi alla cooperazione riguardante le commesse pubbliche avvenuta dal 2010 al 2018.

B.3.2.4.5 Tognetti Auto

211. Tognetti Auto ha preso parte alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 115 segg., 128 segg. e mezzi di prova citati).

212. La partecipazione di Tognetti Auto alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche è in particolare testimoniata dai numerosi scambi di email intercorsi tra AMAG Ticino e Tognetti Auto nel periodo dal 2006 al 2014.⁴⁸⁴ Questi scambi (in parte riportati precedentemente, v. n. marg. 117–126, 134–139, 157–168) dimostrano che Tognetti Auto era costantemente coinvolto nelle attività di cooperazione riguardanti il modo di procedere in relazione ai concorsi pubblici per la fornitura di

veicoli e la determinazione delle offerte, la ripartizione dei veicoli in gara o aggiudicati.

213. Sentito in qualità di parte, [...] (Tognetti Auto) ha dichiarato di avere ricevuto da parte di AMAG Ticino dei semplici "consigli" per dei veicoli che richiedevano delle conoscenze tecniche⁴⁸⁵ (salvo poi affermare che AMAG Ticino tentava di gestire l'attribuzione delle commesse pubbliche⁴⁸⁶ e di imporre agli altri concessionari e partner commerciali una determinata strategia⁴⁸⁷). Tuttavia, dagli atti risulta in modo inequivocabile che AMAG Ticino non forniva semplici consigli per l'allestimento o la modifica di veicoli e che Tognetti Auto ha preso attivamente parte alle strategie di coordinazione e di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche dirette da AMAG Ticino.⁴⁸⁸

214. Sulla questione di sapere se fossero necessarie delle conoscenze tecniche specifiche per allestire alcune delle offerte riguardanti degli autoveicoli commerciali ricevute da [...] (Tognetti Auto) da parte di [...] (AMAG Sorengo) nel quadro di un concorso pubblico del 2012 (v. n. marg. 136), [...] (Tognetti Auto), sentito in qualità di testimone, ha dichiarato:

"Una persona che ha conoscenza minima nell'ambito di veicoli commerciali, non ha bisogno di aiuto per allestire quest'offerta. [...]"

Con un minimo di conoscenza necessario nell'ambito di veicoli commerciali, si può allestire un'offerta senza aiuto esterno.

Il [...] sarebbe in grado di allestire le offerte dei veicoli n. 2 e 16 di cui abbiamo parlato in precedenza?

*Credo di sì. [...]"*⁴⁸⁹

In merito alle offerte ricevute da [...] (Tognetti Auto) da parte di [...] (AMAG Sorengo) per i veicoli delle posizioni no. 4, 9 e 14 concernenti il concorso pubblico del [...] 2013 (v. n. marg. 137), [...] (Tognetti Auto) ha affermato che queste offerte avrebbero potuto essere allestite senza conoscenze specifiche in ambito di sovrastrutture o allestimenti.⁴⁹⁰

⁴⁷⁹ Atto XIV.A.9, allegato 140.

⁴⁸⁰ Atto XIV.A.9, allegato 117.

⁴⁸¹ Atti XIII.A.9, allegati 119, 145–147V.C.26 e V.C.32.

⁴⁸² Atto XIX.97, n. marg. 22–23.

⁴⁸³ Atto XIX.97, n. marg. 24–27.

⁴⁸⁴ Cfr. atti II.68–70, II.109–140, II.161; V.F.23–30; XIV.A.7, allegati 68–69, 71–72, 76, 78, 81, 99; XIV.A.9, allegati 111, 118–119, 126, 128, 131, 134–135, 138–139, 144–147, 149–150, 152, 154, 156–157, 161; XIV.A.13, allegati 238–253; XIV.A.27, allegato 559.

⁴⁸⁵ Cfr. atto III.4, n. marg. 134–149, 163–168, 226–228, 309–317, 328–329, 331–332, 335, 337–338, 352, 354–355, 413–414.

⁴⁸⁶ Atto III.4, n. marg. 151–152, 236–237, 258–259, 262–263, 296–297, 318–319, 616.

⁴⁸⁷ Atto III.4, n. marg. 285–286.

⁴⁸⁸ Cfr. in particolare atti II.19, pagg. 56–108; II.68–70, II.109–140, II.161; III.6, n. marg. 222, 244–246, 349–351; V.F.23–30; XIV.A.7, pagg. 3–6 e allegati 68–69, 71–72, 76, 78, 81, 99; XIV.A.9, pagg. 3 segg., allegati 111, 117–119, 126, 128, 131, 134–135, 138–139, 144–147, 149–150, 152, 154, 156–157, 161; XIV.A.13, pagg. 4–7 e allegati 238–253; XIV.A.27, pag. 5, allegato 559.

⁴⁸⁹ Atto IV.8, n. marg. 182–194.

⁴⁹⁰ Atto IV.8, n. marg. 208–227.

215. Secondo [...] (Tognetti Auto) i cosiddetti “consigli” di [...] (AMAG Sorengo) sarebbero stati forniti fino al 2013, anno a partire dal quale Tognetti Auto ha fatto affidamento a un venditore formato per i veicoli commerciali, ovvero [...] (Tognetti Auto).⁴⁹¹ Tuttavia, come dimostrato dallo scambio avvenuto nel quadro della commessa pubblica del [...] 2014 indetta dal Comune di [...] tramite procedura ad invito (v. n. marg. 139), i contatti tra AMAG Ticino e Tognetti Auto non erano terminati con l'arrivo di [...] (Tognetti Auto).

216. Inoltre, nonostante il fatto che agli atti non figurino degli scambi tra AMAG Ticino e Tognetti Auto in relazione ai concorsi pubblici indetti dal Cantone Ticino negli anni 2014 e 2018, non si può concludere che Tognetti Auto non facesse più parte del gruppo di imprese coinvolte nella strategia di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche. La mancata attuazione della cooperazione per quanto riguarda i concorsi pubblici del Cantone Ticino negli anni 2014 e 2018 è da ricondurre più a dei litigi personali tra [...] (AMAG Sorengo) ed [...] (Tognetti Auto) (v. n. marg. 142) che non invece alla fine dell'intesa alla base della cooperazione instaurata tra le imprese coinvolte.

217. A ciò si aggiunge che lo stesso Tognetti Auto ha riconosciuto di avere partecipato alla cooperazione nel quadro delle commesse pubbliche come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁴⁹²

218. Infine, dagli atti dell'inchiesta non risulta che Tognetti Auto abbia comunicato in modo chiaro ad AMAG Ticino e alle altre imprese coinvolte il proprio disaccordo con i comportamenti intrapresi in relazione alle commesse pubbliche. In particolare, per quanto riguarda le email di [...] (AMAG Sorengo) inviate a [...] (Tognetti Auto) contenenti le istruzioni e le offerte per le commesse pubbliche,⁴⁹³ non vi è alcun elemento che dimostri che Tognetti Auto abbia manifestato in maniera ferma e chiara il proprio disaccordo.

B.3.3 Coordinamento in materia di politica dei prezzi

219. Dalle risultanze istruttorie emerge che nel periodo, perlomeno, dal 2006 fino al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta, è stata posta in essere un'ampia attività di coordinamento in merito a vari elementi del prezzo per la vendita di veicoli nuovi a clienti finali. Tale coordinamento era caratterizzato da regolari discussioni e scambi tra le imprese coinvolte che concernevano sconti e pacchetti consegna (B.3.3.1), offerte e contratti di vendita e altri elementi del prezzo (B.3.3.2), così come margini e provvigioni (B.3.3.3). Inoltre, il coordinamento generalizzato in materia di politica dei prezzi condizionava di riflesso anche la collaborazione in relazione a delle attività di commercializzazione, come ad esempio delle promozioni comuni di singoli modelli di veicoli nuovi (B.3.3.4). Gli scambi e le intese avvenuti nel quadro di queste singole attività di commercializzazione e che riguardavano la determinazione di condizioni di vendita o di prezzi comuni ricalcavano gli stessi schemi di coordinamento e di cooperazione già da tempo collaudati nel quadro del piano globale e che caratterizzavano il rapporto di “collegialità” tra le imprese coinvolte. Infine, la volontà di coordinare la politica dei prezzi è dimostrata dagli

atti che documentano in modo evidente come alcune parti al procedimento esercitavano un monitoraggio reciproco sugli impegni comuni presi in relazione alla politica dei prezzi (B.3.3.5).

B.3.3.1 Sconti e pacchetti consegna

220. AMAG Ticino (come tutte le succursali di AMAG in Svizzera) crea annualmente delle tabelle che indicano, in particolare, gli sconti e i pacchetti consegna (qui di seguito, semplicemente: tabella sconti) che i propri consulenti di vendita dovranno applicare alle *prime offerte*⁴⁹⁴ nel quadro della vendita di veicoli nuovi a dei clienti finali e per ognuno dei marchi del gruppo Volkswagen distribuite sul mercato del commercio al dettaglio (Audi, VW PW, VW NF, Seat, Škoda).⁴⁹⁵ Queste tabelle sono a uso interno e valgono per tutte le succursali di AMAG Ticino. Qui di seguito è riprodotto a titolo esemplificativo un estratto della tabella sconti del 2013 per il marchio VW veicoli privati:⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Atto III.4, n. marg. 163–168, 227–228, 309–311, 352, 354–355, 414. Cfr. pure atto IV.8, n. marg. 117 segg.

⁴⁹² XVII.B.1, 4.

⁴⁹³ Cfr. ad esempio atti II.39, II.70 e II.109–140.

⁴⁹⁴ In genere, nel quadro della negoziazione con un potenziale acquirente per l'acquisto di un veicolo nuovo, il venditore può formulare più offerte susseguenti (una prima, una seconda, ecc.) man mano che la negoziazione avanza. Ciò è dovuto in gran parte al fatto che usualmente il potenziale acquirente si rivolge a più distributori (autorizzati o anche indipendenti), ottenendo così più offerte che utilizza come mezzi di pressione nel quadro della negoziazione. La negoziazione può terminare con l'intesa su un'offerta finale, che eventualmente rappresenterà quella indicata nel contratto di vendita. La tabella sconti serve a indicare ai venditori il loro margine di decisione nel quadro di offerte iniziali o prime offerte (cfr. atto II.105). Ulteriori sconti o condizioni che superano quelli stabiliti nella tabella sconti devono essere approvati o sono decisi dai superiori dei venditori e/o dalla direzione dell'impresa.

⁴⁹⁵ Cfr. atto I.452.

⁴⁹⁶ Atto II.94.

AMAG Retail		CONDIZIONI ACQUISTO															
Confidenziale, solo ad uso interno		2013															
		Pacchetto consegna	Sconto cliente - (CONSIGLIATO)	PMI (4-11) - (CONSIGLIATO)	Piccolo flotta (12-60) - (CONSIGLIATO)	Grande flotta (*) (>61) - (CONSIGLIATO)	Base di rimborso	Margine VP	Margine SP (fattura+procura)	Provvigione SP (intermediazione)	Provvigione Garage (intermediazione)	Rimborsi PMI	Rimborsi Piccolo flotta	Rimborsi Grande flotta	Trattenuta amministrativa	Rimborsi flotta EX-DEMO	NOTE
Modello																	
up!																	
Polo (inkl.Cross)																	
Golf Lim. / Var. / Plus / Cabrio																	
Beetle																	
Scirocco																	
Eos																	
Jetta																	
Touran (inkl. Cross)																	
Sharan																	
Passat Lim. / Var.																	
Passat CC																	
Tiguan																	
Touareg																	
Phaeton																	
VALUE																	
Golf Variant "VALUE" (netto)																	
Touareg "VALUE" (netto)																	
TEAM																	
Polo "TEAM" (netto)																	
Golf plus "TEAM" (netto)																	
Golf Variant "TEAM" (netto)																	
Scirocco "TEAM" (netto)																	
Touran "TEAM" (netto)																	

Estratto della tabella sconti del 2013 per il marchio VW veicoli privati (atti II.94, V.A.12)

221. Nella prima colonna sono indicati i *modelli* di veicolo del marchio di riferimento (per il marchio VW PW, ad esempio, i modelli Golf, Passat, Tiguan). Nelle colonne successive sono ripartite le varie condizioni in base al modello. La seconda colonna denominata "*Pacchetto consegna*" riguarda le spese conteggiate per i lavori di messa a punto per la vendita di un veicolo nuovo e messe a carico del cliente finale. Queste spese possono comportare in particolare le prestazioni seguenti: fornitura e affissione della vignetta autostradale, pieno di carburante, pulizia del veicolo e preparazione secondo le direttive del costruttore/importatore, messa in circolazione. Nelle tabelle sconti i pacchetti consegna sono indicati in franchi svizzeri e possono variare, a seconda del marchio, modello e anno, da circa [...] franchi a circa [...] franchi. I diversi tipi di *sconti* sono indicati in percentuali nelle colonne di colore verde e denominati "*Sconto cliente*", "*PMI*", "*Piccolo flotta*" e "*Grande flotta*". Si tratta degli sconti che possono variare, a seconda del marchio, modello, tipo di clientela e anno, tra [...] (cosiddetto "netto") e [...] %, e che i venditori di AMAG Ticino possono applicare alle loro prime offerte per la vendita di veicoli nuovi ai propri clienti finali. Nella colonna successiva di colore azzurro denominata "*Base di rimborso*" sono indicate in percentuali (variabili

tra il [...] e il [...] %, a seconda di anno, marca e modello) i ribassi garantiti da AMAG Import ai propri concessionari e alle filiali di AMAG sulla base dei prezzi lordi di listino. Le colonne successive di colore giallo denominate "*Margine VP*", "*Margine SP (fattura + procura)*", "*Provvigione SP (intermediazione)*" e "*Provvigione Garage (intermediazione)*" contengono i *margini* e le *provvigioni*, indicati in percentuali (variabili tra il [...] e il [...] %, a seconda di anno, marca, modello e tipo di operazione) offerti da AMAG Ticino ai partner di servizio o ai propri partner commerciali per l'acquisto di veicoli nuovi rispettivamente per la vendita di veicoli nuovi a dei clienti finali nel quadro di un'intermediazione⁴⁹⁷. Nelle ultime colonne a destra di co-

⁴⁹⁷ Pur non essendo distributori autorizzati, come intermediari i partner di servizio possono acquistare per conto e a nome di un cliente finale un veicolo nuovo di un marchio del gruppo Volkswagen, esibendo un contratto di mandato (cfr. anche n. marg. 16 seg. Opuscolo esplicativo del 29.6.2015 della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione riguardante gli accordi verticali nel settore del commercio di auto-veicoli [Opuscolo informativo ComAuto; <www.comco.admin.ch>] In diritto e documentazione > Comunicazioni > Opuscolo esplicativo ComAuto del 29 giugno 2015)). Per questa attività il partner di servizio sarà remunerato con una provvigione versata da AMAG.

lore arancione e denominate “*Rimborsi PM*”, “*Rimborsi Piccolo flotta*”, “*Rimborsi Grande flotta*”, “*Trattenuta amministrativa*”, “*Rimborsi flotta EX-DEMO*” sono indicati i rimborsi offerti da AMAG Import ai propri concessionari e alle filiali di AMAG Retail per la vendita di veicoli nuovi a dei clienti flotta. Questi rimborsi figurano in percentuali e variano, a seconda della clientela (ad es. [...]), anno, marca e modello, tra il [...] e il [...] %.⁴⁹⁸

222. Le basi di rimborso e i rimborsi per i clienti flotta sono offerti da AMAG Import a tutti i concessionari e filiali di AMAG e sono quindi conosciuti da quest'ultimi. Le condizioni di vendita (“*pacchetto consegna*”, “*sconto cliente*”, “*PM*”, “*piccolo flotta*”, “*grande flotta*”), così come le condizioni offerte da AMAG Ticino ai partner di servizio o ai propri partner commerciali (“*Margine VP*”, “*Margine SP (fattura + procura)*”, “*Provvigione SP (intermediazione)*” e “*Provvigione Garage (intermediazione)*”) indicate in queste tabelle sconti rappresentano invece informazioni sensibili relative a componenti del prezzo.

223. Le evidenze raccolte dimostrano che, negli anni dal 2006 al 2018, tra le parti al procedimento sono intercorse periodicamente delle discussioni e degli scambi riguardanti il valore delle condizioni di vendita della tabella sconti per le offerte ai clienti finali.⁴⁹⁹ Le condizioni di vendita concordate venivano regolarmente comunicate (per email o nell'ambito di riunioni) tramite la tabella sconti di AMAG Ticino ai concessionari e partner commerciali coinvolti.⁵⁰⁰

B.3.3.1.1 Premessa in merito all'inchiesta VPVW *Stammtische / Projekt Repo 2013*

224. La tabella sconti e il suo utilizzo sono stati già oggetto di indagini da parte delle autorità in materia di concorrenza nel passato. Nel maggio del 2013 la Segreteria, d'intesa con un membro della presidenza, aveva aperto l'inchiesta VPVW *Stammtische / Projekt Repo 2013* nei confronti di AMAG e di altri quattro concessionari con sede nella Svizzera tedesca sulla base di un'autodenuncia della stessa AMAG. Tale procedimento riguardava un accordo sui prezzi attraverso degli incontri regionali dell'associazione VPVW (cosiddetti “*Stammtische*”), l'elaborazione e la trasmissione ai membri della rete di distribuzione di AMAG di una tabella sconti comune dal formato sostanzialmente identico a quello descritto precedentemente. L'inchiesta si è conclusa con decisioni del 2015 e del 2016, tramite le quali la COMCO ha emanato delle sanzioni forfetarie a carico dei concessionari implicati e approvato la conciliazione conclusa tra la Segreteria e AMAG.⁵⁰¹ In questo contesto, occorre in particolare segnalare che la tabella sconti convenuta tra le imprese implicate nell'inchiesta VPVW / *Projekt Repo 2013* era stata creata sulla base della tabella sconti di AMAG dell'epoca⁵⁰² e quindi molto simile dal punto di vista del formato all'esempio esposto sopra (n. marg. 220).

B.3.3.1.2 Anni dal 2006 al 2009

225. Dagli elementi probatori agli atti si evince che il coordinamento in relazione alla tabella sconti, tramite discussioni e scambi sulle condizioni di vendita, è iniziato, quantomeno, a partire dal 2006.

226. Un documento del 2006 appartenente a Tognetti Auto porta il titolo “*Bozza Accordo di sconti*” e contiene delle tabelle che indicano i valori riguardanti gli sconti e i pacchetti consegna per diversi modelli di veicoli dei marchi VW PW, Audi e Škoda.⁵⁰³ Allegati a questo documento vi sono esemplari delle tabelle sconti di Tognetti Auto del 20 febbraio 2006.⁵⁰⁴

227. Tabelle sconti di AMAG Ticino del 2007 e del 2008 sono state sequestrate durante le perquisizioni del 10 e 11 dicembre 2019 presso Garage Maffei⁵⁰⁵ e Garage Weber-Monaco⁵⁰⁶.

228. Un documento Excel appartenente a Garage Karpf del 2 maggio 2007⁵⁰⁷ presenta diverse tabelle sconti degli anni dal 2005 al 2007. Alcuni fogli Excel contengono i titoli seguenti: “*Sconti 2006 AMAG*”, “*2006 Belli*” e “*SK [...]*”. Si presume che “*Belli*” e “*SK [...]*” siano riferiti rispettivamente ad AMAG Bellinzona e a [...] (AMAG Bellinzona). Inoltre, nel foglio Excel dal titolo “*SK [...]*” sotto la colonna “*Sconto base*” per i marchi Audi, VW NF (“*VU*”, veicoli utilitari), Seat e Škoda è indicato “*Tabella AMAG*”. Ciò lascia intendere che nel 2006 Garage Karpf disponeva delle tabelle sconti di AMAG Ticino o che era al corrente degli sconti indicati in queste tabelle.

229. Un documento del 14 gennaio 2008 appartenente ad AMAG Ticino contiene una tabella nella quale accanto ai nomi delle imprese e dei loro rappresentanti sono rappresentate diverse colonne che riportano i titoli seguenti: “*Presente*”, “*Visto per accordo pubblicità*”, “*Visto per accordo sconti AUDI*”, “*Visto accordo sconti VW*”.⁵⁰⁸

⁴⁹⁸ Cfr. ad esempio atti II.37, II.56, II.94, II.146, II.172, II.196, II.216, II.294. V. anche spiegazioni fornite da AMAG nel quadro dell'autodenuncia: atto XIV.A.12, pagg. 6 seg.

⁴⁹⁹ Atti II.33–34, 36–37, 40, 52, 54–61, 65–67, 73, 84–88, 94, 97–99, 148–151, 209, 217, 222–226; V.A.1, 11, 16–19; V.B.9–10, 23–25, 27–30, 40, 54, 56; V.C.1, 5, 7–15, 17–18, 27, 37–38, 40–47, 53–54, 73–74, 81–84, 90–98; V.B.10; V.C.5, pagg. 5 segg.; V.C.8, 74, 81; V.D.2, pag. 6, 8, 13, 16; V.D.3; V.D.4, pag. 13; V.D.6–10; V.D.16; V.E.1, 6, 11, 13; V.F.6, 10, 110, 122. V. anche XIV.A.5, pagg. 3 segg., allegati 29–62; XIV.A.11, pagg. 3 segg., allegati 181–220; XIV.A.14, pagg. 4 segg., allegati 264–268, 272–274; XIV.A.27, pagg. 8 seg.

⁵⁰⁰ Cfr. atti II.34–37, 40, 59, 73, 84, 88, 94, 97, 99, 148–151, 209, 217, 222–226; V.37–38, 40–47, 53–54, 73–74, 81–84; V.D.2, pag. 16; V.D.3, 6–10; V.E.1, 6, 11, 13; V.F.10.

⁵⁰¹ Cfr. DPC 2019/1, 84, VPVW *Stammtische / Projekt Repo 2013* (decisione non definitiva); DPC 2017/2, 279, VPVW *Stammtische / Projekt Repo 2013* (decisione diventata definitiva con le sentenze del TF del 8 maggio 2019, 2C_524/2018 e 2C_525/2018).

⁵⁰² DPC 2019/1, 90 n. marg. 26, VPVW *Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione non definitiva).

⁵⁰³ Atto V.F.6.

⁵⁰⁴ Ibid.

⁵⁰⁵ Atto V.C.1.

⁵⁰⁶ Atto V.E.1.

⁵⁰⁷ Atto V.B.9.

⁵⁰⁸ Atto II.33.

Nome	Cognome	Ditta	Presente	Visto per accordo pubblicità	Visto per accordo sconti AUDI	Visto accordo sconti VW
		AMAG Garage Cassarate				
		AMAG Bellinzona				
		Tognetti Auto SA				
		Garage Maffei SA				
		Garage Karpf & Co.				
		Garage P.G. Nessi				

Estratto del documento del 14 gennaio 2008 appartenente ad AMAG Ticino (atto II.33)

230. Dal documento in questione emerge che nel 2008 si prospettava un incontro o una discussione tra i vari rappresentanti di AMAG Ticino, Tognetti Auto, Garage Maffei, Garage Karpf, [...] e Garage Nessi per discutere degli accordi sugli sconti e sulla pubblicità.

231. Con email del 25 marzo 2008 [...] (AMAG Ticino) trasmette ai collaboratori di AMAG Ticino un'informativa e una tabella riguardante gli sconti da applicare ai nuovi modelli di alcuni marchi del gruppo Volkswagen per l'anno 2008. Nel suo email [...] (AMAG Ticino) precisa che la tabella con gli sconti in questione "è stata discussa a livello regionale trovando il consenso di tutti".⁵⁰⁹ Sulla base della documentazione citata precedentemente (n. marg. 226–230) appare evidente che con "tutti" [...] (AMAG Ticino) intendesse Garage Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto. Infine, [...] (AMAG Ticino) invita i collaboratori di AMAG Ticino a comunicare al proprio capo marca o alla direzione eventuali tentativi di "cannibalismo".⁵¹⁰ Per "cannibalismo" erano intesi dei tentativi di sottrazione di clientela di una zona di competenza determinata da parti di concorrenti con sede in altre zone di competenza (cfr. n. marg. 357 segg.).

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) inoltra quest'email interna a [...] (AMAG Bellinzona), [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Maffei), [...] (Garage Nord-Sud) e [...] (Garage Weber-Monaco).⁵¹¹ Nel suo messaggio di accompagnamento, [...] (AMAG Ticino) scrive: "[...] mi permetto di inoltrarvi per conoscenza la nostra strategia per i nuovi modelli in arrivo nel 2008 nella speranza di trovare il vostro consenso [...]".⁵¹²

232. In un processo verbale riguardante una riunione interna del 12 settembre 2008 tra [...] (Tognetti Auto) e i suoi collaboratori, al trattando "3. Condizioni vendita: Q5" è indicato: "Lugano e Bellinzona applicheranno lo sconto del: [...] % sconto normale, [...] % piccolo e medio flotta e [...] % grande flotta. Per il momento si può tenere questo schema di ribassi. Modificare le nostre Q5 in stock in S-line".⁵¹³ Dalla lettura di questo passaggio è evidente che Tognetti Auto era a conoscenza degli sconti applicati da

AMAG Lugano e AMAG Bellinzona per la vendita del modello Q5 del marchio Audi.

233. Tramite email del 24 febbraio 2009 [...] (Garage Nord-Sud) e [...] (Garage Maffei) chiedono a [...] (AMAG Ticino) di fissare un appuntamento per discutere delle condizioni di vendita 2009. [...] (AMAG Ticino) accetta l'invito e propone un appuntamento per il 5 marzo 2009 presso AMAG Lugano. [...] (Garage Nord-Sud) e [...] (Garage Maffei) danno entrambi la conferma per l'appuntamento tramite email del 25 febbraio 2009.⁵¹⁴

234. Documenti del 2008 e 2009 appartenenti a Garage Nessi e intitolati "Accordo di Rivenditore Autorizzato VW: Tra Concessionaria AMAG Automobil e Motori SA, 6500 Bellinzona e Garage Nessi, 6593 Cadenazzo" contengono il passaggio seguente: "Le VN [vetture nuove] (vedi tabella AMAG Retail) per gli sconti, i ristorni flotta e i ristorni finali".⁵¹⁵

B.3.3.1.3 Anni dal 2010 al 2013

235. Dagli atti risulta che, negli anni dal 2010 al 2013 AMAG Ticino, mediante [...] (AMAG Ticino) o suoi collaboratori, ha trasmesso tramite email le tabelle sconti di AMAG Ticino alle parti al procedimento seguenti: Autoronchetti, Garage Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto.⁵¹⁶ In alcuni casi, le tabelle sconti sono state anche trasmesse e/o discusse nel quadro di incontri tra AMAG Ticino e i concessionari e partner commerciali coinvolti.⁵¹⁷

⁵⁰⁹ Atto V.C.27.

⁵¹⁰ Ibid.

⁵¹¹ Atto V.C.27.

⁵¹² Ibid.

⁵¹³ Atto V.F.110.

⁵¹⁴ Atti V.C.37–38.

⁵¹⁵ Atto V.D.2, pagg. 6, 8 e 13.

⁵¹⁶ Atti II.37, 40, 67, 84, 94, 99; V.C.43–47, 53–54, 73–74, 81–84; V.D.6–10; V.F.10; XIV.A.5, pagg. 3–4, allegati 40, 42, 44; XIV.A.11, pagg. 3–4, allegati 181–206; XIV.A.14, allegati 264–266.

⁵¹⁷ Atti II.34–36, 59, 73, 88, 97; V.C.37.40–42; XIV.A.11, pag. 4, allegati 207–211.

236. Tabelle sconti di AMAG Ticino riguardanti gli anni 2010–2013 sono state anche trovate nei documenti (fisici o elettronici) sequestrati durante le perquisizioni presso le parti al procedimento seguenti: Garage Maffei⁵¹⁸, Garage Nessi⁵¹⁹, Garage Weber–Monaco⁵²⁰, Tognetti Auto⁵²¹.

237. Qui di seguito sono esposti diversi elementi probatori che dimostrano, in particolare, l'esistenza di discussioni e scambi tra le parti al procedimento in merito alle tabelle sconti valide per il 2012 e il 2013.

(i) Tabella sconti 2012

238. Tramite email del 31 dicembre 2011 [...] (Tognetti Auto) invia una bozza della tabella sconti interna di Tognetti Auto del 2012 per i marchi Audi, Škoda, VW PW, VW NF a [...] (AMAG Ticino), scrivendo:

“[...] come promesso da discutere

lo ho cercato di adattare tenendo per ò conto un po' della situazione di alcuni modelli

A3 in fine serie

A4 non va a ruba

ecc

*Il tutto si pu ò adattare sarebbe “bello” se mi fai avere la vostra prima del nostro incontro [...]”*⁵²²

Con email dello stesso giorno, [...] (AMAG Ticino) invia a [...] (Tognetti Auto) una bozza della tabella sconti di AMAG Ticino per il 2012 e risponde: “[...] *La prima bozza ancora da completare. Settimana prossima la riguardo e te la rimando. [...]”*⁵²³

239. A partire dal [...] 2012 [...] (AMAG Lugano) diventa [...] AMAG Ticino, assumendo così anche la [...], precedentemente [...] [...] (AMAG Bellinzona).⁵²⁴

240. Con email del 1° gennaio 2012 [...] (Garage Karpf) propone a [...] (AMAG Ticino) un colloquio per definire i rapporti a seguito della partenza di [...] (AMAG Bellinzona), proponendo di ridurre gli sconti:

“[...] Dovremmo sentirci per definire i nostri rapporti ... ‘dopo [...]’

*So che sei molto attento alla problematica degli sconti . Dal 1.1 hanno modificato il DWB e lo sconto inserito non sarà più sul netto Iva, bensì sul lordo. Questo ci causa un ' ulteriore diminuzione dell ' utile di quasi [...] %. Ritengo sia doveroso aggiornare le tabelle e ridurre gli sconti, in Ticino rispetto alla tabella proposta da Amag gi à largheggiamo Ora con Eurobonus ed incentivi ritengo non sia il punto in pi ù di sconto a far decidere il cliente. Anche gli sconti per clienti flotta sui modelli a prezzo netto , sui quali non abbiamo nessun rimborso ... lo ho sempre tenuto duro, argomentato e finora non mollato. Chiamami quando hai un attimo [...]”*⁵²⁵

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) risponde per email a [...] (Garage Karpf), dichiarando che è d'accordo con lui e che ha già provveduto a dare disposizioni interne per la riduzione degli sconti e ad aggiornare la tabella sconti di AMAG Ticino, così come di avere previsto di incontrarsi a

tale scopo con [...] (Tognetti Auto) nella seconda settimana di gennaio 2012:

*“[...] Sono perfettamente d'accordo con te e ho già dato disposizioni interne, incluso Bellinzona, per una riduzione immediata dello sconto di [...] % per clienti normali e [...] % per clienti flotta. Ho già aggiornato le tabelle sconti con le proposte Amag Import ma devo ancora analizzarle nel dettaglio. Con [...] ho previsto di incontrarmi nella seconda settimana di gennaio per valutare una strategia comune. Ti inoltrò la prima bozza, e-mail separata, delle tabelle e ti aggiorno a seguito del colloquio con [...] [...]”*⁵²⁶

Qualche minuto dopo [...] (AMAG Ticino) spedisce per email a [...] (Garage Karpf) la prima bozza della tabella sconti di AMAG Ticino per il 2012 (“ecco la prima bozza...[...])”.⁵²⁷

241. In data del 5 gennaio 2012 [...] (AMAG Ticino) trasmette ai propri consulenti di vendita, e in copia per conoscenza a [...], [...], la tabella sconti di AMAG Ticino per il 2012, informandoli di quanto segue: “[...] *abbiamo aggiornato la tabella sconti e pacchetti per l'anno 2012 secondo il nuovo calcolo IVA inclusa, i nuovi Contratti e i nuovi ristorni Flotta. Vi prego di verificare i dati e comunicarmi rapidamente le vostre osservazioni e proposte di modifica. Sar à mi intenzione discuterla apertamente con i “colleghi” in regione alfine di creare i giusti presupposti per un rapporto basato sulla collegialità. [...]”* (carattere in grassetto aggiunto).⁵²⁸ Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) trasmette quest'email interna, inclusi i documenti allegati, a [...] (Tognetti Auto), con il messaggio seguente: “[...] *allego tabella leggermente adattata a quanto da te ricevuto e quanto ricevuto da Amag Retail CH / Appena rientri ci aggiorniamo bilateralmente [...]”*⁵²⁹ Parallelamente, [...] (AMAG Ticino) inoltra quest'ultimo email a [...] (Garage Karpf) con l'indicazione “[...] *pf trattamento strettamente confidenziale [...]”*⁵³⁰

242. Sempre nella stessa data, [...] (AMAG) fa notare a [...] (AMAG Ticino) delle differenze tra i pacchetti consegna indicati nella tabella sconti di AMAG Ticino e quanto prescritto per le proprie succursali nelle direttive di vendita di AMAG, chiedendo se ciò è stato fatto consapevolmente:

*“[...] Danke f ür die Konditionenliste. Sehr interessant und auch fundiert - super ! Mir ist aufgefallen, dass Ihr eigene Ablieferungspauschalen nicht gem äss Verkäuferleitfaden nehmt - ist das bewusst ? [...]”*⁵³¹

⁵¹⁸ Atti V.C.5, 7–12, 43–47, 53–58, 81–84, 96.

⁵¹⁹ Atti V.D.2, pag. 16; V.D.3, 6–10.

⁵²⁰ Atti V.E.6, 11.

⁵²¹ Atto V.F.10.

⁵²² Atto II.52. V. anche atto XIV.A.5, allegato 30.

⁵²³ Atto XIV.A.5, allegato 31.

⁵²⁴ Atti I.11, n. marg. 52–53, I.452, pag. 3.

⁵²⁵ Atto II.53. V. anche atto XIV.A.11, allegato 213.

⁵²⁶ Ibid.

⁵²⁷ Atto XIV.A.14, allegato 267.

⁵²⁸ Atto II.54. V. anche atto XIV.A.5, allegato 32.

⁵²⁹ Atto II.55. V. anche atto XIV.A.5, allegato 33.

⁵³⁰ Atto II.56. V. anche atto XIV.A.5, allegato 34.

⁵³¹ Atto II.57.

[...] (AMAG Ticino) risponde il 6 gennaio 2012, spiegando che si tratta solo di modificare il valore del pacchetto consegna da [...] franchi a [...] franchi e informa [...] (AMAG) che si occuperà di "armonizzare" le condizioni di vendita ("die Daten") con i concessionari e partner commerciali ("die Private") nel Cantone Ticino e che questo processo di armonizzazione durerà un paio di anni:

*"[...] Ich werde die Daten nochmals prüfen. Es sollte nur den [...] - statt [...] - ge ändert sein. Ich werde mit die Private in der Region die Daten harmonisieren, d.h. es können kleine Unstimmigkeiten doch noch geben. Diese Harmonisierungprozess wird ein Paar Jahren dauern. Ich bin der Meinung dass die Betriebswirtschaft in der Region eine eigene und bestimmte Dynamik hat, und wenn diese gut ist sollte nicht zuviel ge ändert werden. Die Verkäuferleitfaden sollten nicht alles standardisieren, eine gewisse Freiheit ist immer Gewünscht und notwendig [...]"*⁵³²

Lo stesso giorno [...] (AMAG) replica a [...] (AMAG Ticino), dichiarando che è dell'opinione che quest'ultimo ha il territorio del Cantone Ticino sotto controllo e che deve continuare su questa strada:

*"[...] Ich bin der Meinung, dass Du Deine Region Ticino im Griff hast und dass Du weiter so machen. [...]"*⁵³³

[...] (AMAG) afferma pure che ci sono dei problemi nelle regioni in cui vi è una direzione debole e che in questi casi occorre avere delle chiare regole, ma che sarà necessario del tempo fino a quando saranno applicate da tutti:

*"[...] Wir haben aber Regionen, wo wir grosse Probleme haben, da die Führung schwach ist – da bin ich der Meinung, dass wir klare Regeln haben müssen. Leider werden sie im Moment wie Du richtig festgestellt hast NOCH NICHT eingehalten – wir arbeiten aber daran – das geht allenfalls auch noch eine gewisse Zeit, bis wir alle Verkäufer / MWR / GF so weit haben. [...]"*⁵³⁴

243. Con email del 10 gennaio 2012 [...] (Tognetti Auto) scrive a [...] (AMAG Ticino) per fissare un incontro allo scopo di discutere delle tabelle sconti:

*"[...] È tutto il giorno che voglio chiamarti per fissare un'incontro ma poi ... io questa settimana sono veramente molto preso e onestamente ho guardato le tue tabelle ma solo "velocemente" mentre vorrei studiarle con calma: cosa dici se fissiamo per settimana prossima ? Se ti va bene dammi magari due date possibili [...] che poi ti confermo. [...]"*⁵³⁵

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) propone un incontro per giovedì 19 gennaio 2012 a Giubiasco:

*"[...] Agenda inguardabile ma dopo questi primi giorni la sensazione è molto positiva e c'è tanta ma veramente tanta voglia di cambiare... Che ne dici di giovedì 19 alle ore 11.00 a Giubiasco per poi andare a pranzo io e te? [...]"*⁵³⁶

Questa data per l'incontro viene confermata da [...] (Tognetti Auto).⁵³⁷

244. Con email del 19 gennaio 2012, alle ore 16.27 (ovvero, dopo l'incontro avvenuto per la data fissata, v. n. marg. 243), [...] (AMAG Ticino) invia la tabella sconti di AMAG Ticino valida per il 2012 per i marchi Audi, Seat, Škoda, VW PW, VW NF a [...] (Tognetti Auto), accompagnata dal messaggio: "[...] come promesso [...]"⁵³⁸ [...] risponde per email il 21 gennaio 2012:

"[...] grazie ancora per l'incontro "chiarificatore"

Ho adeguato la nostra tabella che ti allego nuovamente prima di inviare a tutti (fammi sapere da quando entra in vigore a Bellinzona)

Le spese di consegna sono per alcuni modelli leggermente differenti io non metto [...] perché non mi "piace" e arrotondo a [...]

Guardandola con più calma ho visto che sull'Octavia tu hai messo per il privato un [...] % non so se sia giusto per i seguenti motivi

arriva il modello nuovo

il motore benzina 4x4 è categoria F (= + 50% di targhe)

Pensaci e fammi sapere

*noltre giovedì avrei voluto parlare con te anche della pubblicità e mi piacerebbe sapere quando pensi di fare qualcosa con la ditta di Riazzino [...]"*⁵³⁹

In data 22 gennaio 2012, [...] (AMAG Ticino) replica sempre per email:

"[...] Da venerdì tutti i CM sono stati informati e hanno ricevuto le tabelle quindi siamo partiti

Effettuerò dei controlli da lunedì e quindi ritengo il tutto ufficiale

Per l'Octavia ti propongo di fare la correzione all'arrivo della nuova nelle prossime settimane non vorrei mandare modifiche o correzioni per non confonderli troppo hanno già troppe cose a cui stare attenti capisci a cosa mi riferisco Sono stato molto duro e sono partito a mille

Per la pubblicità propongo di attivarci con incontri con i CM separati per marchio ad intervalli regolari I primo verso metà febbraio Mando alcune proposte x Audi VW e Skoda

*Con la ditta di Riazzino c'è tempo per il momento non ho nulla in ballo [...]"*⁵⁴⁰

⁵³² Ibid.

⁵³³ Atto II.58.

⁵³⁴ Ibid.

⁵³⁵ Atto II.59.

⁵³⁶ Ibid.

⁵³⁷ Atto II.59.

⁵³⁸ Atto II.60. V. anche atto XIV.A.5, allegato 35.

⁵³⁹ Atto II.60. V. anche atto XIV.A.5, allegato 36.

⁵⁴⁰ Atto II.60. V. anche atto XIV.A.5, allegato 37.

In data 23 gennaio 2012 [...] (Tognetti Auto) invia per email a [...] (AMAG Ticino) la tabella sconti di Tognetti Auto per il 2012, chiedendo di controllare gli sconti flotta per i modelli del marchio Škoda: “[...] *dimme se ti va bene e verifica il flotta 1 (Škoda)* [...]”.⁵⁴¹ Con email del 25 gennaio 2012 [...] (AMAG Ticino) comunica a [...] (Tognetti Auto) le sue osservazioni in merito alla verifica della tabella sconti di Tognetti Auto:

*“Pacchetti x vetture al NETTO non hai messo nessuna cifra = ? uno pu ò pensare fr 0 o secondo il modello deve prendere la cifra corrispondente? Unica punto per i pacchetti consegna Amarok e Crafter che tu hai messo [...] e io [...] facciamo come dici tu o lasci i [...] ? Pacchetti x Yeti Octavia e Superb tu sei diverso ma a me sta bene vedi tu / Ti serve ancora la nota **NB rimborsi FRESH ? [...]”*.⁵⁴²

245. Il 1° febbraio 2012 [...] (Garage Karpf) trasmette per email a [...] ([...]) una tabella sconti valida per il 2012 intitolata “[...] -Karpf” per i marchi VW PW e Škoda con un layout quasi identico a quello della tabella sconti di AMAG Ticino.⁵⁴³ Gli sconti per i clienti finali indicati nella tabella risultano identici a quelli della tabella sconti di AMAG Ticino, inviata da [...] (AMAG Ticino) a [...] (Garage Karpf) il 5 gennaio 2012 (v. n. marg. 241).⁵⁴⁴ I pacchetti consegna della tabella sconti “[...] -Karpf” differiscono invece leggermente (verso il basso) da quella di AMAG Ticino. Inoltre, nella tabella “[...] -Karpf” sono indicate delle condizioni acquisto (v. colonne riguardanti le posizioni “*Margini su fattura*”, “*Rimborso PMI*”, “*Rimborso piccola flotta*”, “*Rimborso grande flotta*”) diverse da quelle offerte da AMAG Ticino.⁵⁴⁵ Vi è quindi da presumere che Garage Karpf e [...] avessero convenuto condizioni di acquisto individuali nel caso di transazioni per la vendita-acquisto di veicoli tra di loro.

246. In un'email del 4 febbraio 2012 [...] (AMAG Ticino) invita i propri responsabili e consulenti di vendita a rispettare una serie di regole “fondamentali” per quanto riguarda la vendita e, in particolare, di attenersi alle tabelle sconti.⁵⁴⁶ Laddove queste regole non sono rispettate, [...] (AMAG Ticino) parla di casi “*fuori bussola*”.⁵⁴⁷ Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) trasmette per conoscenza quest'email a [...] (Tognetti Auto): “*Per conoscenza...confido nella tue riservatezza.* [...]”.⁵⁴⁸

247. Nel protocollo della riunione dell'8 febbraio 2012 tra AMAG Ticino e Garage Nessi, alla quale erano presenti, tra gli altri, [...] (AMAG Ticino) e [...] (Garage Nessi), alla posizione “*Condizioni obbiettivi 2012*” figura il passaggio seguente: “*Le condizioni di vendita per il 2012, unificate a livello regionale*”.⁵⁴⁹ In un documento appartenente a Garage Nessi dal titolo “*Protocollo informativo*” alla posizione “*Vendita*” / “*Strategia 2012*” figurano i passaggi seguenti: “*Incontro con [...] [...] [AMAG Ticino], [...], sconto accordo tabella, [...]*”; “*Discussione con [...] [...] [AMAG Ticino] sugli sconti ai clienti*”.⁵⁵⁰

248. Nel protocollo di riunione dell'8 febbraio 2012 tra AMAG Ticino e Garage Karpf, alla quale erano presenti, tra gli altri, [...] (AMAG Ticino) e [...] (Garage Karpf), alla posizione “*Condizioni obbiettivi 2012*” figurano i passaggi seguenti: “*Le condizioni di vendita per il 2012, unificate a livello regionale*”, “*Consegna tabella Sconti e pacchetti*

2012 (Corretta vedi mail [...] del 11.02.2012”, “*Comande Precedenti (2011) condizioni* [...]””.⁵⁵¹

249. Tramite email del 25 febbraio 2012 [...] (AMAG Ticino) inoltra ai propri responsabili vendita un messaggio di AMAG riguardante il riposizionamento dei prezzi per i modelli del marchio Audi.⁵⁵² Nel suo messaggio [...] (AMAG Ticino) spiega che AMAG e i concessionari svizzeri per il marchio Audi hanno deciso di comune accordo di abbassare gli sconti e formula alcune proposte su come procedere con la clientela al momento di formulare le offerte:

“[...] Oggi sulla stampa domenicale Svizzera, in Ticino sul Caffè, verrà diramato il comunicato in oggetto. Con queste nuove condizioni e in accordo con i concessionari Audi Svizzeri, si è deciso di abbassare gli sconti. Per semplificare ed essere convincenti io vi propongo di partire con il prezzo “netto” e tenervi un [...] % di riserva per chiudere. Per i flotta propongo: PMI / Piccolo / Grande = [...] Fate alcune simulazioni e ditemi se necessario adattare ulteriormente gli sconti. [...]”.⁵⁵³

Parallelamente, [...] (AMAG Ticino) trasmette questo messaggio a [...] (Tognetti Auto), chiedendogli che cosa ne pensa.⁵⁵⁴ In merito al riposizionamento dei prezzi riguardante il marchio Audi, con email del 3 marzo 2012 [...] (AMAG Ticino) invia ai propri collaboratori la nuova tabella sconti per il marchio Audi, comunicando quanto segue:

“[...] dopo attenta analisi della situazione commerciale e di mercato (concorrenti) e dopo avervi ascoltato la presente per comunicarvi la nuova strategia di vendita

@ Leggera riduzione dello sconto cliente dettaglio PM e piccolo flotta / @ Sconti Grande Flotta e Contratti Quadro Amag invariati

@ Promuovere attivamente l'estensione garanzia nostra partecipazione ai costi max [...] % (escl grande flotta e contratti quadro naturalmente)

@ Se il cliente non volesse l'estensione di garanzia (consigliata) ogni venditore ha a disposizione max [...] % per arrotondamenti di chiusura (escl grande flotta e contratti quadro naturalmente)

Allegato troverete la tabella sconti Audi adattata secondo quanto deciso / Resto a disposizione per vostri commenti PF se tutto ok comunicate immediatamente la decisione ai vostri consulenti vendita. GRAZIE! [...]”.⁵⁵⁵

⁵⁴¹ Atto II.60. V. anche atto XIV.A.5, allegato 38.

⁵⁴² Atto II.61. V. anche atto XIV.A.5, allegato 39.

⁵⁴³ Atti V.B.14–15.

⁵⁴⁴ Atto V.B.15.

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ Atto II.62. V. anche atto XIV.A.11, allegato 214.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ Atto II.62. V. anche atto XIV.A.11, allegato 214.

⁵⁴⁹ Atto II.88.

⁵⁵⁰ Atto V.D.4, pag. 13.

⁵⁵¹ Atto II.97, pag. 4.

⁵⁵² Atto II.65.

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ Atto II.66. V. anche atto XIV.A.11, allegato 215.

⁵⁵⁵ Atto II.67.

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) inoltra per conoscenza questo email con in allegato la tabella sconti per il marchio Audi a [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Maffeis) e [...] (Garage Karpf).⁵⁵⁶

250. Nel protocollo di riunione del 4 aprile 2012 tra AMAG Ticino e [...], alla quale erano presenti, tra gli altri, [...] AMAG Ticino e [...] ([...]), alla posizione "Accordi Commerciali 2012" figura il passaggio seguente: "Strategia AMAG: Tabella Sconti/Flotta 2012".⁵⁵⁷

(ii) Tabella sconti 2013

251. In un'email del 20 novembre 2012, che tratta diversi temi (tra cui anche la pubblicità comune e promozioni), [...] (AMAG Ticino) propone a [...] (Tognetti Auto) di trovarsi per discutere di un piano strategico per il 2013:

"[...] Che ne dici di trovarci per fare il punto e abbozzare un piano strategico 2013? Propongo il lu 17 o ma 18 dicembre ore 11.00 da me a Lugano [...]".⁵⁵⁸

[...] (Tognetti Auto) risponde lo stesso giorno che è d'accordo per l'incontro, tuttavia facendo notare che potrebbe essere troppo tardi, perché crede sia necessario trovarsi anche con altri distributori del marchio VW:

"[...] Per l'incontro, domani di confermo la data: solo forse un po' tardi, perché dovremmo comunque trovarci una volta anche con altri partner VW [...]".⁵⁵⁹

252. Tramite email del 28 dicembre 2012 [...] (AMAG Ticino) trasmette ai propri responsabili di vendita, tra cui [...] (AMAG Giubiasco), la tabella sconti di AMAG valida in tutta la Svizzera a partire dal 2013 ("Konditionenliste Retail 2013"), pregandoli di informare i rispettivi consulenti di vendita.⁵⁶⁰ Lo stesso giorno [...] (AMAG Giubiasco) risponde per email a [...] (AMAG Ticino), affermando che per i clienti flotta potrebbero sorgere delle problematiche nel caso in cui i concessionari e partner commerciali del Sopraceneri ("i nostri colleghi garagisti del sopraceneri") non dovessero attenersi alle nuove tabelle sconti:

"[...] sono il primo a sostenere la vendita del prodotto e non dello sconto, pertanto in linea di massima le nuove tabelle non mi spaventano... ho un po' paura per i clienti flotta nel caso i nostri colleghi garagisti del sopraceneri non si attengono in modo altrettanto rigoroso a queste linee... Se un'azienda dovesse accorgersi di una disparità di trattamento in questo ambito rischiamo una perdita di fiducia e magari anche qualche affare interessante. [...]".⁵⁶¹

253. Tramite email del 7 gennaio 2013 [...] (AMAG Ticino) invia a [...] (Tognetti Auto) la tabella sconti di AMAG Ticino del 2013 per i modelli del marchio VW PW, chiedendogli che cosa ne pensa e proponendogli un indirizzo per un incontro fissato al giorno seguente, ovvero l'8 gennaio 2013 alle ore 18:

"[...] allegato ti inoltra per conoscenza la proposta di base per le mie filiali. Cosa ne pensi? Per domani ore 18.00 dove? Hai un'idea? Castello Sasso Corbaro? Posso chiedere se ci lasciano la saletta! Fam sav é [fammi sapere] [...]".⁵⁶²

Come si evince da un invito di posta elettronica con oggetto "Meeting Concessionari Ticino con cena" per la data 8 gennaio 2013 dalle ore 18 alle ore 22, l'incontro sarebbe

dovuto avvenire anche con i rappresentanti degli altri concessionari del Cantone Ticino coinvolti.⁵⁶³ In effetti, su questo invito figurano come partecipanti richiesti [...] (AMAG Ticino), [...] (Tognetti Auto), [...] ([...]), [...] (Garage Maffeis) e [...] (Garage Karpf).⁵⁶⁴ [...] (AMAG Ticino) è indicato anche come organizzatore della riunione.⁵⁶⁵ Il luogo della riunione appare ancora come non definito.⁵⁶⁶

254. Con email dell'11 gennaio 2013 [...] (Tognetti Auto) trasmette a [...] (AMAG Ticino) un progetto di email indirizzata a [...] (Garage Maffeis) e [...] (Garage Karpf). A questo email sono allegate le direttive di AMAG riguardanti il sistema dei margini per i concessionari e la tabella sconti del 2013 per i modelli del marchio Audi. Da questo progetto di email emerge che [...] (Garage Maffeis) e [...] (Garage Karpf), in quanto partner di servizio per il marchio Audi, non erano d'accordo con le provvigioni stabilite da AMAG Ticino per le intermediazioni nelle vendite dei veicoli del marchio Audi.⁵⁶⁷ Uno degli argomenti utilizzati da [...] (Tognetti Auto) è quello secondo cui da quando [...] (AMAG Ticino) [...], la redditività sarebbe migliorata per tutti i concessionari e partner commerciali in tutte i marchi del Gruppo Volkswagen:

"[...] il mio pensiero è che da [...] Amag Ticino [...] [...] di AMAG Ticino] la redditività è migliorata per tutti noi in TUTTE le marche. [...]".⁵⁶⁸

Con email dello stesso giorno, [...] (AMAG Ticino) risponde che è d'accordo con la bozza: *"[...] per me va benissimo. [...]"*.⁵⁶⁹ Tramite email del 12 gennaio 2013 [...] (AMAG Ticino) scrive nuovamente a [...] (Tognetti Auto):

"[...] Che ne dici se io applicassi la stessa formula che usi tu per i tuoi agenti? -1% su fattura / + x% a raggiungimento obiettivi personali (con diversi livelli) / + x% se noi raggiungiamo i nostri / Flotta? Che ne dici? [...]".⁵⁷⁰

255. A seguito di disaccordi riguardanti le nuove condizioni di acquisto stabilite per i partner commerciali per il 2013, con email del 12 gennaio 2013 [...] (AMAG Ticino) propone a [...] (Garage Maffeis), [...] (Garage Karpf) e [...] (Garage Nessi) di fissare un nuovo incontro presso il suo ufficio a Lugano, al fine di valutare e discutere queste nuove condizioni.⁵⁷¹ In quest'email, inviata in copia per conoscenza a [...] (Tognetti Auto), [...] (AMAG Ticino) afferma anche di avere valutato, insieme a [...] (Tognetti Auto), la possibilità di applicare uniformemente per il Cantone Ticino le condizioni di acquisto e provvigioni ("formule") di Tognetti Auto per i marchi rappresentati dai partner commerciali e partner di servizio:

⁵⁵⁶ Ibid.

⁵⁵⁷ Atto II.73.

⁵⁵⁸ Atto XIV.A.14, allegato 343.

⁵⁵⁹ Ibid.

⁵⁶⁰ Atto II.85.

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² Atti II.86–87. V. anche atto XIV.A.5, allegato 41.

⁵⁶³ Atto V.F.121.

⁵⁶⁴ Ibid.

⁵⁶⁵ Atto V.F.121.

⁵⁶⁶ Ibid.

⁵⁶⁷ Per il significato di provvigioni, v. n. marg. 221 e n. 497.

⁵⁶⁸ Atto XIV.A.14, allegato 268.

⁵⁶⁹ Atto XIV.A.14, allegato 269.

⁵⁷⁰ Atto XIV.A.14, allegato 270.

⁵⁷¹ Atti II.90, 92. V. anche atti V.B.26; V.C.93; XIV.A.11, allegato 216.

*"[...] Con la presente non voglio entrare nel merito delle polemiche di questi giorni, suscitate dalla mia prima proposta riguardante i margini Agenti per il 2013. [...] ed io abbiamo attentamente analizzato i dati e le condizioni contrattuali ufficiali Amag Import, e siamo arrivati alla conclusione che senza l'oggettività necessaria, una presa di posizione empirica non è coerente e porta a giudizi affrettati e poco trasparenti. Con [...] abbiamo inoltre valutato la possibilità di applicare uniformemente per il Ticino, le formule da lui usate per i marchi rappresentati VP e SP. Mi permetto quindi di proporvi un nuovo incontro dove, sulla base di un confronto matematico 2012/2013 (prendendo le vetture fatte nel 2012) e con le condizioni contrattuali alla mano, andremo ad analizzare i valori e gli scostamenti. Come anticipato nella mia e-mail inviata a [...] [...], di Garage Nessi], e credo di aver sempre mantenuto le mie promesse, se gli scostamenti fossero eccessivi vi assicuro che sono pronto a correggere la mia posizione, come l'ho sempre fatto. Propongo le date seguenti: Giovedì 17 gennaio o Venerdì 18 gennaio Ore 15.00 Presso [...] Attendo vostro cortese riscontro.[...]"*⁵⁷²

Con email del 14 gennaio 2013 [...] (Garage Nessi) risponde positivamente all'invito di [...] (AMAG Ticino):

*"[...] ti ringrazio, trovandoci abbiamo la possibilità di discuterne e chiarire. ti confermo la mia presenza. Sia giovedì che venerdì, fammi sapere... [...]"*⁵⁷³

[...] (AMAG Ticino) propone dunque di passare da lui giovedì 17 gennaio 2013 alle ore 17, proposta che [...] (Garage Nessi) accetta. Tramite email del 14 gennaio 2013, [...] (Garage Karpf) comunica a [...] (AMAG Ticino) che insieme a [...] (Garage Maffei) e [...] (Garage Nessi) sono d'accordo di rivedere la politica degli sconti, ma che per il momento propongono di mantenere lo status quo:

"[...] ho letto attentamente le Tue considerazioni e ne abbiamo parlato con [...] e [...] . [...] Trattandosi di una problematica di vitale importanza per le nostre aziende, riteniamo che una proposta per eventuali cambiamenti andava formulata nel corso del quarto trimestre scorso, valutata e discussa attentamente per poi trarne le conclusioni. Capirai che quanto da Te proposto, ossia di vendere con meno sconto per migliorare unilateralmente la redditività non possa stare in piedi. Siamo tutti d'accordo di cogliere il momento propizio per rivedere la politica degli sconti. Questo porterebbe sicuramente un miglioramento generale per tutti anche noi abbiamo sempre più grossi problemi di redditività. Proponiamo pertanto il mantenimento dello status quo. Nel caso in cui Tu non voglia accettare, prova ad inviarci le nuove proposte che ci riserveremo di esaminare ed approfondire attentamente, prima di poi trovarci per discuterne serenamente e con cognizione di causa. [...]" (carattere grassetto aggiunto).⁵⁷⁴

Destinatari di questo email sono anche [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Maffei) e [...] (Garage Nessi).⁵⁷⁵ Dagli atti risulta, che qualche ora prima di inviare la sua risposta a [...] (AMAG Ticino), [...] (Garage Karpf) ha inviato una bozza di quest'ultima a [...] (Garage Maffei) e [...] (Garage Nessi).⁵⁷⁶ Nella sua replica del 16 gennaio

2013 a [...], [...] (AMAG Ticino) propone di mantenere le condizioni valide per il 2012 fino a fine febbraio 2013 e di ridiscuterne tutti insieme nel quadro di un incontro:

*"[...] io ti dimostro apertura e disponibilità e tu mi "sbatti la porta in faccia" rilanciando altre polemiche sterili alle quali conosci già le risposte? Sono senza parole! Ciononostante, e come comunicato nella mia precedente e-mail, ho eseguito le verifiche oggettive e sono a disposizione per discuterle con voi. Propongo, viste le tue sicuramente meritate vacanze, di congelare le condizioni fino a fine febbraio. Ho dato disposizioni di applicare fino a fine febbraio, su tutte le consegne e ordini Audi e VW NF, le condizioni 2012. Attendo vostre proposte per una data entro la fine di febbraio. [...]"*⁵⁷⁷

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) invia ai propri collaboratori la tabella sconti di AMAG Ticino per il 2013 aggiornata, precisando che per Garage Karpf e Garage Maffei dovranno applicare le condizioni di acquisto secondo la tabella sconti del 2012 fino a nuovo avviso, sottintendendo che un incontro con questi due concessionari/partner commerciali è previsto per metà febbraio 2013:

*"[...] Attenzione! Per gli agenti Karpf e Maffei utilizzare ancora la tabella 2012 fino a nuovo avviso (incontro previsto a metà febbraio) [...]"*⁵⁷⁸

Il giorno seguente [...] (Tognetti Auto) si rivolge a [...] (AMAG Ticino) in merito allo scambio di email riportato sopra commentando *"[...] ti sei tolto un sassolino("sbatti la porta in faccia"). [...]"* e trasmettendo a quest'ultimo le condizioni di acquisto applicate nei confronti di [...] (v. n. marg. 27).⁵⁷⁹

La discussione avuta tra AMAG Ticino, Garage Karpf, Garage Maffei e Garage Nessi è confermata anche da un passaggio contenuto in un protocollo interno di Garage Nessi al reparto "01.2013": *"Abbassamento margini Auto VW, grandi discussioni con [Garage] Karpf e [Garage] Maffei. Inizialmente - [...] % poi accettato [...] - [...] % ed aumentato il bonus finale"*.⁵⁸⁰

256. In un protocollo di una riunione interna del 24 gennaio 2013 tra [...] (Tognetti Auto) e i suoi collaboratori, al trattando "3. Sconti", si legge:

"Contratti quadri, l'amag ha ridotto gli sconti a ditte come Leasplan etc. Lugano ha aumentato i pacchetti consegne e diminuiti gli sconti. Durante il week end sentirò [...] [...] [AMAG Lugano] e settimana prossima riceverete una nuova tabella sconti".⁵⁸¹

⁵⁷² Ibid.

⁵⁷³ Atto XIV.A.11, allegato 217.

⁵⁷⁴ Atto II.92. V. anche atti V.B.28; V.C.93; XIV.A.11, allegato 217.

⁵⁷⁵ Ibid.

⁵⁷⁶ Atto V.B.27.

⁵⁷⁷ Atto II.92. V. anche atti V.B.29; V.C.93; XIV.A.11, allegato 217.

⁵⁷⁸ Atto II.93.

⁵⁷⁹ Atto II.92. V. anche atto XIV.A.11, allegato 217.

⁵⁸⁰ Atto V.D.4, pag. 13.

⁵⁸¹ Atto V.F.122.

257. Tramite email del 5 febbraio 2013 [...] AMAG Ticino) trasmette ai propri collaboratori la tabella sconti di AMAG Ticino (*“aggiornata e definitiva”*) valida per il 2013.⁵⁸² Destinatari di quest'email in copia per conoscenza sono anche i rappresentanti o indirizzi elettronici delle imprese seguenti: Garage Maffei, Garage Karpf, Tognetti Auto, [...], Garage Nessi, Autoronchetti, Garage Weber-Monaco. Il 6 febbraio 2013 [...] (Garage Karpf) risponde a questo email, chiedendo a [...] (AMAG Ticino) di specificare che le nuove condizioni sono valide da subito.⁵⁸³ [...] (AMAG Ticino) replica lo stesso giorno: *“ok fatto! [...]”*.⁵⁸⁴

258. Nel protocollo di riunione del 7 febbraio 2013 tra AMAG Ticino e Garage Karpf, al quale erano presenti, tra gli altri, [...] (AMAG Ticino) e [...] (Garage Karpf), alla posizione *“Condizioni obbiettivi 2013”* figurano i passaggi *“Le condizioni di vendita per il 2013, unificate a livello regionale”* / *“accordo ok”*, *“Consegna tabella Sconti e pacchetti 2012 (Corretta vedi mail [...] del 6.02.2013)”* / *“accordo ok”*, *“Ordini Precedenti al 05.02.2013 condizioni 2012”* / *“accordo ok”*.⁵⁸⁵

Le condizioni di vendita per il 2013, unificate a livello regionale.			accordo ok	05.02.13	✓	evaso
Consegna tabella Sconti e pacchetti 2012 (Corretta vedi mail [...] del 6.02.2013)			accordo ok	05.02.13	✓	evaso
Ordini Precedenti al 05.02.2013 condizioni 2012			accordo ok	05.02.13	✓	evaso

Estratto del protocollo di riunione del 7 febbraio 2013 (atto II.97, pag. 3)

259. Il 6 marzo 2013 [...] (AMAG Ticino), tramite un'email della sua segreteria, informa i propri collaboratori che nei giorni seguenti riceveranno un'email da parte di [...], [...] AMAG Retail (diventata successivamente AMAG, v. n. marg. 6), riguardante la riduzione ulteriore degli sconti:

“[...] la Direzione desidera informarvi che nei prossimi giorni riceverete [...] una nuova e-mail in relazione alla volontà della Direzione Amag Retail di ridurre ulteriormente gli sconti in media del [...] %. Per il Ticino, prima di decidere se modificare la tabella sconti, verrà valutata con i CM [capi marca] la situazione commerciale e concorrenziale. Vi preghiamo pertanto di attendere una comunicazione ufficiale [...]. [...]”.⁵⁸⁶

260. Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) trasmette a [...] (AMAG Lugano) un'email ricevuta da [...] (AMAG Retail), con la quale quest'ultimo ordina una diminuzione degli sconti sulla prima offerta fatta al cliente finale per i marchi VW e Škoda secondo la nuova tabella sconti di AMAG Retail e come concordato all'interno dell'associazione di categoria “VPVW” (v. n. marg. 224).⁵⁸⁷ Nello stesso email [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (AMAG Lugano):

“Ci scommettevo...pf puoi verificare quali modelli sarebbero da modificare? La decisione se diminuire o no la prendiamo assieme [...]”.⁵⁸⁸

[...] (AMAG Lugano) risponde che secondo lui, se AMAG Ticino si accorda con Tognetti Auto, non vi sono problemi, ma che sarà anche necessario adeguare i pacchetti consegna secondo la tabella sconti di AMAG Retail inviata da [...] (AMAG):

“[...] se ci mettiamo d'accordo con Tognetti [Tognetti Auto] per me è ok. Ma dobbiamo secondo me adeguare anche il pacchetto consegna come da tabella [...]. Tante volte è veramente un problema far pagare per una Golf il pacchetto a fr. [...]-- o per una up! fr. [...]-- Lo sconto per una Polo è meno che il pacchetto consegna. Il cliente dice non farmi lo sconto e in compenso non mi fai pagare il pacchetto....”.⁵⁸⁹

261. L'8 marzo 2013 [...] (AMAG Ticino) trasmette per email ai propri responsabili e consulenti di vendita la nuova tabella sconti di AMAG Ticino per i marchi Audi, Seat, Škoda, VW PW, VW NF secondo le direttive di

AMAG Retail con le modifiche evidenziate in rosso. In questo email, [...] (AMAG Ticino) scrive:

“[...] allegato troverete la nuova tabella sconti e pacchetti aggiornata secondo le direttive Amag Retail Svizzera. Le modifiche sono state evidenziate in rosso. Ho inoltre adattato verso il basso l'importo di alcuni pacchetti consegna. Vi ricordo che rispetto al resto della Svizzera la nostra tabella prevede degli sconti leggermente maggiori. Vi prego di applicare da subito le nuove condizioni. [...]”.⁵⁹⁰

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) inoltra per conoscenza questa comunicazione, incluso l'allegato, alle imprese seguenti: Tognetti Auto, Garage Nessi, Garage Maffei, Garage Weber-Monaco, Autoronchetti, [...] e Garage Karpf.⁵⁹¹

262. Con email del 17 marzo 2013 [...] (AMAG Ticino) inoltra ai propri collaboratori una nuova comunicazione di AMAG Retail riguardante un'ulteriore modifica della tabella sconti di AMAG Retail Svizzera. In questo email [...] (AMAG Ticino) scrive:

“[...] La comunicazione in oggetto non è altro che la conferma dell'ultima mia e-mail riguardante la nostra tabella sconti. Ribadisco il concetto di fare la prima offerta con il minimo sconto! Usate la mia tabella sconti fino a nuovo avviso. [...]”.⁵⁹²

263. In un protocollo interno di Garage Nessi al reparto “06.2013” figura il passaggio seguente: *“AMAG abbassa i prezzi di listino alle vetture VW / riunione per discutere questa fase nuova”*.⁵⁹³

⁵⁸² Atto II.94. V. anche atto XIV.A.5, allegato 42.

⁵⁸³ Atto II.95. V. anche atto XIV.A.5, allegato 43.

⁵⁸⁴ Ibid.

⁵⁸⁵ Atto II.97, pag. 3.

⁵⁸⁶ Atto II.99.

⁵⁸⁷ Atto II.98.

⁵⁸⁸ Ibid.

⁵⁸⁹ Atto II.98.

⁵⁹⁰ Atto II.99. V. anche atto XIV.A.5, allegato 44.

⁵⁹¹ Ibid.

⁵⁹² Atto II.105. V. anche atto XIV.A.5, allegato 45.

⁵⁹³ Atto V.D.4, pag. 13.

264. In una nota scritta a mano ritrovata presso Garage Maffei figurano gli appunti seguenti: *“Karpf: base fr 3000.- brutto + [...] % Faido / [...] % Biasca”, “Tognetti: base di calcolo sulle vendite dell’anno precedente + commissione bassa e [...] % e fr [...] - polo”*.⁵⁹⁴ Sulla pagina retro è indicata la data del 26 settembre 2013.⁵⁹⁵

265. Tramite email del 14 novembre 2013 [...] (AMAG Breganzona) trasmette a [...] (AMAG Ticino) e [...] (Autoronchetti) il protocollo della riunione svoltasi tra di loro il giorno stesso.⁵⁹⁶ Oltre al protocollo della riunione [...] (AMAG Breganzona) allega all’email anche la tabella sconti di AMAG Ticino riguardante i modelli del marchio Seat.⁵⁹⁷

B.3.3.1.4 Anni dal 2014 al 2018

266. Presumibilmente a seguito dell’apertura dell’inchiesta *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013* (v. n. marg. 224) e delle conseguenze scaturite da tale procedimento, nel 2014 [...] (AMAG Ticino) impone all’interno di AMAG Ticino il divieto di inoltrare le tabelle sconti a persone esterne al gruppo AMAG.⁵⁹⁸ In questo contesto, [...] (AMAG Ticino) ordina ai propri collaboratori di trasmettere ai partner commerciali di AMAG Ticino le tabelle con i margini di rimborso e le condizioni di acquisto a loro offerte, ma senza le prime colonne contenenti i pacchetti consegna e gli sconti per la vendita di veicoli nuovi ai clienti finali (cfr. esemplare a n. marg. 220).⁵⁹⁹ Al tempo stesso, [...] (AMAG Ticino) affida ai responsabili di AMAG Ticino per le relazioni con i singoli partner commerciali il compito di organizzare degli incontri con questi ultimi allo scopo di mostrare loro le tabelle sconti di AMAG Ticino e di mettere a verbale tali incontri.⁶⁰⁰ Sulla base di quanto dichiarato da [...] (AMAG Lugano), sentito in qualità di testimone, questo tipo d’incontri sarebbero avvenuti, perlomeno, fino al 2016.⁶⁰¹ Questo cambio nel modo di procedere emerge, in particolare, dai mezzi probatori esposti qui di seguito.

267. Tramite email del 4 febbraio 2014 [...] (AMAG Ticino) invia ai propri collaboratori la tabella sconti di AMAG Ticino aggiornata al 2014.⁶⁰² In questo email [...] (AMAG Ticino) raccomanda i propri collaboratori di non inoltrare la tabella sconti a persone esterne ad AMAG:

“[...] Il documento è confidenziale - solo per uso interno - vietato l’inoltro a persone esterne ad AMAG! [...]”⁶⁰³

Per quanto riguarda i partner commerciali, [...] (AMAG Ticino) precisa: *“[...] procedo io a comunicare i nuovi margini di rimborso [...]”*.⁶⁰⁴

268. Il 4 febbraio 2014 [...] (AMAG Ticino) invia la tabella riguardante i margini e rimborsi (senza pacchetti consegna né sconti) agli indirizzi dei rappresentanti di Garage Maffei, Garage Weber-Monaco, Autoronchetti e Garage Karpf, comunicando:

“[...] allegato troverete le nuove condizioni d’acquisto e i nuovi margini di rimborso normali e supplementari a seconda del obiettivo volumi raggiunto [...]”⁶⁰⁵

[...] (Tognetti Auto) è indicato nell’email come destinatario in copia per conoscenza nascosta (*“Bcc”*).⁶⁰⁶ Il giorno seguente [...] (AMAG Bellinzona) fa notare a [...] (AMAG Ticino) che [...] (Garage Nessi) non era tra i destinatari

dell’email del 4 febbraio 2014 e che quindi la tabella con i margini e rimborsi non è stata trasmessa a quest’ultimo.⁶⁰⁷ Con email del 5 febbraio 2014 [...] (AMAG Ticino) trasmette a [...] (Garage Nessi) le condizioni di acquisto per il 2014.⁶⁰⁸ Il 13 febbraio 2014 [...] (AMAG Ticino) inoltra quest’ultimo email a [...] (AMAG Bellinzona), sottolineando:

“[...] Meccanismo simile all’anno scorso ma non possiamo più comunicare gli sconti. Ti consiglio di inviarlo da te e mostrargli la nostra tabella sconti e fare un piano volumi per ogni trimestre. aspetto un tuo breve protocollo della visita e degli accordi. [...]”⁶⁰⁹

Lo stesso tipo di messaggio riguardante la comunicazione degli sconti è inviato lo stesso giorno a [...] (AMAG Lugano) per Garage Weber-Monaco⁶¹⁰, ad [...] (AMAG Breganzona) per Autoronchetti⁶¹¹ e ad [...] (AMAG Sorengo) per [...] (Garage Maffei).⁶¹²

269. Tramite email del 23 maggio 2014 [...] (AMAG Bellinzona) informa [...] (AMAG Ticino) che, come richiesto, la tabella sconti di AMAG Ticino non è stata trasmessa ai partner commerciali (*“agenti”*), ma che [...] (Garage Nessi) l’ha chiamata e le ha comunicato di non essere informato in relazione all’aggiornamento delle condizioni di vendita di maggio 2014:

“[...] ho un “problema” con Nessi. Abbiamo ricevuto la “tabella sconti” aggiornata all’9.05.2014 con richiesta di non trasmetterlo agli agenti. Cosa che è stata rispettata. [...] Questa mattina mi ha chiamato [...] [Nessi, di Garage Nessi] dicendomi che lui non era al corrente “dell’aggiornamento” e di informarmi meglio al riguardo - sinceramente non ho saputo cosa dirgli. Posso mandargli la tabella aggiornata? Ci vuole parlare prima Lei? [...]”⁶¹³

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) risponde, sottolineando che gli sconti sono responsabilità dei singoli concessionari e partner commerciali, che la tabella sconti, per legge, è solo a uso interno (utilizzando il termine *“cartello”*), che non si possono fare accordi e che, per evitare discussioni in futuro, la tabella potrebbe essere inviata senza le prime colonne relative agli sconti:

⁵⁹⁴ Atto V.C.13.

⁵⁹⁵ Ibid.

⁵⁹⁶ Atto XIV.A.14, allegato 274.

⁵⁹⁷ Atto XIV.A.14, allegato 274, pag. 3.

⁵⁹⁸ Cfr. atti II.146; XIV.A.5, pagg. 4 segg., allegati 47–52 e 55.

⁵⁹⁹ Ibid. Cfr. pure come esempi del nuovo modo di comunicare margini e provvigioni: atti V.A.2–4; V.B.14, 42; V.D.13; V.E.7; XIV.A.5, pagg. 5 segg., allegati 48, 56–57.

⁶⁰⁰ Atti II.148–151; XIV.A.5, pag. 5, allegati 49–52.

⁶⁰¹ Atto XV.3, n. marg. 185–198.

⁶⁰² Atti II.146; XIV.A.5, allegato 47.

⁶⁰³ Ibid.

⁶⁰⁴ Atti II.146; XIV.A.5, allegato 47.

⁶⁰⁵ Atto XIV.A.5, allegato 48.

⁶⁰⁶ Ibid.

⁶⁰⁷ Atto II.147.

⁶⁰⁸ Atto XIV.A.5, allegato 49.

⁶⁰⁹ Ibid.

⁶¹⁰ Atti II.149; XIV.A.5, allegato 50.

⁶¹¹ Atto XIV.A.5, allegato 51.

⁶¹² Atti II.150; XIV.A.5, allegato 52.

⁶¹³ XIV.A.5, allegato 53.

*“[...] La gestione degli sconti è una responsabilità del singolo agente e per questo ha un Portale di informazione, il Partnernet, dove riceve e trova tutte le informazioni necessarie. La nostra tabella è ad uso interno e per legge, cartello, non possiamo accordarci in nessun modo. Per quanto riguarda i ristorni, questi sono stati comunicati ad inizio anno e il meccanismo di aggiornamento durante l'anno rimane sempre lo stesso. Per i modelli al netto valgono le condizioni ridotte. Se con l'arrivo di nuovi modelli avesse delle domande non ha che da chiamare ed informarsi. Per evitare in futuro discussioni si potrebbe inoltrare la tabella SENZA le prime colonne relative agli sconti da applicare per modello. [...]”*⁶¹⁴

270. Dai documenti agli atti risulta che nel 2015 e nel 2017 AMAG Ticino ha inviato le tabelle sconti (contenenti pure i pacchetti consegna e gli sconti per la vendita al cliente finale) a Garage Weber-Monaco, Garage Maffei, Garage Karpf e Autoronchetti.⁶¹⁵ Inoltre, durante le perquisizioni eseguite presso Garage Maffei e Garage Weber-Monaco sono state trovate delle tabelle sconti di AMAG Ticino rispettivamente degli anni dal 2014 al 2017⁶¹⁶ e del 2018⁶¹⁷. Su una tabella sconti di AMAG Ticino del 2015 che è stata trovata presso Garage Maffei figura l'appunto “[...]”, indirizzo email di [...] (Garage Karpf).⁶¹⁸

271. Il calendario elettronico di Autoronchetti riporta una riunione tra [...] (Autoronchetti) e [...] (AMAG Breganzona) in data 2 febbraio 2017 dalle ore 13.30 alle ore 15.00.⁶¹⁹ Da quanto risulta dalla nota dell'appuntamento, temi della riunione erano, tra le altre cose, le azioni e gli sconti validi per il 2017.⁶²⁰ Nella nota si precisa anche che la riunione era facoltativa per [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Lugano).⁶²¹

272. In merito alla questione di sapere il motivo dell'esistenza di una differenza minima di prezzo tra le offerte per i veicoli delle posizioni no. 3 e 9 relative al concorso pubblico del 10 aprile 2018 (v. n. marg. 141) presentate da Garage Maffei e Tognetti Auto, sentito in qualità di testimone, [...] (Tognetti Auto) ha affermato:

“[...] Gli sconti li ho fatti secondo le tabelle.

Quale tabella?

La tabella di sconti interna di Tognetti.

È uguale per tutti i venditori di Tognetti?

Sì.

Maffei non lavora per Tognetti, corretto?

Sì.

Quindi Maffei ha altri sconti?

Credo che le tabelle scontistiche siano uguali per tutti i concessionari VW.

Come mai?

*A causa dei margini sui modelli. [...]”*⁶²²

B.3.3.2 Scambi di offerte e contratti di vendita e altri elementi del prezzo

273. Al di là del coordinamento in relazione ai valori della tabella sconti (v. cap. B.3.3.1), la documentazione agli atti rivela che negli anni dal 2006 al 2018 tra AMAG Ticino,

Autoronchetti, Garage Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto vi sono stati scambi di offerte e contratti di vendita di veicoli nuovi a clienti finali (non legati ad attività di intermediario⁶²³),⁶²⁴ così come pure di elementi del prezzo (ad esempio sconti supplementari, azioni e prezzi di ripresa).⁶²⁵

274. Nell'ambito dell'autodenuncia, AMAG sostiene che l'invio di offerte e contratti di vendita ai partner commerciali sarebbe avvenuto su richiesta di questi ultimi e AMAG Ticino avrebbe controllato che la configurazione delle offerte per i veicoli del marchio VW NF fosse corretta, facendo capo alle conoscenze tecniche di [...] (AMAG Sorengo).⁶²⁶ L'invio di contratti di vendita ai propri partner commerciali sarebbe anche stato motivato dalla volontà di AMAG Ticino di contribuire al raggiungimento degli obiettivi di vendita di quest'ultimi.⁶²⁷ Inoltre, i partner commerciali avrebbero inviato ad AMAG Ticino i contratti di vendita con clienti finali come prova per ottenere il rimborso dei premi finanziati da AMAG Import e/o AMAG.⁶²⁸

275. Pur ammettendo che le ragioni avanzate da AMAG in relazione agli invii operati all'indirizzo di alcuni partner commerciali siano plausibili in alcuni casi, rimane il fatto che tramite questo scambio di offerte e contratti di vendita i concessionari e i partner commerciali coinvolti hanno avuto modo di conoscere le condizioni di vendita di un proprio concorrente.

276. A titolo illustrativo, sono riportati qui di seguito alcuni di questi scambi avvenuti per corrispondenza elettronica tra le parti al procedimento.

277. Tramite email del 13 ottobre 2006 [...] (Tognetti Auto) trasmette ad [...] (AMAG Sorengo) un'offerta per un cliente finale riguardante un modello del marchio VW NF.⁶²⁹ In quest'offerta è visibile non solo il prezzo finale, ma in particolare anche lo sconto e il pacchetto consegna.⁶³⁰ Nell'oggetto dell'email è indicato “*da controllare*”.⁶³¹

⁶¹⁴ XIV.A.5, allegato 54.

⁶¹⁵ Atti II.222; V.A.16–19; V.B.54; XIV.A.5, pag. 6, allegati 60–61.

⁶¹⁶ Atti V.C.14–18.

⁶¹⁷ Atto V.E.13.

⁶¹⁸ Atto V.C.17.

⁶¹⁹ Atto V.A.19.

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ Atto V.A.19.

⁶²² Atto IV.8, n. marg. 312–323.

⁶²³ Nell'autodenuncia, AMAG espone e documenta diversi scambi di offerte e contratti di vendita tra AMAG Ticino e alcuni concessionari e partner commerciali parti al procedimento avvenuti nel quadro di relazioni d'intermediazione (v. n. 497) e quindi, di principio, non problematiche dal punto di vista del diritto della concorrenza (cfr. atto XIV.A.18, pagg. 11 segg. e riferimenti ai documenti allegati).

⁶²⁴ Atti V.A.15; V.B.88; V.C.101–102; XIV.A.14, allegati 275–332; XIV.A.18, allegati 376 e 379.

⁶²⁵ Atti II.101–102, 106, 152; V.D.15; XIV.A.14, allegati 333–355, 366; XIV.A.18, allegati 375–378; XIV.A.27, allegato 568.

⁶²⁶ V. ad esempio atti XIV.A.14, pagg. 11 e 16; XIV.A.18, pagg. 7 e 12.

⁶²⁷ V. ad esempio atti XIV.A.14, pagg. 13 e 15; XIV.A.18, pag. 12.

⁶²⁸ V. ad esempio atti XIV.A.14, pag. 17; XIV.A.18, pag. 13.

⁶²⁹ Atto XIV.A.14, allegato 275.

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Atto XIV.A.14, allegato 275.

278. Con email dell'8 ottobre 2010 [...] (AMAG Ticino) comunica a [...] (AMAG Bellinzona) che si è accordato con [...] (Tognetti Auto) sul valore dello sconto offerto sulla permuta del veicolo usato a un cliente finale.⁶³² [...] (AMAG Ticino) chiede anche a [...] (AMAG Bellinzona) di fare in modo che il cliente finale in questione sia offerto lo stesso sconto sulla permuta, nel caso in cui dovesse passare da AMAG Bellinzona:

*"[...] Mi sono accordato con [...] [...] che al cliente ci-
tato a margine, passato anche [da] Gordola [Tognetti
Auto], la permuta viene valutata a [...] e non [...] come
inizialmente offerto dal suo venditore. Sconto su nuovo
verrà pareggiato [...] % purtroppo come già offerto da
Tognetti [Auto]. P[er] puoi verificare che, se dovesse pas-
sare anche da te, riceva la stessa offerta. [...]"*⁶³³ Lo
stesso giorno [...] (AMAG Bellinzona) risponde: "[...]
Ok, informerò i venditori. [...]"⁶³⁴

279. Con email del 15 giugno 2011 [...] (AMAG Lugano) invia a diversi collaboratori di AMAG Ticino, di [...] di [...] (di seguito: [...])⁶³⁵ e Garage Weber-Monaco un esempio di offerta per l'applicazione di un'azione riguardante il modello Fox del marchio VW PW.⁶³⁶ In questo esempio di offerta sono visibili il prezzo e i ribassi offerti al cliente finale da AMAG Ticino.

280. Tramite email del 1° marzo 2012 [...] (Garage Karpf) trasmette ad [...] (AMAG Sorengo) un'offerta per un cliente finale riguardante un modello del marchio VW NF.⁶³⁷ In quest'offerta sono visibili oltre al prezzo finale, anche lo sconto e il pacchetto consegna.⁶³⁸ Nell'email [...] (Garage Karpf) scrive: "[C]ome accordato ricevi in allegato la configurazione dell'Amaroc. Vedi cosa riesci a fare [...]"⁶³⁹

281. Tramite email dell'8 maggio 2012 [...] (AMAG Ticino) trasmette a [...] (Tognetti Auto) un progetto di accordo di collaborazione commerciale concluso tra AMAG Ticino e un cliente finale nell'ambito di una vendita flotta.⁶⁴⁰ In questo progetto di accordo sono indicati gli sconti flotta e i premi speciali offerti da AMAG Ticino ai collaboratori del cliente finale in questione.⁶⁴¹ Nell'email [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (Tognetti Auto): "[...] come promesso ecco la bozza dell'accordo in oggetto. Luned[ini] i[stesso] giorno e invio. Fam sav è [fammi sapere] [...]"⁶⁴² Lo stesso giorno [...] (Tognetti Auto) risponde: "[...] Grazie (1000). [...]"⁶⁴³

282. Con email del 9 maggio 2012 [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] (Garage Maffei) tre offerte riguardanti un modello del marchio VW NF.⁶⁴⁴ L'oggetto dell'email indica: *"Offerta Crafter - quanto lo paghi tu, e a quanto possiamo venderlo e offerta leasing"*. Nella prima offerta sono indicate le condizioni e il prezzo di acquisto offerte da AMAG Lugano a Garage Maffei in quanto partner commerciale. Nella seconda offerta sono indicate le condizioni offerte da AMAG Leasing SA. Nella terza offerta sono indicate le condizioni di vendita di AMAG Lugano offerte al cliente finale, compresi un ribasso speciale e un premio per la pronta consegna.⁶⁴⁵ Garage Maffei ha ricevuto negli anni successivi (fino al 2018) ulteriori simili messaggi di posta elettronica contenenti offerte riguardanti la vendita di veicoli dei marchi VW a clienti finali.⁶⁴⁶

283. Con email del 4 giugno 2012 [...] (AMAG Lugano) trasmette a diversi collaboratori di AMAG Ticino, di Garage Weber-Monaco e in copia, tra gli altri, all'indirizzo

email [...] (Garage Maffei), [...] (Garage Karpf), [...] (Tognetti Auto) e [...] (AMAG Ticino) le azioni del Team VW di AMAG Ticino, informandoli che queste sono sospese, poiché sono stati introdotti dei nuovi premi per il marchio VW da AMAG Import: *"Come avete constatato sono iniziati diversi premi VW. Per questo motivo da subito i premi VW TEAM Ticino (vedi allegato) sono sospesi. [...]"*⁶⁴⁷ Allegato a questo email vi è una tabella che indica i premi di AMAG Ticino offerti per i diversi modelli del marchio VW PW.⁶⁴⁸

284. Con email del 23 luglio 2012 [...] (AMAG Sorengo) invia a [...] (Garage Karpf) due offerte per un modello di veicolo del marchio VW NF.⁶⁴⁹ La prima concerne un'offerta di AMAG Leasing SA. La seconda riguarda un'offerta di vendita per un cliente finale, che indica lo sconto e il pacchetto consegna.⁶⁵⁰

285. Tramite email del 3 settembre 2012 [...] (AMAG Lugano) trasmette a dei collaboratori di AMAG Ticino, [...] ([...]) ed [...] (Tognetti Auto) un'offerta per un cliente finale per un modello del marchio Škoda.⁶⁵¹ In quest'offerta sono visibili oltre al prezzo finale, anche le condizioni di vendita come il pacchetto consegna.⁶⁵² Nell'email, [...] (AMAG Lugano) spiega che [...], [...]⁶⁵³ (distributore multimarca indipendente) gli ha comunicato che il cliente finale destinatario dell'offerta di AMAG Mendrisio ha sempre acquistato i veicoli presso di lui. A questo proposito, [...] (AMAG Lugano) informa i destinatari del suo email del ribasso concesso da AMAG Ticino, nel caso in cui il cliente finale in questione sollevasse delle questioni riguardanti il prezzo:

*"[...] il collega , [...] di Mendrisio, ha fatto un offerta per una Yeti Active al [...] sono stato contattato da [...] , del [...] che (come gia' in un altra occasione...) si è messo di mezzo , dicendo che tutte le auto [...] le prende da lui , ...ha sempre fatto cosi' ecc ecc ! Tutto questo per dirvi , ...nel caso verreste contattati per questioni di prezzo sull' auto in questione , che il ribasso concesso da noi è il [...] % di commissione a [...] ! [...]"*⁶⁵⁴

⁶³² Atto XIV.A.14, allegato 333.

⁶³³ Ibid.

⁶³⁴ Atto XIV.A.14, allegato 333.

⁶³⁵ Partner commerciale per la marca Škoda fino al 2010 e partner di servizio per la stessa marca fino al 30 giugno 2011. Dal 1° luglio 2011 non fa più parte della rete di distribuzione di AMAG. V. atto I.287, allegato pag. 62.

⁶³⁶ Atto XIV.A.14, allegato 281.

⁶³⁷ Atto XIV.A.14, allegato 291.

⁶³⁸ Ibid.

⁶³⁹ Atto XIV.A.14, allegato 291.

⁶⁴⁰ Atto XIV.A.14, allegato 297.

⁶⁴¹ Ibid.

⁶⁴² Atto XIV.A.14, allegato 297.

⁶⁴³ Atto XIV.A.14, allegato 298.

⁶⁴⁴ Atto XIV.A.14, allegato 293.

⁶⁴⁵ Ibid.

⁶⁴⁶ Cfr. ad esempio atto XIV.A.14, allegati 306–309, 315, 323–329, 331.

⁶⁴⁷ Atto XIV.A.14, allegato 334.

⁶⁴⁸ Ibid.

⁶⁴⁹ Atto XIV.A.14, allegato 299.

⁶⁵⁰ Ibid.

⁶⁵¹ Atto XIV.A.14, allegato 300.

⁶⁵² Ibid.

⁶⁵³ [...].

⁶⁵⁴ Atto XIV.A.14, allegato 300.

286. In un'email del 3 settembre 2012 [...] (Tognetti Auto) invia a [...] (AMAG Lugano), e in copia a [...] (AMAG Ticino), una "tabella azioni" nella quale sono indicati i premi offerti da Tognetti Auto in relazione alla vendita dei modelli del marchio VW PW.⁶⁵⁵ In quest'email [...] (Tognetti Auto) scrive: *"come discusso, ti allego la nostra tabella [...]".*⁶⁵⁶ In data 18 settembre 2012 [...] (Tognetti Auto) invia nuovamente a [...] (AMAG Lugano), e in copia a [...] (AMAG Ticino), una bozza della "tabella azioni" di Tognetti Auto riguardante il marchio VW PW.⁶⁵⁷ Con email del 1° ottobre 2012 con oggetto *"Casi particolari + azione ottobre"* [...] (Tognetti Auto) trasmette a [...] (AMAG Ticino) la "tabella azioni" e scrive: *"[...] ti allego la tabella dove non ho ancora inserito un'importo: tu cosa diresti di fare ? [...]"*.⁶⁵⁸ In questo email [...] (Tognetti Auto) segnala anche a [...] (AMAG Ticino) due "casi particolari" nei quali, secondo lui, le condizioni di vendita concordate non sarebbero state rispettate.⁶⁵⁹ Con email del 3 ottobre 2012 [...] (AMAG Ticino) invia a [...] (Tognetti Auto) la "tabella azioni" di Tognetti Auto per i modelli del marchio VW PW, domandandogli se può chiamarlo (*"mi chiami? [...]"*).⁶⁶⁰ Il 4 ottobre 2012 [...] (AMAG Ticino) invia a [...] (Tognetti Auto) la "sua" variante della "tabella azioni" riguardante i modelli del marchio VW PW e chiede a [...] (Tognetti Auto) di chiamarlo.⁶⁶¹ In questo email [...] (AMAG Ticino) fornisce anche delle spiegazioni riguardo ai "casi particolari" segnalati da [...] (Tognetti Auto) e a sua volta menziona un caso in cui lo sconto flotta concordato non sarebbe stato rispettato, allegando la relativa offerta elaborata da un collaboratore di Tognetti Auto.⁶⁶² Il 5 ottobre 2012 [...] (AMAG Ticino) invia per email a [...] (Tognetti Auto) e [...] (AMAG Lugano) la "tabella azioni" di Tognetti Auto per i modelli del marchio VW PW, con il messaggio seguente: *"ecco la modifica che ne pensi?"*.⁶⁶³

287. Al capitolo *"Riunione Vendita Settimanale 4.9.2012"* il protocollo di vendita *"Piano Provvedimenti"* di AMAG Bellinzona del 2021, trasmesso per email del 2 ottobre 2012 da [...] (AMAG Bellinzona) a [...] (AMAG Ticino), riporta *"Discussione AZIONI Settembre in coll. Lugano e Tognetti, Import nulla!"* e poco più in là sulla stessa linea *"evaso"*.⁶⁶⁴

288. Tramite email del 14 marzo 2013 [...] (AMAG Lugano) comunica a diversi collaboratori di AMAG Ticino i dettagli di un premio offerto da AMAG Ticino dal 25 al 30 marzo 2013 (*"Promo Primavera"*).⁶⁶⁵ Il premio consiste a elargire al cliente finale uno sconto del [...] % sul prezzo netto per la vendita di veicoli nuovi e [...] franchi per la vendita di veicoli d'occasione. Questo premio è cumulabile con gli sconti indicati nella tabella sconti di AMAG Ticino.⁶⁶⁶ Pochi istanti dopo, [...] (AMAG Ticino) scrive ai collaboratori di AMAG Ticino destinatari dell'email di [...] (AMAG Lugano):

"[...] spero che questa iniziativa incontri il vostro pieno consenso e possa essere d'esempio per una gestione mirata e intelligente delle vendite durante l'anno. Mi raccomando una cosa...lavorate il vostro territorio di riferimento e non "cannibalizziamo"! La collaborazione con i partner nella regione è per me fondamentale e controllerò affinché gli accordi vengano mantenuti. [...]".⁶⁶⁷

Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (Tognetti Auto), [...] ([...]), [...] ([...]), [...]

(Autoronchetti), [...] (Garage Maffei), [...] (Garage Weber-Monaco), [...] (Garage Nessi) e [...] (Garage Karpf):

"[...] allegato troverete l'informazione relativa ad una nostra attività di promozione limitata ai pochi giorni del nostro porte aperte di primavera. Mi sono comunque raccomandato che si lavori il proprio territorio di riferimento, se aveste situazioni "discutibili" non esitate a contattarmi. Liberi di seguirci ;-)".⁶⁶⁸

289. Con email del 3 aprile 2013 [...] (AMAG Lugano) informa [...] (Tognetti Auto) che AMAG Ticino ha concluso un accordo con un cliente flotta, inoltrandogli il link per accedere al documento, in modo da permettergli eventualmente di offrire le stesse condizioni di vendita:

"[...] abbiamo preso un'accordo con [...]. Ti mando il link per tua info, cos'è potete eventualmente anche voi fare le stesse condizioni. per domande chiamami pure. [...]".⁶⁶⁹

Tramite email del 4 aprile 2013 [...] (Tognetti Auto) inoltra questo messaggio a [...] (AMAG Ticino), lamentandosi fondamentalmente della politica di ribassi di AMAG Ticino e del comportamento di alcuni collaboratori di quest'ultimo.⁶⁷⁰ [...] (Tognetti Auto) fa tuttavia notare che fino a quel momento ha sempre aderito alla politica di ribassi proposta da AMAG Ticino, ovvero quella di ridurre gli sconti, per dei motivi di "convivenza":

"[...] ti scrivo perch'è devo dirti alcune cose che non trovo giuste al 100%.

1. CONVIVENZA

Il mio pensiero lo conosci e credo di essermi sempre dimostrato molto aperto alle tue esigenze : ogni volta che hai proposto riduzioni di sconto o simili ho sempre aderito; questo per un motivo principale:

la convivenza !

Sicuramente fare meno sconto aumenta anche i nostri margini, ma come ti ho sempre detto noi eravamo contenti anche prima.

Dopo aver introdotto le nuove tabelle , ho visto arrivare:

azione durante Amag Days

brochure a tutti i fuochi con svendita da tutta la CH

buono di Fr. [...],-- per Rabadan

buono per Ticinoperbambini

⁶⁵⁵ Atto XIV.A.14, allegato 338.

⁶⁵⁶ Ibid.

⁶⁵⁷ Atto XIV.A.14, allegato 339.

⁶⁵⁸ Atto XIV.A.14, allegato 340.

⁶⁵⁹ Ibid.

⁶⁶⁰ Atto XIV.A.14, allegato 341.

⁶⁶¹ Atto XIV.A.14, allegato 340.

⁶⁶² Ibid.

⁶⁶³ Atto XIV.A.14, allegato 342.

⁶⁶⁴ Atto XIV.A.14, allegato 337, pag. 6.

⁶⁶⁵ Atto II.101.

⁶⁶⁶ Ibid.

⁶⁶⁷ Atto II.101.

⁶⁶⁸ Atto II.102. V. anche atti V.C.99–100.

⁶⁶⁹ Atto XIV.A.14, allegato 304.

⁶⁷⁰ Ibid.

solo per citare alcuni esempi: io non ho mai detto niente, anzi: ringraziandoti per le informazioni, le giravo a tutti i miei colleghi dicendo che nel caso potevano adeguare la loro offerta.

2.SINCERITÀ

In gennaio scopro casualmente che ci sono delle Polo CH-Edition (= con premio supplementare su fattura di Fr. [...]) dall'Import [AMAG Import]: ne riservo 47 su 55, ci penso un attimo e poi le prendo.

Il giorno dopo parto per la presentazione della nuova Octavia e dico a [...] di queste Polo: lui subito mi dice che ne vuole e io (mi conosco) non dico né di sì né di no: proprio per il punto 1 nella mia testa ho pensato: dovrò cederne 15-20 a loro. Aspetto una chiamata o una mail da parte sua ma niente.

Poi vengo a sapere che invece di chiamarmi, è andato a piangere a [...] e ancora due mesi dopo a Ginevra si lamenta; questa settimana il [...] [...] [Tognetti Auto] mi dice che a Lugano hanno tante Polo CH-Edition in ordinazione,

Tralasciamo il modo di comportarsi da parte Import (solo le ultime mi avevano detto, non ne sono previste altre...), ma nella mia testolina sorgono alcuni pensieri:

abbiamo più margine e quindi più spazio per dare [...] a destra e a manca (io stavo pensando di offrire [...] a tutti i club di biglie ..., o a tutti i bancari, o a tutti)

se Amag Retail fa qualcosa, noi abbiamo la scelta di adeguarci anche se sempre a carico nostro

se noi **UNA** volta abbiamo un vantaggio, questo diventa inaccettabile :ci sono persone che iniziano a comportarsi come dei bambini viziati parlando alle tue spalle!

Al mio posto, cosa faresti ?

Ti auguro buona serata

[...] PS: da una parte avrei voluto chiamarti ma dall'altra volevo essere franco anche con chi ci legge in copia".⁶⁷¹

[...] (AMAG Import) e [...] (AMAG Lugano) sono indicati come destinatari in copia di questo email.⁶⁷²

Con email del 5 aprile 2013 (ore 6.35) [...] (AMAG Ticino) contesta queste accuse e propone a [...] (Tognetti Auto) di risolvere il litigio nel quadro di un incontro:

"[...] Mi dispiace che pensi queste cose di noi. Sono deluso e amareggiato per questo tuo sfogo, senza prove concrete ma solo per sentito dire, che ritengo carico di frustrazione e gelosia ingiustificate. Dopo il nostro contatto telefonico di martedì non mi aspettavo tu mettessi in discussione la mia serietà, e quella di [...], e soprattutto la mia correttezza. Non vuoi che faccia i "tornei di biglie"? Parliamone no? Ma pensare che [...] abbia deliberatamente "vomitato" dietro le tue spalle per gelosie personali come un bambino viziato lo trovo offensivo e assolutamente ingiustificato! Se volessimo parlare di numeri e flussi di vendita invece? L'anno scorso avevamo deciso di non ritornare su questo argomento perché volevamo guardare avanti e affrontare i problemi con la consapevolezza di lavorare

sempre con correttezza e cercando di migliorare i nostri utili netti. Trovo che sia un peccato rinfacciare decisioni e idee senza sedersi e ascoltare gli argomenti pro e contro. Propongo dunque un incontro per fare chiarezza e spero cancellare questo spiacevole e sfortunato inciampo.[...]"⁶⁷³

290. Con email del 5 aprile 2013 (ore 15.04) [...] (AMAG Ticino) propone a [...] (Tognetti Auto) di promuovere la vendita di veicoli del marchio Audi con motore diesel, allo scopo di garantire il raggiungimento del margine di qualità.⁶⁷⁴ L'idea di [...] (AMAG Ticino) è quella di lanciare un concorso tra i venditori per incoraggiare la vendita di veicoli con motore diesel:

"...che ne dici di promuovere la vendita dei motori Diesel Audi per garantire il raggiungimento del margine qualità? Io pensavo di fare un concorso per i venditori e dare un premio ai 3 venditori che hanno a fine anno la quota diesel più alta, a condizione naturalmente che la filiale abbia raggiunto l'obiettivo Import. Conteggio per il venditore: 1 punto per ogni motore diesel venduto e 1 punto supplementare se in permuta viene ripreso un motore benzina Durata concorso venditori: termine 31.12.2013 (consegna) Inoltre volevo lasciare al venditore, durante magari il mese di maggio e giugno + magari anche settembre, la possibilità di usare la seguente agevolazione: premio contratto = tasso di circolazione annuale (sulla fattura dell'imposta è ben visibile) Il premio però non va in deduzione ma a favore di un acquisto supplementare di accessori, prima rata leasing... che ne dici? Sono il solito lo so ma non riesco a stare fermo e aspettare...[...]"⁶⁷⁵

Tramite email del 6 aprile 2013 [...] (Tognetti Auto) risponde di essere d'accordo sul principio, ma sostiene che per alcuni modelli del marchio Audi sarebbe meglio rivalutare la tabella sconti ed essere più "aggressivi":

"[...] il principio mi sembra intelligente: unica cosa mi fa un po' paura per certi motori : mi sembra che SQ5 costi 1400 Fr. (non sono sicuro). Onestamente noi dove abbiamo la più grande difficoltà in Audi è con modelli come A4 Avant (defunta !) e come sempre A6 / A7: se per queste 2 abbiamo poco margine (forse dobbiamo riguardare un po' la tabella e diventare un po' più "aggressivi"), a me piacerebbe cercare di fare qualcosa per A4; non penso possiamo lasciarla morire così.... Su A3 attualmente abbiamo già i Fr. 2000 da parte di import, Q3 abbiamo nuovi modelli speciali, ... Questo il primo ragionamento, ma sono aperto. [...]"⁶⁷⁶

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) rilancia la sua idea di promuovere la vendita di veicoli del marchio Audi con motore diesel, proponendo di avviare una campagna pubblicitaria regionale sui quotidiani del Cantone Ticino, per comunicare l'offerta di sconti per l'acquisto di motori diesel di alcuni modelli del marchio Audi, e affermando che ciò fosse meglio che aumentare gli sconti:

⁶⁷¹ Atto XIV.A.14, allegato 304.

⁶⁷² Ibid.

⁶⁷³ Atto XIV.A.14, allegato 305.

⁶⁷⁴ Atto XIV.A.14, allegato 346.

⁶⁷⁵ Ibid.

⁶⁷⁶ Atto XIV.A.14, allegato 347.

*"[...] e se facessimo appunto una campagna regionale, Caffè e CdT, solo per A4,A5,A6,A7, e A8 dove offriamo la tassa all'acquisto di una motorizzazione Diesel dal 20 aprile a fine maggio/giugno? [...] Che ne dici? Io sono convinto sia meglio che aumentare gli sconti! Dammi retta :-)"*⁶⁷⁷

Sempre il 6 aprile 2013, [...] (Tognetti Auto) risponde di essere d'accordo con la proposta di [...] (AMAG Ticino), a condizione che i modelli del marchio Audi dove vi sono meno difficoltà a venderli siano esclusi dalla promozione:

*"[...] Così, escludendo i modelli dove abbiamo meno difficoltà, per me andrebbe bene"*⁶⁷⁸ [...] (AMAG Ticino) replica per email lo stesso giorno: *"Ottimo, preparo io una bozza e a breve te la sottopongo per partire appena possibile. [...]"*⁶⁷⁹

291. Tramite email del 27 gennaio 2014 [...] (AMAG Ticino) trasmette a [...] (Tognetti Auto) un progetto di accordo di collaborazione commerciale concluso tra AMAG Ticino e un'impresa privata.⁶⁸⁰ In questo progetto di accordo sono indicate le condizioni di vendita offerte da AMAG Ticino ai collaboratori, membri e soci dell'impresa in questione.⁶⁸¹ Nell'email [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (Tognetti Auto): *"[...] ecco la bozza relativa al possibile accordo fammi sapere [...]"*⁶⁸² Lo stesso giorno [...] (Tognetti Auto) riferisce a [...] (AMAG Ticino) che il rappresentante dell'impresa gli ha comunicato di non essere interessato all'accordo di collaborazione e propone di aspettare un'offerta da parte di AMAG Import:

"[...] venerdì nel pomeriggio avevo richiamato [...] per comunicargli "una bozza" di quanto discusso al telefono con te. Da parte sua non c'è interesse per una collaborazione di questo genere, anche per avere una certa correttezza nei confronti di altri sponsor. Io direi di aspettare e vedere se Import ci propone qualcosa di regionale

*(stanno studiando). Cosa ne dici ? [...]"*⁶⁸³

292. In data 6 maggio 2014 [...] (AMAG Sorengo) invia per email a [...] (Tognetti Auto) un'offerta riguardante un modello del marchio VW NF per un comune del Cantone Ticino.⁶⁸⁴ In quest'offerta sono visibili oltre al prezzo finale, anche lo sconto flotta e il pacchetto consegna.⁶⁸⁵ Lo stesso giorno, pochi istanti dopo, [...] (AMAG Sorengo) trasmette ulteriore documentazione riguardante l'allestimento del veicolo in questione e scrive nell'oggetto dell'email:

*"l'allestimento noi lo abbiamo pagato [...] iva compresa – vendilo !!!! ricordati anche del Fr. 2.500.- che puoi avere con "Grazie Svizzera" che non sono stati messi in offerta !!!"*⁶⁸⁶ Il 20 maggio 2014 [...] (Tognetti Auto) risponde che l'autoveicolo è stato venduto, invitando [...] (AMAG Sorengo) a chiamarlo quando avrà tempo: *"[...] il Crafter è venduto. Quando hai tempo chiamami che ci mettiamo d'accordo come procedere.. Grazie 1000 [...]"*⁶⁸⁷

293. Con email del 6 marzo 2015 [...] (AMAG Bellinzona) inoltra a Garage Nessi un'email di [...] (AMAG Lugano) ai propri collaboratori riguardo un'azione di AMAG Ticino, comunicando quanto segue:

*"[...] ti comunico la seguente azione (AMAG TICINO)– praticamente su **TUTTE LE MACCHINE***

CARTOLINATE il 31.03.2015 hai uno sconto del [...] % supplementare.

*Di sotto ti giro l'azione che facciamo noi. [...]"*⁶⁸⁸

Nell'email di [...] è indicata un'azione valida fino al 31 marzo 2015 con dei premi primavera/Emotion Days da [...] % sui veicoli per clienti privati e flotta.⁶⁸⁹

294. Tramite email del 9 luglio 2015 [...] (AMAG Lugano) invia a diversi collaboratori di AMAG Ticino una diapositiva di una presentazione Power Point riguardante i marchi VW (*"Azione VW TI luglio 15"*).⁶⁹⁰ In questa diapositiva sono indicati i diversi premi e il tasso di leasing offerti da AMAG Ticino nel quadro di quest'azione.⁶⁹¹ Nell'email [...] (Tognetti Auto) è indicato come destinatario in copia per conoscenza nascosta (*"Bcc"*).⁶⁹²

295. Con email del 13 dicembre 2017 [...] (AMAG Mendrisio) trasmette a diversi collaboratori di AMAG Ticino, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco degli esempi di offerta da parte di AMAG Leasing SA e di AMAG Mendrisio riguardante la vendita di un modello del marchio VW PW a un cliente finale.⁶⁹³ Nelle offerte sono visibili le diverse condizioni di vendita (rata leasing, premi pacchetto consegna) e il prezzo finale.⁶⁹⁴

296. Tramite email del 9 gennaio 2018 [...] (AMAG Breganzona) invia a [...] ([...]) un contratto di vendita per un modello del marchio Seat tra AMAG Breganzona e un cliente finale.⁶⁹⁵ Nel contratto di vendita sono visibili, oltre al prezzo, anche lo sconto flotta, il premio ripresa e il pacchetto consegna.⁶⁹⁶

B.3.3.3 Margini e provvigioni

297. Le risultanze istruttorie testimoniano pure che tra il 2013 e il 2014 AMAG Ticino e Tognetti Auto si sono accordati sui margini e le provvigioni offerti ai propri partner di servizio o partner commerciali per l'acquisto di veicoli nuovi rispettivamente per la vendita di veicoli nuovi a dei clienti finali nel quadro di un'intermediazione (qui di seguito anche: condizioni di acquisto e provvigioni).⁶⁹⁷

298. Con email del 17 gennaio 2013 [...] (Tognetti Auto) invia a [...] (AMAG Ticino) le condizioni di acquisto e provvigioni valide per il 2012 applicate al suo partner commerciale [...], spiegando:

⁶⁷⁷ Ibid.

⁶⁷⁸ Atto XIV.A.14, allegato 348.

⁶⁷⁹ Atto II.106.

⁶⁸⁰ Atto XIV.A.14, allegato 349.

⁶⁸¹ Ibid.

⁶⁸² Atto XIV.A.14, allegato 349.

⁶⁸³ Atto XIV.A.14, allegato 350.

⁶⁸⁴ Atto XIV.A.14, allegato 310.

⁶⁸⁵ Ibid.

⁶⁸⁶ Atto XIV.A.14, allegato 311.

⁶⁸⁷ Atto XIV.A.14, allegato 312.

⁶⁸⁸ Atto V.D.15.

⁶⁸⁹ Ibid.

⁶⁹⁰ Atto XIV.A.18, allegato 375.

⁶⁹¹ Ibid.

⁶⁹² Atto XIV.A.18, allegato 375.

⁶⁹³ Atto XIV.A.14, allegato 330.

⁶⁹⁴ Ibid.

⁶⁹⁵ Atto XIV.A.18, allegato 379.

⁶⁹⁶ Ibid.

⁶⁹⁷ Atti II.90, 92; V.B.26; V.C.93; XIV.A.5, allegato 48; XIV.A.11, allegato 216; XIV.A.14, allegati 269–270.

*"[...] Tio avevo promesso anche di dirti le condizioni/margini restanti del [...]: come detto tieni presente che oltre ad essere il nostro più "grande" cliente c'è un rapporto di 2a. generazione: [...] [...] aveva aiutato il [...] [...] ad aprire l'agenzia nel 1959. Queste sarebbero state le condizioni "ufficiali" [allegato "[...] condizioni 2012"] In realtà, a fine anno e dopo aver saputo quali erano i nostri ristorni, assieme a [...] [...] abbiamo deciso di fare così (come proposto da me) [allegato "Margini su [...]"] Inoltre: 82 vetture nuove, tutte le marche 37 vetture d'occasione: lui le compera e poi "cerca" di venderle vetture stock gratis [...]"*⁶⁹⁸

299. Come risulta dal contenuto delle email dell'11 e 12 gennaio 2013 riguardanti i "margini Agenti" e riportate precedentemente (v. n. marg. 254 seg.), [...] (AMAG Ticino) ed [...] (Tognetti Auto) hanno stabilito in comune margini e provvigioni validi per i partner commerciali e partner di servizio per il 2013.⁶⁹⁹

300. Con email del 4 febbraio 2014 [...] (AMAG Ticino) invia [...] (Garage Maffei), [...] (Garage Weber-Monaco), [...] (Autoronchetti) e [...] (Garage Karpf) le tabelle riguardanti le condizioni di acquisto e provvigioni validi per il 2014.⁷⁰⁰ Nell'email [...] (Tognetti Auto) è indicato come destinatario in copia per conoscenza nascosta ("Bcc").⁷⁰¹ In questo modo, [...] (AMAG Ticino) ha comunicato le condizioni di acquisto e provvigioni di AMAG Ticino a [...] (Tognetti Auto).

B.3.3.4 Le promozioni speciali legate all'HCAP

301. Nel quadro delle stagioni di hockey 2017/2018 e 2018/2019, in quanto partner ufficiali dell'Hockey Club Ambri Piotta (di seguito: HCAP) e gruppo "Škoda Ticino" (v. sotto n. marg. 442 segg.), AMAG Ticino, Garage 3 Valli e Tognetti Auto si sono accordati per lanciare alcune promozioni di vendita riguardanti il modello Škoda Octavia.

302. Tra luglio e agosto 2017 AMAG Ticino, Garage 3 Valli e Tognetti Auto hanno definito di comune accordo una promozione destinata ai tifosi di HCAP in possesso di un abbonamento HCAP per la stagione di hockey 2017/2018.⁷⁰² Questa promozione prevedeva che, presentando l'abbonamento HCAP per la stagione di hockey 2017/2018 presso una succursale AMAG Ticino o presso le sedi di Garage 3 Valli e Tognetti Auto, un cliente finale poteva beneficiare di uno sconto speciale del valore di 500 franchi.⁷⁰³

303. In quanto gruppo "Škoda Ticino" AMAG Ticino, Garage 3 Valli e Tognetti Auto hanno collaborato per la commercializzazione e la vendita di 50 veicoli del modello speciale Škoda Octavia "La Montanara" durante la stagione di hockey 2018/2019.⁷⁰⁴ Tuttavia, dalla documentazione agli atti risulta che la collaborazione non si è limitata alla messa in atto di strategie di commercializzazione comuni. Infatti, i tre concessionari hanno discusso e convenuto in comune le condizioni di vendita, così come il prezzo di 29'900 franchi (invece di 42'000 franchi) per la vendita del modello speciale "La Montanara" ai clienti finali.⁷⁰⁵ L'idea iniziale dei concessionari coinvolti era quella di conservare un margine netto dell'[...] % sulla vendita del modello speciale.⁷⁰⁶ Dagli atti risulta che tale margine si è situato tra circa il [...] e [...] % a dipendenza del colore del modello (bianca o metallizzata).⁷⁰⁷ Su

richiesta degli stessi concessionari coinvolti, AMAG Import ha accettato di partecipare a quest'offerta speciale con un contributo di circa [...] % sotto forma di premi ("Premio Fleet 4x4" e "Premio Ordinazione").⁷⁰⁸

B.3.3.5 Monitoraggio del coordinamento in materia di politica dei prezzi

304. I documenti agli atti dimostrano che, tra il 2012 e il 2018, AMAG Ticino e Tognetti Auto verificavano regolarmente le condizioni di vendita (sconti, premi, azioni, prezzi di ripresa e di vendita) offerte ai clienti finali.⁷⁰⁹ Se le condizioni di vendita offerte da una delle due imprese erano troppo vantaggiose rispetto a quanto stabilito attraverso il coordinamento in materia di politica dei prezzi così come descritto precedentemente (ad esempio, in materia di sconti e pacchetti consegna, v. n. marg. 220 segg.), l'altra impresa chiedeva spiegazioni e la presa di misure affinché questi episodi non si ripetessero.⁷¹⁰ Questo sistema di monitoraggio è testimoniato, in particolare, dagli scambi di email riportati qui di seguito.

305. Con email del 7 aprile 2009 [...] (Tognetti Auto) invia a [...] (AMAG Ticino) un contratto di vendita riguardante un modello del marchio Audi concluso tra Tognetti Auto e un cliente finale.⁷¹¹ Oltre al prezzo finale, lo sconto flotta e il pacchetto consegna, nel contratto è visibile anche lo sconto offerto sulla permuta di un veicolo usato del marchio Audi.⁷¹² Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) contesta il fatto che lo sconto offerto sulla permuta sia quello indicato nel contratto allegato all'email precedente di [...] (Tognetti Auto) e afferma che in realtà il cliente avrebbe ricevuto un prezzo di permuta più elevato:

*"[...] sono spiacente per la telefonata di questa mattina ma ti assicuro che ho la prova che l'allegato che mi hai trasmesso non corrisponde a quanto in realtà dato o promesso! Il cliente ha ricevuto per il veicolo in permuta non i 31'500.- come dici, o come da contratto allegato, ma bensì [...] Questo ti dovevo ancora x correttezza e trasparenza. [...]"*⁷¹³

306. Con email del 26 gennaio 2012 [...] (Tognetti Auto) trasmette a [...] (AMAG Ticino) un'offerta di AMAG Giubiasco riguardante la vendita di un modello del marchio Audi per un cliente finale.⁷¹⁴ Tramite email del 2 febbraio 2012 [...] (AMAG Giubiasco) si giustifica nei con-

⁶⁹⁸ Atto II.92.

⁶⁹⁹ Atti II.90, II.92. V. anche atti V.B.26; V.C.93; XIV.A.11, allegato 216.

⁷⁰⁰ Atto XIV.A.5, allegato 48.

⁷⁰¹ Ibid.

⁷⁰² Atti V.B.84, pagg. 7, 9, 15; XIV.A.14, pag. 28, allegato 359. V. anche atto XV.2, n. marg. 370–372.

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ Atti XIV.A.18, pagg. 34–39, 41, allegati 426–429, 436–442, 447, 454–459.

⁷⁰⁵ Atti XIV.A.18, allegati 426–429, 436–442, 447, 454–459.

⁷⁰⁶ Atto XIV.A.18, pag. 36, allegato 427.

⁷⁰⁷ Cfr. atto XIV.A.18, allegato 441.

⁷⁰⁸ Cfr. atto XIV.A.18, allegati 426 e 441.

⁷⁰⁹ Cfr. atti II.82, II.229–230, II.238–239; XIV.A.11, allegati 224 e 227; XIV.A.14, allegati 276, 289–290, 301–305, 336, 340–344, 355; atto XIV.A.18, allegato 377–378.

⁷¹⁰ Ibid.

⁷¹¹ XIV.A.14, allegato 276.

⁷¹² Ibid.

⁷¹³ XIV.A.14, allegato 276.

⁷¹⁴ XIV.A.14, allegato 289.

fronti di [...] (AMAG Ticino), spiegando che nell'elaborazione dell'offerta è stato commesso un errore con uno dei premi elargiti:

*"[...] ho verificato subito il contratto d'acquisto [...]. C'è stato un'errore d'interpretazione con la lista stock. Si tratta di un'azione FASTSTART (fr.1500.-) e non dell'azione Finalissima (immatricolazione e CV entro il 31.12.2011). Siccome il contratto non è ancora passato alla dispo l'errore commesso non era pertanto stato subito visibile. Ora ho modificato il contratto e con i due premi e con uno sconto del [...] %. A precisazione di quanto scritto ieri sera, si è trattato solo di un'errore e non di nascondere informazioni errate. [...]"*⁷¹⁵

[...] (AMAG Giubiasco) allega al suo email anche il contratto di vendita modificato.⁷¹⁶ Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) trasmette il messaggio di [...] (AMAG Giubiasco), incluso l'allegato, a [...] (Tognetti Auto), scrivendo: "X info / No comment... [...]"⁷¹⁷

307. Tramite email del 5 agosto 2012 [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (Tognetti Auto): "[...] Come anticipato ti mando solamente il caso che "brucia" di pi ù Pf puoi verificare le condizioni applicate al nostro cliente di Coldrerio [...] che dopo aver approfittato di noi per la prova su strada e test posteggio a casa sua il pomeriggio abbiamo ricevuto da [...] [...] [Tognetti Auto] la richiesta di liberazione del Leasing [...]"⁷¹⁸ Con email del 13 agosto 2012 [...] (Tognetti Auto) invia un contratto di vendita riguardante un modello del marchio Audi concluso da [...] (Tognetti Auto) con un cliente finale, giustificandosi nel modo seguente:

*"[...] mi spiace per quanto successo io avevo visto il contratto e non mi sembrava niente di "male" non ero a conoscenza del giro di prova+ test posteggio Ti allego copia contratto per tua conoscenza [...] Ho comunque parlato con [...] [...] [Tognetti Auto] (che è rientrato oggi dalle vacanze) e chiesto di "evitare" simili situazioni Ciao PS: il premio stock è quello della circolare RS V66"*⁷¹⁹

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) inoltra l'email (incluso allegato) di [...] (Tognetti Auto) a [...] (AMAG Bellinzona) e chiede: "[...] cosa mi dici degli argomenti portati? La ripresa? [...]"⁷²⁰

308. Con email del 26 ottobre 2017 [...] (AMAG Breganzona) invia a [...] (AMAG Ticino) un'offerta riguardante un modello del marchio Audi elaborata da un collaboratore di Tognetti Auto a favore di un cliente finale che si è rivolto ad AMAG Ticino per ottenere una controfferta.⁷²¹ Nel suo messaggio, rivolgendosi anche a [...] (AMAG Bellinzona), [...] (AMAG Breganzona) commenta:

*"Aggressivi !!! Usano il premio discusso ieri per la sovvenzione / Inoltre mettono un [...] % di premio interno !!! stile nostri Promo Day / @ [...] a questo punto [...] Dobbiamo muoverci subito attendo tuo ok [...]"*⁷²²

Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) chiede di verificare la situazione con [...] (Tognetti Auto): "chiedi conferma a [...] [...] di Tognetti Auto] ...non vorrei che il venditore abbia fatto il "ganasa"!"⁷²³

309. Tramite email del 20 aprile 2018 [...] (AMAG Ticino) inoltra a alcuni collaboratori di AMAG Giubiasco e AMAG Bellinzona un messaggio ricevuto da un cliente privato che lo informa di interrompere le relazioni di clientela con AMAG Giubiasco e di avere deciso di rivolgersi in futuro presso Tognetti Auto. [...] (AMAG Ticino) garantisce ai propri collaboratori che il cliente in questione non ha deciso di rivolgersi a Tognetti Auto perché quest'ultimo ha offerto condizioni di vendita migliori:

*"[...] anche in questo caso solo per informarvi che non è andato via perché ha ricevuto condizioni migliori (sono sicuro, non chiedetemi come). Non era più in grado di mantenere la sua posizione, non aveva più argomenti, e ha preferito cambiare garage... Solo per dirvi che sono cose che capitano e non dobbiamo sentirci in colpa o credere che la concorrenza abbia agito slealmente. Ci tenevo che lo sapeste. [...]"*⁷²⁴ Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) scrive nuovamente ai propri collaboratori: "Scusate ho dimenticato di dirvi che non ha acquistato ancora nulla... [...]"⁷²⁵

310. Tramite email del 9 maggio 2018 [...] (AMAG Lugano) comunica a [...] (AMAG Bellinzona) di essere stato contattato telefonicamente da [...] (Tognetti Auto) in merito a un'offerta elaborata da un suo collaboratore riguardante la vendita di un modello del marchio VW PW nella quale figuravano sconti e agevolazioni troppo importanti, fornendo un esempio di come quest'offerta dovrebbe essere calcolata correttamente:

*"[...] Ti ho chiamato ma non ti ho trovato. Purtroppo [...] ha chiamato me e [...]. Mi permetto di farti il calcolo su questa vettura. Parlane con [...] [...] [AMAG Bellinzona] e chiedi di riflettere prima di fare dei sconti e agevolazioni così importanti. Esempio: non si tratta di una vettura che costa fr. 50'000.— dove il pacchetto consegna vale solo [...] % [...]"*⁷²⁶

Nell'email [...] (AMAG Ticino) è indicato come destinatario in copia per conoscenza.⁷²⁷ Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Bellinzona) informa [...] (AMAG Lugano) che anche lui ha avuto una discussione al telefono con [...] (Tognetti Auto) e di avere chiarito la situazione con il suo collaboratore:

"[...] avevo già parlato con [...] per raccontagli della telefonata (30 minuti) con [...] [...] La questione viene da lontano e da altre problematiche che ci sono già state reciprocamente e che tra le altre hanno portato poco tempo fa a dover ammettere di aver sbagliato qualcosa loro... Va da se che non vedesse l'ora di rimbalzare la questione. Questione che comunque

⁷¹⁵ XIV.A.14, allegato 290.

⁷¹⁶ Ibid.

⁷¹⁷ XIV.A.14, allegato 290.

⁷¹⁸ Atto II.82. V. anche atto XIV.A.11, allegato 224.

⁷¹⁹ Ibid.

⁷²⁰ Atto II.82. V. anche atto XIV.A.11, allegato 224.

⁷²¹ Atto II.229. V. anche atto XIV.A.11, allegato 227.

⁷²² Ibid.

⁷²³ Atto II.230. V. anche atto XIV.A.11, allegato 227. "Ganasa" è un termine dialettale che può essere tradotto in italiano con "sbruffone".

⁷²⁴ Atto XIV.A.18, allegato 377.

⁷²⁵ Atto XIV.A.18, allegato 378.

⁷²⁶ Atto II.238. V. anche atto XIV.A.14, allegato 355.

⁷²⁷ Ibid.

⁷²⁸ Atto II.239. V. anche XIV.A.14, allegato 355.

è già stata discussa ovviamente con [...] [...] AMAG Bellinzona] con tanto di cicchetto inevitabile. Il calcolo ovviamente lo avevo già fatto con lui. [...]".⁷²⁸

Al tempo stesso, [...] (AMAG Bellinzona) fa notare che Tognetti Auto ha formulato un'offerta a favore di un cliente di AMAG Bellinzona, proponendo degli sconti importanti:

"[...] Per sollazzarvi vi mando TOP SECRET un'offerta che hanno fatto liberamente ad un nostro cliente senza sapere di essere in concorrenza...quindi con tutta libertà come se fosse normale creandoci SOLO OVVIAMENTE un problema! Senza flotta e in contanti ma pronta consegna. [...]".⁷²⁹

Sentito in qualità di testimone su questi scambi di email, [...] (AMAG Lugano) ha affermato di essere stato contattato da [...] (Tognetti Auto) che lo avrebbe ripreso, poiché il venditore di AMAG Bellinzona non ha rispettato standard o direttive non meglio specificate.⁷³⁰ Secondo [...] (AMAG Lugano), conoscendo i margini offerti dall'importatore, [...] (Tognetti Auto) si sarebbe chiesto il motivo per il quale l'offerta formulata da AMAG Bellinzona era così vantaggiosa e avrebbe dunque deciso di attirare la sua attenzione su questo punto.⁷³¹ [...] (AMAG Lugano) ha affermato che questo tipo di "comunicazioni" o "segnalazioni" avvenivano soprattutto tra Tognetti Auto e AMAG Bellinzona, perché "avevano un territorio comune".⁷³²

B.3.3.6 Coinvolgimento delle singole parti al procedimento

311. Sulla base della documentazione agli atti emerge che **AMAG Ticino, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto** hanno partecipato alle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi messe in atto nel periodo tra il 2006 e il 2018. Come esposto precedentemente (n. marg. 219 segg.), gli atti riportano discussioni e scambi (bilaterali o multilaterali) tra tutte le parti al procedimento riguardanti elementi del prezzo, come sconti, prezzi di vendita, margini e provvigioni, avvenuti tra le imprese indicate sopra tramite messaggi di posta elettronica o nel quadro di riunioni.⁷³³

B.3.3.6.1 AMAG

312. Gli elementi di prova raccolti dimostrano che AMAG Ticino ha preso parte alle condotte relative al coordinamento della politica dei prezzi, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (cfr. n. marg. 226 segg., 273 segg., 297 segg., 301 segg., 304 segg. e i mezzi di prova citati).

313. Dalle evidenze documentali risulta che AMAG Ticino ha assunto un ruolo di primo piano nell'attuazione delle attività di coordinamento della politica dei prezzi, in particolare organizzando e gestendo le discussioni e gli scambi riguardanti gli sconti, pacchetti consegna e altri elementi del prezzo.

314. Gli elementi già presentati precedentemente ed esposti qui di seguito testimoniano il ruolo centrale svolto da AMAG Ticino nelle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi.

315. Innanzitutto, per quanto riguarda gli sconti e pacchetti consegna, come è stato riportato precedentemente (n. marg. 225 segg.), AMAG Ticino esercitava un ruolo

propulsivo e organizzativo, promuovendo o dirigendo le discussioni, convocando e agevolando lo svolgimento di riunioni con le altre parti al procedimento in relazione alle condizioni di vendita e trasmettendo ai concessionari e partner commerciali coinvolti (per corrispondenza elettronica o fisica) le tabelle sconti negli anni dal 2006 al 2018. Ciò trova, in particolare, conferma in alcuni passaggi contenuti nelle email inviate da [...] (AMAG Ticino) e già citati precedentemente:

- *"[...] mi permetto di inoltrarvi per conoscenza la nostra strategia per i nuovi modelli in arrivo nel 2008 nella speranza di trovare il vostro consenso [...]" (v. n. marg. 231).⁷³⁴*
- *"[...] abbiamo aggiornato la tabella sconti e pacchetti per l'anno 2012 secondo il nuovo calcolo IVA inclusa, i nuovi Contratti e i nuovi ristorni Flotta. Vi prego di verificare i dati e comunicarmi rapidamente le vostre osservazioni e proposte di modifica. Sarò a mi intenzione discuterla apertamente con i "colleghi" in regione al fine di creare i giusti presupposti per un rapporto basato sulla collegialità. [...]" (carattere in grassetto aggiunto, v. n. marg. 241).⁷³⁵*
- *"[...] allego tabella leggermente adattata a quanto da te ricevuto e quanto ricevuto da Amag Retail CH / Appena rientri ci aggiorniamo bilateralmente [...]" (v. n. marg. 241).⁷³⁶*
- *"[...] Agenda inguardabile ma dopo questi primi giorni la sensazione è molto positiva e c'è tanta ma veramente tanta voglia di cambiare... Che ne dici di giovedì 19 alle ore 11.00 a Giubiasco per poi andare a pranzo io e te? [...]" (v. n. marg. 243).⁷³⁷*
- *"[...] Da venerdì tutti i CM sono stati informati e hanno ricevuto le tabelle quindi siamo partiti / Effettuerò dei controlli da lunedì e quindi ritengo il tutto ufficiale / Per l'Octavia ti propongo di fare la correzione all'arrivo della nuova nelle prossime settimane non vorrei mandare modifiche o correzioni per non confonderli troppo hanno già troppe cose a cui stare attenti capisci a cosa mi riferisco Sono stato molto duro e sono partito a mille / Per la pubblicità propongo di attivarci con incontri con i CM separati per marchio ad intervalli regolari / Il primo verso metà febbraio Mando alcune proposte x Audi VW e Skoda / Con la ditta di Riazzino c'è tempo per il momento non ho nulla in ballo [...]" (v. n. marg. 244).⁷³⁸*

⁷²⁹ Ibid.

⁷³⁰ Atto XV.3, n. marg. 219–259.

⁷³¹ Ibid.

⁷³² Atto XV.3, n. marg. 262–268.

⁷³³ Cfr. atti II.33–34, II.36–37, II.40, II.52, II.54–61, II.65–67, II.73, II.82, II.84–88, II.90, II.92, II.94, II.97–99, II.101–102; II.106, II.148–152, II.209, II.217, II.222–230, II.238–239; V.A.1, 11, 15–19; V.B.9–10, 23–30, 40, 54, 56; V.C.1, 5, 7–15, 17–18, 27, 37–38, 40–47, 53–54, 73–74, 81–84, 90–98; V.B.10, 88; V.C.5, pagg. 5 segg.; V.C.8, 74, 81; 101–102; V.D.2, pag. 6, 8, 13, 16; V.D.3; V.D.4, pag. 13; V.D.6–10; V.D.15–16; V.E.1, 6, 11, 13; V.F.6, 10, 110, 122. V. anche atti XIV.A.5, allegati 29–62; XIV.A.11, allegati 181–220, 224, 227; XIV.A.14, allegati 264–355; XIV.A.18, allegati 375–379; XIV.A.27, allegato 568.

⁷³⁴ Atto V.C.27.

⁷³⁵ Atto II.54. V. anche atto XIV.A.5, allegato 32.

⁷³⁶ Atto II.55. V. anche atto XIV.A.5, allegato 33.

⁷³⁷ Atto II.59.

⁷³⁸ Atto II.60. V. anche atto XIV.A.5, allegato 37.

- “[...] *Che ne dici di trovarci per fare il punto e abbozzare un piano strategico 2013? Propongo il lu 17 o ma 18 dicembre ore 11.00 da me a Lugano [...]*” (v. n. marg. 251).⁷³⁹
- “[...] *allegato ti inoltro per conoscenza la proposta di base per le mie filiali. Cosa ne pensi? Per domani ore 18.00 dove? Hai un'idea? [...]? Posso chiedere se ci lasciano la saletta! Fam sav é [fammi sapere] [...]*” (v. n. marg. 253).⁷⁴⁰
- “[...] *Che ne dici se io applicassi la stessa formula che usi tu per i tuoi agenti? -1% su fattura / + x% a raggiungimento obiettivi personali (con diversi livelli) / + x% se noi raggiungiamo i nostri / Flotta? Che ne dici? [...]*” (v. n. marg. 254).⁷⁴¹
- “[...] *Con la presente non voglio entrare nel merito delle polemiche di questi giorni, suscitate dalla mia prima proposta riguardante i margini Agenti per il 2013. [...] ed io abbiamo attentamente analizzato i dati e le condizioni contrattuali ufficiali Amag Import, e siamo arrivati alla conclusione che senza l'oggettività necessaria, una presa di posizione empirica non è coerente e porta a giudizi affrettati e poco trasparenti. Con [...] abbiamo inoltre valutato la possibilità di applicare uniformemente per il Ticino, le formule da lui usate per i marchi rappresentati VP e SP. Mi permetto quindi di proporvi un nuovo incontro dove, sulla base di un confronto matematico 2012/2013 (prendendo le vetture fatte nel 2012) e con le condizioni contrattuali alla mano, andremo ad analizzare i valori e gli scostamenti. Come anticipato nella mia e-mail inviata a [...], e credo di aver sempre mantenuto le mie promesse, se gli scostamenti fossero eccessivi vi assicuro che sono pronto a correggere la mia posizione, come l'ho sempre fatto. Propongo le date seguenti: Giovedì 17 gennaio o Venerdì 18 gennaio Ore 15.00 [...] Attendo vostro cortese riscontro. [...]*” (v. n. marg. 255).⁷⁴²
- “[...] *Propongo, viste le tue sicuramente meritate vacanze, di congelare le condizioni fino a fine febbraio. Ho dato disposizioni di applicare fino a fine febbraio, su tutte le consegne e ordini Audi e VW NF, le condizioni 2012. Attendo vostre proposte per una data entro la fine di febbraio. [...]*” (v. n. marg. 255).⁷⁴³
- “[...] *spero che questa iniziativa incontri il vostro pieno consenso e possa essere d'esempio per una gestione mirata e intelligente delle vendite durante l'anno. **Mi raccomando una cosa...lavorate il vostro territorio di riferimento e non "cannibalizziamo"!** La collaborazione con i partner nella regione è per me fondamentale e controllerò affinché gli accordi vengano mantenuti. [...]*” (v. n. marg. 288).⁷⁴⁴

316. Le altre parti al procedimento si affidavano alla guida e alla verifica di AMAG Ticino per la messa in atto del coordinamento della politica dei prezzi. Ciò risulta, ad esempio, dai protocolli di riunioni interne di Tognetti Auto, i quali dimostrano che quest'impresa definiva la propria strategia di vendita in base a quanto stabilito da AMAG Ticino (n. marg. 232 e 256), o da alcuni scambi di email (v. in particolare le rilevanze istruttorie esposte al n. marg. 286). Sintomatico di questo stato di cose è in particolare quanto affermato da [...] (Tognetti Auto) in un'email

del 4 aprile 2013 indirizzato a [...] (AMAG Ticino) e già citato precedentemente (n. marg. 289):

“[...] Il mio pensiero lo conosci e credo di essermi sempre dimostrato molto aperto alle tue esigenze : ogni volta che hai proposto riduzioni di sconto o simili ho sempre aderito; questo per un motivo principale:

la convivenza ! [...]”.⁷⁴⁵

317. Anche il modo in cui [...] (Garage Karpf) si rivolge a [...] (AMAG Ticino) per discutere della politica degli sconti, suggerendo che vengano aggiornate le tabelle sconti (n. marg. 240), dimostra che AMAG Ticino assumeva la gestione operativa del coordinamento della politica dei prezzi tra le parti al procedimento, avendo in particolare l'incarico di elaborare e suggerire la strategia da adottare in questo contesto.

318. Come rivela lo scambio tra [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG) riportato sopra (n. marg. 242), è evidente che anche in seno alla dirigenza stessa di AMAG si aveva la percezione che AMAG Ticino beneficiava di una forte *leadership* sui concessionari e partner commerciali attivi sul territorio del Cantone Ticino che gli permetteva di gestire con rigore (rispetto a quanto avveniva in altre regioni della Svizzera) il cosiddetto “processo di armonizzazione” della politica degli sconti:

– “[...] *Ich werde die Daten nochmals prüfen. Es sollte nur den 490.- statt 450.- ge ändert sein. Ich werde mit die Private in der Region die Daten harmonisieren, d.h. es können kleine Unstimmigkeiten doch noch geben. Diese Harmonisierungsprozess wird ein Paar Jahren dauern. Ich bin der Meinung dass die Betriebswirtschaft in der Region eine eigene und bestimmte Dynamik hat, und wenn diese gut ist sollte nicht zuviel ge ändert werden. Die Verkäuferleitfaden sollten nicht alles standardisieren, eine gewisse Freiheit ist immer gewünscht und notwendig [...]*” (email del 6 gennaio 2012 di [...] [AMAG Ticino], v. n. marg. 242).⁷⁴⁶

– “[...] *Ich bin der Meinung, dass Du Deine Region Ticino im Griff hast und dass Du weiter so machen. Wir haben aber Regionen, wo wir grosse Probleme haben, da die Führung schwach ist – da bin ich der Meinung, dass wir klare Regeln haben müssen. Leider werden sie im Moment wie Du richtig festgestellt hast NOCH NICHT eingehalten – wir arbeiten aber daran – das geht allenfalls auch noch eine gewisse Zeit, bis wir alle Verkäufer / MWR / GF so weit haben. [...]*”⁷⁴⁷ (email del 6 gennaio 2012 di [...] [AMAG]).

⁷³⁹ Atto XIV.A.14, allegato 343.

⁷⁴⁰ Atti II.86–87. V. anche atto XIV.A.5, allegato 41.

⁷⁴¹ Atto XIV.A.14, allegato 270.

⁷⁴² Atti II.90, II.92. V. anche atti V.B.26; V.C.93; XIV.A.11, allegato 216.

⁷⁴³ Atto II.92. V. anche atti V.B.29; V.C.93; XIV.A.11, allegato 217.

⁷⁴⁴ Atto II.101.

⁷⁴⁵ Atto XIV.A.14, allegato 304.

⁷⁴⁶ Atto II.57.

⁷⁴⁷ Atto II.58.

319. Anche dopo il cambio del modo di procedere deciso nel 2014 (n. marg. 266 segg.), AMAG Ticino ha fatto in modo di dare continuità al coordinamento della politica dei prezzi, comunicando gli sconti e pacchetti consegna ai concessionari e ai partner commerciali implicati in occasione di riunioni *ad hoc* (n. marg. 268):

*"[...] Meccanismo simile all'anno scorso ma non possiamo più comunicare gli sconti. Ti consiglio di invitarlo da te e mostrargli la nostra tabella sconti e fare un piano volumi per ogni trimestre. aspetto un tuo breve protocollo della visita e degli accordi. [...]"*⁷⁴⁸

320. AMAG Ticino si adoperava per alimentare il coordinamento della politica dei prezzi, informando regolarmente i concorrenti sulle condizioni stipulate con clienti flotta e sulle azioni di vendita promosse (v. in particolare le rilevanze istruttorie esposte ai n. marg. 281 seg., 285, 288 seg., 291, 193 segg.).

321. Il ruolo di forza motrice di AMAG Ticino emerge altresì in modo chiaro da uno scambio di email nell'aprile del 2013 in merito alla vendita di veicoli del marchio Audi già menzionato precedentemente (n. marg. 290) e riproposto a titolo illustrativo qui di seguito:

- *"...che ne dici di promuovere la vendita dei motori Diesel Audi per garantire il raggiungimento del margine qualità? Io pensavo di fare un concorso per i venditori e dare un premio ai 3 venditori che hanno a fine anno la quota diesel più alta, a condizione naturalmente che la filiale abbia raggiunto l'obiettivo Import. Conteggio per il venditore: 1 punto per ogni motore diesel venduto e 1 punto supplementare se in permuta viene ripreso un motore benzina Durata concorso venditori: termine 31.12.2013 (consegna) Inoltre volevo lasciare al venditore, durante magari il mese di maggio e giugno + magari anche settembre, la possibilità di usare la seguente agevolazione: premio contratto = tasso di circolazione annuale (sulla fattura dell'imposta è ben visibile) Il premio però non va in deduzione ma a favore di un acquisto supplementare di accessori, prima rata leasing... che ne dici? Sono il solito lo so ma non riesco a stare fermo e aspettare...[...]"* (email di [...]) [AMAG Ticino] del 5 aprile 2013).⁷⁴⁹
- *"[...] il principio mi sembra intelligente: unica cosa mi fa un po' paura per certi motori: mi sembra che SQ5 costi [...] Fr. (non sono sicuro). Onestamente noi dove abbiamo la più grande difficoltà in Audi è con modelli come A4 Avant (defunta!) e come sempre A6/A7: se per queste 2 abbiamo poco margine (forse dobbiamo riguardare un po' la tabella e diventare un po' più "aggressivi"), a me piacerebbe cercare di fare qualcosa per A4; non penso possiamo lasciarla morire così.... Su A3 attualmente abbiamo già i Fr. [...] da parte di import, Q3 abbiamo nuovi modelli speciali, ... Questo il primo ragionamento, ma sono aperto. [...]"* (email di [...]) [Tognetti Auto] del 6 aprile 2013).⁷⁵⁰
- *"[...] e se facessimo appunto una campagna regionale, Caffè e CdT, solo per A4,A5,A6,A7, e A8 dove offriamo la tassa all'acquisto di una motorizzazione Diesel dal 20 aprile a fine maggio/giugno? [...] Che ne dici? Io sono convinto sia meglio che aumentare gli sconti! Dammi retta :-)"* [...] (email di [...]) [AMAG Ticino] del 6 aprile 2013).⁷⁵¹

- *"[...] Così, escludendo i modelli dove abbiamo meno difficoltà, per me andrebbe bene"* (email di [...]) [Tognetti Auto] del 6 aprile 2013).⁷⁵²
- *"Ottimo, preparo io una bozza e a breve te la sottopongo per partire appena possibile. [...]"* (email di [...]) [AMAG Ticino] del 6 aprile 2013).⁷⁵³

B.3.3.6.2. Autoronchetti

322. Nonostante il fatto che un primo contatto in relazione agli sconti e pacchetti consegna presente agli atti risalga al 2010⁷⁵⁴, il quadro di insieme che emerge dalle risultanze istruttorie (cfr. in particolare 225 segg. e mezzi di prova citati), valutate nella loro globalità, porta a ritenere che Autoronchetti era coinvolto, seppure marginalmente, nelle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi, perlomeno, sin dal momento in cui ha acquisito lo statuto di partner commerciale nel novembre del 2009 (v. n. marg. 11) e fino al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (cfr. in particolare n. marg. 235 seg., 265, 268, 270, 271 e 273 e mezzi di prova citati).

323. Non vi sono prove di una dissociazione pubblica da parte di Autoronchetti dalle pratiche descritte precedentemente o una denuncia di tali comportamenti alle autorità competenti.

B.3.3.6.3 Gruppo Karpf

324. Dagli atti emerge che Gruppo Karpf era coinvolto nelle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno del 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (cfr. in particolare n. marg. 228, 235, 240 seg., 245, 248 seg., 253–255, 258, 261, 270, 273, 301 segg. e mezzi di prova citati).

325. Come risulta in particolare dagli scambi di email con AMAG Ticino in merito alla tabella sconti del 2012 (n. marg. 240) e del 2013 (n. marg. 255), Gruppo Karpf era attivamente coinvolto nelle discussioni e concertazioni riguardanti il coordinamento di una politica dei prezzi comune.

326. Inoltre, lo stesso Gruppo Karpf ha riconosciuto di avere partecipato al coordinamento in materia di politica dei prezzi come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁷⁵⁵

327. Non vi sono prove di una dissociazione pubblica da parte di Gruppo Karpf dalle pratiche descritte precedentemente o una denuncia di tali comportamenti alle autorità competenti.

⁷⁴⁸ Atto XIV.A.5, allegato 49. V. anche atti II.149; XIV.A.5, allegato 50; XIV.A.5, allegato 51; II.150; XIV.A.5, allegato 52.

⁷⁴⁹ Ibid.

⁷⁵⁰ Atto XIV.A.14, allegato 347.

⁷⁵¹ Ibid.

⁷⁵² Atto XIV.A.14, allegato 348.

⁷⁵³ Atto II.106.

⁷⁵⁴ Atto XIV.A.11, allegato 199.

⁷⁵⁵ Atti XVII.A.1–2.

328. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Gruppo Karpf ha dichiarato che lo scopo della tabella sconti "[...]-Karpf" (v. n. marg. 245) era l'utilizzo di tali condizioni nelle vendite come intermediario per i veicoli del marchio Škoda da parte di Garage Karpf (non essendo distributore autorizzato di tale marchio) e del marchio VW PW da parte di [...] (non essendo distributore autorizzato di tale marchio).⁷⁵⁶ Indipendentemente dall'utilizzo che ne è stato fatto, come già illustrato (v. n. marg. 245), tali documenti stanno a testimoniare che gli sconti per i clienti finali indicati nella tabella sconti "[...]-Karpf" sono identici a quelli della tabella sconti di AMAG Ticino, inviata da [...] (AMAG Ticino) a [...] (Garage Karpf) il 5 gennaio 2012 (v. n. marg. 241).

329. In relazione allo scambio di email del gennaio 2013 tra [...] (AMAG Ticino), [...] (Garage Karpf), [...] (Garage Maffei) e [...] (Garage Nessi) (v. n. marg. 255), Gruppo Karpf ha asserito che si tratterebbe di una discussione riguardante le condizioni di acquisto dei partner commerciali e non di condizioni di vendita.⁷⁵⁷ Contrariamente all'opinione di Gruppo Karpf, dall'email del 14 gennaio 2012 di [...] (Garage Karpf) emerge che oggetto della discussione non erano unicamente le condizioni di acquisto dei partner commerciali, ma pure la proposta di [...] (AMAG Ticino) di ridurre gli sconti al fine di migliorare la redditività. Nell'email in questione, lo stesso [...] (Garage Karpf) parla di un accordo "*per rivedere la politica degli sconti*" (v. n. marg. 255 e mezzi di prova citati). Inoltre, il fatto che la discussione tra le imprese coinvolte vertesse (anche) sulla politica degli sconti, risulta in modo evidente in particolare dagli elementi probatori seguenti (e già citati in precedenza): l'email del 5 febbraio 2013 con la quale [...] (AMAG Ticino) ha trasmesso la tabella sconti di AMAG Ticino aggiornata e definitiva a Garage Maffei, Garage Karpf, Tognetti Auto, [...], Garage Nessi, Autoronchetti e Garage Weber-Monaco (v. n. marg. 257), l'email del 6 febbraio 2013 con la quale [...] (Garage Karpf) ha risposto all'email di [...] del 5 febbraio 2012, chiedendo di specificare che le nuove condizioni sono valide da subito (v. n. marg. 257) e il protocollo di riunione del 7 febbraio 2013 tra [...] (AMAG Ticino) e [...] (Garage Karpf) in cui figurano in particolare i passaggi "*Le condizioni di vendita per il 2013, unificate a livello regionale*" / "*accordo ok*", "*Consegna tabella Sconti e pacchetti 2012 (Corretta vedi mail [...] del 6.02.2013)*" (v. n. marg. 258).

330. Riguardo all'email del 1° marzo 2012 con la quale [...] (Garage Karpf) ha trasmesso ad [...] (AMAG Sorengo) un'offerta per un cliente finale concernente un modello del marchio VW NF (v. n. marg. 280), Gruppo Karpf ha affermato che la ragione di tale invio sarebbe riconducibile a una domanda tecnica legata al carico rimorchiato del modello in questione.⁷⁵⁸ Anche a volere ammettere tale giustificazione, rimane il fatto che Garage Karpf ha trasmesso a un concorrente un'offerta per un cliente finale nella quale figurano il prezzo finale, lo sconto e il pacchetto consegna (v. n. marg. 280).

B.3.3.6.4 Garage Maffei

331. Nonostante il fatto che un primo elemento del coordinamento in relazione alle tabelle sconti presente agli atti risalga al 2007⁷⁵⁹, il quadro d'insieme che emerge dalle risultanze istruttorie (cfr. in particolare 225 segg. e mezzi di prova citati), valutate nella loro globalità, porta a

ritenere che Garage Maffei era coinvolto nelle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (cfr. in particolare n. marg. 227, 233, 235 segg., 249, 257, 261, 268, 270, 273 e mezzi di prova citati).

332. Come risulta in particolare dagli scambi intercorsi con AMAG Ticino in merito alle condizioni di vendita del 2009 (n. marg. 233) e del 2013 (n. marg. 255), Garage Maffei era attivamente coinvolto nelle discussioni e concertazioni riguardanti il coordinamento di una politica dei prezzi.

333. Non vi sono prove di una dissociazione pubblica da parte di Garage Maffei dalle pratiche descritte precedentemente o una denuncia di tali comportamenti alle autorità competenti.

B.3.3.6.5 Garage Nessi

334. Nonostante il fatto che un primo elemento del coordinamento a carico di Garage Nessi in relazione alle tabelle sconti presente agli atti risalga al 2008⁷⁶⁰, il quadro d'insieme che emerge dalle risultanze istruttorie (cfr. in particolare 225 segg. e mezzi di prova citati), valutate nella loro globalità, porta a ritenere che Garage Nessi era coinvolto, seppure marginalmente, nelle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (cfr. in particolare n. marg. 229, 234, 235 segg., 247, 255, 257, 261, 268 segg., 273, 288, 295 e mezzi di prova citati).

335. Non vi sono prove di una dissociazione pubblica da parte di Garage Nessi dalle pratiche descritte precedentemente o una denuncia di tali comportamenti alle autorità competenti.

336. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Garage Nessi ha affermato che non sarebbero stati rinvenuti elementi probatori a suo carico in relazione al coordinamento della politica dei prezzi né per gli anni dal 2006 al 2009 né per gli anni a partire dal 2015.⁷⁶¹ Per quanto riguarda le discussioni in merito agli sconti ai clienti con le imprese coinvolte e le tabelle sconti ricevute da AMAG Ticino negli anni dal 2010 al 2014, Garage Nessi ha asserito che il suo coinvolgimento sarebbe passivo, puntuale e marginale.⁷⁶² Garage Nessi ha pure fatto valere che, nella maggior parte dei casi, la scondistica applicata ai propri clienti finali si scostava dalle condizioni di vendita comunicate da AMAG Ticino.⁷⁶³ Per dimostrare tale punto, alla sua presa di posizione Garage Nessi ha allegato delle tabelle riassuntive e fatture riguardanti le vendite di veicoli nuovi negli anni dal 2009 al 2019.⁷⁶⁴

⁷⁵⁶ Atto XIX.95, n. marg. 33.

⁷⁵⁷ Atto XIX.95, n. marg. 34.

⁷⁵⁸ Atto XIX.95, n. marg. 35.

⁷⁵⁹ Atto V.C.1.

⁷⁶⁰ Atto II.33.

⁷⁶¹ Atto XIX.97, n. marg. 31 segg.

⁷⁶² Atto XIX.97, n. marg. 40 segg.

⁷⁶³ Atto XIX.97, n. marg. 43 segg.

⁷⁶⁴ Atto XIX.97, allegati 1–20. Cfr. pure atto XIX.38, allegato 7 n. marg. 17 e allegato 8.

337. La posizione di Garage Nessi non può essere condivisa.

338. Per quanto riguarda gli anni dal 2006 al 2009, si rileva che il primo elemento probatorio che indica l'esistenza di un accordo sugli sconti risale al 2006 e si tratta di un documento ritrovato durante la perquisizione presso Tognetti Auto e che porta il titolo "*Bozza Accordo di sconti*" (v. n. marg. 225 e mezzi di prova citati). Tabelle sconti o indicazioni sugli sconti di AMAG Ticino in merito agli anni 2006–2008 sono stati ritrovati presso Garage Karpf, Garage Maffeis e Garage Weber-Monaco (v. n. marg. 227 seg.). Nel documento del 14 gennaio 2008 appartenente ad AMAG Ticino che contiene una tabella riguardante gli accordi sulla pubblicità e sugli sconti per la vendita di veicoli dei marchi Audi e VW a clienti finali figurano anche i nomi "[...]" (Garage Nessi) e "*Garage P.G. Nessi*" (v. n. marg. 229 seg. e mezzi di prova citati). Come già indicato in precedenza (v. n. marg. 230), poiché nelle colonne della tabella in questione era richiesto il "visto" per i diversi accordi, risulta che AMAG Ticino aveva previsto un incontro o una discussione con i rappresentanti delle imprese menzionate nel documento, tra cui Garage Nessi. Da quanto emerge dall'email del 25 marzo 2008 di [...] (AMAG Ticino) ai propri collaboratori (v. n. marg. 231 e mezzi probatori citati), questo incontro o discussione avente come oggetto l'accordo sugli sconti ha avuto effettivamente luogo e ciò si deduce dalle parole utilizzate dallo stesso [...] (AMAG Ticino): "[...] *Questa tabella è stata discussa a livello regionale trovando il consenso di tutti.* [...]"⁷⁶⁵ Il fatto che questo email interno sia stato inoltrato a [...] (AMAG Bellinzona), [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Maffeis), [...] (Garage Nord-Sud) e [...] Garage Weber-Monaco), ma non a Garage Nessi, non è rilevante ai fini della determinazione del coinvolgimento di quest'ultimo per i motivi seguenti:

- In primo luogo, è bene ricordare che negli anni dal 2006 alla fine del 2011 la direzione di AMAG Ticino era divisa tra la regione del Sopraceneri e la regione del Sottoceneri e che fino al 2008, la direzione del Sopraceneri era assunta da [...], mentre dal 2009 al 2011 da [...] (v. n. marg. 10). In quel periodo, per quanto riguarda le relazioni contrattuali, Garage Nessi ricadeva nella sfera di competenza della direzione del Sopraceneri.
- In secondo luogo, negli anni dal 2006 alla fine del 2011, la comunicazione delle condizioni di vendita concordate della tabella sconti avveniva soprattutto tramite la direzione di AMAG Ticino del Sopraceneri ([...] o [...]). In effetti, come emerge da documenti del 2008 e 2009 appartenenti a Garage Nessi e riguardanti le discussioni per un accordo di rivenditore autorizzato del marchio VW PW, AMAG Bellinzona era il referente di AMAG Ticino per le relazioni con Garage Nessi e la comunicazione degli sconti (v. n. marg. 234 e mezzi di prova citati).⁷⁶⁶ Secondo tali documenti, in relazione ai veicoli nuovi, si faceva riferimento agli sconti, ristorni flotta e ristorni finali secondo la tabella AMAG Retail.⁷⁶⁷ Già in un progetto di accordo del dicembre 2008 intitolato "Accordo di Rivenditore autorizzato VW" figura il passaggio "*Le VN [veicoli nuove] (vedi tabella AMAG Retail) per gli sconti, i ristorni flotta e i ristorni finali*".⁷⁶⁸ Questo passaggio è contenuto nel

progetto di accordo del gennaio 2009⁷⁶⁹ e nel documento intitolato "*Accordo Partner di vendita*" del 4 giugno 2009, firmato da [...] (AMAG Bellinzona) e [...] (Garage Nessi)⁷⁷⁰. Inoltre, lo stesso passaggio è contenuto nell'accordo di partner di vendita firmato il 31 dicembre 2009, documento al quale è allegata la tabella sconti di AMAG Ticino valida per il 2010 aggiornata al 31 dicembre 2009.⁷⁷¹ Contrariamente a quanto sostenuto da Garage Nessi nella sua presa di posizione, da una valutazione complessiva dei mezzi probatori a disposizione si ritiene che con i termini "*Tabella AMAG Retail*" e "*sconti*" utilizzati nei progetti di accordi e accordi di rivenditore autorizzato/partner di vendita erano intesi gli sconti e pacchetti consegna validi per la vendita di veicoli nuovi a clienti finali e contenuti nelle tabelle sconti così come descritte ai n. marg. 221 segg.

339. Sulla base di tali elementi, è possibile dedurre che, contrariamente a quanto fatto valere nella sua presa di posizione, Garage Nessi era coinvolto nelle attività di coordinamento della politica dei prezzi negli anni dal 2006 al 2009.

340. In merito agli anni dal 2010 al 2014, Garage Nessi non contesta il fatto di avere partecipato alle discussioni e agli incontri aventi come oggetto la politica degli sconti e di essere stato destinatario delle comunicazioni concernenti le tabelle sconti di AMAG Ticino.⁷⁷² Il fatto che Garage Nessi nella maggior parte dei casi si sia discostato dalle condizioni di vendita concordate con le altre imprese coinvolte o che non le abbia rispettate non è sufficiente a determinare la propria estraneità al coordinamento in materia di politica dei prezzi. Senza pubblico distanziamento, questo tipo di comportamento non sarebbe facilmente distinguibile da un mero inganno nei confronti delle altre imprese partecipanti a tale coordinamento. Un tale inganno avrebbe permesso a Garage Nessi sia di approfittare dei benefici derivanti dal coordinamento in materia di politica dei prezzi sia di discostarsene puntualmente quando gli fosse tornato più comodo. A ciò si aggiunge che l'intesa sulle tabelle sconti concerneva gli sconti al cliente finale e i pacchetti consegna per le *prime offerte* (v. n. marg. 220). Da un punto di vista obiettivo, gli sconti finali fatturati al cliente non sono paragonabili alle prime offerte. In effetti, gli sconti e i pacchetti consegna concessi nel quadro del contratto di acquisto non corrispondono per forza a quelli delle prime offerte, poiché l'offerta finale è il risultato di una negoziazione (v. n. 494). Come emerge dagli atti (v. in particolare n. marg. 240, 241, 242, 255 e mezzi di prova citati), l'obiettivo dell'intesa era quello di ridurre gli sconti attraverso l'armonizzazione delle condizioni di vendita contenute nelle tabelle sconti per le prime offerte. In questo modo, al cliente che avesse voluto rivolgersi a più

⁷⁶⁵ Atto V.C.27.

⁷⁶⁶ Ciò è confermato anche negli anni successivi, come risulta in modo evidente dall'email del 13 febbraio 2014 di [...] (AMAG Ticino) a [...] (AMAG Bellinzona) (v. n. marg. 268 e mezzi di prova citati).

⁷⁶⁷ Atto V.D.2, pagg. 6, 8 e 13.

⁷⁶⁸ Atto V.D.2, pag. 6.

⁷⁶⁹ Atto V.D.2, pag. 8.

⁷⁷⁰ Atto V.D.2, pag. 13.

⁷⁷¹ Atto V.D.2, pagg. 16 e 19.

⁷⁷² Atto XIX.97, n. marg. 31 seg.

distributori veniva sottratto un mezzo di pressione nel quadro della negoziazione per l'acquisto del veicolo. Per questi motivi, le tabelle riassuntive inerenti alle vendite di veicoli nuovi e le fatture per gli anni 2009–2019 allegate alla presa di posizione⁷⁷³ non servono a dimostrare che Garage Nessi non si sia attenuto all'obiettivo comune concordato descritto sopra.

341. Inoltre, da alcuni scambi di email del 2013, 2015 e 2017 risulta che Garage Nessi era coinvolto nello scambio di offerte e altri elementi del prezzo (v. n. marg. 288, 293 e 295 e mezzi di prova citati).

B.3.3.6.6 Garage Weber-Monaco

342. Nonostante il fatto che i primi elementi del coordinamento in relazione alle tabelle sconti presenti agli atti risalgano al 2008⁷⁷⁴, il quadro d'insieme che emerge dalle risultanze istruttorie (cfr. in particolare 225 segg. e mezzi di prova citati), valutate nella loro globalità, porta a ritenere che Garage Weber-Monaco era coinvolto, seppure marginalmente, nelle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi, perlomeno, sin dal momento in cui ha acquisito lo statuto di rivenditore nel dicembre del 2007 (marg. 25) e fino al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (cfr. in particolare n. marg. 227 e 229, 235 segg., 257, 261, 268, 270, 273, 295 e mezzi di prova citati).

343. Non vi sono prove di una dissociazione pubblica da parte di Garage Weber-Monaco dalle pratiche descritte precedentemente o una denuncia di tali comportamenti alle autorità competenti.

344. Inoltre, lo stesso Garage Weber-Monaco ha riconosciuto di avere partecipato al coordinamento in materia di politica dei prezzi come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁷⁷⁵

B.3.3.6.7 Tognetti Auto

345. Sulla base degli elementi probatori a disposizione risulta che Tognetti Auto era coinvolto nelle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi, perlomeno, dal 2006 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (cfr. in particolare n. marg. 226 e 277, 229 segg., 235 segg., 273 segg., 297 segg., 304, segg. e mezzi di prova citati).

346. Dal contenuto degli scambi intercorsi, e in gran parte riportati precedentemente (cfr. in particolare n. marg. 238, 243 segg., 246, 249 segg., 253 segg., 260, 278, 286 segg., 298 segg., 305 segg. e rilevanzze istruttorie citate), emerge in modo evidente che la partecipazione di Tognetti Auto era caratterizzata da un importante sostegno alla realizzazione del coordinamento della politica dei prezzi e da una stretta collaborazione con AMAG Ticino riguardo l'adozione e il controllo dell'applicazione di condizioni di vendita comuni, così come l'armonizzazione a livello regionale di margini e provvigioni per i partner commerciali.

347. A ciò si aggiunge che lo stesso Tognetti Auto ha riconosciuto di avere partecipato al coordinamento in materia di politica dei prezzi come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁷⁷⁶

B.3.4 Ripartizione del territorio

348. Le risultanze istruttorie attestano l'esistenza tra le parti al procedimento di un'intesa sulla ripartizione del mercato in funzione del territorio, attraverso la condivisione di regole di condotta fondate principalmente sulla "non belligeranza" reciproca.

349. Tale intesa si è concretizzata nell'astensione reciproca dal partecipare a delle commesse pubbliche al di fuori della zona di rispettiva competenza (v. sotto B.3.4.1), dal formulare offerte più competitive o vantaggiose a clienti provenienti da territori al di fuori della rispettiva zona di competenza (v. sotto B.3.4.2) e dallo svolgere attività di promozione in zone di competenza attribuite ad altri concorrenti (v. sotto B.3.4.3).

350. Per quanto riguarda il territorio, sulla base dei documenti agli atti emerge che questo era suddiviso fondamentalmente in base ai distretti amministrativi del Cantone Ticino: Mendrisio, Lugano, Locarno, Vallemaggia, Bellinzona, Riviera, Leventina e Blenio. Le zone facenti riferimento ai distretti di Mendrisio, Lugano e Bellinzona erano di competenza di AMAG Ticino e dei suoi partner commerciali (Autoronchetti, Garage Maffei, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco). Tuttavia, in linea di principio, questi ultimi dovevano limitare le loro attività commerciali alla zona nella quale la loro sede era ubicata: ad esempio, salvo accordo di AMAG Ticino, Garage Weber-Monaco con sede a Vezia (Luganese) non avrebbe potuto condurre delle attività di promozione a Lugano o a Mendrisio.⁷⁷⁷ I distretti di Locarno, a eccezione delle frazioni appartenenti al Comune di Gambarogno, e Vallemaggia erano di competenza di Tognetti Auto.⁷⁷⁸ Riviera, Leventina e Blenio rientravano invece nella competenza territoriale di Gruppo Karpf (Garage Karpf, Faido, e Garage 3 Valli, Biasca).⁷⁷⁹

⁷⁷³ Atto XIX.97, allegati 1–20.

⁷⁷⁴ Atti II.33; V.E.1.

⁷⁷⁵ Atti XVII.C.1, 4.

⁷⁷⁶ XVII.B.1, 4.

⁷⁷⁷ Cfr. atti V.E.10; XIV.A.18, allegati 472–474.

⁷⁷⁸ Cfr. ad esempio XIV.A.18, allegati 463 e 465. Cfr. anche verbale di audizione di [...] del 22.09.2020, atto XV.3, par. 376–379.

⁷⁷⁹ Cfr. ad esempio XIV.A.18, allegati 483, 488 e 500. Cfr. anche verbale di audizione di [...] del 22.9.2020, atto XV.3, n. marg. 376–379.

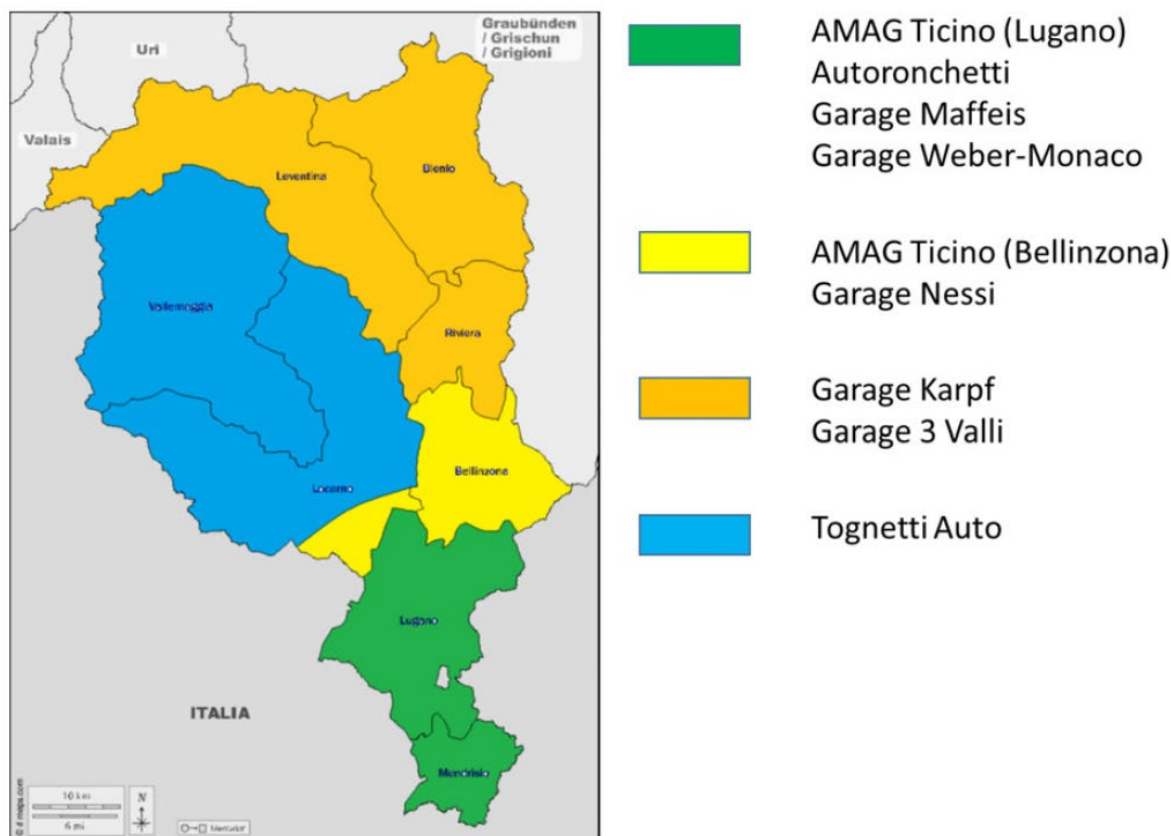


Illustrazione 4: Ripartizione del territorio ticinese tra AMAG, concessionari e partner commerciali (fonte: Segreteria)

351. Sulla base degli atti a disposizione, prevalentemente scambi di messaggi di posta elettronica, un'intesa riguardante la ripartizione del territorio è esistita, perlomeno, dal 2009 al 26 giugno 2018 (data dell'apertura dell'inchiesta, v. n. marg. A.3.1). In effetti, i primi elementi probatori delle condotte legate alla ripartizione del territorio sono costituiti da un progetto di lettera e da un'email del 2009 (v. sotto n. marg. 366 e 399). L'ultimo mezzo di prova in relazione a tali pratiche è rappresentato da uno scambio di email del 19 giugno 2018 (v. sotto n. marg. 388).

352. Nel quadro delle osservazioni in relazione al risultato probatorio provvisorio, Tognetti Auto ha sostenuto che le zone di competenza sono state inizialmente concepite e messe in atto da AMAG Import principalmente per definire gli obiettivi di vendita.⁷⁸⁰ Ciò è confermato pure nell'ambito dell'inchiesta preliminare AMAG Vertriebsnetz (il cui risultato è esposto nel rapporto finale del 1° maggio 2018), dalla quale risulta che AMAG Import si fonda su cosiddette "aree di osservazione del mercato" ("Marktbeobachtungsgebiete") come base di calcolo per la determinazione degli obiettivi di vendita.⁷⁸¹ Tuttavia, né dall'inchiesta preliminare citata sopra né dalla presente inchiesta sono emersi elementi che conducono a ritenere che AMAG Import imponga ai propri distributori autorizzati un divieto o una restrizione di vendere veicoli nuovi al di fuori di tali aree di osservazione del mercato.

B.3.4.1 Commesse pubbliche

353. Per quanto riguarda le commesse pubbliche indette dai comuni o da enti pubblici locali tramite concorso pubblico o procedura a invito, dalla documentazione ottenuta

nel corso dell'inchiesta⁷⁸² si evince che le parti all'inchiesta si sono concentrate esclusivamente sulla loro zona di competenza. Ad esempio, AMAG Ticino non ha mai presentato offerte nell'ambito di commesse pubbliche indette tramite concorso pubblico o procedura a invito nella regione del Locarnese, zona di competenza di Tognetti Auto. Allo stesso modo, quest'ultimo si è quasi sempre astenuto dal partecipare a commesse pubbliche indette nella regione del Sottoceneri, zona di competenza di AMAG Ticino e dei suoi partner commerciali ubicati in questa regione. In tal senso, alla domanda della Segreteria durante l'audizione del 29 novembre 2018 del motivo per il quale Tognetti Auto non avesse mai partecipato alle commesse pubbliche indette dal Comune di Lugano, [...] (AMAG Sorengo) ha esplicitamente dichiarato: "Perché lui è di Locarno. Se viene qui lo sbrano. Io non partecipo alle commesse del suo territorio, come lui non deve permettersi di partecipare alle commesse di Lugano. Una percentuale è data anche dalla vicinanza del garage al committente".⁷⁸³ Altre dichiarazioni rilasciate da persone sentite nell'ambito dell'inchiesta confermano il fatto che le zone di competenza di AMAG Ticino e dei concessionari e partner commerciali implicate venivano di principio rispettate:

⁷⁸⁰ Atto I.676, pag. 6.

⁷⁸¹ Cfr. DPC 2019/2, 261, n. marg. 83, AMAG Vertriebsnetz.

⁷⁸² Atti VII.1-3; V.III.1-2; IX.1-2; X.1; XI.1; XII.6.

⁷⁸³ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 256-258.

- “[...] Se un Comune indice un concorso, un concessionario con una sede distante dal Comune non partecipava per principio [...]”.⁷⁸⁴
- “Preciso che normalmente si lavora sul territorio dove si è presenti fisicamente. Da noi (AMAG) c’è la regione del Mendrisiotto, di Lugano o di Bellinzona. Poi qualche migrazione di clienti tra le zone c’è sempre stata e ci sarà sempre”.⁷⁸⁵

354. L’esame degli atti porta a ritenere che, di regola, la partecipazione a commesse pubbliche al di fuori della propria zona di competenza avveniva unicamente nel caso in cui il concessionario o partner commerciale fosse stato invitato dal committente a parteciparvi. In questi casi, il concessionario o partner commerciale “extraterritoriale” presentava un’offerta di appoggio. Questo è, ad esempio, avvenuto nel caso dell’offerta presentata da Tognetti Auto nel quadro della commessa pubblica del [...] 2014 indetta dal Comune di [...] tramite procedura ad invito (v. n. marg. 139).⁷⁸⁶ Nello specifico, tramite email del 20 novembre 2014, Tognetti Auto aveva ricevuto da AMAG Ticino l’offerta che quest’ultimo avrebbe inoltrato nell’ambito della commessa pubblica in questione.⁷⁸⁷ La scadenza per l’inoltro delle offerte era previsto per il [...] 2014.⁷⁸⁸ Dalla decisione di aggiudicazione e dalla tabella di calcolo annessa risulta che Tognetti Auto ha presentato un’offerta di [...] franchi più cara rispetto a quella di AMAG Ticino.⁷⁸⁹

355. Ciò non esclude che possano esserci state delle eccezioni a tale regola. A questo proposito si può menzionare che durante l’audizione in qualità di testimone, [...] (Tognetti Auto) ha sottoposto alle autorità in materia di concorrenza due email con le quali egli intendeva dimostrare che Tognetti Auto ha richiesto il capitolato riguardante dei concorsi pubblici indetti al di fuori della zona di competenza di Tognetti Auto.⁷⁹⁰ Si tratta di un’email del 2 aprile 2013 indirizzata al Comune di [...] (regione di Mendrisio) e di un’email del 4 ottobre 2017 indirizzata alla [...] (di seguito: [...]).⁷⁹¹ In entrambi i casi, Tognetti Auto non ha infine partecipato ai concorsi pubblici in questione, perché, a dire di [...] (Tognetti Auto), gli autoveicoli in gara non erano idonei.⁷⁹² A questo proposito occorre sottolineare che il concorso pubblico indetto dalla [...] concerneva un concorso cantonale e che quindi non era legato a delle dinamiche regionali.

356. Le analisi condotte sui verbali di apertura e sulle decisioni di aggiudicazione forniti nell’ambito dell’assistenza amministrativa svelano che nelle commesse pubbliche comunali vengono spesso utilizzati criteri di distanza o di ubicazione e che questi sono indicati nei bandi di gara. Tuttavia, contrariamente a quanto dichiarato da alcune persone sentite in qualità di parte⁷⁹³ e di testimone⁷⁹⁴, dall’esame della documentazione ottenuta dai commitenti pubblici risulta che i criteri di distanza o di ubicazione non sono determinanti per la decisione di aggiudicazione.⁷⁹⁵ A titolo esemplificativo, per il concorso pubblico del [...] 2011 indetto dal Comune di Lugano, dove il criterio di distanza aveva un peso del 5 % sulla delibera, il garage [...] di Mendrisio ha ottenuto il migliore punteggio e si è aggiudicata entrambi i veicoli messi in gara, benché Mendrisio si trovi a venti chilometri di distanza da Lugano.⁷⁹⁶ Addirittura nel caso di una commessa pubblica tramite procedura ad invito indetta dal Comune di

Mendrisio il [...] 2011, un concessionario di [...], Cantone di Friburgo, ha ottenuto un punteggio migliore di un garage di Genestrerio e circa un solo punto inferiore rispetto al garage [...] di Mendrisio.⁷⁹⁷ Che il criterio della distanza non fosse rilevante è pure confermato dalle dichiarazioni di [...] (Tognetti Auto), il quale sentito in qualità di testimone durante l’audizione del 4 aprile 2019 ha affermato:

“Il fattore della distanza tra il suo garage e il committente è un fattore rilevante?”

No. Se i punti dell’offerta influiscono fortemente nell’aggiudicazione, allora valutiamo se presentare un’offerta. Solitamente, non è il caso.

Di solito il criterio della distanza quanto pesa sul punteggio totale?

5 punti su 100.

È un fattore che Lei ritiene importante?

No.⁷⁹⁸

B.3.4.2 Vendite a clienti privati

357. Dalle risultanze istruttorie emerge che le regole di reciproca “non belligeranza” in relazione al mercato territoriale erano messe in atto anche nel contesto della vendita ai clienti privati. In genere, nel commercio di veicoli nuovi il cliente finale non si accontenta di rivolgersi a un unico distributore (autorizzato o non), ma tenta di ottenere più offerte da diversi distributori che sono ubicati anche in altre zone geografiche. Solitamente il cliente finale si rivolge a dei distributori successivi, presentando l’offerta o le offerte formulate dal distributore o distributori precedenti con l’obiettivo di ottenere l’offerta più vantaggiosa. In questo contesto, le parti al procedimento si sono accordate per astenersi dal formulare offerte più competitive o vantaggiose a soggetti provenienti da territori al di fuori della rispettiva zona di competenza e già clienti di altre parti al procedimento.⁷⁹⁹ Ciò è in particolare illustrato dagli elementi probatori esposti qui di seguito.

⁷⁸⁴ Verbale di audizione di Andrea Pollarolo del 1.4.2019, atto IV.3, n. marg. 119–120.

⁷⁸⁵ Verbale di audizione di Leonardo Becker del 2.4.2019, atto IV.4, n. marg. 125–216.

⁷⁸⁶ Atto XIV.A.13, pag. 7, allegati 250–251.

⁷⁸⁷ Atto XIV.A.13, pag. 7, allegato 252.

⁷⁸⁸ Atto XIV.A.13, pag. 7, allegati 250–251.

⁷⁸⁹ Atto XIV.A.13, pag. 7, allegato 253.

⁷⁹⁰ Atto IV.8, n. marg. 396–399.

⁷⁹¹ Atto IV.8, n. marg. 396–399, allegato 4.

⁷⁹² Atto IV.8, n. marg. 396–399.

⁷⁹³ Verbale di audizione di [...] del 28.11.2018, atto III.4, n. marg. 381–383; verbale di audizione di [...] del 28.11.2018, atto III.5, n. marg. 202–216.

⁷⁹⁴ Verbale di audizione di [...] del 29.11.2018, atto III.6, n. marg. 257–258.

⁷⁹⁵ Cfr. atti VII.1–3; V.III.1–2; IX.1–2; X.1; XI.1; XII.6.

⁷⁹⁶ Cfr. atto VII.1, pagg. 26–29.

⁷⁹⁷ Cfr. atto X.1, pagg. 71–73.

⁷⁹⁸ Verbale di audizione di [...] del 4.4.2019, atto IV.8, n. marg. 385–391.

⁷⁹⁹ Atti II.108; XIV.A.14, allegati 301–303, 367–368, 369; XIV.A.18, allegato 492.

358. Tramite email del 14 marzo 2013, indirizzato in copia per conoscenza a [...] (AMAG Ticino), [...] (AMAG Bellinzona) informa i responsabili di vendita di AMAG Ticino sulla possibilità di elargire ai clienti un premio chiamato "Premio Direzione Primavera" durante il periodo dal 25 al 30 marzo 2013, al fine di promuovere la vendita di veicoli nuovi e veicoli d'occasione:

"Promo primavera dal 25.3. al 30.3.2013

Buongiorno a tutti,

per rilanciare la primavera in maniera adeguata, abbiamo deciso di stimolarvi e

sostenervi con un Premio Direzione Primavera:

VN: valore [...] % del prezzo NETTO

VO: [...] chf sul prezzo esposto

su tutti i contratti dal lunedì 25 marzo al sabato 30 marzo.

Sconto normale come da tabella, aggiungere separatamente il "premio direzione

primavera".

Premio NON cumulabile con:

@ Contratti quadro Import, Retail e Ticino

@ Altri premi di direzione

Siete liberi di applicarlo o meno.

Se non venisse usato il consulente potrà naturalmente correggere il calcolo provvigione a suo favore.

Vi prego di informare il vostro Team di vendita. [...]"⁸⁰⁰

Con email dello stesso giorno ai destinatari del messaggio precedente, [...] (AMAG Ticino) precisa il "comportamento etico da seguire"⁸⁰¹, perché non vuole danneggiare la collaborazione con i concessionari e partner commerciali presenti nel Cantone Ticino:

"[...] spero che questa iniziativa incontri il vostro pieno consenso e possa essere d'esempio per una gestione mirata e intelligente delle vendite durante l'anno.

Mi raccomando una cosa...lavorate il vostro territorio di riferimento e non "cannibalizziamo"!

La collaborazione con i partner nella regione è per me fondamentale e controllerò affinché gli accordi vengano mantenuti. [...]"⁸⁰²

Sempre in data del 14 marzo 2013, [...] (AMAG Ticino) inoltra i messaggi riportati sopra a [...] (Tognetti Auto), [...] ([...]), [...] ([...]), [...] (Autoronchetti), [...] (Garage Maf- feis), [...] (Garage Weber-Monaco), [...] (Garage Nessi) e [...] (Garage Karpf), comunicando quanto segue:

"[...] allegato troverete l'informazione relativa ad una nostra attività di promozione limitata ai pochi giorni del nostro porte aperte di primavera.

Mi sono comunque raccomandato che si lavori il proprio territorio di riferimento, se aveste situazioni "discutibili" non esitate a contattarmi.

Liberi di seguirci ;-)"⁸⁰³

Tramite email dello stesso giorno [...] (Garage Weber-Monaco) invia un commento di apprezzamento a [...] (AMAG Ticino) per il suo messaggio:

"Grazie di cuore ...

*Volevo inoltre dirti che ho apprezzato le tue parole ... (Mi sono comunque raccomandato che si lavori il proprio territorio di riferimento, se aveste situazioni "discutibili" non esitate a contattarmi. **Mi raccomando una cosa...lavorate il vostro territorio di riferimento e non "cannibalizziamo"!**) [...]"⁸⁰⁴*

359. Con email del 10 aprile 2013 [...] (AMAG Ticino) informa diversi collaboratori di AMAG Ticino in merito all'azione di vendita prevista da AMAG Ticino, al fine di vendere i veicoli in stock e raggiungere gli obiettivi di vendita.⁸⁰⁵ In questo email [...] (AMAG Ticino) sottolinea in particolare:

"[...] Per finanziare questa operazione NON faremo pubblicità, anche per non fare concorrenza sleale ai nostri Partner!!

Pf. Evitate di fare contro-offerte a clienti che sapete andranno a rilanciare dai nostri partner. [...]"⁸⁰⁶

Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) fornisce ancora alcuni complementi d'informazione, sottolineando che non verrà fatta alcuna pubblicità e invitando i collaboratori di AMAG Ticino a limitare l'azione alla propria zona di competenza:

"[...] @ Per evidenti motivi che conoscete tutti, NON faremo nessuna pubblicità!

@ Lavorate la propria zona di competenza!

@ Lavorate la cartoteca ne vale la pena! [...]"⁸⁰⁷

Sulla base di una valutazione complessiva dei mezzi di prova a disposizione e illustrati in questa sezione, si deduce che con "lavorate cartoteca" [...] (AMAG Ticino) intendesse invitare i propri collaboratori a "studiare" le rispettive zone di competenza di AMAG Ticino e delle altre parti al procedimento.

360. Tramite email del 12 aprile 2013 [...] (AMAG Bellinzona) comunica a diversi collaboratori di AMAG Ticino alcuni dettagli riguardanti un'azione di AMAG Ticino ("Azione + [...] - Stock"):

"[...] Come discusso ieri, vi ricordo di utilizzare il premio supplementare di fr. [...] - esclusivamente per concludere gli affari sulla nostra regione, in accordo con i colleghi del garage Tognetti, garantiamo la più totale Garanzia di trasparenza se quindi vi saranno clienti sconosciuti e riconosciamo la provenienza della zona

⁸⁰⁰ Atto II.101. V. anche atto V.C.99.

⁸⁰¹ Così lo definisce [...] (AMAG Ticino) in un'email del 14 marzo 2013 a [...] (Garage Weber-Monaco), v. atto II.103.

⁸⁰² Ibid.

⁸⁰³ Atto II.102. V. anche atto V.C.99.

⁸⁰⁴ Atto II.104.

⁸⁰⁵ Atto XIV.A.18, allegato 470.

⁸⁰⁶ Atto XIV.A.18, allegato 370.

⁸⁰⁷ Ibid.

Locarnese, tratteremo il caso con la dovuta riservatezza! I parametri della trasparenza li conosciamo tutti, se però vi dovessero essere casi dove vi sono dubbi, potremo chiamare [...] [...] [Tognetti Auto] che potrà eventualmente informarci se vi saranno state offerte presso di loro, allora ci atterremo alle informazioni ricevute! Vi comunico che se vi saranno abusi, saremo pronti a sovvenzionare Tognetti con la medesima partecipazione offerta in concorrenza, ricaricando su un'affare dello stesso venditore che si vedrà penalizzare il prossimo affare! Vi ringrazio per l'attenzione che saprete dare a questo accordo! [...]".⁸⁰⁸

Lo stesso giorno [...] (AMAG Bellinzona) inoltra questo messaggio a [...] (Tognetti Auto) e [...] (Tognetti Auto), scrivendo quanto segue:

"[...] come accordato con [...], ti giro l'informazione distribuita ai colleghi per quanto riguarda l'impegno di mantenere una certa correttezza per quei casi che potrebbero presentarsi rispetto ai clienti della vostra zona! [...]".⁸⁰⁹

Sempre con email del 12 aprile 2013 [...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (AMAG Lugano):

"[...] Mi raccomando anche con Maffeis [Garage Maffeis] e Monaco [Garage Weber-Monaco]. A proposito con Monaco [Garage Weber-Monaco] come sei rimasto? Ha accettato l'obiettivo? [...]".⁸¹⁰

[...] (AMAG Lugano) risponde lo stesso giorno:

"Non ho sentito ancora nessuno. Pensavo che ne parlavi tu. Provvedo domani con [...] [Garage Weber-Monaco]. Con [...] [Garage Maffeis] non so come comportarmi. Non è così facile a capire se il cliente si serve da lui. Cosa facciamo non proponiamo l'offerta a un cliente di Tesserete e Capriasca o bisogna chiamare ogni volta [...] [Garage Maffeis]? Mi sembra sinceramente ridicolo. Per il momento tutti si servano dei clienti della nostra zona e nessuno ha dei scrupoli. Fammi sapere cosa devo fare. [...]".⁸¹¹

Con email del 13 aprile 2013 [...] (AMAG Ticino) replica a [...] (AMAG Lugano):

"Tranquillo, [...] [Garage Maffeis] gli ho parlato io e se lavoriamo come abbiamo pensato di fare cioè senza forzare alla prima offerta tutto il premio supplementare penso non avremo troppi problemi. Penso comunque che una breve nota ricordando che non siamo soli e che il premio va usato con il buon senso e tanta professionalità possa far solo bene. Con [...] [Garage Weber-Monaco] penso che informarlo offrigli la possibilità di partecipare con un obiettivo realizzabile sia una buona cosa. Fai tu vero? [...]".⁸¹²

Tramite email del 15 aprile 2013 [...] (Tognetti Auto) informa i propri collaboratori e [...] in merito all'azione di AMAG Ticino "Azione + [...] - Stock", comunicando che possono offrire le stesse condizioni e sottolineando che quest'azione è da offrire unicamente ai clienti della zona di competenza di Tognetti Auto e che è proibito offrirla a clienti di altre zone di competenza come Bellinzona o Lugano:

"come comunicato prima, vi confermo che per le vetture VW vendute dallo stock e con consegna entro il 30 aprile, amag Retail offre

fino * a [...] - franchi premio stock supplementare oltre ai premio ufficiali Import

Questo importo è completamente a carico del garage, quindi vale quanto segue:

è da offrire a discrezione: dovete valutare voi.

si pu ò offrire solo a nostri clienti o nuovi clienti della nostra zona

è proibito offrirlo a nuovi clienti del Bellinzonese/Luganese/ ecc

E' valido fino a nuovo avviso

Come spiegato, tutto questo peggiorer à i nostri risultati finanziari da cui dipendono le nostre gratifiche !!!

Grazie a tutti per la collaborazione

[...]

* = se avete bisogno di dare 500 o 1000 per concludere, inutile dare 2000 !".⁸¹³

361. Tramite email del 16 marzo 2013 [...] (AMAG Ticino) segnala a [...] (Tognetti Auto) un caso in cui un venditore di Tognetti Auto ha "rilanciato" su un'offerta fatta da AMAG Mendrisio per un suo cliente "fedele" del Mendrisio riguardante un veicolo del marchio Audi, offrendo un prezzo finale di oltre 2'000 franchi più vantaggioso:

"[...] **Strettamente confidenziale.**

Tutto bene?

Sotto trovi un'offerta x un cliente di [...]...pensionato.

Flotta?

Ripresa valore?

Cosa ne pensi?

Il cliente ha già firmato il contratto, il genero ha voluto verificare e dopo la vostra offerta adesso è naturalmente arrabbiato con noi!

Su un importo così ho quasi [...] di differenza.

Per me pareggiarla, cliente della zona che non voglio perdere, vuol dire perdere soldi :-)

Sicuramente dovrò fare un gesto ma vorrei evitare di rimetterai così tanto. [...]".⁸¹⁴

⁸⁰⁸ Atto II.108. V. anche XIV.A.14, allegato 368.

⁸⁰⁹ Atto XIV.A.14, allegato 367.

⁸¹⁰ Atto II.108. V. anche XIV.A.14, allegato 368.

⁸¹¹ Ibid.

⁸¹² Atto II.108. V. anche XIV.A.14, allegato 368.

⁸¹³ Atto XIV.A.14, allegato 369.

⁸¹⁴ Atto XIV.A.14, allegato 301.

Con email dello stesso giorno [...] (Tognetti Auto) risponde che, secondo le sue verifiche, il cognato del cliente di AMAG Mendrisio aveva dichiarato di avere diritto a uno sconto flotta medio e che per quanto riguarda il prezzo di ripresa, in un caso simile precedente AMAG Giubiasco aveva offerto un prezzo di ripresa di [...] franchi superiore a quello offerto da Tognetti Auto e che [...] (AMAG Ticino) gli aveva detto che si era trattato di un affare normale:

"[...] mi sono informato.

Da noi l'offerta è stata richiesta effettivamente dal cognato: lui ci ha detto che può avere il flotta "medio".

Per quanto concerne la ripresa, scusa la franchezza, mi sembra di vedere il caso " [...] ": lo ricordi ? Li si trattava di un [...] (flotta grande, [...] % su Q3) che è andato in pensione a fine 2012 con la ripresa di una A4.

Io avevo offerto Fr. [...], Giubiasco Fr. [...] e alla fine tu mi avevi detto che era stato un'affare "normale"

Per quanto mi è stato detto, l'eventuale ripresa da noi è già venduta con un buon margine.

*Mi spiace comunque visto che è vostro cliente "fedele" (ho guardato nel WIS); sicuramente il cognato non ha giocato pulito con noi. [...]"*⁸¹⁵

Tramite email del 18 marzo 2013 [...] (AMAG Ticino) replica a [...] (Tognetti Auto) chiedendogli in futuro di *"tenere un profilo basso"* e di *"non rilanciare"* sulle offerte presentate da clienti provenienti da Mendrisio.⁸¹⁶ [...] (AMAG Ticino) sottolinea anche che, nei casi dove è possibile, egli *"pareggia"*, ovvero fa un'offerta identica a quella presentata dal cliente fuori zona:

"Ok tranquillo.

Unica richiesta, avendo da Mendrisio altre segnalazioni simili (A6 e Q5), ti sarei grato se su offerte fuori zona, dove è molto probabile che vengano per tirare il prezzo, cercassi di tenere un basso profilo ;-) e soprattutto non rilanciare se tornassero.

*Dove posso io pareggio. [...]"*⁸¹⁷

362. Con email del 22 gennaio 2016 [...] (AMAG Ticino) chiede a [...] (AMAG Lugano) di verificare con [...] (AMAG Breganzona) una richiesta di un cliente in relazione a un veicolo del marchio Seat ancora pendente.⁸¹⁸ Tramite email del 25 gennaio 2016 [...] (AMAG Lugano) risponde di essere stata informata da [...] (AMAG Breganzona) che [...] (AMAG Breganzona) ha già preso contatto con il cliente che abita a Locarno.⁸¹⁹ [...] (AMAG Lugano) precisa che, trattandosi di una *"richiesta specifica"*, ovvero l'acquisto di un modello del marchio Seat e quindi di un marchio non rappresentato da Tognetti Auto, il cliente è stato contattato da AMAG Breganzona, nonostante il fatto che quest'ultimo provenga da una zona di competenza che non appartiene ad AMAG Ticino:

*"[...] ho sentito [...] [...] , di AMAG Breganzona] il quale mi ha comunicato che, considerata la richiesta specifica del Sig. [...] di Locarno, quest'ultimo è stato contattato da [...] [AMAG Breganzona] venerdì scorso (22.01) anche se abita fuori dalla nostra zona di competenza [...]"*⁸²⁰

363. L'esistenza di regole di reciproca *"non belligeranza"* tra le parti al procedimento è pure confermato dalle dichiarazioni rilasciate da [...] (AMAG Lugano) durante l'audizione in qualità di testimone del 20 settembre 2020. In tal senso, egli ha dichiarato che le vendite a dei clienti provenienti da zone di competenza di altri concessionari (le cosiddette *vendite passive*) non sarebbero state impediti,⁸²¹ tuttavia affermando che esisteva *"un discorso di reciproco rispetto"* (da lui stesso definito anche come *"discorso di gentlemen's agreement"*) in virtù del quale i territori degli altri concessionari (come ad esempio quello di Tognetti Auto) non dovevano essere *"cannibalizzati"*.⁸²² L'obbligo imposto da [...] (AMAG Ticino) ai venditori di AMAG Ticino era quello di attenersi alle scontistiche e ai premi forniti dalla direzione, anche nel caso di vendite a dei clienti provenienti da altre zone di competenza.⁸²³

B.3.4.3 Attività di commercializzazione

364. Nel contesto di attività di commercializzazione, le parti al procedimento hanno adottato condotte sostanzialmente analoghe a quelle sopra richiamate, astenendosi dallo svolgere attività pubblicitarie in zone di competenza di altri concorrenti e rifiutandosi di concludere contratti di sponsorizzazione per manifestazioni o eventi programmati in località situate al di fuori della rispettiva zona di competenza.⁸²⁴

365. L'esistenza di un patto di *"non belligeranza"* territoriale in materia di attività di commercializzazione si evince, tra le numerose evidenze agli atti, in particolare da scambi di corrispondenza tra le parti al procedimento, email interne di AMAG Ticino o email indirizzate a clienti privati nelle quali si comunicava il rifiuto di svolgere un'attività di promozione o di sponsorizzazione per il motivo che il territorio in cui quest'attività avrebbe dovuto avere luogo non apparteneva alla zona di competenza di AMAG Ticino.

B.3.4.3.1 Attività di promozione

366. Dai documenti sequestrati durante la perquisizione dell'11 dicembre 2019 presso Garage Weber-Monaco si rileva un progetto di lettera di [...] (Garage Weber-Monaco) datata del 6 febbraio 2009 indirizzata a [...] (AMAG Ticino).⁸²⁵ In questa lettera, [...] (Garage Weber-Monaco) si lamenta del fatto che AMAG Lugano abbia esposto un veicolo all'entrata di un supermercato a Vezia con la pubblicità del *"Garage Cassarate"* (successivamente AMAG Lugano, v. n. marg. 9), poco distante dalla sede della sua impresa.⁸²⁶ [...] (Garage Weber-Monaco) sottolinea che qualche mese prima [...] (AMAG Ticino) gli aveva vietato

⁸¹⁵ Atto XIV.A.14, allegato 302.

⁸¹⁶ Atto XIV.A.14, allegato 303.

⁸¹⁷ Ibid.

⁸¹⁸ Atto XIV.A.18, allegato 492.

⁸¹⁹ Ibid.

⁸²⁰ Atto XIV.A.18, allegato 492.

⁸²¹ Atto XV.3, n. marg. 359–360, 436–437.

⁸²² Atto XV.3, n. marg. 315–323.

⁸²³ Atto XV.3, n. marg. 326–337.

⁸²⁴ Atti II.180, II.187, II.241–242; XIV.A.11, allegato 235; XIV.A.14, allegato 370; XIV.A.18, allegati 462–490, 493–499, 501–526; XIV.A.27, allegato 574.

⁸²⁵ Atto V.E.10.

⁸²⁶ Ibid.

di esporre un cartellone pubblicitario nelle vicinanze della sede di AMAG Lugano.⁸²⁷ Poiché questo progetto di lettera è evidentemente chiarificatore dei rapporti tra AMAG e le altre parti al procedimento in relazione alle "zone di competenza" per quanto riguarda le attività di commercializzazione, se ne riporta quasi per intero il contenuto:

"[...] Con la presente è mio desiderio esternarti una situazione che si è creata e che sinceramente non ho gradito.

Lo scorso ottobre 2008, ho fatto un'esposizione e ho inviato a i miei clienti un invito personale come anche volevo farmi conoscere tramite dei cartelloni pubblicitari nel Luganese. C'era la possibilità di esporre questi cartelloni anche nelle vicinanze del vostro vostro garage.

Ti ho addirittura allegato le foto del cartellone pubblicitario. (pensa: un semplicissimo cartellone in tutta Lugano mi è stata negata...)

Per correttezza ho chiesto un tuo parere/consenso per poter esporre questo cartellone pubblicitario, ma la tua risposta è stata negativa, dicendomi che sarebbe stato meglio non esporlo per evitare discussioni... ed ho accettato la vostra presa di posizione, anche non avendo ben in chiaro il motivo vero e proprio di questa risposta...specialmente ora!!!!.

A distanza di 3 mesi, passando per caso dalla Manor di Vezia... (guarda caso ca. 500 mt di distanza dal nostro Garage) ho intravisto una vostra vettura esposta davanti all'entrata della Manor con tanto di Pubblicità del Garage Cassarate.

E vero che tu in questo momento potresti dire....e allora? mica devo chiedere a qualcuno se esporre oppure no?...e io ti rispondo, che hai ragione.

Voi non dovete chiedere a nessuno...tanto meno a un piccolo garage come il nostro che a confronto di voi è un piccolissimo puntino nero su un foglio bianco..

Difatti la mia delusione non sta nel fatto di esporre o no una vostra vettura nel nostro simbolico territorio, la terra Dio la creata per tutti, anche perché la mia filosofia lavorativa non crede che un cliente si perda o si acquista solamente con la vendita...ma principalmente con la qualità e onestà che ci si presenta al cliente...la mia delusione sta nel fatto che non ci avete nemmeno (almeno) avvertito con una semplice telefonata o addirittura perché no, dato che esiste questa bella collaborazione di vendita, coinvolgere in questa esposizione, in realtà se vendiamo anche noi per voi e sempre una vettura in più del vostro budget....mentre per noi è sempre una vettura in meno....ma probabilmente questo all'Amag non importa.

Ho sempre creduto in una "sana" concorrenza, e penso che da parte mia lo abbia sempre dimostrato, e lo continuerò a fare.

A questo punto che dire, non so cosa pensare, essendo che per la vendita delle macchine c'è un contratto di collaborazione, mi sarei aspettato un minimo di riguardo e di trasparenza.

[...] non capirmi male, io verso di te provo una grande stima e non dimentico i consigli datomi a ottobre 2008 quando ho dovuto prendere questa difficile e impegnativa scelta dell'acquisto del Garage, ma questa cosa mi ha un po' ferito, e ti fa pensare che il potere nella vita fa la differenza.

E dato che devo già combattere abbastanza in questa mia nuova avventura, non vorrei trovarmi di fronte altre battaglie.

Io spero di essermi sbagliato in questa mia valutazione, e se fosse così, sarei subito pronto a chiedere scusa, l'umiltà per farlo non mi manca.

*Se hai piacere possiamo riparlare e magari chiarire questa cosa. [...]"*⁸²⁸

367. In relazione a una promozione del marchio Seat e Škoda nel Cantone Ticino, tramite email del 12 ottobre 2011 [...], [...] di AMAG Import per il marchio Seat, chiede a [...] (AMAG Lugano) di "spiegare bene la situazione sotto e sopraceneri" indicando le relative zone su una cartina raffigurante i distretti del Cantone Ticino inviata in allegato.⁸²⁹ Con email del 25 ottobre 2011 [...] (AMAG Lugano) fa seguito a questa richiesta, fornendo spiegazioni sulle varie zone di competenza:

"[...] le allego la cartina con le zone di competenza.

Geograficamente la parte colorata in:

- verde è SOTTOCENERI

- giallo - azzurro - arancione compongono il SOPRA-CENERI

*La parte verde è di competenza di AMAG Garage Cassarate, la parte gialla è di competenza di [...], la parte in azzurro è di competenza di Tognetti, la rimanente parte in arancione credo sia di competenza di [...], ma non conosco i loro contratti e quindi non so con certezza a chi è stata attribuita. [...]"*⁸³⁰

368. In relazione al raggiungimento degli obiettivi di vendita di AMAG Ticino per il marchio Audi, rivolgendosi ad alcuni collaboratori, con email dell'11 giugno 2014 [...] (AMAG Ticino) fa notare in particolare che AMAG Giubiasco si sta "focalizzando troppo al di fuori dell'area di competenza".⁸³¹

369. In merito a un progetto di collaborazione per la promozione di uno sviluppo immobiliare a Brissago previsto per il 14 giugno 2014, evento al quale avrebbero partecipato tra 100 e 150 invitati, AMAG Ticino si era impegnata con gli organizzatori a mettere a disposizione un servizio navetta (tramite dei veicoli e dei collaboratori di AMAG Ticino) per il trasporto alla visita del cantiere durante circa tre ore.⁸³² AMAG Ticino aveva anche previsto che gli organizzatori avrebbero inserito il logo "AMAG Ticino" nei

⁸²⁷ Atto V.E. 10.

⁸²⁸ Ibid.

⁸²⁹ Atto XIV.A. 18, allegato 463.

⁸³⁰ Ibid.

⁸³¹ Atto XIV.A. 18, allegato 471.

⁸³² V. atto XIV.A. 14, allegato 370.

biglietti di invito per l'evento.⁸³³ Con email del 26 maggio 2014 [...] (AMAG Lugano), la quale doveva occuparsi di inviare il logo "AMAG Ticino" agli organizzatori, chiede a [...] (AMAG Ticino) se può effettivamente procedere con l'invio del logo, visto che Brissago è zona di competenza di Tognetti Auto:

"[...] ma Brissago non è zona di competenza di Tognetti Auto?"

*Vado ugualmente? [...]"*⁸³⁴

[...] (AMAG Ticino) scrive a [...] (AMAG Lugano) di procedere pure con l'invio del logo, visto che si tratta di un evento su invito e rivolto a una cerchia di persone selezionate:

"[...] Si tratta di una attività con invito indirizzata a una cerchia selezionata.

*Procedi pure. [...]"*⁸³⁵

370. Per conto di [...] (Garage Weber-Monaco), con email del 7 agosto 2014 [...] (Garage Weber-Monaco) chiede a [...] (AMAG Lugano) se è possibile esporre un modello di veicolo del marchio VW PW presso l'azienda di un loro cliente a Mendrisio come premio per una lotteria:

"[...] il [...] chiede se c'è la possibilità di poter esporre una vettura (GOLF GTI) presso l'azienda di un nostro cliente a Mendrisio come premio di una Lotteria .

*l'azienda stessa acquisterebbe 2-3 vetture GTI , per il suo parco macchine [...]"*⁸³⁶

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Lugano) risponde che l'autoveicolo in questione può essere esposto, ma che il nome del garage non può essere indicato:

*"[...] posso confermati di poter fare esporre la Golf GTI come vetture premio per concorso senza esporre nessun nome del garage. [...]"*⁸³⁷

371. Con email del 20 aprile 2016 [...] (AMAG Lugano) rifiuta l'offerta di una ditta pubblicitaria per l'affissione di un cartellone pubblicitario nella zona del Locarnese sulla tratta Ascona-Losone, spiegando che tale zona non è di competenza di AMAG Ticino:

*"[...] vi ringraziamo per la vostra cortese offerta. Trattandosi di uno spazio pubblicitario fuori dalla nostra area di competenza dobbiamo però declinarla. [...]"*⁸³⁸

372. Nell'ambito di uno scambio interno ad AMAG Ticino riguardante un evento per il lancio di un modello del marchio Seat, con email del 4 maggio 2016 [...] (AMAG Bellinzona) fa notare a [...] (AMAG Lugano) che nella zona Riviera vi sono unicamente eventi organizzati dal Gruppo Karpf e ciò lo infastidisce:

*"[...] DOBBIAMO NON DIMENTICARE LA RIVIERA....CI SONO EVENTI ORGANIZZATI SOLO DAL [...] [Gruppo Karpf] ([...] [...], ex dipendente di Garage 3 Valli) e a me girano!!!!!! [...]"*⁸³⁹

In un'email successiva dello stesso giorno [...] (AMAG Bellinzona) precisa che si riferisce alle attività di marketing in generale:

*"IO DICO IN GENERALE A LIVELLO DI MARKETING [...]"*⁸⁴⁰

Con email sempre dello stesso giorno [...] propone di discutere della questione in presenza:

*"Ok, ne parliamo live! [...]"*⁸⁴¹

373. Riguardo al torneo di golf [...] che si svolge ad Ascona, tramite email del 3 aprile 2017 un cliente di AMAG Ticino di Lugano chiede a [...] (AMAG Lugano) se può partecipare all'evento.⁸⁴² Lo stesso giorno [...] (AMAG Lugano) rivolge la domanda a [...] (AMAG Ticino), facendo presente che a suo avviso, trattandosi di un evento in zona di competenza di Tognetti Auto, la partecipazione di clienti di AMAG Ticino è esclusa:

*"È da Tognetti! Direi di no! Ok?"*⁸⁴³

Sempre con email del 3 aprile 2017 [...] (AMAG Ticino) fa notare a [...] che solitamente AMAG Ticino offre la possibilità a Tognetti Auto di invitare alcuni dei propri clienti agli eventi gestiti da AMAG Ticino e che tale cortesia dovrebbe essere restituita. [...] (AMAG Ticino) invita [...] (AMAG Lugano) a porre la questione a Tognetti Auto attraverso [...] (AMAG Lugano) e dichiara che se Tognetti Auto risponde affermativamente, egli non vedrà problemi:

"[...] Normalmente noi diamo a Tognetti la possibilità di invitare alcuni suoi clienti,

Spero che questa gentilezza ci venga restituita.

Chiedi alla [...] di fare la richiesta come sempre al Tognetti.

*Se dicono sì allora per me ok. [...]"*⁸⁴⁴

Con email del 4 aprile 2017 [...] (AMAG Lugano) si rivolge al cliente in questione, consigliandogli di fare una richiesta di partecipazione direttamente attraverso il sito web dell'evento e di partecipare con un collega di Locarno. In questo email [...] (AMAG Lugano) spiega che AMAG Ticino non può decidere della sua partecipazione al torneo, trattandosi di un evento che avrà luogo ad Ascona:

"[...] Dato che il torneo di quest'anno si terrà ad Ascona non è direttamente sotto la nostra regia.

Quello che si può fare è inviare una richiesta tramite sito:

[...]

*Strategicamente consiglierai di vedere se il secondo giocatore può essere un tuo collega di Locarno: pensi possa funzionare? [...]"*⁸⁴⁵

⁸³³ Ibid.

⁸³⁴ Atto XIV.A.14, allegato 370.

⁸³⁵ Ibid.

⁸³⁶ Atto XIV.A.18, allegato 472.

⁸³⁷ Atto XIV.A.18, allegato 473.

⁸³⁸ Atto XIV.A.18, allegato 499.

⁸³⁹ Atto XIV.A.18, allegato 500.

⁸⁴⁰ Ibid.

⁸⁴¹ Atto XIV.A.18, allegato 500.

⁸⁴² Atto XIV.A.18, allegato 517.

⁸⁴³ Ibid.

⁸⁴⁴ Atto XIV.A.18, allegato 517.

⁸⁴⁵ Atto XIV.A.18, allegato 518.

374. Tramite email del 26 maggio 2017 una ditta pubblicitaria scrive a [...] (AMAG Lugano) con il proposito di offrire ad AMAG Ticino la disponibilità di due interessanti posizioni a Locarno per l'affissione di megaposter.⁸⁴⁶ Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Lugano) risponde che AMAG Ticino non può usufruire degli spazi proposti dalla ditta pubblicitaria perché Locarno si trova al di fuori della zona di competenza di AMAG Ticino:

"[...] la ringrazio per la sua email, purtroppo non possiamo usufruire degli spazi da lei proposti in quanto per i marchi principali da noi rappresentati la zona di Locarno è fuori dalla nostra zona di competenza.

*La prego di farmi avere se possibile quelle che sono le posizioni fisse da lei rappresentate nel Sopraceneri, tralasciando il locarnese in modo da avere una visione completa in caso di necessità [...]"*⁸⁴⁷

B.3.4.3.2 Attività di sponsorizzazione

375. In relazione a una domanda di collaborazione nel quadro di un congresso farmaceutico ad Ascona, con email dell'11 agosto 2014 [...] (AMAG Ticino) chiede a [...] (AMAG Lugano) di ottenere più informazioni sui contenuti della collaborazione.⁸⁴⁸ Tramite email del 20 agosto 2014 [...] (AMAG Lugano) informa [...] (AMAG Ticino) che AMAG Ticino non potrà accettare la domanda di collaborazione, perché il congresso si terrà ad Ascona e quindi al di fuori della zona di competenza di AMAG Ticino:

"25 ottobre 2014, Monte Verità Ascona.

*ZONA DI COMPETENZA !!!!! siam fuori! [...]"*⁸⁴⁹

Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) chiede a [...] (AMAG Lugano) di rifiutare gentilmente la proposta di collaborazione:

"opsssssss

pf gli rispondi che ringraziamo ma che ...non possiamo aderire blablabla

*insomma come sai fare bene tu ;-)"*⁸⁵⁰

Sempre tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Lugano) risponde agli organizzatori del congresso farmaceutico nel modo seguente:

"[...] abbiamo ricevuto la sua lettera con la proposta di "coinvolgimento" all'interessante Congresso da voi promosso sabato 25 ottobre al Monte Verità.

La dobbiamo purtroppo informare che non ci sarà possibile aderire in quanto Ascona non rientra nella zona di competenza gestita da AMAG Regione Ticino.

*Restiamo naturalmente volentieri a disposizione per una valutazione di eventuali future opportunità nelle zone di nostra competenza. [...]"*⁸⁵¹

376. Tramite email del 27 febbraio 2015 [...] (AMAG Bellinzona) chiede a [...] (AMAG Ticino) l'approvazione per accettare la richiesta di sponsorizzazione di un evento che avrà luogo sul territorio di Garage Karpf.⁸⁵² Al fine di non apparire con il logo di AMAG, trattandosi di una zona di competenza di Garage Karpf, il quale rappresenta i marchi VW PW e VW NF, [...] (AMAG Bellinzona) domanda di utilizzare il nuovo logo "DAS WELT AUTO" per i veicoli d'occasione dei marchi del gruppo Volkswagen:

"[...] in allegato trovate la richiesta di sponsor per un evento che da 3 anni rimandiamo di sostenere... ora con [...] [...] (di AMAG Bellinzona) avremmo pensato di partecipare (con fr [...]) sfruttando le VO ed il nuovo logo DAS WELT AUTO anche perché essendo nel territorio di Karpf non avremmo avuto alternativa

La giornata prevede un lungo programma con un'affluenza veramente importante [...] si occuperà di portare una o due vetture striscioni bandiere e naturalmente di marcare presenza durante tutto l [...] evento

Se mi date l ok (avrei bisogno di farlo oggi) provvedo con [...] di preparare il logo e procediamo

*Attendo feed Beck [...]"*⁸⁵³

Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) dichiara di essere d'accordo con la proposta di [...] (AMAG Bellinzona).⁸⁵⁴

377. Tramite email dell'11 maggio 2015 [...] (AMAG Lugano) invia a [...] (AMAG Lugano) alcuni esempi di possibili rifiuti per delle domande di sponsorizzazione in zone che non sono di competenza di AMAG Ticino:

"Un paio di esempi.

- 1. La dobbiamo purtroppo informare che non ci sarà possibile aderire in quanto xxxxxx non rientra nella zona di competenza gestita da AMAG Regione Ticino*
- 2. vi ringraziamo per la proposta che ci avete inoltrato riguardo la manifestazione in oggetto. Vi dobbiamo purtroppo informare che un'adesione da parte nostra non è possibile in quanto la zona nella quale si svolgerà la manifestazione non è di nostra competenza. [...]"*⁸⁵⁵

378. Con email del 15 maggio 2015 [...] (AMAG Lugano) propone a [...] (AMAG Ticino) la possibilità di una collaborazione di sponsorizzazione con una società che si occupa di organizzare eventi nel Cantone Ticino.⁸⁵⁶ Visto che questa società ha anche una forte presenza nel Locarnese e che a giugno del 2015 prevede anche l'organizzazione di un concerto in Piazza Grande a Locarno, [...] (AMAG Lugano) solleva la questione "Tognetti", proponendo che si coinvolga nel progetto anche Tognetti Auto e gli si chieda di partecipare fornendo un contributo:

"[...] Ti inoltro qualcosa di interessante! Penso che qui potenzialmente ci sia la possibilità di fare qualcosa di buono... considerando però un paio d'aspetti.x

Si tratta del [...], che dal Locarnese (già rapporti con Tognetti / molto buoni) sta ora spostando il suo baricentro verso Lugano. [...]"

⁸⁴⁶ Atto XIV.A.18, allegato 520.

⁸⁴⁷ Ibid.

⁸⁴⁸ Atto XIV.A.18, allegato 475.

⁸⁴⁹ Ibid.

⁸⁵⁰ Atto XIV.A.18, allegato 476.

⁸⁵¹ Atto XIV.A.18, allegato 478.

⁸⁵² Atto II.180.

⁸⁵³ Ibid.

⁸⁵⁴ Atto II.180.

⁸⁵⁵ Atto XIV.A.18, allegato 482.

⁸⁵⁶ Atto II.187.

Resta la questione "Tognetti": avendo loro ancora una presenza molto forte nel Locarnese, a mio modo di vedere, ci vorrebbe un contributo anche suo. Ne ho parlato con la [...] e "la s'è metüda dré a rid" [si è messa a ridere]! [...].⁸⁵⁷

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) afferma che si tratta di un progetto interessante, ma che ritiene difficile una cooperazione con Tognetti Auto e che sarebbe meglio trovare una soluzione dove si esclude la sua zona di competenza:

"[...] Interessante!

Cooperazione con Tognetti la vedo difficile, meglio trovare una soluzione dove si esclude la zona di sua competenza. [...].⁸⁵⁸

379. Con email dell'11 agosto 2015, inviato in copia per conoscenza a [...] (Garage Weber-Monaco), [...] (AMAG Lugano) chiede a [...] (AMAG Lugano) se Garage Weber-Monaco, in quanto sostenitore di Biasca Hockey, può esporre dei veicoli del marchio VW PW all'occasione di un torneo triangolare tra le squadre di hockey di Ambri, Biasca e Lugano:

"[...] Il Garage Weber Monaco ([...] ci legge in coppia) sono sostenitori del Biasca Hockey. Siccome ce un torneo triangolare Lugano, Ambri e Biasca, chiede se non ci sono problemi se espone delle vetture (VW) per questo torneo.

Siccome lo fa perché sono sostenitori del Biasca Hockey, secondo me no ci sono problemi.

Per te è ok o ci sono dei motivi che si consiglia di non farlo. [...].⁸⁵⁹

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) avverte [...] (AMAG Lugano) di non inoltrare la sua risposta a causa del pericolo "WEKO" e risponde che sarebbe consigliabile per [...] (Garage Weber-Monaco) evitare tali sponsorizzazioni, poiché Biasca rientra nella zona di competenza di Garage Karpf e a ogni modo sarebbe meglio discuterne prima con [...] (Garage Karpf):

"[...] NON INOLTARE LA MIA E-MAIL!

Questa comunicazione va fatta oralmente non per iscritto...WEKO

Biasca rientra nella competenza territoriale di Karpf e quindi da parte mia gli consiglieri di evitare simili sponsorizzazioni. Se vuole esporre le auto per me ok ma sarebbe meglio se avvisasse prima [...]. [...].⁸⁶⁰

380. In relazione a una domanda di sponsorizzazione per un evento calcistico che avrebbe dovuto avere luogo nel Locarnese, con email del 10 settembre 2015 [...] (AMAG Lugano) risponde al potenziale cliente di rivolgersi a Tognetti Auto, poiché il Locarnese non è zona di competenza di AMAG Ticino:

"[...] la ringraziamo molto per il suo interessamento alla nostra azienda. Siamo spiacenti, ma purtroppo il Locarnese non è un'area di nostra competenza per quel che riguarda le attività di Sponsoring. Per queste occorre infatti rivolgersi al Garage Tognetti (rappresentante dei Marchi importati da AMAG in zona). [...].⁸⁶¹

381. Da uno scambio di email interno tra [...] (AMAG Lugano) e [...] (AMAG Giubiasco) del 19 novembre 2015 in merito alla valutazione di possibili sponsorizzazioni emerge che alcune di queste hanno ricevuto un riscontro negativo in quanto gli eventi avrebbero avuto luogo in zone al di fuori della competenza di AMAG Ticino, ma all'interno di quelle di Garage Karpf rispettivamente [...].⁸⁶²

- "[...] Arrivo di Tappa Tour de Suisse 2016 a Cari

Si tratta della tappa che ogni anno arriva in Ticino. Cade di mercoledì (15.06) / è in una zona periferica / di mezzo ci sono [...] [...] e [...] [Garage Karpf] / Skoda è già presente "massicciamente" in qualità di sponsor del TDS / pacchetti sponsor a partire da 5'000.- con possibilità decisamente limitate (se volete i dettagli ve li mando)

Mio avviso: negativo / al massimo un inserto pubblicitario di ½ pagina a 500.- se vi fa comodo per rapporto ai firmatari della richiesta ([...] / [...], [...])

In ambito ciclistico 2016 penserei piuttosto ad un GP Lugano = gara a circuito con diversi passaggi in centro città e concentrazione del pubblico lì. Inoltre = possibilità d'esposizione. [...].

- "[...] 33° Torneo internazionale giovanile San Gotardo (HCAP)

Si tratta di un torneo per bambini. Si svolge a Biasca dal 27 al 28.02.2016 (hockey = SKODA = [...]).

Mio avviso: negativo / stiam capendo ora cosa fare per il tema "hockey Ticino 2016" e non credo sia utile fare in questo caso qualcosa di specifico. Al massimo inserzione logo SKODA – Amag Giubiasco nel giornale (CHF 200.-). Richiesta inviata da HCAP [...].

- "[...] Arrivo di Tappa Tour de Suisse 2016 a Cari

No... fuori zona e già brandizzato Skoda dall'import... non sono nemmeno sicuro che gli organizzatori in loco hanno il diritto di mettere un altro Car-Sponsor...

Inoltre l'import chiede già al garage in loco di portare le auto e di essere se possibile presente all'evento. [...].

- "[...] 33° Torneo internazionale giovanile San Gotardo (HCAP)

No. Fuori zona, anche il Logo porta poco, se non screzi con "[...]" [Garage Karpf e [...]] [...].

Tramite email del 27 novembre 2015 [...] (AMAG Lugano) rifiuta la richiesta di sponsorizzazione della tappa del Tour de Suisse 2016 a Cari, spiegando che l'evento avrà luogo in una zona al di fuori della competenza di AMAG Ticino e che il marchio Škoda è già partner dell'organizzazione del Tour de Suisse:

⁸⁵⁷ Ibid.

⁸⁵⁸ Atto II.187.

⁸⁵⁹ Atto XIV.A.18, allegato 483.

⁸⁶⁰ Ibid.

⁸⁶¹ Atto XIV.A.18, allegato 484.

⁸⁶² Atto XIV.A.18, allegato 488.

*“[...] vi ringraziamo per la gentile richiesta inerente l'arrivo di Tappa del Tour de Suisse del prossimo 15 giugno. Essendo Cari fuori dalla zona di competenza diretta di AMAG Regione Ticino ed essendo SKODA già partner dell'organizzazione del Tour de Suisse non possiamo purtroppo darle un seguito positivo. Siamo spiacenti. [...]”*⁸⁶³

382. Con email dell'11 febbraio 2016 [...] AMAG Lugano), inviato in copia per conoscenza a [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Lugano), espone ad [...] (AMAG Breganzona) gli aspetti della cooperazione per una sponsorizzazione tra AMAG Ticino e una società che si occupa di organizzare eventi nel Cantone Ticino (v. sopra n. marg. 378). In questo email, tra le altre cose, [...] (AMAG Lugano) indica che in relazione all'esposizione di veicoli all'occasione di eventi o concerti, la sponsorizzazione è possibile solo nelle zone di competenza di AMAG Ticino:

*“[...] Possibilità espositiva delle vetture (+ totem) ai concerti ed agli eventi organizzati dal [...] (salvo collisioni con sponsor privati degli artisti o fuori dall'area di competenza) [...]”*⁸⁶⁴

Il progetto di accordo di partenariato tra AMAG Ticino e la società organizzatrice di eventi, trasmesso per verifica con email del 9 marzo 2016 da [...] (AMAG Lugano) ad [...] (AMAG Breganzona) contiene i passaggi seguenti:

*“[...] La filiale SEAT – AMAG Breganzona resta volentieri a disposizione per fornire ulteriori veicoli in occasione di eventi specifici nella zona del Luganese. [...]”*⁸⁶⁵

*“[...] Possibilità espositiva delle vetture (+ totem luminoso) ai concerti ed agli eventi organizzati dal [...] (salvo collisioni con sponsor privati degli artisti o fuori dall'area di competenza). [...]”*⁸⁶⁶

Con email separate del 31 marzo 2016 [...] (AMAG Lugano) trasmette questo progetto di accordo per informazione a [...] (AMAG Import) e al responsabile della società organizzatrice di eventi in questione.⁸⁶⁷

383. In relazione alla sponsorizzazione di diversi eventi organizzati dalla [...] tramite email del 12 aprile 2016 [...] (AMAG Lugano) spiega ai responsabili della [...] che non è possibile condurre attività di sponsorizzazione nel Locarnese poiché si tratta di una zona al di fuori della competenza di AMAG Ticino:

“[...] Grazie mille per il feedback. Per la tovaglietta purtroppo non possiamo fare nulla perché non ce lo riconoscono negli standard.

*Se vi può comunque aiutare abbiamo delle racchette da beach tennis con pallina in omaggio. Le stesso son marchiate AMAG. Si potrebbero utilizzare per i vostri eventi salvo quello di Locarno (in quella zona non possiamo fare pubblicità per AMAG). [...]”*⁸⁶⁸

384. In merito a una richiesta di sponsorizzazione per la manifestazione [...] con dei risvolti a livello cantonale, con email dell'11 settembre 2016 [...] (AMAG Ticino) chiede a [...] (Tognetti Auto) se è interessato a parteciparvi, visto che il progetto di sponsorizzazione coinvolgerebbe anche la zona di competenza di Tognetti Auto:

“[...] Ti disturbo per informarti che abbiamo di recente ricevuto ed approfondito una richiesta di sponsorizzazione da parte di [...]. [...]”

*Essendo che la portata è di livello cantonale e coinvolge anche la vostra area di competenza, **mi chiedo se vi può interessare approfondire il discorso e valutare a vostra volta un impegno nel progetto nell'ottica di sfruttare le serate nel Locarnese.***

In tal caso il nostro responsabile Marketing, [...], sarebbe ben lieto di incontrarvi per delle spiegazioni più di dettaglio e per le necessarie informazioni legate al budget.

*Aspetto un tuo cortese riscontro [...]”*⁸⁶⁹

Con email del 13 settembre 2016 [...] (Tognetti Auto) dichiara di essere interessato a partecipare al progetto di sponsorizzazione e che [...] (AMAG Lugano) può contattarlo a tale scopo.⁸⁷⁰

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) informa [...] (AMAG Lugano) che [...] Tognetti Auto) ha comunicato il suo interesse a partecipare al progetto di sponsorizzazione:

*“[...] luce verde...chiamalo e tienimi informato. [...]”*⁸⁷¹

In scambi di email successivi, [...] (AMAG Lugano) e [...] (Tognetti Auto) fissano un appuntamento per discutere della sponsorizzazione riguardante la manifestazione [...].⁸⁷²

Tuttavia, qualche mese dopo Tognetti Auto comunica di non volere partecipare alla sponsorizzazione della manifestazione [...].⁸⁷³ Con email dell'11 gennaio 2017 [...] (AMAG Lugano) ne informa [...] (AMAG Ticino) e, per non creare conflitti in relazione alle zone di competenza durante gli eventi della manifestazione che avranno luogo a Locarno, propone di limitarsi a esporre unicamente l'autoveicolo assegnato a un responsabile della manifestazione [...] e di concentrare le attività di “test guida” nelle zone di competenza di AMAG Ticino:

“Ho appena parlato con [...] che mi conferma che non son interessati a partecipare.

Direi poco grave → lascerei semplicemente esporre la macchina che diamo a [...] (con bandiera) quando ci son le “puntate” nel Locarnese per concentrare le nostre attività di “test” nelle nostre aree.

*L'ho anche avvisato del fatto che prevediamo la serata Q5 (con [...]) al 16 di febbraio, ma che le vetture verranno esposte in sala da quando arrivano (con relativa pubblicità). [...]”*⁸⁷⁴

⁸⁶³ Atto XIV.A.18, allegato 489.

⁸⁶⁴ Atto XIV.A.18, allegato 493.

⁸⁶⁵ Atto XIV.A.18, allegato 494, pag. 3.

⁸⁶⁶ Atto XIV.A.18, allegato 494, pag. 4.

⁸⁶⁷ Atto XIV.A.18, allegati 495–496.

⁸⁶⁸ Atto XIV.A.18, allegato 497.

⁸⁶⁹ Atto XIV.A.18, allegato 501.

⁸⁷⁰ Atto XIV.A.18, allegato 503.

⁸⁷¹ Atto XIV.A.18, allegato 505.

⁸⁷² Atto XIV.A.18, allegati 507–508, 510.

⁸⁷³ Cfr. atto XIV.A.18, allegati 510–512.

⁸⁷⁴ Atto XIV.A.18, allegati 512.

Con email del 4 aprile 2017 [...] (AMAG Lugano) informa [...] (Tognetti Auto) e [...] (Tognetti Auto) tra le altre cose che, nell'ambito della manifestazione [...] sui veicoli del marchio Audi esposti nella zona di competenza di Tognetti Auto non verrà indicato il logo di AMAG, tentando di assumere una presenza più "neutra" possibile:

*"[...] Expo auto: come d'accordo porteremo anche nella vostra zona le macchine ma NON metteremo indicazioni AMAG sulle stesse = cerchiamo di avere una presenza Audi più neutra possibile [...]"*⁸⁷⁵

385. Tramite email del 7 novembre 2016 [...] (AMAG Lugano) rifiuta una richiesta di sponsorizzazione dell'associazione [...] per l'organizzazione del [...].⁸⁷⁶ Nell'email [...] (AMAG Lugano) spiega che AMAG Ticino non potrà sostenere l'evento, visto che quest'ultimo avrà luogo al di fuori della sua zona di competenza e che nel Locarnese è già presente un altro distributore dei marchi del gruppo Volkswagen che si occupa di gestire le sponsorizzazioni in quella zona:

*"[...] La ringraziamo per la sua gentile richiesta, ma purtroppo le dobbiamo comunicare che trattandosi di un evento svolto al di fuori della nostra area di competenza non possiamo purtroppo parteciparvi. Nel Locarnese è infatti presente un altro rappresentante dei nostri marchi che si occupa di gestire l'area per quel che riguarda sponsoring ed eventi. [...]"*⁸⁷⁷

386. Con email del 13 marzo 2017 la [...], attraverso un membro del comitato direttivo, chiede a [...] (AMAG Lugano) se AMAG Ticino è disposta a sponsorizzare l'organizzazione della [...] 2017 a Faido.⁸⁷⁸ Nello stesso email la [...] precisa che gli organizzatori sono in particolare interessati al "gonfiabile"⁸⁷⁹ di AMAG Ticino che è stato utilizzato in occasione della [...].⁸⁸⁰ Inoltre, la [...] informa [...] (AMAG Lugano) di avere già rivolto una richiesta di sponsorizzazione a Garage Karpf, il quale tuttavia non si è mostrato interessato.⁸⁸¹ Infine, la [...] sottolinea anche che "[...] la manifestazione [...] è di carattere cantonale, vi parteciperanno infatti 18 società provenienti da tutto il cantone [...]"⁸⁸² Tramite email del 20 marzo 2017 [...] (AMAG Lugano) risponde che AMAG Ticino può volentieri mettere a disposizione il "gonfiabile" (da ritirare presso AMAG Giubiasco), ma che non sarà presente sul posto perché l'evento avrà luogo al di fuori della sua zona di competenza.⁸⁸³ Sempre con email dello stesso giorno, [...] (AMAG Lugano) specifica che AMAG Ticino non sosterrà finanziariamente la manifestazione.⁸⁸⁴

387. Con email del 22 febbraio 2018 [...] (AMAG Lugano) informa [...] (Tognetti Auto) ed [...] (Tognetti Auto) che, nel quadro della sponsorizzazione della fondazione [...] e della [...] che avrà luogo a Locarno, AMAG Ticino non sarà presente all'evento e che sulle locandine sarà indicato solo il logo del marchio VW, al fine di restare "generici":

"[...] Una piccola info di servizio che magari vi può anche interessare ☺ Da un paio d'anni sosteniamo delle attività benefiche (con particolare occhio di riguardo ai bambini). Ogni nostro marchio ha un suo progetto. Nel caso di VW si tratta della fondazione [...], con sede a [...] ed operante in tutto il cantone. Per la [...] saranno questa volta a Locarno. Non ci sarà nessuna presenza

a questo evento e sulle locandine ho fatto mettere solo il logo VW per restare "generici" (in bella vista ;)

*Forse ne vedrete in giro una qualcuna prima dell'evento e sapete quindi da dove viene ☺ [...]"*⁸⁸⁵

388. Tramite email del 19 giugno 2018 [...] (AMAG Lugano) risponde a una richiesta di sponsorizzazione da parte del gruppo di lavoro per il progetto [...] che si occupa dell'organizzazione di [...] nell'ambito della pratica sportiva [...] nel Cantone Ticino.⁸⁸⁶ Nella sua risposta [...] (AMAG Lugano) scrive che la richiesta di sponsorizzazione non può essere accolta, perché, da un lato, la richiesta non è stata presentata in modo tempestivo dal punto di vista della pianificazione, dall'altro, AMAG Ticino non può svolgere attività di commercializzazione nella zona del Locarnese, trattandosi della zona di competenza di Tognetti Auto:

*"[...] Purtroppo mi tocca darele un feedback negativo, per i seguenti motivi: la domanda è un po' troppo a corto termine per la nostra pianificazione (per questo 2018 bene o male già "piena"). D'altro lato vi è anche una questione "geografica": con AMAG non possiamo fare attività di marketing nella zona del Locarnese. La stessa è infatti un'area di competenza del Garage Tognetti (partner e rivenditore dei nostri marchi in quella zona). [...]"*⁸⁸⁷

Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) invita [...] (AMAG Lugano) a evitare di scrivere "non "possiamo" (cartello)", ma di argomentare il rifiuto spiegando che AMAG Ticino non intende investire nella zona del Locarnese:

*"[...] ti prego di evitare di scrivere che non "possiamo" (cartello) ma semplicemente che non essendo rappresentati nella zona del Locarnese non intendiamo investire in attività... [...]"*⁸⁸⁸

389. Sentito in qualità di testimone in data 22 settembre 2020 e interrogato su quest'ultimo scambio e altre email da egli inviate nelle quali comunicava il rifiuto di AMAG Ticino di partecipare a dei progetti di sponsorizzazione al di fuori della propria zona di competenza, [...] (AMAG Lugano) ha sostanzialmente dichiarato che la zona di Locarno non era interessante dal punto di vista economico e che le risposte fondate sulle "zone di competenza" rappresentavano una "via di fuga", ovvero un modo per rifiutare cortesemente una proposta di collaborazione.⁸⁸⁹ In relazione all'aspetto geografico per le attività di promo-

⁸⁷⁵ Atto XIV.A.18, allegati 519.

⁸⁷⁶ Atto XIV.A.18, allegato 509.

⁸⁷⁷ Ibid.

⁸⁷⁸ Atto XIV.A.18, allegato 514.

⁸⁷⁹ Dovrebbe trattarsi di un arco gonfiabile utilizzato per la partenza/arri-
vivo in occasione di gare sportive.

⁸⁸⁰ Ibid.

⁸⁸¹ Atto XIV.A.18, allegato 514.

⁸⁸² Ibid.

⁸⁸³ Atto XIV.A.18, allegato 514.

⁸⁸⁴ Atto XIV.A.18, allegato 516.

⁸⁸⁵ Atto XIV.A.18, allegato 525.

⁸⁸⁶ Atto II.241. V. anche atto XIV.A.11, allegato 235.

⁸⁸⁷ Ibid.

⁸⁸⁸ Atto II.242. V. anche atto XIV.A.11, allegato 235.

⁸⁸⁹ Atto XV.2, n. marg. 160–168.

zione, [...] (AMAG Lugano) ha affermato che AMAG Ticino applicava un *“concetto di opportunità, di costo-opportunità”* e che avendo le proprie sedi principalmente nelle regioni di Lugano, Bellinzona e Mendrisio, le attività di promozione in altre regioni erano legate a dei costi elevati, sia dal punto di vista della logistica, sia da un punto di vista del servizio dopo-vendita, in quanto vi era il rischio di *“perdere clienti per strada perché non si sarebbero spostati per i servizi dopo vendita a seguito dell'acquisto del veicolo”*.⁸⁹⁰

390. Tuttavia, le dichiarazioni di [...] (AMAG Lugano) non sono supportate dalla documentazione agli atti esposta precedentemente. In particolare, da alcuni passaggi degli scambi riportati sopra emerge con evidenza che sia [...] (AMAG Lugano) sia altri collaboratori di AMAG Ticino erano consapevoli del fatto che le rispettive zone di competenza di AMAG Ticino e delle altre parti al procedimento dovevano essere rispettate per quanto concerne le attività di commercializzazione (v. in particolare n. marg. 369, 373, 375–376, 378–379, 381, 384, 387 e mezzi di prova citati). Contrariamente a quanto sostenuto da [...] (AMAG Lugano), l'istruzione interna di AMAG Ticino era quella di rispettare le zone di competenza degli altri concessionari (in particolare, le zone del Gruppo Karpf e di Tognetti Auto), al fine di non violare il patto di *“non belligeranza”*.

B.3.4.3.3 Pubblicità su quotidiani e settimanali

391. Dagli atti emerge pure che la ripartizione territoriale del mercato per le attività commerciali avrebbe compreso anche la pubblicità sui quotidiani e settimanali.⁸⁹¹ Secondo quanto convenuto a tale proposito, AMAG Ticino e i propri partner commerciali, Garage Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi e Tognetti Auto avrebbero potuto pubblicare le proprie inserzioni unicamente sulle pagine del giornale dedicate alla cronaca delle rispettive zone di competenza.⁸⁹² Invece, la possibilità di fare pubblicità sul settimanale *Il Caffè*⁸⁹³ era stata attribuita essenzialmente a Tognetti Auto.⁸⁹⁴ Ciò è dimostrato in particolare dai mezzi di prova esposti qui di seguito.

392. Tramite email del 16 novembre 2009 [...] (AMAG Lugano), per conto di [...] (AMAG Ticino) si rivolge a [...] (AMAG Bellinzona), [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Maffei) e [...] (Garage Karpf) per proporre una nuova formula riguardante la pubblicità locale per il 2010 basata su un accordo quadro tra i concessionari del gruppo Volkswagen in Ticino.⁸⁹⁵ Per quanto riguarda le inserzioni pubblicitarie nei quotidiani (*Corriere del Ticino*, *Giornale del Popolo*⁸⁹⁶ e *La Regione*), questa formula prevede che i concessionari e i propri partner commerciali utilizzano le pagine relative alla rispettiva zona di competenza. Per i settimanali *Il Mattino della domenica* e *Il Caffè* l'attribuzione degli spazi pubblicitari sarebbe da valutare di volta in volta, dato che questi settimanali non contengono delle pagine di cronaca definiti in funzione dei territori o delle regioni del Cantone Ticino. Il lancio di nuovi modelli sarebbe gestito di comune accordo da un *“gruppo strategico”* formato da [...] (Tognetti Auto), [...] (AMAG Bellinzona) e [...] (AMAG Ticino):

“[...] visti i nuovi obiettivi Marketing posti dall'importatore e viste le enormi difficoltà di coordinamento allo stato attuale della pubblicità locale, per promuovere una pubblicità dei prodotti da noi rappresentati in

Ticino, [...] propone per il 2010 un sistema di apparizioni semplice ma più capillare e incisivo di quello usato fino ad ora. Per questo sarebbe interessante definire un accordo quadro tra i concessionari ufficiali cantonali così come segue:

- Ogni Concessionario cantonale con i suoi Partner di Vendita, utilizza nei quotidiani la pagina della propria regione di competenza per la sua pubblicità locale.

- Ognuno usa il formato a sé confacente

- Le date per le apparizioni delle pubblicità per il lancio dei nuovi modelli vengono gestite di comune accordo dal gruppo strategico [...] - [...] - [...]

Esempio:

Pubblicità locale VW sui quotidiani (CdT/GdP/La regione) Ticinesi e settimanali (L'Informatore), per quanto riguarda il Mattino della Domenica e il Caffè sarà necessario valutare di volta in volta non avendo questi gli spazi di cronaca ben definiti.

- AMAG Lugano pubblicherà le proprie inserzioni solo fronte o in cronaca di Lugano collaborando con Maffei e integrando i suoi partner o fronte Mendrisio con i suoi partner.

- AMAG Bellinzona pubblicherà solo fronte o in cronaca di Bellinzona integrando [Garage] Nessi e collaborando con [Garage] Karpf.

- Tognetti Auto pubblicherà in esclusiva solo fronte Locarno integrando i suoi partner.

La stessa procedura verrebbe applicata anche per i marchi AUDI - SEAT e SKODA. Per quanto riguarda PORSCHE le inserzioni verrebbero pubblicate sia fronte o cronaca Cantone come anche nelle altre pagine di cronaca secondo l'attività in corso.

*Auspicio anche da parte vostra un interesse ad una soluzione comune che vada a favore del cliente e del lettore, rimaniamo in attesa di un vostro riscontro o contatto per un eventuale incontro atto a definire gli accordi 2010. [...]”*⁸⁹⁷

393. In un invito tramite posta elettronica per un incontro fissato al 17 settembre 2013 avente come oggetto *“Meeting Pubblicità Ticino”*, [...] (AMAG Ticino) indica a [...] (Tognetti Auto) diversi temi di discussione.⁸⁹⁸ In questo contesto, nel caso in cui venisse deciso di mantenere la *“formula individuale”* per le inserzioni pubblicitarie, [...] (AMAG Ticino) propone di utilizzare le pagine dei quotidiani *Corriere del Ticino* e *La Regione* relative alle rispettive zone di competenza, mentre di definire in base a turni le inserzioni pubblicitarie sul settimanale *Il Caffè*:

⁸⁹⁰ Atto XV.2, n. marg. 120–130.

⁸⁹¹ Atti XIV.A.18, allegato 481; XIV.A.23, allegati 537 e 547.

⁸⁹² Atto XIV.A.23, allegati 537 e 547.

⁸⁹³ Settimanale chiuso nel luglio del 2021.

⁸⁹⁴ Atto XIV.A.18, allegato 481.

⁸⁹⁵ Atto V.C.39. V. anche atto XIV.A.23, allegato 537.

⁸⁹⁶ Quotidiano chiuso nel dicembre del 2018.

⁸⁹⁷ Ibid.

⁸⁹⁸ Atto V.C.39. V. anche atto XIV.A.23, allegato 547.

"[...] @ se formula "individuale", per la uscite individuali definire il posizionamento

su CdT + Regione fronte pagina dell'area di competenza (p.es. VW Lugano fronte Lugano...)

su Caff è da definire una o più domeniche a turno (p.es. 3 x Tognetti 1 x AMAG)".⁸⁹⁹

394. Con email del 4 maggio 2015 [...] (AMAG Lugano) informa [...] (AMAG Import) che il settimanale Il Caffè è di competenza di Tognetti Auto:

"[...] per info: il giornale CAFFE è di competenza di Tognetti! Quindi è lui che fa la pubblicità lì! [...]"⁹⁰⁰

395. Nel quadro dell'autodenuncia, AMAG sostiene che Il Caffè fosse un settimanale letto principalmente da lettori nella regione di Locarno, visto che la redazione è di Locarno. Per questi motivi, secondo AMAG, Il Caffè aveva una portata minima per AMAG Ticino che ha le sue succursali nel distretto di Bellinzona e nel Sottoceneri, mentre assume molta più importanza per Tognetti Auto che ha la sua sede a Gordola (nel Locarnese).⁹⁰¹

396. Sentito in qualità di testimone in data 22 settembre 2020, [...] (AMAG Lugano) ha dichiarato:

- *"Il Caffè è un giornale che abbiamo considerato del Locarnese. Nei giornali abbiamo sempre cercato di mettere pubblicità nelle cronache dei giornali che interessavano le nostre regioni.*

Era da poco che lavoravo da AMAG e mi rendo conto che la mia risposta poteva essere fraintesa. [Su osservazione durante la lettura: soprattutto per il fatto che rispondevo al [...] che era responsabile AUDI e non ricordo la sua domanda. Il Caffè godeva già di una buona pubblicità da parte del nostro importatore.]".⁹⁰²

- *"Sì, effettivamente si tratta di un giornale che è piuttosto della zona del Locarnese e non ci interessava fare pubblicità. [Su osservazione durante la lettura: storicamente si tratta di un giornale che è nato nel Locarnese.]".⁹⁰³*

397. Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto da AMAG e [...] (AMAG Lugano), stando alle statistiche riguardanti la tiratura e i lettori elaborate da Il Caffè stesso relative all'anno 2019 e pubblicate sul suo sito web risulta che solo il 27 % dei lettori è situato nel distretto di Locarno, mentre il 20 % risiede nel distretto di Lugano, il 26 % nel distretto di Mendrisio e il 24 % nel distretto di Bellinzona, tutte zone occupate dalle succursali di AMAG Ticino.⁹⁰⁴ Inoltre, sempre secondo i dati elaborati dal settimanale, nel 2019 Il Caffè contava una tiratura di 52'716 copie e circa 72'000 lettori su una popolazione cantonale di oltre 350'000 abitanti.⁹⁰⁵ Per un confronto, il quotidiano Il Corriere del Ticino nel 2019 aveva una tiratura di 31'702 copie e nel 2020 di circa 101'000 lettori.⁹⁰⁶

B.3.4.4 Rispetto del patto di "non belligeranza"

398. La documentazione agli atti testimonia anche che gli episodi di violazione del patto di "non belligeranza" riguardante la ripartizione geografica del territorio erano immediatamente segnalati all'impresa coinvolta che esulava dalla propria zona di competenza.⁹⁰⁷ Ciò è in particolare documentato dagli scambi di email esposti qui di seguito.

399. Con email del 6 luglio 2009 [...] (AMAG Lugano) informa [...] (AMAG Ticino) e [...] (AMAG Lugano) di avere trovato una pubblicità di Tognetti Auto riguardante un modello del marchio VW PW nella sua bucalettere privata.⁹⁰⁸ [...] (AMAG Lugano) chiede se si tratta di una nuova strategia di conquista al di fuori della zona di competenza:

"Vi inoltro quanto ricevuto a casa mia da Tognetti

.....sarà la nuova strategia conquista fuori territorio???

Nella busta ho trovato anche tutto il corredo della festa estiva [...]"⁹⁰⁹

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) risponde:

"No comment!

Il solito che predica bene e razzola male.

Grazie, ora ci penso io [...]"⁹¹⁰

400. Con email del 13 febbraio 2013 [...] (AMAG Bellinzona) invia a [...] (AMAG Ticino) una foto di un cartellone pubblicitario di Tognetti Auto affisso ai margini della strada nella zona di Contone (corrispondente alle frazioni appartenenti al Comune di Gambarogno) e commenta:

"[...] [...] [Garage Nessi] dice che la zona di contone è disseminata di pubblicità Tognetti.....è normale?"⁹¹¹

Tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Ticino) inoltra l'email di [...] (AMAG Bellinzona) a [...] (AMAG Lugano) chiedendole di verificare con [...] (Tognetti Auto) se si tratta di un "errore":

"[...] Mi sembrava che la Zona Contone fosse in effetti di nostra competenza...

Gli scrivi due righe a [...] chiedendo se la società di affissioni ha fatto "per caso" un errore? [...]"⁹¹²

Con email del 14 febbraio 2013 [...] (AMAG Lugano) chiede spiegazioni a [...] (Tognetti Auto) in merito all'affissione dei cartelloni pubblicitari nella zona di competenza di AMAG Ticino:

"[...] ti ho richiamato subito ma mi ha risposto la signorina in garage, sai qualcosa di queste affissioni? è un errore della ditta di affissione? ci viene chiesto come mai la zona di Contone è tappezzata della tua pubblicità...

Puoi verificare e provvedere p.f.? [...]"⁹¹³

⁸⁹⁹ Ibid.

⁹⁰⁰ Atto XIV.A.18, allegato 481.

⁹⁰¹ Atto XIV.A.23, pag. 22.

⁹⁰² Atto XV.2, n. marg. 253–258.

⁹⁰³ Atto XV.2, n. marg. 267–269.

⁹⁰⁴ Dati sulla tiratura e sui lettori de Il Caffè, <<http://www.caffe.ch/publisher/Lettori/section/>> (9.12.2021).

⁹⁰⁵ Ibid.

⁹⁰⁶ Dati dal sito di Mediati Marketing SA, <https://mtmk.ams3.cdn.digitaloceanspaces.com/mediatimarketing/mediakit_it_19_08_2021.pdf> (23.05.2022).

⁹⁰⁷ Atti XIV.A.18, allegati 465–469; XIV.A.27, allegato 574.

⁹⁰⁸ Atto XIV.A.27, allegato 574.

⁹⁰⁹ Ibid.

⁹¹⁰ Atto XIV.A.27, allegato 574.

⁹¹¹ Atto XIV.A.18, allegato 465.

⁹¹² Ibid.

⁹¹³ Atto XIV.A.18, allegato 466..

Il 19 febbraio 2013 [...] (AMAG Lugano) si rivolge tramite email a un'altra collaboratrice di AMAG Import, [...], pregandola di fare più attenzione con le zone di competenza.⁹¹⁴ Quest'email è indirizzata in copia per conoscenza anche a [...] (AMAG Import), [...] (AMAG Ticino) ed [...] (Tognetti Auto).⁹¹⁵ In effetti, stando a quanto indicato da [...] (AMAG Lugano) nella sua email, in relazione alla questione della pubblicità nella zona di Contone, [...] (Tognetti Auto) ha a sua volta segnalato il fatto che la pubblicità per la promozione di AMAG Ticino "ti regaliamo l'IVA" è "sconfinata" anche nel suo territorio:

"[...] all'acquisizione "selvaggia" di clienti sul territorio, per questo motivo all'inizio dello scorso anno, in occasione dei diversi mailing di marca, con [...] avevamo preparato una bellissima cartina geografica con tutte le zone e una lista di NAP che doveva essere usata per le attività AMAG RETAIL.

La scorsa settimana ci è stata segnalata dal nostro Partner nel Sopraceneri, l'affissione di manifesti di Tognetti Auto su territorio di nostra competenza e noi ci siamo quindi permessi di chiedere spiegazioni al [...] /Tognetti Auto,

Il [...], giustamente, ci fa notare che anche noi non siamo proprio "senza peccato"... e ci informa che l'attività AMAG RETAIL "ti regaliamo l'IVA" è sconfinata alla grande anche sul territorio di loro competenza, ossia tutta la zona del Locarnese.

*Ti prego di verificare come mai ciò abbia potuto accadere e di informare chi di dovere affinché questo non avvenga più in futuro. La questione delle zone di competenza è veramente una questione delicata, sarebbe opportuno che non succedano "incidenti" di questo tipo. [...]"*⁹¹⁶

Con email dello stesso giorno [...] (AMAG Import) prova a giustificarsi, argomentando che l'anno prima per la promozione "Auto Primavera" aveva dato ordine di affiggere i cartelloni pubblicitari nelle stesse zone coperte per la promozione alla quale [...] (Tognetti Auto) e che non vi erano stati reclami da parte di altri concessionari o partner commerciali:

"[...] Per la campagna dei manifesti, la quale per la prima volta è stata fatta ad Aprile dell'anno scorso con la promozione "Auto Primavera", non abbiamo considerato le cartine dell [...].

Li avevo dato l'ordine, di assicurare che i manifesti vengano visti bene in tutte le regione dove sono localizzati le aziende AMAG RETAIL in un Radius di ca. 5 kilometri.

Per quella promozione di tabelloni, non ho avuto nessuna segnalazione, l'anno scorso, che ci siano state "reclamazioni" di altri Partner.

Per questo motivo quest'anno, nella riservazione dei manifesti, ho usato la stessa base dell'anno scorso, convinto che non ci siano conflitti. Questo è il motivo, perché naturalmente ora siamo in tal modo presente.

*Per la prossima campagna tengo in considerazione, di mandarvi in anteprima le zone proposte dalla [...] e [...], così riusciamo in tempo di escludere ev. zone. [...]"*⁹¹⁷

Sempre tramite email dello stesso giorno [...] (AMAG Lugano) replica a [...] (AMAG Import), proponendo in futuro di escludere la zona di Locarno da qualsiasi attività commerciale di AMAG Ticino:

"[...] Purtroppo è successo che noi abbiamo dovuto reclamare per la presenza di Tognetti dove non avrebbe dovuto essere e lui chiaramente e giustamente non si è lasciato sfuggire l'occasione per fare il suo reclamo.

*Per noi va benissimo come proponi tu, mi spiace che questa cosa non è stata chiarita prima, dobbiamo ricordarci in futuro di lasciare fuori da qualsiasi operazione AMAG Retail la zona di Locarno. [...]"*⁹¹⁸

B.3.4.5 Coinvolgimento delle singole parti al procedimento

401. Le evidenze istruttorie esposte precedentemente testimoniano che le condotte riguardanti la ripartizione territoriale coinvolgevano **AMAG Ticino, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto**, sia pur con ruoli e livelli partecipativi diversi nel periodo tra il 2009 e il 2018.

402. Sebbene, salvo AMAG Ticino, le parti al procedimento non figurino o non vengano citate costantemente negli scambi di corrispondenza elettronica o scritta versati agli atti e in gran parte riportati precedentemente, un apprezzamento globale e unitario di tale documentazione conduce a ritenere che queste imprese erano parte dell'intesa per tutta la durata della stessa, ovvero dal 2009 al 2018 (v. sopra n. marg. 351). In effetti, l'atteggiamento di AMAG Ticino nei confronti dei propri concorrenti che si manifesta dalla lettura dei documenti probatori esaminati nei capitoli precedenti (v. sopra n. marg. 353 segg., 357 segg., 364 segg. e mezzi di prova citati) dimostra che le regole di "non belligeranza" in relazione al mercato territoriale valevano per tutte le parti al procedimento.

B.3.4.5.1 AMAG

403. Dagli atti emerge che AMAG Ticino ha preso parte alle condotte riguardanti la ripartizione territoriale, perlomeno, dal 2009 al 26 giugno del 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 353 segg., 357 segg., 364 segg. e mezzi di prova citati).

404. Dalle evidenze documentali risulta che AMAG Ticino ha assunto un ruolo di primo piano nell'attuazione della ripartizione del territorio, in particolare garantendo il rispetto delle rispettive zone di competenza (cfr. ad esempio n. marg. 358–360, 370, 399 seg. e mezzi di prova citati) e formulando proposte volte a definire regole comuni per la suddivisione del mercato territoriale (v. n. marg. 392 seg.).

B.3.4.5.2 Autoronchetti

405. Autoronchetti compare in uno scambio di email del 14 marzo 2013 nel quale si fa riferimento al rispetto delle zone di competenza (v. n. marg. 358 e mezzi di prova citati). Considerato il suo statuto di partner commerciale di

⁹¹⁴ Atto XIV.A.18, allegato 467.

⁹¹⁵ Ibid.

⁹¹⁶ Atto XIV.A.18, allegato 467.

⁹¹⁷ Atto XIV.A.18, allegato 468.

⁹¹⁸ Atto XIV.A.18, allegato 469.

AMAG Ticino (v. n. marg. 11) e il contenuto delle regole comuni stabilite in relazione alle zone di competenza che prevedevano per AMAG Ticino il coinvolgimento dei propri partner commerciali (v. n. marg. 350, 392 e mezzi di prova citati), è dato ritenere che quest'impresa era coinvolta, seppure marginalmente, nelle condotte riguardanti la ripartizione territoriale, perlomeno, dal novembre 2009 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta.

B.3.4.5.3 Gruppo Karpf

406. Dagli atti emerge che Gruppo Karpf era coinvolto, seppure marginalmente, nelle condotte riguardanti la ripartizione territoriale, perlomeno, dal 2009 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 358, 376, 379, 381, 386, 392 e mezzi di prova citati).

407. Inoltre, lo stesso Gruppo Karpf ha riconosciuto di avere partecipato alla ripartizione del territorio come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁹¹⁹

B.3.4.5.4 Garage Maffei

408. Sulla base della documentazione a disposizione emerge che Garage Maffei era coinvolto, seppure marginalmente, nelle condotte riguardanti la ripartizione del territorio, perlomeno, dal 2009 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (358, 360, 392 e mezzi di prova citati).

B.3.4.5.5 Garage Nessi

409. Dagli elementi probatori a disposizione emerge che Garage Nessi era coinvolto, seppure marginalmente, nelle condotte riguardanti la ripartizione del territorio, perlomeno, dal 2009 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 358, 392, 400 e mezzi di prova citati).

410. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Garage Nessi ha contestato di avere partecipato a un'intesa sulla ripartizione del territorio.⁹²⁰ In particolare, Garage Nessi ha allegato alla sua presa di posizione una tabella ricapitolativa delle vendite fuori zona tra il 2009 e il 2019, la quale dimostrerebbe che un numero elevato di veicoli nuovi siano stati venduti al di fuori della sua zona di competenza.⁹²¹

411. L'argomentazione di Garage Nessi non può essere condivisa. Innanzitutto, vale ricordare che l'intesa sulla ripartizione territoriale in relazione alla vendita di veicoli nuovi a clienti privati prevedeva che le imprese coinvolte dovessero astenersi dal formulare offerte più competitive o vantaggiose a soggetti provenienti da territori al di fuori della rispettiva zona di competenza e già clienti di altre parti al procedimento (v. n. marg. 357). Il "patto di non belligeranza" riguardante il mercato territoriale non vietava dunque di per sé le vendite passive a clienti provenienti da una zona di competenza appartenente a un altro concessionario o partner commerciale coinvolto. Pertanto, il fatto che Garage Nessi abbia venduto veicoli al di fuori della propria zona di competenza non è un elemento sufficiente a dimostrare l'estraneità di tale impresa all'intesa sulla ripartizione territoriale. Inoltre, contrariamente a quanto preteso da Garage Nessi, dalle tabelle riguardanti

le vendite negli anni 2009–2019 allegate alla presa di posizione⁹²² emerge che, in quasi tutti gli anni, più della metà dei clienti proviene dalla zona di competenza attribuita ad AMAG Bellinzona e Garage Nessi (zona marcata in giallo nell'illustrazione 4, v. n. marg. 350). Come risulta infatti dall'email del 16 novembre 2009 di [...] (AMAG Lugano) in relazione alla pubblicità sui quotidiani (v. n. marg. 392 e mezzi di prova citati), Garage Nessi era integrata ad AMAG Bellinzona per quanto riguarda la zona di competenza.

412. Benché nella sua presa di posizione sostenga il contrario, il coinvolgimento di Garage Nessi si evince in modo evidente da alcuni mezzi probatori già menzionati in precedenza e spiegati nuovamente qui di seguito:

- Nella sua email del 14 marzo 2013 ai responsabili vendita di AMAG Ticino, [...] (AMAG Ticino) fa espressamente riferimento agli accordi di collaborazione con i partner nella regione e chiede di rispettare le zone di competenza senza "cannibalizzare" (v. n. marg. 358 e mezzi di prova citati). Lo stesso giorno [...] (AMAG Ticino) ha inoltrato questo email ai concessionari e partner commerciali coinvolti, tra cui Garage Nessi, sottolineando di essersi "*raccomandato che si lavori il proprio territorio di riferimento*" (v. n. marg. 358 e mezzi di prova citati). Da queste comunicazioni si evince che Garage Nessi era coinvolto nell'intesa esistente in relazione al rispetto delle zone di competenza.
- Nell'email del 13 febbraio 2013 [...] (AMAG Bellinzona) scrive a [...] (AMAG Ticino) di essere stato informato da Garage Nessi che nella zona di Contone (corrispondente alle frazioni appartenenti al Comune di Gambarogno) era "*disseminata di pubblicità di Tognetti Auto*" (v. n. marg. 400 e mezzi di prova citati). Questa segnalazione di Garage Nessi dimostra che quest'ultimo era attivamente partecipe nel controllo e nell'attuazione del patto di "*non belligeranza*".

B.3.4.5.6 Garage Weber-Monaco

413. Dagli atti emerge che Garage Weber-Monaco era coinvolto, seppure marginalmente, nelle condotte riguardanti la ripartizione del territorio, perlomeno, dal 2009 al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 358, 360, 366, 370, 379 e mezzi di prova citati).

414. Inoltre, lo stesso Garage Weber-Monaco ha riconosciuto di avere partecipato alla ripartizione del territorio come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁹²³

B.3.4.5.7 Tognetti Auto

415. Sulla base degli elementi probatori a disposizione risulta che Tognetti Auto era coinvolta nelle condotte riguardanti la ripartizione del territorio, perlomeno, dal 2009

⁹¹⁹ Atti XVII.A.1–2.

⁹²⁰ Atto XIX.97, n. marg. 53 segg.

⁹²¹ Atto XIX.97, n. marg. 56 seg. e allegato 21.

⁹²² Atto XIX.97, allegati 1–11 e 21.

⁹²³ Atti XVII.C.1, XVII.C.4.

al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 353 segg., 357 segg., 364 segg. e mezzi di prova citati).

416. Dal contenuto dei messaggi di posta elettronica intercorsi tra Tognetti Auto e AMAG Ticino, e in gran parte riportati precedentemente (cfr. in particolare n. marg. 354, 360, 384, 387, 400, 392 e mezzi di prova citati), emerge che la partecipazione di Tognetti Auto è caratterizzata da un importante contributo alla messa in atto della ripartizione territoriale e da una stretta collaborazione con AMAG Ticino riguardo l'adozione e il controllo delle regole di "non belligeranza".

417. A ciò si aggiunge che lo stesso Tognetti Auto ha riconosciuto di avere partecipato alla ripartizione del territorio come componente di un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 (v. n. marg. 57).⁹²⁴

B.3.5 Valutazione complessiva e riepilogo delle fattispecie accertate

418. Le fattispecie e i mezzi di prova esposti alle sezioni precedenti (alle quali si rinvia) dimostrano che, negli anni tra il 2006 e il 2018, AMAG, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto hanno preso parte, seppure con gradi, tempi e modalità diversi, alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche (v. B.3.2), al coordinamento in materia di politica dei prezzi (v. B.3.3) e all'intesa riguardante la ripartizione del territorio (v. B.3.4).

419. Le numerose risultanze istruttorie menzionate alle sezioni precedenti manifestano complessivamente l'esistenza di una **volontà comune** tra le parti al procedimento di coordinare l'insieme o comunque parte delle attività riguardanti la vendita di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen a clienti finali, siano essi pubblici o privati, e sostituendo così la cooperazione e il coordinamento ai rischi della concorrenza. Questa volontà comune è stata esplicitata e messa in atto attraverso la partecipazione delle parti al procedimento ai comportamenti seguenti:

- La cooperazione riguardante la partecipazione alle commesse pubbliche per la fornitura di veicoli indette nel Cantone Ticino nel periodo tra il 2006 e il 2018 per ripartire i veicoli in gara o aggiudicati in funzione degli obiettivi di vendita e determinare in comune il valore delle singole offerte per le commesse pubbliche (v. marg. 112 segg.). Tale cooperazione coinvolgeva AMAG Ticino, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi (dal 2006 al 2009) e Tognetti Auto (v. n. marg. 151 segg.);
- Il coordinamento in materia di politica dei prezzi nel periodo tra il 2006 e il 2018, caratterizzato da regolari discussioni e scambi riguardanti sconti e pacchetti consegna, offerte e contratti di vendita e altri elementi del prezzo, così come margini e provvigioni, dalla collaborazione in relazione a promozioni comuni di singoli modelli di veicoli nuovi e dal monitoraggio reciproco sugli impegni comuni presi in relazione alla politica dei prezzi (v. n. marg. 219 segg.). A tale coordinamento hanno partecipato AMAG Ticino, Autoronchetti, Gruppo Karpf,

Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto (v. n. marg. 311 segg.).

- L'intesa sulla ripartizione del mercato in funzione del territorio nel periodo tra il 2009 e il 2018, concretizzata nell'astensione reciproca dal partecipare a delle commesse pubbliche al di fuori della zona di rispettiva competenza, dal formulare offerte più competitive o vantaggiose a clienti provenienti da territori al di fuori della rispettiva zona di competenza e dallo svolgere attività di promozione in zone di competenza attribuite ad altri concorrenti (v. n. marg. 348 segg.). Queste condotte coinvolgevano AMAG Ticino, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto (v. n. marg. 401 segg.).

420. Tali comportamenti erano tra loro intrecciati e complementari e facevano parte di un **piano globale**, attuato, perlomeno, tra inizio 2006 e il 26 giugno 2018 (cfr. n. marg. 113, 219, 351), data che coincide con l'apertura dell'inchiesta⁹²⁵.

421. Questo piano globale aveva come **obiettivo comune** di ridurre, se non eliminare, la reciproca pressione concorrenziale, evitare la pressione sul prezzo e, dunque, mantenere i prezzi di vendita a un livello elevato. La volontà di coordinarsi con l'obiettivo comune descritto sopra emergono, in particolare e a titolo esemplificativo, dagli elementi probatori seguenti (già citati precedentemente):

- “[...] Questo è stato fatto per far sì che non ci fosse una concorrenza interna fra concessionari VW e dunque che questa concorrenza potesse far abbassare i prezzi dei veicoli. [...] inoltre, bisognava anche salvaguardare il margine del concessionario.] [...]”⁹²⁶ (carattere in grassetto aggiunto; v. n. marg. 131).
- “[...] Ritengo sia doveroso aggiornare le tabelle e ridurre gli sconti, in Ticino rispetto alla tabella proposta da Amag gi à largheggiamo Ora con Eurobonus ed incentivi ritengo non sia il punto in più di sconto a far decidere il cliente. [...]”⁹²⁷ (carattere in grassetto aggiunto; v. n. marg. 240).
- “[...] abbiamo aggiornato la tabella sconti e pacchetti per l'anno 2012 secondo il nuovo calcolo IVA inclusa, i nuovi Contratti e i nuovi ristorni Flotta. Vi prego di verificare i dati e comunicarmi rapidamente le vostre osservazioni e proposte di modifica. Sar à mi intenzione discuterla apertamente con i “colleghi” in regione al fine di creare i giusti presupposti per un rapporto basato sulla collegialità. [...]”⁹²⁸ (carattere in grassetto aggiunto; v. n. marg. 241).

⁹²⁴ XVII.B.1, XVII.B.4.

⁹²⁵ Ai fini del presente procedimento, il “*dies a quem*” del piano globale e dei relativi comportamenti è individuato con la data dell'apertura dell'inchiesta.

⁹²⁶ Verbale di audizione di [...] del 1° aprile 2019, atto IV.2, n. marg. 207–210.

⁹²⁷ Email di [...] (Garage Karpf) del 1° gennaio 2012, atto II.53. V. anche atto XIV.A.11, allegato 213.

⁹²⁸ Email di [...] (AMAG Ticino) del 5 gennaio 2012, atto II.54. V. anche atto XIV.A.5, allegato 32.

- “[...] **Ich werde mit die Private in der Region die Daten harmonisieren, d.h. es können kleine Unstimmigkeiten doch noch geben. Diese Harmonisierungprozess wird ein Paar Jahren dauern.** [...]”⁹²⁹ (carattere in grassetto aggiunto; v. n. marg. 242).
- “[...] Capirai che quanto da Te proposto, ossia di vendere con meno sconto per migliorare unilateralmente la redditività non possa stare in piedi. **Siamo tutti d'accordo di cogliere il momento propizio per rivedere la politica degli sconti.** Questo porterebbe sicuramente un miglioramento generale per tutti anche noi abbiamo sempre più grossi problemi di redditività. Proponiamo pertanto il mantenimento dello status quò. Nel caso in cui Tu non voglia accettare, prova ad inviarci le nuove proposte che ci riserveremo di esaminare ed approfondire attentamente, prima di poi trovarci per discuterne serenamente e con cognizione di causa. [...]”⁹³⁰ (carattere in grassetto aggiunto; v. n. marg. 255).
- “[...] spero che questa iniziativa incontri il vostro pieno consenso e possa essere d'esempio per una gestione mirata e intelligente delle vendite durante l'anno. **Mi raccomando una cosa...lavorate il vostro territorio di riferimento e non "cannibalizziamo"!** La collaborazione con i partner nella regione è per me fondamentale e controllerò affinché gli accordi vengano mantenuti. [...]”⁹³¹ (v. n. marg. 288 e 358).
- “[...] Il mio pensiero lo conosci e credo di essermi sempre dimostrato molto aperto alle tue esigenze : ogni volta che hai proposto riduzioni di sconto o simili ho sempre aderito; questo per un motivo principale: la **convivenza** ! Sicuramente fare meno sconto aumenta anche i nostri margini, ma come ti ho sempre detto noi eravamo contenti anche prima. [...]”⁹³² (carattere in grassetto aggiunto; v. n. marg. 289).
- “[...] Per finanziare questa operazione **NON faremo pubblicità, anche per non fare concorrenza sleale ai nostri Partner!!!** Pf. Evitate di fare contro-offerte a clienti che sapete andranno a rilanciare dai nostri partner. [...]”⁹³³ (carattere in grassetto aggiunto; v. n. marg. 359).
- “[...] **Nell'email del 12 aprile 2013 che ha avviato la discussione (visibile nell'allegato 7) [...] scrive: “[...] vi ricordo di utilizzare il premio supplementare di fr. [...] - esclusivamente per concludere gli affari sulla nostra regione, in accordo con i colleghi del garage Tognetti, garantiamo la più totale Garanzia di trasparenza se quindi vi saranno clienti sconosciuti e riconosciamo la provenienza della zona Locarnese, tratteremo il caso con la dovuta riservatezza! [...]”.** Che cosa significa?

Non voleva dar fastidio al garage Tognetti e si trattava di lavorare solo i nostri clienti. Non ricordo l'azione.

Perché non doveva dar fastidio al garage Tognetti?

Forse non voleva mettersi in concorrenza con i clienti del garage Tognetti.

Visto che lei è [...] doveva sapere il motivo?

Il sovrano era [...] e dovevamo attenerci alle sue regole.

Una di queste era che non bisognava fare concorrenza a Tognetti?

Si presumo di sì, c'era un discorso di reciproco rispetto. Un discorso di gentlemen agreement io non vado a cannibalizzare la tua regione. È quello che intende. [...]”⁹³⁴ (v. anche n. marg. 363).

422. Sulla base dei numerosi scambi intercorsi e degli incontri avvenuti durante gli anni tra il 2006 e il 2018, che avevano un esplicito oggetto anticoncorrenziale e che hanno coinvolto (anche se in misura diversa) tutte le parti al procedimento, è dato ritenere che ognuna di esse era al corrente e consapevole dell'insieme o comunque di parte dei comportamenti previsti e attuati nel quadro del piano globale. Tali comportamenti sono da considerare idonei ad avere esplicitato, anche tacitamente, la volontà di contribuire al raggiungimento dell'obiettivo comune del piano globale. A questo riguardo, si nota pure che gli atti non registrano degli scambi regolari e sistematici per l'intera durata del piano globale, ma che per alcuni periodi i contatti tra AMAG e le altre parti al procedimento (in particolare quelle di piccole-medie dimensioni) risultano essere irregolari o addirittura sporadici e avvenuti principalmente in caso di disaccordi o di litigi (v. ad esempio n. marg. 188, 305 segg., 399 segg.). Tuttavia, gli aspetti comuni che caratterizzano le fattispecie descritte alle sezioni precedenti, ovvero il fatto che l'insieme delle attività di vendita di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen fossero oggetto di cooperazione e di coordinamento, il ruolo guida assunto da AMAG Ticino, i chiari messaggi scambiati puntualmente in relazione all'obiettivo comune (cfr. n. marg. 419), così come i rapporti di forza tra AMAG Ticino e le altre imprese coinvolte, consentono di ritenere che dei contatti regolari tra le parti al procedimento non erano indispensabili alla messa in atto e al proseguimento del piano globale. Al contempo, né dagli scambi di email né da documentazione di altra natura agli atti emerge l'intenzione di nessuna parte al procedimento di dissociarsi dalle condotte contestate. Le imprese coinvolte potevano dunque contare sul fatto che i concorrenti avrebbero rispettato gli aspetti convenuti in relazione al piano globale per la sua intera durata.

423. A ciò si aggiunge che AMAG ha riconosciuto di avere partecipato ai comportamenti descritti alle sezioni precedenti e indicati al n. marg. 418 attraverso l'autodenuncia del 29 marzo 2019 e i vari complementi all'autodenuncia

⁹²⁹ Email di [...] (AMAG Ticino) del 6 gennaio 2012, atto II.57.

⁹³⁰ Email di [...] (Garage Karpf) del 14 gennaio 2013, atto II.92. V. anche atti V.B.28; V.C.93; XIV.A.11, allegato 217.

⁹³¹ Email di [...] (AMAG Ticino) del 14 marzo 2013, atto II.101.

⁹³² Email di [...] (Tognetti Auto) del 4 aprile 2013, atto XIV.A.14, allegato 304.

⁹³³ Atto XIV.A.18, allegato 370.

⁹³⁴ Dichiarazioni di [...] (AMAG Lugano) durante l'audizione del 22 settembre 2020, atto XV.3, n. marg. 309–323.

che si sono susseguiti (v. n. marg. 34, 36). Inoltre, Gruppo Karpf, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto hanno riconosciuto di avere partecipato a un piano globale messo in atto tra gli anni 2006 e fine giugno 2018 volto a ridurre la concorrenza sul mercato della vendita di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen e che aveva come componenti la cooperazione in materia di commesse pubbliche, il coordinamento in materia di politica dei prezzi e la ripartizione del territorio (v. n. marg. 57). Infine, nel

quadro della sua presa di posizione, Garage Maffeis ha riconosciuto la fattispecie così come accertata dalla Segreteria nella sua proposta (v. n. marg. 70).

424. Nella tabella riassuntiva qui di seguito sono riepilogate le condotte che si inseriscono nel piano globale menzionato sopra, così come il coinvolgimento in tali comportamenti delle singole parti al procedimento (v. n. marg. 151 segg., 311 segg., 401 segg.).

Parti al procedimento	Piano globale (2006 – 2018)		
	Cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche	Coordinamento in materia di politica dei prezzi	Ripartizione del territorio
AMAG	✓	✓	✓
Autoronchetti	x	✓	✓
Gruppo Karpf	✓	✓	✓
Garage Maffeis	✓	✓	✓
Garage Nessi	✓ (2006 – 2009)	✓	✓
Garage Weber-Monaco	x	✓	✓
Tognetti Auto	✓	✓	✓

✓ Partecipazione / x non partecipazione

Tabella 1: Riepilogo delle condotte riguardanti il piano globale e coinvolgimento delle singole parti al procedimento

B.3.6 Fattispecie non accertate in maniera definitiva 434. [...]

B.3.6.1 [...] 435. [...]

425. [...] 436. [...]

426. [...] 437. [...]

427. [...] **(ii) [...]**

B.3.6.2 [...] 438. [...]

428. [...] 439. [...]

429. [...] **B.3.6.2.2 [...]**

430. [...] **(i) [...]**

431. [...] 440. [...]

B.3.6.2.1 [...] 441. [...]

(i) [...] **(ii) [...]**

432. [...] 442. [...]

433. [...] 443. [...]

444. [...]

445. [...]

446. [...]

C Considerandi

C.1 Campo di applicazione

C.1.1 Campo di applicazione personale

447. Dal punto di vista personale, la Legge sui cartelli si applica sia alle imprese private che a quelle pubbliche (art. 2 cpv. 1 LCart). Ai sensi della Legge sui cartelli sono considerati imprese i richiedenti o offerenti di beni e servizi nel processo economico, indipendentemente dal loro statuto giuridico o dalla loro forma organizzativa (art. 2 cpv. 1^{bis} LCart).

448. Ai fini della determinazione del campo di applicazione personale la Legge sui cartelli si basa su un concetto funzionale di impresa. Nel caso di gruppi di società («Konzern» in tedesco, «groupe» in francese), le società del gruppo giuridicamente indipendenti non costituiscono delle imprese ai sensi dell'art. 2 cpv. 1^{bis} LCart a causa della loro mancanza di indipendenza economica. In questi casi, il gruppo di società nel suo insieme è considerato un'impresa.⁹³⁵

449. Un gruppo di società esiste se diverse società giuridicamente indipendenti sono economicamente legate tra loro sotto una gestione uniforme per formare una società globale come unita economica.⁹³⁶

450. Secondo le norme contabili in vigore dal 1° gennaio 2013, una persona giuridica controlla un'altra società se: 1. dispone direttamente o indirettamente della maggioranza dei voti nell'organo supremo; 2. ha direttamente o indirettamente il diritto di nominare o di revocare la maggioranza dei membri dell'organo superiore di direzione o di amministrazione; o 3. può esercitare un'influenza dominante in virtù dello statuto, dell'atto di fondazione, di un contratto o di strumenti analoghi (art. 963 cpv. 2 CO⁹³⁷). A questo proposito, le nuove norme contabili si limitano al cosiddetto "principio del controllo" ("Kontrollprinzip"), scartando così il precedente requisito del controllo effettivo esercitato dalla direzione unica della società madre, "in quanto l'influenza effettiva è pressoché indimostrabile".⁹³⁸

451. Per quanto riguarda la valutazione giuridica secondo il diritto dei cartelli, la recente giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale ha chiarito che l'esercizio effettivo del controllo da parte della società madre del gruppo non è una condizione necessaria per la classificazione di una determinata società in un gruppo. Piuttosto, secondo il principio del controllo, la semplice possibilità di controllo da parte della società madre del gruppo è sufficiente.⁹³⁹

452. *In casu*, negli anni dal 2006 al 2018 durante i quali sono state realizzate le condotte descritte alla sezione B.3, sono ritenute imprese ai sensi l'art. 2 cpv. 1 e 1^{bis} LCart le entità seguenti:

- AMAG Group (precedentemente Careal Holding AG), in quanto società madre di AMAG⁹⁴⁰ (v. n. marg. 3, 8 e 448), qui di seguito semplicemente indicata come AMAG;

- Autoronchetti;
- Gruppo Karpf, in quanto gruppo che riunisce le società Garage Karpf e Garage 3 Valli (v. n. marg. 12 e 448);
- Garage Maffei;
- Garage Nessi;
- Garage Weber-Monaco;
- Tognetti Auto.

C.1.2 Campo di applicazione materiale

453. Dal punto di vista materiale, la Legge sui cartelli copre la conclusione di cartelli e altri accordi in materia di concorrenza, l'esercizio del potere di mercato e la partecipazione a concentrazioni di imprese (art. 2 cpv. 1 LCart).

454. La questione di sapere se le parti abbiano stipulato un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart e se questo accordo sia illecito giusta l'art. 5 LCart è esaminato nel quadro della valutazione giuridica elaborata ai paragrafi successivi e ai quali si rinvia.

C.1.3 Campo di applicazione territoriale e temporale

455. Nel presente caso, si può rinunciare a delle spiegazioni riguardanti il campo di applicazione territoriale e temporale della Legge sui cartelli.

C.2 Competenza della Commissione plenaria

456. La competenza delle autorità in materia di concorrenza è determinata dall'art. 18 cpv. 3 1° frase LCart e dalle disposizioni del RI-COMCO⁹⁴¹. In virtù di tali norme, la Commissione plenaria (di seguito: Commissione) si assume tutti i compiti e le competenze delle autorità in materia di concorrenza che non sono espressamente attribuiti a un altro organo o alla segreteria.

457. Nel presente caso, la COMCO deve decidere, con una decisione finale che mette fine al procedimento, se devono essere imposte misure (obblighi di agire e o di astenersi, sanzioni) alle parti al procedimento per una violazione della Legge sui cartelli. In linea di principio, questa

⁹³⁵ TF 2C_484/2010 del 29.6.2012, consid. 3 (considerando non pubblicato in DTF 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*; TAF B-2977/2007 del 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; TAF B-8399/2010 del 23.9.2014 consid. 2.4, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*. Cfr. anche RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, art. 2 n. marg. 31; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, n. marg. 335 e 341.

⁹³⁶ TAF B-831/2011 del 18.12.2018, consid. 40 segg., *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁹³⁷ Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) (Codice delle obbligazioni, CO; RS 220).

⁹³⁸ FF 2008 1321, 1450.

⁹³⁹ TAF B-831/2011 del 18.12.2018, consid. 44, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁹⁴⁰ Si ricorda che questa società fino al 31 gennaio 2017 costituiva la divisione AMAG Retail che insieme alla divisione AMAG Import erano riunite sotto la società precedentemente denominata AMAG Automobili e Motori SA (v. n. marg. 8).

⁹⁴¹ Regolamento interno della Commissione della concorrenza (Regolamento interno COMCO, RI-COMCO; RS 251.1).

competenza ricade sulla Commissione (cfr. anche art. 10 cpv. 1 RI-COMCO). Non essendovi una competenza di un altro organo della COMCO (come ad esempio secondo l'art. 19 cpv. 1 3° frase LCart oppure art. 19 seg., 27 segg. RI-COMCO), la Commissione è competente per decidere nel presente caso.

C.3 Parti e destinatari della decisione

458. Né la Legge sulla procedura amministrativa né la Legge sui cartelli prevedono una norma che determina chi è il destinatario al quale deve essere notificata una decisione in materia di diritto dei cartelli.⁹⁴²

459. Tuttavia, la Legge sulla procedura amministrativa pone al centro del procedimento amministrativo la parte. Secondo l'art. 6 PA (in combinato disposto con l'art. 39 LCart) sono parti le persone i cui diritti potrebbero essere toccati dalla decisione o le altre persone, gli organismi e le autorità cui spetta un rimedio di diritto contro la decisione. In altre parole, possono essere parti solo coloro che sono *materialmente destinatari* della decisione – ovvero coloro che hanno un interesse degno di protezione a che un dato rapporto giuridico venga disciplinato nella stessa – come pure coloro che sulla base dell'art. 48 PA risultano poi legittimati a ricorrere contro la medesima.⁹⁴³ Oltre ai destinatari materiali della decisione, anche terzi possono essere qualificati come parti, se questi hanno un legame particolarmente stretto e specifico con l'oggetto della decisione e se la loro situazione può essere influenzata in modo rilevante dall'esito del procedimento.⁹⁴⁴

460. Condizioni per ammettere la qualità di parte sono la capacità di essere parte (*"Parteifähigkeit"*), ovvero la possibilità di apparire come parte al procedimento, e la capacità processuale (*"Prozessfähigkeit"*), ovvero la possibilità di agire come parte al procedimento.⁹⁴⁵ È ritenuto capace di essere parte chi ha la capacità giuridica (esercizio dei diritti civili, art. 11 CC; *"Reschtsfähigkeit"*), mentre la capacità processuale è data quando il soggetto in questione ha la capacità di discernimento (art. 17 seg. CC; *"Handlungsfähigkeit"*).⁹⁴⁶ Soggetti senza capacità giuridica o capacità processuale sono dunque esclusi fin dall'inizio come parti a un procedimento amministrativo e di conseguenza come destinatari di una decisione.

461. Qualora un gruppo di società è qualificato come impresa ai sensi della Legge sui cartelli (v. n. marg. 448 e segg.) si pone la questione di sapere quale società rispettivamente quali società all'interno di questo gruppo è o sono destinatarie della decisione. Infatti, un gruppo di società in quanto tale non è una persona giuridica di diritto svizzero e quindi non ha la capacità giuridica. Tuttavia, per le ragioni indicate sopra, il destinatario della decisione può essere solo chi è dotato di capacità giuridica. Di conseguenza, un gruppo di società in quanto tale non può essere destinatario della decisione. Destinatari della decisione possono essere unicamente le singole società del gruppo. Nel caso di gruppi di società, il soggetto rilevante del procedimento come oggetto di valutazione e il destinatario della decisione come parte a un procedimento in materia di diritto dei cartelli sono quindi inevitabilmente diversi.⁹⁴⁷

462. La determinazione del destinatario della decisione non è problematica nei casi in cui esiste un legame di gruppo, ma i comportamenti da valutare secondo il diritto

della concorrenza sono stati adottati dalla società madre del gruppo stesso.

463. Più difficile è determinare il destinatario della decisione quando i comportamenti in questione sono stati compiuti da filiali del gruppo. Secondo la giurisprudenza, in questo caso la decisione è da notificare alle singole società del gruppo giuridicamente indipendenti.⁹⁴⁸ A questo proposito, il Tribunale amministrativo federale ritiene opportuno notificare la decisione sia alla società madre sia alle società del gruppo responsabili delle condotte anticoncorrenziali.⁹⁴⁹

464. Nel caso di fattispecie riguardanti gruppi di società, in passato (anche recente), la COMCO ha ripetutamente notificato le proprie decisioni esclusivamente alle filiali.⁹⁵⁰ Secondo il Tribunale amministrativo federale in alcuni casi, per ragioni di economia procedurale, può essere sufficiente che le autorità in materia di concorrenza conducano il procedimento unicamente nei confronti di una sola società del gruppo e rivolge la decisione nei confronti di quest'ultima. Questo sarebbe il caso, ad esempio, se la società del gruppo che ha agito concretamente è domiciliata in Svizzera, ma che la società madre e tutte le altre società del gruppo coinvolte sono domiciliate all'estero.⁹⁵¹

465. Sulla base di quanto esposto sopra, nel presente caso, è giustificato ritenere i seguenti destinatari della decisione:

- AMAG Group SA (società madre) e AMAG Automobili e Motori SA (filiale, v. n. marg. 2 seg. e 8);

⁹⁴² Cfr. TAF B-831/2011 del 18.12.2018 consid. 119, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁹⁴³ Cfr. ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (2a ed.), art. 6 n. marg. 1.

⁹⁴⁴ Cfr. TF 2C_383/2020 dell'8.3.2021 consid. 4.5 con rinvii; v. anche TAF DPC 2014/2, 461, consid. 3.1, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁹⁴⁵ Cfr. HÄNER (n. 943), art. 48 n. marg. 5.

⁹⁴⁶ Cfr. TAF B-831/2011 del 18.12.2018, consid. 120 con rinvii, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁹⁴⁷ Cfr. TAF B-831/2011 del 18.12.2018, consid. 119, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁹⁴⁸ Cfr. TAF B-831/2011 del 18.12.2018, consid. 122 con rinvii, *Sanktionsverfügung – DCC*.

⁹⁴⁹ Ibid.

⁹⁵⁰ V. ad esempio DPC 2010/4, 649 n. marg. 2 e 655 n. marg. 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra* (il fatto che i destinatari materiali della decisione Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA e Bayer (Schweiz) AG sono delle filiali è indicato esplicitamente alla nota a piè di pagina n. 2). DPC 2010/4, 717 n. marg. 3 seg. e 773, dispositivo, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* (Roto Frank AG, come pure Siegenia-Aubi AG, sono indicate come filiali e considerate come le uniche (non le loro società madri) destinatarie materiali della decisione); DPC 2009/3 197 n. marg. 5 e 203 n. marg. 37 seg., *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (in questa decisione, ad esempio, Elektro Burkhalter AG è indicata esplicitamente come parte del gruppo Burkhalter e dunque considerata come destinataria della decisione); DPC 2008/1, 87 n. marg. 13 e 94 n. marg. 68 segg., *Strassenbeläge Tessin* (in questa decisione Batigroup (Ticino) SA, successivamente Implenla (Ticino) SA, è vincolato dal dispositivo, nonostante si trattasse di una società indipendente di un gruppo di società); DPC 2007/2, 250 n. marg. 46, *Terminierung Mobilfunk* (in questa decisione Swisscom Mobile AG, una filiale del gruppo Swisscom, è sanzionata e dunque considerata come destinataria della decisione).

⁹⁵¹ Cfr. TAF B-831/2011 del 18.12.2018 consid. 122, *Sanktionsverfügung – DCC*; TAF, DPC 2016/3, 865 consid. 8.2.6, *Nikon AG/WEKO*; TAF, DPC 2015/3, 587 n. marg. 74, *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*.

- Autoronchetti Sagl;
- Garage Karpf & Co.⁹⁵² [...] e GARAGE 3 VALLI SA [...];
- Garage Carrozzeria Maffei SA;
- Garage Nessi SA;
- GARAGE WEBER-MONACO SA;
- TOGNETTI AUTO SA.

C.4 Relazioni con altre prescrizioni legali

466. La Legge sui cartelli non si applica laddove delle prescrizioni vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato, in particolare quelle che fondano un regime statale di mercato o dei prezzi e quelle che incaricano singole imprese dell'esecuzione di compiti pubblici e accordano loro speciali diritti (art. 3 cpv. 1 LCart). Non ricadono nel campo di applicazione della Legge sui cartelli gli effetti sulla concorrenza dovuti esclusivamente alla legislazione sulla proprietà intellettuale. Per contro, le limitazioni all'importazione fondate sui diritti di proprietà intellettuale sono valutate secondo le disposizioni della Legge sui cartelli (art. 3 cpv. 2 LCart).

467. Per quanto riguarda i mercati oggetto del presente procedimento, non vi sono prescrizioni che non permettano la concorrenza. D'altronde, la riserva dell'art. 3 cpv. 1 e 2 LCart non è stata finora invocata dalle parti.

C.5 Accordi illeciti in materia di concorrenza

468. Sono illeciti gli accordi in materia di concorrenza che intralciano notevolmente la concorrenza sul mercato di determinati beni o servizi e che non sono giustificati da motivi di efficienza economica, nonché quelli che provocano la soppressione di una concorrenza efficace (art. 5 cpv. 1 LCart).

C.5.1 Accordi in materia di concorrenza

469. Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese di livello economico identico o diverso, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza (art. 4 cpv. 1 LCart).

470. Un accordo in materia di concorrenza si definisce dunque attraverso le seguenti fattispecie legali: a) una cooperazione cosciente e voluta, b) tra imprese di livello economico identico o diverso, c) che ha come scopo o effetto una limitazione della concorrenza.⁹⁵³

C.5.1.1 Cooperazione cosciente e voluta

471. Per ammettere l'esistenza di una *cooperazione cosciente e voluta* non è necessaria una base contrattuale formale, dato che l'art. 4 cpv. 1 LCart menziona diverse forme (alternative) di accordi, vale a dire dalle convenzioni, con o senza forza obbligatoria, alle pratiche concordate.⁹⁵⁴

472. Una *convenzione* giusta l'art. 4 cpv. 1 LCart richiede una volontà comune, ovvero una manifestazione concorde della reciproca volontà ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 CO tra almeno due parti. Questa manifestazione della volontà può essere esplicita o implicita (art. 1 cpv. 2 CO).⁹⁵⁵

Tuttavia, la convenzione ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart non concerne solo il contratto secondo il diritto delle obbligazioni su base di scambio contrattuale societario, ma anche convenzioni senza forza obbligatoria (i cosiddetti "*gentlemen's agreement*" o "*Frühstückskartelle*"⁹⁵⁶) – come indicato chiaramente all'art. 4 cpv. 1 prima frase LCart.⁹⁵⁷ Decisiva è unicamente la *volontà di vincolarsi*, criterio che delimita le convenzioni dalle pratiche concordate e dai comportamenti che non costituiscono un accordo.⁹⁵⁸

473. Nel caso di specie, le risultanze istruttorie dimostrano che, negli anni tra il 2006 e il 2018, tra AMAG, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto esisteva una *volontà comune* di prendere parte a un piano globale volto a coordinare l'insieme o comunque parte delle attività riguardanti la vendita di veicoli nuovi a clienti finali, siano essi pubblici o privati (v. n. marg. 419 segg.). Come indicato ai n. marg. 419 e 422, questa volontà comune è stata esplicitata e messa in atto attraverso la cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche per ripartire le gare di appalto o le aggiudicazioni (v. n. marg. 112 segg.), il coordinamento in materia di politica dei prezzi (v. n. marg. 219 segg.) e l'intesa riguardante la ripartizione del territorio (v. n. marg. 348 segg.).

474. Pertanto, le condizioni per ammettere l'esistenza di una convenzione ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart sono soddisfatte. Questa convenzione riguardante il piano globale in questione è definita qui di seguito come *accordo globale* (v. sotto n. marg. 486 segg.) e coinvolgeva le parti al procedimento AMAG, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffei, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto.

C.5.1.2 Prefiggersi o provocare una limitazione della concorrenza

475. Oltre a una cooperazione cosciente e voluta, secondo l'art. 4 cpv. 1 LCart l'accordo deve avere come *scopo* ("*prefiggersi*") o *effetto* ("*provocare*") una limitazione della concorrenza.

476. Esiste una limitazione della concorrenza, qualora un accordo limita la libertà d'azione dei concorrenti per quanto riguarda i singoli parametri della concorrenza (essenzialmente: prezzo, quantità e qualità, servizio, consulenza, pubblicità, condizioni commerciali, marketing, ri-

⁹⁵² Pur non avendo la personalità giuridica, la capacità di essere parte di una società in nome collettivo è data dall'art. 562 CO.

⁹⁵³ Cfr. ad esempio DTF 147 II 72, 76 seg. consid. 3.1 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

⁹⁵⁴ DTF 144 II 246, 245, consid. 6.4.1, *Altium SA*. Per quanto riguarda la prassi della COMCO, v. anche ad esempio DPC 2020/4a, 1811, n. marg. 396 con rinvii, *Bauleistungen Graubünden*. Cfr. pure SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (ed.), 2018, art. 4 cpv. 1 n. marg. 20 segg.; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (ed.), 2a ed., 2021, art. 4 cpv. 1 n. marg. 44.

⁹⁵⁵ DTF 147 II 72, 76 seg. consid. 3.3 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

⁹⁵⁶ Si tratta di un cartello che si realizza all'occasione di un incontro informale. Il termine "*Frühstückskartell*" deriva da un cartello tedesco nel quale la ripartizione delle centrali elettriche era determinata attraverso la disposizione dei posti a sedere durante la colazione comune (v. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 954), art. 4 cpv. 1 n. marg. 38).

⁹⁵⁷ DTF 147 II 72, 76 seg. consid. 3.3 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

⁹⁵⁸ Ibid.

cerca e sviluppo) in modo tale che le funzioni centrali della concorrenza in tutte le sue varie sfaccettature sono così ridotte o limitate.⁹⁵⁹ La questione dell'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart deve essere esaminata separatamente dalla questione della liceità di un accordo ai sensi dell'art. 5 LCart.⁹⁶⁰

477. Secondo l'art. 4 cpv. 1 LCart, la limitazione della concorrenza deve essere lo *scopo* o (in alternativa) l'*effetto* dell'accordo. Data la natura alternativa di questa condizione, non è necessario stabilire l'esistenza di effetti reali, ma è sufficiente dimostrare che l'accordo ha come scopo una limitazione della concorrenza.⁹⁶¹

478. Un accordo ha come *scopo* una limitazione della concorrenza, se le parti coinvolte hanno in programma di eliminare o di limitare uno o più parametri della concorrenza.⁹⁶² L'oggetto del coordinamento dei comportamenti, cioè il contenuto normativo dell'accordo, consiste in una limitazione della concorrenza o, in altri termini, lo scopo restrittivo è insito nel coordinamento dei comportamenti. L'accordo deve essere oggettivamente in grado di provocare una limitazione della concorrenza, compromettendo un parametro della concorrenza. Non è necessaria un'intenzione soggettiva delle parti coinvolte di limitare la concorrenza ed è anche irrilevante quale delle parti abbia preso l'iniziativa di avviare la cooperazione.⁹⁶³

479. Un accordo ha come *effetto* una limitazione della concorrenza, se la sua applicazione porta all'eliminazione o alla limitazione di uno o più parametri della concorrenza.⁹⁶⁴ Ciò avviene se la concorrenza è stata artificialmente alterata, ovvero se, tenuto conto del coordinamento dei comportamenti, il mercato si è sviluppato in modo diverso rispetto a quello che sarebbe stato senza l'accordo. Non sono coperti solo gli effetti attuali e passati, ma basta che un effetto si verifichi nel prossimo futuro con sufficiente probabilità. Tuttavia, è decisivo che il coordinamento dei comportamenti sia causale agli effetti attuali o potenziali.⁹⁶⁵

480. Nel presente caso, l'accordo globale tra le parti al procedimento aveva come oggetto quanto segue:

- La ripartizione dei veicoli in gara nelle commesse pubbliche o aggiudicati in funzione degli obiettivi di vendita (v. marg. 112 segg.). Tale cooperazione è oggettivamente idonea a provocare una limitazione della concorrenza.⁹⁶⁶
- Il coordinamento in merito a vari elementi del prezzo per la vendita di veicoli nuovi a clienti finali, quali sconti e pacchetti consegna, margini e provvigioni e lo scambio di offerte e contratti di vendita e altri elementi del prezzo (v. n. marg. 219 segg.). Tali condotte sono oggettivamente idonee a provocare una limitazione della concorrenza.⁹⁶⁷
- La ripartizione del mercato in funzione del territorio, concretizzata nell'astensione reciproca dal partecipare a delle commesse pubbliche al di fuori della zona di rispettiva competenza, dal formulare offerte più competitive o vantaggiose a clienti provenienti da territori al di fuori della rispettiva zona di competenza e dallo svolgere attività di promozione in zone di competenza attribuite ad altri concorrenti (v. n. marg. 348 segg.).

Tali condotte sono oggettivamente idonee a provocare una limitazione della concorrenza.⁹⁶⁸

481. Inoltre, benché non sia necessario, dal punto di vista soggettivo, le risultanze istruttorie dimostrano ampiamente che, attraverso i comportamenti di cooperazione e di coordinamento facenti parti di un piano globale, le parti al procedimento avevano come *obiettivo comune* di ridurre, se non eliminare, la reciproca pressione concorrenziale, evitare la pressione sul prezzo e, dunque, mantenere i prezzi di vendita a un livello elevato (v. n. marg. 420 seg.).

482. Sulla base dei motivi esposti sopra, l'accordo globale in questione adempie dunque la fattispecie legale di "*prefiggersi una limitazione della concorrenza*" ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart.

483. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Garage Maffei ha avanzato degli argomenti di efficienza economica in relazione alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche (v. n. marg. 533 segg.). In questo contesto, esso ha in particolare rilevato la necessità del sostegno di AMAG a favore di piccole medie imprese come Garage Maffei per partecipare a delle commesse pubbliche che richiedevano delle conoscenze specifiche per elaborare le offerte riguardanti veicoli speciali con modifiche o sovrastrutture (ad es. i veicoli [...], per il trasporto [...] o per [...]).⁹⁶⁹

484. Laddove gli argomenti di Garage Maffei dovessero essere interpretati come l'invocazione del diritto di creare dei consorzi o di parteciparvi, vale innanzitutto notare che, di principio, i consorzi non limitano la concorrenza e non ricadono nel campo di applicazione dell'art. 4 cpv. 1 LCart. In tal caso, questi consorzi sarebbero sottratti all'esame secondo l'art. 5 LCart. Nel passato, la COMCO ha più volte affermato che, di principio, i consorzi favoriscono la concorrenza e sono pertanto leciti.⁹⁷⁰ In genere, i consorzi vengono a formarsi, ad esempio, per ovviare l'incapacità a livello individuale di presentare un'offerta o di eseguire dei lavori, superare le barriere all'entrata sul mercato, adempiere i criteri di idoneità o le garanzie finanziarie richieste dal committente.⁹⁷¹ Tuttavia, il consorzio

⁹⁵⁹ DTF 147 II 72, 83 consid. 3.5 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

⁹⁶⁰ Ibid.

⁹⁶¹ DTF 147 II 72, 84 consid. 3.6 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

⁹⁶² Ibid.

⁹⁶³ DTF 147 II 72, 84 consid. 3.6 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

⁹⁶⁴ DTF 147 II 72, 84 seg. consid. 3.6 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

⁹⁶⁵ Ibid.

⁹⁶⁶ Cfr. DPC 2020/4a, 1813, n. marg. 410 e rinvii, *Bauleistungen Graubünden*.

⁹⁶⁷ Cfr. DPC 2019/1, 118, n. marg. 236 e rinvii, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

⁹⁶⁸ Cfr. DPC 2020/1, 203, n. marg. 836, *KTW-Werke*; DPC 2015/2, 224, n. marg. 187, *Tunnelreinigung*.

⁹⁶⁹ Atti XIX.98, n. marg. 23–25; XX.38, n. marg. 73, allegato 5, n. marg. 4–6.

⁹⁷⁰ Cfr. ad esempio, DPC 2014/1, 45, cifra 3.1.3, *Rapporto annuale 2013 della Commissione della concorrenza (COMCO)*; DPC 2021/1, 49, cifra 3.1.1, *Rapporto annuale 2020 della Commissione della concorrenza (COMCO)*; DPC 2021/1, 150, n. marg. 150, *Dauer-ARGE Graubünden*.

⁹⁷¹ V. DPC 2021/1, 49, cifra 3.1.1, *Rapporto annuale 2020 della Commissione della concorrenza (COMCO)*. Cfr. pure FRANK STÜSSI/BENDICHT LÜTHI, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR 2015, pag. 206.

può rappresentare un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart ed essere esaminato alla luce dell'art. 5 LCart, se esso maschera un accordo sugli appalti che ha come obiettivo o effetto di ridurre la concorrenza. Questo è, ad esempio, il caso in cui la costituzione del consorzio non sia comunicata al committente e che i membri del consorzio presentano delle offerte separate, dando l'impressione di essere in concorrenza e traendo così in inganno il committente.⁹⁷²

485. Nel presente caso, la cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche non rientra nel contesto di un consorzio lecito ai sensi di quanto indicato al paragrafo precedente. In primo luogo, lo scopo della cooperazione era, sia dal punto di vista oggettivo sia soggettivo, la limitazione della concorrenza (v. n. marg. 480 seg.). In secondo luogo, da quanto emerge dalla fattispecie riguardante la cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche esposta precedentemente (v. n. marg. 112 segg.) e riconosciuta da Garage Maffei (v. n. marg. 70), la costituzione del consorzio non è stata comunicata ai committenti e le imprese coinvolte hanno presentato delle offerte individualmente e/o separatamente, dando l'impressione di essere in concorrenza e traendo così in inganno i committenti.

C.5.1.3 Qualificazione di accordo globale

486. In alcune delle sue decisioni, la COMCO ha qualificato come "accordi duraturi" o "accordi globali" degli accordi che sono stati messi in atto per un lungo periodo di tempo.⁹⁷³ L'esistenza di un accordo duraturo è stata confermata dal Tribunale amministrativo federale nel caso "*Pavimentazioni stradali Ticino*".⁹⁷⁴ Per ammettere un accordo globale è necessario che esista uno scopo comune e duraturo all'interno dei singoli elementi della collaborazione.⁹⁷⁵ In tal caso risulterebbe "artificioso" frazionare un comportamento continuato, caratterizzato da un'unica finalità, ravvisandovi più infrazioni distinte.⁹⁷⁶

487. Nel caso di un accordo globale che dura per un lungo periodo le imprese partecipanti all'accordo possono cambiare nel tempo, apportare un contributo più o meno importante o assumere dei ruoli diversi. Gli interessi divergenti delle imprese partecipanti possono anche condurre a un consenso che non copre tutti gli aspetti dell'accordo. Una o più imprese possono, ad esempio, avere delle riserve su determinati aspetti dell'accordo e tuttavia attenersi al piano comune. Inoltre, è anche possibile che le imprese applichino in modo diverso alcune componenti dell'accordo o addirittura che vi siano dei conflitti interni e che singole imprese sospendano temporaneamente l'applicazione dell'accordo, per fare concorrenza ad altri partecipanti all'accordo. Infine, l'accordo può evolvere nel tempo, essere rafforzato o adattato a delle nuove circostanze. Nessuno di questi fattori porta a escludere la presenza di un accordo globale, nella misura in cui si arriva a dimostrare che esiste uno scopo comune e duraturo. In tal caso, alle imprese coinvolte possono essere imputate la responsabilità per l'insieme dei comportamenti adottati nel quadro dell'accordo globale, anche qualora esse hanno partecipato direttamente solo ad alcuni di essi.⁹⁷⁷

488. Tale prassi in materia di accordo globale corrisponde alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito: CGUE) in relazione al concetto di

infrazione unica, continuata e complessa.⁹⁷⁸ Sulla base di tale concetto la CGUE considera che una violazione dell'art. 101 par. 1 TFUE può risultare non soltanto da un atto isolato, ma pure da una serie di atti o da un comportamento continuato, anche se queste pratiche potrebbero costituire, di per sé e considerate isolamente, una violazione di questa disposizione.⁹⁷⁹ Nel caso in cui diverse azioni facciano parte di un "*piano d'insieme*", a causa del loro identico oggetto di distorsione del gioco della concorrenza nel mercato interno, è possibile imputare la responsabilità di tali azioni in funzione della partecipazione all'infrazione considerata nel suo insieme.⁹⁸⁰ Nell'ambito di un'infrazione durata diversi anni, la CGUE ha pure ritenuto che "*il fatto che le manifestazioni dell'intesa avvengano in periodi differenti, eventualmente separati da intervalli di tempo più o meno lunghi, resta ininfluenza ai fini dell'esistenza di tale intesa, purché le diverse azioni che compongono tale infrazione perseguano una sola finalità e rientrino nel contesto di un'infrazione a carattere unico e continuato*".⁹⁸¹ Inoltre, si osserva che secondo la giurisprudenza della CGUE quando un'impresa approva tacitamente un'iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla alle autorità amministrative, l'effetto del suo comportamento è di incoraggiare la continuazione della violazione al diritto della concorrenza e di pregiudicarne la scoperta. Essa attua così

⁹⁷² Cfr. DPC 2009/3, 222, dispositivo cifra 2, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁹⁷³ DPC 2004/3, 739 n. marg. 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; DPC 2008/1, 95 n. marg. 81 segg., *Strassenbeläge Tessin*; DPC 2013/2, 154 n. marg. 75, *Abrede im Speditionsbereich*; DPC 2015/2, 193 n. marg. 193 segg., *Tunnelreinigung*; DPC 2017/3, 421 n. marg. 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2018/1, 78 n. marg. 123 segg., *Verzinkung*; DPC 2019/2, 444 n. marg. 594, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2020/1, 204, n. marg. 840 segg., *KTB-Werke*; DPC 2020/3a, 1107, n. marg. 1200 segg., *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1813 segg., n. marg. 413 segg., *Bauleistungen Graubünden*.

⁹⁷⁴ Cfr. TAF, DPC 2010/2, 382, consid. 9.1.1, *Implenia (Ticino) SA gegen Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung*; TAF, DPC 2010/2, 407 consid. 10.1.1, *Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima Imprese stradali ed affini SA, Franco Rossi SA, Mancini & Marti SA contro Commissione della concorrenza*.

⁹⁷⁵ Ibid.

⁹⁷⁶ DPC 2015/2, 193 n. marg. 193, *Tunnelreinigung*; DPC 2018/1, 78 n. marg. 123, *Verzinkung*; DPC 2020/1, 204, n. marg. 841, *KTB-Werke*; DPC 2020/3a, 1107, n. marg. 1200 segg., *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1813 segg., n. marg. 413 segg., *Bauleistungen Graubünden*.

⁹⁷⁷ DPC 2013/2, 154 n. marg. 75, *Abrede im Speditionsbereich*. Cfr. pure DPC 2017/3, 421 n. marg. 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2018/1, 78 n. marg. 123 segg., *Verzinkung*; DPC 2020/3a, 1107, n. marg. 1201, *Bauleistungen See-Gaster*.

⁹⁷⁸ CGUE, ECLI:EU:C:2017:59, n. marg. 47 segg., *Villeroy e Boch SAS*; CGUE, ECLI:EU:C:2015:416, n. marg. 156, *Fresh Del Monte Produce*; CGUE, ECLI:EU:C:2012:778, n. marg. 41, *Verhuizingen Coppens*; CGUE, ECLI:EU:C:1999:356, n. marg. 81, *Anic Partecipazioni*; CGUE, ECLI:EU:C:2004:6, n. marg. 258, *Aalborg Portland*.

⁹⁷⁹ CGUE, ECLI:EU:C:2017:59, n. marg. 47, *Villeroy e Boch SAS*.

⁹⁸⁰ Ibid.

⁹⁸¹ CGUE, ECLI:EU:C:2021:214, n. marg. 112 con rinvii, *Pometon / Commissione*.

una modalità passiva di partecipazione all'accordo, idonea quindi a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un accordo.⁹⁸² Secondo la CGUE, "[d]a tale giurisprudenza deriva che la Commissione può considerare che l'infrazione, o la partecipazione di un'impresa all'infrazione, non si è interrotta, anche se essa non possiede prove dell'infrazione per taluni periodi determinati, qualora le diverse azioni che compongono tale infrazione perseguano una finalità unica e possano inserirsi nell'ambito di un'infrazione a carattere unico e continuato e qualora l'impresa interessata non abbia invocato indizi o elementi di prova che dimostrino che, al contrario, l'infrazione o la sua partecipazione ad essa non è proseguita durante tali periodi".⁹⁸³

489. Per quanto riguarda l'interpretazione del diritto svizzero della concorrenza è in linea di principio ammessa la presa in considerazione del diritto europeo della concorrenza.⁹⁸⁴ A tale riguardo, il Tribunale amministrativo federale ha in particolare precisato che i principi sviluppati dalla giurisprudenza europea sul tema della tacita approvazione di un'iniziativa illecita senza distanziamento pubblico sono in linea di principio trasferibili al diritto svizzero della concorrenza, ma che la valutazione di un determinato comportamento dipende dalle circostanze concrete del singolo caso.⁹⁸⁵

490. Nel caso di specie, dalle risultanze istruttorie emerge l'esistenza, per un lungo periodo di tempo, perlomeno, dal 2006 fino al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta, di una cooperazione consapevole e voluta tra le parti al procedimento nel perseguire e attuare un disegno anticoncorrenziale comune e duraturo volto a ridurre, se non eliminare, la reciproca pressione concorrenziale, evitare la pressione sul prezzo e, dunque, mantenere i prezzi di vendita a un livello elevato (v. n. marg. 419 seg.). I mezzi probatori conducono a ritenere che durante il periodo in questione esisteva un *accordo globale* che mirava a limitare e condizionare l'autonomia commerciale delle imprese coinvolte tramite i comportamenti descritti alle sezioni precedenti e che avevano come oggetto sostanzialmente la ripartizione dei veicoli in gara o delle aggiudicazioni nell'ambito delle commesse pubbliche (v. n. marg. 112 segg.), il coordinamento in materia di politica dei prezzi (v. n. marg. 219 segg.) e la ripartizione del territorio (v. n. marg. 348 segg.). L'accordo globale concerneva dunque ogni ambito della loro attività di vendita di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen. Anche laddove singole pratiche anticoncorrenziali hanno coinvolto solo alcune delle parti al procedimento, tali comportamenti avevano un comune obiettivo economico, ossia falsare il gioco della concorrenza, e rientravano in un unico schema.

491. La partecipazione all'accordo globale delle singole parti al procedimento risulta essere ininterrotta fino al 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta, in particolare in quanto gli atti dell'inchiesta non testimoniano di alcuna presa di distanza pubblica o di denuncia alle autorità, nonostante le discussioni così come le comunicazioni avvenute tramite email o le riunioni aventi un oggetto anticoncorrenziale abbiano coinvolto, anche se non in egual misura, tutte le parti al procedimento (v. n. marg. 422 seg. e tabella 1). La mancata partecipazione ad alcuni dei comportamenti o il fatto di non essere al corrente di tutte le componenti del piano globale non incide

sull'esistenza oggettiva dell'accordo globale in questione né attesta la prova dell'estraneità a tale accordo. L'implicazione e la portata del contributo di ciascuna impresa in rapporto con l'accordo globale sono per contro presi in considerazione nell'ambito del calcolo della sanzione (v. sotto n. marg. 593 segg.).⁹⁸⁶ Qui di seguito sono illustrati i singoli contributi delle imprese parti al procedimento all'accordo globale:

- AMAG Ticino ha svolto un ruolo di primo piano nel quadro dell'insieme delle condotte che compongono l'accordo globale, svolgendo sin dal 2006 un'ampia attività organizzativa e di gestione delle cooperazioni nell'ambito delle commesse pubbliche, delle attività di coordinamento in merito alla politica dei prezzi e dell'intesa sulla ripartizione del territorio (v. n. marg. 154 segg., 312 segg., 403 seg.).
- Autoronchetti ha contribuito in maniera complessivamente marginale all'accordo globale tramite la sua partecipazione, sin dal 2009, alle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi e alle condotte riguardanti la ripartizione territoriale (v. n. marg. 322 e 405).
- Gruppo Karpf ha contribuito all'accordo globale tramite la sua partecipazione, sin dal 2006, alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche, alle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi e, sebbene marginalmente, alle condotte riguardanti la ripartizione territoriale (v. n. marg. 176 segg., 324 segg., 406 seg.).
- Garage Maffei ha contribuito all'accordo globale tramite la sua partecipazione, sin dal 2006, alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche, alle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi e, sebbene marginalmente, alle condotte riguardanti la ripartizione territoriale (v. n. marg. 200 segg., 331 segg., 340).
- Garage Nessi ha contribuito in maniera complessivamente marginale all'accordo globale tramite la sua partecipazione, sin dal 2006, alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche (fino al 2009), alle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi e alle condotte riguardanti la ripartizione territoriale (v. n. marg. 205 segg., 334 segg., 409 segg.).

⁹⁸² CGUE, ECLI:EU:C:2021:214, n. marg. 113, *Pometon / Commissione*; CGUE, ECLI:EU:C:2012:778, n. marg. 73, *Commissione / Verhuizingen Coppens*; CGUE, ECLI:EU:C:2007:52, n. marg. 48, *Sumitomo Metal Industries*; CGUE, ECLI:EU:C:2004:6, n. marg. 81 segg., *Alborg Portland*; CGUE, ECLI:EU:C:1999:358, n. marg. 155, *Hüls*. V. anche Tribunale UE, ECLI:EU:T:2012:48, n. marg. 52 segg., *Denki Kagaku Kogyo Kabushiki Kaisha e Denka Chemicals GmbH*.

⁹⁸³ CGUE, ECLI:EU:C:2021:214, n. marg. 114, *Pometon / Commissione*.

⁹⁸⁴ DTF 147 II 72, 76 seg. consid. 3.1. con rinvii, *Hors-Liste Médicamente*; DTF 143 II 297, 326 seg. consid. 6.2.3, *Gaba*; DTF 139 I 72, 89 consid. 8.2.3 con rinvii, *Publigroupe*. Cfr. pure TAF, B-831/2011 del 18.12.2018, consid. 512 con rinvii, *Six Group AG et al. gegen WEKO*.

⁹⁸⁵ TAF B-552/2015 del 14.11.2017, consid. 4.3 seg., *Türprodukte*. Cfr. pure DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 954), art. 4 cpv. 1 n. marg. 202.

⁹⁸⁶ Cfr. CGUE, ECLI:EU:C:2015:416, n. marg. 156–160 con rinvii, *Fresh Del Monte Produce*. Cfr. pure DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 954), art. 4 cpv. 1 n. marg. 195.

- Garage Weber-Monaco ha contribuito in maniera complessivamente marginale all'accordo globale tramite la sua partecipazione, sin dal 2007, alle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi e alle condotte riguardanti la ripartizione territoriale (v. n. marg. 342 segg., 405 seg.).
- Tognetti Auto ha contribuito in maniera importante all'accordo globale attraverso la partecipazione, sin dal 2006, alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche, alle attività di coordinamento in materia di politica dei prezzi e alle condotte riguardanti la ripartizione territoriale (v. n. marg. 211 segg., 345 segg., 415 segg.).

C.5.1.4 Accordo tra imprese di livello economico identico o diverso

492. Malgrado i legami societari o contrattuali con AMAG Import, durante il periodo preso in considerazione le parti al procedimento, succursali di AMAG, concessionari e/o partner commerciali coinvolti, erano attive sullo stesso livello di mercato e come tali concorrenti nella vendita di veicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen a clienti finali, sia pubblici sia privati (cfr. n. marg. 4 segg.). L'accordo globale oggetto del presente procedimento è dunque un accordo orizzontale.

C.5.1.5 Risultato intermedio

493. Alla luce delle considerazioni esposte sopra emerge che le parti al procedimento, attraverso la loro cooperazione cosciente e voluta riguardante le commesse pubbliche, la politica dei prezzi e la ripartizione del territorio hanno concluso un accordo in materia di concorrenza tra imprese di livello economico identico ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart. Questo accordo globale è stato attuato, perlomeno, tra il 2006 e il 26 giugno 2018.

C.5.2 Soppressione della concorrenza efficace

494. Giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart è data presunzione della soppressione della concorrenza efficace quando tali accordi, che riuniscono imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti:

- a. fissano direttamente o indirettamente i prezzi;
- b. limitano i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare;
- c. operano una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali.

C.5.2.1 Accordo sul prezzo e sulla ripartizione del mercato per zone e partner commerciali (art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart)

C.5.2.1.1 Applicazione dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart

495. L'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart copre tutti gli accordi in materia di concorrenza sulla fissazione diretta o indiretta dei prezzi, qualunque sia la forma. Ciò significa che un accordo sui prezzi ai sensi di tale disposizione non richiede necessariamente che l'importo del prezzo o di una componente (significativa) del prezzo sia fissato con esattezza. Piuttosto, è sufficiente che l'accordo in materia di concorrenza abbia il potenziale per condurre a una fissazione del prezzo.⁹⁸⁷ In questo senso, il contenuto dell'accordo deve quindi essere almeno in grado di avere un

effetto di armonizzazione dei prezzi.⁹⁸⁸ La presunzione di soppressione della concorrenza efficace giusta l'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart copre dunque non solo accordi riguardanti la fissazione del prezzo in sé, ma anche di componenti o elementi del prezzo, come la determinazione comune di prezzi lordi, fasce di prezzo, margini, ribassi, sconti o formule per il calcolo del prezzo.⁹⁸⁹

496. Nel presente caso, l'accordo globale mirava a ridurre, se non eliminare, la reciproca pressione concorrenziale, evitare la pressione sul prezzo e, dunque, mantenere i prezzi di vendita a un livello elevato (v. n. marg. 421). Le condotte messe in atto per raggiungere tale obiettivo erano perlomeno in grado di avere un effetto di armonizzazione dei prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart in base alle ragioni esposte qui di seguito:

- Le commesse pubbliche dovrebbero essere aggiudicate nel quadro di una concorrenza sui prezzi. Le parti al procedimento AMAG, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi (fino al 2009) e Tognetti Auto hanno sostituito tale concorrenza sui prezzi con dei metodi di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche applicati negli anni tra il 2006 e il 2018 (v. marg. 112 segg.).

Tramite il metodo di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche applicato negli anni dal 2006 al 2009 (v. n. marg. 115 segg.), AMAG, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi e Tognetti Auto hanno concordato, da un lato, di permettere a uno di essi, ovvero AMAG, di partecipare solo ai concorsi pubblici e di formulare le offerte per i veicoli in gara e, dall'altro lato, di dividersi i guadagni delle eventuali aggiudicazioni in un secondo momento. Così facendo, le imprese coinvolte hanno rinunciato a concorrere sul prezzo e implicitamente avallato i prezzi fissati da AMAG nelle offerte per la vendita di veicoli nuovi inoltrate al committente pubblico.

Il metodo di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche applicato negli anni dal 2010 al 2018 (v. n. marg. 128 segg.) era basato sull'accordo secondo cui AMAG s'incaricava di trasmettere le proprie offerte per i concorsi pubblici a Gruppo Karpf, Garage Maffeis e Tognetti Auto e che queste ultime imprese, a seconda di quanto concordato con AMAG, dovevano presentare delle offerte più vantaggiose in termini di prezzo o delle cosiddette "offerte di appoggio". Di conseguenza,

⁹⁸⁷ BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (ed.), 2018, art. 5 LCart n. marg. 387 ed ulteriori riferimenti.

⁹⁸⁸ DPC 2016/3, 652 n. marg. 80, 102, 282 segg., *Flügel und Klaviere*; DPC 2012/4, 764 n. marg. 212, *Maestro Fallback Interchange Fee*; DPC 2005/1, 239 n. marg. 15, *Klimarappen*.

⁹⁸⁹ x Cfr. DTF 129 II 18, 31 consid. 6.5.5 (= DPC 2002/4, 742 consid. 6.5.5), *Buchpreisbindung*; DPC 2012/3, 642 n. marg. 257 segg., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; DPC 2016/3, 667 n. marg. 106, *Flügel und Klaviere*. Cfr. pure le categorie menzionate da ZIRLICK/BANGERTER (n. 987), art. 5 LCart n. marg. 391 segg. Per quanto riguarda il diritto europeo, v.: Tribunale UE ECLI:EU:T:2015:383, n. marg. 5, 433, *FSL Holdings et al./Kommission*, confermata da CGUE, ECLI:EU:C:2017:308, *FSL and Others v Commission*.

il prezzo dell'offerta "protetta" (cioè, l'offerta più vantaggiosa presentata dall'impresa che, secondo quanto concordato nel caso concreto, avrebbe dovuto ottenere l'aggiudicazione per un determinato veicolo) non poteva che risultare artificiosamente più elevato rispetto a quanto sarebbe avvenuto in un contesto competitivo di mercato. In questo modo, le imprese coinvolte hanno alterato in modo collusivo i meccanismi delle gare di appalto e le dinamiche competitive di formazione del prezzo.

- Negli anni tra il 2006 e il 2018 le parti al procedimento AMAG, Autoronchetti (dal 2009), Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco (dal 2007) e Tognetti Auto hanno discusso e si sono accordati sugli sconti e pacchetti consegna per le prime offerte nell'ambito delle vendite di veicoli nuovi a clienti finali (v. n. marg. 220 segg.) e scambiato regolarmente offerte e contratti di vendita, così come sconti supplementari, azioni, prezzi di ripresa (v. n. marg. 273 segg.). Le parti al procedimento coinvolte hanno dunque operato una definizione collettiva e concertata di elementi del prezzo ed erano così in grado di adeguare la rispettiva politica dei prezzi.
- Negli anni tra il 2013 e il 2014 le parti al procedimento AMAG e Tognetti Auto si sono accordati sui margini e le provvigioni offerti ai propri partner di servizio o partner commerciali per l'acquisto di veicoli nuovi rispettivamente per la vendita di veicoli nuovi a dei clienti finali nel quadro di un'intermediazione (v. n. marg. 297 segg.). Margini e provvigioni costituiscono dei fattori formativi del prezzo che AMAG e Tognetti Auto hanno definito in comune.
- Negli anni tra il 2017 e il 2018 le parti al procedimento AMAG, Gruppo Karpf e Tognetti Auto si sono accordati sugli sconti e il prezzo di vendita di alcune promozioni di vendita riguardanti il modello Škoda Octavia (n. marg. 301 segg.). In questo modo, le parti al procedimento coinvolte definito in comune degli elementi del prezzo.

497. Per questi motivi, l'accordo globale è da qualificare come accordo sulla fissazione (indiretta) dei prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart.

C.5.2.1.2 Applicazione dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart

498. L'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart copre gli accordi che operano una ripartizione del mercato per zone o partner commerciali.

499. Per *accordo di ripartizione geografica del mercato* si intende, ad esempio, il fatto per delle imprese di spartirsi tra di loro delle superfici delimitate nello spazio (ad esempio, paese, regione, comune) impegnandosi a non intervenire sul territorio di vendita di un altro partecipante all'accordo.⁹⁹⁰ Altri esempi sono gli accordi che obbligano le imprese partecipanti a limitare le loro vendite nel loro mercato domestico o gli accordi in base ai quali i partecipanti si impegnano a non offrire su un territorio determinato un prezzo più vantaggioso rispetto a quello proposto dal concorrente al quale è stato attribuito il territorio in questione^{991, 992}.

500. Un *accordo sulla ripartizione del mercato in funzione dei partner commerciali* esiste se, ad esempio, delle

imprese si accordano per ripartire tra loro i clienti dei prodotti o servizi che offrono.⁹⁹³ Per ricadere sotto la fattispecie legale dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart è decisivo l'effetto e non il mezzo con cui tale effetto è prodotto.⁹⁹⁴ Pertanto, l'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart deve essere interpretato in modo estensivo e non concerne solo gli accordi riguardanti una ripartizione diretta (ad esempio, le clausole di protezione dei clienti tra imprese concorrenti)⁹⁹⁵, ma anche gli accordi che indirettamente portano a una ripartizione del mercato in funzione dei partner commerciali,⁹⁹⁶ come ad esempio un accordo per limitare il marketing a determinate regioni⁹⁹⁷.

501. Nel caso di specie, attraverso la cooperazione in materia di commesse pubbliche nel Cantone Ticino negli anni tra il 2006 e il 2018, l'accordo globale mirava a ripartire i veicoli in gara o aggiudicati in funzione dei rispettivi obiettivi di vendita (v. n. marg. 112 segg.). Nel contesto del metodo di cooperazione applicato negli anni dal 2006 al 2009 (v. n. marg. 115 segg.), AMAG, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi (fino al 2009) e Tognetti Auto si sono accordati per concedere a uno solo di essi, ovvero AMAG, di partecipare ai concorsi indetti dai committenti pubblici nel Cantone Ticino e di dividersi i guadagni delle eventuali aggiudicazioni in un secondo momento. Tramite il metodo di cooperazione applicato negli anni dal 2010 al 2018 (v. n. marg. 128 segg.) AMAG, Gruppo Karpf, Garage Maffeis e Tognetti Auto si accordavano di volta in volta per determinare la partecipazione ai concorsi pubblici indetti nel Cantone Ticino e quali veicoli in gara fossero da aggiudicare a ognuno di essi. Entrambi i metodi di cooperazione sono da considerare come un accordo sulla ripartizione del mercato per partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart.

502. Inoltre, negli anni tra il 2009 e il 2018 l'accordo globale includeva un'intesa sulla ripartizione del mercato in funzione del territorio, suddiviso tra le imprese coinvolte in base ai distretti amministrativi del Cantone Ticino, attraverso la condivisione di regole di condotta fondate principalmente sulla "non belligeranza" reciproca (v. n. marg. 348 segg.). Quest'intesa è stata concretizzata

⁹⁹⁰ Messaggio del 23.11.1994 concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart) (di seguito: Messaggio LCart 1994), FF 1995 I 389, 451, cap. 231.4. Cfr. pure MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, martenet/Bovet/Tercier (ed.), 2a ed. 2012, art. 5 n. marg. 473; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (ed.), 2a ed., 2021, art. 5 n. marg. 432.

⁹⁹¹ Questo tipo di accordo costituisce al tempo stesso un accordo sulla ripartizione geografica del mercato ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart e un accordo sul prezzo ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart (AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 990), art. 5 n. marg. 473; KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 990), art. 5 n. marg. 440).

⁹⁹² AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 990), art. 5 n. marg. 473.

⁹⁹³ Cfr. AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 990), art. 5 n. marg. 474.

⁹⁹⁴ KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 990), art. 5 n. marg. 434.

⁹⁹⁵ DPC 1999/1, 67 n. marg. 8, *Reine Gase und Mischgase*.

⁹⁹⁶ DPC 2017/3, 421 n. marg. 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2019/2, 444, n. marg. 595, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2020/3a, 1110, n. marg. 1219, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1817, n. marg. 432, *Bauleistungen Graubünden*. Cfr. anche DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 987), art. 5 n. marg. 450 e 454 segg.; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 990), art. 5 n. marg. 437 segg.

⁹⁹⁷ DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 987), art. 5 n. marg. 450.

nell'astensione reciproca dal partecipare a delle commesse pubbliche al di fuori della zona di rispettiva competenza (n. marg. 353 segg.), dal formulare offerte più vantaggiose a clienti provenienti da territori al di fuori della rispettiva zona di competenza (n. marg. 357 segg.) e dallo svolgere attività di promozione in zone di competenza attribuite ad altri concorrenti (n. marg. 364 segg.). Tali condotte coinvolgevano AMAG Ticino, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto (v. n. marg. 401 segg.) e sono da considerare complessivamente come accordo sulla ripartizione del mercato per zone ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart.

503. L'accordo globale adempie dunque alle fattispecie legali della ripartizione del mercato per zone e per partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart.

C.5.2.2 Risultato intermedio

504. Sulla base di quanto esposto sopra il presente accordo globale costituisce un accordo orizzontale sulla fissazione dei prezzi e sulla ripartizione del mercato per zone e partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart.

C.5.2.3 Confutazione della presunzione legale dell'eliminazione della concorrenza efficace

505. La presunzione legale dell'eliminazione della concorrenza efficace ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart può essere confutata, dimostrando che, nonostante l'accordo in materia di concorrenza, esisteva ancora una concorrenza esterna effettiva – reale e potenziale – (concorrenza esercitata da imprese non partecipanti all'accordo) o una concorrenza interna (concorrenza esercitata dalle imprese partecipanti all'accordo). Al fine di verificare, se tale presunzione legale possa essere confutata è necessario procedere all'esame seguente:

- in un primo momento, deve essere definito il mercato pertinente coperto dall'accordo in materia di concorrenza, dal punto di vista materiale, territoriale ed eventualmente temporale;
- in un secondo momento, deve essere esaminato, se la concorrenza esterna e interna, attuale e potenziale, rimanente sul mercato pertinente nonostante l'esistenza dell'accordo in materia di concorrenza, siano in grado di confutare le conseguenze della presunzione legale.

506. Per quanto riguarda il grado di prova, occorre notare che l'esame della confutazione della presunzione legale di eliminazione della concorrenza efficace richiede, di regola, il chiarimento di processi economici complessi e multicausali. Questo in particolare perché in alcuni casi si tratta di circostanze che si estendono per lunghi periodi di tempo e, a seconda dell'oggetto dell'inchiesta, un gran numero di offerenti e richiedenti sono presenti sul mercato pertinente. Tenuto conto dei requisiti in materia di prova di fatti economici complessi (v. n. marg. 89), il grado di prova richiesto in relazione alla confutazione della presunzione legale di eliminazione della concorrenza efficace è la verosimiglianza preponderante.

C.5.2.3.1 Mercato pertinente

507. Nel definire il mercato pertinente, è necessario determinare quali beni o servizi sono sostituibili per la controparte sul mercato in termini di prodotto, luogo e tempo.⁹⁹⁸

508. In questo contesto, occorre tenere conto dello scopo della definizione del mercato. Non si tratta tanto di creare una definizione di mercato generalmente valida per un settore dell'economia, ma piuttosto di valutare gli effetti (economici) di una limitazione della concorrenza concretamente esaminata.⁹⁹⁹ Inoltre, la determinazione del mercato pertinente è importante in particolare per il calcolo dell'importo della sanzione. Ne consegue che la definizione del mercato dipende da quale (possibile) limitazione della concorrenza è effettivamente oggetto di esame. Questa circostanza può a sua volta portare a che il contenuto della definizione del mercato diverga a seconda del comportamento in esame (accordi, abuso di una posizione dominante, concentrazione d'impresa), anche se riguarda lo stesso settore economico.¹⁰⁰⁰

a. Mercato pertinente materiale

509. Il mercato materiale comprende tutti i beni e i servizi che la controparte sul mercato considera sostituibili quanto alle loro caratteristiche e all'uso al quale sono destinate (art. 11 cpv. 3 lett. a OCCI, qui applicabile per analogia).¹⁰⁰¹

510. La definizione del mercato materiale pertinente è quindi elaborata dal punto di vista della controparte sul mercato e si concentra sul caso individuale in esame: decisiva è la questione di sapere, se i beni o i servizi sono in concorrenza tra loro dal punto di vista della controparte sul mercato.¹⁰⁰² Ciò dipende dal fatto se questi beni e servizi sono considerati sostituibili dai richiedenti in termini di caratteristiche e uso previsto, cioè se sono intercambiabili in quanto a sostanza, luogo e tempo.¹⁰⁰³ In questo contesto, sono decisivi la sostituibilità funzionale (concetto di

⁹⁹⁸ DTF 139 I 72, 92 consid. 9.1 con rinvii (= DPC 2013/1, 127 consid. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁹⁹ Cfr. in particolare OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, pag. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINWORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, pagg. 924–937. Cfr. anche ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (ed.), 2a ed., 2021, art. 4 cpv. 2 n. marg. 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/SANDRO TRAVAGLINI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (ed.), 2a ed., 2021, art. 10 n. marg. 40.

¹⁰⁰⁰ DPC 2017/3, 421 n. marg. 215, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2019/2, 445 n. marg. 600, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2020/3a, 1111, n. marg. 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1818, n. marg. 440, *Bauleistungen Graubünden*. Cfr. pure sentenza del TAF B-7633/2009 del 14.9.2015, consid. 276, *ADSL II* con indicazione a ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (ed.), 2004, 164 segg., e rinvii alla prassi dell'UE. Cfr. anche STEINWORTH (n. 999), 924 segg.

¹⁰⁰¹ DTF 139 I 72, 93 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁰² DTF 141 II 66, 75 segg., consid. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*; DTF 139 I 72, 93 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁰³ DTF 139 I 72, 93 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; DTF 129 II 18, 33 segg., consid. 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

¹⁰⁰⁴ DTF 139 I 72, 93 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁰⁵ Ibid.

mercato della domanda) di beni e servizi dal punto di vista della controparte sul mercato e altri metodi per determinare la sostituibilità di beni e servizi dal punto di vista della domanda.¹⁰⁰⁴ L'oggetto dell'inchiesta concreta deve essere preso come punto di partenza.¹⁰⁰⁵

511. Nel caso concreto, le controparti sul mercato sono rappresentate dai clienti finali, ovvero acquirenti pubblici o privati, di veicoli nuovi.

512. La persona privata o l'ente pubblico che decide di acquistare un veicolo nuovo ha la scelta tra tutta una serie di marchi e modelli di autoveicoli e decide in funzione dei suoi gusti, delle sue necessità e delle sue possibilità finanziarie.

513. Evidentemente, la scelta del cliente finale non è limitata agli autoveicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen, ma si estende su autoveicoli nuovi di altri marchi presenti sul mercato e che sono, di principio, sostituti dei modelli dei marchi del gruppo Volkswagen. Inoltre, a differenza di altri casi riguardanti degli accordi in materia di concorrenza in relazione alla vendita di autoveicoli (v. *BMW*¹⁰⁰⁶ e *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*¹⁰⁰⁷), nel caso di specie non è necessario esaminare i diversi segmenti di mercato, visto che l'accordo globale copriva l'insieme dei modelli di autoveicoli nuovi venduti ai clienti finali.

514. Sulla base dei motivi esposti sopra, ai fini del presente procedimento si assume che il mercato pertinente materiale è dunque rappresentato dal mercato della vendita di autoveicoli nuovi.

b. Mercato pertinente territoriale

515. Il mercato territoriale comprende il territorio all'interno del quale la controparte sul mercato domanda o offre i beni o i servizi che compongono il mercato materiale (art. 11 cpv. 3 lett. b OCCI, qui applicabile per analogia).¹⁰⁰⁸

516. Dal punto di vista geografico, il Cantone Ticino rimane "protetto" dal resto della Svizzera dal Massiccio del San Gottardo e dalle differenze linguistiche, due elementi questi che, da un lato, sono da considerare un limite all'afflusso di clienti verso il Cantone Ticino, e, dall'altro, disincentivano i clienti ticinesi a recarsi nel resto della Svizzera ad acquistare un autoveicolo nuovo. La concorrenza proveniente dall'Italia è fortemente contenuta e limitata essenzialmente dai dazi imposti all'importazione e ad altre formalità burocratiche. I casi di automobilisti ticinesi che attraversano la vicina frontiera per acquistare un autoveicolo nuovo sono da considerare come semplici eccezioni. Inoltre, la portata geografica dell'accordo globale era il Cantone Ticino. In effetti, le parti al procedimento non hanno mai manifestato l'intenzione di estendere i loro comportamenti collusivi al di fuori dei confini di questo cantone. A ciò si aggiunge che dagli atti non risultano elementi che indicano un'eventuale pressione concorrenziale dal resto della Svizzera o dalla vicina Italia, così come nessuna delle parti al procedimento ha finora sollevato tale argomento. Al contrario, da un email del 30 maggio 2014 inviato da [...] (AMAG Import), per conto di [...] (AMAG Import) e [...] (AMAG Import), a diversi collaboratori di AMAG Ticino, tra cui [...] (AMAG Ticino), così come ai destinatari [...] (Tognetti Auto), [...] (Garage Karpf) e [...]

(Garage Maffei), emerge che la stessa AMAG Import considerava il Cantone Ticino come un "mercato geograficamente a sé": "[...] Abbiamo deciso di iniziare nella sua regione poiché il Ticino è un mercato geograficamente a sé e per via del confine linguistico non ha praticamente alcuna influenza sul resto della Svizzera [...]".¹⁰⁰⁹

517. Sulla base di queste considerazioni, a differenza di quanto stabilito in altri procedimenti riguardanti degli accordi in materia di concorrenza in relazione alla vendita di autoveicoli (v. *BMW*¹⁰¹⁰ e *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*¹⁰¹¹), nel presente caso il mercato pertinente territoriale è ritenuto essere il territorio rappresentato dal Cantone Ticino.

c. Conclusione sul mercato pertinente

518. In conclusione, nel caso di specie il mercato pertinente copre la vendita di autoveicoli nuovi nel Cantone Ticino negli anni dal 2006 al 2018.

C.5.2.3.2 Concorrenza esterna e interna

519. Di seguito, occorre esaminare in che misura le imprese coinvolte nell'accordo globale sono state disciplinate nel loro comportamento dalla concorrenza esterna (attuale e potenziale) e interna.

(i) Concorrenza esterna

520. Sul mercato pertinente definito sopra, benché coprano praticamente l'insieme delle vendite di autoveicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen, le imprese coinvolte nell'accordo globale sono in concorrenza con i distributori di altri marchi di autoveicoli (ad esempio: Renault, Mercedes-Benz, Ford, BMW). Come testimoniato dal grafico sottostante, nonostante la parte di mercato raggiunta dalle vendite di autoveicoli dei marchi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino sia notevole, sul mercato pertinente sono comunque presenti altri marchi di autoveicoli con importanti parti di mercato.

¹⁰⁰⁶ DPC 2012/3, 560 segg., n. marg. 176 segg., *BMW*.

¹⁰⁰⁷ DPC 2019/1, 120 segg., n. marg. 249 segg., *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

¹⁰⁰⁸ DTF 139 I 72, 92 consid. 9.2.1 con rinvii, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁰⁹ Atto II.160.

¹⁰¹⁰ DPC 2012/3, 562, n. marg. 189, *BMW*.

¹⁰¹¹ DPC 2019/1, 122, n. marg. 262, *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*.

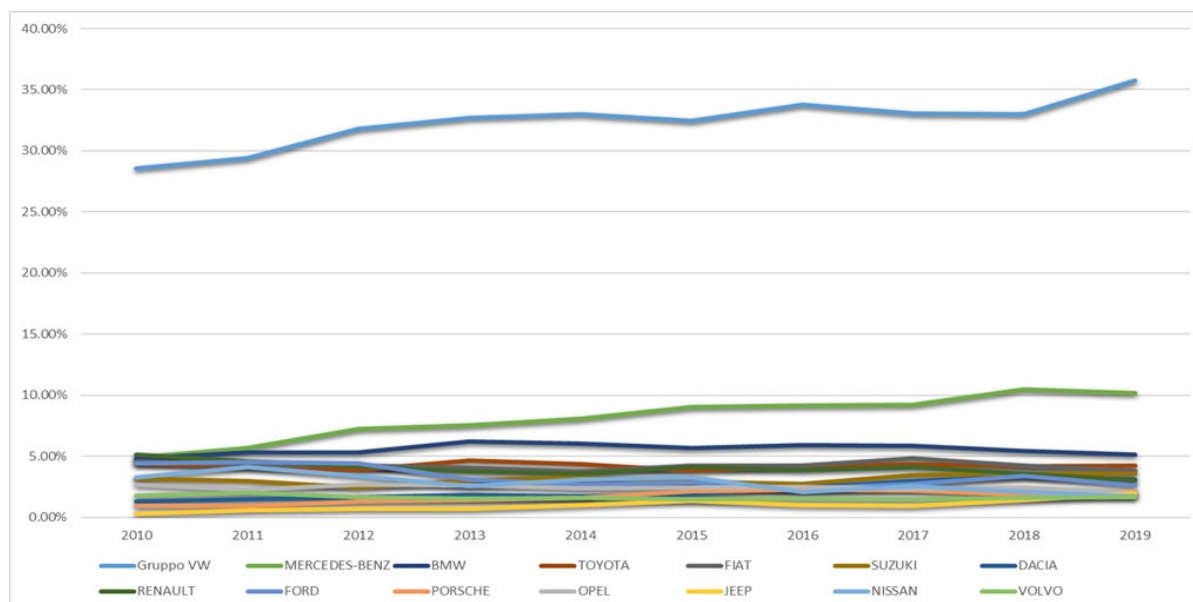


Grafico 1: Parti di mercato delle vendite di autoveicoli nuovi nel Cantone Ticino (2010 - 2019) – fonte: Auto Schweiz; elaborazione: Segreteria

521. Ne consegue che le imprese coinvolte nell'accordo globale hanno dovuto fare fronte nel corso del periodo in oggetto a una certa concorrenza esterna da parte dei distributori di altri marchi (concorrenza "interbrand"), in grado, perlomeno in parte, di disciplinare il loro comportamento.

522. Pertanto, da quanto sopra esposto, è dato ritenere che sul mercato pertinente esisteva una sufficiente concorrenza esterna attuale in grado di confutare la presunzione legale dell'eliminazione della concorrenza efficace.

523. Vista la sufficiente concorrenza attuale si può rinunciare a un esame della concorrenza potenziale.

(ii) Concorrenza interna

524. L'accordo globale aveva come scopo di ridurre, se non eliminare, la concorrenza interna (concorrenza "intra-brand") tra le imprese coinvolte per la vendita di autoveicoli dei marchi del gruppo Volkswagen, evitare la pressione sul prezzo e, dunque, mantenere i prezzi di vendita a un livello elevato (v. n. marg. 419). I comportamenti adottati per raggiungere tale obiettivo hanno interessato l'insieme delle attività relative alla vendita delle imprese coinvolte (v. n. marg. 106, 418), toccando così fondamentali aspetti della concorrenza sul mercato, quali il prezzo e il territorio. Di conseguenza, durante il periodo considerato (2006–2018), la concorrenza interna tra le imprese coinvolte è stata, perlomeno, fortemente ridotta dalla volontà di raggiungere l'obiettivo comune di cui sopra. Ciononostante, è possibile partire dal presupposto che tra le parti al procedimento esisteva una certa concorrenza residua fondata sulla qualità e sui servizi di vendita e post-vendita.

C.5.2.4 Risultato intermedio

525. In sintesi, nonostante la concorrenza interna sia stata fortemente limitata dall'accordo globale, sul mercato pertinente esisteva una sufficiente concorrenza esterna in

grado di confutare la presunzione legale dell'art. 5 cpv. 3 LCart.

C.5.3 Intralcio notevole della concorrenza

526. Sono illeciti gli accordi in materia di concorrenza che intralciano notevolmente la concorrenza sul mercato di determinati beni e servizi e che non sono giustificati da motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 1 LCart).

527. Nella sentenza *Gaba*, il Tribunale federale ha sostanzialmente stabilito che con l'introduzione del criterio della notabilità all'art. 5 cpv. 1 LCart il legislatore federale intendeva escludere i "casi bagatelle".¹⁰¹² Il Tribunale federale ha quindi ritenuto che gli accordi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart sono da considerare, per la loro stessa natura, come degli intralci notevoli alla concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 LCart.¹⁰¹³ In questi casi, il criterio qualitativo che deriva dall'oggetto stesso degli accordi previsti all'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart è di principio sufficiente per ammettere la realizzazione della condizione di intralcio notevole alla concorrenza giusta l'art. 5 cpv. 1 LCart, senza che sia necessario esaminare gli effetti.¹⁰¹⁴

528. Nel presente accordo globale era insito un grande potenziale di danno per la concorrenza efficace. In quanto accordo orizzontale sulla fissazione del prezzo e di ripartizione del mercato per zone e partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart l'accordo globale copriva dei parametri concorrenziali centrali, adempiendo

¹⁰¹² DTF 143 II 297, 313 segg. consid. 5.1, *Gaba*. Giurisprudenza confermata nelle sentenze DTF 144 II 194, 198 consid. 4.3.1, *BMW*; DTF 144 II 246, 262 consid. 10.1, *Altium*; DTF 147 II 72, 101 seg. consid. 6.1–6.2, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁰¹³ DTF 143 II 297, 315 segg. consid. 5.2.1–5.2.5, 5.3.2, 5.6, *Gaba*.

¹⁰¹⁴ DTF 143 II 297, 318 consid. 5.2.5, 323 seg., consid. 5.4, *Gaba*. V. anche DTF 144 II 194, 198 seg. consid. 4.3.1–4.3.2, *BMW*; DTF 144 II 246, 262 consid. 10.1, *Altium*.

così, di principio, per la sua stessa natura il criterio di notabilità. Inoltre, tale accordo è durato, perlomeno, dal 2006 al 2018. Non appaiono elementi che potrebbero condurre ad ammettere un'eccezione a questa notabilità di principio. Pertanto, l'accordo globale in questione costituisce un intralcio notevole alla concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 in combinato disposto con il cpv. 1 LCart.

529. Si tratta qui di seguito di esaminare se questo accordo è giustificato da motivi di efficienza economica.

C.5.4 Motivi di efficienza economica

530. Giusta l'art. 5 cpv. 2 LCart un accordo in materia di concorrenza è considerato giustificato da motivi di efficienza economica:

- a. se è necessario per ridurre il costo di produzione o di distribuzione, per migliorare i prodotti o il processo di fabbricazione, per promuovere la ricerca o la diffusione di conoscenze tecniche o professionali o per sfruttare più razionalmente le risorse; e
- b. se non consentirà affatto alle imprese interessate di sopprimere la concorrenza efficace.

531. Di conseguenza, un accordo è giustificato se sono soddisfatte cumulativamente le condizioni seguenti: in primo luogo, deve esistere almeno uno dei motivi di efficienza economica elencati all'art. 5 cpv. 2 lett. a LCart, in secondo luogo, l'accordo deve essere necessario per realizzare l'efficienza economica e, in terzo luogo, l'accordo non deve consentire l'eliminazione della concorrenza.¹⁰¹⁵

532. Il concetto di efficienza della legge sui cartelli deve essere inteso in termini economici e, in questo senso, l'aumento di efficienza deve essere di natura economica. La condizione di necessità si basa sul principio di proporzionalità applicabile nel diritto amministrativo. Di conseguenza, una giustificazione per motivi di efficienza economica può essere adottata, unicamente se l'accordo è idoneo a raggiungere l'obiettivo perseguito, se non sono disponibili altri mezzi meno nocivi per la concorrenza e se la concorrenza non è eccessivamente limitata rispetto all'obiettivo perseguito.¹⁰¹⁶

533. Nel caso del presente accordo globale, non risultano motivi di efficienza economica ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 LCart, né tali motivi sono stati fatti valere dalle parti al procedimento, ad eccezione di Garage Maffei.

534. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Garage Maffei ha sostenuto che il sistema introdotto da AMAG nell'ambito delle commesse pubbliche sarebbe stato giustificato da motivi di efficienza economica.¹⁰¹⁷ Garage Maffei avrebbe necessitato del sostegno di AMAG per partecipare a delle commesse pubbliche che richiedevano delle conoscenze specifiche per elaborare le offerte riguardanti veicoli speciali con modifiche o sovrastrutture (ad es. i veicoli [...], per il trasporto [...]o per [...]). Senza il sostegno di AMAG, piccole imprese come Garage Maffei non sarebbero state in grado di inoltrare delle offerte per tali veicoli. Inoltre, tale sostegno contribuiva al raggiungimento degli obiettivi di vendita di Garage Maffei e, di conseguenza, ad aumentare l'indipendenza e la competitività di quest'ultimo.¹⁰¹⁸ Garage Maffei fa pure valere che AMAG non avrebbe fatto altro che sviluppare un sistema più efficiente e pro-competitivo

per aggirare il divieto di subappalto contenuto nella regolamentazione ticinese sulle commesse pubbliche (nello specifico, l'art. 24 cpv. 2 LCPubb¹⁰¹⁹), ripartendo gli incarichi tra i concessionari e partner commerciali coinvolti.¹⁰²⁰

535. Né nella sua presa di posizione, né nella sua arringa nel quadro delle audizioni, Garage Maffei ha specificato a quali motivi di efficienza economica ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 lett. a LCart esso si appella, limitandosi ad asserire, in maniera generale e superficiale, un miglioramento della competitività e dell'indipendenza di quest'ultimo. In primo luogo, occorre osservare che tali argomenti sono in contraddizione con quanto affermato poco più avanti nella stessa presa di posizione sulla proposta della Segreteria, secondo cui il sistema sviluppato da AMAG (in particolare il sistema di ribassi e la possibilità di AMAG di risolvere i contratti) avrebbe fortemente limitato l'indipendenza economica dei partner contrattuali.¹⁰²¹ In secondo luogo, il sostegno nell'elaborazione di offerte per veicoli speciali non era lo scopo della cooperazione. Come risulta dalle rilevanti istruttorie, l'obiettivo della cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche aveva come oggetto la ripartizione dei veicoli in gara o aggiudicati in funzione degli obiettivi di vendita e la determinazione in comune del valore delle singole offerte (v. n. marg. 112 segg.). Inoltre, tale cooperazione faceva parte di un disegno comune per ridurre, se non eliminare, la reciproca pressione concorrenziale, evitare la pressione sul prezzo e, dunque, mantenere elevato il livello dei prezzi di vendita (v. n. marg. 420 seg.). In terzo luogo, anche a volere ammettere, per ipotesi, l'esistenza di uno o più motivi di efficienza economica elencati all'art. 5 cpv. 2 lett. a LCart, la ripartizione dei veicoli in gara o aggiudicati, la trasmissione di offerte contenenti le condizioni di vendita e il prezzo finale e l'inoltro di offerte di appoggio non costituiscono misure idonee per sopperire a una mancanza di conoscenze tecniche per l'elaborazione di offerte riguardanti veicoli speciali. Per di più, le parti al procedimento coinvolte avrebbero avuto a disposizione dei mezzi meno nocivi per la concorrenza per affrontare la presunta mancanza di conoscenze tecniche per l'allestimento di sovrastrutture o l'esecuzione di modifiche per i veicoli richiesti dal committente. Ad esempio, esse avrebbero potuto limitarsi effettivamente a richiedere delle semplici consulenze senza accordarsi sull'attribuzione dei veicoli in gara o discutere/scambiare informazioni sui prezzi o elementi del prezzo, oppure affidarsi a dei professionisti terzi con conoscenze specifiche nel settore.

¹⁰¹⁵ DTF 129 II 18, 45 consid. 10.3 e rinvii, *Buchpreisbindung*; 143 II 297, 335, consid. 7.1 e rinvii, *Gaba*; 147 II 72, 107, consid. 7.2 e rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁰¹⁶ V. Messaggio LCart 1994, FF 1995 I 389, 446 seg., cap. 231.3. Cfr. pure DTF 147 II 72, 107, consid. 7.2 e rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁰¹⁷ Atti XIX.98, n. marg. 23 segg. Cf. pure XX.38, allegato 5, n. marg. 3 segg.

¹⁰¹⁸ Atti XIX.98, n. marg. 23–25. Cf. pure XX.38, n. marg. 73, allegato 5, n. marg. 4–6.

¹⁰¹⁹ Legge del 20.2.2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb; RLTI 730.100).

¹⁰²⁰ Atti XIX.98, n. marg. 26–27; XX.38, allegato 5, n. marg. 7–8.

¹⁰²¹ Atto XIX.98, n. marg. 17.

536. Il fatto che la cooperazione messa in atto dalle imprese coinvolte sia stato un tentativo per aggirare il divieto di subappalto (tra l'altro non assoluto, v. art. 24 cpv. 3 LCPubb) non cambia la sostanza di quanto esposto sopra e potrebbe tutt'al più costituire una grave violazione alla normativa ticinese sulle commesse pubbliche (cfr. art. 45a LCPubb).

C.6 Conclusione

537. Sulla base delle considerazioni esposte precedentemente, è ritenuta l'esistenza di un accordo orizzontale illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c in combinato disposto con il cpv. 1 LCart, tra le imprese indicate al n. marg. 452 riguardante la vendita di autoveicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino negli anni dal 2006 al 2018.

C.7 Misure

538. Giusta l'art. 30 cpv. 1 LCart la COMCO decide le misure da adottare o l'approvazione della conciliazione. Misure in questo senso sono sia ordini di eliminare le limitazioni illecite della concorrenza (cfr. n. marg. 539 segg.) sia sanzioni pecuniarie (cfr. n. marg. 550 segg.).

C.7.1 Ordine di misure

539. Nel caso di una limitazione illecita della concorrenza, la COMCO può ordinare delle misure per eliminarla, imponendo alle parti al procedimento un obbligo, la cui violazione è sanzionabile, di agire (ordine) o di astenersi dall'agire (divieto). Queste decisioni costitutive devono sempre rispettare il principio di proporzionalità, motivo per il quale le misure dipendono dal tipo e dall'intensità della concreta violazione della concorrenza.¹⁰²²

540. Dai considerandi emerge che le parti al procedimento hanno partecipato a un accordo illecito in materia di concorrenza riguardante la vendita di autoveicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino. Queste imprese sono dunque tenute ad assumere un comportamento che impedisca la realizzazione o il rischio di simili limitazioni della concorrenza.

541. Alle parti al procedimento che non hanno concluso una conciliazione, ovvero Autoronchetti e Garage Maffei, è vietato:

- i. nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di autoveicoli nuovi:
 - scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione;
 - richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta;
 - presentare offerte di sostegno o fittizie e astenersi dal presentare un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti;
- ii. nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali:
 - fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti;

iii. nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing:

- concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geografiche o di partner commerciali.

542. Questi ordini descrivono in modo sufficientemente specifico, completo e chiaro gli obblighi di Autoronchetti e Garage Maffei per adattare il loro comportamento futuro in conformità alla Legge sui cartelli. In particolare, gli ordini sono direttamente legati alle condotte illegali da loro commesse e impediscono che tali condotte si ripetano. Inoltre, tali obblighi rispettano il principio di proporzionalità, in quanto idonei a raggiungere l'obiettivo di prevenire il ripetersi delle limitazioni della concorrenza identificate, necessari e proporzionati.

543. Violazioni o infrazioni in relazione a questi ordini possono essere soggette a sanzioni amministrative o penali ai sensi degli art. 50 rispettivamente 54 LCart. Tale sanzionabilità deriva dalla legge stessa, motivo per il quale si può rinunciare a una corrispondente minaccia di sanzioni – la quale sarebbe meramente dichiarativa e non costitutiva – nel dispositivo.¹⁰²³

544. Per quanto riguarda le parti che hanno concluso una conciliazione, si rinvia alla sezione seguente.

C.7.2 Conciliazioni

545. Al posto di ordinare unilateralmente delle misure per eliminare le limitazioni illecite della concorrenza, la COMCO può approvare una conciliazione ai sensi dell'art. 29 cpv. 1 LCart.

546. Come indicato precedentemente (v. n. marg. 58), la Segreteria ha concluso delle conciliazioni con le seguenti parti al procedimento:

- AMAG, in data 8 giugno 2021,
- Tognetti Auto, in data 8 giugno 2021,
- Gruppo Karpf, in data 22 giugno 2021,
- Garage Weber-Monaco, in data 22 giugno 2021, e
- Garage Nessi, in data 23 agosto 2021.

547. Gli accordi presi nel quadro delle conciliazioni concluse con queste parti al procedimento sono identici e il loro contenuto è il seguente.

A Osservazioni preliminari

a) *La seguente conciliazione ai sensi dell'art. 29 LCart avviene per facilitare ed abbreviare il procedimento 22-0489 nell'interesse di tutte le parti coinvolte e giungere – previa approvazione della Commissione della concorrenza (COMCO) – ad una conclusione formale.*

¹⁰²² Cfr. DPC 2020/4a, 1830, n. marg. 533 con rinvii, *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁰²³ Cfr. REKO/WEF, 9.6.2005, DPC 2005/3, 530 consid. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; TAF, 3.10.2007, DPC 2007/4, 653 consid. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

- b) *Per raggiungere gli obiettivi di cui alla lettera a), l'accertamento dei fatti e la valutazione giuridica sono ridotte il più possibile. Di conseguenza, la portata ed il grado di dettaglio delle motivazioni della decisione della COMCO possono essere parzialmente ridotte rispetto ad una decisione senza una conciliazione.*
- c) *Con la firma della presente conciliazione (su riserva dell'approvazione della COMCO) le misure relative a tutte le limitazioni alla concorrenza oggetto dell'inchiesta 22-0489 nei confronti di [parte] saranno stabilite di comune accordo ed in via definitiva.*
- d) *La volontà e la disponibilità di [parte] di concludere la seguente conciliazione saranno riconosciute dalla Segreteria come comportamento cooperativo e saranno prese in considerazione quali circostanze attenuanti della sanzione nel quadro della proposta di decisione. Sulla base della situazione attuale, la Segreteria intende proporre alla COMCO una sanzione dell'ordine di franchi [...] a franchi [...]. Tuttavia, la determinazione definitiva dell'ammontare della sanzione è lasciata al giudizio della COMCO e avviene nella decisione che mette fine al procedimento.*

[per le parti al procedimento che hanno firmato la conciliazione, gli importi delle sanzioni di cui alla lett. d delle osservazioni preliminari sono i seguenti:

AMAG: franchi [...] a franchi [...];

Gruppo Karpf: franchi [...] a franchi [...];

Garage Nessi: franchi [...] a franchi [...];

Garage Weber-Monaco: franchi [...] a franchi [...];

Tognetti Auto: franchi [...] a franchi [...].]

- e) *Se la COMCO non dovesse approvare questa conciliazione, l'inchiesta sarà portata a termine secondo la procedura ordinaria.*
- f) *Anche se la conclusione della presente conciliazione non costituisce per [parte] un riconoscimento [della ricostruzione della fattispecie e] della valutazione giuridica effettuata dalle autorità in materia di concorrenza, [parte] afferma che, in caso di approvazione della presente conciliazione da parte della COMCO e qualora il quadro sanzionatorio proposto ai sensi della lettera d) non venga superato, il ricorso a rimedi giuridici è reso inutile.*
- g) *Con questa conclusione del procedimento, i costi di procedura sono posti proporzionalmente a carico delle parti.*

B Accordi

1. [Parte] *si impegna, nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di veicoli nuovi:*
- a) *a non scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in*

cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione;

- b) *a non richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta;*
- c) *a non presentare offerte di sostegno o fittizie e non astenersi dal presentare un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti.*
2. [Parte] *si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali, a non fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart.*
3. [Parte] *si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing, a non concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geografiche o di partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart.*

548. Le conciliazioni menzionate sopra obbligano le parti al procedimento a conformare il loro comportamento futuro alla Legge sui cartelli. Gli accordi presi nel quadro di tali conciliazioni sono sufficientemente specifici, completi e chiari. Attraverso queste conciliazioni, le limitazioni illecite della concorrenza identificate nel presente procedimento sono eliminate ed è fornita sufficiente chiarezza giuridica per le imprese coinvolte.

549. Violazioni o infrazioni in relazione a queste conciliazioni possono essere soggette a sanzioni amministrative o penali ai sensi degli art. 50 rispettivamente 54 LCart. Tale sanzionabilità deriva dalla legge stessa, motivo per il quale si può rinunciare a una corrispondente minaccia di sanzioni – la quale sarebbe meramente dichiarativa e non costitutiva – nel dispositivo.¹⁰²⁴

C.7.3 Sanzioni

550. Giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart all'impresa che partecipa a un accordo illecito secondo l'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart o attua una pratica illecita secondo l'art. 7 LCart è addossato un importo sino al 10 % della cifra d'affari realizzata in Svizzera negli ultimi tre esercizi. L'importo concreto è calcolato in funzione della durata e della gravità delle pratiche illecite. Nella determinazione di questo importo è tenuto adeguatamente conto del presunto guadagno che l'impresa ha conseguito con le pratiche illecite.

¹⁰²⁴ Cfr. REKO/WEF, 9.6.2005, DPC 2005/3, 530 consid. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; TAF, 3.10.2007, DPC 2007/4, 653 consid. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

C.7.3.1 In generale

551. Sulla base della *ratio legis* della normativa, le sanzioni amministrative previste dall'art. 49a segg. LCart – e in particolare le sanzioni dirette introdotte con la revisione della Legge sui cartelli del 2003 per le violazioni alla concorrenza particolarmente gravi – sono destinate a garantire un'applicazione efficace delle regole di concorrenza e, attraverso il loro effetto preventivo, a impedire delle violazioni alla concorrenza.¹⁰²⁵ Delle sanzioni dirette possono essere pronunciate solo assieme a una decisione finale che accerti l'illiceità della limitazione della concorrenza in questione.¹⁰²⁶

552. La misura sanzionatoria prevista all'art. 49a LCart ha un carattere simile al diritto penale.¹⁰²⁷ Pertanto, di principio, si applicano le garanzie procedurali previste agli art. 6 e 7 CEDU e agli art. 30 e 32 Cst. (v. anche n. marg. 87), la cui portata deve essere determinata nel quadro dell'esame delle singole garanzie.¹⁰²⁸ Tuttavia, il procedimento relativo ai cartelli sono dei procedimenti amministrativi, anche se la sanzione giusta l'art. 49a LCart rappresenta una Csanzione penale ai sensi dell'art. 6 CEDU.¹⁰²⁹

C.7.3.2 Condizioni

C.7.3.2.1 Fattispecie legale dell'art. 49a LCart

553. L'imposizione di una sanzione alle parti al procedimento presuppone che la fattispecie legale dell'art. 49a cpv. 1 LCart sia adempiuta. Secondo questa disposizione, a un'impresa che partecipa a un accordo illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 o 4 LCart o attua una pratica illecita ai sensi dell'art. 7 LCart è inflitta una sanzione. Una sanzione può dunque essere pronunciata, se 1) è stata stabilita l'esistenza di un comportamento illecito ai sensi dell'art. 49a LCart, 2) il comportamento illecito è stato adottato da un'impresa ai sensi della Legge sui cartelli.

554. *In casu*, queste condizioni sono soddisfatte. Le parti al procedimento hanno assunto un comportamento illecito e sanzionabile ai sensi dell'art. 49a LCart, in quanto hanno partecipato a un accordo illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c in combinato disposto con il cpv. 1 LCart (v. n. marg. 537). Tutte e sette le parti al procedimento erano al momento della realizzazione delle fattispecie accertate delle imprese ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 e 1^{bis} LCart (v. n. marg. 452).

555. Per la questione della sanzionabilità non è decisivo determinare se l'accordo illecito ha condotto a un'eliminazione della concorrenza efficace o a un intralcio notevole della concorrenza.¹⁰³⁰

C.7.3.2.2 Imputabilità

556. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'imputabilità rappresenta l'elemento soggettivo della fattispecie legale dell'art. 49a cpv. 1 LCart.¹⁰³¹ Per ammettere l'imputabilità, decisiva è un'oggettiva mancanza di diligenza nel senso di una colpa organizzativa.¹⁰³²

557. Alla luce della giurisprudenza del Tribunale federale, un'impresa è perseguibile se le possono essere imputate delle carenze organizzative, anche senza che la violazione sia la conseguenza del comportamento di una determinata persona fisica. Nell'ambito del diritto dei cartelli, l'obbligo di diligenza deriva principalmente dalla Legge sui

cartelli, che le imprese sono tenute a rispettare. In questo senso, esse sono tenute ad astenersi dal concludere accordi in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart. Nel caso in cui è stabilita l'esistenza di un comportamento anticoncorrenziale, di regola è violato anche l'obbligo oggettivo di diligenza, poiché le imprese sono tenute a informarsi sulle norme della LCart e sulla prassi in materia. Inoltre, le imprese hanno anche la possibilità di rivolgersi alla COMCO per ottenere informazioni sulla situazione giuridica attuale.¹⁰³³

558. In particolare, un'oggettiva mancanza di diligenza nel senso di una colpa organizzativa è data, se un'impresa adotta o continua un comportamento, nonostante sia cosciente del fatto che questo comportamento potrebbe essere eventualmente illecito.¹⁰³⁴

559. Solo in rari casi non è data l'imputabilità, come ad esempio, se l'impresa non era a conoscenza della violazione della Legge sui cartelli commessa da un dipendente senza funzione d'organo e non sarebbe stata in grado di averne conoscenza neppure se si fosse adeguatamente organizzata e se essa ha preso tutte le misure ragionevoli per prevenire la violazione del diritto dei cartelli.¹⁰³⁵

560. Nella presente fattispecie, la violazione alla Legge sui cartelli contestata è imputabile a tutte le imprese elencate al n. marg. 452, a prescindere dall'intensità della loro partecipazione all'accordo globale, di cui è tenuto conto in sede di calcolo della sanzione (v. n. marg. 593 segg.).

561. Le persone fisiche che hanno agito per conto delle imprese coinvolte e che hanno concluso l'accordo illecito in materia di concorrenza lo hanno fatto consapevolmente (come risulta in particolare da alcuni scambi di email, v. n. marg. 136, 161, 164, 269, 379) o ne hanno accettato l'effetto anticoncorrenziale, ovvero hanno perlomeno agito in questo senso con dolo eventuale.

562. Inoltre, tali persone fisiche avevano il diritto di firma, appartenevano alla direzione delle imprese o erano diretti subalterni di membri della dirigenza. La loro intenzione (o dolo eventuale) riguardo ai comportamenti che hanno intrapreso può quindi essere attribuita senz'altro alle rispettive imprese.

¹⁰²⁵ Messaggio del 7.11.2001 concernente la revisione della legge sui cartelli (di seguito: Messaggio LCart 2003), FF 2002 1835, 1836, 1846 segg. e 1853 segg.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

¹⁰²⁶ FF 2002 1835, 1846.

¹⁰²⁷ DTF 139 I 72, 78 segg., consid. 2.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*. V. anche DTF 147 II 72, 111 consid. 8.2 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁰²⁸ DTF 139 I 72, 78 segg., consid. 2.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰²⁹ DTF 147 II 72, 112 consid. 8.3.2 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁰³⁰ DTF 143 II 297, 337 segg., consid. 9, *Gaba*.

¹⁰³¹ Sentenza del TF 2C_484/2010 del 29.6.2012, consid. 12.2.2 (considerando non pubblicato in DTF 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. V. anche DTF 147 II 72, 112, consid. 8.4.1, *Hors-Liste Medikamente*; DTF 146 II 217, 252 segg., consid. 8.5.1, *Swisscom/WEKO*; DTF 143 II 297, 344, consid. 9.6.1 con ulteriori rinvii, *Gaba*.

¹⁰³² DTF 147 II 72, 113, consid. 8.4.2 con rinvii, *Hors-Liste Medikamente*.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ Sentenza del TF 2C_484/2010 del 29.6.2012, consid. 12.2.2 (considerando non pubblicato in DTF 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰³⁵ DPC 2011/1, 189 n. marg. 558 con rinvii, *SIX/DCC*.

563. Infine, non risultano motivi che impediscano di imputare alle imprese elencate al n. marg. 452 la violazione alla Legge sui cartelli accertata, né tali motivi sono stati sollevati da quest'ultime.

C.7.3.2.3 Sanzionabilità dal punto di vista temporale

564. Ai sensi dell'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart non vi è sanzione, se la limitazione della concorrenza ha cessato di esplicitare i suoi effetti da oltre cinque anni prima dell'apertura dell'inchiesta. Per valutare questo periodo di cinque anni, deve essere presa in considerazione l'intera durata del cartello.

565. Nel presente caso, l'accordo illecito in materia di concorrenza è durato perlomeno fino all'apertura dell'inchiesta, ovvero il 26 giugno 2018 (v. n. marg. A.3.1 e 419). Pertanto, dal punto di vista temporale non vi sono impedimenti a sanzionare la presente violazione del diritto dei cartelli.

566. Nella sua presa di posizione del 24 febbraio 2022 sulla proposta delle Segreterie, Garage Maffei ha fatto valere che, in virtù dell'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart, le condotte precedenti al 26 giugno 2013 sarebbero prescritte e che solo quelle riguardanti il periodo tra il 26 giugno 2013 e il 26 giugno 2018 potrebbero essere prese in considerazione per stabilire l'importo della sanzione.¹⁰³⁶

567. Innanzitutto, vale precisare che la legge sui cartelli non prevede un vero e proprio termine di prescrizione dell'azione per il perseguimento dei comportamenti sanzionabili giusta l'art. 49a LCart.¹⁰³⁷ Tutt'al più, il termine di cinque anni previsto all'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart può essere considerato come un termine di decadenza, in virtù del quale è possibile sanzionare delle violazioni alla legge sui cartelli, se l'inchiesta è aperta tempestivamente.¹⁰³⁸ Inoltre, l'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart deve essere interpretato in funzione della limitazione della concorrenza, ossia l'atto, e non dell'impresa.¹⁰³⁹ Di conseguenza, per sanzionare un'impresa è sufficiente che l'inchiesta sia stata aperta entro il termine cinque anni dalla cessazione della limitazione della concorrenza nei confronti di una qualsiasi delle imprese coinvolte.¹⁰⁴⁰

568. Nel presente caso, l'accordo globale in questione è esistito dal 2006 al 26 giugno 2018. Tale accordo è da ritenere come un'unica e duratura limitazione alla concorrenza che è cessata al più tardi nel giugno del 2018. Il termine indicato all'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart verrebbe così a scadere il 26 giugno 2023. Come già considerato nel quadro del concetto di accordo globale (v. n. marg. 486), sarebbe "artificioso" frazionare un comportamento continuato, caratterizzato da un'unica finalità, ravvisandovi più infrazioni distinte. Pertanto, non può essere seguita la tesi di Garage Maffei quando afferma che solo le condotte dal 26 giugno 2013 al 26 giugno 2018 possono essere sanzionate.

C.7.3.2.4 Conclusione intermedia

569. In base a quanto esposto sopra, le condizioni ai sensi dell'art. 49a cpv. 1 LCart sono soddisfatte e le imprese elencate al n. marg. 452 sono quindi da sanzionare per la loro partecipazione all'accordo orizzontale illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c in combinato disposto con il cpv. 1 LCart riguardante la

vendita di autoveicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino negli anni dal 2006 al 2018.

C.7.3.3 Attribuzione della violazione del diritto dei cartelli

570. Una volta stabilita l'imputabilità delle violazioni del diritto dei cartelli, occorre valutare in che misura tali violazioni possano essere attribuite alle parti al procedimento. A tale scopo è decisivo determinare quali sono gli enti responsabili per l'impresa, vale a dire quali persone giuridiche o persone fisiche o comunità giuridiche (ad esempio, società in nome collettivo) erano o sono responsabili delle imprese inadempienti. Nella misura in cui le parti al procedimento erano rispettivamente sono gli enti responsabili delle imprese inadempienti all'epoca del reato così come attualmente, l'attribuzione delle violazioni del diritto dei cartelli non solleva questioni specifiche. Questo è il caso delle seguenti imprese (le società responsabili sono elencate tra parentesi):

- Autoronchetti (Autoronchetti Sagl);
- Gruppo Karpf (Garage Karpf & Co. e GARAGE 3 VALLI SA);
- Garage Maffei (Garage Carrozzeria Maffei SA);
- Garage Nessi (Garage Nessi SA);
- Garage Weber-Monaco (GARAGE WEBER-MONACO SA);
- TOGNETTI AUTO SA.

Le parti al procedimento menzionate sopra devono essere sanzionate per la violazione al diritto dei cartelli commessa dalle imprese di cui sono responsabili.

571. L'attribuzione delle violazioni del diritto dei cartelli deve invece essere particolarmente esaminata laddove la responsabilità dell'impresa è mutata durante o dopo la commissione del fatto, nominatamente nel caso di concentrazioni d'impresa e ristrutturazioni. Nella presente fattispecie, sono esaminati la ristrutturazione interna al gruppo AMAG (v. sez. C.7.3.3.2), la questione riguardante la presunta continuità economica tra [...] e Garage 3 Valli (v. sez. C.7.3.3.3) e la continuità economica tra [...] e Garage Nessi SA (v. sez. C.7.3.3.4).

C.7.3.3.1 Successione legale e continuità economica

572. Secondo la prassi della COMCO, una violazione del diritto della concorrenza non è attribuibile al nuovo ente responsabile di un'impresa solo nel caso di una vera e

¹⁰³⁶ Atto XIX.98, n. marg. 31–34.

¹⁰³⁷ DPC 2013/4, 632 seg., n. marg. 1012 seg., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. Cfr. anche CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (ed.), 2a ed., 2021, art. 49a n. marg. 240.

¹⁰³⁸ V. TAF B-771/2012 del 25.6.2018, consid. 9.2.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*; DPC 2020/4a, 1833, n. marg. 555, *Bauleistungen Graubünden*. Cfr. pure TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), art. 49a n. marg. 241.

¹⁰³⁹ TAF, B-5119/2019 del 9.8.2021, consid. 5.2–5.6, *Centorame/WEKO*.

¹⁰⁴⁰ TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), art. 49a n. marg. 242a.

propria successione legale (ad esempio, a seguito di una fusione), ma anche nei casi in cui un'impresa esistente viene continuata sotto un nuovo ente responsabile da un punto di vista puramente economico (concetto della "continuità economica"), per esempio nel contesto di un *asset deal*¹⁰⁴¹ o in caso di ristrutturazioni interne di un'impresa (riorganizzazione della struttura societaria)¹⁰⁴². In questo contesto, è necessario esaminare se l'impresa che ha violato la Legge sui cartelli esiste ancora in termini economici. In tal caso, possono essere sanzionate, da un lato, quelle società che nel periodo della violazione alla LCart erano gli enti responsabili, e dall'altro lato, quelle società che sono diventate successivamente enti responsabili della società che ha continuato a esistere.¹⁰⁴³

573. Il concetto di continuità economica applicato al diritto della concorrenza ha origine nella giurisprudenza europea.¹⁰⁴⁴ Nella sentenza *ETI*, la CGUE ha precisato che l'applicazione di questo principio è giustificato dalla necessità di garantire l'effetto dissuasivo delle sanzioni comminate a fronte delle violazioni al diritto in materia di concorrenza ("A quest'ultimo riguardo, occorre considerare che una sanzione inflitta ad un'impresa che continua ad esistere giuridicamente, ma non esercita più attività economiche, rischia di essere priva di effetto dissuasivo").¹⁰⁴⁵ In questa sentenza, la CGUE ha anche ricordato che "[...] se nessun'altra possibilità di imposizione della sanzione ad un ente diverso da quello che ha commesso l'infrazione fosse prevista, alcune imprese potrebbero sfuggire alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa. Lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive sarebbe pertanto compromesso".¹⁰⁴⁶ La CGUE ha anche aggiunto che "[...] qualora un ente che ha commesso un'infrazione alle regole della concorrenza sia oggetto di una modifica di **natura giuridica o organizzativa**, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è **identità fra i due enti**" (carattere in grassetto aggiunto).¹⁰⁴⁷

574. Secondo la prassi della COMCO, per valutare l'esistenza di una continuità economica, occorre tenere conto di tutte le circostanze del caso. In particolare, sono determinanti i criteri seguenti:¹⁰⁴⁸

- ripresa del personale (in particolare, persone chiave), dell'inventario e dei locali;
- identica attività economica (dal punto di vista materiale e geografica);
- ripresa del know-how, registro dei clienti e altri valori immateriali;
- entrata nei contratti;
- aspetto esterno (ad esempio, ragione sociale uguale o simile, "*corporate identity*").

C.7.3.3.2 Ristrutturazione interna al gruppo AMAG

575. A inizio del 2018 è avvenuta una ristrutturazione interna al gruppo AMAG caratterizzata dagli aspetti principali seguenti:

- Fino al 31 dicembre 2017 le divisioni Import e Retail erano riunite sotto la precedente società denominata AMAG Automobili e Motori SA, società figlia di Careal Holding SA (divenuta Careal Property Group SA il 1° gennaio 2018; n. marg. 3). A seguito della ristrutturazione interna al gruppo AMAG (n. marg. 2 seg.), il 1° gennaio 2018 la precedente società denominata AMAG Automobili e Motori SA è divenuta AMAG Import SA (qui abbreviata: AMAG Import), riprendendo così le attività come importatore generale di veicoli e di pezzi di ricambio originali dei marchi del gruppo Volkswagen (v. n. marg. 4).
- Sempre fino al 31 dicembre 2017 la precedente società denominata AMAG Automobili e Motori SA disponeva di sue succursali nel Cantone Ticino, elencate al n. marg. 9 e riunite sotto la direzione di AMAG Ticino.
- A sua volta, a partire dal 1° gennaio 2018 la divisione Retail della precedente società denominata AMAG Automobili e Motori SA è stata trasferita alla nuova società AMAG Automobili e Motori SA (qui abbreviata: AMAG; v. n. marg. 8).
- Dal 1° gennaio 2018 AMAG Group SA (qui abbreviata: AMAG Group) ha ripreso tutte le attività legate al settore degli autoveicoli e insieme a Careal Property Group SA (precedentemente Careal Holding SA) fanno parte del gruppo AMAG (v. n. marg. 3). AMAG Group SA è la società madre sia di AMAG Import SA sia di AMAG Automobili e Motori SA (v. illustrazione 1).

576. Sulla base degli elementi esposti sopra (n. marg. 575) emerge che con la ristrutturazione interna al gruppo AMAG sono stati semplicemente spostati attivi e passivi di società appartenenti allo stesso gruppo. Le succursali nel Cantone Ticino della precedente società denominata AMAG Automobili e Motori SA (riunite sotto la direzione di AMAG Ticino ed elencate al n. marg. 9) sono divenute a partire dal 1° gennaio 2018 succursali della nuova società AMAG Automobili e Motori SA e hanno quindi continuato a esistere dal punto di vista economico all'interno della struttura del gruppo AMAG. Pertanto, sulla base dei criteri enunciati sopra (v. n. marg. 572

¹⁰⁴¹ Cfr. DPC 2020/4a, 1835, n. marg. 562, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2019/2, 322, n. marg. 746 segg., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2019/2, 302, n. marg. 85 segg., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*; DPC 2017/3, 454 n. marg. 261 segg., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

¹⁰⁴² TAF B-831/2011 del 18.12.2018 consid. 61, 129, 1502 segg., *SIX/DCC*. V. pure TAF B-5130/2019 del 9.8.2021, consid. 7.5.2, *Schlup AG et al./WEKO*. Cfr. a questo proposito anche DPC 2020/3a, 1100 segg., n. marg. 1149 segg., 1173 segg., *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1835, n. marg. 562, *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁰⁴³ DPC 2020/4a, 1835, n. marg. 562 con rinvii, *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁰⁴⁴ Cfr. ad esempio CGUE, ECLI:EU:C:1975:174, n. marg. 84 e 87, *Suiker Unie*; CGUE, ECLI:EU:C:2007:775, n. marg. 40 segg., *ETI*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:1991:74, n. marg. 236, *Enichem Anic*.

¹⁰⁴⁵ CGUE, ECLI:EU:C:2007:775, n. marg. 40, *ETI*.

¹⁰⁴⁶ CGUE, ECLI:EU:C:2007:775, n. marg. 41, *ETI*.

¹⁰⁴⁷ CGUE, ECLI:EU:C:2007:775, n. marg. 42, *ETI*.

¹⁰⁴⁸ Cfr. DPC 2020/4a, 1835 segg., n. marg. 563 con rinvii, *Bauleistungen Graubünden*.

segg.) sussiste una funzionale identità d'impresa tra queste due entità (precedente società denominata AMAG Automobili e Motori SA e nuova AMAG Automobili e Motori SA), entrambe società figlie di AMAG Group SA (precedentemente Careal Holding SA, divenuta Careal Property Group SA). Di conseguenza, AMAG Group SA e la nuova società denominata AMAG Automobili e Motori SA sono responsabili per i comportamenti adottati dalle succursali riunite sotto la direzione di AMAG Ticino durante il periodo tra il 2006 e il 2018 e, per questo motivo, devono essere sanzionate.

C.7.3.3.3 Nessuna continuità economica tra [...] e Garage 3 Valli

577. In merito alla fondazione di Garage 3 Valli, la Segreteria ha svolto delle indagini (v. n. marg. 54 seg.) per determinare la natura delle relazioni tra il Gruppo Karpf e [...], fallita nel 2016 (v. n. marg. 16), rispettivamente [...], ex titolare di questa ditta individuale. Dalle risultanze istruttorie (v. n. marg. 16–20) emerge che [...], che egli non è più [...] di Garage 3 Valli dal 20 gennaio 2016 (e dunque più di un mese prima dell'inizio dell'attività di quest'impresa) e che dal punto di vista della percezione della clientela non risultano elementi che indicano un legame tra Garage 3 Valli e [...].¹⁰⁴⁹ [...] e il possesso di una lista di ex clienti di [...] non sono di per sé circostanze sufficienti a fondare l'esistenza di una identità economica tra [...] e Garage 3 Valli.

578. A ciò si aggiunge che non vi sono neppure elementi che inducono a ritenere che Garage 3 Valli sia stata fondata allo scopo di eludere eventuali sanzioni in materia di diritto dei cartelli per comportamenti attribuiti a [...].

579. Per tali ragioni e alla luce dei criteri stabiliti dalla prassi della COMCO in relazione alla continuità economica (v. n. marg. 574), non è data la continuità economica tra Garage 3 Valli e [...]. Gruppo Karpf non è dunque tenuto responsabile degli eventuali comportamenti illeciti di [...], il quale a ogni modo non è destinatario dell'inchiesta in ragione della fine della sua esistenza giuridica (v. n. marg. 21).

C.7.3.3.4 Continuità economica tra [...] e Garage Nessi SA

580. Come indicato precedentemente (v. n. marg. 23), in data 26 giugno 2018 Garage Nessi SA ha assunto attivi e passivi della ditta individuale [...]. Sia [...] sia [...] sono rimasti attivi nella nuova società Garage Nessi SA, il primo come [...] e il secondo a beneficio di [...]. Infine, l'attività economica di Garage Nessi SA è identica a quella della ditta individuale [...].

581. Conformemente alla prassi della COMCO (v. n. marg. 574), sulla base di tali elementi è pacifico ritenere un evidente legame di continuità economica tra la ditta individuale [...] e Garage Nessi SA.

C.7.3.4 Calcolo

582. La conseguenza giuridica di una violazione ai sensi dell'art. 49a cpv. 1 LCart è l'imposizione all'impresa inadempiente di un importo fino al 10 % della cifra d'affari realizzata in Svizzera negli ultimi tre esercizi. Questo importo è quindi la massima sanzione possibile. La sanzione concreta è calcolata in funzione della durata e della

gravità delle pratiche illecite, tenendo adeguatamente conto del presunto guadagno che l'impresa ha conseguito tramite tali pratiche.

583. I criteri di calcolo concreti e quindi i singoli aspetti del calcolo della sanzione sono specificati nell'OS LCart (cfr. art. 1 lett. a OS LCart). La determinazione dell'importo della sanzione rientra, di principio, nel potere discrezionale della COMCO, il quale è tuttavia limitato dal principio di proporzionalità (art. 2 cpv. 2 OS LCart) e dal principio di uguaglianza di trattamento.¹⁰⁵⁰ La COMCO determina l'importo effettivo della sanzione in funzione delle circostanze specifiche del singolo caso e individualmente per ogni impresa coinvolta nella violazione alla LCart entro i limiti stabiliti dalla legge.¹⁰⁵¹

584. Di regola, la base per determinare la cifra d'affari massima rilevante è il bilancio annuale dell'impresa. Nel caso di gruppi di società, la cifra d'affari massima rilevante risulta generalmente dal bilancio consolidato. Ciò vale anche per la determinazione dell'importo di base, nella misura in cui le relative posizioni sono disponibili nel bilancio annuale o consolidato. In caso contrario, è necessario fondarsi su determinate posizioni indicate nella contabilità e nei conteggi specifici.¹⁰⁵² Inoltre, la cifra d'affari ai sensi dell'art. 49a cpv. 1 LCart è calcolata in modo analogo secondo i criteri di calcolo della cifra d'affari in caso di concentrazioni d'impresa e quindi gli art. 4 e 5 OCCI si applicano per analogia.¹⁰⁵³ Pertanto, conformemente all'art. 5 cpv. 2 OCCI (applicato per analogia) nel caso di gruppi di società non è tenuto conto della cifra d'affari realizzata sulla base di transazioni interne.¹⁰⁵⁴

585. Nel presente caso occorre segnalare che, per quanto riguarda Gruppo Karpf, sebbene Garage Karpf e Garage 3 Valli formano un gruppo di società (v. n. marg. 12), non è stato fornito un bilancio consolidato, ma dei bilanci e dei conti economici separati. Le cifre d'affari di Gruppo Karpf sono dunque state determinate aggiungendo quelle delle società facenti parte del gruppo e, in applicazione per analogia dell'art. 5 cpv. 2 OCCI, così come pure fatto valere dallo stesso Gruppo Karpf¹⁰⁵⁵, sottraendo le cifre d'affari realizzate sulla base delle transazioni interne tra Garage Karpf e Garage 3 Valli.

¹⁰⁴⁹ Per un confronto si veda ad esempio DPC 2019/2, 310, n. marg. 89, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, decisione nella quale è stata ammessa la continuità economica tra la società Broggi Lenatti AG (di seguito: Broggi Lenatti) e P. Lenatti AG (di seguito: Lenatti) sulla base degli aspetti seguenti: ripresa da parte di Broggi Lenatti dell'inventario, del personale specializzato nella costruzione e di immobili di Lenatti, identica attività economica, legame tra Broggi Lenatti e Lenatti percepito dall'esterno (espressamente menzionato nel quadro di alcune operazioni commerciali e sul sito web di Broggi Lenatti AG).

¹⁰⁵⁰ Cfr. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (ed.), 2001, art. 49a n. marg. 14; DPC 2006/4, 661 n. marg. 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁰⁵¹ DPC 2009/3, 212 seg., n. marg. 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁵² Cfr. TAF B-831/2011 del 18.12.2018 consid. 1561, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁰⁵³ Cfr. ad esempio DPC 2021/1, 203, consid. 396, *Eishockey Pay-TV*.

¹⁰⁵⁴ Cfr. DPC 2014/4, 701, n. marg. 226, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; DPC 2013/4, 609, n. marg. 928, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; DPC 2011/1, 191, n. marg. 570, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; DPC 2009/3, 121, n. marg. 113, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁵⁵ Atto I.711.

C.7.3.4.1 Importo di base

586. Giusta l'art. 3 OS LCart, l'importo di base costituisce, a seconda della gravità e del tipo di infrazione, sino al 10 % della cifra d'affari realizzata in Svizzera dall'impresa in questione sui mercati pertinenti negli ultimi tre esercizi. In conformità con questa disposizione, la cifra d'affari rilevante è quella realizzata nei tre esercizi precedenti la fine della limitazione illecita alla concorrenza.¹⁰⁵⁶ Il riferimento a questo periodo ha anche come scopo quello di sottrarre il profitto ottenuto dal cartello.

587. Nella presente fattispecie l'accordo globale è terminato nel giugno del 2018. Per il calcolo delle sanzioni sono dunque utilizzate le cifre d'affari degli anni 2015, 2016 e 2017.

(i) Limite superiore dell'importo di base (cifra d'affari sul mercato pertinente)

588. Il limite superiore dell'importo di base corrisponde al 10 % della cifra d'affari realizzata dall'impresa sui mercati rilevanti nel corso degli ultimi tre esercizi precedenti la fine della limitazione illecita alla concorrenza (art. 3 OS LCart); dunque non solo la cifra d'affari realizzata esclusivamente attraverso il comportamento anticoncorrenziale.¹⁰⁵⁷

589. Nel presente caso sono determinanti le cifre d'affari realizzate dalle parti al procedimento con la vendita di autoveicoli nuovi nel Cantone Ticino (v. in relazione al mercato pertinente n.marg. 507 segg.) durante gli anni 2015, 2016 e 2017. Ne risultano i limiti superiori degli importi di base indicati nella tabella sottostante.

Parti al procedimento	Cifra d'affari 2015 – 2017 sul mercato pertinente (in CHF)	Percentuale determinante	Limite massimo dell'importo di base (in CHF)
AMAG	[...]	10 %	[...]
Autoronchetti	[...]	10 %	[...]
Gruppo Karpf	[...]	10 %	[...]
Garage Maffei	[...]	10 %	[...]
Garage Nessi	[...]	10 %	[...]
Garage Weber-Monaco	[...]	10 %	[...]
Tognetti Auto	[...]	10 %	[...]

Tabella 2: Limiti superiori degli importi di base

(ii) Presa in considerazione della gravità e del tipo di infrazione

590. Giusta l'art. 3 OS LCart l'importo di base calcolato sulla base della cifra d'affari deve essere determinato a seconda della gravità e del tipo di infrazione (cfr. pure Opuscolo esplicativo OS LCart¹⁰⁵⁸, pagg. 2 seg.). Le sette imprese coinvolte nell'accordo globale hanno adottato un comportamento illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart. Sulla base di fattori oggettivi¹⁰⁵⁹, occorre dunque esaminare la gravità di questa violazione alla Legge sui cartelli.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁶ Cfr. in questo senso anche DPC 2012/2, 270 n. marg. 1083 tabella 3, così come n. marg. 1097 tabella 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; DPC 2016/2, 428 seg., n. marg. 326 e 332 con rinvii, *Altium SA (auparavant Roger Guenat SA)*. V. pure DPC 2020/4a, 1837, n. marg. 570, *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁰⁵⁷ Cfr. TAF B-831/2011 del 18.12.2018 consid. 1576, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁰⁵⁸ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), <www.comco.admin.ch> > In diritto e documentazione > Comunicazioni > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG) (solo versione in tedesco disponibile).

¹⁰⁵⁹ Vale a dire dei criteri indipendenti dalla colpa, cfr. DTF 144 II 194 consid. 6.4, *Bayerische Motoren Werke AG/WEKO*; DPC 2010/4, 760 consid. 386 con rinvii, *Baubeschläge für Fenster und Türen*. V. pure CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 230.

¹⁰⁶⁰ DPC 2021/1, 203, consid. 411 con rinvii, *Eishockey Pay-TV*.

591. In linea di principio, la gravità dell'infrazione deve essere valutata caso per caso, tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti. Considerazioni generali sulla qualificazione come gravi di accordi concreti sono possibili solo in misura molto limitata, poiché la valutazione dipende sempre e notevolmente dalle circostanze specifiche del singolo caso. Indubbiamente, accordi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart che eliminano la concorrenza – cosiddetti accordi orizzontali duri – costituiscono generalmente delle gravi violazioni alla Legge sui cartelli. Tenuto conto del notevole pericolo potenziale che li caratterizzano, gli accordi orizzontali che eliminano la concorrenza sui prezzi sono generalmente considerati come particolarmente gravi e vengono loro attribuiti delle percentuali per il calcolo concreto dell'importo di base che si situano tra il 7 e il 10 %. Gli accordi che intralciano notevolmente la concorrenza e che non possono essere giustificati da motivi di efficienza economica tendono a essere ponderati in maniera meno severa. Inoltre, le limitazioni alla concorrenza che adempiono simultaneamente diverse fattispecie legali ai sensi dell'art. 5 LCart sono generalmente ponderate con maggiore severità rispetto a quelle che adempiono solo una delle fattispecie legali.¹⁰⁶¹

592. Nel considerare la gravità e il tipo di infrazione, si deve tenere presente che nel caso di specie si è di fronte a un accordo globale durato per un lungo periodo di tempo (almeno undici anni e mezzo) che adempie diverse fattispecie legali dell'art. 5 cpv. 3 LCart (v. n. marg. 486 segg., 494 segg.), quindi delle violazioni molto gravi alla Legge sui cartelli, e che sulla base dei mezzi di prova raccolti risulta che le imprese coinvolte hanno perpetrato intenzionalmente tali violazioni (v. n. marg. 472 segg., 560 segg.). Ciononostante, l'accordo globale non ha condotto a una soppressione della concorrenza efficace, bensì a un intralcio notevole di quest'ultima (v. n. marg. 526 segg.). Pertanto, tenuto conto di tali circostanze e della prassi della COMCO in relazione a degli accordi globali sulla fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato¹⁰⁶², si ritiene appropriata una percentuale del 7 % per la determinazione dell'importo di base.

593. Tuttavia, non tutte le imprese hanno partecipato con la stessa intensità all'accordo globale.

- AMAG ha contribuito in modo considerevole alla messa in atto dell'accordo globale (v. n. marg. 154 segg., 312 segg., 403 segg.).
- Tognetti Auto ha fornito un contributo importante alla realizzazione dell'accordo globale, ma in misura minore rispetto ad AMAG (v. n. marg. 211 segg., 345 segg., 415 segg.).
- Gruppo Karpf e Garage Maffeis hanno contribuito in modo meno significativo alla messa in atto e alla gestione dell'accordo globale, ma con maggiore intensità rispetto ad Autoronchetti, Garage Weber-Monaco e Garage Nessi (per Gruppo Karpf, v. n. marg. 176 segg., 324 segg., 406 seg.; per Garage Maffeis v. n. marg. 200 segg., 331 segg., 408 seg.).
- Autoronchetti, Garage Weber-Monaco e Garage Nessi erano solo marginalmente coinvolti nelle pratiche facenti parte dell'accordo globale (per Autoronchetti v. n. marg. 153, 322, 405; per Garage Nessi v. n. marg. 205

segg., 334, 409; per Garage Weber-Monaco v. n. marg. 153, 342, 413).

594. Nel presente caso, per quanto riguarda la determinazione dell'importo di base, è pure necessario considerare che, come esposto precedentemente (n. marg. 3 segg.), nei confronti dei concessionari e partner commerciali parti al procedimento, il gruppo AMAG non rappresenta solo un concorrente di notevole importanza, tramite AMAG, ma riveste anche il ruolo di importatore, tramite AMAG Import. Benché tali circostanze non siano rilevanti per valutare l'illiceità dei comportamenti adottati dalle parti al procedimento, il contesto nel quale i comportamenti illeciti sono stati posti in essere è un fattore di cui occorre tenere conto nel presente calcolo sanzionatorio. Più precisamente l'accordo globale in questione si inserisce in un contesto caratterizzato dagli aspetti seguenti: da un lato, la forte posizione di AMAG sul mercato della vendita di autoveicoli nuovi dei marchi del gruppo Volkswagen¹⁰⁶³, rispetto alle quote di mercato delle altre parti al procedimento¹⁰⁶⁴, e il fatto che AMAG sia radicata attraverso le sue succursali su buona parte del territorio del Cantone Ticino (in particolare, nei distretti più popolati; cfr. n. marg. 9), e dall'altro lato, la considerevole pressione che AMAG Import è in grado di esercitare sui concessionari e partner di servizio, in particolare tramite la possibilità di rescindere il contratto di partenariato per la vendita o per il servizio e le elevate pretese in relazione al raggiungimento degli obiettivi annuali di vendita.¹⁰⁶⁵ A ciò va ad aggiungersi il fatto che, a eccezione di Tognetti Auto, le altre parti al procedimento, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco sono legate ad AMAG Ticino da relazioni contrattuali di partenariato commerciale per la vendita di autoveicoli di alcuni marchi del gruppo Volkswagen (v. n. marg. 5 segg., 11–25). Queste parti al procedimento subiscono dunque un'ulteriore pressione contrattuale da parte di AMAG Ticino, in particolare in relazione alla possibilità di perdere il partenariato commerciale e il raggiungimento degli obiettivi di vendita concordati nel quadro di tale collaborazione.

¹⁰⁶¹ Cfr. Opuscolo esplicativo OS LCart (n. 1058), pag. 3. Cfr. pure DPC 2020/4a, 1839, n. marg. 578, *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁰⁶² Cfr. DPC 2020/3a, 1132 n. marg. 1378, *Bauleistungen See-Gaster* (7 %); DPC 2020/1, 218 seg. n. marg. 948 segg., *KTB-Werke* (7 %); DPC 2019/2, 476 n. marg. 819 segg., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I* (riguardo all'accordo globale Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012): 7 %); DPC 2018/1, 110 seg. n. marg. 207 segg., *Verzinkung* (7 %); DPC 2013/2, 201 n. marg. 303, *Abrede im Speditionsbereich* (6 %, riguardante un accordo che aveva come oggetto degli elementi del prezzo).

¹⁰⁶³ Sulla base delle cifre d'affari realizzate dalle parti al procedimento negli anni dal 2010 al 2019 con la vendita di autoveicoli nuovi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino risulta che la quota di mercato di AMAG in quegli anni era del 70–80 %.

¹⁰⁶⁴ Sulla base delle cifre d'affari realizzate dalle parti al procedimento negli anni dal 2010 al 2019 con la vendita di autoveicoli nuovi del gruppo Volkswagen nel Cantone Ticino risulta che le quote di mercato in quegli anni erano le seguenti: 0–5 % per Autoronchetti; 0–10 % per Gruppo Karpf; 0–5 % per Garage Maffeis; 0–5 % per Garage Nessi; 0–5 % per Garage Weber-Monaco; 10–20 % per Tognetti Auto.

¹⁰⁶⁵ Cfr. sulla questione DPC 2019/2, 256, n. marg. 42 e 44 segg., 258 segg., n. marg. 65 segg., *AMAG Vertriebsnetz.V.* pure le osservazioni di Tognetti Auto in relazione al risultato probatorio provvisorio, atto I.676, pag. 5.

595. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, AMAG ha chiesto di fissare una percentuale inferiore al 5 % per la determinazione dell'importo di base.¹⁰⁶⁶ AMAG sostiene sostanzialmente che un accordo illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 LCart non possa rappresentare un ulteriore criterio per stabilire la gravità dell'infrazione, in quanto costituisce già una condizione per infliggere una sanzione giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart.¹⁰⁶⁷ La percentuale del 7 % proposta dalla Segreteria sarebbe troppo elevata. A questo proposito, AMAG fa valere in primo luogo che l'accordo globale non ha condotto a una soppressione della concorrenza, ma che esisteva una sufficiente concorrenza interna.¹⁰⁶⁸ In secondo luogo, vi sarebbe una disuguaglianza di trattamento con casi analoghi decisi dalla COMCO nei quali è stata ritenuta una percentuale inferiore.¹⁰⁶⁹

596. Contrariamente a quanto pretende AMAG nella sua presa di posizione, la valutazione della gravità dell'infrazione non poggia sull'esistenza di un accordo illecito giusta l'art. 5 cpv. 3 LCart in quanto tale. Come indicato al n. marg. 592, si è invece tenuto conto del fatto che l'infrazione alla concorrenza da sanzionare costituisce un accordo globale durato per un lungo periodo di tempo (almeno undici anni e mezzo), che comprendeva più componenti (cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche, coordinamento della politica dei prezzi e ripartizione territoriale) e che adempie non una, ma più fattispecie legali dell'art. 5 cpv. 3 LCart, ovvero un accordo orizzontale sulla fissazione dei prezzi e sulla ripartizione del mercato per zone e partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart (v. n. marg. 433). Per di più, tali violazioni sono state perpetrate intenzionalmente dalle parti al procedimento coinvolte. Tali circostanze contribuiscono ad aumentare il livello di gravità dell'infrazione.¹⁰⁷⁰ Nella valutazione della gravità, è stato debitamente tenuto conto del fatto che l'accordo globale non ha condotto a una soppressione della concorrenza efficace, bensì a un intralcio notevole di quest'ultima (v. n. marg. 592). Proprio l'esistenza di una concorrenza interna residua (v. n. marg. 524), oltre a una sufficiente concorrenza esterna, ha portato a escludere la soppressione della concorrenza (v. n. marg. 528). Tali conclusioni sulla concorrenza esterna e interna non sono state messe in discussione da parte di AMAG né nel quadro della sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria né durante l'arringa davanti alla COMCO.

597. La censura relativa all'asserita violazione del principio di parità di trattamento cade nel vuoto. In primo luogo, le fattispecie oggetto delle decisioni citate da AMAG¹⁰⁷¹, *Badezimmer*¹⁰⁷² e *Abrede im Speditionsbereich*¹⁰⁷³, nelle quali la COMCO ha fissato una percentuale del 6 % per la determinazione dell'importo di base, non sono paragonabili alla fattispecie sanzionabile oggetto della presente decisione. Da un lato, il caso *Badezimmer* non concerneva un accordo globale.¹⁰⁷⁴ Dall'altro lato, l'accordo oggetto della decisione *Abrede im Speditionsbereich* copriva una sola fattispecie legale dell'art. 5 cpv. 3 LCart (ovvero, la fissazione diretta o indiretta dei prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart).¹⁰⁷⁵ Vale inoltre precisare che gli accordi sui prezzi nei casi *Abrede im Speditionsbereich* e *Badezimmer* riguardavano soltanto determinati componenti del prezzo (determinate tasse di spedizione e prezzi lordi).¹⁰⁷⁶ Nel presente caso, le evidenze

istruttorie hanno portato a stabilire l'esistenza di un accordo globale (v. n. marg. 493) che adempie non solo alla fattispecie legale dell'accordo sui prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart, attraverso il coordinamento della politica dei prezzi che comprendeva sconti, azioni, margini e prezzi di vendita, ma anche alle fattispecie legali dell'accordo sulla ripartizione del mercato per zona e partner commerciale ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart, attraverso la cooperazione nell'ambito di commesse pubbliche e l'intesa riguardante la ripartizione territoriale (v. n. marg. 496 e 501 seg.). Non condivisibile è pure la posizione di AMAG in relazione al confronto con altre decisioni, nelle quali la COMCO ha fissato una percentuale del 7 % per la determinazione dell'importo di base (*Verzinkung, Bauleistungen See-Gaster, KTB-Werke, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*)¹⁰⁷⁷, in considerazione del fatto che quasi tutti gli attori del mercato avevano preso parte all'accordo globale o che l'accordo globale era caratterizzato da un elevato dispendio organizzativo¹⁰⁷⁸.¹⁰⁷⁹ Da un lato, a eccezione di [...] (v. n. marg. 27), [...] e [...] (entrambi concessionari del marchio [...]) nel periodo oggetto della presente inchiesta¹⁰⁸⁰, che non sono parti al procedimento e nei confronti dei quali non sono stati riscontrati indizi a carico, anche nel presente caso tutti i distributori autorizzati dei marchi del gruppo Volkswagen attivi sul mercato pertinente hanno partecipato all'accordo globale. Dall'altro lato, emerge dagli atti e dalla ricostruzione della fattispecie stessa che le diverse componenti del presente accordo globale sono state contraddistinte da un'ampia attività organizzativa e di coordinazione, nella quale la stessa AMAG ha assunto un ruolo centrale (v. n. marg. 155 segg., 313 segg., 404). Pertanto, tra la prassi anteriore della COMCO (*Verzinkung, Bauleistungen See-Gaster, KTB-Werke, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*) e la fattispecie oggetto della presente decisione non si ravvedono differenze rilevanti e di natura tale da rendere necessario un trattamento diverso.

598. Nel quadro della presa di posizione sulla proposta della Segreteria, AMAG, Gruppo Karpf e Garage Nessi hanno preteso una riduzione della percentuale che deter-

¹⁰⁶⁶ Atto XIX.90, n. marg. 14 segg.

¹⁰⁶⁷ Atto XIX.90, n. marg. 20–25.

¹⁰⁶⁸ Atto XIX.90, n. marg. 26–28.

¹⁰⁶⁹ Atto XIX.90, n. marg. 29–34.

¹⁰⁷⁰ Cfr. ad esempio DPC 2019/2, 470 seg., n. marg. 771 e 773, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2020/4a, 1839 seg., n. marg. 578 e 582, *Bauleistungen Graubünden*.

¹⁰⁷¹ Atto XIX.90, n. marg. 30 seg.

¹⁰⁷² DPC 2019/3a, 606, *Badezimmer* (1. Teil); DPC 2019/3b, 927, *Badezimmer* (2. Teil).

¹⁰⁷³ DPC 2013/2, 142, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁰⁷⁴ DPC 2019/3b, 982 e 1005, n. marg. 2458 seg. e 2598, *Badezimmer* (2. Teil).

¹⁰⁷⁵ DPC 2013/2, 195 e 201, n. marg. 272 e 303, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁰⁷⁶ DPC 2013/2, 201, n. marg. 303, *Abrede im Speditionsbereich*; DPC 2019/3b, 982 e 1005, n. marg. 2458 seg. e 2598, *Badezimmer* (2. Teil).

¹⁰⁷⁷ DPC 2018/1, 110, n. marg. 212, *Verzinkung*; DPC 2019/2, 476, n. marg. 823, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2020/1, 219, n. marg. 950, *KTB-Werke*; DPC 2020/3a, 1132, n. marg. 1378, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁰⁷⁸ DPC 2018/1, 110, n. marg. 207 seg., *Verzinkung*; DPC 2019/2, 476, n. marg. 820, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2020/1, 218, n. marg. 946, *KTB-Werke*; DPC 2020/3a, 1132, n. marg. 1375, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁰⁷⁹ Atto XIX.90, n. marg. 32.

¹⁰⁸⁰ Atto I.350, allegato, pagg. 54 segg.

mina l'importo di base in considerazione del fatto che il mercato della vendita di veicoli nuovi sarebbe caratterizzato da cifre d'affari elevate, ma da margini molto bassi.¹⁰⁸¹ La decisione di fondare il calcolo dell'importo di base sulle cifre d'affari realizzate senza tenere conto di tale aspetto condurrebbe a delle sanzioni sproporzionate.¹⁰⁸² A questo proposito, durante l'audizione davanti alla COMCO, AMAG ha in particolare fatto riferimento a delle direttive per la determinazione delle sanzioni del *Bundeskartellamt*, autorità tedesca in materia di concorrenza, secondo cui in caso di cifre d'affari elevate e di un basso valore aggiunto potrebbero essere appropriate delle multe significativamente più basse.¹⁰⁸³ Seguendo sostanzialmente la stessa linea argomentativa, anche Garage Maffei nel quadro della sua audizione davanti alla COMCO, ha chiesto di calcolare l'importo di base sui margini da esso realizzati anziché sulle cifre d'affari in analogia con quanto fatto nel caso *Publigroupe*.^{1084, 1085} In questo contesto, Garage Maffei ha affermato di non avere agito come un libero rivenditore indipendente, ma che la sua relazione con AMAG era piuttosto analoga a quella di un rapporto basato su un contratto di commissione.¹⁰⁸⁶

599. La COMCO è consapevole che, gli autoveicoli essendo dei beni costosi, una considerevole parte della cifra d'affari realizzata dal distributore (concessionario/succursale di AMAG o partner commerciale) attraverso la vendita di autoveicoli nuovi è rappresentata dai costi di acquisto. Tuttavia, il quadro legale per la determinazione delle sanzioni in caso di limitazioni illecite è chiaro e fissato all'art. 49a cpv. 1 e 2 LCart e nella LCart – Ordinanza sulle sanzioni. Secondo tali disposizioni, il parametro determinante come punto di partenza per il calcolo delle sanzioni è la cifra d'affari, per quanto riguarda sia la sanzione massima (art. 49a cpv. 1 LCart e art. 7 OS LCart) sia l'importo di base (art. 3 OS LCart). Lo stesso Opuscolo esplicativo OS LCart non prevede metodi di calcolo basati su altre variabili.¹⁰⁸⁷ Ininfluenti sul quadro normativo appena descritto e sulla prassi svizzera in materia di diritto della concorrenza sono le direttive del *Bundeskartellamt*.¹⁰⁸⁸ A livello di diritto europeo della concorrenza, l'importo di base dell'ammenda è calcolato sul valore delle vendite dei beni o servizi realizzate dall'impresa nell'ultimo anno intero in cui questa ha partecipato all'infrazione.¹⁰⁸⁹ Non sono previste altri metodi di calcolo nei casi in cui i margini lordi delle imprese che hanno partecipato all'infrazione sono bassi o estremamente bassi.

600. Nella prassi della COMCO, salvo nella decisione *Publigroupe*, non figurano eccezioni al principio del calcolo dell'importo di base ai sensi dell'art. 3 OS LCart in funzione delle cifre d'affari della o delle imprese coinvolte nella limitazione illecita alla concorrenza. Nel caso *Publigroupe*, come cifra d'affari pertinente per la determinazione dell'importo di base, la COMCO ha deciso di considerare i ricavi realizzati dalle commissioni (ovvero i margini lordi) delle società Publipresse, poiché Publigroupe SA agiva come intermediario sul mercato pertinente.¹⁰⁹⁰ In questo caso, la COMCO si è appoggiata in particolare sulla Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato¹⁰⁹¹. In questa comunicazione è riconosciuto che “[p]er quanto riguarda i servizi, gli elementi da prendere in considerazione nel calcolo del fatturato sono [...] più complessi, in quanto il negozio comporta un trasferimento di

“valore”.”¹⁰⁹² La comunicazione chiarisce anche che “[i]n linea generale, il metodo di calcolo del fatturato applicato ai servizi non è diverso da quello utilizzato per i prodotti: la Commissione prende in considerazione l'importo totale delle vendite. Quando il servizio prestato è venduto direttamente dal prestatore al beneficiario, il fatturato dell'impresa interessata è rappresentato dall'importo totale delle vendite di prestazioni di servizi nell'ultimo esercizio”.¹⁰⁹³ Tuttavia, per tenere conto della complessità del settore dei servizi, secondo la Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato “questo principio generale può essere adattato alle condizioni specifiche del servizio prestato”, in particolare nei settori dove il servizio può essere venduto tramite un terzo, come ad esempio, un'impresa di servizi che agisce da intermediaria e che può avere per solo fatturato l'importo delle provvigioni riscosse.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁸¹ Atti XIX.90, n. marg. 35 segg. (AMAG); XIX.95, n. marg. 97 segg. (Gruppo Karpf); XIX.97, n. marg. 71 seg. (Garage Nessi). Cf. pure atti XX.38, allegato 1, pag. 3 (AMAG); XX.38, n. marg. 58 (Gruppo Karpf).

¹⁰⁸² Ibid.

¹⁰⁸³ Atto XX.38, allegato 1, pag. 3.

¹⁰⁸⁴ DPC 2007/2, 190, *Publigroupe*.

¹⁰⁸⁵ Atto XX.38, allegato 5, n. marg. 10–13.

¹⁰⁸⁶ Ibid.

¹⁰⁸⁷ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), <www.comco.admin.ch> > In diritto e documentazione > Comunicazioni > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG) (solo versione in tedesco disponibile), pagg. 2 seg.

¹⁰⁸⁸ Nella sua arringa davanti alla COMCO (atto XX.38, allegato 1 pag. 3), AMAG fa riferimento al passaggio delle direttive del *Bundeskartellamt* seguente: “Zugleich kann die Geldbuße als Ergebnis der Gesamtabwägung im Vergleich zum Ausgangswert auch deutlich niedriger ausfallen. Insbesondere in Fallkonstellationen, in denen ein außergewöhnlich hoher tatbezogener Umsatz auf gravierend mildernde Umstände trifft (etwa bei der Rolle des Unternehmens im Kreis der Beteiligten oder bei ausnahmsweise offensichtlich deutlich niedrigerem Gewinn- und Schadenspotential, z.B. aufgrund atypisch geringer Wertschöpfungstiefe) kann eine erheblich niedrigere Geldbuße angezeigt sein” (Anm. 2 zu Ziff. 15 Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren). È opinabile, ma comunque ininfluente per la presente decisione, se nel diritto tedesco della concorrenza, questa nota esplicativa da parte del *Bundeskartellamt* su un principio enunciato nelle sue direttive per la determinazione delle sanzioni possa essere interpretato, come lo pretende AMAG, in modo tale da permettere di ridurre le sanzioni alle imprese che sono attive in settori caratterizzati da margini lordi molto bassi. D'altro canto, la stessa FISCHER, citata da AMAG, si oppone all'applicazione di un metodo speciale di calcolo della cifra d'affari (previsto dalla legge tedesca sulle fusioni per le semplici attività di commercio) nel diritto dei cartelli (BEATRICE FISCHER, *Das Ermessen des Bundeskartellamtes zur Verfolgung und Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellverbot*, Diss., Berlin 2014, 438–439).

¹⁰⁸⁹ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, GU C 210 del 1.9.2006, pagg. 3, n. marg. 13 segg.

¹⁰⁹⁰ DPC 2007/2, 235 seg., n. marg. 325 segg., *Publigroupe*.

¹⁰⁹¹ Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, GU C 66 del 2.3.1998, pag. 25.

¹⁰⁹² Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, GU C 66 del 2.3.1998, pag. 27, n. marg. 11.

¹⁰⁹³ Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, GU C 66 del 2.3.1998, pag. 27, n. marg. 12.

¹⁰⁹⁴ Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, GU C 66 del 2.3.1998, pag. 27, n. marg. 13.

601. quanto riguarda la fattispecie oggetto della presente decisione, non può essere ammessa un'analogia con il caso *Publigroupe*, poiché in relazione al mercato pertinente né AMAG né i concessionari/partner commerciali possono essere considerati come prestatori di servizi o intermediari. Queste imprese non agiscono come terzi, ma vendono veicoli nuovi direttamente al cliente finale. Se indicate nei conti economici in quanto tali, le provvigioni ricavate dai concessionari e partner commerciali con la vendita di veicoli come intermediario al senso stretto non rientrano nelle cifre d'affari realizzate con la vendita di veicoli nuovi (v. sotto n. marg. 603 e 604, primo lemma) e non sono dunque state prese in considerazione nel calcolo dell'importo di base.

602. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Gruppo Karpf ha chiesto di escludere diverse cifre d'affari, le quali non sarebbero rilevanti per la determinazione dell'importo di base.¹⁰⁹⁵ Si tratterebbe delle cifre d'affari realizzate attraverso l'intermediazione, le vendite di veicoli nuovi al di fuori della zona di competenza, la vendita di veicoli nuovi "netto"¹⁰⁹⁶ e di veicoli nuovi "flotta con accordi quadro"¹⁰⁹⁷, le vendite di veicoli nuovi a collaboratori del Gruppo Karpf e la vendita di veicoli dimostrativi.¹⁰⁹⁸ Gruppo Karpf sostiene pure che le cifre d'affari di Garage 3 Valli dovrebbero essere escluse, poiché quest'impresa non sarebbe coinvolta nei comportamenti illeciti contestati.¹⁰⁹⁹

603. Innanzitutto, occorre sottolineare che determinanti per il calcolo dell'importo di base sono le cifre d'affari realizzate sul mercato pertinente (art. 3 OS LCart). Pertanto, il calcolo dell'importo di base tiene conto di tutte le cifre d'affari realizzate con la vendita di veicoli nuovi nel Cantone Ticino (v. n. marg. 518). Secondariamente, per la determinazione delle cifre d'affari pertinenti per il calcolo dell'importo di base, le autorità in materia di concorrenza si avvalgono della documentazione ufficiale resa disponibile dalle imprese, ovvero i conti economici. Nel presente caso, le cifre d'affari sono state determinate sulla base dei dati indicati nei conti economici resi disponibili dalle parti al procedimento e riguardanti le vendite di veicoli nuovi. Per il resto, il calcolo delle cifre d'affari si è fondato sulla base dei criteri indicati agli art. 4 e 5 OCCI, applicabili in virtù del rinvio contenuto all'art. 9 cpv. 3 LCart, disposizione alla quale a sua volta rinvia l'art. 49a cpv. 1 LCart.

604. Nello specifico, le esclusioni delle cifre d'affari avanzate da Gruppo Karpf non possono essere ammesse per i motivi seguenti:

- Solo le provvigioni ricavate tramite le vendite di veicoli nuovi che sono state effettuate come intermediario in senso stretto¹¹⁰⁰ possono essere escluse dal calcolo dell'importo di base. Laddove Garage Karpf o Garage 3 Valli hanno venduto dei veicoli nuovi direttamente al cliente finale, senza agire come intermediario, i ricavi ottenuti tramite tali vendite devono essere considerati come cifre d'affari determinanti per il calcolo dell'importo di base.
- Conformemente all'art. 3 OS LCart, l'importo di base deve essere calcolato sulle cifre d'affari realizzate sui mercati pertinenti e non in funzione dell'oggetto di un accordo o dei limiti territoriali fissati da un accordo. Il mercato pertinente copre la vendita di veicoli nuovi nel

Cantone Ticino negli anni dal 2006 al 2018 (v. n. marg. 507 segg.). Pertanto, nel presente caso, gli importi di base sono calcolati sulle cifre d'affari realizzate dalle imprese coinvolte sull'insieme del territorio del Cantone Ticino negli anni 2015, 2016 e 2017 con la vendita di veicoli nuovi. Ciò significa che, per la determinazione dell'importo di base di Gruppo Karpf, sono rilevanti tutte le cifre d'affari realizzate da Gruppo Karpf tramite le vendite di veicoli nuovi nel Cantone Ticino, comprese le vendite di veicoli nuovi "netto" e "flotta con accordo quadro", le vendite di veicoli nuovi a collaboratori del Gruppo Karpf, così come le vendite di veicoli nuovi al di fuori della zona di competenza assegnata a Gruppo Karpf nel quadro dell'accordo globale in questione.

- Nella determinazione delle cifre d'affari rilevanti per il calcolo dell'importo di base sono state prese in considerazione unicamente i ricavi ottenuti tramite le vendite di veicoli nuovi così come indicato dai dati contenuti nei conti economici degli anni 2015, 2016 e 2017 alla posizione "Ricavi auto nuove"¹¹⁰¹. Non è invece stato tenuto conto dei ricavi ottenuti tramite la vendita di veicoli d'occasione, indicati nei conti economici alla posizione "Ricavi auto occasione"¹¹⁰². Pertanto, nella misura in cui le vendite di veicoli dimostrativi sono stati registrati alla posizione "Ricavo auto nuove", tali vendite ricadono nelle cifre d'affari valide per il calcolo dell'importo di base. A titolo abbondanziale, si rileva che l'etichettatura di un veicolo come veicolo dimostrativo non rivela alcun indizio sulla forma della vendita. Per di più, i veicoli dimostrativi sono solitamente considerati dai clienti come veicoli nuovi, in quanto vengono utilizzati solo per brevi giri di prova e non sono soggetti ad alcuna usura importante (tantomeno come oggetto di esposizione).
- Giusta l'art. 5 cpv. 1 lett. a–d OCCI, nel caso di un gruppo di imprese, il calcolo delle cifre d'affari comprende l'insieme delle cifre d'affari ricavate sul mercato pertinente dalle imprese controllate e controllanti (filiali, imprese madri, imprese affiliate e impresa comune). Per contro, non è tenuto conto delle cifre d'affari risultanti da transazioni fra le imprese facenti parte del gruppo (art. 5 cpv. 2 OCCI).

¹⁰⁹⁵ XIX.95, n. marg. 73 segg.

¹⁰⁹⁶ Veicoli speciali preconfigurati e sovvenzionati da AMAG Import.

¹⁰⁹⁷ Veicoli per clienti flotta con i quali AMAG Import ha concluso uno speciale accordo quadro.

¹⁰⁹⁸ Ibid.

¹⁰⁹⁹ XIX.95, n. marg. 92 segg.

¹¹⁰⁰ Il rivenditore che agisce come intermediario al senso stretto può acquistare per conto e a nome di un cliente finale un veicolo nuovo di un marchio del gruppo Volkswagen (di cui non è distributore autorizzato), esibendo un contratto di mandato, e ottenere una provvigione per tale servizio da parte del concessionario del marchio in questione o da AMAG. Cfr. pure n. 497.

¹¹⁰¹ Cfr. ad esempio atto I.174.

¹¹⁰² Ibid.

Nel presente caso, Gruppo Karpf non contesta il fatto che Garage Karpf e Garage 3 Valli formano un gruppo di imprese, il quale nel suo insieme è stato qualificato come impresa ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 e 1^{bis} LCart (v. n. marg. 452). Esso non contesta neppure il fatto che le società Garage Karpf & Co. e GARAGE 3 VALLI SA sono considerate come gli enti responsabili per la violazione del diritto dei cartelli commessa da Gruppo Karpf (v. n. marg. 570). Inoltre, diversamente da quanto affermato da Gruppo Karpf, dalle evidenze istruttorie acquisite risulta che Garage 3 Valli ha partecipato direttamente all'accordo globale, essendo coinvolto nelle intese sulle promozioni di vendita riguardanti il modello Škoda Octavia (v. n. marg. 301 segg.).

In applicazione dell'art. 5 cpv. 1 OCCi le cifre d'affari di Gruppo Karpf sono dunque state calcolate sulla base della somma delle cifre d'affari di Garage Karpf e Garage 3 Valli.

Contrariamente a quanto sostenuto da Gruppo Karpf, secondo la prassi della COMCO, le imprese che fanno parte di un gruppo di imprese non sono sanzionate in modo separato, ma la sanzione è inflitta nei confronti del gruppo nel suo insieme.¹¹⁰³ Le decisioni della COMCO citate da Gruppo Karpf nella sua presa di posizione (*Strassenbau Kanton Aargau e Engadin III*)¹¹⁰⁴ riguardano casi in cui oggetto degli accordi erano singoli progetti di costruzione.¹¹⁰⁵ In questi casi, gli importi di base sono stati calcolati sulle cifre d'affari ricavate dalle imprese coinvolte tramite la loro partecipazione ai singoli progetti di costruzione.¹¹⁰⁶ Questi precedenti non sono comparabili con il presente caso, in quanto l'importo di base è calcolato in funzione delle cifre d'affari realizzate sul mercato pertinente, non delimitato da singoli progetti, ma che copre tutte le vendite di veicoli nuovi nel Cantone Ticino.

605. In relazione alla richiesta di riduzione della percentuale per la determinazione dell'importo di base, nella sua presa di posizione Gruppo Karpf ha pure affermato di avere avuto un ruolo subordinato e marginale nel quadro dei comportamenti contestati e che, nella sua proposta, la Segreteria non abbia tenuto conto in maniera sufficiente della posizione di forza di AMAG.¹¹⁰⁷ In questo contesto, Gruppo Karpf sostiene in particolare che il suo ruolo non sia distinguibile da quello assunto da Autoronchetti, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco e che, anzi, a differenza di questi ultimi esso abbia assunto dei comportamenti significativamente competitivi.¹¹⁰⁸ La posizione di Gruppo Karpf in merito al ruolo assunto nel quadro dell'accordo globale non può essere condivisa. In primo luogo, le rilevanze istruttorie dimostrano che, a differenza di Autoronchetti, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco, Gruppo Karpf era coinvolto nell'insieme delle componenti dell'accordo globale dal 2006 al 2018 (v. n. marg. 176 segg., 324 segg., 406 segg.), come d'altronde da esso stesso riconosciuto (v. n. marg. 423). In secondo luogo, dagli atti emerge che, per quanto riguarda la cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche e il coordinamento della politica dei prezzi, Gruppo Karpf non si era limitato ad avere un ruolo marginale o passivo, ma costituiva un interlocutore di fondamentale importanza per il funzionamento dell'accordo globale (v. n. marg. 198 e 325). Inoltre, nella misura in cui dagli atti non emergono elementi di un distanziamento pubblico dalle condotte

facenti parte dell'accordo globale, il fatto che, in alcune occasioni, Gruppo Karpf abbia ottenuto delle aggiudicazioni di commesse pubbliche, anche creando dei conflitti interni (v. ad esempio n. marg. 184 segg.) o non abbia rispettato l'intesa sulla ripartizione territoriale, come da esso sostenuto¹¹⁰⁹, non possono essere considerate delle circostanze che conducono a ritenere un comportamento pro-competitivo da parte di Gruppo Karpf, ma tutt'al più come delle forme di inganno nei confronti degli altri partecipanti all'accordo globale.

606. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Garage Maffei ha prodotto dei documenti di non chiara origine che contengono dei dati che dovrebbero giustificare una riduzione dell'importo totale delle cifre d'affari negli anni 2015, 2016 e 2017.¹¹¹⁰ Le cifre indicate in questi documenti non corrispondono a quelle contenute nei conti economici degli anni 2015, 2016 e 2017 e sulle quali è stato calcolato l'importo di base (v. n. marg. 603). Pertanto, le nuove cifre allegate alla presa di posizione non sono in grado di confutare i dati contenuti nei conti economici sottoposti a esame di un revisore indipendente e, di conseguenza, non possono essere prese in considerazione.

607. Sempre nell'ambito della sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, Garage Maffei ha chiesto che la percentuale per la determinazione dell'importo di base sia ridotta, sostenendo di avere assunto un ruolo marginale nel quadro delle diverse componenti dell'accordo globale e che il suo contributo a tale accordo non sia superiore a quello fornito da Autoronchetti, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco.¹¹¹¹ Tuttavia, come testimoniano le rilevanze istruttorie esposte nella fattispecie accertata e riconosciuta da Garage Maffei (v. n. marg. 70), quest'ultimo era coinvolto in modo costante (dal 2006 al 2018) in tutte e tre le componenti dell'accordo globale, partecipando in particolare attivamente e in modo determinante alle strategie di cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche (v. n. marg. 200 segg.) e al coordinamento in materia di politica dei prezzi (v. n. marg. 331 segg.). Pertanto, la situazione di Garage Maffei non può essere paragonata a quelle di Autoronchetti, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco, i quali hanno partecipato solo ad alcune delle componenti dell'accordo globale o solo parzialmente e, ad ogni modo, assumendo sempre un ruolo marginale (per Autoronchetti v. n. marg. 153, 322, 405; per Garage Nessi v. n. marg. 205 segg., 334, 409; per Garage Weber-Monaco v. n. marg. 153, 342, 413).

¹¹⁰³ Cfr. DPC 2020/4b, 1868, 1887, n. marg. 43 segg., 182, *Netzzugang EGZ und ewl*.

¹¹⁰⁴ Atto XIX.95, n. marg. 95.

¹¹⁰⁵ DPC 2012/2, 401, n. marg. 1062, *Strassenbau Kanton Aargau*; DPC 2018/4, 768, n. marg. 131, *Engadin III*.

¹¹⁰⁶ DPC 2012/2, 406, n. marg. 1089, *Strassenbau Kanton Aargau*; DPC 2018/4, 769 segg., n. marg. 144 segg. e 192, 289 segg. e 318, 412 segg. e 435, 447, *Engadin III*.

¹¹⁰⁷ XIX.95, n. marg. 103 segg.

¹¹⁰⁸ Ibid.

¹¹⁰⁹ XIX.95, n. marg. 107 e 111.

¹¹¹⁰ Atto XIX.98, n. marg. 37.

¹¹¹¹ Atto XIX.98, n. marg. 39 segg.

608. Considerando le circostanze e i fattori esposti sopra, è giustificato ritenere le seguenti percentuali per la determinazione dell'importo di base: 7 % per AMAG, 5 % per Tognetti Auto, 3 % per Gruppo Karpf e Garage Maffeis, 1 % per Autoronchetti, Garage Nessi e Garage Weber-Monaco. Per le parti al procedimento risultano dunque gli importi di base ai sensi dell'art. 3 OS LCart indicati nella tabella sottostante.

Parti al procedimento	Cifra d'affari 2015 – 2017 sul mercato pertinente (in CHF)	Percentuale secondo art. 3 OS LCart	Limite massimo dell'importo di base (in CHF)
AMAG	[...]	7 %	[...]
Autoronchetti	[...]	1 %	[...]
Gruppo Karpf	[...]	3 %	[...]
Garage Maffeis	[...]	3 %	[...]
Garage Nessi	[...]	1 %	[...]
Garage Weber-Monaco	[...]	1 %	[...]
Tognetti Auto	[...]	5 %	[...]

Tabella 3: Importi di base secondo l'art. 3 OS LCart

C.7.3.4.2 Durata della violazione

609. Giusta l'art. 4 OS LCart, se la pratica anticoncorrenziale è durata da uno a cinque anni, l'importo di base è aumentato fino al 50 %. In seguito, l'importo di base è aumentato di un massimo del 10 % per ogni anno supplementare (cfr. anche Opuscolo esplicativo OS LCart, pag. 3).

610. Nel presente caso, come indicato precedentemente (v. n. marg. 493), l'accordo globale è durato ininterrottamente, perlomeno, da inizio 2006 fino all'apertura dell'inchiesta, il 26 giugno 2018, e quindi per un totale di dodici anni e sei mesi.

611. In questo contesto occorre tenere conto della partecipazione individuale delle singole imprese coinvolte alle condotte che compongono l'accordo globale durante il periodo tra il 2006 e il 26 giugno 2018.¹¹¹² Nello specifico Autoronchetti e Garage Weber-Monaco non hanno partecipato alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche (v. n. marg. 153). Essendo quest'ultima una componente importante dell'accordo globale, per queste due imprese è ritenuto adeguato un aumento del 5 % dell'importo di base per avere partecipato alle altre componenti

dell'accordo globale (per Autoronchetti v. n. marg. 153, 322, 405; per Garage Weber-Monaco v. n. marg. 153, 342, 413) negli anni a partire dal momento in cui hanno acquisito lo statuto di partner commerciale rispettivamente rivenditore (Autoronchetti dal 1° novembre 2009, v. n. marg. 11, Garage Weber-Monaco dal 1° dicembre 2007, v. n. marg. 25) fino a giugno 2018. Garage Nessi non ha più partecipato alla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche a partire dal 2010 (v. n. marg. 205 seg.). Per quest'impresa è dunque ritenuto un aumento dell'importo di base del 10 % per gli anni dal 2006 al 2009 e un aumento del 5 % per gli anni successivi, dal 2010 a giugno 2018. AMAG, Gruppo Karpf, Garage Maffeis e Tognetti Auto hanno partecipato all'insieme delle componenti dell'accordo globale per l'intera durata (per AMAG v. n. marg. 154 segg., 312 segg., 403 seg.; per Gruppo Karpf v. n. marg. 176 segg., 324 segg., 406 seg.; per Garage Maffeis v. n. marg. 200 segg., 331 segg., 408 seg.;

¹¹¹² Cfr. DPC 2018/1, 111, n. marg. 215, *Verzinkung*; DPC 2020/1, 219 n. marg. 953, *KTW-Werke*.

per Tognetti Auto v. n. marg. 211 segg., 345 seg., 415 segg.; cfr. pure n. marg. 424). Per queste imprese si giustifica un aumento del 10 % per gli anni dal 2006 a giugno 2018.

612. Sulla base delle considerazioni sopra esposte, *in casu* sono stabiliti gli aumenti (in percentuali) degli importi di base seguenti:

- AMAG, Gruppo Karpf, Garage Maffeis e Tognetti Auto: 10 % per gli anni dal 2006 a giugno 2018, per un totale di 125 %;
- Garage Nessi: 10 % per gli anni dal 2006 al 2009 e 5 % per gli anni dal 2010 a giugno 2018, per un totale di 82,5 %;
- Autoronchetti: 5 % per gli anni da novembre 2009 a giugno 2018 (in totale otto anni e otto mesi), per un totale di 43,3 %;
- Garage Weber-Monaco: 5 % per gli anni da dicembre 2007 a giugno 2018 (in totale dieci anni e sette mesi), per un totale di 52,9 %.

613. Nella loro presa di posizione sulla proposta della Segreteria, AMAG e Garage Nessi sostengono che la durata di un accordo di un anno è già compresa nell'importo di base.¹¹¹³ Questa posizione non può essere condivisa. Contrariamente all'interpretazione della prassi della COMCO operata da AMAG, solo nei casi in cui un accordo è durato un anno (o poco più di un anno) è stato ritenuto che tale durata fosse come già compresa nell'importo di base.¹¹¹⁴ Per contro, qualora, come nel presente caso, un accordo duri più di un anno, giusta l'art. 4 OS LCart l'importo di base è aumentato fino al 50 % per i primi cinque anni e fino al 10 % per ogni anno successivo.¹¹¹⁵

C.7.3.4.3 Circostanze aggravanti e attenuanti

614. L'ultimo passo consiste nel considerare le circostanze aggravanti e attenuanti ai sensi degli art. 5 e 6 OS LCart.

(i) Violazione ripetuta della LCart (art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart)

615. Giusta l'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart l'importo della sanzione è aumentato se l'impresa ha violato ripetutamente la Legge sui cartelli. Questa disposizione permette di tenere conto della *recidività* come circostanza aggravante.

616. Una violazione ripetuta alla Legge sui cartelli ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart può sicuramente essere presa in considerazione nei casi in cui le autorità in materia di concorrenza hanno già stabilito mediante decisione cresciuta in giudicato una violazione della Legge sui cartelli in un procedimento precedente.¹¹¹⁶ Nel passato, la COMCO ha pure ammesso tale circostanza aggravante in casi in cui è stata accertata una violazione ripetuta della Legge sui cartelli all'interno di uno stesso procedimento.¹¹¹⁷

617. In alcune decisioni la COMCO ha escluso la circostanza aggravante della recidiva per mancanza di una decisione cresciuta in giudicato nella quale fosse stata constatata la violazione precedente.¹¹¹⁸ Tuttavia, la lettera dell'art. 5 cpv. 1 lett. OS LCart non prevede che la o le

violazioni della Legge sui cartelli precedenti siano state accertate tramite delle decisioni né che quest'ultime siano cresciute in giudicato. La formulazione aperta della disposizione non preclude dunque la possibilità di prendere in considerazione come circostanza aggravante le violazioni della Legge sui cartelli che non sono state accertate tramite decisioni cresciute in giudicato.¹¹¹⁹ In questo contesto, nel caso *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* la COMCO ha precisato che per ammettere l'aggravante ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart è *unicamente* necessaria, ma sufficiente, una violazione ripetuta della Legge sui cartelli.¹¹²⁰

618. In ambito di diritto europeo della concorrenza, il n. marg. 28 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende prevede che l'importo di base dell'ammenda può essere aumentato per tenere conto di circostanze aggravanti, segnatamente *“quando un'impresa continua o ripete la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza abbiano constatato che tale impresa ha violato le disposizioni dell'articolo [101] o [102 TFUE]”*.¹¹²¹ L'importo di base sarà aumentato fino al 100 % ogni volta che venga accertata una infrazione di questo tipo”.¹¹²² Secondo la giurisprudenza europea in materia, la circostanza aggravante della recidiva è ammessa anche qualora la precedente infrazione non riguarda lo stesso mercato del prodotto (ma è sufficiente che l'infrazione successiva rientri nella stessa disposizione del TFUE)¹¹²³ o che è stata commessa da una società diversa appartenente alla stessa unità economica¹¹²⁴. Inoltre, non vi è alcun limite temporale predefinito per l'applicazione di quest'aggravante¹¹²⁵ e non è necessario che l'infrazione sia stata constatata in una decisione che ha emesso una sanzione pecuniaria nei confronti dell'impresa recidiva.¹¹²⁶ Questa

¹¹¹³ Atti XIX.90, n. marg. 58 segg.; XIX.97, n. marg. 76.

¹¹¹⁴ DPC 2016/2, 251 n. marg. 567 seg., *Nikon* (sentenza confermata su questo punto dal TAF, DPC 2016/3, 857 consid. 9.2.4, Nikon); DPC 2009/2, 157 n. marg. 100, *Sécateurs et cisailles*.

¹¹¹⁵ Cfr. pure TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), art. 49a n. marg. 59.

¹¹¹⁶ DPC 2020/3a, 1219, n. marg. 524, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*. Cfr. pure BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), art. 49a n. marg. 67.

¹¹¹⁷ DPC 2016/4, 1029 n. marg. 886, *Sport im Pay-TV*; DPC 2013/4, 625 n. marg. 977, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; DPC 2010/4, 763 n. marg. 412, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

¹¹¹⁸ DPC 2016/1, 214 n. marg. 605, *Swisscom WAN-Anbindung*; DPC 2020/3a, 1221, n. marg. 541, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

¹¹¹⁹ Cfr. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), art. 49a n. marg. 67–68.

¹¹²⁰ DPC 2013/4, 625 n. marg. 977, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. In questo caso si trattavano di molteplici violazioni alla Legge sui cartelli che sono state esaminate nel quadro di uno stesso procedimento.

¹¹²¹ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, GU C del 26 ottobre 2012.

¹¹²² Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, GU C 210 del 1.9.2006, pagg. 2–5.

¹¹²³ Tribunale UE, ECLI:EU:T:2007:380, n. marg. 64, *BASF e UCB / Commissione*.

¹¹²⁴ Cfr. CGUE, ECLI:EU:C:2015:150, n. marg. 91–93, *Commissione e a. / Versalis e a.*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2003:250, n. marg. 290, *Michelin / Commissione*.

¹¹²⁵ CGUE, ECLI:EU:C:2007:88, n. marg. 38, *Groupe Danone / Commissione*; CGUE, ECLI:EU:C:2010:346, n. marg. 72., *Lafarge / Commissione*.

¹¹²⁶ CGUE, ECLI:EU:C:2007:88, n. marg. 41, *Groupe Danone / Commissione*.

circostanza aggravante può essere ammessa anche qualora la decisione che ha constatato l'infrazione precedente è ancora oggetto di procedure di ricorso¹¹²⁷. A questo proposito, nella sentenza *Lafarge / Commissione*, la CGUE ha esplicitamente riconosciuto che per “*tener conto della recidiva, è sufficiente che l'impresa sia stata precedentemente considerata colpevole di un'infrazione dello stesso tipo, anche se la decisione di cui trattasi è ancora soggetta ad un sindacato giurisdizionale*” (carattere in grassetto aggiunto).¹¹²⁸ Nel caso in cui tale decisione venga annullata in ultima istanza dinanzi la CGUE, la Commissione dell'Unione europea (di seguito: Commissione UE) sarà tenuta a modificare “*eventualmente la decisione successiva nella parte in cui applica una maggiorazione dell'ammenda a titolo di recidiva*”.¹¹²⁹ In questa sentenza, la CGUE ha inoltre rilevato che, se dovesse essere accolta la tesi secondo cui un procedimento di ricorso comporterebbe la sospensione di una precedente decisione per quanto riguarda l'accertamento di un'eventuale recidiva in una decisione successiva, “*gli autori di infrazioni sarebbero incitati a proporre ricorsi esclusivamente dilatori, all'unico scopo di evitare le conseguenze della recidiva nel corso dei procedimenti dinanzi al Tribunale e alla Corte*”.¹¹³⁰ Queste considerazioni sono senz'altro valide anche per quanto riguarda l'efficacia dell'azione dell'autorità in materia di concorrenza svizzera e l'applicazione della Legge sui cartelli.

619. Nel calcolo della sanzione, la COMCO deve garantire che la sanzione abbia un effetto dissuasivo.¹¹³¹ La recidiva giustifica un aumento significativo dell'importo di base della sanzione, poiché tale circostanza è la prova che le misure precedentemente ordinate o la sanzione precedentemente imposta non hanno avuto alcun effetto sull'impresa o non sono stati sufficientemente dissuasivi. Pertanto, un'ulteriore violazione alla Legge sui cartelli successiva a una violazione già oggetto di precedenti misure ordinate dalle autorità in materia di concorrenza deve essere ponderata più severamente rispetto a delle ripetute violazioni *all'interno* di un'unica inchiesta. In effetti, si considera che l'impresa non ha avuto la volontà di trarre le lezioni appropriate dalla sua condotta passata.¹¹³²

620. Poiché la regolamentazione svizzera non contiene indicazioni precise sull'aumento della sanzione in caso di recidiva, la COMCO dispone di un potere discrezionale al riguardo. Essa è tenuta a esercitare questo potere discrezionale sulla base di criteri oggettivi e quindi in modo comprensibile.¹¹³³

621. Nei casi di violazioni ripetute alla Legge sui cartelli *all'interno* di uno stesso procedimento riguardanti degli accordi orizzontali, la COMCO ha deciso un aumento del 20 % per una duplice violazione¹¹³⁴ e tra il 50 % e il 200 % per violazioni multiple¹¹³⁵.

622. Nel caso *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, riguardante una violazione alla Legge sui cartelli constatata nel quadro di una decisione *precedente* cresciuta in giudicato, la COMCO ha aumentato del 20 % la sanzione imposta nel quadro del procedimento successivo.¹¹³⁶

623. Per un confronto con il diritto europeo, rispetto a quanto previsto dall'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart, secondo

il n. marg. 28 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende l'infrazione precedente deve essere uguale o simile a quella esaminata nel procedimento successivo. L'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart non prevede tale condizione, la violazione ripetuta essendo considerata in maniera generale come una circostanza aggravante che conduce all'aumento della sanzione. D'altra parte, la disposizione europea contiene anche un'indicazione di quanto al massimo sarà aumentata la sanzione. La Commissione UE dispone di un potere discrezionale al riguardo.¹¹³⁷ In particolare, secondo la giurisprudenza europea, le seguenti circostanze devono essere valutate per stabilire se l'impresa ha la tendenza a non rispettare le regole del diritto della concorrenza:¹¹³⁸

- a. somiglianza delle infrazioni;
- b. periodo trascorso tra le infrazioni.

624. Di conseguenza, più le infrazioni sono simili, più severamente sarà ponderata la circostanza aggravante della recidiva. Allo stesso modo, più il periodo trascorso tra un'infrazione e l'altra è breve, più grave sarà valutata la recidiva.¹¹³⁹

625. I criteri esposti sopra e sviluppati nell'ambito del diritto europeo possono senz'altro essere trasposti all'esercizio del potere discrezionale della COMCO nel quadro dell'applicazione dell'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart.

626. Nel caso di specie, come indicato precedentemente, AMAG è stata coinvolta nell'inchiesta *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013* (v. n. marg. 224) per dei comportamenti simili a quelli che riguardano il coordinamento in materia di politica dei prezzi nel presente caso (v. sezione B.3.3.1). All'epoca si trattava infatti di un accordo sui prezzi riguardante la fissazione in comune degli sconti e dei pacchetti consegna indicati nella tabella sconti dal

¹¹²⁷ CGUE, ECLI:EU:C:2010:346, n. marg. 81 segg., *Lafarge / Commissione*.

¹¹²⁸ CGUE, ECLI:EU:C:2010:346, n. marg. 83–86, *Lafarge / Commissione*.

¹¹²⁹ CGUE, ECLI:EU:C:2010:346, n. marg. 87–88, *Lafarge / Commissione*.

¹¹³⁰ CGUE, ECLI:EU:C:2010:346, n. marg. 84–85, *Lafarge / Commissione*.

¹¹³¹ Messaggio LCart 2003 (n. 1025), FF 2002 1835, 1851.

¹¹³² Cfr. DPC 2020/3a, 1220 n. marg. 526, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

¹¹³³ Cfr. DPC 2020/3a, 1219, n. marg. 524, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

¹¹³⁴ DPC 2010/4, 763 n. marg. 413 segg., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

¹¹³⁵ DPC 2012/2, 412 n. marg. 1126, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; DPC 2013/4, 626 n. marg. 978, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹¹³⁶ DPC 2020/3a, 1222, n. marg. 542, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

¹¹³⁷ Cfr. CGUE, ECLI:EU:C:2007:88, n. marg. 25–29, *Groupe Danone / Commissione*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2003:250, n. marg. 292, *Michelin / Commissione*.

¹¹³⁸ Cfr. CGUE, ECLI:EU:C:2007:88, n. marg. 39 segg., *Groupe Danone / Commissione*; CGUE, ECLI:EU:C:2010:346, n. marg. 70 segg., *Lafarge / Commissione*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2011:355, n. marg. 90 segg., *Shell Petroleum e a. / Commissione*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2012:478, n. marg. 244 segg., *Shell Petroleum e a. / Commissione*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2003:250, n. marg. 282 segg., *Michelin / Commissione*.

¹¹³⁹ Ibid.

formato praticamente identico a quella oggetto della presente inchiesta (v. n. marg. 220) e la trasmissione di quest'ultima ai membri della rete di distribuzione di AMAG attraverso degli incontri regionali dell'associazione VPVW (cosiddetti "*Stammtische*") (cfr. n. marg. 224). Tale inchiesta era stata aperta sulla base di un'autodenuncia del 3 aprile 2013 presentata dalla stessa AMAG e si è conclusa nei confronti di quest'ultima tramite decisione della COMCO del 6 giugno 2016 che ha approvato la conciliazione conclusa con la Segreteria il 15 aprile 2014.¹¹⁴⁰ Questa decisione rinvia alla decisione principale del 19 ottobre 2015 nei confronti delle restanti imprese coinvolte¹¹⁴¹, nella quale la COMCO ha constatato la partecipazione di AMAG a un accordo illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a in combinato disposto con cpv. 1 LCart riguardante gli sconti e i pacchetti consegna ("*dass die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erstofferterten für Neufahrzeuge und die Verbreitung dieser Konditionen durch die Plattform der VPVW-Stammtische an weitere autorisierte Schweizer Händler des VW-Konzerns von der WEKO mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 als unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG qualifiziert worden ist, dass die Teilnahme der AMAG an dieser unzulässigen Wettbewerbsabrede in der Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 festgestellt wurde*").¹¹⁴² Come risulta dalla decisione del 6 giugno 2016, AMAG ha beneficiato di una rinuncia completa alla sanzione giusta gli art. 49a cpv. 2 LCart e art. 8 OS LCart.¹¹⁴³ AMAG non ha impugnato questa decisione, la quale è cresciuta in giudicato l'8 maggio 2019 con la sentenza del Tribunale federale che ha respinto i ricorsi interposti da altre imprese coinvolte nell'inchiesta *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*.¹¹⁴⁴

627. La conciliazione del 15 aprile 2014 conclusa nell'ambito dell'inchiesta *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013* prevede che AMAG si impegna a non scambiare con i propri concorrenti informazioni su futuri sconti e pacchetti consegna per la vendita di veicoli nuovi così come altre informazioni sensibili sui prezzi nel quadro dell'associazione VPVW o al di fuori di questa ("*Die AMAG verpflichtet sich: [...] 2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und 3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen*").¹¹⁴⁵ Nella decisione del 6 giugno 2016 sono espressamente menzionate le conseguenze di una violazione della conciliazione con riferimento al rischio di sanzioni giusta gli art. 50 e 54 LCart.¹¹⁴⁶

628. Ciononostante, come risulta dalla presente inchiesta, AMAG ha continuato, perlomeno fino a giugno del 2018, a violare la Legge sui cartelli, prendendo parte all'accordo globale e, in particolare, partecipando in modo preponderante al coordinamento in materia di politica dei prezzi che aveva come aspetto centrale la determinazione in comune e lo scambio di sconti e pacchetti consegna. Questo malgrado il fatto che AMAG, come si evince dalle risultanze istruttorie (v. n. marg. 266–269), fosse

pienamente cosciente dell'illiceità di tali pratiche sin dall'inizio del 2014.

629. Per quanto riguarda l'aspetto dell'unità economica si rinvia alle considerazioni già espresse precedentemente in relazione alla questione dell'attribuzione della violazione del diritto dei cartelli (v. n. marg. 571 e 576), sulla base delle quali anche nel presente contesto è ritenuto che sussiste una funzionale identità d'impresa tra la precedente società denominata AMAG Automobili e Motori SA, autrice della violazione alla Legge sui cartelli oggetto dell'inchiesta *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*, e la nuova AMAG Automobili e Motori SA, parte al presente procedimento. Pertanto, l'autore della precedente violazione alla Legge sui cartelli e il soggetto coinvolto nella presente inchiesta sono identici.

630. Contrariamente a quanto sostenuto da AMAG nel quadro del dodicesimo complemento all'autodenuncia,¹¹⁴⁷ sulla base delle considerazioni esposte sopra (v. n. marg. 617 seg.), il fatto che la decisione del 6 giugno 2016 sia cresciuta in giudicato solo l'8 maggio 2019 è ininfluente sulla valutazione della recidiva. Determinante nel caso di specie è il fatto che AMAG abbia continuato a violare la Legge sui cartelli nonostante l'inchiesta aperta nel maggio del 2013 sulla base dell'autodenuncia da essa stessa presentata, atto dal quale si evince che AMAG era evidentemente consapevole del carattere illecito delle pratiche legate alla fissazione in comune dei valori delle tabelle sconti (oggetto dell'inchiesta *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013* e della presente inchiesta), comportamento che non avrebbe dovuto reiterare, e del rischio di incorrere in sanzioni giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart. Al più tardi con la conclusione della conciliazione il 15 aprile del 2014, AMAG avrebbe dovuto modificare il suo comportamento conformemente agli impegni presi con le autorità in materia di concorrenza. Contrariamente a tali aspettative, AMAG ha continuato anche dopo il 15 aprile 2014 a violare la Legge sui cartelli non solo riproducendo gli stessi schemi di coordinamento della politica dei prezzi per quanto riguarda le tabelle sconti (cfr. n. marg. 266 segg.), ma anche scambiando altri elementi del prezzo (cfr. n. marg. 292 segg.) e partecipando ad altre condotte

¹¹⁴⁰ DPC 2017/2, 279, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione diventata definitiva con le sentenze dell'8 maggio 2019 TF 2C_524/2018 e 2C_525/2018). Occorre notare che la precedente decisione dell'ex vicepresidente della COMCO dell'8 agosto 2014 con la quale era stata approvata la conciliazione con AMAG è stata dichiarata nulla dal TAF con sentenze del 13 aprile 2016 per difetto di competenza (v. DPC 2017/2, 279 con rinvii, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*).

¹¹⁴¹ DPC 2019/1, 84, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione non definitiva).

¹¹⁴² DPC 2017/2, 280, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione diventata definitiva con le sentenze del TF dell'8.5.2019, 2C_524/2018 e 2C_525/2018). V. anche DPC 2019/1, 134, 140 seg., n. marg. 350 seg. e 407 *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione non definitiva).

¹¹⁴³ DPC 2017/2, 281, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione diventata definitiva con le sentenze del TF dell'8.5.2019, 2C_524/2018 e 2C_525/2018).

¹¹⁴⁴ Cfr. TF, 2C_524/2018 e TF, 2C_525/2018, entrambi dell'8.5.2019.

¹¹⁴⁵ DPC 2017/2, 282, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione diventata definitiva con le sentenze del TF dell'8.5.2019, 2C_524/2018 e 2C_525/2018).

¹¹⁴⁶ DPC 2017/2, 280, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione diventata definitiva con le sentenze del TF dell'8.5.2019, 2C_524/2018 e 2C_525/2018).

¹¹⁴⁷ Cfr. atto XIV.A.32, pagg. 13–15.

illecite facenti parte dell'accordo globale oggetto della presente inchiesta, ovvero la cooperazione in materia di commesse pubbliche (cfr. n. marg. 138 segg.) e la ripartizione del territorio (cfr. n. marg. 348 segg., 362, 368 segg.). Così facendo, AMAG ha dimostrato la sua propensione a non trarre le debite conseguenze dalle misure ordinate nei suoi confronti nel quadro del procedimento precedente. In altri termini, le misure convenute nel quadro della conciliazione del 15 aprile 2014 e la minaccia di sanzioni ai sensi degli art. 50 e 54 LCart si sono rivelate non essere sufficientemente dissuasive.

631. Di conseguenza, avendo preso parte al presente accordo globale, AMAG ha commesso violazioni sostanzialmente identiche o a ogni modo simili a quella oggetto dell'inchiesta *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*, così come altre violazioni che adempiono più fattispecie legali dell'art. 5 cpv. 3 LCart (v. n. marg. 504), senza che vi fosse un vero e proprio intervallo di tempo tra le une e l'altra o, a ogni modo, il periodo trascorso tra le violazioni alla Legge sui cartelli è estremamente ravvicinato.

632. A ciò si aggiunge che, nel quadro dell'inchiesta *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen*, mediante decisione parziale del 26 giugno 2019, cresciuta in giudicato, AMAG Leasing SA (di seguito: AMAG Leasing), società facente parte del gruppo AMAG (v. illustrazione 1), è stata sanzionata per avere partecipato a un accordo illecito sui prezzi ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a in combinato disposto con il cpv. 1 LCart riguardante lo scambio durante gli anni dal 2006 al 2014 di informazioni su operazioni ed elementi per il calcolo dei tassi di leasing.¹¹⁴⁸ Tramite la stessa decisione parziale, la camera della COMCO per le decisioni parziali ha approvato una conciliazione conclusa nel 2018 tra la Segreteria e AMAG Leasing.

633. Tenuto conto di questi elementi, in applicazione dell'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart è giustificato aumentare del 50 % l'importo della sanzione nei confronti di AMAG calcolato secondo gli art. 3 e 4 OS LCart.

634. Nel rispetto del principio "*ne bis in idem*", le autorità in materia di concorrenza rinunciano ad avviare un procedimento giusta l'art. 50 LCart in ragione di contravvenzioni alle misure e alle decisioni adottate nel quadro dell'inchiesta "22-0439: *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*".

635. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, AMAG ha contestato l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart.¹¹⁴⁹ In questo contesto, AMAG ha fondamentalmente presentato gli stessi argomenti già avanzati nel quadro del dodicesimo complemento all'autodenuncia¹¹⁵⁰ in relazione alla mancanza di una decisione cresciuta in giudicato nella quale sia stata constatata la violazione precedente alla Legge sui cartelli.¹¹⁵¹ AMAG critica in particolare la validità della prassi e della giurisprudenza europea, di cui è fatto riferimento al n. marg. 618, sostenendo che queste non possano senz'altro trovare applicazione nel diritto svizzero dei cartelli.¹¹⁵² Qualora venga ritenuta la circostanza aggravante della recidiva, AMAG ha chiesto che l'aumento dell'importo di base non sia superiore al 20 %, analogamente a quanto deciso dalla COMCO nel caso *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.^{1153, 1154}

636. In merito alla questione della necessità di una decisione cresciuta in giudicato nella quale sia stata constatata la precedente violazione alla Legge sui cartelli, si rinvia alle considerazioni esposte precedentemente (v. n. marg. 615 segg.) e si ribadisce che tale condizione non è prevista all'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart. Ammettere un approccio contrario limiterebbe senza motivi la possibilità della COMCO di riconoscere in casi specifici la circostanza aggravante della recidiva come mezzo dissuasivo per prevenire le violazioni alla Legge sui cartelli e la loro ripetizione. Ciò condurrebbe alla sottovalutazione di alcune infrazioni e a una svalutazione della funzione delle autorità in materia di concorrenza.

637. Per quanto concerne la prassi e la giurisprudenza europee, si sottolinea che il Tribunale federale ha più volte ribadito che può essere fatto riferimento al diritto europeo per interpretare il diritto svizzero della concorrenza.¹¹⁵⁵ Proprio sulla questione della recidiva, il Tribunale amministrativo federale si è espresso recentemente nel caso *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, affermando che gli Orientamenti per il calcolo delle ammende della Commissione e la corrispondente giurisprudenza europea possono essere utilizzati come aiuto e guida nell'interpretazione dell'art. 5 cpv. 1 lett. a OS LCart.¹¹⁵⁶

638. Riguardo al valore dell'aumento dell'importo di base in applicazione della circostanza aggravante della recidiva, le analogie con il caso *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen* operate da AMAG non sono convincenti. Nel presente caso, alcuni aspetti già menzionati in precedenza aggravano la situazione di AMAG rispetto alle circostanze che hanno fondato la decisione della COMCO nel caso *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*. Da un lato, nel quadro di tale decisione la COMCO ha ritenuto l'esistenza della circostanza aggravante della violazione ripetuta della LCart sulla base di un'unica decisione precedente nella quale era stato constatato un comportamento illecito da parte dell'impresa interessata.¹¹⁵⁷ Nel presente caso, due precedenti decisioni constatavano dei comportamenti illeciti di AMAG che costituiscono delle

¹¹⁴⁸ Cfr. comunicato stampa della COMCO dell'11.7.2019 "*La COMCO multa otto imprese nell'inchiesta "leasing auto"*", <www.comco.admin.ch> > Media > Informazioni ai media > Comunicati stampa 2019. La decisione parziale del 26.6.2019 riguardante l'inchiesta *Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen* non è stata ancora pubblicata.

¹¹⁴⁹ Atto XIX.90, n. marg. 62 segg.

¹¹⁵⁰ Atto XIV.A.32, pagg. 13–15.

¹¹⁵¹ Atto XIX.90, n. marg. 67–81.

¹¹⁵² Atto XIX.90, n. marg. 70–72.

¹¹⁵³ DPC 2020/3a, 1222, n. marg. 542, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

¹¹⁵⁴ Atto XIX.90, n. marg. 82 segg.

¹¹⁵⁵ DTF 144 II 246, 268, consid. 13.3, *Altium*; DTF 143 II 297, 320 segg. e 326 segg., consid. 5.3.4 e 6.2.3, *Gaba*; DTF 139 I 72, 89, consid. 8.2.3, *Publigroupe*; DTF 137 II 199, 208 segg., consid. 4.3.1–4.3.2, *Swisscom*. Cfr. pure DTF 147 II 72, 76 segg. consid. 3 e 4, *Hors-Liste Medikamente* in cui il Tribunale federale tira ampiamente spunto dalla giurisprudenza europea nell'interpretazione dei concetti di pratica concordata e raccomandazione di prezzi.

¹¹⁵⁶ TAF, B-2597/2017, consid. 15.2.6.15, *Victor Pharma AG (vormals Galenica AG) / Wettbewerbskommission WEKO*.

¹¹⁵⁷ DPC 2020/3a, 1221, n. marg. 535, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

violazioni delle fattispecie legali dell'art. 5 cpv. 3 LCart identiche o perlomeno molto simili a quelle commesse tramite l'accordo globale oggetto della presente inchiesta (v. n. marg. 631 seg.). A ciò si aggiunge che, nel quadro di uno dei procedimenti precedenti, AMAG si è impegnata tramite una conciliazione (conclusa nel 2014 e quindi quattro anni prima dell'apertura della presente inchiesta) a non commettere violazioni della Legge sui cartelli simili a quelle constatate nella presente decisione (v. n. marg. 627). Dall'altro lato, a differenza del caso *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, nel quale l'intervallo di tempo tra le violazioni della Legge sui cartelli era di più di quattro anni, nel presente caso non è ravvisabile un vero e proprio intervallo di tempo tra le violazioni precedenti della Legge sui cartelli e il comportamento illecito oggetto della presente decisione o, a ogni modo, il periodo trascorso tra le une e l'altra è estremamente ravvicinato (v. n. marg. 631 seg.). Per tali ragioni, non vi sono motivi per applicare nel presente caso la stessa percentuale per l'aumento dell'importo di base stabilito nella decisione *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*.

(ii) Comportamento collaborativo

639. L'art. 6 cpv. 1 OS LCart non contiene un'enumerazione esaustiva delle circostanze attenuanti (ciò è deducibile dall'espressione "in particolare" utilizzata nella disposizione).¹¹⁵⁸ Conformemente alla prassi della COMCO, la conclusione di una conciliazione e il riconoscimento della fattispecie possono essere considerati come circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 6 cpv. 1 OS LCart.¹¹⁵⁹

I. Conclusione di una conciliazione

640. La conclusione di una conciliazione è riconosciuta come buona collaborazione e premiata con una riduzione della sanzione. Tale collaborazione è presa in considerazione come circostanza attenuante nel quadro dell'art. 6 cpv. 1 OS LCart.¹¹⁶⁰ Se, come in questo caso, le parti al procedimento concludono una conciliazione nel corso dell'inchiesta, la sanzione può essere ridotta di un massimo del 20 %.¹¹⁶¹

641. Le conciliazioni con AMAG, Gruppo Karpf, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto sono state concluse nel corso dell'inchiesta e prima dell'invio della proposta per presa di posizione ai sensi dell'art. 30 cpv. 2 LCart. Tenuto conto di questi aspetti e alla luce della prassi della COMCO, per queste parti al procedimento si ritiene giustificata la riduzione del 20 % dell'importo delle sanzioni calcolato secondo gli art. 3 e 4 OS LCart a titolo di buona collaborazione in quanto circostanza attenuante ai sensi dell'art. 6 cpv. 1 OS LCart.

II. Riconoscimento della fattispecie

642. Come circostanza attenuante secondo l'art. 6 cpv. 1 OS LCart, la COMCO può prendere in considerazione una collaborazione particolarmente buona al di fuori del programma di clemenza.¹¹⁶² In particolare, è considerata come collaborazione particolarmente buona premiata con una riduzione fino al 20 % il riconoscimento della fattispecie che è stata accertata nell'ambito di un'inchiesta (ad esempio, sulla base di un risultato probatorio provvisorio o la proposta della Segreteria¹¹⁶³).¹¹⁶⁴

643. Nel presente caso, Gruppo Karpf, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto hanno riconosciuto la fattispecie esposta nel quadro della presentazione del risultato probatorio provvisorio (v. n. marg. 57). Tuttavia, considerato lo svolgimento dell'inchiesta nel suo insieme, il comportamento cooperativo di queste parti al procedimento non è andato al di là di quello che viene normalmente attuato nel quadro dell'esercizio dei diritti di difesa. Tenuto conto di questi elementi, nei confronti di Gruppo Karpf, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto si giustifica un'ulteriore riduzione del 15 % dell'importo della sanzione calcolato secondo gli art. 3 e 4 OS LCart a titolo di collaborazione particolarmente buona in quanto circostanza attenuante ai sensi dell'art. 6 cpv. 1 OS LCart.

644. Nella sua presa di posizione, Garage Maffei ha riconosciuto la fattispecie così come accertata dalla Segreteria nella proposta (v. n. marg. 70).¹¹⁶⁵ Tenuto conto del fatto che il comportamento cooperativo di Garage Maffei non è andato oltre quello che viene normalmente attuato nel quadro dell'esercizio dei diritti di difesa, anche nei confronti di Garage Maffei si giustifica una riduzione del 15 % dell'importo della sanzione calcolato secondo gli art. 3 e 4 OS LCart a titolo di collaborazione particolarmente buona in quanto circostanza attenuante ai sensi dell'art. 6 cpv. 1 OS LCart.

C.7.3.4.4 Conclusione intermedia

645. Senza tenere conto dell'autodenuncia, per le imprese coinvolte risultano gli importi delle sanzioni calcolati secondo gli art. 3–6 OS LCart indicati nella tabella sottostante.

¹¹⁵⁸ Opuscolo esplicativo OS LCart (n. 1058), pagg. 4–6. Cfr. pure BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), art. 49a n. marg. 66 e 83.

¹¹⁵⁹ Cfr. Nota informativa della Segreteria della COMCO: Conciliazioni, n. marg. 11 seg., <www.comco.admin.ch> > In diritto e documentazione > Note informative > Nota informativa: Conciliazioni.

¹¹⁶⁰ Cfr. Nota informativa della Segreteria della COMCO: Conciliazioni, n. marg. 11 s., <www.comco.admin.ch> > In diritto e documentazione > Note informative > Nota informativa: Conciliazioni.

¹¹⁶¹ Ibid.

¹¹⁶² Cfr. Nota informativa della Segreteria della COMCO: Conciliazioni, n. marg. 12, <www.comco.admin.ch> > In diritto e documentazione > Note informative > Nota informativa: Conciliazioni.

¹¹⁶³ Cfr. ad esempio DPC 2020/4a, 1841 seg., n. marg. 593 seg., *Bauleistungen Graubünden*.

¹¹⁶⁴ Ibid.

¹¹⁶⁵ Atto XIX.98, n. marg. 8.

Parti al procedi- mento	Importo di base (in CHF)	Aumento per la durata	Circostanze aggravanti	Circostanze attenuanti	Sanzione (in CHF)
AMAG	[...]	+125 %	+50.0 %	-20 %	[...]
Autoronchetti	[...]	+43.3 %	--	--	[...]
Gruppo Karpf	[...]	+125 %	--	-35 %	[...]
Garage Maffeis	[...]	+125 %	--	-15 %	[...]
Garage Nessi	[...]	+82.5 %	--	-20 %	[...]
Garage Weber- Monaco	[...]	+52.9 %	--	-35 %	[...]
Tognetti Auto	[...]	+125 %	--	-35 %	[...]

Tabella 4: Importi delle sanzioni calcolati secondo gli art. 3–6 OS LCart

C.7.3.4.5 Sanzione massima

646. La sanzione non deve superare in alcun caso il 10 % della cifra d'affari realizzata in Svizzera dall'impresa negli ultimi tre esercizi (art. 49a cpv. 1 LCart; art. 7 OS LCart). Come emerge dal messaggio concernente la revisione della LCart 2003¹¹⁶⁶, a tale scopo sono presi in considerazione gli ultimi tre esercizi prima dell'emissione della decisione.¹¹⁶⁷ Una volta determinata la sanzione concreta sulla base degli altri criteri menzionati nella LCart e nella OS LCart (cfr. qui di seguito), si verifica che l'importo della sanzione massima non venga superato (art. 7 OS LCart) e, se necessario, si effettua una riduzione corrispondente.¹¹⁶⁸

647. Nel presente caso, sono rilevanti gli esercizi degli anni 2019, 2020 e 2021. Tuttavia, sulla base delle cifre d'affari fornite per gli esercizi degli anni dal 2017 al 2019¹¹⁶⁹ si esclude per tutte le parti al procedimento che gli importi calcolati secondo gli art. 3–6 OS LCart (v. tabella 4) superino le sanzioni massime ai sensi dell'art. 7 OS LCart.

C.7.3.4.6 Autodenuncia

648. Giusta l'art. 49a cpv. 2 LCart, se l'impresa collabora a rilevare e a eliminare la limitazione della concorrenza, si può rinunciare in tutto o in parte alla sanzione. Gli art. 8 segg. e 12 segg. OS LCart specificano le modalità di una rinuncia completa rispettivamente parziale alla sanzione.

(i) Condizioni della rinuncia alla sanzione e della riduzione della sanzione

649. Secondo l'art. 8 cpv. 1 OS LCart, la COMCO *rinuncia completamente* a sanzionare l'impresa, se quest'ultima denuncia la sua partecipazione a una limitazione

della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 e 4 LCart e se è la prima a

- fornire informazioni che consentano all'autorità in materia di concorrenza di aprire un'inchiesta (art. 8 cpv. 1 lett. a OS LCart, collaborazione per l'apertura) o
- a sottoporre prove che consentano all'autorità in materia di concorrenza di accertare una limitazione della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 o 4 LCart (art. 8 cpv. 1 lett. b OS LCart, collaborazione per l'accertamento). Pertanto, una rinuncia alla sanzione del 100 % può essere ancora ammessa anche se le autorità in materia di concorrenza hanno aperto d'ufficio o su denuncia di un terzo un'inchiesta preliminare o un'inchiesta.¹¹⁷⁰

650. Tuttavia, in entrambi i casi, la rinuncia alla sanzione è ammessa solo se le autorità in materia di concorrenza non dispongono già di prove sufficienti per stabilire l'esistenza della limitazione illecita alla concorrenza (art. 8 cpv. 3 e 4 lett. b OS LCart).

¹¹⁶⁶ Messaggio LCart 2003 (n. 1025), FF 2002 1835, 1849 seg.

¹¹⁶⁷ Cfr. ad esempio DPC 2021/1, 203, consid. 396 con rinvii, *Eishockey Pay-TV*.

¹¹⁶⁸ Ibid.

¹¹⁶⁹ Cfr. atti I.154, I.164–165, I.174, I.365, I.368, I.386–387, I.392, I.395, I.401–402.

¹¹⁷⁰ Cfr. DPC 2009/3, 219 n. marg. 153 con rinvii, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

651. Inoltre, l'art. 8 cpv. 2 OS LCart prevede che la COMCO rinunci completamente alla sanzione solo se l'impresa adempie alle condizioni cumulative seguenti:

- non ha spinto alcun'altra impresa a partecipare alla pratica anticoncorrenziale e non vi ha svolto un ruolo di istigatrice o un ruolo principale (art. 8 cpv. 2 lett. a OS LCart);
- fornisce spontaneamente all'autorità in materia di concorrenza tutte le informazioni e le prove di cui dispone concernenti la pratica anticoncorrenziale in questione (art. 8 cpv. 2 lett. b OS LCart);
- collabora senza interruzioni, senza riserve e senza indugio con l'autorità in materia di concorrenza per tutta la durata della procedura (art. 8 cpv. 2 lett. c OS LCart);
- cessa di partecipare alla pratica illecita al più tardi a partire dal momento dell'autodenuncia o alla prima ingiunzione dell'autorità in materia di concorrenza (art. 8 cpv. 2 lett. d OS LCart).

652. Se non sono soddisfatte tutte le condizioni per una rinuncia completa alla sanzione, una riduzione della sanzione è ancora possibile. Secondo l'art. 12 cpv. 1 OS LCart, la COMCO riduce la sanzione se un'impresa ha partecipato spontaneamente a una procedura e al momento della presentazione delle prove non partecipa più alla pratica anticoncorrenziale in questione.

653. In ogni caso, l'impresa che presenta un'autodenuncia deve fare chiarezza sulla fattispecie rilevante dal punto di vista del diritto dei cartelli, per quanto riguarda sia gli elementi oggettivi che soggettivi. Questo significa, in particolare, che l'impresa deve rivelare qual era lo scopo perseguito dal comportamento denunciato e in che modo tale comportamento è stato messo in pratica dall'impresa autodenunciante nonché da altre imprese partecipanti, qualora per quest'ultime siano disponibili informazioni e mezzi di prova. A tale scopo, l'impresa può in particolare consegnare mezzi di prova già esistenti e mettere a verbale delle dichiarazioni. In genere, non sono date le condizioni per ammettere un'autodenuncia, se l'impresa contesta le informazioni e le prove fornite, per esempio se nega comportamenti collusivi con altre imprese o, in generale, gli effetti negativi (possibili) sulla concorrenza. Non è necessario che l'impresa si riconosca colpevole di avere violato una determinata norma del diritto dei cartelli né che proceda a una valutazione giuridica della fattispecie rivelata (ad esempio, concernente la questione della notabilità della limitazione della concorrenza).¹¹⁷¹

(ii) Valutazione

654. Nel presente procedimento, AMAG ha presentato un'autodenuncia in data 29 marzo 2019 come prima (e unica) impresa (v. n. marg. 34). Poiché l'autodenuncia è intervenuta dopo l'apertura dell'inchiesta, questa può essere qualificata come collaborazione per l'accertamento ai sensi dell'art. 8 cpv. 1 lett. b OS LCart.

655. Tramite la documentazione trasmessa, AMAG ha consentito di accertare una violazione al diritto della concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c in combinato disposto con il cpv. 1 LCart. Nel quadro dell'autodenuncia, AMAG ha contribuito all'accertamento di un accordo globale illecito, fornendo spiegazioni e mezzi di prova (prevalentemente scambi di email) che hanno permesso di stabilire e comprendere le varie componenti di tale

accordo, dalla cooperazione nell'ambito delle commesse pubbliche¹¹⁷², al coordinamento in materia di politica dei prezzi¹¹⁷³ e alla ripartizione territoriale¹¹⁷⁴. In questo contesto, AMAG ha fornito mezzi di prova riguardanti l'accordo globale negli anni dal 2006 al 2009 (principalmente in relazione alla cooperazione in materia di commesse pubbliche).¹¹⁷⁵ Come si evince dalle misure ordinate dalla Segreteria nel corso della prima parte del procedimento (tra giugno 2018 e aprile 2019)¹¹⁷⁶, nella sua fase iniziale l'inchiesta era focalizzata principalmente sugli anni tra il 2010 e il 2018. Pertanto, al momento della presentazione dei primi mezzi di prova concernenti il periodo 2006–2009 (ovvero, con l'inoltro del quarto complemento all'autodenuncia del 7 ottobre 2019¹¹⁷⁷), le autorità in materia di concorrenza non disponevano di indizi concernenti la possibile esistenza dei comportamenti indagati negli anni precedenti il 2010.

656. AMAG ha collaborato con le autorità in materia di concorrenza senza interruzioni, senza riserve e senza indugio durante tutta la durata del procedimento, fornendo le informazioni richieste sia nell'ambito che al di fuori del programma di clemenza. Ritenuto che l'accordo globale è terminato con l'apertura dell'inchiesta (v. n. marg. 419), si considera che al momento dell'autodenuncia AMAG avesse già cessato di partecipare alla pratica illecita.

657. Le condizioni di cui all'art. 8 cpv. 2 lett. b–c OS LCart sono dunque adempiute. Rimane da valutare, se AMAG ha assunto un ruolo principale ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a OS LCart.

a. Ruolo principale

658. Nel messaggio concernente la revisione del 2003 della Legge sui cartelli non è definito il concetto di ruolo principale.¹¹⁷⁸ Nel quadro dei dibattiti parlamentari, durante la sessione autunnale del Consiglio nazionale del 26 settembre 2002, l'ex consigliere federale Pascal Couchepin si riferisce al ruolo principale con i termini di *“attore principale”*, *“motore del cartello”* o *“motore principale”*:

¹¹⁷¹ Cfr. Circolare e formulari della Segreteria della COMCO, Programma di clemenza (autodenuncia) dell'8.9.2014, n. marg. 5: <www.comco.admin.ch> > In diritto e documentazione > Annunci > Circolare e formulari per il programma di clemenza (autodenuncia).

¹¹⁷² Atti XIV.A.1, pagg. 3 segg., allegati 1–22; XIV.A.4, pagg. 2 segg., allegato 28; XIV.A.7, pagg. 2 segg., allegati 63–101; XIV.A.9, pagg. 3 segg., allegati 102–180; XIV.A.13, pagg. 3 segg., allegati 236–263; XIV.A.27, pagg. 6–8, allegati 559–565.

¹¹⁷³ Atti XIV.A.1, allegato 27; XIV.A.5, pagg. 2 segg., allegati 29–62; XIV.A.11, pagg. 3 segg., allegati 181–235; XIV.A.14, pagg. 3 segg., allegati 264–355; XIV.A.27, pagg. 8–14, allegati 568–570.

¹¹⁷⁴ Atti XIV.A.1, pag. 7, allegati 24–26; XIV.A.11, pag. 8, allegati 231–232, 234–235; XIV.A.14, pagg. 30 segg., allegati 365–370; XIV.A.18, pagg. 43 segg., allegati 462–527; XIV.A.27, pagg. 14–15, allegati 574–575.

¹¹⁷⁵ Cfr. atti XIV.A.9, pagg. 3 segg., allegati 102–167; XIV.A.14, pagg. 8 segg., allegati 275–276; XIV.A.27, pag. 5, allegato 559.

¹¹⁷⁶ Cfr. atti I.1–9 (lettere di apertura dell'inchiesta), I.13 e I.14 (pubblicazioni sul Foglio federale e sul FUSC), I.23–24, 53–57, 86–92 (richieste di assistenza amministrativa presso il Cantone Ticino ed altri enti pubblici), I.113–117, 173, 175–176 (richieste di informazioni alle parti al procedimento), II.2–7 e III.2–8 (audizioni di parti e testimoni).

¹¹⁷⁷ XIV.A.9, pagg. 3 segg., allegati 102–167.

¹¹⁷⁸ Cfr. Messaggio LCart 2003 (n. 1025), FF 2002 1835, 1851.

“Dans le projet d'ordonnance - qui est déjà sur papier mais qui fera l'objet d'une consultation lorsque la loi aura été adoptée -, on prévoit que l'exemption de toute peine ne sera accordée que si l'entreprise n'avait pas

le rôle d'instigateur ou d'acteur principal dans l'accord en matière de concurrence. Si l'entreprise qui est l'initiatrice ou le **moteur du cartel** se dénonce, elle ne bénéficiera pas du système du bonus parce qu'en effet, il y aurait là quand même un abus d'une règle destinée à permettre à ceux qui ont la force de considérer qu'ils avaient fait une erreur, de reconnaître cette erreur et d'abandonner le cartel. [...] C'est la raison pour laquelle on peut faire profiter du système du bonus/malus ceux qui placent l'intérêt général au-dessus de la loyauté qui couvre une activité illicite, étant précisé, je le redis encore une fois, qu'il n'est pas question pour nous de donner l'absolution totale à quelqu'un qui aurait été l'initiateur d'un cartel ou qui en aurait été le **moteur principal**. Vous voyez qu'on a une large vision et une vision morale des affaires. Il ne faut pas la caricaturer" (carattere in grassetto aggiunto).¹¹⁷⁹

659. Secondo la prassi della COMCO, un ruolo principale negli accordi orizzontali è dato se un'impresa ha contribuito in misura particolare alla preparazione, all'organizzazione o all'attuazione della limitazione della concorrenza (esame caso per caso). Sono considerati indizi di un ruolo principale (ma non delle condizioni per ammettere l'esistenza), da un lato, l'organizzazione e l'attuazione della limitazione della concorrenza e, dall'altro, l'interesse delle imprese coinvolte alla limitazione della concorrenza. In questo senso, vi sono indizi che lasciano supporre un ruolo principale di un'impresa, se essa svolge un ruolo particolarmente importante nell'organizzazione o nell'attuazione della limitazione della concorrenza e se trae un'utilità particolare da quest'ultima.¹¹⁸⁰ Inoltre, non è escluso che il ruolo principale nel cartello sia assunto da più imprese.¹¹⁸¹

660. Fino a oggi, non sono state emesse decisioni in cui la COMCO ha riconosciuto l'esistenza di un ruolo principale nel contesto di un accordo orizzontale. In diversi casi l'esistenza di un ruolo principale è stata invece negata.

- Nel caso *Bauleistungen Graubünden*, benché alcuni gruppi di imprese avevano assunto dei doveri organizzativi, non vi erano prove che singole imprese avessero svolto, nel complesso, un ruolo notevolmente più importante rispetto alle altre per quanto riguarda la stabilità e il funzionamento dell'accordo globale.¹¹⁸²
- Nel caso *Bauleistungen See-Gaster*, la COMCO ha ritenuto che l'impresa De Zernet aveva semplicemente un ruolo amministrativo che assumeva nell'interesse di tutte le imprese coinvolte nel cartello.¹¹⁸³
- Nella decisione *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*, la COMCO ha ritenuto che il solo fatto che AMAG disponga di parti di mercato elevate e della leadership del prezzo non significava senz'altro che quest'impresa avesse assunto un ruolo principale nella condotta contestata.¹¹⁸⁴ In questo caso, non esistevano indizi di un ruolo di istigatrice o di un ruolo principale da parte di AMAG.¹¹⁸⁵ Al contrario, era stato accertato che un'altra impresa coinvolta aveva preparato e organizzato gran parte del progetto denominato "*Projekt Repo 2013*".¹¹⁸⁶ Quest'impresa aveva, in particolare, riassunto per le altre imprese partecipanti la prima discussione avuta a proposito dell'idea di tale

progetto, incoraggiandole a partecipare e suggerendo il coinvolgimento di altri distributori importanti.¹¹⁸⁷

- Nel quadro della decisione *Verzinkung*, in relazione alla valutazione dell'autodenuncia del gruppo SDL, la COMCO ha in particolare considerato che il funzionamento del cartello era stato garantito soprattutto da altre imprese, le quali avevano tra l'altro convocato, organizzato e ospitato le riunioni di cartello e inviato i verbali con le determinazioni dei prezzi e i listini dei prezzi di base a tutte le imprese coinvolte.¹¹⁸⁸
- Nel caso *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, la COMCO ha ritenuto che l'accordo globale aveva avuto diverse fasi e che i rappresentanti che agivano per conto delle imprese coinvolte erano cambiati durante l'attuazione e la durata di tale accordo globale e che non vi erano indizi che un'impresa avesse ricoperto un ruolo notevolmente più importante rispetto alle altre.¹¹⁸⁹

661. In diritto europeo della concorrenza, costituisce un criterio d'esclusione dell'immunità dell'ammenda solo l'esercizio di coercizione su altre imprese perché aderissero al cartello o continuassero a parteciparvi, ma non il fatto che un'impresa abbia svolto un ruolo principale o, secondo i termini europei, un ruolo di *capofila*.¹¹⁹⁰ Tuttavia, tale circostanza è un'aggravante che conduce a un aumento della sanzione.¹¹⁹¹ Per essere qualificato come capofila ("*leader*", "*Anführer*", "*meneur*") l'impresa deve avere rappresentato una forza motrice significativa per l'intesa e avere avuto una responsabilità particolare e concreta nel funzionamento di quest'ultima.¹¹⁹² Secondo

¹¹⁷⁹ BU 2002 N 1445, 1457.

¹¹⁸⁰ DPC 2016/3, 710 n. marg. 399 seg., *Flügel und Klaviere* (decisione non definitiva); DPC 2016/3, 751 n. marg. 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; DPC 2018/4, 750, n. marg. 154, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U*; DPC 2018/4, 853, n. marg. 148, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q*. Cfr. pure BSK KG-TAG-MANN/ZIRLICK (n. 1037), art. 49a n. marg. 77–79b; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenot/Tercier/Bovet (ed.), 2a ed., 2013, art. 49a n. marg. 52.

¹¹⁸¹ Cfr. DPC 2012/2, 413, n. marg. 1136, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹¹⁸² DPC 2020/4a, 1841, n. marg. 590, *Bauleistungen Graubünden*.

¹¹⁸³ DPC 2020/3a, 1134, n. marg. 1389, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹¹⁸⁴ DPC 2019/1, 101, n. marg. 86, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione non definitiva).

¹¹⁸⁵ Ibid.

¹¹⁸⁶ DPC 2019/1, 101 seg., n. marg. 87, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (decisione non definitiva).

¹¹⁸⁷ Ibid.

¹¹⁸⁸ DPC 2018/1, 115, n. marg. 239, *Verzinkung*.

¹¹⁸⁹ DPC 2017/3, 457 n. marg. 293, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*. Cfr. pure con la stessa motivazione DPC 2019/2, 472, n. marg. 781, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

¹¹⁹⁰ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, GU C 298 dell'8.12.2006, pag. 19, n. marg. 13.

¹¹⁹¹ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, GU C 210 del 1.9.2006, pag. 4, n. marg. 28.

¹¹⁹² Tribunale UE, ECLI:EU:T:2006:74, n. marg. 374, *BASF / Commissione*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2008:211, n. marg. 423, *Hoechst GmbH / Commissione*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2011:69, n. marg. 283, *Areva et al. / Commissione*; Tribunale UE, ECLI:EU:T:2010:355, n. marg. 332, *Deltafina SpA / Commissione europea*.

la giurisprudenza europea in materia, tale circostanza deve essere valutata globalmente rispetto al contesto di specie e può essere inferita segnatamente dagli elementi fattuali seguenti:¹¹⁹³

- l'impresa, con iniziative mirate, ha dato spontaneamente un impulso fondamentale all'intesa;
- la presenza di una serie di indizi che rivelano l'impegno dell'impresa ad assicurare la stabilità e la riuscita dell'intesa;
- l'impresa ha esercitato funzioni di coordinamento in seno all'intesa e, in particolare, ha organizzato e dotato di personale la segreteria incaricata della sua attuazione concreta;
- l'impresa ha svolto un ruolo centrale nel funzionamento concreto dell'intesa, per esempio organizzando numerose riunioni, raccogliendo e smistando le informazioni in seno all'intesa, incaricandosi di rappresentare taluni membri nell'ambito della stessa o formulando più frequentemente delle altre proposte relative al suo funzionamento.

662. A titolo esemplificativo, nella sentenza *Areva et al. / Commissione* il Tribunale UE ha confermato la decisione della Commissione nella quale aveva constatato che Areva aveva ricoperto il ruolo di capofila, assumendo in maniera duratura la funzione di "segretaria", servendo come punto di contatto tra i membri dell'intesa e svolgendo un ruolo cruciale nel funzionamento concreto di quest'ultimo, in quanto facilitava lo scambio di informazioni in seno all'intesa, centralizzava, compilava e smistava tra gli altri membri del cartello informazioni essenziali per il funzionamento dello stesso, organizzava e assicurava la segreteria delle riunioni di lavoro e, all'occorrenza, modificava i codici che servivano a dissimulare tali riunioni e contatti.¹¹⁹⁴ In questo caso, è stato anche considerato il fatto che senza il coordinamento e l'organizzazione centrale assicurati da tale "segreteria", l'intesa non avrebbe probabilmente potuto, tenuto conto della sua complessità, funzionare così efficacemente.¹¹⁹⁵

663. Per contro, il fatto che un'impresa eserciti pressioni o addirittura detti il comportamento che gli altri membri dell'intesa devono tenere non è una condizione necessaria perché quest'impresa possa essere qualificata come leader dell'intesa. Neppure la sua posizione sul mercato o le risorse di cui dispone possono costituire indizi di un ruolo di organizzatore dell'infrazione, anche laddove appartengano al contesto valutativo della fattispecie.¹¹⁹⁶

664. Come risulta dalla giurisprudenza europea, gli elementi esposti sopra in relazione alla qualificazione di capofila non costituiscono un catalogo esaustivo. Un tale schematismo non sarebbe conciliabile con l'esame delle fattispecie caso per caso e con il fatto che i cartelli possono essere iniziati, organizzati e attuati in modi diversi. Tuttavia, i criteri sviluppati dalla giurisprudenza europea possono senz'altro valere come spunto di riferimento in diritto svizzero per quanto riguarda il concetto di ruolo principale ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a OS LCart. A questo proposito, ne consegue che, in definitiva, decisiva è la questione di sapere se il contributo concreto di un'impresa, in termini assoluti, è essenziale per l'organizzazione, la realizzazione, la continuazione e/o il successo del cartello in questione e, in termini relativi, si distingue qualitativamente e/o quantitativamente dai contributi delle altre imprese partecipanti, così che è possibile concludere che rispetto a quest'ultime l'impresa in questione ha svolto un ruolo di capofila.¹¹⁹⁷

665. Sulla base delle risultanze istruttorie (v. n. marg. 155 segg., 313 segg., 404) emerge che AMAG ha assunto un ruolo principale ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a OS LCart, svolgendo un'ampia attività organizzativa e di coordinazione dell'accordo globale in tutte le sue componenti. In effetti, come risulta dalla documentazione agli atti ampiamente illustrata nel quadro della sezione riguardante la fattispecie (v. B.3), AMAG ha rappresentato una forza motrice significativa per il funzionamento dell'accordo globale per tutta la sua durata, organizzando e convocando riunioni, fungendo da punto di riferimento e da centrale per tutte le imprese partecipanti, garantendo gli scambi necessari all'attuazione delle cooperazioni e delle intese facenti parte dell'accordo globale e monitorando il rispetto degli impegni presi in relazione a quest'ultime.

666. Nell'undicesimo complemento all'autodenuncia AMAG contesta di avere assunto un ruolo principale, sostenendo sostanzialmente che anche le altre parti al procedimento e in particolare Tognetti Auto svolgevano un ruolo attivo e significativo nel quadro dei vari comportamenti oggetto dell'inchiesta.¹¹⁹⁸ Pur ammettendo che le altre parti al procedimento abbiano avuto un ruolo attivo e che Tognetti Auto abbia fornito un contributo importante alla realizzazione delle condotte facenti parte dell'accordo globale, fatto quest'ultimo per altro accertato (v. n. marg. 211 segg., 345 seg., 415 seg.), il ruolo principale di AMAG emerge in modo assai evidente dai mezzi probatori versati agli atti ed evidenziati nell'ambito della presente proposta (v. n. marg. 155 segg., 313 segg., 404), i quali dimostrano in modo inequivocabile che quest'impresa ha svolto un ruolo notevolmente più importante rispetto alle altre per quanto riguarda la stabilità e il funzionamento dell'accordo globale. Il fatto che le altre parti al procedimento o Tognetti Auto si siano rivolti ad AMAG per chiedere in che modo procedere o l'approvazione per agire in una certa maniera (come è portato in evidenza da AMAG¹¹⁹⁹) non fa altro che dimostrare che AMAG costituiva un interlocutore imprescindibile e decisivo per tutte le imprese coinvolte, senza il quale l'accordo globale non avrebbe potuto né essere messo in atto né funzionare.

667. AMAG fa anche valere di non avere avuto un interesse particolare nell'accordo globale, quest'ultimo essendo servito specialmente ai propri partner commerciali e ai concessionari coinvolti, i quali avrebbero approfittato del sostegno e delle conoscenze tecniche di AMAG.¹²⁰⁰

¹¹⁹³ V. Tribunale UE, ECLI:EU:T:2011:69, n. marg. 283 con rinvii, *Areva et al. / Commissione*.

¹¹⁹⁴ Tribunale UE, ECLI:EU:T:2011:69, n. marg. 287, *Areva et al. / Commissione*.

¹¹⁹⁵ Ibid.

¹¹⁹⁶ Tribunale UE, ECLI:EU:T:2011:69, n. marg. 284 con rinvii, *Areva et al. / Commissione*.

¹¹⁹⁷ DPC 2018/4, 853, n. marg. 149, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin Q.*

¹¹⁹⁸ Atto XIV.A.30, pagg. 18–30.

¹¹⁹⁹ Ibid.

¹²⁰⁰ Atto XIV.A.30, pagg. 14–18.

Essa sostiene pure di avere assunto la funzione di un amministratore o di una segreteria d'associazione nell'interesse di tutte le imprese partecipanti all'accordo globale.¹²⁰¹ A questi argomenti si può ribattere facendo notare che il fatto che i partecipanti a un cartello abbiano un loro interesse e un tornaconto nella realizzazione di

quest'ultimo è inerente alla conclusione di ogni accordo in materia di concorrenza. Inoltre, come indicato sopra, la circostanza secondo la quale un'impresa tragga un'utilità particolare da una limitazione alla concorrenza può rappresentare un indizio del suo ruolo principale, ma non costituisce una condizione per ammetterne l'esistenza (v. n. marg. 659). A ogni modo, dalla documentazione agli atti emerge in modo evidente che il notevole attivismo di AMAG nel quadro dell'accordo globale era principalmente finalizzato a rispondere al suo interesse nel massimizzare i propri profitti (cfr. ad esempio per quanto riguarda le aggiudicazioni ottenute da AMAG nell'ambito delle commesse pubbliche tramite la cooperazione, n. marg. 115 segg., 128 segg. e mezzi di prova citati) e nell'armonizzare la politica dei prezzi nel Cantone Ticino (v. ad esempio, n. marg. 318 e mezzi di prova citati). Il sostegno e il supporto tecnico fornito alle altre imprese coinvolte non era che un mezzo accessorio e necessario per soddisfare tale interesse.

668. AMAG considera pure che non può essergli attribuito un ruolo principale dal fatto che suoi collaboratori trasmettevano le tabelle sconti ai propri partner commerciali, poiché un intenso scambio con quest'ultimi sarebbe dovuto alla struttura della rete distribuzione di AMAG.¹²⁰² Come si può apprendere dalle considerazioni espone in precedenza, lo statuto di partner commerciale (v. n. marg. 5) e la struttura di distribuzione di AMAG non influiscono in alcun modo sulla valutazione del ruolo svolto da AMAG nel quadro dell'accordo globale. Al contrario, la documentazione agli atti dà conto di numerosi scambi intercorsi tra AMAG e i concorrenti coinvolti, sia concessionari sia partner commerciali, allo scopo garantire l'organizzazione e il funzionamento delle cooperazioni e intese facenti parti dell'accordo globale (cfr. n. marg. 155 segg., 313 segg., 404 e mezzi di prova citati).

669. Infine, l'argomento secondo il quale l'attribuzione di un ruolo principale ad AMAG sarebbe influenzata dal fatto che gli atti conterrebbero prevalentemente documenti provenienti dall'autodenuncia di AMAG e dunque materiale incriminante nei confronti di quest'ultima non è condivisibile.¹²⁰³ Il ruolo principale di quest'impresa è dimostrato sulla base dell'insieme dei mezzi probatori raccolti nel quadro dell'inchiesta, in particolare tramite le perquisizioni presso tutte le parti al procedimento e l'audizione di parti e testimoni, non solo o prevalentemente sulla base dalla documentazione presentata nel quadro dell'autodenuncia (cfr. n. marg. 155 segg., 313 segg., 404 e mezzi di prova citati). Inoltre, buona parte della documentazione raccolta nel quadro delle perquisizioni presso le altre parti al procedimento corrisponde ai documenti versati da AMAG nell'ambito dell'autodenuncia.

670. Alla luce di quanto esposto precedentemente risulta che, avendo assunto un ruolo principale ai sensi dell'art. 8 cpv. 2 lett. a OS LCart, l'autodenuncia di AMAG non adempie tutte le condizioni per una rinuncia completa alla sanzione (v. n. marg. 649–651).

671. Tuttavia, rimane aperta per AMAG la possibilità di beneficiare di una riduzione della sanzione secondo l'art. 12 cpv. 1 OS LCart. Le condizioni per una riduzione della sanzione ai sensi di tale disposizione sono esaminate qui di seguito.

b. Riduzione della sanzione giusta l'art. 12 cpv. 2 e 3 OS LCart

672. Giusta l'art. 12 cpv. 2 OS LCart la riduzione può raggiungere il 50 % dell'importo calcolato secondo gli art. 3–7 OS LCart. Per stabilire la riduzione è determinante il contributo dell'impresa autodenunciante al successo del procedimento. In questo contesto occorre anche tenere conto del momento in cui è stata presentata l'autodenuncia: più il procedimento avanza, più l'importanza del contributo fornito dall'impresa autodenunciante diminuisce.

673. Nel presente caso, l'autodenuncia di AMAG è stata presentata nove mesi dopo l'apertura dell'inchiesta e l'esecuzione di diverse misure investigative (v. n. marg. 34). Tuttavia, come già indicato precedentemente (v. n. marg. 654–656), AMAG ha collaborato senza interruzioni e senza riserve con le autorità in materia di concorrenza, fornendo un importante contributo tramite la documentazione fornita nel quadro dell'autodenuncia che ha facilitato l'accertamento della fattispecie. Per queste ragioni, le condizioni secondo l'art. 12 cpv. 1 e 2 OS LCart sono soddisfatte e, tenuto conto di tutte le circostanze, si ritiene appropriata per AMAG una riduzione della sanzione del 50 %.

674. Nel quadro del dodicesimo e del tredicesimo complemento all'autodenuncia,¹²⁰⁴ AMAG sostiene fondamentalmente di avere diritto a una riduzione dell'80 % ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart, in quanto le informazioni e i mezzi di prova forniti, sia quelli per gli anni 2006–2010 sia quelli per gli anni 2011–2018, riguarderebbero altre infrazioni della concorrenza secondo l'art. 5 cpv. 3 o 4 LCart. In questo contesto, AMAG fa valere, da un lato, che nei documenti e dati elettronici sequestrati nell'ambito delle perquisizioni domiciliari presso le succursali AMAG Lugano e AMAG Sorengo del 26 e del 27 giugno 2018 non erano presenti mezzi di prova riguardanti gli anni dal 2006 al 2010¹²⁰⁵ e, dall'altro lato, che essa avrebbe fornito informazioni e mezzi di prova riguardanti violazioni del diritto della concorrenza negli anni dal 2011 al 2018 che al momento dell'autodenuncia non facevano parte degli atti del procedimento¹²⁰⁶.

675. L'art. 12 cpv. 3 OS LCart prevede che la riduzione può raggiungere l'80 %, se l'impresa fornisce spontaneamente informazioni o sottopone prove su altre infrazioni della concorrenza secondo l'art. 5 cpv. 3 o 4 LCart. Tale cosiddetta "*clemenza plus*" è data qualora un'impresa, la

¹²⁰¹ Atto XIV.A.30, pagg. 31–32.

¹²⁰² Atto XIV.A.30, pagg. 32.

¹²⁰³ Atto XIV.A.30, pagg. 33–34.

¹²⁰⁴ Atti XIV.A.32, pagg. 5–9; XIV.A.34, pagg. 4 segg.

¹²⁰⁵ Atto XIV.A.34, pagg. 5–12.

¹²⁰⁶ Atto XIV.A.34, pagg. 13 segg.

quale presenta un'autodenuncia riguardante un'infrazione della concorrenza nel quadro di un "primo procedimento", denuncia il suo coinvolgimento in un'altra infrazione della concorrenza che permette di aprire un "secondo procedimento"¹²⁰⁷ o di estendere il procedimento esistente per coprire la seconda infrazione della

concorrenza¹²⁰⁸. In altri termini, l'autodenuncia di una seconda infrazione della concorrenza può condurre a una riduzione fino all'80 % della sanzione in un "primo procedimento" già avviato dalle autorità in materia di concorrenza ed eventualmente a una rinuncia completa alla sanzione nel quadro del "secondo procedimento".¹²⁰⁹

676. Nel caso *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, nel quadro dell'autodenuncia alcune delle imprese coinvolte avevano rivelato l'esistenza di numerosi casi di progetti di costruzione concordati, di cui le autorità in materia di concorrenza non erano ancora a conoscenza,¹²¹⁰ ottenendo così una riduzione del 50 % sulla sanzione.¹²¹¹ Queste imprese avevano chiesto il beneficio della "clemenza plus". La COMCO ha ritenuto che la denuncia dei casi non ancora conosciuti era già stata presa in considerazione nel quadro della riduzione della sanzione ai sensi dell'art. 12 cpv. 2 OS LCart e che, inoltre, non ne era stato tenuto conto né nel calcolo dell'importo di base né nel quadro delle circostanze aggravanti. Benché queste imprese avessero denunciato altri progetti di costruzione concordati, questi non erano indipendenti dagli altri casi conosciuti, così che non si poteva parlare di infrazioni della concorrenza totalmente nuove ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart:

"[...] Im vorliegenden Fall ist einerseits darauf hinzuweisen, dass die Kooperation von Knecht und Meier Söhne inkl. der Meldung bisher nicht bekannter Fälle bereits in der Festlegung der Sanktionsreduktion von 50 % berücksichtigt wurde. Im Fall Elektroinstallateure Bern wurde den Bonusmelderinnen, welche ihre Bonusmeldung nicht als erste einreichten, gestützt auf eine ebenfalls sehr gute Kooperation eine Sanktionsreduktion von 40 % gewährt. Zudem wurden die neu gemeldeten Fälle, wie bereits erwähnt, weder beim Basisbetrag dieses Unternehmens noch bei den erschwerenden Umständen berücksichtigt. Andererseits meldeten Knecht und Meier Söhne zwar weitere abgesprochenen Projekte. Diese sind aber nicht in einer Weise unabhängig von den bereits bekannten Fällen, dass von völlig neuen Wettbewerbsverstößen im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG gesprochen werden könnte. Die neu gemeldeten Projekte gliedern sich vielmehr in die oben erwähnte Absprachetätigkeit ein [...]" (carattere in grassetto aggiunto).¹²¹²

677. *In casu*, nel quadro dell'autodenuncia AMAG ha certamente fornito mezzi di prova (prevalentemente scambi di email), in parte non conosciuti dalle autorità in materia di concorrenza, riguardanti la cooperazione nell'ambito di commesse pubbliche, il coordinamento della politica dei prezzi e la ripartizione del mercato che hanno permesso di accertare l'esistenza di un accordo globale illecito (v. n. marg. 655). Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto da AMAG¹²¹³ tale documentazione non riguarda fattispecie indipendenti tra loro e da quelle già note in modo tale che si possa parlare di infrazioni alla concorrenza completamente nuove ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart e secondo la prassi della COMCO menzionata precedentemente. Gli elementi probatori apportati nel quadro dell'autodenuncia attestano pratiche che sono tra loro intrecciate e complementari (e dunque non indipendenti) e che fanno parte di un unico piano globale (cfr. n. marg. 106 e 419).

678. L'inchiesta è stata estesa il 9 dicembre 2019 (v. n. marg. 38) con la finalità di allargare lo spettro dell'indagine all'insieme delle componenti e all'intera durata dell'accordo globale, così come ad altre imprese coinvolte. Pertanto, contrariamente all'opinione espressa da AMAG¹²¹⁴, lo scopo dell'estensione non era quello di indagare sull'esistenza di altre infrazioni della concorrenza ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart, come lo è stato nel caso *Flügel und Klaviere*¹²¹⁵.

679. Il fatto che al momento dell'autodenuncia la Segreteria non fosse a conoscenza di tutte le componenti e dell'intera durata dell'accordo globale non fa delle fattispecie denunciate da AMAG delle "altre infrazioni della concorrenza" ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart. A titolo abbondanziale, si rileva che buona parte dei mezzi di prova trasmessi da AMAG nel quadro dell'autodenuncia riguardanti gli anni dal 2011 al 2018, in particolar modo quelli relativi alle tabelle sconti, erano già conosciuti dalla Segreteria, in quanto erano stati trovati durante la perquisizione elettronica dei documenti e dati elettronici sequestrati nel quadro delle perquisizioni del 26 e 27 giugno 2018 presso le succursali AMAG Lugano e AMAG Sorengo. Per essere acquisiti agli atti, tali mezzi di prova dovevano dapprima essere sottoposti alla presa di posizione di AMAG in relazione all'eventuale presenza di informazioni personali o segreti d'ufficio così come di segreti d'af-

¹²⁰⁷ DPC 2009/3, 220, n. marg. 168, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (in questo caso, la COMCO ha constatato che le condizioni di una "clemenza plus" non erano adempiute, poiché non erano state fornite prove dell'esistenza di un altro cartello e che quindi non vi erano sufficienti indizi per l'apertura di un'inchiesta); DPC 2010/4, 768 seg., n. marg. 467 segg., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* (in questo caso, l'autodenuncia dell'impresa SFS unimarket AG aveva condotto all'apertura della nuova inchiesta 22-0376: *Türbeschläge*); DPC 2017/2, 295, n. marg. 112, *Husqvarna* (in questo caso, sulla base delle informazioni ottenute tramite l'autodenuncia le autorità in materia di concorrenza hanno aperto la nuova inchiesta 22-0470: *Gerätebenzin*); DPC 2019/2, 480, 486, 498, n. marg. 849, 909, 1051, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I* (in questo caso, l'autodenuncia dell'impresa Foffa Conrad AG aveva condotto all'apertura di ulteriori procedimenti: 22-0467: *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, 22-0459: *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*, 22-0461: *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*).

¹²⁰⁸ DPC 2016/3, 714 n. marg. 434 segg., *Flügel und Klaviere*. In questo caso, nel quadro dell'autodenuncia in relazione all'accordo sui prezzi di vendita di pianoforti a coda delle marche Steinway, Boston ed Essex, l'impresa Krompholz AG aveva pure denunciato il suo coinvolgimento con l'impresa Musik Hug AG in un'altra infrazione della concorrenza riguardante un accordo sui prezzi di vendita di pianoforti a coda e verticali. Ciò aveva condotto all'estensione dell'inchiesta *Flügel und Klaviere* per coprire la seconda infrazione della concorrenza denunciata e permesso all'impresa Krompholz AG di beneficiare di una riduzione della sanzione dell'80 %.

¹²⁰⁹ Cfr. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), Art. 49a n. marg. 148 segg.

¹²¹⁰ DPC 2012/2, 416 seg., n. marg. 1165, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹²¹¹ DPC 2012/2, 417, n. marg. 1167, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹²¹² DPC 2012/2, 419, n. marg. 1179, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹²¹³ Atto XIV.A.34. pagg. 9 seg., 19 seg.

¹²¹⁴ Atto XIV.A.34. pagg. 12, 20 seg.

¹²¹⁵ V. n. 1208.

fari e successivamente trasferiti nel fascicolo atti. Tale operazione è stata ritardata allo scopo di garantire l'esecuzione e il successo delle perquisizioni presso le altre parti al procedimento, eseguite nel dicembre del 2019 (v. n. marg. 38). Inoltre, si rileva che già al momento

dell'apertura dell'inchiesta nel giugno del 2018, sulla base di una denuncia (v. n. marg. A.3.1) la Segreteria disponeva di indizi di una strategia comune lanciata da AMAG Ticino per ridurre dell'1 % gli sconti.¹²¹⁶ Questi indizi sono stati corroborati nel corso dell'inchiesta da mezzi di prova (sequestrati nel quadro delle perquisizioni del 26 e 27 giugno 2018 o successivamente forniti da AMAG nell'ambito dell'autodenuncia) che hanno permesso di estendere l'oggetto dell'inchiesta inglobandovi anche le altre componenti del piano globale.¹²¹⁷

680. AMAG fa valere che l'annuncio di altre infrazioni della concorrenza ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart non può dipendere dalla qualificazione giuridica delle fattispecie come accordo globale o singoli accordi.¹²¹⁸ Secondo AMAG, la possibilità di ottenere una "clemenza plus" deve essere data anche nel caso di un accordo globale, poiché, in caso contrario, l'istituto del programma di clemenza e la sua attrattività sarebbero messi in pericolo.¹²¹⁹ Quest'argomentazione non è condivisibile. L'impresa che decide di presentare un'autodenuncia non ha la garanzia né di ottenere la rinuncia completa alla sanzione né di beneficiare di una riduzione della sanzione del 50 % secondo l'art. 12 cpv. 2 OS LCart o dell'80 % secondo l'art. 12 cpv. 3 OS LCart. A tale proposito, è bene sottolineare che le riduzioni previste all'art. 12 cpv. 2 e cpv. 3 OS LCart sono delle riduzioni fino a un massimo determinato ("*può raggiungere il 50 per cento*", "*può raggiungere l'80 per cento*"). Inoltre, al fine di ottenere una riduzione massima della sanzione giusta l'art. 12 cpv. 2 OS LCart, l'impresa autodenunciante deve fondamentalmente adempiere alle stesse esigenze richieste nel quadro dell'autodenuncia per una rinuncia completa alla sanzione, ovvero le condizioni previste agli art. 9 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 8 cpv. 2 lett. b-d OS LCart.¹²²⁰ Pertanto, anche in presenza di un accordo globale, l'impresa autodenunciante rimane incentivata a collaborare in modo continuo e a fornire tutte le informazioni e mezzi di prova di cui dispone per potere beneficiare del massimo della riduzione della sanzione prevista all'art. 12 cpv. 2 OS LCart. L'impresa in questione deve prestare tale collaborazione indipendentemente da eventuali speculazioni riguardanti la possibilità di ottenere una riduzione ulteriore giusta dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart.

681. Nel caso di AMAG, il suo contributo nel quadro dell'autodenuncia è già stato preso in considerazione in applicazione dell'art. 12 cpv. 2 LCart e, cosa non scontata al momento dell'inoltro dell'autodenuncia, valutato di un'importanza tale da raggiungere il 50 % di riduzione della sanzione (v. n. marg. 673).

682. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, AMAG ha chiesto nuovamente di beneficiare di una riduzione della sanzione dell'80 % in applicazione dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart, facendo sostanzialmente valere gli stessi argomenti avanzati nel quadro del dodicesimo e del tredicesimo complemento all'auto-denuncia¹²²¹.¹²²² In questo contesto, AMAG ribadisce in particolare di avere annunciato altre infrazioni della concorrenza,¹²²³ indipendenti tra loro¹²²⁴, di cui la Segreteria non era a conoscenza al momento dell'autodenuncia¹²²⁵ e che hanno permesso di estendere il procedimento¹²²⁶. AMAG fa pure nuovamente valere che l'applicazione della "*clemenza plus*" ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart non può dipendere dalla qualificazione giuridica di una

determinata fattispecie come accordo globale.¹²²⁷ In risposta a tale posizione, che resta non condivisibile, si rinvia alle considerazioni esposte sopra, sottolineando in particolare che l'intera documentazione fornita da AMAG nel quadro dell'autodenuncia non riguarda fattispecie indipendenti tra loro in tal modo che si possa parlare di infrazioni alla concorrenza completamente nuove ai sensi dell'art. 12 cpv. 3 OS LCart.

c. Riduzione in relazione alla durata della pratica concorrenziale (art. 14 cpv. 2 OS LCart)

683. Considerato che nel quadro dell'autodenuncia AMAG ha presentato mezzi di prova concernenti gli anni dal 2006 al 2009,¹²²⁸ periodo dell'accordo globale di cui le autorità in materia di concorrenza non erano ancora a conoscenza (v. n. marg. 655), trova applicazione l'art. 14 cpv. 2 OS LCart. Questa disposizione prevede che se l'impresa che collabora fornisce prove concernenti la durata della pratica anticoncorrenziale di cui la COMCO non era a conoscenza, la sanzione è calcolata senza tenere conto del periodo in questione. In effetti, la collaborazione con le autorità in materia di concorrenza risulterebbe meno attrattiva, se nonostante la possibilità di ottenere una riduzione della sanzione attraverso il programma di clemenza, l'impresa dovesse temere un aumento significativo dell'importo della sanzione come conseguenza della collaborazione (cfr. anche Opuscolo esplicativo OS LCart, pag. 13). Per quanto riguarda l'autodenuncia di AMAG, le condizioni dell'art. 14 cpv. 2 OS LCart sono ritenute adempiute e pertanto l'aumento del 10 % dell'importo di base per la durata secondo l'art. 4 OS LCart (v. n. marg. 611 seg.) sarà applicato solo agli anni dal 2010 a giugno 2018. Di conseguenza, la percentuale totale per l'aumento della sanzione in funzione della durata nei confronti di AMAG è ridotto da 125 % a 85 %.

684. Nella sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, AMAG ha chiesto un'ulteriore riduzione del 10 % in applicazione dell'art. 14 cpv. 2 OS LCart, in quanto sostiene che, prima della sua autodenuncia, la Segreteria non avesse né prove né indizi della pratica anticoncorrenziale in relazione al 2010.¹²²⁹ Questa posizione non può essere condivisa.

¹²¹⁶ Cfr. la domanda secondo l'art. 42 cpv. 2 LCart, atto V.1, pag. 2.

¹²¹⁷ Ibid.

¹²¹⁸ Atti XIV.A.32, pag. 8; XIV.A.34, pag. 8.

¹²¹⁹ Ibid.

¹²²⁰ Cfr. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (n. 1037), Art. 49a n. marg. 147.

¹²²¹ Atti XIV.A.32, pagg. 5-9; XIV.A.34, pagg. 4 segg.

¹²²² Atto XIX.90, n. marg. 94 segg.

¹²²³ Atto XIX.90, n. marg. 101 segg.

¹²²⁴ Atto XIX.90, n. marg. 138 segg.

¹²²⁵ Atto XIX.90, n. marg. 117 segg.

¹²²⁶ Atto XIX.90, n. marg. 156 segg.

¹²²⁷ Atto XIX.90, n. marg. 114 segg.

¹²²⁸ Cfr. atti XIV.A.9, pagg. 3 segg., allegati 102-167; XIV.A.14, pagg. 8 segg., allegati 275-276; XIV.A.27, pag. 5, allegato 559.

¹²²⁹ m Atto XIX.90, n. marg. 49 segg.

685. Fin dal settembre 2018 la Segreteria ha condotto indagini sull'insieme del periodo 2010-2018, in particolare formulando domande di assistenza amministrativa presso i committenti pubblici cantonali e comunali per ottenere i verbali di apertura dei concorsi pubblici e le decisioni di

aggiudicazione (v. n. marg. 31). Tramite l'analisi della documentazione e dei dati ottenuti dai committenti, già mesi prima della presentazione dell'autodenuncia,¹²³⁰ la Segreteria ha potuto raccogliere indizi dell'esistenza sin dal 2010 di una cooperazione illecita nell'ambito delle commesse pubbliche. Ciò risulta in modo evidente dalle domande poste dalla Segreteria e da alcune delle risposte ottenute nell'ambito delle audizioni del novembre 2018¹²³¹ come pure dell'aprile 2019¹²³². In questo contesto, parti e testimoni sono stati confrontati con le anomalie riscontrate nelle offerte inoltrate nell'ambito di concorsi pubblici nel 2010 e negli anni successivi.¹²³³ Le domande di assistenza amministrativa, le risposte e la documentazione fornita dai committenti pubblici, l'elaborazione dei dati delle commesse pubbliche operata da parte della Segreteria e i verbali delle audizioni menzionati sopra fanno parte degli atti al fascicolo e, anche laddove non sono stati menzionati esplicitamente, hanno contribuito a ricostruire la fattispecie, così come è stata esposta alla sezione B della presente decisione. A questo proposito, vale anche notare che i primi elementi probatori in relazione al 2010 sono stati trasmessi da AMAG nel quadro del quarto complemento all'autodenuncia nell'ottobre 2019.¹²³⁴ Questi elementi probatori non hanno fatto altro che confermare le conoscenze e i primi risultati istruttori acquisiti dalla Segreteria concernenti il periodo 2010–2018. Si ritiene dunque che, prima che AMAG fornisse prove in merito, la Segreteria già disponeva, perlomeno, di indizi dell'esistenza di una pratica anticoncorrenziale risalente al 2010. Per queste ragioni, l'aumento della sanzione riguardante la durata della violazione tiene conto anche di questo anno.

C.7.3.4.7 Esame della proporzionalità

686. Nella determinazione della sanzione, è tenuto conto del principio di proporzionalità ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 Cst. (art. 2 cpv. 2 OS LCart). In questo senso, una sanzione deve essere finanziariamente sostenibile per le imprese parti al procedimento.¹²³⁵

687. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la sanzione imposta è sostenibile solo se la competitività dell'impresa e, logicamente, la sua esistenza economica sono garantite.¹²³⁶ Giusta l'art. 1 LCart, lo scopo della Legge sui cartelli è di impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle limitazioni della concorrenza e di promuovere in tal modo la concorrenza nell'interesse di un'economia fondata su un ordine liberale. Pertanto, scopo delle autorità in materia di concorrenza non è quello di eliminare dal mercato un'impresa che ha violato la Legge sui cartelli, imponendo sanzioni così elevate da costringerla a uscire dal mercato, anche se prima non aveva incontrato difficoltà finanziarie significative.¹²³⁷ Le sanzioni devono gravare sui soggetti che hanno commesso una violazione della Legge sui cartelli, ma non dovrebbero portare un'impresa al fallimento, perché questo non servirebbe, in ultima analisi, alla concorrenza. L'importo della multa dovrebbe essere ragionevolmente proporzionale alla capacità economica dell'impresa. Tuttavia, il pregiudizio finanziario deve essere sufficientemente grande da avere un effetto dissuasivo.¹²³⁸

688. La sostenibilità di una sanzione ai sensi di cui sopra è un aspetto solitamente difficile da valutare e deve essere considerato in relazione alla propensione al rischio e alla strategia di investimento dell'impresa e dei suoi

azionisti, motivo per il quale può essere preso in considerazione solo in caso di uscite imminenti dal mercato. Tenendo conto di tutte le circostanze, l'importo della sanzione deve essere limitato in modo che la sanzione non comprometta né la competitività né l'esistenza dell'impresa interessata e che questa sia proporzionata alla capacità finanziaria dell'impresa. Inoltre, si deve anche prendere in considerazione la volontà degli azionisti di continuare l'attività economica dell'impresa. Allo stesso tempo, nell'interesse dell'effetto preventivo e dell'attuazione della Legge sui cartelli la sanzione deve perlomeno prelevare la rendita cartellaria ottenuta illegalmente attraverso la violazione della concorrenza.¹²³⁹

689. Affinché si possa procedere all'esame della sostenibilità finanziaria di una sanzione, il cosiddetto esame "*Inability to pay*" (di seguito: esame ITP), l'impresa interessata deve presentare un'esplicita domanda formale in questo senso e fornire tutte le informazioni necessarie per permettere alle autorità in materia di concorrenza di effettuare un'attenta analisi dei conti economici e dei bilanci degli ultimi anni. Nel corso del presente procedimento, tutte le parti al procedimento sono state informate al momento della presentazione del rapporto probatorio provvisorio (v. n. marg. 52) della possibilità di richiedere quest'analisi e della documentazione che avrebbero dovuto fornire a tale scopo.

690. Nel presente caso, [...] ha presentato una domanda formale di un esame ITP, facendo valere che le sanzioni indicate nella forchetta esposta nel quadro della presentazione del rapporto probatorio provvisorio e nella conciliazione dell'8 giugno 2021 (v. n. marg. 547) non sarebbero finanziariamente sostenibili.¹²⁴⁰ A questo scopo, [...] ha trasmesso la documentazione necessaria.¹²⁴¹

¹²³⁰ Atti VI.1 XIII.16.

¹²³¹ Atti III.3, n. marg. 187, 192–193, 196, 219–221; III.4, n. marg. 375–376, 430–432, 447–449, 451–455, 465–467, allegato 1; III.5, n. marg. 209–211, 224–226, allegato 1; III.6, n. marg. 168–169, 247–249, 274–276, 283–285, 321–329, 330–332, allegato 1; III.7, n. marg. 195–197, 203–205, 207–212, allegato 4.

¹²³² Atti IV.2, n. marg. 195–201, 221–222, 309–312, allegato 4; IV.3, n. marg. 77–79, 86–91, 142–145, allegato 1; IV.4, n. marg. 110–113, 148–153, 158–163; IV.5, n. marg. 166–172; IV.6, n. marg. 192–197; IV.7, n. marg. 142–148, 173–178, 187–190, 203–206, allegato 3.1–3.2; IV.8, n. marg. 102–107, 287–290, allegato 4.

¹²³³ Cfr. ad esempio atti III.5, n. marg. 224–230; III.6, n. marg. 283–285; III.7, n. marg. 207–212; IV.7, n. marg. 187–190, 203–206.

¹²³⁴ XIV.A.9, pagg. 15 segg., allegati 168–180.

¹²³⁵ Cfr. DPC 2009/3, 218 n. marg. 150 con rinvii, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹²³⁶ DTF 143 II 297, 346 seg., consid. 9.7.2 con rinvii, *Gaba*.

¹²³⁷ Cfr. pure DPC 2020/4a, 1717, n. marg. 400, *Hoch und Tiefbauleistungen Engadin II*.

¹²³⁸ Cfr. DTF 143 II 297, 346 seg., consid. 9.7.2 con rinvii, *Gaba*.

¹²³⁹ Cfr. DPC 2020/4a, 1717, n. marg. 401 e rinvii, *Hoch und Tiefbauleistungen Engadin II*.

¹²⁴⁰ Atti [...], [...].

¹²⁴¹ Atti [...], [...].

691. Dall'esame ITP risulta che [...] non è in grado di sostenere finanziariamente la sanzione calcolata (v. tabella 4) e i costi di procedura (v. tabella 7). Infatti, quest'impresa correrebbe il rischio di fallire e uscire dal mercato nei due

anni successivi alla decisione della COMCO. Pertanto, nel rispetto del principio di proporzionalità, la sanzione deve essere ridotta a un importo di [...] franchi (inclusi i costi di procedura).¹²⁴²

692. Nel quadro della presa di posizione sulla proposta della Segreteria, [...] ha chiesto la remissione della sanzione e dei costi di procedura per mancanza di risorse finanziarie.¹²⁴³ Anche [...] e [...] hanno fatto valere nelle loro rispettive prese di posizione di non essere in grado di sostenere finanziariamente le sanzioni e l'attribuzione dei costi di procedura proposti dalla Segreteria, presentando una domanda formale di esame ITP.¹²⁴⁴ [...], [...] e [...] hanno trasmesso la documentazione necessaria nel quadro delle rispettive prese di posizione o su richiesta della Segreteria.¹²⁴⁵

693. Dagli esami ITP risulta quanto segue:

- [...].¹²⁴⁶
- [...] è in grado di sostenere finanziariamente la sanzione calcolata (v. tabella 4), senza essere minacciata nella propria competitività o esistenza economica.¹²⁴⁷
- [...] non è in grado di sostenere finanziariamente la sanzione calcolata (v. tabella 4) e i costi di procedura (v. tabella 7). Infatti, quest'impresa correrebbe il rischio di fallire e uscire dal mercato nei due anni successivi alla decisione della COMCO. Pertanto, nel rispetto del principio di proporzionalità, la sanzione deve essere ridotta a un importo di [...] franchi (inclusi i costi di procedura).¹²⁴⁸

694. Le altre parti al procedimento non hanno presentato una domanda formale di un esame ITP. Pertanto, non vi sono elementi per ritenere che queste imprese siano minacciate nella loro competitività o esistenza economica dagli importi delle sanzioni indicati sopra (v. tabella 4).

695. Nel quadro della sua presa di posizione sulla proposta della Segreteria, [...] ha chiesto di pagare la sanzione e i costi di procedura in rate annuali ripartite su un orizzonte temporale di almeno cinque anni.¹²⁴⁹ Tale richiesta non può essere ammessa, in quanto l'impresa interessata non ha apportato, né è ravvisabile, alcuna motivazione. [...] è libera di presentare la sua richiesta di pagamento rateale, motivata e accompagnata dalla documentazione necessaria, dopo la notifica della presente decisione (art. 23 cpv. 1 LCart in combinato disposto con art. 13 OgeEm¹²⁵⁰ per analogia).

C.7.3.5 Conclusione

696. Sulla base delle considerazioni di cui sopra e tenendo conto di tutte le circostanze, per la violazione dell'art. 49a LCart commessa dalle parti al procedimento l'autorità ritiene adeguate le sanzioni amministrative indicate nella tabella sottostante.

¹²⁴² Atto [...].

¹²⁴³ Atto [...].

¹²⁴⁴ Atti [...].

¹²⁴⁵ Atti [...], [...].

¹²⁴⁶ [...].

¹²⁴⁷ Atto [...].

¹²⁴⁸ Atto [...].

¹²⁴⁹ Atto [...].

¹²⁵⁰ Ordinanza generale dell'8.9.2004 sugli emolumenti (OgeEM; RS 172.041.1).

Parti al procedi- mento	Importo di base (in CHF)	Aumento per la durata	Circostanze aggravanti	Circostanze attenuanti	Riduzione secondo art. 12 OS LCart	Sanzione (in CHF)
AMAG	[...]	+85 %	+50.0 %	-20 %	-50 %	[>10 Mio]
Autoronchetti	[...]	+43.3 %	--	--	--	[0–10 Mio]
Gruppo Karpf	[...]	+125 %	--	-35 %	--	[0–10 Mio]
Garage Maffeis	[...]	+125 %	--	-15 %	--	[0–10 Mio]
Garage Nessi	[...]	+82.5 %	--	-20 %	--	[0–10 Mio]
Garage Weber- Monaco	[...]	+52.9 %	--	-35 %	--	[0–10 Mio]
Tognetti Auto	[...]	+125 %	--	-35 %	--	[0–10 Mio]
Totale						44'038'803

Tabella 5: Sanzioni secondo l'art. 49a LCart in combinato disposto con l'OS LCart

D Costi

D.1 Obbligo di pagare gli emolumenti

697. Giusta l'art. 2 cpv. 1 OEm-LCart¹²⁵¹ è tenuto a pagare gli emolumenti chiunque occasiona un procedimento amministrativo.

698. Nel quadro di procedure di inchiesta secondo gli art. 27 segg. LCart è dato l'obbligo di pagare gli emolumenti, se sulla base dell'accertamento dei fatti è stata stabilita l'esistenza di una limitazione illecita della concorrenza o se le parti al procedimento si sottomettono al risultato dell'inchiesta. Un atto di sottomissione in questo senso è ritenuto anche qualora una o più imprese, le quali hanno provocato l'apertura del procedimento a causa del loro presunto comportamento concorrenziale illecito, mettono fine al comportamento contestato e se il procedimento è chiuso senza seguito.¹²⁵² Nel presente caso, i destinatari della decisione hanno l'obbligo di pagare gli emolumenti, poiché è stata stabilita l'esistenza di una limitazione illecita della concorrenza (v. n. marg. 537).

D.2 Importo dei costi di procedura

699. Ai sensi dell'art. 4 cpv. 2 OEm-LCart l'importo dell'emolumento può variare tra 100 e 400 franchi l'ora. L'importo è fissato segnatamente in base all'urgenza dell'affare e alla funzione rivestita dal personale incaricato del disbrigo. Le tasse postali, i costi telefonici e le spese per copie, così come i costi generati dall'assunzione di prove o da particolari provvedimenti d'indagine (ad esempio, le perquisizioni) sono compresi negli emolumenti (art. 4 cpv. 4 e 5 OEm-LCart).

700. Il tempo impiegato nel presente caso ammonta a un totale di 5'634.42 ore. Di conseguenza, vengono applicate le seguenti tariffe orarie:

- 960.69 ore a 130 franchi, per un totale di 124'889.70 franchi;
- 4'619.98 ore a 200 franchi, per un totale di 923'996 franchi;
- 53.75 ore a 290 franchi, per un totale di 15'587.50 franchi.

701. Pertanto, gli emolumenti (1'064'473 franchi) e gli esborsi (31'588 franchi) ammontano a un totale di 1'096'061 franchi.

D.3 Attribuzione dei costi di procedura

702. Se, come in questo caso, oggetto dell'inchiesta è un cartello, di principio, tutti i partecipanti al cartello sono considerati in comune e in eguale misura responsabili del procedimento amministrativo in questione. Quanto precede deriva dalla prassi delle autorità in materia di concorrenza, secondo la quale – in assenza di circostanze speciali contrarie a tale principio – l'attribuzione dei costi di procedura avviene pro capite. Ciò è in particolare legato a delle considerazioni di uguaglianza di trattamento e di

¹²⁵¹ Ordinanza del 25.2.1998 sugli emolumenti nell'ambito della legge sui cartelli (Ordinanza sugli emolumenti LCart, OEm-LCart; RS 251.2).

¹²⁵² DTF 128 II 247, 257 seg. consid. 6.1, *BKW FMB Energie AG*. Cfr. pure art. 3 cpv. 2 lett. b e c OEm-LCart e contrario.

praticabilità.¹²⁵³ Poiché l'attribuzione dei costi di procedura non dipende dal fatto che una società che ha partecipato a un cartello faccia parte o meno di un gruppo di società, per la ripartizione nel quadro della presente inchiesta si considera l'impresa ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 e 1^{bis} LCart come "una testa", indipendentemente da quante società possono essere qualificate come società madre. Pertanto, i destinatari della decisione indicati al n. marg. 465 sono tenuti solidalmente ad assumere il pagamento degli emolumenti.

703. Nel presente caso, è necessario discostarsi dal principio dell'attribuzione pro capite dei costi di procedura, per tenere conto dei diversi dispendi di risorse comportati dalle singole imprese in funzione del loro grado di partecipazione e del loro coinvolgimento alle componenti all'accordo globale illecito (cfr. n. marg. 593 e riferimenti indicati).¹²⁵⁴ Pertanto, si ritiene giustificato operare la ripartizione dei costi di procedura nel modo indicato nella tabella sottostante.

Impresa	Percentuale dell'attribuzione dei costi di procedura per impresa
AMAG	25 %
Autoronchetti	7 %
Gruppo Karpf	17 %
Garage Maffei	17 %
Garage Nessi	7 %
Garage Weber-Monaco	7 %
Tognetti Auto	20 %
Totale	100 %

Tabella 6: Panoramica delle percentuali dell'attribuzione dei costi di procedura per impresa

704. Nella tabella seguente sono indicati i costi di procedura che dovranno essere assunti dalle parti al procedimento:

Impresa	Emolumento (in CHF)
AMAG	274'015
Autoronchetti	76'724
Gruppo Karpf	186'330
Garage Maffei	186'330
Garage Nessi	76'724
Garage Weber-Monaco	76'724
Tognetti Auto	219'212
Totale	1'096'061

Tabella 7: Panoramica dei costi di procedura per impresa

¹²⁵³ Prassi costante, cfr. recentemente DPC 2020/4a, 1849, n. marg. 648, *Bauleistungen Graubünden*.

¹²⁵⁴ Cfr. DPC 2019/2, 507, n. marg. 1109, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

705. Per quanto riguarda [...] occorre osservare che, alla luce della sua situazione finanziaria, quest'impresa è in grado di sostenere un importo massimo (sanzione e costi di procedura) di [...] franchi (v. n. marg. 693). Pertanto, la quota dei costi di procedura di [...] deve essere ridotta a tale importo.

E Risultato

706. Sulla base delle considerazioni precedenti, la Segreteria giunge al risultato seguente.

707. Tra le imprese indicate al n. marg. 452 (AMAG, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco, Tognetti Auto) è esistito un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart riguardante la ripartizione delle gare di appalto o delle aggiudicazioni nell'ambito delle commesse pubbliche, il coordinamento in materia di politica dei prezzi e la ripartizione del territorio (v. n. marg. 469 segg.).

708. Questo accordo in materia di concorrenza è esistito, perlomeno, tra il 2006 e il 26 giugno 2018, data che coincide con l'apertura dell'inchiesta, ed è da qualificare come accordo globale (v. n. marg. 486 segg.).

709. L'accordo globale in questione costituisce un accordo orizzontale sulla fissazione dei prezzi e sulla ripartizione del mercato per zone e partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart (v. n. marg. 494 segg.).

710. Questo accordo globale non ha eliminato la concorrenza efficace, ragione per la quale la presunzione legale dell'art. 5 cpv. 3 LCart è confutata (v. n. marg. 505 segg.).

711. L'accordo globale costituisce un intralcio notevole alla concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a e c in combinato disposto con il cpv. 1 LCart (v. n. marg. 526 segg.) e non è giustificato da motivi di efficienza economica (v. n. marg. 530 segg.).

712. Autoronchetti e Garage Maffeis sono tenuti ad assumere un comportamento che impedisca la realizzazione o la minaccia di simili limitazioni della concorrenza (v. n. marg. 539 segg.).

713. La COMCO approva giusta l'art. 29 cpv. 2 LCart le conciliazioni concluse dalla Segreteria con AMAG, Gruppo Karpf, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco e Tognetti Auto (v. n. marg. 545 segg.).

714. Le imprese indicate al n. marg. 452 (AMAG, Autoronchetti, Gruppo Karpf, Garage Maffeis, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco, Tognetti Auto) devono essere sanzionate secondo l'art. 49a LCart. Tenuto conto di tutte le circostanze, dei fattori che aumentano e diminuiscono le sanzioni, così come dell'autodenuncia (art. 49a cpv. 1 LCart, art. 2 segg. OS LCart; cfr. 550 segg.) si ritengono adeguati gli importi seguenti: AMAG: [>10 Mio] franchi; Autoronchetti: [0–10 Mio] franchi; Gruppo Karpf: [0–10 Mio] franchi; Garage Maffeis: [0–10 Mio] franchi; Garage Nessi: [0–10 Mio] franchi; Garage Weber-Monaco: [0–10 Mio] franchi; Tognetti Auto: [0–10 Mio] franchi.

715. Per quanto riguarda le fattispecie non accertate in maniera definitiva, relative al presunto accordo a livello svizzero nel 2012 riguardante gli sconti (v. n. marg. 425 segg.) e alle cooperazioni in materia di pubblicità e di

sponsorizzazione (v. n. marg. 428 segg.), l'inchiesta è chiusa senza seguito.

716. I costi di procedura ammontano a 1'096'061 franchi e sono da attribuire alle parti al procedimento indicate al n. marg. 465 in funzione dei diversi dispendi di risorse comportati dalle singole imprese (v. n. marg. 697 segg.): AMAG Group SA e Automobili e Motori SA solidalmente: [>200'000] franchi; Autoronchetti Sagl: [0–200'000] franchi; Garage Karpf & Co. e GARAGE 3 VALLI SA solidalmente: [0–200'000] franchi; Garage Carrozzeria Maffeis SA: [0–200'000] franchi; Garage Nessi SA: [0–200'000] franchi; GARAGE WEBER-MONACO SA: [0–200'000] franchi; TOGNETTI AUTO SA: [>200'000] franchi.

717. I restanti costi di procedura sono a carico della cassa dello Stato.

F Dispositivo

Sulla base della fattispecie e delle considerazioni precedenti, la COMCO decide (art. 30 cpv. 1 LCart):

1. È vietato a Autoronchetti Sagl e Garage Carrozzeria Maffeis SA:
 - 1.1 nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di autoveicoli nuovi:
 - scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione;
 - richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta;
 - presentare offerte di sostegno o fittizie e astenersi dal presentare un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti;
 - 1.2 nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali:
 - fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti;
 - 1.3 nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing:
 - concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geo-grafiche o di partner commerciali.
2. La COMCO approva le conciliazioni concluse da AMAG Automobili e Motori SA, Garage Karpf & Co., Garage Nessi SA, GARAGE WEBER-MONACO SA e TOGNETTI AUTO SA con la Segreteria della COMCO, il cui contenuto è il seguente:
 - 2.1 AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di veicoli nuovi:

- a) a non scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione;
- b) a non richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta;
- c) a non presentare offerte di sostegno o fittizie e non astenersi dal presentare un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti.
- 2.2 AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali, a non fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart.
- 2.3 AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing, a non concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geografiche o di partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart.
3. Per la partecipazione a un accordo illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 in combinato disposto con il cpv. 1 LCart sono condannati al pagamento delle sanzioni seguenti giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart:
- AMAG Group SA e AMAG Automobili e Motori SA solidalmente con un importo di [>10 Mio] franchi.
 - Autoronchetti Sagl con un importo di [0–10 Mio] franchi.
 - Garage Karpf & Co. e GARAGE 3 VALLI SA solidalmente con un importo di [0–10 Mio] franchi.
 - Garage Carrozzeria Maffeis SA con un importo di [0–10 Mio] franchi.
 - Garage Nessi SA con un importo di [0–10 Mio] franchi.
 - GARAGE WEBER-MONACO SA con un importo di [0–10 Mio] franchi.
 - TOGNETTI AUTO SA con un importo di [0–10 Mio] franchi.
4. I costi di procedura ammontano a 1'096'061 franchi e sono attribuiti nel modo seguente:
- 4.1 AMAG Group SA e Automobili e Motori SA assumono solidalmente l'importo di [>200'000] franchi.
 - 4.2 Autoronchetti Sagl assume l'importo di [0–200'000] franchi.
 - 4.3 Garage Karpf & Co. e GARAGE 3 VALLI SA assumono solidalmente l'importo di [0–200'000] franchi.
 - 4.4 Garage Carrozzeria Maffeis SA assume l'importo di [0–200'000] franchi.
 - 4.5 Garage Nessi SA assume l'importo di [0–200'000] franchi.
 - 4.6 GARAGE WEBER-MONACO SA assume l'importo di [0–200'000] franchi.
 - 4.7 TOGNETTI AUTO SA assume l'importo di [>200'000] franchi.
 - 4.8 I restanti costi di procedura sono a carico della cassa dello Stato.
5. Per il resto, l'inchiesta è chiusa senza seguito.
- La presente decisione è notificata ai destinatari seguenti:
- **AMAG Group SA**, in Cham,
 - **AMAG Automobili e Motori SA**, Alte in Cham, entrambe rappresentate dall'[...]
 - **Autoronchetti Sagl**, in Coldrerio, rappresentata dall'[...]
 - **Garage Karpf & Co.**, in Faido,
 - **GARAGE 3 VALLI SA**, in Biasca, entrambe rappresentate dagli [...]
 - **Garage Carrozzeria Maffeis SA**, in Tesserete, rappresentata dagli [...]
 - **Garage Nessi SA**, in Sant'Antonino, rappresentata dall'[...]
 - **GARAGE WEBER-MONACO SA**, in Vezia, rappresentata dall'[...]
 - **TOGNETTI AUTO SA**, in Gordola, rappresentata dall'[...]
- [Indicazione dei rimedi giuridici]

B 2.2

2. Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Mai 2024 in Sachen Untersuchung 22-0522 gemäss Art. 27 KG betreffend Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und wegen unzulässiger Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG gegen Mastercard Europe. Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

A Verfahren**A.1 Gegenstand der Untersuchung**

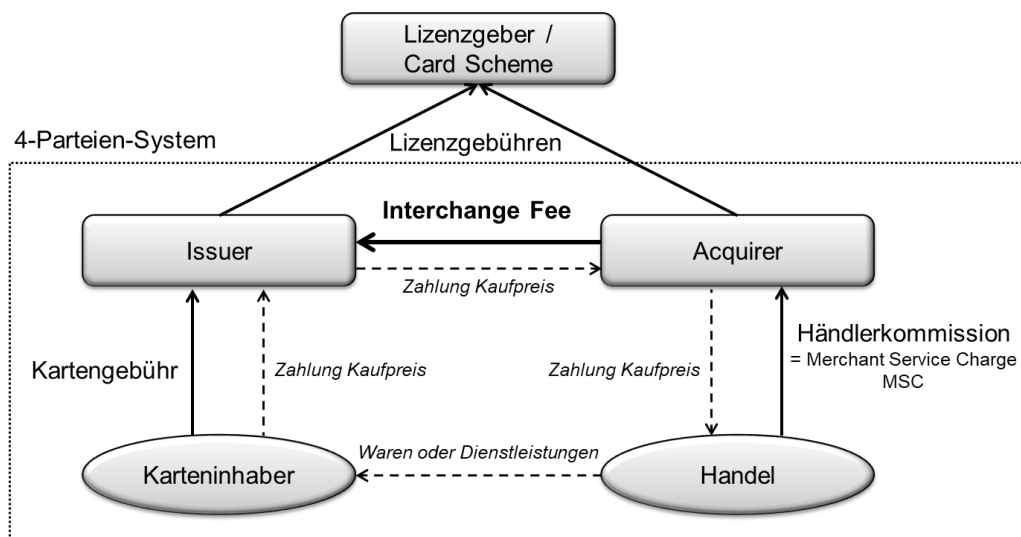
1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden die domestischen multilateralen Interchange Fees («DMIF»; auch im Singular) für die Debitkarten von Mastercard im Präsenzggeschäft («Card Present»; «CP»). Es stellt sich die Frage, ob diese Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG¹ und/oder Art. 5 Abs. 4 KG darstellen und ob diese rechtfertigbar gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind.

Darüber hinaus könnte ein Verstoß gegen Art. 7 KG vorliegen.

2. Zum besseren Verständnis des Untersuchungsgegenstands wird nachfolgend erläutert, was Interchange Fees sind und welche Kategorien von Interchange Fees unterschieden werden können. Weiter wird summarisch auf die früheren Verfahren der Wettbewerbsbehörden zu Interchange Fees sowie auf die Bedeutung der Vorabklärung «22-0514: Debitkarten Interchange Fees» für die Definition des Untersuchungsgegenstands eingegangen.

A.1.1 Interchange Fees**A.1.1.1 Das 4-Parteien-System bei Zahlkarten**

3. Bei den Interchange Fees (im deutschen Sprachraum auch Interbankenentgelte) handelt es sich um ein Entgelt, welches – wie die nachfolgende Grafik illustriert – bei Transaktionen in einem 4-Parteien-System durch die Acquirer an die Issuer zu bezahlen ist:



Quelle: RPW 2017/4, 542 Rz 2, Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF).

4. Bei einer Zahlkartentransaktion in einem 4-Parteien-System sind folgende Marktteilnehmer involviert:

- **Issuer:** Unternehmen, welche die Zahlkarten an die Karteninhaber herausgeben.
- **Acquirer:** Unternehmen, welche die Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Zahlkarten anwerben und mit ihnen entsprechende Verträge abschliessen.
- **Karteninhaber:** Personen, welche ihre Zahlkarte zur Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen einsetzen.
- **Handel:** Unternehmen, welche die Bezahlung durch eine Zahlkarte akzeptieren.²

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

² Zahlkartensysteme können auch als 3-Parteien-System aufgebaut sein, in welchen das Issuing und Acquiring durch dasselbe Unternehmen vorgenommen wird. Bei einem solchen System existiert keine Interchange Fee. Beispiele für 3-Parteien-Systeme sind etwa Diners Club, American Express oder die PostFinance Card (wenn die Zahlung nicht über das Co-Badge von Mastercard erfolgt).

5. Dabei fallen typischerweise folgende Gebühren an:

- **Händlerkommission**, auch Merchant Service Charge («MSC») genannt: Die MSC wird vom Händler an den Acquirer bezahlt. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben. Ein Teil der MSC wird vom Acquirer in Form der Interchange Fee an den Issuer weitergegeben.
- **Interchange Fee**: Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben.
- **Kartengebühren**: Gebühren, welche der Karteninhaber dem Issuer bezahlt (z. B. Jahresgebühr, Gebühren für Fremdwährungstransaktionen, Zinsen etc.).

6. Nicht direkt in die Transaktion involviert ist der Lizenzgeber des jeweiligen Zahlkartensystems (sogenanntes Card Scheme, wie namentlich Mastercard und Visa). Der Lizenzgeber regelt über ein Regelwerk die

Zusammenarbeit zwischen Issuern und Acquirern sowie deren Kunden innerhalb des jeweiligen Zahlungssystems.

7. Innerhalb der beiden internationalen 4-Parteien-Systeme von Mastercard und Visa werden die Interchange Fees aktuell durch das jeweilige Card Scheme festgesetzt.³ Es handelt sich dabei um *multilaterale Interchange Fees*, d. h., sie sind für alle am System teilnehmenden Issuer und Acquirer verbindlich. Für eine bestimmte Transaktion kommt infolgedessen unabhängig davon, welcher Issuer die Zahlkarte herausgegeben hat, und unabhängig davon, bei welchem Händler diese eingesetzt wird, stets dieselbe Interchange Fee zur Anwendung.

A.1.1.2 Kategorien von Interchange Fees

8. Die anwendbare Interchange Fee wird pro Transaktion aufgrund verschiedener Kriterien festgelegt. Der Acquirer analysiert die für die Interchange Fee relevanten Parameter für jede bei einem Händler erfolgte Transaktion und bestimmt die relevante Interchange Fee-Kategorie. Aus der nachfolgenden Tabelle gehen die wichtigsten Hauptkategorien hervor:

Kategorien von Interchange Fees	
Unterscheidung nach Region	
Domestische Interchange Fees Interchange Fees, die bei «inländischen» Transaktionen zur Anwendung gelangen, d. h., wenn eine Schweizer Zahlkarte bei einem Schweizer Händler eingesetzt wird.	Crossborder Interchange Fees Interchange Fees, die bei grenzüberschreitenden Transaktionen angewendet werden, d. h., wenn eine ausländische Zahlkarte bei einem Schweizer Händler eingesetzt wird (und bei der umgekehrten Situation).
Unterscheidung nach Kartenprodukt	
Interchange Fees für Consumer Cards Interchange Fees, die beim Einsatz von Zahlkarten für Konsumenten zur Anwendung gelangen.	Interchange Fees für Commercial Cards Interchange Fees, die bei der Verwendung von Firmenkarten (auch als Businesscards bekannt) zur Anwendung gelangen. Dabei handelt es sich um Zahlkarten, die auf ein Unternehmen laufen und durch Angestellte des Unternehmens eingesetzt werden.
Unterscheidung nach Verwendung der physischen Zahlkarte	
Card Present (CP) Interchange Fees Interchange Fee, die beim Einsatz einer physischen Zahlkarte an einem physischen Verkaufspunkt zur Anwendung gelangen (auch als Präsenzgeschäft bezeichnet).	Card not Present (CnP) Interchange Fees Interchange Fee, welche bei Transaktionen im elektronischen Handel (E-Commerce) oder beim Einsatz eines mobilen Endgeräts (M-Commerce) zur Anwendung gelangen.

9. Darüber hinaus sind etwa Unterscheidungen nach der jeweiligen Branche des Händlers (branchenspezifische Interchange Fees) oder nach dem Sicherheitsstand der Transaktion (transaktionsspezifische Interchange Fees, z. B. «Chip» oder «Contactless») üblich.

³ Dies war zum Zeitpunkt der ersten Kreditkartenuntersuchung noch anders organisiert. Damals wurden die Interchange Fees durch die Issuer und Acquirer in nationalen Gremien festgelegt, m. a. W. wurden die Interchange Fees nicht nur multilateral angewendet, sondern auch multilateral verhandelt und festgesetzt; vgl. RPW 2006/1, 73 Rz 37 ff., *Kreditkarten – Interchange Fees (KKDMIF I)*.

A.1.2 Frühere kartellrechtliche Verfahren zu Interchange Fees

10. Am 5. Dezember 2005 schloss die Wettbewerbskommission («WEKO») ihre erste Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu domestischen multilateralen Interchange Fees bei Kreditkarten von Mastercard und Visa ab. Die WEKO qualifizierte die DMIF als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG einerseits zwischen den Issuern und andererseits zwischen den Acquiren. Die WEKO hielt weiter fest, dass die DMIF unter gewissen Bedingungen aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könnten. Zu diesem Zweck wurde eine einvernehmliche Regelung («EVR») abgeschlossen, welche die Höhe der Interchange Fees limitierte.⁴ Die WEKO bestätigte diese Einschätzung in zwei weiteren Verfügungen, passte aber jeweils das System zur Festlegung der Obergrenze an, was zu weiteren Senkungen der DMIF führte und im aktuellen Satz für Kreditkarten von durchschnittlich 0,44 % des Transaktionsbetrages mündete.⁵

11. Bei den Debitkarten hat sich das Sekretariat der WEKO («Sekretariat») erstmals im Jahr 2006 zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von DMIF geäussert. In der Vorabklärung zur geplanten «Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen» gelangte es zum Schluss, es gebe Anhaltspunkte dafür, dass die geplanten DMIF eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstelle. Das Sekretariat erachtete es weiter als zweifelhaft, dass die Einführung einer DMIF für Maestro durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden könne, weshalb es die Eröffnung einer Untersuchung in Aussicht stellte.⁶ Aufgrund der drohenden Untersuchung wurde auf die geplante Einführung einer DMIF für Maestro verzichtet, so dass dieses Debitkartenprodukt bis heute ohne Interchange Fees funktioniert.⁷

12. Im Jahr 2009 hat das Sekretariat in der Vorabklärung «Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY» eine auf die Markteintrittsphase beschränkte Interchange Fee zugelassen. Das Sekretariat berücksichtigte ökonomische Argumente, wonach Interchange Fees in der Aufbauphase eines Netzwerkes die Überwindung des sogenannten «Chicken and Egg»-Problems ermöglichen können. Es hat daher in der Form von Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG Voraussetzungen für eine provisorische DMIF definiert, bei deren Einhaltung auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet werden könne, und damit einen sogenannten «Safe Harbor» geschaffen. Konkret erachtete das Sekretariat eine DMIF von durchschnittlich 20 Rappen pro Transaktion als kartellrechtlich unproblematisch, solange eine Marktanteilschwelle von 15 % nicht überschritten wird. Dieser Safe Harbor sollte für eine Zeitperiode von drei Jahren ab der Herausgabe der ersten V PAY-Debitkarte gelten.⁸

13. Im Jahr 2011 setzte sich das Sekretariat in der Vorabklärung «Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee» erneut mit der Thematik auseinander. Es kam wiederum zum Schluss, dass sich eine Interchange Fee für ein gut funktionierendes und weitverbreitetes Debitkartensystem wie Maestro kaum aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse. Für das neue Produkt Debit Mastercard gewährte

das Sekretariat Mastercard hingegen denselben Safe Harbor wie Visa für V PAY, da in der Markteinführungsphase nicht von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen war.⁹ In dieser Vorabklärung kam das Sekretariat zudem erstmals zum Schluss, dass bei einer Festsetzung der Interchange Fees durch das Card Scheme sowohl eine vertikale Abrede zwischen dem Card Scheme und den Issuern sowie dem Card Scheme und den Acquiren vorliegt als auch eine horizontale Abrede je unter den Issuern und Acquiren, welche die Interchange Fees umsetzen.¹⁰ Darüber hinaus bestünden in einer solchen Konstellation Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG.¹¹

14. Mit der Frage zur Zulässigkeit von Interchange Fees für Debitkarten im Card-not-Present («CnP»)-Geschäft befasste sich das Sekretariat in der Vorabklärung «Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee» im Jahr 2017. Es anerkannte, dass eine Interchange Fee für den Markteintritt der Debitkarten in den bis dahin den Kreditkarten vorbehaltenen E- und M-Commerce-Bereich erforderlich sei. Als Obergrenze wurde ein Grenzwert von 0,31 % des Transaktionsbetrages definiert, verbunden mit einer vorfixierten Senkung auf 0,2 %.¹²

15. Der Markteintritt von V PAY gestaltete sich schwieriger und langsamer als erwartet, weshalb Visa im Jahr 2017 um eine Verlängerung und Anpassung des im Jahr 2009 definierten Safe Harbors ersuchte. In der Folge verzichtete das Sekretariat auf die Festlegung einer fixen Zeitperiode für den Markteintritt, sah dafür jedoch eine Widerrufsmöglichkeit nach frühestens fünf Jahren vor. Zudem wurde die durchschnittliche DMIF von CHF 0.20 auf CHF 0.12 gesenkt. Dieselben Bedingungen wurden auch für das neue Produkt Visa Debit gewährt. Weiter erhielt Visa im CnP-Geschäft den gleichen Safe Harbor wie Mastercard.¹³

A.1.3 Ergebnis der Vorabklärung 22-0514

16. Der Untersuchungseröffnung ist die Vorabklärung «22-0514: Debitkarten Interchange Fees» vorangegangen. Diese Vorabklärung diente primär dazu, festzustellen, ob für die auslaufenden Safe Harbors für die Debitkartenprodukte Debit Mastercard und Visa Debit eine rasche einvernehmliche Nachfolgelösung mit Mastercard und Visa gefunden werden kann.

⁴ Vgl. zum Ganzen RPW 2006/1, 65 ff., *Kreditkarten – Interchange Fees (KKDMIF I)*.

⁵ Vgl. RPW 2010/3, 473 ff., *Vorsorgliche Massnahmen in Sachen Kreditkarten Interchange Fees II (VM KKDMIF II)*; RPW 2015/2, 165 ff., *Kreditkarten domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*.

⁶ Vgl. RPW 2006/4, 601 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen (DMIF Maestro)*.

⁷ Die meldenden Parteien versuchten, eine Feststellungsverfügung der WEKO zur Zulässigkeit der DMIF zu erzwingen, scheiterten jedoch mit ihrem Begehren vor Bundesgericht (BGE 135 II 60).

⁸ Vgl. zum Ganzen RPW 2009/2, 122 ff., *DMIF V PAY*.

⁹ Vgl. zum Ganzen RPW 2012/4, 764 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹⁰ Vgl. RPW 2012/4, 787 f. Rz 200 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹¹ Vgl. RPW 2012/4, 799 ff. Rz 312 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*, wobei sich die Anhaltspunkte für die Marktbeherrschung auf das Debitkartenprodukt Maestro bezogen.

¹² Vgl. zum Ganzen RPW 2017/4, 542 ff., *Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

¹³ RPW 2017/4, 559 ff., *Ergänzung V PAY*.

17. Das Sekretariat rief zu Beginn der Gespräche in Erinnerung, dass es die Interchange Fees in den Safe Harbors nur zur Ermöglichung des Markteintritts zugelassen habe. Nach erfolgtem Markteintritt sei dieser Rechtfertigungsgrund weggefallen. Um eine rasche einvernehmliche Lösung zu ermöglichen, sei das Sekretariat bereit, eine dauerhafte Interchange Fee zuzulassen. Diese müsse aber auf einem tiefen Niveau liegen, führten die Interchange Fees nicht zuletzt zu einer Mehrbelastung des Handels verglichen mit der Situation vor Einführung der neuen Kartenprodukte Debit Mastercard und Visa Debit. Der finale Vorschlag des Sekretariats für eine einvernehmliche Lösung sah folgende Bedingungen vor:¹⁴

- Im CP-Geschäft ein absoluter Höchstwert («Cap») von 0,12 % bis zu einem Transaktionsbetrag von CHF 300 und ab CHF 300 ein fixer Oberbetrag von CHF 0.30. Mit dieser zusätzlichen Obergrenze sollte verhindert werden, dass es bei hohen Transaktionsbeträgen (z. B. bei einem Juwelier) zu sehr hohen Interchange Fees kommt.
- Um den Card Schemes eine insgesamt ausgewogene Lösung zu offerieren, erklärte sich das Sekretariat bereit, im CnP-Geschäft die nach fünf Jahren vorgesehene Senkung auf 0,2 % anzupassen und nur eine Senkung auf 0,28 % vorzusehen.
- Diese Sätze sollten sowohl für Konsumenten- als auch für Firmendebitkarten gelten.

18. Während Mastercard Bereitschaft erklärte, auf dieser Grundlage eine einvernehmliche Lösung anzustreben, antwortete Visa, dass ein Basis-Satz von unter 0,2 % für Konsumentenkarten für Visa nicht in Frage komme. Zudem müssten für Firmenkarten weitaus höhere Sätze gelten, weshalb diese separat zu regeln seien.

19. Diese gegensätzlichen Positionen von Mastercard und Visa führten dazu, dass gegen jedes Card Scheme eine separate Untersuchung eröffnet wurde und im vorliegenden Verfahren daher nur die DMIF für die Debitkarten von Mastercard Untersuchungsgegenstand bilden.

20. Zudem beschränkt sich die Untersuchung auf das CP-Geschäft. Für das CnP-Geschäft konnte mit Mastercard eine einvernehmliche Lösung in der Form von Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG getroffen werden (vgl. Rz 46).

A.2 Untersuchungsadressatin

21. Mastercard Europe SA ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Waterloo, Belgien. Mastercard ist ein Tech-Unternehmen und internationaler Zahlungsdienstleister und neben Visa eine der grossen internationalen Anbieterinnen von Zahlkarten in einem 4-Parteien-System. Das Unternehmen bietet eine Reihe von Kredit- und Debit- und Prepaid-Karten, elektronische Zahlungsprogramme, Business-Lösungen und mobile Anwendungen an.

22. Mastercard ist die einzige Untersuchungsadressatin des vorliegenden Verfahrens (vgl. Rz 19). Für die Interchange Fees von Visa wird eine eigene Untersuchung unter dem Titel «22-0523: Interchange Fees für Debitkarten von Visa» geführt.

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Vor der Vorabklärung 22-0514

23. Im Jahr 2021 lancierte Mastercard das Produkt Debit Mastercard. In derselben Zeitperiode wurde auch das Produkt Visa Debit von Visa am Markt eingeführt.

24. Mit Schreiben vom 25. Juni 2021 meldete Mastercard das Überschreiten eines Marktanteils von 1 % (konkret [...] %) gemessen am Kartenumsatz am Point of Sale («PoS»), was gemäss Safe Harbour den Zeitpunkt des Markteintritts definiert.¹⁵

25. Mit einem offenem Brief vom 8. April 2021 beschwerte sich der Schweizerische Gewerbeverband («sgv») über die mit der Einführung der neuen Debitkarten von Mastercard und Visa verbundenen Gebühren.¹⁶ Am 1. Juli 2021 fand auf Anfrage des sgv hin ein Treffen zwischen Vertretern des sgv und dem Sekretariat zu dieser Thematik statt.¹⁷

26. Am 26. Januar 2022 reichte der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr («VEZ») ein Gutachten von swiss economics («SE») vom 17. Januar 2022 mit dem Titel «Regulierungsbedarf für Debit- und Kreditkarten» ein.¹⁸ Am 3. Februar 2022 präsentierten Vertreter des VEZ dem Sekretariat die Ergebnisse der Studie.¹⁹

27. Am 11. Mai 2022 fand ein Treffen zwischen Visa und dem Sekretariat statt, an dem Visa ihre Vorstellungen zu einer Nachfolgelösung für die Safe Harbors präsentierte und Stellung zum Gutachten von SE nahm.²⁰

28. Am 30. Juni 2022 erfolgte eine Sitzung zwischen Mastercard und dem Sekretariat, in welcher die Vertreter von Mastercard ihre Sicht des Debitkartenmarkts und der Interchange Fees darlegten.²¹

29. Am 15. Juli 2022 reichte Visa die ökonomische Stellungnahme «Application of the Merchant Indifference Test in Switzerland – A response to the Swiss Economics Report «Need for regulation of debit and credit cards»» von Charles River Associates («CRA») ein.²²

30. Am 6. September 2022 präsentierten Vertreter der UBS die Sichtweise einer Issuerin von Debitkarten betreffend die erforderliche Ausgestaltung der Interchange Fees.²³

31. Mit Schreiben vom 20. September 2022 forderte der sgv gemeinsam mit der Swiss Retail Federation, dass die Interchange Fees für Debitkarten auf 0 % festgesetzt würden.²⁴

¹⁴ VA act. I.48.

¹⁵ Schreiben Mastercard vom 25.6.2021 im Verfahren 22-0381, Marktanteil von Debit Mastercard.

¹⁶ VA act. I.1.

¹⁷ VA act. I.4.

¹⁸ VA act. I.5.

¹⁹ VA act. I.6.

²⁰ VA act. I.9.

²¹ VA act. I.12.

²² VA act. I.13.

²³ VA act. I.16.

²⁴ VA act. I.17.

32. Am 27. September 2022 reichte der VEZ den Bericht «Angemessene Höhe von Interchange Fees für Debit- und Kreditkarten gemäss Merchant Indifference Test» von SE ein.²⁵

33. Ebenfalls am 27. September 2022 teilte Mastercard dem Sekretariat per Schreiben mit, dass das Produkt Debit Mastercard per Ende Juni 2022 einen Marktanteil von [...] % erreicht und damit die Marktanteilsschwelle von 15 % gemäss Ziffer 4 Bst. a des Schlussberichts vom 31. Mai 2011 betreffend die Vorabklärung «22-0381: Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee»²⁶ überschritten hatte.²⁷

A.3.2 Vorabklärung 22-0514

34. Das Sekretariat eröffnete daraufhin am 29. September 2022 die Vorabklärung «22-0514: Debitkarten Interchange Fees» gegenüber Mastercard und Visa mit dem Ziel, eine einvernehmliche Lösung für die Festsetzung der Interchange Fees zu finden.²⁸

35. Anlässlich eines Kick-off-Meetings mit Mastercard und Visa präsentierte das Sekretariat seine vorläufige Einschätzung hinsichtlich der Frage, ob und in welcher Höhe dauerhafte Interchange Fees für Debitkarten zulässig sein und wie eine einvernehmliche Lösung ausgestaltet werden könnten. Das Sekretariat klärte weiter über die nächsten Verfahrensschritte auf.²⁹

36. Nachdem sich die Card Schemes zum ersten Vorschlag des Sekretariats je mit Eingabe vom 23. Dezember 2022 geäußert hatten, erfolgte am 25. Januar 2023 die Präsentation des überarbeiteten Sekretariatsvorschlags mit den definitiven Bedingungen einer einvernehmlichen Lösung im Rahmen der Vorabklärung, namentlich in Bezug auf die Höhe der DMIF.³⁰

37. Während Visa mit Schreiben vom 1. März 2023 mitteilte, nicht in der Lage zu sein, sich zu dem durch das Sekretariat vorgeschlagenen CP-Interchange-Basisatz von 0,12 % verpflichten zu können,³¹ erklärte Mastercard mit Schreiben vom 6. März 2023 ihre Bereitschaft, sich [...] zu einigen.³²

38. Am 27. März 2023 fand ein bilaterales Treffen zwischen dem Sekretariat und Mastercard statt, um sich über den Inhalt einer einvernehmlichen Lösung auszutauschen.³³ In der Folge reichte Mastercard am 3. April 2023 einen Entwurf ihrer Zusagen sowohl für CP- als auch für CnP-Transaktionen ein. [...] ³⁴

39. Mit Schreiben vom 29. März 2023 setzte das Sekretariat Visa eine letzte Frist, um doch noch den Vorschlag des Sekretariats anzunehmen. Ansonsten werde das Sekretariat bei einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Eröffnung einer Untersuchung beantragen.³⁵ Visa reagierte mit einer Eingabe zu Verfahrensfragen vom 21. April 2023³⁶ und mit einem Vorschlag für Rahmenbedingungen für Debit Firmenkarten vom 26. April 2023.³⁷ Schliesslich erklärte Visa mit Schreiben vom 28. April 2023 definitiv, nicht allen Aspekten des Vorschlags des Sekretariats zustimmen zu können.³⁸ Das Sekretariat antwortete auf dieses Schreiben sowie auf das Schreiben betreffend Verfahrensfragen mit Schreiben vom 9. Mai 2023 und informierte Visa darüber, dass das Sekretariat mit Mastercard den Prozess des Abschlusses einer einvernehmlichen Lösung und Regelung fortführen werde.

Demgegenüber erscheine eine rasche einvernehmliche Lösung und Regelung mit Visa nicht möglich, weshalb das Sekretariat eine Untersuchungseröffnung beantragen werde, sobald Visa Debit den Schwellenwert von 15 % Marktanteil gemäss Safe Harbour nachweislich überschritten habe.³⁹

40. Am 14. April 2023 fragte der sich zu der Zeit in Gründung befindliche Branchenverband SwissDebitPay um ein Treffen mit dem Sekretariat. Mitglieder des Verbandes seien die Issuer von Debitkarten.⁴⁰ Ein Meeting mit Vertretern des Verbands fand am 11. Mai 2023 statt.⁴¹

41. Mit Schreiben vom 16. Mai 2023 informierte das Sekretariat Mastercard, dass mit Visa keine einvernehmliche Lösung und Regelung zustande kommen werde. Weiter nahm es Stellung zum Entwurf der Zusagen von Mastercard für das CnP-Geschäft und kündigte an, beim Präsidium der WEKO eine Untersuchungseröffnung betreffend DMIF für Debitkarten bei CP-Transaktionen zu beantragen, mit dem Ziel, rasch eine EVR nach Art. 29 KG abzuschliessen.⁴²

42. Am 22. Mai 2023 reichte Visa eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG der geplanten Einführung einer dauerhaften inländischen Interchange Fee für Visa Debit und V PAY ein.⁴³

43. Am 31. Mai 2023 nahm Mastercard Stellung zur Ausgestaltung der Zusagen im CnP-Geschäft und einer möglichen EVR im CP-Geschäft.⁴⁴

44. Am 31. März 2023 erstatte Mastercard dem Sekretariat Bericht über die Einhaltung der gewichteten Obergrenze gemäss Safe Harbour für die domestischen Interchange Fees der Debit Mastercard von durchschnittlich CHF 0.20 pro Transaktion. Diese Obergrenze wurde mit einem Wert von CHF [...] pro Transaktion [...] unterschritten.⁴⁵

45. Mit Schreiben vom 1. Juni 2023 informierte Visa das Sekretariat darüber, dass der Marktanteil von Visa Debit die Schwelle von 15 % im ersten Quartal 2023 überschritten hat.

²⁵ VA act. I.18.

²⁶ RPW 2012/4, 812, *Maestro FIF/Debit MC IF*.

²⁷ Schreiben Mastercard vom 27.09.2022 im Verfahren 22-0381, Marktanteil von Debit Mastercard.

²⁸ VA act. I.19 und I.20.

²⁹ VA act. I.35.

³⁰ VA act. I.48.

³¹ VA act. I.54.

³² VA act. I.55.

³³ VA act. I.56 und I.57.

³⁴ VA act. I.59.

³⁵ VA act. I.58.

³⁶ VA act. I.61.

³⁷ VA act. I.62.

³⁸ VA act. I.63.

³⁹ VA act. I.65.

⁴⁰ VA act. I.60.

⁴¹ VA act. I.66.

⁴² VA act. I.69.

⁴³ VA act. I.70.

⁴⁴ VA act. I.73.

⁴⁵ Schreiben Mastercard vom 31.3.2023 im Verfahren 22-0381, Einhaltung der IF-Obergrenze.

A.3.3 Vorliegende Untersuchung 22-0522

46. Am 27. Juni 2023 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit der Präsidentin der WEKO die vorliegende Untersuchung 22-0522: Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard. Der Untersuchungsgegenstand ist auf die Interchange Fees für CP-Transaktionen beschränkt. In Bezug auf das CnP-Geschäft wurde die Vorabklärung mit den Anregungen des Sekretariats vom 27. Juni 2023 gemäss Art. 26 Abs. 2 KG für CnP-Transaktionen mit Debitkarten von Mastercard abgeschlossen. Diese Anregungen wurden Mastercard zusammen mit dem Eröffnungsschreiben zur Kenntnis gebracht und es wurde darauf hingewiesen, dass sie unter dem Vorbehalt stehen, dass für den CP-Bereich eine EVR mit Mastercard zustande kommt.⁴⁶ Als weitere Beilage wurden Mastercard die Rahmenbedingungen für die Verhandlungen über eine EVR gemäss Art. 29 KG zur Unterzeichnung zugestellt.

47. Die Öffentlichkeit wurde mit Medienmitteilung vom 29. Juni 2023 über die Untersuchungseröffnung informiert. In derselben Mitteilung wurde auch die parallele Untersuchungseröffnung gegen Visa erwähnt.⁴⁷ Die amtliche Publikation im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgte am 26. Juli 2023.⁴⁸

48. Am 5. Juli 2023 stellte Visa ein Gesuch um Parteistellung in der vorliegenden Untersuchung.⁴⁹ Dieses Gesuch leitete das Sekretariat Mastercard am 12. Juli 2023 zur Stellungnahme weiter.⁵⁰ Gleichentags wurde Visa über diesen Schritt informiert.⁵¹ In ihrer Stellungnahme vom 17. August 2023 beantragte Mastercard die Abweisung des Gesuchs.⁵² Mit Schreiben vom 19. März 2024 erbat Visa eine Rückmeldung bis Ende März 2024, bis wann Visa mit der Zulassung als Partei rechnen dürfe.⁵³ Über den Antrag von Visa wird in der vorliegenden Verfügung entschieden (siehe Rz 102 ff.).

49. Am 11. Juli 2023 retournierte Mastercard die unterzeichneten Rahmenbedingungen für die Verhandlungen über eine EVR gemäss Art. 29 KG.⁵⁴

50. Am 20. Juli 2023 liess das Sekretariat Mastercard einen auf der Grundlage des bisherigen Austauschs erstellten Entwurf für eine EVR zukommen.⁵⁵

51. Mit Schreiben vom 16. August 2023 informierte das Sekretariat darüber, dass die Akten der Vorabklärung 22-0514 in die beiden Untersuchungen gegen Visa und Mastercard übernommen würden und verlangte geschäftsgeheimnisbereinigte Versionen aller bisherigen Eingaben von Mastercard.⁵⁶ Diese wurden von Mastercard am 8. September 2023 eingereicht.⁵⁷

52. In einem Schreiben vom 17. August 2023 an das Sekretariat äusserte Lidl Schweiz ihre Sicht zu den Interchange und Scheme Fees für Mastercard Debit.⁵⁸

53. Am 23. August 2023 stellte SwissDebitPay ein Begehren um Zulassung als Partei in der vorliegenden Untersuchung, eventualiter um Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung.⁵⁹ Das Begehren wurde Mastercard am 30. August 2023 zur Stellungnahme zugestellt.⁶⁰ Mit Eingabe vom 28. September 2023 beantragte Mastercard die Abweisung des Gesuchs um Parteistellung sowie des Eventualbegehrens um Teilnahme als Dritte ohne Parteistellung. Über den Antrag von SwissDebitPay wird in der vorliegenden Verfügung entschieden (siehe Rz 117 ff.).

54. Mit Stellungnahme vom 4. September 2023 äusserte sich Mastercard zum EVR-Entwurf des Sekretariats.⁶¹

55. Mit Schreiben vom 8. September 2023 beantragte die [...] («[...]») an der Untersuchung als Dritte ohne Parteistellung zugelassen zu werden.⁶² Das Sekretariat leitete dieses Schreiben Mastercard am 19. Oktober 2023 zur Stellungnahme weiter.⁶³ [...] Über den Antrag der [...] wird in der vorliegenden Verfügung entschieden (siehe Rz 134 ff.).

56. Am 3. Oktober 2023 stellte das Sekretariat Mastercard die definitive Fassung der EVR zur Unterschrift zu.⁶⁵ Mastercard retournierte die unterschriebene EVR mit Einschreiben vom 31. Oktober 2023.⁶⁶ Die EVR wurde am 6. November 2023 durch das Sekretariat signiert.⁶⁷

57. Mit Auskunftsbegehren vom 9. Februar 2024 ersuchte das Sekretariat SIX um die Einreichung von Informationen und Marktdaten, und wies darauf hin, dass die Antworten in die Akten der drei Untersuchungen «32-0269: Co-Badging für NCS auf Mastercard Debitkarten», «22-0522: Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard» und «22-0523: Interchange Fees für Debitkarten von Visa» aufgenommen würden.⁶⁸

58. Mit Schreiben vom 19. März 2024 ersuchte Visa um eine beförderliche Behandlung ihres Gesuchs um Parteistellung und teilte mit, sie erwarte eine Entscheidung bis 31. März 2024.⁶⁹

59. Am 23. März 2024 versandte das Sekretariat seinen Antrag an Mastercard und an die weiteren Verfahrensbeteiligten (Visa, SwissDebit Pay und [...]) und räumte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 5. April 2024, erstreckbar bis zum 18. April 2024, ein.⁷⁰ Mastercard wurden darüber hinaus die Verfahrensakten inklusive aktuelles Verzeichnis zugestellt. In seinem Antrag vom 21. März 2024 an die WEKO beantragte das Sekretariat in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Ablehnung der Parteistellung von Visa und SwissDebitPay.

⁴⁶ U act. I.3.

⁴⁷ U act. I.4; <www.weko.admin.ch> Medien > Medieninformationen > Medienmitteilungen 2023 > WEKO untersucht Interchange Fees neuer Debitkarten (26.2.2024).

⁴⁸ BBl 2023 1752; SHAB BB05-0000000117.

⁴⁹ U act. I.5.

⁵⁰ U act. I.7.

⁵¹ U act. I.8.

⁵² U act. I.16.

⁵³ U act. I.38.

⁵⁴ U act. I.6.

⁵⁵ U act. I.9.

⁵⁶ U act. I.14.

⁵⁷ U act. I.25.

⁵⁸ U act. I.15.

⁵⁹ U act. I.17.

⁶⁰ U act. I.21.

⁶¹ U act. I.23.

⁶² U act. I.24.

⁶³ U act. I.31.

⁶⁴ U act. [...].

⁶⁵ U act. I.30.

⁶⁶ U act. I.34.

⁶⁷ U act. I. 35.

⁶⁸ U act. I. 37a.

⁶⁹ U act. I. 38.

⁷⁰ U act. I. 39–42.

60. Mit Schreiben vom 10. April 2024 beantragte Visa den unverzüglichen Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung hinsichtlich ihres Antrags auf Parteistellung und Akteneinsicht vom 5. Juli 2023, wobei sie für die Begründung im Wesentlichen auf ihr damaliges Gesuch verwies. Sollte bis zum 15. April 2024 keine Verfügung ergehen, behalte sich Visa vor, diese Weigerung als materielle Verfügung zu behandeln.⁷¹

61. Am 12. April 2024 teilte das Sekretariat Visa in einem Schreiben mit, dass die WEKO voraussichtlich am 6. Mai 2024 über den Antrag auf Parteistellung von Visa entscheiden werde. Bislang sei kein Entscheid getroffen worden und es stehe Visa frei, sich in ihrer Stellungnahme auch zur Frage der Parteistellung zu äussern. Es liege weder eine materielle Verfügung noch eine Weigerung vor, über diesen Punkt zu befinden. Im Übrigen wurde Visa darauf hingewiesen, dass sie den gesamten Antrag zur Stellungnahme erhalten habe, die Verhandlungen zum Abschluss der EVR im Wesentlichen schon während der Vorabklärung unter Beteiligung von Visa stattgefunden hätten und die Schlussverhandlungen in der Untersuchung ohnehin vom Akteneinsicht ausgenommen seien, weswegen sie nahezu über den Wissenstand einer Partei verfüge.⁷²

62. Ebenfalls am 12. April 2024 beantragte SwissDebitPay, anlässlich der für den 6. Mai 2024 vorgesehenen Plenarsitzung der WEKO angehört zu werden, um die Sicht der Issuer darzulegen. Im Fall der Gewährung des Anhörungsrechts verzichte SwissDebitPay auf die Teilnahme am Verfahren als Partei und ziehe ihren Antrag auf Parteistellung zurück.⁷³

63. Am 17. April 2024 beantragte Visa in einem direkt an die Präsidentin der WEKO gerichteten Schreiben erneut den unverzüglichen Erlass einer anfechtbaren Verfügung hinsichtlich der Parteistellung von Visa bis spätestens am 24. April 2024. Zudem beantragte Visa, «der Entscheid über die Genehmigung der EVR mit Mastercard sei auszusetzen bis entweder Visa als Partei eine Stellungnahme hat abgeben können oder die Parteistellung von Visa durch die Gerichte rechtskräftig abgewiesen wurde.»⁷⁴

64. Am 17. April 2024 und am 18. April 2024 nahmen Visa, Mastercard, SwissDebitPay und die [...] innert erstreckter Frist zum Antrag des Sekretariats Stellung.⁷⁵

65. Mit Schreiben vom 19. April 2024 verwies der VEZ auf eine aktuelle Studie der Universität St. Gallen zu den Kosten der stationären POS-Zahlungen in der Schweiz. Basierend auf dieser Studie durchgeführte Berechnungen des VEZ hätten ergeben, dass es bei der Abwicklung von Debitkarten zu «massiven Übergewinnen» für die Finanzindustrie und die Infrastrukturanbieter komme. Einem Rechtfertigungsversuch einer Interchange Fee werde damit jegliche Grundlage entzogen und es sei eine Untersuchung der gesamten Branche notwendig.⁷⁶

66. Am 24. April 2024 informierte das Sekretariat SwissDebitPay, dass das Präsidium der WEKO an seiner Sitzung vom 22. April 2024 entschieden hatte, keine Anhörungen durchzuführen. Möglich bleibe ein abweichender Entscheid über den Antrag durch die WEKO selbst.⁷⁷

67. Mit Zwischenverfügung vom 29. April 2024 trat das Bundesverwaltungsgericht auf den von Visa im Rahmen einer Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung gestellten Verfahrensantrag nicht ein, der WEKO superprovisorisch die Behandlung des Geschäfts bis nach dem Entscheid über die Parteistellung von Visa zu untersagen.⁷⁸

68. Mit Eingabe vom 29. April 2024 beantwortete SIX das Auskunftsbegleichen des Sekretariats vom 9. Februar 2024.

69. Ebenfalls am 29. April 2024 stellte das Sekretariat im Hinblick auf die Diskussion des Antrags des Sekretariats in der Kommission einige Fragen an Mastercard,⁷⁹ welche diese mit E-Mail vom 3. Mai 2024 provisorisch beantwortete. Weitere Informationen wurden für den 7. Mai 2024 bzw. den 10. Mai 2024 in Aussicht gestellt.⁸⁰

70. Am 2. Mai 2024 reichte Visa als Ergänzung zu ihrer Stellungnahme vom 17. April 2024 den Vorschlag von Visa vom 26. April 2024 für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Parallelverfahren 22-0523 in geschäftsgeheimnisbereinigter Version ein.⁸¹

71. Am 6. Mai 2024 beschloss die WEKO, keine Anhörungen durchzuführen.

A.3.4 Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats (Art. 30 Abs. 2 KG)

72. Nachfolgend werden die Anträge und wesentlichen Vorbringen von Mastercard und den weiteren am Verfahren Beteiligten wiedergegeben, wobei anzumerken ist, dass diese mehrheitlich nicht die vorliegende Sachverhaltsfeststellung und/oder rechtliche Würdigung betreffen, sondern den Inhalt der mit Mastercard getroffenen einvernehmlichen Regelung. Wenn die Punkte einen direkten Zusammenhang zu bestimmten Erwägungen aufweisen, werden sie dort abgehandelt, sofern es aufgrund der Wesentlichkeit des Vorbringens erforderlich ist.⁸²

A.3.4.1 Stellungnahme Mastercard⁸³

73. Mastercard halte nach wie vor am Abschluss der EVR fest. Allerdings blende der Antrag das 4-Parteien-Zahlungssystem TWINT zu Unrecht vollkommen aus. Zudem seien die Erwägungen zur potenziellen Marktstellung von Mastercard aus dem Antrag zu streichen.

⁷¹ U act. I. 51.

⁷² U act. I. 53.

⁷³ U act. I. 52.

⁷⁴ U act. I. 56.

⁷⁵ U act. I. 57–60.

⁷⁶ U act. I. 61.

⁷⁷ U act. I. 62.

⁷⁸ U act. I. 64.

⁷⁹ U act. I. 65.

⁸⁰ U act. I. 68.

⁸¹ U act. I. 67.

⁸² Vgl. statt vieler BGer, 4A_532/2011 vom 31.1.2012 E. 3.1 m. w. H.

⁸³ U act. I. 58.

74. Mastercard stimme dem Sekretariat zu, dass angesichts der EVR die definitive Marktabgrenzung offengelassen werden könne. Da die mit dem Sekretariat abgeschlossene EVR zukunftsgerichtet sei, müssten jedoch die aktuellen Marktverhältnisse wie auch die künftig zu erwartenden Marktentwicklungen bei der kartellrechtlichen Beurteilung berücksichtigt werden.

75. Gemäss eigenen Angaben habe TWINT mittlerweile weit über 5 Millionen Nutzerinnen und Nutzer. Im Jahr 2023 seien 590 Millionen Transaktionen mit TWINT getätigt worden, wobei gemäss TWINT 72 % dieser Transaktionen Zahlungen im Handel ausmachten. Aufgrund der direkten Verknüpfung mit dem Bank- oder Postkonto bestehe bei TWINT eine *de facto* Debitzahlungsfunktion am physischen POS. Mit ihrem Angebot sei TWINT eine direkte Wettbewerberin der Debitkartenprodukte von Mastercard, was sich auch aus der abgeschlossenen EVR ergebe. So sehe Ziffer 5 lit. c die Entwicklung von TWINT explizit als Anpassungsgrund vor. TWINT müsse deshalb bei der Marktabgrenzung berücksichtigt werden und die über 5 Millionen aktiven TWINT-Apps sind gemäss Mastercard zum relevanten Markt hinzuzurechnen.

76. Die Ausführungen zur potenziellen Marktstellung von Mastercard seien mangels Beurteilung unter Art. 7 KG obsolet und würden darüber hinaus von Mastercard bestritten. Neben den Debitkartenprodukten von Visa gehörten auch Debitkartenprodukte von 3-Parteien-Systemen wie die PostFinance Card und unregulierte 4-Parteien-Systeme wie TWINT zum selben relevanten Markt wie die Debitkartenprodukte von Mastercard. Auch seien die angegebenen Marktanteilsschätzungen bereits überholt und deren Richtigkeit ohnehin zweifelhaft. Im Ergebnis sei festzuhalten, dass der geschätzte Marktanteil von Mastercard unter Berücksichtigung von Visa Debit, V PAY, der PostFinance Card und TWINT somit deutlich unter 50 % liege.

A.3.4.2 Stellungnahme Visa⁸⁴

77. Visa beantragt, die EVR mit Mastercard in der gegenwärtigen Form nicht gutzuheissen, sondern auf der Grundlage der neuen Vorschläge unter Einbezug aller wesentlichen Marktteilnehmer eine umfassende und dauerhafte Lösung für die Debit-DMIF anzustreben. Eventualiter beantragt Visa, die Behandlung der EVR durch die WEKO zu verschieben, bis die oben ausgeführten Bedenken im Rahmen einer überarbeiteten EVR ausgeräumt werden konnten.

78. Die EVR-Lösung mit Mastercard weist gemäss Visa grundlegende Probleme auf:

- Visa habe Bedenken hinsichtlich der langfristigen Perspektive der Vereinbarung. Die im Rahmen der Anregungen mutmasslich vereinbarte Grenze von 30 % der Zahlungen, bei denen am physischen POS der CnP-Satz zur Anwendung komme, und die als Anpassungsgrund für den CnP-Satz definiert wurde, werde höchstwahrscheinlich bereits in näherer Zukunft überschritten. Es werde eine CnP-Rate für Transaktionen angewendet, die nach den gängigen Definitionen nicht als solche gelten würden, weil die Bezahlung am POS erfolgt. Es wäre sinnvoller, eine langfristige und technologieunabhängige Lösung zu konzipieren.

- Die konkrete Ausgestaltung der Obergrenze von CHF 0.30 ab einem Transaktionsbetrag von CHF 300 sei konzeptionell und rechnerisch fehlerhaft, da sie für Transaktionen zwischen CHF 250 bis CHF 299 zu höheren DMIF führe als für Transaktionen ab CHF 300. Es müsste richtigerweise eine Obergrenze von CHF 0.36 festgesetzt werden.
- Es werde für das alte Maestro Debit-Produkt eine DMIF in gleicher Höhe zugelassen wie für die moderneren Debit-Produkte, obwohl Maestro keine Innovationen biete. Da für Maestro bisher keine DMIF angewendet worden sei, gehe Visa davon aus, dass die Händler im Ergebnis nun mehr als bisher bezahlen müssten.
- Schliesslich sollen gemäss Visa die Ergebnisse einer neuen, breit abgestützten Studie abgewartet werden, welche voraussichtlich im Juni 2024 erscheinen wird.

79. Visa werde einen eigenen, besseren EVR-Vorschlag unterbreiten, der im Sinne eines «level playing field» auch für Mastercard gelten soll. Diesen Vorschlag reichte Visa als Nachtrag zur Stellungnahme ein.⁸⁵ Er sieht im Wesentlichen vor, dass für CP-Transaktionen und für Transaktionen mit mobilen Geräten am POS derselbe Satz zur Anwendung kommt. Vorgesehen ist eine Basisrate von 0,2 % und ein reduzierter Satz von 0,12 % für Ausgaben des täglichen Bedarfs. Zudem soll die Rate für das ältere Produkt V PAY auf 0,05 % gesenkt werden.

A.3.4.3 Stellungnahme [...] ⁸⁶

80. Die [...] betont die zentrale Rolle der Interchange Fee im Zahlungsverkehr. Die vom Sekretariat zur «Belegung der Angemessenheit aufgeführten Referenzwerte» entstammten zeitlich und/oder geografisch nicht vergleichbaren Märkten. Zudem entspreche eine relative Festsetzung der Höhe der Interchange Fee nicht dem wissenschaftlichen Prüfungsstandard. Eine absolute Festsetzung der Interchange Fee nach anerkannter und erprobter Methodik (Merchant Indifference Test) wäre im Sinne eines funktionierenden Zahlungsmarktes und damit auch der Konsumentinnen und Konsumenten eine Chance gewesen.

81. Aufgrund des eng getakteten Fahrplans bis zum Erlass der Genehmigungsverfügung verzichtet die [...] auf umfassendere Ausführungen, weist aber darauf hin, dass sie im parallelen Verfahren gegen Visa frühzeitig anzuhören sei.

A.3.4.4 Stellungnahme SwissDebitPay⁸⁷

82. SwissDebitPay führt aus, eine möglichst positive volkswirtschaftliche Wirkung von Interchange Fees setze voraus, dass diese weder zu tief noch zu hoch angesetzt, möglichst einfach strukturiert und technologieunabhängig geregelt seien. Zudem sollten alle Interchange Fee-Kategorien adressiert werden. Das durch das Sekretariat beantragte Dispositiv (inklusive Anregungen zu CnP-Trans-

⁸⁴ U act. I. 57.

⁸⁵ U act. I. 67.

⁸⁶ U act. I. 59.

⁸⁷ U act. I. 60.

aktionen gemäss der Vorabklärung) erfülle diese Voraussetzungen nicht. Es sei insbesondere eine Margenausweitung bei Mastercard und den Acquirern zu erwarten. SwissDebitPay beantragt eine Rückweisung der EVR, um eine Lösung mit positiver Wirkung auf den Gesamtmarkt zu finden. Dafür sind für SwissDebitPay folgende Punkte bedeutsam:

- Reduktion der CnP-Interchange Fee beim Einsatz mobiler Endgeräte im stationären Handel auf das Niveau einer höheren CP-Interchange Fee;
- Reduktion der Crossborder Interchange Fees auf das Niveau der domestischen Interchange Fees;
- Erhöhung der CP-Interchange Fee (und ohne Maximalbetrag);
- Die Pflicht, wettbewerbsfördernde Massnahmen für den Acquiring-Markt hinsichtlich der Händlerkommissionen (MSC) zu erlassen;
- Verzicht auf die Einführung einer Interchange Fee für Debitkarten mit beschränktem Funktionsumfang (namentlich Maestro).

83. Zur Begründung macht SwissDebitPay geltend, es gebe Anhaltspunkte dafür, dass der Wert von 0,12 % zu tief angesetzt sei. Ein relevanter Vergleichswert liege mit dem europäischen Wert von 0,2 % vor. Weiter sei es nicht technologieneutral, dass bei Transaktionen mit einem mobilen Endgerät im stationären Handel der höhere CnP-Satz von 0,28 % zur Anwendung gelange. Dies führe zu Anreizen, den Einsatz von mobilen Endgeräten durch den Karteninhaber zu fördern und zu einer Stärkung der Anbieter von Betriebssystemen mobiler Endgeräte (Apple und Google). Weiter sei es nicht zulässig, die Höhe der DMIF im Rahmen einer Verhandlung festzulegen. Vielmehr müsse die DMIF aufgrund objektiver Gesichtspunkte bestimmt werden. Massgebend seien dabei die objektiven Kriterien der Effizienzrechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG. Die vorliegenden Grundlagen erlaubten es nicht, in voller Kenntnis der Umstände zu entscheiden. Die Genehmigung der EVR auf der Basis des Antrags des Sekretariats laufe daher im Ergebnis auf eine Kognitionsunterschreitung hinaus.

B Vorbemerkungen zur Sachverhaltsfeststellung

84. Vorliegend wird der massgebende Sachverhalt an den entscheidenden Stellen der Erwägungen dargestellt. Bei der Feststellung des Sachverhalts in einem Untersuchungsverfahren gelten für die Wettbewerbsbehörden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG),⁸⁸ soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

85. Nach dem Untersuchungsgrundsatz sind die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, von Amtes wegen den Sachverhalt korrekt und vollständig zu ermitteln (Art. 39 KG i. V. m. Art. 12 VwVG). Sie tragen für den gesamten rechtserheblichen Sachverhalt die Beweisführungslast.⁸⁹ Dies gilt für alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, und dabei sowohl für belastende als auch entlastende Umstände (z. B. Rechtfertigungsgründe). Die Beweisführungslast der Behörden wird mit den Mitwirkungspflichten nach Art. 13 VwVG ergänzt,⁹⁰ so namentlich, wenn das betroffene Unternehmen Umstände geltend macht, die in

seinem eigenen Interesse liegen (z. B. ökonomische Rechtfertigungsgründe): Verfügt es über die entsprechenden Informationen und Beweismittel (z. B. unternehmensinterne Dokumente), hat es diese von sich aus der Behörde gegenüber offen zu legen.

86. Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt für die Sachverhaltsfeststellung der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP⁹¹). Daraus folgt insbesondere, dass der Beweis auch mittels Indizien geführt werden kann,⁹² sofern das erforderliche Beweismass erreicht wird.

87. Im vorliegenden Fall wurde zwischen Mastercard und dem Sekretariat eine EVR abgeschlossen. Gemäss den Vorbemerkungen zur EVR erfolgte dies im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, «das Verfahren 22-0522 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen».⁹³ Zur Erreichung dieser Zielsetzung «werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.»⁹⁴

88. Der Umfang der Begründungspflicht richtet sich gemäss der Rechtsprechung nach den Umständen des Einzelfalles,⁹⁵ wobei das Ziel einer EVR insbesondere darin besteht «ein Verfahren möglichst effizient durchführen und abschliessen zu können»⁹⁶ «Dem Sinn und Zweck von EVR-Verfahren folgend liegt es in dessen Natur, dass

⁸⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁸⁹ Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 3.2.2.1.1, *ASCOPA*; BVGer, B-786/2014 vom 16.11.2022 E. 9.1.1, *Abreden im Bereich Luftfracht/Singapore Airlines*; BVGer, B-7834/2015 vom 16.8.2022 E. 6.1, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*; BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018 E. 5.3 und 6.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Celere*; MARKUS SCHOTT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 39 N 58 m. w. H.; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-AUTOR/IN), Art. 39 LCart N 34.

⁹⁰ Vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 m. w. H., *Buchpreisbindung*; BGE, 2C_845/2018 vom 3.8.2020 E. 4.2, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; vgl. auch BGE, 2C_145/2018 vom 7.10.2021 E. 8.2.2.2, *Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly*; BSK KG-SCHOTT (Fn 89), Art. 39 N 59 m. w. H.; ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 39 N 49 m. w. H.; CR §Concurrence-MARTENET (Fn 89), Art. 39 LCart N 33; CLÉMENCE GRISEL RAPIN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023, Rz H.35 ff.

⁹¹ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁹² Vgl. BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018 E. 6.5.5.6 und E. 6.5.5.8, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Celere*; BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.4, *Türprodukte*. Siehe auch CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2. Aufl. 2019, Art. 19 N 18 m. w. H.

⁹³ U act. I.35, Vorbemerkungen, Bst. a.

⁹⁴ U act. I.35, Vorbemerkungen, Bst. b.

⁹⁵ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 3.3.2.1, *Leasing/CA Auto Finance Suisse SA*.

⁹⁶ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 3.3.3, *Leasing/CA Auto Finance Suisse SA*.

die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung der Vorinstanz [der WEKO] kürzer ausfällt als in Untersuchungen ohne EVR. Dabei sollte die Darstellung des rechtserheblichen Sachverhalts und dessen rechtliche Würdigung in der Verfügung möglichst kurz und einfach, trotzdem aber vollständig erfolgen».⁹⁷

89. Betreffend die Anforderungen an die Begründungspflicht ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Verfügung über weite Strecken an frühere Verfahren der Wettbewerbsbehörden anknüpft, keine Sanktion ausgesprochen wird und Mastercard als einzige Verfügungsadressatin mit einer Reduktion von Sachverhaltsermittlung, rechtlicher Würdigung sowie einer geringeren Begründungsdichte und -tiefe ausdrücklich einverstanden ist. Mastercard hat zudem ein Interesse an einer raschen Umsetzung der abgeschlossenen EVR. Dieses Interesse wird dadurch belegt, dass sich Mastercard gemäss Ziffer 6 der EVR zu deren Implementierung verpflichtet hat, selbst wenn sie aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Schliesslich kommt den anderen am Verfahren Beteiligten keine Parteistellung zu (siehe Rz 102 ff.).

90. Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen von SwissDebitPay zurückzuweisen, die vorliegende Verfügung basiere auf einer ungenügenden Abklärung des Sachverhalts und die WEKO begehe eine Kognitionsunterschreitung (vgl. Rz 83). Die WEKO hat bei ihrer Entscheidungsfindung den Antrag des Sekretariats wie auch die eingereichten Stellungnahmen der Beteiligten gewürdigt. SwissDebitPay bringt vor, die Höhe der DMIF dürfe nicht im Rahmen einer Verhandlung festgelegt werden. Damit verkennt SwissDebitPay, dass die Verhandlungen von Seiten des Sekretariats vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis und unter Berücksichtigung verschiedener Elemente, namentlich des bisherigen Status Quo und der Entwicklungen während des Safe Harbors, geführt wurden.

91. Diese tatsächlichen Beobachtungen stellen eine hinreichende Grundlage für den vorliegenden Entscheid dar. Darüber hinaus erscheint Mastercard als Betreiberin der mit dieser Verfügung geregelten Debitkarten-Systeme besser geeignet als die Issuer (welche direkte Empfänger der Interchange Fees sind), um zu beurteilen, ob der in der EVR vereinbarte Satz zu tief für einen optimalen Betrieb des eigenen Netzwerks ist. Schliesslich ist noch daran zu erinnern, dass die europäische Interchange Fee Regulierung (IFR)⁹⁸ zwar für Debitkarten einen Wert von 0,2 % zulässt, gleichzeitig aber festhält: «The impact assessment shows that a prohibition of interchange fees for debit card transactions would be beneficial for card acceptance, card usage, the development of the single market and generate more benefits to merchants and consumers than a cap set at any higher level»⁹⁹ sowie «Nevertheless, as shown in the impact assessment, in certain Member States interchange fees have developed so as to allow consumers to benefit from efficient debit card markets in terms of card acceptance and card usage with lower interchange fees than the merchant indifference level.»¹⁰⁰ Ein Debitkartensystem kann mit anderen Worten auch unter dem Merchant Indifference-Level effizient sein.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

92. Das KG gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus funktionaler und wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden.¹⁰¹

93. Bei Mastercard handelt es sich um ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn. Das KG ist folglich in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

C.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

94. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das KG auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

95. Ob vorliegend eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG unter Beteiligung von Mastercard vorliegt oder Mastercard Marktmacht im Sinne von Marktbeherrschung (Art. 4 Abs. 2) ausübt, ist Gegenstand dieser Verfügung. Wie die Ausführungen, auf welche verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet wird (siehe Rz 144 ff.), belegen, fällt das vorliegend beurteilte Verhalten unter den sachlichen Geltungsbereich des KG.

C.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

96. In räumlicher Hinsicht ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig.¹⁰² Auf Ausführungen zum örtlichen Geltungsbereich kann vorliegend verzichtet werden, da dieser offensichtlich gegeben ist.

C.1.4 Zeitlicher Geltungsbereich

97. Das KG gilt für Sachverhalte, die sich während seiner Geltung zugetragen haben. In zeitlicher Hinsicht sind die materiellen Regeln des aktuellen KG seit 1. Juli 1996 in Kraft. Auf Ausführungen zum zeitlichen Geltungsbereich des KG kann vorliegend verzichtet werden, da dieser offensichtlich gegeben ist.

⁹⁷ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 3.3.3.1, *Leasing/CA Auto Finance Suisse SA*.

⁹⁸ Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, ABI. L 123 vom 19.5.2015, S. 1 ff.

⁹⁹ IFR, Rz 19.

¹⁰⁰ IFR, Rz 21.

¹⁰¹ BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. auch DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 90), Art. 2 N 7 m. w. H.; CR Concurrency-MARTENET/KILLIAS (Fn 89), Art. 2 LCart N 21 f.

¹⁰² Vgl. BGE 143 II 297 E. 3.7, *Gaba*.

C.2 Zuständigkeit der WEKO

98. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO.¹⁰³ Danach trifft die WEKO als Ganzes die Entscheide, die nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

99. Vorliegend geht es darum, eine Untersuchung nach Art. 27 KG mit einem Entscheid abzuschliessen. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats unter anderem über die Genehmigung einer EVR. Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig für die Entscheidung ist folglich die Gesamtkommission der WEKO.

C.3 Parteien/Verfügungsadressatinnen

C.3.1 Mastercard

100. Gemäss Art. 6 VwVG (i. V. m. Art. 39 KG) kommt Parteistellung in erster Linie denjenigen Personen zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung gemäss Art. 5 VwVG regeln soll. Mastercard ist Verfügungsadressatin und verfügt somit über Parteistellung.

101. Interchange Fees können nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden unter einem horizontalen wie auch unter einem vertikalen Blickwinkel analysiert werden.¹⁰⁴ Die Verfügungsadressatin ist als Card Scheme nur an der vertikalen Abrede direkt beteiligt (vgl. Rz 158 ff.), weshalb sich die vorliegende Verfügung auf eine Prüfung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 4 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 KG beschränkt. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO bei der Prüfung von vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG in asymmetrischen Verhältnissen wurde die Untersuchung vorliegend aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht auf die Issuer und Acquirer von Mastercard Debitkarten ausgedehnt,¹⁰⁵ zumal die Lizenzbedingungen von Mastercard (Mastercard Rules)¹⁰⁶ und insbesondere die Bestimmungen zu Interchange Fees nicht individuell mit den Issuern und Acquirern als Lizenznehmerinnen verhandelt, sondern von Mastercard einseitig vorgegeben werden («take-it-or-leave-it»-Position der Lizenznehmerinnen).¹⁰⁷ Hinzu kommt, dass sich Mastercard bei der Festsetzung der Interchange Fee für das CP-Geschäft bisher innerhalb eines Safe Harbours bewegt (und diesen eingehalten) hat und daher (noch) keine effektive Beteiligung der Issuer und Acquirer an einer mutmasslich unzulässigen Wettbewerbsabrede weder im Sinne von Art. 5 Abs. 3 noch Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.

C.3.2 Dritte

C.3.2.1 Visa

C.3.2.1.1 Antrag von Visa

102. Mit Schreiben vom 5. Juli 2023 beantragte Visa in der vorliegenden Untersuchung Parteistellung und Akteneinsicht.¹⁰⁸ Zur Begründung verweist Visa auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche Konkurrenten von Untersuchungsadressaten Parteistellung zugestehe. Das Kartellgesetz versetze Konkurrenten in eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zueinander. Sie seien von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung direkt

und unmittelbar betroffen und verfügten über ein praktisches und schutzwürdiges Interesse an deren Beseitigung. Einzige Voraussetzung sei dabei ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil des Konkurrenten. Dies setze eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liege vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirke, namentlich indem er eine Umsatzeinbusse erleide.

103. Laut Visa ist es im vorliegenden Fall unbestritten, dass Visa eine direkte Konkurrentin von Mastercard ist. Für Visa sei es elementar, dass auch in Zukunft für den Bereich der Debitkarten eine faire und langfristig tragbare Interchange Fee zulässig sei. Weiter sei es für beide Schemes von zentraler Bedeutung, dass die wettbewerbsrechtlichen Bedingungen für beide gleich seien, also ein «level playing field» hinsichtlich der Interchange Fees bestehe. Schliesslich sei es schwer nachvollziehbar, warum zwei separate Untersuchungen für Visa und Mastercard eröffnet worden seien, obwohl die Vorabklärung und die Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Lösung beide Schemes betroffen hätten. Insgesamt drohe Visa ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil, sofern ohne Beteiligung von Visa am Markt Fakten geschaffen oder langfristig nicht tragbare Interchange Fees vereinbart würden.

C.3.2.1.2 Stellungnahme von Mastercard

104. In ihrer Eingabe vom 17. August 2023 beantragt Mastercard die Abweisung des Gesuchs.¹⁰⁹ Visa erfülle die Voraussetzung des deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteils nicht. Erstens müsse sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der deutlich spürbare wirtschaftliche Nachteil aus der beanstandeten Abrede ergeben. Dies sei vorliegend die aktuell geltende Interchange Fee von Mastercard im CP-Geschäft. Visa stosse sich aber nicht an dieser Abrede, sondern vielmehr daran, dass Mastercard eine EVR für eine neue, zukünftige Festsetzung der Interchange Fee abschliessen wolle. Eine EVR, welche auf dem Visa bekannten und von ihr abgelehnten Vorschlag des Sekretariats beruhe.

105. [...] Hinzu komme, dass Visa im Rahmen der gegen sie gerichteten Untersuchung und allfälliger Beschwerdeverfahren unabhängig vom Ausgang der Untersuchung gegen Mastercard Klarheit darüber erhalten werde, ob die von Visa eingeführte Interchange Fee im CP-Geschäft kartellrechtskonform sei. Die Untersuchung gegen Mastercard, welche eine andere Interchange Fee betreffe und einvernehmlich abgeschlossen werden soll, habe auf die Rechtsposition von Visa keinen Einfluss.

¹⁰³ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

¹⁰⁴ Vgl. RPW 2012/4, 787 f. Rz 200 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2021/4, 841 Rz 33, *Pöschl Tabakprodukte*; RPW 2019/4 1142 Rz 29, *Stöckli*; RPW 2017/2, 286 Rz 27 und 294 Rz 109, *Husqvama*; RPW 2016/3, 736 Rz 95 ff., *Saiteninstrumente*; RPW 2016/2, 398 f. Rz 127, *Altimum SA*; RPW 2016/2, 482 ff. Rz 345 ff., *Nikon AG*; RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., *BMW*.

¹⁰⁶ www.mastercard.us/content/dam/public/mastercardcom/na/global-site/documents/mastercard-rules.pdf (5.3.2024).

¹⁰⁷ Vgl. RPW 2016/2, 482 ff. Rz 347, *Nikon AG*.

¹⁰⁸ Vgl. zum Ganzen U act. I.5.

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen U act. I.16.

106. Weiter sei nicht ersichtlich, inwiefern Visa eine Umsetzeinbusse erleide. [...].

C.3.2.1.3 Beurteilung

107. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Beurteilung der Parteistellung zu berücksichtigen, dass aufgrund von Art. 43 KG zwischen beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung und solchen ohne Parteistellung zu unterscheiden ist.¹¹⁰ Das Bundesgericht weist darauf hin, der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG beteiligungsberechtigten Dritten könne – je nach den Umständen – einen beachtlichen Umfang annehmen. Würde den Dritten ohne Weiteres ein Rechtsschutzinteresse nach Art. 6 VwVG zugesprochen, so würde «die über Art. 43 KG angestrebte Abstimmung der Beteiligungsrechte auf die Bedürfnisse eines raschen und korrekten Verfahrens zu einem guten Stück unterlaufen».¹¹¹ Werde dagegen zwischen beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung unterschieden, könne der Kreis der beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 Abs. 1 KG relativ weit gefasst werden. Dies trage zur Rechtswirklichkeit bei, ohne ein effizientes Verfahren auch bei einer Vielzahl von Beteiligten zu verunmöglichen und das Beschwerderecht in Richtung einer unerwünschten Populärbeschwerde hin zu öffnen. Hinzu komme, dass das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren primär der Durchsetzung öffentlicher Interessen diene, während für die Durchsetzung vorrangig privater Interessen der Zivilrechtsweg nach Art. 12 ff. KG offenstehe. Angesichts dieser gesetzlich vorgesehenen Gabelung des Rechtsschutzes sei zu vermeiden, dass das Verwaltungsverfahren zu stark auf private Interessen ausgerichtet werde.¹¹²

108. Aus diesen Gründen folgert das Bundesgericht, dass einem Konkurrenten ungeachtet seiner Beteiligung am Untersuchungsverfahren nach Art. 43 Abs. 1 KG nicht ohne Weiteres die Parteistellung (Art. 6 VwVG) und die Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG) einzuräumen sei, sondern nur dann, wenn er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleide. Dies setze eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liege vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirke. Dabei habe der beschwerdeführende Konkurrent im Rahmen seiner Mitwirkungs- und Begründungspflicht darzulegen, dass er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleide, soweit dies nicht klar aus den Akten ersichtlich sei.¹¹³

109. Weiter gilt es zu beachten, dass es vorliegend um die Beteiligung an einer Untersuchung geht, in der eine EVR abgeschlossen wurde, die durch die WEKO zu genehmigen ist. Das Bundesgericht hat in einem Fall, in welchem es um die Beschwerdelegitimation von Abredebeteiligten ging, welche keine EVR abschliessen wollten, festgehalten, dass neben der beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache ein Beschwerdeführer nach Art. 48 VwVG einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides ziehen muss.¹¹⁴ Regelungsgegenstand einer EVR sei das zukünftige Verhalten eines Unternehmens, also nicht die Frage, ob ein früheres Verhalten zulässig sei. Das Verfahren der EVR sei nicht darauf ausgerichtet, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei oder nicht. «Würde nun

einem Dritten die Legitimation zur Anfechtung der Genehmigungsverfügung zuerkannt mit der Begründung, es liege gar kein unzulässiges Verhalten vor, so müsste systemwidrig in diesem Verfahren die Rechtmässigkeit des Verhaltens beurteilt werden».¹¹⁵ Selbst soweit in den Erwägungen der Genehmigungsverfügung das Verhalten, das der Regelung zugrunde liegt, als unzulässig bezeichnet werde, sei dies bloss ein Begründungselement, das als solches nicht angefochten werden könne.¹¹⁶

110. Hinzu kommt gemäss dem Bundesgericht folgende Überlegung: «Könnten die Dritten, die an der umstrittenen Verhaltensweise beteiligt waren, aber keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, die Genehmigungsverfügung anfechten, so würde das gerichtliche Verfahren dupliziert: Die Unzulässigkeit des Verhaltens würde sowohl im Rechtsmittelverfahren gegen die an die Dritten gerichtete Sanktionsverfügung als auch in demjenigen gegen die Genehmigungsverfügung überprüft. Um widersprüchliche Urteile oder Doppelspurigkeiten zu vermeiden, wäre es praktisch unabdingbar, die Verfahren zu vereinigen. Dadurch würde auch für diejenigen Unternehmen, welche eine einvernehmliche Regelung getroffen haben, das Verfahren verzögert. Zudem könnte dieser Dritte damit die einvernehmliche Regelung verhindern auch gegen den Willen des Unternehmens, welches dieser Regelung zugestimmt hat. Damit würde das ganze Institut der einvernehmlichen Regelung in Frage gestellt. Es würde verunmöglicht oder zumindest erheblich erschwert, mit einzelnen an einer Abrede Beteiligten vorab eine einvernehmliche Regelung zu treffen, während das Verfahren gegen andere Beteiligte weitergeführt wird.»¹¹⁷ Genau diese scheint – so das Gericht weiter – auch das Ziel der Beschwerdeführerin zu sein, wenn diese argumentiert, es habe für die Verfahrenstrennung keine sachlichen Gründe gegeben. Das kartellrechtliche Verfahren enthalte aber im Gegensatz zum strafrechtlichen Verfahren keine Vorgaben zur Trennung oder Vereinigung von Verfahren. Da im Verfahren der EVR in aller Regel nicht gerichtlich über die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens entschieden werde, bestehe keine Gefahr widersprüchlicher Urteile. Zwar sei es denkbar, dass infolge eines späteren gerichtlichen Urteils in einem Sanktionsverfahren eine Verhaltensweise, die von der WEKO als unzulässig qualifiziert wurde und zu einer EVR führte, als zulässig erscheint. Dies könne gegebenenfalls zu einem

¹¹⁰ BGer 2C_1054/2012 vom 5.6.2013 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹¹¹ BGer 2C_1054/2012 vom 5.6.2013 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹¹² BGer 2C_1054/2012 vom 5.6.2013 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹¹³ BGer 2C_1054/2012 vom 5.6.2013 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹¹⁴ BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019 E. 2.3, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

¹¹⁵ BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019 E. 2.5.2, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

¹¹⁶ BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019 E. 2.5.3, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

¹¹⁷ BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019 E. 2.6.1, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

Widerruf oder einer Revision der Genehmigungsverfügung führen. Es sei aber nicht ersichtlich, weshalb sich daraus nachteilige Auswirkungen auf diejenigen Unternehmen ergeben sollten, die an der EVR nicht beteiligt waren. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern der Grundsatz der Prozessökonomie einer Auftrennung des Verfahrens entgegenstehen soll.¹¹⁸

111. In Bezug auf das Gesuch um Parteistellung von Visa gilt es festzuhalten, dass Visa unbestrittenermassen eine aktuelle Konkurrentin von Mastercard ist. Zudem wendet Visa seit dem 1. Juli 2023 eine dauerhafte DMIF für CP-Transaktionen mit ihren Debitkarten an, welche im Rahmen der Untersuchung «22-0523: Interchange Fees für Debitkarten von Visa» kartellrechtlich überprüft wird. Es liegt insofern ein analoger Untersuchungsgegenstand wie derjenige vor, welcher im vorliegenden Verfahren mittels EVR für die Zukunft geregelt werden soll.

112. Diese Elemente genügen allerdings nicht zur Bejahung einer Parteistellung:

113. Von Visa wird nicht bestritten, dass für das Bejahen einer Parteistellung ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil für Visa gegeben sein müsste. Dies setzt eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus, welche dann vorliegt, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise – konkret die DMIF für Debitkarten von Mastercard im CP-Geschäft – in wesentlichem Ausmass nachteilig auf Visa auswirkt, namentlich indem sie zu einer Umsatzeinbusse von Visa führen würde. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben. Wie auch Mastercard zu Recht ausführt, erachtet sich Visa nicht deswegen als betroffen, weil sie spürbare Nachteile aus der aktuellen DMIF von Mastercard erleiden muss. Solche aktuellen Nachteile macht sie in ihrem Gesuch um Parteistellung nicht geltend. Aber selbst die zukünftige DMIF von Mastercard, die in der EVR vereinbart wird, führt nicht zu Umsatzeinbussen von Visa. Die DMIF von Visa wird durch die EVR nicht geregelt. Tatsächlich ist die in der EVR vorgesehene DMIF für Mastercard sogar tiefer als die DMIF, welche Visa seit dem 1. Juli 2023 anwendet. Ein Wettbewerbsnachteil für Visa aufgrund der tieferen DMIF von Mastercard ist nicht ersichtlich. Zudem stünde es Visa jederzeit frei – sollten tiefere DMIF zu einem Wettbewerbsvorteil führen – die eigene DMIF zu senken, sei es auf dasselbe Niveau wie Mastercard oder sogar noch tiefer, um von solchen Wettbewerbsvorteilen zu profitieren.

114. Letztlich geht aus dem Gesuch um Parteistellung von Visa hervor, dass es ihr im Kern darum geht, eine rasche EVR mit einer tieferen DMIF, als sie selbst anwendet und als kartellrechtlich zulässig erachtet, zu verhindern. Dieses Anliegen verdient gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Schutz. Visa kann im Rahmen der gegen sie geführten Untersuchung bei der Überprüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der von ihr angewendeten DMIF für Debitkarten im CP-Geschäft sämtliche Parteirechte nutzen. Sie verfügt über die Möglichkeit, den Entscheid der WEKO gerichtlich überprüfen zu lassen, sollte sie mit dem Ergebnis nicht einverstanden sein. Würde Visa im vorliegenden Verfahren zur Genehmigung der mit Mastercard geschlossenen EVR ebenfalls Parteistellung eingeräumt, so würde dies zu einer Duplizierung des gerichtlichen Verfahrens führen. Zudem

würde Visa die Möglichkeit eingeräumt, die Genehmigung der EVR mit Mastercard zu verzögern.

115. Der Antrag von Visa um Parteistellung ist abzulehnen. Damit ist auch der Antrag um Akteneinsicht hinfällig. Hingegen erfüllt Visa die Anforderungen, um sich als Dritte ohne Parteistellung (Art. 43 KG) am Verfahren zu beteiligen. Ihre Beteiligung wird darauf beschränkt, im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen zu können. Diese Möglichkeit zur Stellungnahme wurde Visa eingeräumt und sie hat davon Gebrauch gemacht (siehe Rz 77 ff.). Damit wurden die Teilnahmerechte von Visa gewahrt.

116. In ihrem Schreiben vom 17. April 2024 an die Präsidentin der WEKO betreffend Parteistellung (siehe Rz 63) hat Visa keine neuen Argumente vorgebracht, welche zu einer anderen Beurteilung führen. Visa hat in diesem Schreiben insbesondere verlangt, dass über die Frage der Parteistellung vorab zu befinden und ihr Akteneinsicht zu gewähren sei, bevor die WEKO über die Genehmigung der EVR befände. Da Visa keine Parteistellung zuzuerkennen ist, entsteht ihr auch kein Nachteil dadurch, dass die WEKO keine separate Verfügung zu dieser Frage erlassen hat. Ein Recht auf Akteneinsicht kommt ihr in diesem Fall nicht zu.

C.3.2.2 SwissDebitPay

C.3.2.2.1 Antrag von SwissDebitPay

117. In ihrer Eingabe vom 23. August 2023 beantragte SwissDebitPay als Partei im Sinne von Art. 6 i. V. m. Art. 48 VwVG in das Verfahren zugelassen zu werden. Eventualiter sei SwissDebitPay als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG in der Untersuchung zuzulassen. Sollte das Begehren um Zulassung als Partei verwehrt werden, so wird um den Erlass einer anfechtbaren Verfügung ersucht, selbst wenn dem Eventualantrag entsprochen würde.¹¹⁹

118. Zur Begründung bringt SwissDebitPay vor, zur egoistischen Verbandsbeschwerde befugt zu sein. SwissDebitPay sei als juristische Person konstituiert und gemäss den Statuten ausdrücklich dazu berufen, die Interessen seiner Mitglieder bezüglich des regulatorischen Umfelds von Zahlungssystemen auch gegenüber Behörden wie der WEKO zu vertreten.

119. Sämtliche Mitglieder von SwissDebitPay seien Unternehmen, die das Debit-Payment Geschäft auf Kartenherausgeberstufe betreiben (Issuer). Diese Unternehmen seien Lizenznehmerinnen von Visa und Mastercard und somit zur Herausgabe von Debitkarten von Visa und Mastercard und zur Geltendmachung von Interchange Fees berechtigt. Als Empfängerinnen der Interchange Fees seien sie unmittelbar von der Untersuchung betroffen. Je tiefer die Höhe der Interchange Fee ausfalle, desto geringer seien die Einnahmen der Mitglieder von SwissDebit-

¹¹⁸ BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019 E. 2.6.2, VPVW *Stammtische/Projekt Repo* 2013.

¹¹⁹ Vgl. zum Ganzen U act. I.17.

Pay im Debitkartengeschäft. Die Interchange Fees würden nach der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden eine horizontale Abrede zwischen den Issuern darstellen. Die Mitglieder von SwissDebitPay seien als potenzielle Parteien einer Wettbewerbsabrede und potenzielle Verfügungsadressatinnen von der Untersuchung direkt betroffen. Die Mitglieder des Verbands seien auch zur Beschwerde legitimiert, weil Senkungen der Interchange Fee unmittelbar zu tieferen Einnahmen auf dem von der WEKO untersuchten Markt führten.¹²⁰

C.3.2.2.2 Stellungnahme von Mastercard

120. Mastercard beantragt mit Stellungnahme vom 28. September 2023 die Abweisung des Gesuchs um Parteistellung sowie um Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung.¹²¹

121. Mastercard macht geltend, den Mitgliedern von SwissDebitPay fehle es an einem schutzwürdigen Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung. Die Untersuchung sei einzig gegen Mastercard eröffnet worden. Die besondere Betroffenheit der Mitglieder alleine daraus abzuleiten, dass sie potenziell Teilnehmerinnen an einer horizontalen Wettbewerbsabrede seien, genüge den Anforderungen an die Beschwerdelegitimation nicht.

122. Weiter würden die Verbandsmitglieder durch den Abschluss einer EVR keinen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden. Der Umstand, dass die Interchange Fee im CP-Geschäft nicht in der von diesen gewünschten Höhe ausfalle, sei kein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang einzig, ob die künftige, im Rahmen der EVR zu vereinbarende Interchange Fee für die Debitkartenprodukte von Mastercard im Vergleich zur aktuellen Situation insgesamt durchschnittlich sinke. Dies sei nicht der Fall. Für das Debitprodukt Maestro werde aktuell gar keine Interchange Fee erhoben. [...] Die Mitglieder von SwissDebitPay erlitten somit gar keine Umsatzeinbussen und keine direkten wirtschaftlichen Nachteile im Vergleich zur heutigen Situation.

C.3.2.2.3 Beurteilung

123. Gemäss konstanter Rechtsprechung und Lehre steht die Beschwerdeberechtigung auch einem Verband zu, der in eigenem Namen, aber im Interesse seiner Mitglieder Beschwerde führen will. Demnach kann sich ein Verband, sofern er die Kriterien der sogenannten egoistischen Verbandsbeschwerde erfüllt, bereits am erstinstanzlichen Verfahren beteiligen.¹²² Ein Verband ist zur egoistischen Verbandsbeschwerde zuzulassen, wenn (1) der Verband als juristische Person konstituiert ist; (2) die Wahrung der in Frage stehenden Interessen zu seinen statutarischen Aufgaben gehört; (3) er ein Interesse der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt; und (4) diese selbst zur Beschwerde berechtigt wären.¹²³

124. Im vorliegenden Fall sind die ersten drei Voraussetzungen unstrittig. Fraglich ist hingegen, ob die Verbandsmitglieder, d. h. die Issuer von Debitkarten von Mastercard, zur Beschwerde berechtigt sind. Zu den Anforderungen an die Parteistellung bzw. Beschwerdelegitimation von Dritten kann auf die Darstellung der Rechtsprechung

bei der Beurteilung des Gesuchs um Parteistellung von Visa verwiesen werden (siehe Rz 107 ff.).

125. SwissDebitPay bringt einerseits vor, die Beschwerdelegitimation der Issuer ergebe sich bereits daraus, dass diese gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden als Teilnehmer an einer horizontalen Abrede qualifiziert würden. Dem gilt es entgegenzuhalten, dass die vorliegende Untersuchung nicht gegen die Issuer, sondern nur gegen Mastercard eröffnet wurde. Weiter erfolgt die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nur unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 4 KG. Zwar sind auch hier die Issuer Abredeteilnehmer, entsprechend der Praxis der WEKO zu vertikalen Abreden wurde jedoch vorliegend auf eine Untersuchungseröffnung gegen die Issuer und Acquirer verzichtet (siehe Rz 101). Eine Sanktionierung wegen der Teilnahme an dieser vertikalen Abrede droht den Issuern und Acquirern nicht, zumal sich Mastercard bis jetzt stets im Rahmen eines Safe Harbour bewegt hat (vgl. Rz 226). Darüber hinaus wird das vorliegende Verfahren mittels einer EVR abgeschlossen. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts sind auch Abredeteilnehmer grundsätzlich nicht legitimiert, gegen eine EVR eines anderen Abredeteilnehmers Beschwerde zu führen, denn die EVR verpflichtet nur diesen.

126. Allenfalls könnte eine Beschwerdelegitimation gegen die Genehmigung einer EVR dann in Betracht gezogen werden, wenn der Dritte geltend macht, die getroffene Vereinbarung würde seine Beeinträchtigung als Wettbewerbsteilnehmer nicht genügend beseitigen. Dabei geht es um die zukünftigen Auswirkungen einer EVR.¹²⁴ Vorliegend macht SwissDebitPay geltend, die geplante EVR könnte für die Issuer zu tieferen Einnahmen aus den Interchange Fees als bisher führen. SwissDebitPay übersieht dabei, dass der Safe Harbor für Debit Mastercard ausgelaufen ist und die bisher zugelassene höhere DMIF für CP-Transaktionen ausdrücklich auf die Markteinführungsphase von Debit Mastercard beschränkt war. Eine dauerhafte DMIF für CP-Transaktionen führt daher zu Mehreinnahmen der Issuer gegenüber dem Status Quo und nicht zu Mindereinnahmen. [...] Es fehlt damit an der besonderen Betroffenheit der Verbandsmitglieder.

127. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass anlässlich der Genehmigung der EVR II bei den Kreditkarten ein Issuer Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben hat. Das Gericht ist auf die Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten.¹²⁵

¹²⁰ Änderungen der Interchange Fees beeinflussten den Kostendeckungsgrad der Banken bezüglich Debitkarten. Bei einer Senkung der Interchange Fees auf 0,1 % pro CP-Transaktion drohten den Mitgliedern Verluste, bei heutigen Volumina in der Höhe von mutmasslich CHF 20 Mio. pro Jahr.

¹²¹ Vgl. zum Ganzen U act. I.30.

¹²² BVGer, B-3985/2013 vom 1.7.2014 E. 3.2, m. w. H., *Parteistellung in der Untersuchung Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

¹²³ Vgl. BGE 136 II 539 E. 1.1; BGE 131 I 198 E. 2.1.

¹²⁴ BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019 E. 2.5.3, *VPVW Stammische/Projekt Repo 2013*.

¹²⁵ BVGer B-1324/2010 vom 2.7.2010, *Jelmoli/KKDMIF II*.

128. Der Antrag von SwissDebitPay auf Parteistellung ist somit abzulehnen. Hingegen erfüllt SwissDebitPay die Anforderungen, um sich als Dritte ohne Parteistellung (Art. 43 KG) am Verfahren zu beteiligen. Ihre Beteiligung wird darauf beschränkt, im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen zu können. Diese Möglichkeit zur Stellungnahme wurde SwissDebitPay eingeräumt und sie hat davon Gebrauch gemacht (siehe Rz 82 ff.). Damit wurden die Teilnahmerechte von SwissDebitPay gewahrt.

129. In der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats hat SwissDebitPay zur Frage der Parteistellung ausgeführt, in den beiden Untersuchungen zu Kreditkarten (KKDMIF I und II) sei dem VEZ ohne Weiteres Parteistellung eingeräumt worden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb SwissDebitPay vorliegend anders behandelt werden sollte.

130. Es ist zutreffend, dass in der Untersuchung KKDMIF II dem VEZ, aber auch Visa und Mastercard, Parteistellung eingeräumt wurde.¹²⁶ Diese Zuerkennung der Parteistellung erfolgte im Jahr 2009, d. h. vor 15 Jahren. In der Zwischenzeit wurde die Praxis der WEKO in Bezug auf Einräumung der Parteistellung restriktiver, ebenso wie die oben bereits dargelegte und für den vorliegenden Fall einschlägige Rechtsprechung (siehe Rz 107 ff.).

131. SwissDebitPay macht weiter geltend, es sei unbestritten, «dass mit der Genehmigung der EVR durch die WEKO die DMIF, welche den Issuern zufliesst, gesenkt wird». Die «zeitliche Dauer» der bisherigen Regelung könne nicht entscheidend sein.¹²⁷

132. Der Status Quo in der Schweiz in Bezug auf dauerhafte Interchange Fees im Präsenzgeschäft bei Debitkarten liegt bei null.¹²⁸ Alleine zum Zweck der Markteinführung wurde davon abgewichen und für Debit Mastercard eine Interchange Fee zugelassen, die im Übrigen nicht nur zeitlich befristet war, sondern explizit auch nur bis zu einem Marktanteil von 15 % zugelassen wurde. Verglichen mit dem bisherigen Status Quo führt folglich jede dauerhafte Interchange Fee zu Mehreinnahmen bei den Issuern. Eine Befragung derselben ist – entgegen den Vorbringen von SwissDebitPay – angesichts des klaren Sachverhaltes nicht erforderlich.

133. Da SwissDebitPay keine Parteistellung zuzuerkennen ist, entsteht ihr auch kein Nachteil dadurch, dass die WEKO keine separate Verfügung zu dieser Frage erlassen hat. Ein Recht auf Akteneinsicht kommt ihr in diesem Fall auch nicht zu.

C.3.2.3 [...]

C.3.2.3.1 Antrag der [...]

134. Mit Eingabe vom 8. September 2023 ersuchte die [...] im Sinne von Art. 43 KG um Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung an der Untersuchung und insbesondere darum, im Verfahren angehört zu werden. Eventualiter sei sie als am Verfahren interessierte Drittpartei ohne spezifische Verfahrensstellung im Rahmen der Untersuchung anzuhören.¹²⁹

135. Zur Begründung führt die [...] an, dass der Kreis der Beteiligungsberechtigten nach Art. 43 Abs. 1 KG gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – im Gegensatz zur

Parteistellung – relativ weit auszulegen sei; der Kreis der beteiligungsberechtigten Dritten könne einen beachtlichen Umfang annehmen. Die [...] habe während vieler Jahre Maestro-Karten herausgegeben, bevor sie im Jahr 2022 auf Visa Debit umgestellt habe. Aktuell gebe die Bank zwar keine Debitkarten von Mastercard heraus, verfüge aber jederzeit über die Möglichkeit, rasch (wieder) Debitkarten von Mastercard herauszugeben. Als potenzielle Empfängerin von Interchange Fees im Falle der Herausgabe von Debitkartenprodukten von Mastercard sei die Bank unmittelbar von der Untersuchung betroffen, da sich eine Herabsetzung der Höhe von Interchange Fees beim Issuer direkt in Form von Gebühreneinbussen auswirke.

C.3.2.3.2 Stellungnahme von Mastercard

136. [...].¹³⁰

137. Gegenstand der WEKO-Untersuchung gegen Mastercard sei die aktuell gültige Interchange Fee von Mastercard im CP-Geschäft. Da die [...] seit dem Jahr 2022 keine Debitkarten von Mastercard herausgebe, sei sie von vornherein nicht vom relevanten Untersuchungsgegenstand betroffen. Soweit die [...] geltend mache, sie könne rasch wieder Debitkarten von Mastercard herausgeben und sei als potenzielle Empfängerin von Interchange Fees von der Herabsetzung betroffen, beziehe sie sich auf die künftige Interchange Fee von Mastercard.

138. Diese sei jedoch nicht Gegenstand der laufenden Untersuchung und da die neue Interchange Fee im CP-Geschäft einvernehmlich mit dem Sekretariat auf ein kartellrechtlich zulässiges Niveau festgesetzt werde, fehle es in diesem hypothetischen Szenario auch an der im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erforderlichen Wettbewerbsbeschränkung. [...].

139. Eine Anhörung als am Verfahren interessierte Dritte/ohne spezifische Verfahrensstellung erübrige sich aus denselben Gründen und sei im Kartellrecht ohnehin nicht vorgesehen.

C.3.2.3.3 Beurteilung

140. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Kreis der beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 Abs. 1 KG relativ weit zu fassen.¹³¹ Im vorliegenden Fall ist die [...] als Debitkarten-Issuerin auf dem nachgelagerten Markt tätig. Sie ist potenzielle Nachfragerin der Debitkartenprodukte von Mastercard, wobei Mastercard in der Schweiz die einzige alternative Anbieterin zu Visa auf Stufe der Debitkarten-Schemes ist. Die DMIF gemäss

¹²⁶ RPW 2015/2, 165, Rz 17 f., *KKDMIF II*.

¹²⁷ U act. I. 60, Rz 24 ff.

¹²⁸ Vgl. dazu auch WEKO, 25.9.2023, Rz 80, Interchange Fees für Debitkarten von Visa – Vorsorgliche Massnahmen, <www.weko.admin.ch> > Praxis > Entscheide (10.5.2024).

¹²⁹ Vgl. zum Ganzen U act. I.25.

¹³⁰ Vgl. zum Ganzen U act. I.38.

¹³¹ BGer 2C_1054/2012 vom 5.6.2013 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

EVR betrifft wesentliche Konditionen dieses einzigen Alternativangebots. Die [...] verfügt somit über eine hinreichende Nähe zum Untersuchungsgegenstand, um als Dritte ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt zu werden. Ihre Beteiligung wird darauf beschränkt, im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen zu können.

141. Diese Möglichkeit wurde der [...] eingeräumt. Die [...] hat zwar geltend gemacht, sie verzichte angesichts des engen Fahrplans auf eine umfassende Stellungnahme. Entscheidend ist allerdings, dass ihr eine solche Stellungnahme offen gestanden wäre (wie etwa das Beispiel der umfassenden Stellungnahme von SwissDebitPay belegt).

C.4 Vorbehaltene Vorschriften

142. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

143. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Vorbehalte von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wurden von Mastercard auch nicht geltend gemacht.

C.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

144. 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, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

C.5.1 Wettbewerbsabrede

145. 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).

146. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (siehe Rz 147 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; Rz 149 ff.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (siehe Rz 153 ff.).¹³²

C.5.1.1 Unternehmen verschiedener Marktstufen

147. Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten,

spricht man von vertikalen Abreden. Ein solch vertikales Verhältnis liegt etwa vor, wenn einzelne Abredeteilnehmerinnen (wie z. B. Herstellerinnen eines bestimmten Produkts) in einem vorgelagerten Markt und andere Abredeteilnehmerinnen (wie z. B. Händlerinnen eines bestimmten Produkts) in einem diesem nachgelagerten Markt tätig sind (aktuelles vertikales Verhältnis) bzw. sein könnten (potenzielles vertikales Verhältnis).¹³³

148. Im vorliegenden Fall ist Mastercard die Lizenzgeberin für die Debitkartenprodukte von Mastercard, die Issuer und die Acquirer sind Lizenznehmerinnen. Damit befinden sich die Issuer und Acquirer auf den nachgelagerten Marktstufen des Debitkarten-Issuing bzw. Debitkarten-Acquiring (vgl. die Darstellung zum 4-Parteien-System, Rz 3). Mastercard ist selbst – jedenfalls in der Schweiz – weder im Issuing noch im Acquiring von Debitkarten tätig.

C.5.1.2 Verhaltenskoordination (bewusstes und gewolltes Zusammenwirken)

149. Abreden in Form von Vereinbarungen wie auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind die Mittel der Verhaltenskoordination.¹³⁴ Eine Verhaltensweise stellt dann eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar, wenn es sich um ein *bewusstes und gewolltes Zusammenwirken* der betreffenden Unternehmen handelt.¹³⁵ Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.¹³⁶

150. Am eindeutigsten ist der Nachweis eines «bewussten und gewollten Zusammenwirkens», wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung (insbesondere in Form einer formellen vertraglichen Grundlage des Zusammenwirkens) vorliegt.¹³⁷

151. Im vorliegenden Fall bestehen Lizenzverträge zwischen Mastercard und den Issuern, welche Debitkarten von Mastercard herausgeben, und zwischen Mastercard und Acquirern, welche Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Debitkarten von Mastercard anwerben. Die Lizenzverträge und Bedingungen für die Teilnahme am Card Scheme von Mastercard werden aktuell in den «Mastercard Rules» vom 5. Dezember 2023 festgehalten.¹³⁸ Gemäss Ziffer 8.4. der Mastercard Rules ist Mastercard berechtigt, die domesticischen Interchange Fees («Intracountry Interchange Fees») festzusetzen. Diese sind für die Issuer und Acquirer verbindlich, sofern keine bilaterale Interchange Fee festgelegt wurde.

¹³² Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, *Altium*.

¹³³ Vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72 E. 4.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 298, *Hallenstadion*; DIKE KGBANGERTER/ZIRLICK (Fn 90), Art. 4 I N 80 und 88 ff.

¹³⁴ Dazu und zum Folgenden: BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹³⁵ Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altium*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹³⁶ BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹³⁷ Vgl. RPW 2021/4, 843 Rz 44, *Pöschl Tabakprodukte*.

¹³⁸ www.mastercard.us/content/dam/public/mastercardcom/na/global-site/documents/mastercard-rules.pdf (5.3.2024).

152. Im Einzelfall liegt daher dann keine vertikale Abrede vor, wenn ein einzelner Issuer und ein einzelner Acquirer eine bilaterale Interchange Fee vereinbart haben. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen kommen die von Mastercard definierten multilateralen Interchange Fees zur Anwendung, zu deren Einhaltung sich die Issuer und Acquirer verpflichtet haben. Bei den DMIF, welche vorliegend Untersuchungsgegenstand sind, liegt folglich ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken in der Form einer formellen vertraglichen Vereinbarung vor.

C.5.1.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

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

154. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».¹³⁹ Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis, die Menge und die Qualität, den Service, die Beratung, die Werbung, die Geschäftskonditionen, das Marketing, die Forschung und Entwicklung oder die Lieferbedingungen) beziehen.¹⁴⁰ Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral»¹⁴¹. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.¹⁴²

155. Gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbsbehörden beschränkt die DMIF den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, indem die Höhe der DMIF deren Kosten und Erträge beeinflusst. Einerseits bewirkt die Interchange Fee eine Wettbewerbsbeschränkung im Acquiring-Geschäft. Sie stellt für die Acquirer den Mindestbetrag («Sockelbetrag») dar, auf dessen Basis sie die Händlerkommission festlegen, d. h. die von den Händlern erhobene MSC muss mindestens so hoch wie die DMIF sein, wenn der Acquirer keine Verluste in Kauf nehmen will. Dies führt dazu, dass die DMIF von den Acquirern auf die Händler überwälzt wird. Andererseits erhalten die Issuer durch die DMIF garantierte Mindesteinnahmen, was wiederum die Preissetzung gegenüber den Karteninhabern beeinflussen kann. Zudem entsteht für die Issuer ein Anreiz, Kartenprodukte mit einer höheren DMIF gegenüber solchen mit einer tieferen zu bevorzugen.¹⁴³

156. Es ist kein Grund ersichtlich, im vorliegenden Fall von dieser Einschätzung abzurücken, welche im Übrigen der europäischen Praxis und Rechtsprechung entspricht.¹⁴⁴ Die Voraussetzung des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung ist somit erfüllt.

C.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

157. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

C.5.2.1 Vertikale Abrede über Mindest- oder Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

C.5.2.1.1 Unternehmen verschiedener Marktstufen

158. Bei den Abredeteilnehmerinnen handelt es sich um Unternehmen verschiedener Marktstufen, da die Issuer und Acquirer als Lizenznehmerinnen von Mastercard auf den nachgelagerten Marktstufen tätig sind (vgl. Rz 148).

C.5.2.1.2 Abrede über Mindest- oder Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

159. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG u. a. dann vermutet, wenn sie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen zum Gegenstand haben. Erfasst sind auch solche Abreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen führen (vgl. auch Art. 12 Abs. 2 VertBek und Rz 4 ff. VertBek-Erläuterungen¹⁴⁵).¹⁴⁶ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, handelt es sich bei der DMIF einerseits um eine direkte Festsetzung eines Festpreises im Verhältnis zwischen den Issuern und den Acquirern und andererseits führt sie indirekt zu einem Mindestpreis auf dem Acquiring-Markt:

(i) Direkte Festsetzung eines Festpreises zwischen Issuern und Acquirern

160. Die DMIF wird durch Mastercard festgelegt (vgl. Rz 151 f.). Sie bestimmt, wie viel der auf der nachgelagerten Marktstufe tätige Acquirer bei einer bestimmten Transaktion an die Issuer zu bezahlen hat. Dies lässt sich anhand der folgenden Tabelle mit den seit dem 1. August 2020 anwendbaren DMIF von Mastercard für das Produkt Debit Mastercard illustrieren:

¹³⁹ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

¹⁴⁰ Statt vieler: RPW 2020/1, 202 Rz 834, *KTB-Werke*; RPW 2018/4, 790 Rz 370, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/2, 240 Rz 32, *Gym80*.

¹⁴¹ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁴² BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

¹⁴³ Vgl. RPW 2017/4, 548 Rz 48, *SDDIF*; RPW 2012/4, 788 Rz 209, *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2015/2, 173 Rz 78, *KKDMIF II*; RPW 2009/2, 131 f. Rz 85 ff., *V PAY*; RPW 2006/1, 83 Rz 140 ff., *KKDMIF I*.

¹⁴⁴ Vgl. EU-KOMM, COMP/34.579 vom 19.12.2007, Rz 410 ff. und 461 ff., *Mastercard*; bestätigt durch EuG, ECLI:EU:T:2012:260, Rz 143, und EuGH, ECLI:EU:C:2014:2201, Rz 192 ff.

¹⁴⁵ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen), <www.weko.admin.ch> Rechtliches/Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen (14.5.2024).

¹⁴⁶ RPW 2016/2, 399 Rz 132 ff., *Altimum*; vgl. zur Preisbindung zweiter Hand auch RPW 2016/1, 89 f. Rz 166, 169 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

Payment Product	Fee Tier	IRD	General				Groceries & Department		Government	
			CHF 0-12 (6)	CHF 12-40 (6)	CHF 40-125 (6)	CHF 125+ (6)	CHF 0-12 (6)	CHF 12+ (6)	CHF 0-12 (6)	CHF 12+ (6)
Debit Mastercard	Contactless	P2	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.10	CHF 0.20	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.02	CHF 0.05
	Chip	50, 53	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.10	CHF 0.20	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.02	CHF 0.05
	Enhanced Electronic	84, 88	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.10	CHF 0.20	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.02	CHF 0.05
	Merchant UCAF	24	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)
	Full UCAF	79	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)
	Base	75, 85	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)	0.31% (7)
	Purchase at ATM	AL	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.10	CHF 0.20	-	-	-	-
	Purchase at ATM - Late presentment	MT	CHF 0.02	CHF 0.05	CHF 0.10	CHF 0.20	-	-	-	-

Quelle: Mastercard.¹⁴⁷

161. Konkret bedeutet dies etwa, dass bei einer kontaktlosen Zahlung mit der Debit Mastercard am POS in einem Geschäft, welches weder den Kategorien «Groceries & Departement» noch «Government» zuzurechnen ist, der Acquirer dem Issuer bei einem Transaktionsbetrag von CHF 50 eine Gebühr (die Interchange Fee) von CHF 0.10 zu bezahlen hat. Weder der Issuer noch der Acquirer verfügen über einen Spielraum bei der Festsetzung dieser Entschädigung. Die Vorgabe von Mastercard betrifft die gesamte Gebühr, welche der Acquirer dem Issuer zu bezahlen hat. Rabatte oder andere Preisanpassungen sind nicht möglich. Es kann daher festgehalten werden, dass die DMIF als Festpreis gemäss Art. 5 Abs. 4 KG auf den nachgelagerten Stufen des Issuing bzw. Acquiring zu qualifizieren ist.

(ii) Indirekte Festsetzung eines Mindestpreises auf dem Acquiring-Markt

162. Darüber hinaus handelt es sich bei der DMIF um einen Sockelbetrag, welcher der Acquirer von einem Händler verlangt. Um keine Verluste zu machen, wird der Acquirer die Händlerkommission nämlich mindestens in einer Höhe festsetzen, welche seine Kosten für die DMIF abdeckt.¹⁴⁸ Die Festlegung dieses – für die Zusammensetzung der gesamten MSC wesentlichen – Preisbestandteils führt somit faktisch zu einem Mindestpreis auf dieser nachgelagerten Stufe. Diese Wirkung der DMIF auf dem Acquiring-Markt tritt unabhängig davon ein, ob wie vorliegend ihre vertikale Festsetzung durch das Card Scheme (vertikale Abrede) oder ihre horizontale Umsetzung durch die Issuer einerseits und die Acquirer andererseits (horizontale Abrede) im Vordergrund steht. Aus diesem Grund sind die in den bisherigen Fällen unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (horizontale Preisabrede) vorgenommenen Erwägungen auch für die vorliegende Prüfung nach Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Mindest- und/oder Festpreise) einschlägig. Die DMIF ist folglich auch als Vorgabe eines Mindestpreises für die Acquiring-Dienstleistungen gegenüber Händlern zu betrachten.

(iii) Ergebnis

163. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die DMIF eine Abrede zwischen Mastercard als Lizenzgeberin und den Issuern und Acquirern als Lizenznehmerinnen darstellt, welche zur direkten Fixierung eines Festpreises zwischen Issuern und Acquirern einerseits und zu einer indirekten Festsetzung eines Mindestpreises auf dem Acquiring-Markt andererseits führt. Die DMIF erfüllt folglich den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.

C.5.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

164. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Für die Widerlegung der Vermutung ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Art. 13 VertBek).

C.5.2.2.1 Relevante Märkte

165. Die Wettbewerbsbehörden haben sich bereits verschiedene Male zur Marktabgrenzung bei Zahlkartensystemen geäussert.¹⁴⁹ Bei einem 4-Parteien-System (vgl. Rz 3 ff.) liegt ein zweiseitiger Markt vor, in dem mehrere Nachfragegruppen über eine Plattform interagieren. Somit gibt es mehrere Marktteilnehmer, aus deren Sicht der relevante Markt abgegrenzt werden kann: Einerseits ist der Markt aus Sicht der Karteninhaber abzugrenzen, d. h. aus Sicht derjenigen Personen, welche eine Zahlkarte bei den Issuern nachfragen (*Issuing-Markt*). Andererseits kann der Markt aus Sicht der Händler bestimmt werden, welche die jeweilige Karte als Zahlungsmittel entgegennehmen und den Anschluss an ein Kartensystem bei den Acquirern nachfragen (*Acquiring-Markt*). Schliesslich sind aber auch Issuer und Acquirer selbst Marktteilnehmer. Sie sind Nachfrager von Lizenzen für Zahlungssysteme bei den Lizenzgebern (z. B. Visa, Mastercard), um das Issuing bzw. Acquiring zu betreiben (*Systemmarkt*).¹⁵⁰

¹⁴⁷ www.mastercard.com/content/dam/public/mastercardcom/eu/europe-lfi/europeaninterchange/pdfs/48switzerland.pdf (8.3.2024).

¹⁴⁸ Vgl. RPW 2017/4, 548 Rz 52, *SDDIF*; RPW 2012/4, 789 Rz 212, *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2015/2, 174 Rz 82, *KKDMIF II*; RPW 2009/2, 132 Rz 87, *V PAY*; RPW 2006/1, 84 f. Rz 152 ff., *KKDMIF I*.

¹⁴⁹ Vgl. RPW 2015/2, 174 ff., Rz. 86 ff., *KKDMIF II*; RPW 2011/1, 117 Rz 143 ff., *SIX/Terminals mit DCC*; RPW 2006/1, 85 ff., Rz 162 ff., *KKDMIF I*; RPW 2003/1, 118 ff., Rz 72 ff., *Kreditkarten Akzeptanzgeschäft*; RPW 2012/4, 789 ff., Rz 216 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 132 ff. Rz 96 ff., *V PAY*; RPW 2006/4, 609 ff., Rz 69 ff., *DMIF Maestro*.

¹⁵⁰ Auch die EU-Kommission hat in ihren bisherigen Entscheiden zu den Zahlkartenverfahren stets zwischen einem System-, einem Issuing und einem Acquiring-Markt unterschieden: EU-KOMM, AT.39398 vom 26.2.2014, Rz 14 ff., *Visa MIF*; EU-KOMM, COMP/34.579 vom 19.12.2007, Rz 278 ff., *MasterCard*; EU-KOMM, COMP/37.860 vom 3.10.2007, Rz 39 ff., *Morgan Stanley/Visa International und Visa Europe*.

166. Weiter entspricht es der Praxis der Wettbewerbsbehörden, sowohl für das Issuing als auch das Acquiring separate Märkte für Kreditkarten und Debitkarten abzugrenzen. Die WEKO hat in mehreren Entscheiden¹⁵¹ ausgeführt, dass Kredit- und Debitkarten für den Händler keine Substitute, sondern Komplemente darstellen, da sie durch die Kunden unterschiedlich eingesetzt werden und der Händler dem Kunden die Zahlung mit dessen bevorzugtem Zahlungsmittel ermöglichen will. Bietet der Händler nicht eine breite Palette von Zahlungsmitteln an, riskiert er, deswegen Geschäftsabschlüsse an seine Konkurrenten zu verlieren. Für den Karteninhaber sind Kredit- und Debitkarten aufgrund unterschiedlicher Produkteigenschaften (Kreditfunktion, Bonusprogramme) in zahlreichen Situationen ebenfalls keine Substitute. Noch weiter als die WEKO ist die damalige REKO/WEF gegangen, welche zunächst bestätigt hat, dass Kreditkarten weder für den Händler noch den Karteninhaber durch Debitkarten substituiert werden können, und anschliessend den Schluss gezogen hat, dass für jedes einzelne Kreditkartennetzwerk von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen sei.¹⁵²

167. Auf eine weitergehende Darstellung und Abgrenzung der relevanten Märkte kann an dieser Stelle verzichtet werden, da eine solche für die Widerlegung der Vermutung – wie nachfolgend aufgezeigt wird – nicht erforderlich ist. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit von einer nationalen Dimension der oben in Betracht gezogenen sachlich relevanten Märkte ausgegangen sind.¹⁵³

168. Auf die Vorbringen zum sachlich relevanten Markt in der Stellungnahme von Mastercard zum Antrag des Sekretariats wird an anderer Stelle eingegangen (siehe Rz 215 ff.).

C.5.2.2.2 Widerlegung der Vermutung hinsichtlich der direkten Festpreisabrede auf dem Systemmarkt

169. Werden die Acquirer einerseits und die Issuer andererseits als Marktgegenseite der Lizenzgeberinnen für Debitkartensysteme betrachtet, so sind vor allem die Systemeigenschaften entscheidend dafür, welche Debitkartenprodukte für die Issuer und die Acquirer austauschbar sind.¹⁵⁴ Nach der bisherigen Praxis wurden die durch internationale 4-Parteien-Systeme herausgegebenen Debitkarten demselben Markt zugeordnet.¹⁵⁵

170. In der Schweiz ist neben Mastercard auch Visa mit den Debitkartenprodukten V PAY und Visa Debit auf dem Systemmarkt präsent. Gerade mit dem Produkt Visa Debit konnte Visa seit dessen Einführung im Jahr 2021 Marktanteile gewinnen. Gemäss einer aktuellen Publikation sahen die Marktanteile per November 2022 gemessen an der Anzahl sämtlicher in der Schweiz herausgegebenen Karten wie folgt aus: Maestro 28,5 %; Debit Mastercard 23,1 %; Visa Debit 19,9 %, PostFinance Card 18,1 % und V PAY 10,0 %. Dabei hat gemäss Bericht der Anteil der Maestro-Karte (38,5 %) seit Mai 2021 um 10,0 Prozentpunkte («PP») abgenommen – dies vor allem zugunsten der Visa Debit (11,3 %; + 8,6 PP) und der Debit Mastercard (17,9 %; + 5,1 PP).¹⁵⁶ Würden zusätzlich die Marktanteile der PostFinance Card als nationales 3-Parteien-System herausgerechnet, so würden sich die

Marktanteile von Visa und Mastercard um diesen Anteil erhöhen. Die Zahlen zeigen unabhängig davon auf, dass Mastercard ausreichendem Interbrandwettbewerb in der Form von aktuellem Wettbewerb durch Visa ausgesetzt ist. Issuer und Acquirer, welche mit der von Mastercard festgesetzten DMIF nicht zufrieden sind, verfügen über die Möglichkeit, zu Visa zu wechseln. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann daher widerlegt werden.

C.5.2.2.3 Widerlegung der Vermutung hinsichtlich der indirekten Mindestpreisabrede auf dem Acquiring-Markt

171. In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde die Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem Acquiring-Markt dadurch widerlegt, dass die DMIF nur eine der Kostenkomponenten ist, welche in die Händlergebühr einfließt. In Bezug auf die anderen Kostenkomponenten und im Hinblick auf die eigene Marge verfügen die Acquirer über einen Preissetzungsspielraum.¹⁵⁷ Dies führt dazu, dass die MSC für die Debitkarten von Mastercard sich je nach Acquirer unterscheiden und für die Händler auch individueller Verhandlungsspielraum besteht. Typischerweise zahlen aufgrund weitergegebener Skalenerträge grössere Händler eine tiefere MSC als kleinere. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann folglich aufgrund von aktuellem Intra-brandwettbewerb umgestossen werden.

C.5.2.3 Ergebnis

172. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist somit widerlegt. Zu prüfen ist damit, ob die Abrede den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt (Rz 173 f.) und ob sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Rz 175 ff.). Nur wenn beides der Fall ist, ist die Abrede unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

¹⁵¹ RPW 2015/2, 174 ff. Rz. 90 ff., *KKDMIF II*; RPW 2011/1, 117 ff. Rz 143 ff., *SIX/Terminals mit DCC*; RPW 2006/1, 86 ff., Rz 168 ff., *KKDMIF I*; RPW 2012/4, 789 ff. Rz 216 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 132 ff., Rz 96 ff., *V PAY*; RPW 2006/4, 610 f., Rz 73 ff. und 617 f., Rz 142 ff., *Maestro DMIF*.

¹⁵² Vgl. REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7, *Kreditkarten Akzeptanzgeschäft*.

¹⁵³ RPW 2015/2, 174 ff. Rz. 90 ff., *KKDMIF II*; RPW 2011/1, 117 ff. Rz 143 ff., *SIX/Terminals mit DCC*; RPW 2006/1, 86 ff., Rz 168 ff., *KKDMIF I*; RPW 2012/4, 789 ff. Rz 216 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 132 ff., Rz 96 ff., *V PAY*; RPW 2006/4, 610 f., Rz 73 ff. und 617 f., Rz 142 ff., *Maestro DMIF*.

¹⁵⁴ Vgl. RPW 2009/2, 134, Rz 107, *V PAY*.

¹⁵⁵ Vgl. RPW 2012/4, 792 Rz 242 ff. und 804 Rz 359, *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 134 Rz 107, *V PAY*.

¹⁵⁶ TOBIAS TRÜTSCH/JOHANNES HUBER/NEMANJA BRALOVIC, Die Kosten der Point-of-Sale Zahlungen in der Schweiz, 2024, 4, <www.alexandria.unisg.ch/entities/publication/ae945757-91ed-486f-9454-2d9297b2f156/details> (7.3.2024). Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Studie durch Mastercard Europe SA finanziell unterstützt wurde (vgl. Danksagung auf Seite 1).

¹⁵⁷ Vgl. RPW 2012/4, 795 Rz 265 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*, wo selbst für den Fall der Einführung einer Interchange Fee für das damals dominante Debitkartenprodukt Maestro von einer Umstossung der Vermutung ausgegangen wurde.

C.5.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

173. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und schon ein geringes Mass ausreichend ist, um die Erheblichkeit zu bejahen.¹⁵⁸ Es hat festgehalten, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (sog. «harte» Abreden) grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind. Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden nicht erforderlich. Zudem sind weder tatsächliche Auswirkungen noch eine Umsetzung nötig. Vielmehr genügt, dass die harten Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können: Denn bereits mit der Vereinbarung einer harten Abrede und nicht erst mit deren Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des Wettbewerbs ist.¹⁵⁹ Mit anderen Worten sind Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.¹⁶⁰ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.¹⁶¹

174. Bei der vorliegenden Abrede handelt es sich nicht um einen Bagatellfall, vielmehr kommt der DMIF von Mastercard angesichts der Marktanteile ihrer Debitkartenprodukte von mehr als 50 % gemessen an der Anzahl ausgegebener Karten (vgl. Rz 170) und der Umsätze, auf welchen die DMIF angewendet wird, erhebliche quantitative Bedeutung zu. Somit beschränkt die vorliegende vertikale Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (vgl. Rz 163) den Wettbewerb erheblich. Sie ist vorbehaltlich der Rechtfertigung (siehe dazu Rz 175 ff.) unzulässig.

C.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

176. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe weit zu verstehen sind.¹⁶² Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.¹⁶³ Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt.¹⁶⁴ Allfällige überwiegende öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.¹⁶⁵

C.5.4.1 Bisherige Praxis zur Rechtfertigung von Interchange Fees

C.5.4.2 Rechtfertigung von Interchange Fees in den Kreditkartenverfahren

177. In der Untersuchung KKDMIF I setzte sich die WEKO vertieft mit der Rechtfertigung von Interchange Fees aus Effizienzgründen auseinander. Sie überprüfte dabei mehrere Aspekte:

- Einerseits wurde geprüft, ob ein System mit einer multilateralen Interchange Fee (welche damals noch zwischen den Issuern und Acquirern multilateral verhandelt wurde) effizienter ist als System mit bilateralen Verhandlungen. Die WEKO bejahte dies mit den Argumenten, dass die Transaktionskosten in einem multilateralen System tiefer seien (ein bilaterales System wäre mit erheblichen Kosten für Verhandlungen, Systemanpassungen und Kommunikation verbunden) und das multilaterale System zu tieferen Markteintrittsschranken im Acquiring führe, da ein neuer Acquirer nicht zuerst mit allen Issuern bilateral eine Interchange Fee aushandeln müsse, sondern einfach durch Übernahme der DMIF in den Markt eintreten könne.¹⁶⁶
- Andererseits setzte sich die WEKO mit Argumenten auseinander, wonach die Interchange Fees einer Optimierung des Gesamtsystems dienten, darunter auch mit der aus der ökonomischen Lehre stammenden These, wonach die Interchange Fees dazu dienten, eine optimale Verbreitung des Gesamtsystems zu gewährleisten, indem das Gleichgewicht zwischen dem Acquiring- und dem Issuing-Markt beeinflusst werde. Eine Senkung der Interchange Fee sollte zu einer Verbreitung der Akzeptanz bei den Händlern, eine Erhöhung der Interchange Fee zu einer Verbreitung der Zahlkarten

¹⁵⁸ Zum Ganzen BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, *Gaba*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*, wonach eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden nicht Gegenstand von Art. 5 Abs. 1 KG ist.

¹⁵⁹ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, *BMW*.

¹⁶⁰ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altium*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

¹⁶¹ BGE 144 II 194 E. 4.3, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.3, *Altium*; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), *Diffulivre*; BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altium*; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

¹⁶² Vgl. dazu BGE 129 II 18 E. 10.3, *Buchpreisbindung*; BGE 144 II 246 E. 13.2, *Altium*; RPW 2020/3a, 1122 Rz 1306, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁶³ BGE 143 II 297 E. 7.1, *Gaba*; BGE 144 II 246 E. 13.2, *Altium*; BGE 129 II 18, 45 E. 10.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁶⁴ In dem Sinne BGE 147 II 72 E. 7.2, *Hors-Liste-Medikamente II*, wonach der Effizienzbegriff volkswirtschaftlich zu verstehen ist.

¹⁶⁵ BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 10.1, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 13, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 12, *Gebro*.

¹⁶⁶ Vgl. RPW 2006/1, 105 ff. Rz 327 ff., *KKDMIF I*.

bei den Karteninhabern führen, namentlich weil diesen attraktivere Bedingungen (etwa tiefere Gebühren) geboten werden können. Die WEKO hielt indes fest, dass sich diese Effekte in der Schweiz nicht aufzeigen liessen, da die Erhöhung der Interchange Fees nicht zu einer Senkung der Kartengebühren geführt hätten. Die Erhöhung der Interchange Fees habe als Mittel zur Rentenerzielung gedient.¹⁶⁷

178. Die WEKO gelangte zum Schluss, dass die Interchange Fees in ihrer damaligen Ausgestaltung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden konnten. Es gelte zwar die Vorteile des multilateralen Systems zu bewahren, gleichzeitig aber durch Einführung eines objektivierte Verfahrens zu verhindern, dass die Issuer via Acquirer überhöhte Interchange Fees von den Händlern verlangten. Als Lösung wurde im Rahmen der EVR I (die erste von drei EVR in dieser Sache) die Höhe der Interchange Fees an die Netzwerkkosten der Issuer gebunden (kostenbasiertes Modell).¹⁶⁸ Die Ermittlung der Netzwerkkosten beruhte auf einer genauen Definition der zu berücksichtigenden netzwerkinhärenten Kostenelemente in einem detaillierten Kostenraster («zulässige Kosten»). Dabei wurde die Festlegung so ausgestaltet, dass für die Issuer ein Anreiz zur Kosteneffizienz entstehen sollte (im Sinne einer «Yardstick-Competition»).¹⁶⁹ Die EVR I führte zu deutlichen Senkungen der Interchange Fees (vgl. Grafik, Rz 183).

179. Im Sommer 2008 wurde eine Wirkungsanalyse des Entscheides durchgeführt. Die Wettbewerbsbehörden stellten fest, dass der Kreditkartenmarkt seit der Verfügung der WEKO gemessen an der Anzahl Karten und Transaktionen sowie dem Transaktionsvolumen stark gewachsen war. Es sei auf der Issuing-Seite zu einer Belebung des Wettbewerbs in Form von Markteintritten und der Einführung neuer Produkte gekommen («Gratiskreditkarten», d. h. Kreditkarten ohne Jahresgebühr). Und auch die durchschnittlichen Jahresgebühren der Karteninhaber seien gesunken. Auf der Acquiring-Seite seien die Senkungen der Interchange Fees durch entsprechende Reduktionen der MSC vollständig an den Handel weitergegeben worden. Darüber hinaus sei es zu einer Ausweitung der Kartenakzeptanz gekommen. Diese Entwicklung deutete die WEKO wie folgt: «Wird die Interchange Fee als Ausgleichsmechanismus in zweiseitigen Märkten eingesetzt, so müsste jede Erhöhung (Senkung) der Interchange Fee mit einer Erhöhung (Senkung) der Kommissionen für die Händler und einer Senkung (Erhöhung) der Kartengebühren für die Konsumenten [=Karteninhaber] einhergehen». Die durch den Kreditkartenentscheid bewirkte Senkung der DMIF hätte also einerseits zu einer Senkung der MSC und andererseits, als Ausgleich, zu einer Erhöhung der Karteninhabergebühren führen sollen. Tatsächlich konnte ein Rückgang der MSC festgestellt werden, gleichzeitig jedoch auch ein Rückgang (!) der Jahresgebühren (auch bei den weiteren Karteninhabergebühren war tendenziell eher eine Senkung als eine Erhöhung auszumachen). Es ist mit anderen Worten nicht nur zu einer Änderung der Preisstruktur (d.h. des Verhältnisses zwischen den Preisen auf der Acquiring- und Issuing-Seite), sondern zu einer Senkung des Preisniveaus gekommen (der Summe der Preise auf der Acquiring- und Issuing-Seite). Dies deutet einerseits darauf

hin, dass das Preisniveau vor dem Kreditkartenentscheid tatsächlich zu hoch war und die DMIF der Rentenerzielung bei den Issuern gedient hat. Andererseits lässt die festgestellte Entwicklung vermuten, dass die theoretisch vorausgesagte Ausgleichsfunktion der DMIF zur Optimierung des Gesamtsystems noch nicht vollständig zum Tragen kommt, sondern dass Senkungen der DMIF immer noch einen Niveaueffekt haben, d.h. zu einem tieferen Preisniveau führen.»¹⁷⁰

180. Die EVR I wurde von der WEKO für eine Zeitdauer von vier Jahren genehmigt, so dass sie am 1. Februar 2010 auslief.¹⁷¹ Vor Auslaufen der EVR I wurde am 15. Juli 2009 eine neue Untersuchung eröffnet. Als Übergangslösung für die Dauer der Untersuchung wurde die EVR II abgeschlossen. Diese basierte weiterhin auf dem kostenbasierten Ansatz gemäss EVR 1, allerdings wurden neu die Netzwerkkosten der kosteneffizientesten Issuer stärker gewichtet, was zu weiteren Senkungen der Interchange Fees führte (vgl. Grafik, Rz 183).¹⁷²

181. Mit ihrer Verfügung vom 1. Dezember 2014 schloss die WEKO die zweite Untersuchung zu Interchange Fees bei Kreditkarten mit der EVR III ab. In dieser Verfügung setzte sich die WEKO erneut mit den Rechtfertigungsgründen für eine DMIF bei Kreditkarten auseinander. Sie hielt zunächst fest, dass sich aus der theoretischen ökonomischen Literatur auf der einen Seite kein Argument für ein generelles Verbot von Interchange Fees ableiten lasse, sondern im Gegenteil die Überzeugung vorherrsche, dass mittels Interchange Fees die in zweiseitigen Märkten bestehenden Netzwerkexternalitäten internalisiert und damit das elektronische Zahlungssystem insgesamt optimiert werden könne. Auf der anderen Seite seien Interchange Fees in keinem ökonomischen Modell Voraussetzung für das Funktionieren von elektronischen Zahlungssystemen. In der Praxis habe zudem in der Schweiz mit Maestro ein 4-Parteien-System ohne Interchange Fees funktioniert und sich gemessen an der Kartenverbreitung, der Anzahl Transaktionen und am Transaktionsvolumen nicht schlechter entwickelt als die Kreditkartensysteme mit Interchange Fees. Darüber hinaus legte die WEKO dar, dass die Senkungen der Interchange Fees bei den Kreditkarten in den Jahren 2005 und 2009 zu keinen erkennbaren negativen Auswirkungen hinsichtlich des Wachstums des Systems führten.¹⁷³

¹⁶⁷ Vgl. RPW 2006/1, 107 ff. Rz 337 ff., *KKDMIF I*.

¹⁶⁸ Vgl. RPW 2006/1, 109 ff. Rz 358 ff., *KKDMIF I*.

¹⁶⁹ Vgl. RPW 2006/1, 110 ff. Rz 369 ff., *KKDMIF I*.

¹⁷⁰ Vgl. RPW 2010/3, 486 f. Rz 65, *Vorsorgliche Massnahmen in Sachen KKDMIF II*.

¹⁷¹ Vgl. RPW 2015/2, 166 Rz 12, *KKDMIF II*.

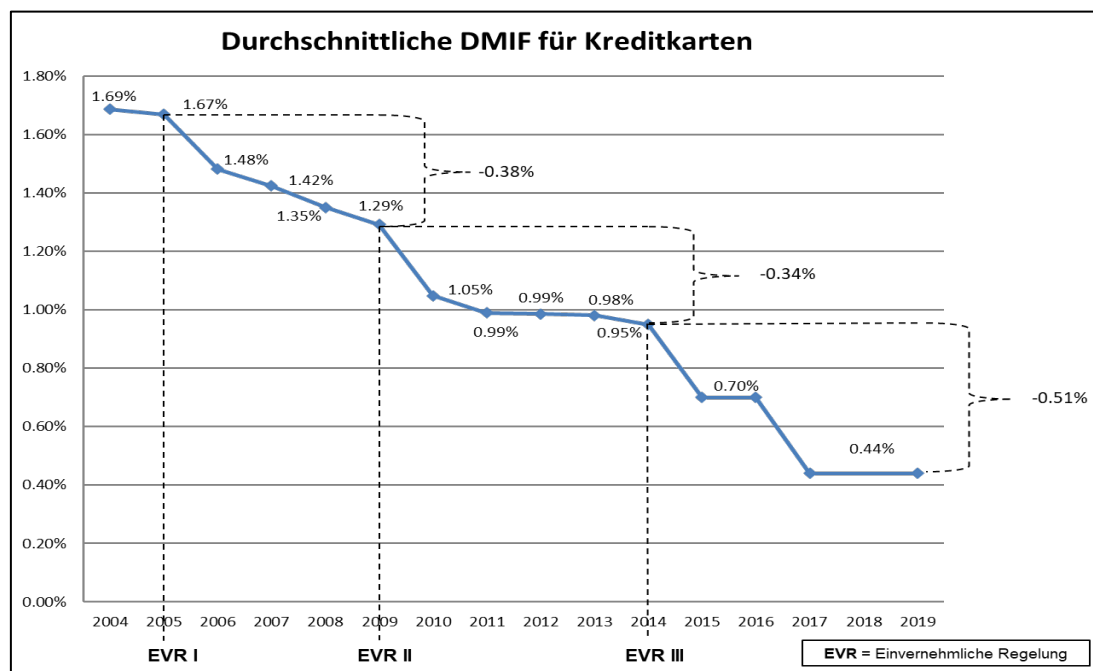
¹⁷² Vgl. RPW 2010/3, 473 ff., *Vorsorgliche Massnahmen in Sachen KKDMIF II*.

¹⁷³ Vgl. RPW 2015/2, 179 f. Rz 121 ff., *KKDMIF II*.

182. Die WEKO hielt fest, dass es vor diesem Hintergrund fraglich erscheine, ob eine Interchange Fee für das Funktionieren eines elektronischen Zahlungssystems notwendig sei. Unklar sei, ob von einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG erst dann ausgegangen werden könne, wenn das System ausschliesslich mit einer Interchange Fee funktionieren könne, oder ob die Ausschöpfung eines gewissen Mindestmasses an Optimierungspotenzial bereits genüge. Diese Frage konnte aufgrund des Abschlusses einer EVR jedoch offen gelassen werden.¹⁷⁴ Eine Rechtfertigung erfordere aber zumindest, dass die DMIF zu einer Optimierung des Gesamtsystems führe. Diese Optimierung werde weder erreicht, wenn die DMIF frei festgelegt werden könne, noch durch den bisherigen kostenbasierten Ansatz.¹⁷⁵ Die WEKO ging schliesslich davon aus, dass unter Berücksichtigung der ökonomischen Literatur und internationalen Praxis eine Optimierung des

Gesamtsystems möglicherweise dadurch erreicht werden könnte, indem sich die Festsetzung der DMIF am sogenannten Tourist Test (auch als Merchant Indifference Test bekannt) orientiert. Beim Tourist Test werden die Kostenersparnisse des Handels durch die Akzeptanz von elektronischen Bezahlkarten (im Vergleich zu Bargeld) bestimmt und daraus die optimale Interchange Fee abgeleitet. Die Interchange Fee soll so festgelegt werden, dass es für den Händler preislich keine Rolle spielt, ob er eine Bar- oder Kartenzahlung annimmt.¹⁷⁶ Die WEKO genehmigte in der Folge die EVR III, welche die Höhe der DMIF auf der Grundlage des Tourist Test auf durchschnittlich 0,44 % limitierte.¹⁷⁷

183. Die nachfolgende Grafik fasst zusammen, wie sich die Verfügungen der WEKO auf die Höhe der Interchange Fees bei Kreditkarten ausgewirkt haben:



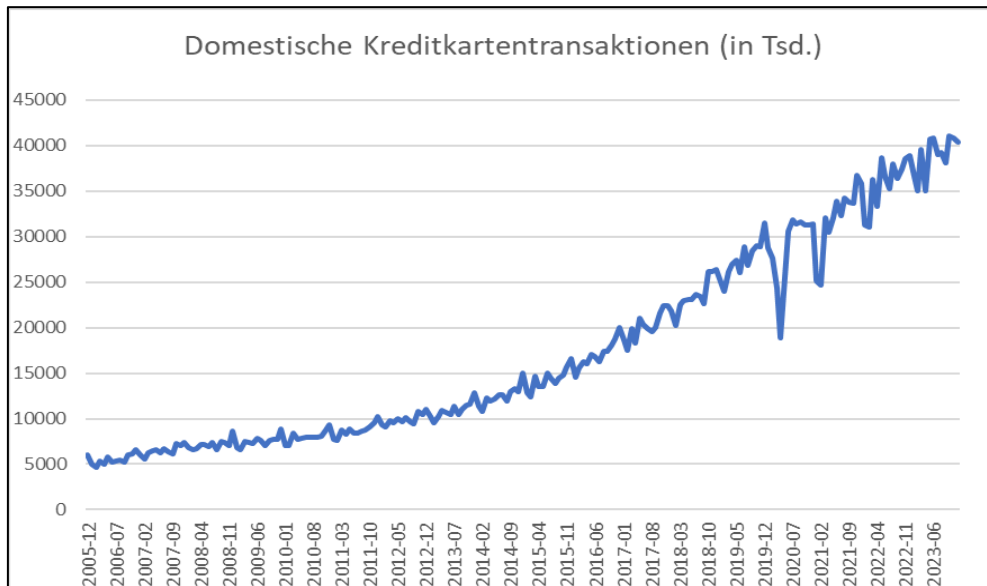
184. Eine eingehende Wirkungsanalyse ist für die vorliegende Untersuchung nicht erforderlich. Die nachfolgenden Grafiken deuten allerdings darauf hin, dass die DMIF-Senkungen nicht dazu geführt haben, das Wachstum der Kreditkartensysteme negativ zu beeinflussen. Insgesamt ist ein stetiges Wachstum zu beobachten. Die beiden deutlichen Einbrüche in den Jahren 2020/2021 dürften auf die Corona-Massnahmen (Stichwort: Lockdown) zurückzuführen sein. Insbesondere sind keine (negativen) Effekte auf das Wachstum in den Jahren 2014 und 2017 erkennbar, in welchen die DMIF aufgrund der EVR III nochmals deutlich gesenkt wurden.

¹⁷⁴ Vgl. RPW 2015/2, 182 Rz 127, *KKDMIF II*.

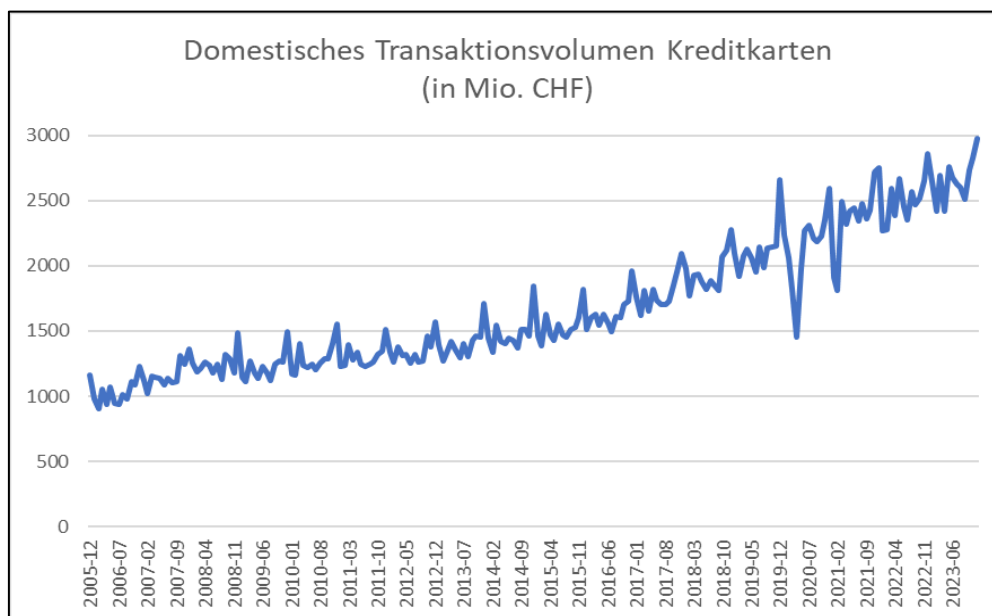
¹⁷⁵ Vgl. RPW 2015/2, 183 Rz 134 ff., *KKDMIF II*.

¹⁷⁶ Vgl. RPW 2015/2, 183 ff. Rz 138 ff., *KKDMIF II*.

¹⁷⁷ Vgl. RPW 2015/2, 185 Rz 152 ff., *KKDMIF II*.



Quelle: Darstellung des Sekretariats auf der Basis der SNB-Zahlen.



Quelle: Darstellung des Sekretariats auf der Basis der SNB-Zahlen.¹⁷⁸

C.5.4.3 Rechtfertigung von Interchange Fees in den Debitkartenverfahren

185. In Bezug auf DMIF für Debitkarten wurden bisher keine Untersuchungen durchgeführt. Folglich existieren keine Verfügungen der WEKO. Das Sekretariat hat sich allerdings im Rahmen der zahlreichen Vorabklärungen in dieser Angelegenheit mit der Frage der Rechtfertigung einer DMIF bei Debitkarten auseinandergesetzt (vgl. Rz 11 ff.).

186. Bei der Prüfung der Einführung einer DMIF für Maestro im Jahr 2006 gelangte das Sekretariat zum Schluss, dass diese wohl nur schwer aus Effizienzgründen zu rechtfertigen wäre. Insbesondere könne ein allfälliges Kostendefizit der Issuer durch weniger weitgehende Massnahmen ausgeglichen werden.¹⁷⁹ Das Sekretariat

wies darauf hin, dass bei einer Betrachtung der Kosten des Debitkartensystems zu berücksichtigen sei, dass die Debitkarte direkt mit dem Konto verknüpft sei und deshalb auch die Einnahmen mittels Kontoführungsgebühren und Zinsmarge für die Bestimmung eines allfälligen Defizits miteinbezogen werden müssten.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Datenreihen der SNB zum Zahlungsverkehr, <<https://data.snb.ch/de/topics/finma/cube/zavezaluba>> (10.3.2024). Gemäss SNB wurde zwischen November 2014 und Dezember 2014 der Erhebungskreis sowie das Erhebungskonzept angepasst («der Vergleich der Daten ist daher zum Teil schwierig»). Die allfälligen Veränderungen auf diesen Zeitpunkt hin haben keinen wesentlichen Einfluss hinsichtlich des Gesamtbildes.

¹⁷⁹ Vgl. RPW 2006/4, 614 Rz 120, *DMIF Maestro*.

¹⁸⁰ Vgl. RPW 2006/4, 615 Rz 125, *DMIF Maestro*.

187. Im Verfahren V PAY (2009) anerkannte das Sekretariat die Notwendigkeit einer DMIF für den Markteintritt von V PAY. Das Sekretariat erwog, dass der Markteintritt von V PAY zu mehr Wettbewerb gegenüber dem Marktführer Maestro führen könnte. Durch diesen Wettbewerb könne mehr Innovation und Effizienz im Markt entstehen. Zudem könnten Preise und Gebühren tendenziell sinken. Das Sekretariat berücksichtigte dafür ökonomische Argumente aus der Netzwerktheorie, welche aufzeigen, dass eine Interchange Fee für die Anfangsphase eines Netzwerkes sinnvoll sein kann, namentlich um das sogenannte «Chicken and Egg»-Problem zu überwinden und um eine kritische Grösse zu erreichen. Es berücksichtigte weiter, dass es ohne DMIF unwahrscheinlich wäre, dass die Issuer die beträchtlichen Anfangsinvestition zum Aufbau eines zweiten Debitkartensystems neben Maestro tätigen würden.¹⁸¹

188. Im Jahr 2012 prüfte das Sekretariat erneut die Einführung einer domestischen Interchange Fee für Maestro. Mastercard machte in diesem Verfahren geltend, diese habe den Zweck, die Nachfrage der Händler und der Karteninhaber untereinander auszugleichen und zu einem Optimum zu bringen. Die Interchange Fee sei erforderlich, um die Wettbewerbsfähigkeit von Maestro sicherzustellen. Es bestehe nur eine geringe Investitionsbereitschaft der Issuer in Bezug auf die Verbesserung von bestehenden und das Anbieten von neuen Anwendungen. Das Sekretariat hielt fest, dass es fraglich sei, ob sich die Einführung einer Interchange Fee in einem gut funktionierenden und schon weitverbreiteten Debitkartensystem ökonomisch rechtfertigen lasse. Aus der Netzwerktheorie könnten zwar ökonomische Argumente abgeleitet werden, welche aufzeigten, dass eine Interchange Fee für die Anfangsphase eines Netzwerkes sinnvoll sein könne. Generell werde in der ökonomischen Literatur aber davon ausgegangen, dass bei Marktsättigung eine tiefere Interchange Fee zu erwarten sei als in der Markteintrittsphase. Bei Maestro handle es sich um ein System nahe an der Marktsättigung, weshalb keine Gründe für die Einführung einer Interchange Fee ersichtlich seien.¹⁸²

189. In Bezug auf das Produkt Debit Mastercard hielt das Sekretariat fest, dass die Beurteilung der Effizienzgründe schwierig sei. Im Gegensatz zur Situation bei V PAY handle es sich bei Debit Mastercard nicht um ein Produkt eines neuen Konkurrenten, der zuvor auf dem Debitkartenmarkt in der Schweiz nicht aktiv war, sondern lediglich um ein neues Produkt von Mastercard, welche bereits mit Maestro auf dem Markt sei. Auf eine vertiefte Analyse der Rechtfertigungsgründe wurde in der Folge verzichtet, weil die Interchange Fee von Debit Mastercard bis zum Erreichen eines Marktanteils von 15 % als unerheblich eingestuft wurde.¹⁸³

190. Schliesslich hat das Sekretariat für den Markteintritt der Debitkarten in den elektronischen und mobilen Handel (E- & M-Commerce) eine Interchange Fee für Mastercard und Visa zugelassen. Eine solche erscheine für den Markteintritt notwendig, um Anreize für die Issuer zu setzen, in die für den Betrieb erforderlichen Anfangs- und Betriebskosten zu investieren. Diese Investitionsbereitschaft dürfte zudem nur bestehen, wenn eine längerfristige Interchange Fee zugelassen werde, ansonsten die Issuer darauf verzichten würden, E- & M-Commerce fähige Debitkarten herauszugeben, um ihre gesicherten

Einnahmen bei den Kreditkarten nicht zu gefährden. Zudem deutete das Sekretariat an, dass es weitere Argumente für eine dauerhafte DMIF bei Debitkarten geben könnte, liess die Frage aber letztlich offen.¹⁸⁴

191. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Wettbewerbsbehörden für Debitkarten bisher keine dauerhafte DMIF im Präsenzgeschäft zugelassen haben. Die Safe Harbors wurden explizit zum Zweck des Markteintritts geschaffen und es wurde in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass eine dauerhafte Interchange Fee mutmasslich tiefer sein müsse.

C.5.4.4 Rechtfertigung im vorliegenden Fall

192. Zunächst stellt sich die Frage, ob Effizienzgründe für die Festsetzung einer einheitlichen, multilateralen Interchange Fee (und somit für die vertikale Abrede) vorliegen. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen im Fall *KKDMIF* / verwiesen werden. Dort wurde aufgezeigt, dass eine auf diese Weise festgelegte Gebühr aufgrund tieferer Transaktionskosten sowie tieferen Markteintrittsschranken in den Issuing- und Acquiring-Märkten effizienter ist, als wenn das System mit bilateralen Interchange Fees funktionieren müsste. Dieselben Effizienzgründe führen im vorliegenden Fall dazu, dass die durch Mastercard unilateral, als Preisbindung zweiter Hand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG festgelegte, multilateral gültige Interchange Fee grundsätzlich gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Im Anschluss ist dann zu klären, in welcher Höhe diese Gebühr effizient ist, da grundsätzlich auch eine Interchange Fee von null geeignet wäre, die Transaktionskosten und Markteintrittsschranken zu senken.

193. In den bisherigen Kreditkarten- und Debitkartenfällen der WEKO und des Sekretariats konnte nicht belegt werden, dass die DMIF in der Realität tatsächlich die ihr in der Theorie zugeschriebene Wirkung eines Ausbalancierens und Optimierens des Gesamtsystems erfüllt und namentlich eine positive Interchange Fee einen positiven Effekt zeitigt. Hinzu kommt, dass in der ökonomischen Theorie in der Regel gewisse Besonderheiten von Debitkarten nicht berücksichtigt werden. Anders als bei Kreditkarten müssen die Issuer für die Verbreitung der Debitkarten nämlich bei den Karteninhabern kaum Anreize schaffen, da sie üblicherweise mit dem Bankkonto im Paket abgegeben werden.

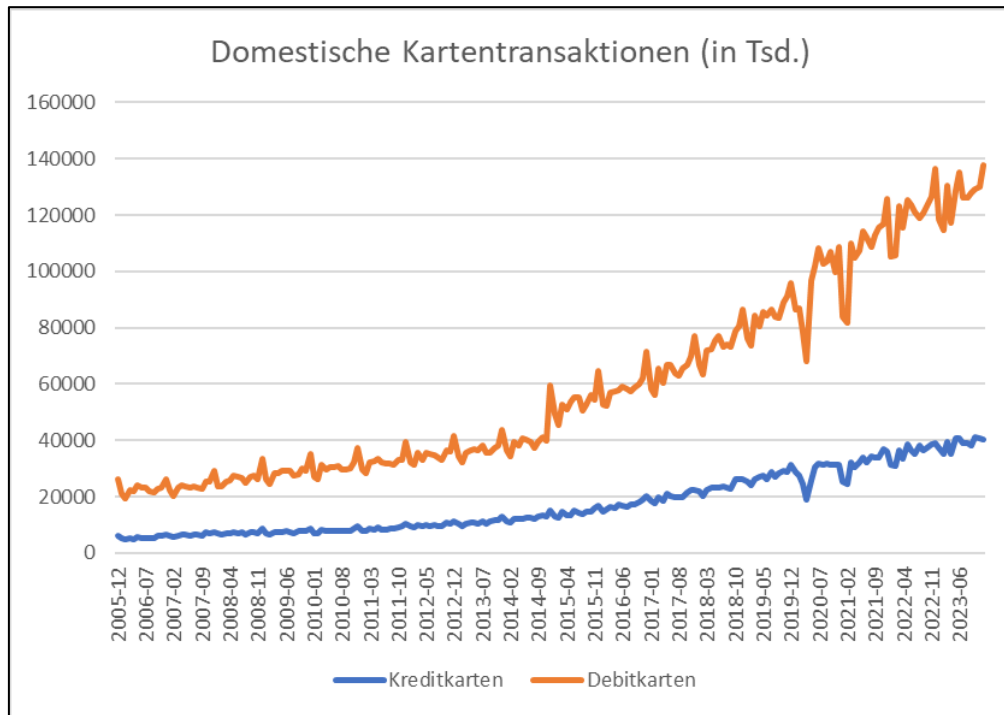
194. In diese Richtung deuten auch die Marktdaten. Bis ins Jahr 2021 funktionierten Debitkartenzahlungen grundsätzlich ohne Interchange Fees. Dennoch entwickelten sich die Debitkarten nicht schlechter als die Kreditkarten, wie die nachfolgenden Grafiken illustrieren:

¹⁸¹ Vgl. RPW 2009/2, 138 ff. Rz 145 ff., *DMIF V PAY*.

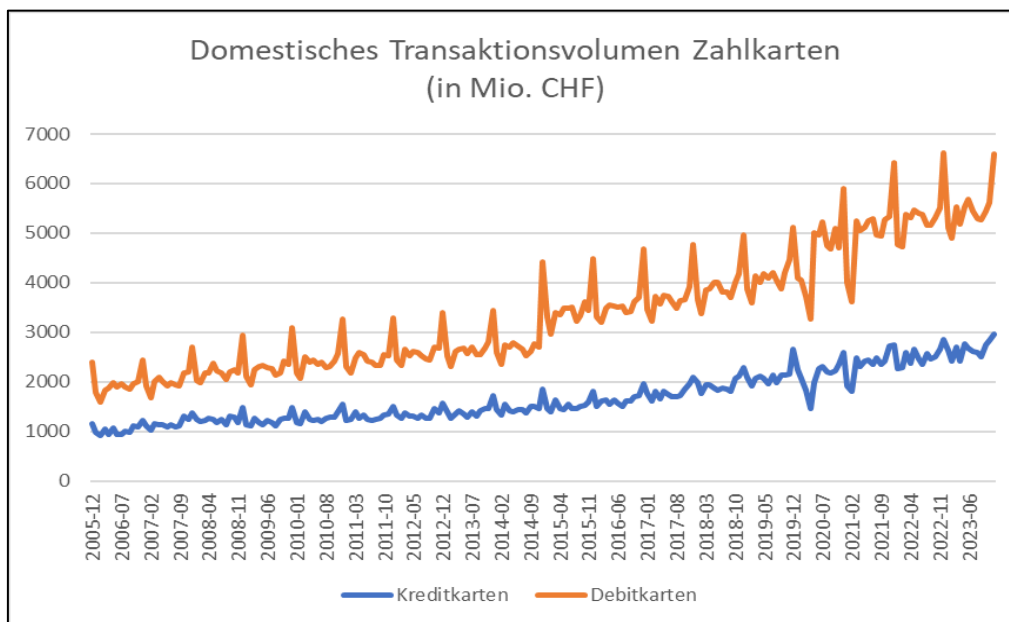
¹⁸² Vgl. RPW 2012/4, 797 ff. Rz 292 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹⁸³ Vgl. RPW 2012/4, 807 f. Rz 392 ff. und 809 Rz 403 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*.

¹⁸⁴ Vgl. RPW 2017/4, 554 Rz 93 ff., *SSDIF*.



Quelle: Darstellung des Sekretariats auf der Basis der SNB-Zahlen.¹⁸⁵



Quelle: Darstellung des Sekretariats auf der Basis der SNB-Zahlen.¹⁸⁶

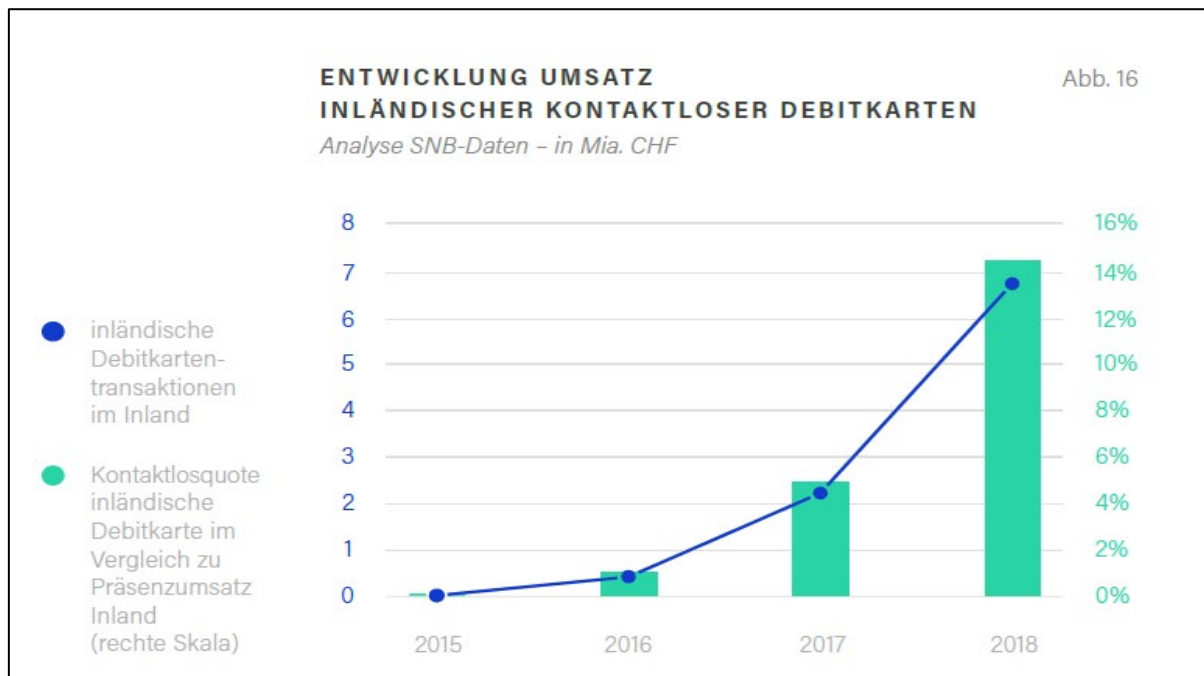
195. Aus beiden Grafiken lässt sich ersehen, dass Debitkarten sowohl eine höhere Anzahl Transaktionen als auch ein höheres Transaktionsvolumen aufweisen. Auch erscheint das Wachstum bei beiden Parametern nicht tiefer als bei den Kreditkarten. Die Analyse könnte weiter vertieft und verfeinert werden, was allerdings vorliegend, aufgrund des Abschlusses einer EVR und weil es nur um die Vermittlung des grossen Ganzen geht, nicht erforderlich ist.

¹⁸⁵ Datenreihen der SNB zum Zahlungsverkehr, <<https://data.snb.ch/de/topics/finma/cube/zavezaluba>> (10.3.2024). Gemäss SNB wurde zwischen November 2014 und Dezember 2014 der Erhebungskreis sowie das Erhebungskonzept angepasst («der Vergleich der Daten ist daher zum Teil schwierig»). Die allfälligen Veränderungen auf diesen Zeitpunkt hin haben keinen wesentlichen Einfluss hinsichtlich des Gesamtbildes.

¹⁸⁶ Datenreihen der SNB zum Zahlungsverkehr, <<https://data.snb.ch/de/topics/finma/cube/zavezaluba>> (10.3.2024). Gemäss SNB wurde zwischen November 2014 und Dezember 2014 der Erhebungskreis sowie das Erhebungskonzept angepasst («der Vergleich der Daten ist daher zum Teil schwierig»). Die allfälligen Veränderungen auf diesen Zeitpunkt hin haben keinen wesentlichen Einfluss hinsichtlich des Gesamtbildes.

196. Ein Aspekt, welcher für eine Rechtfertigung von Interchange Fees für Debitkarten sprechen könnte, ist eine Verzögerung bei der Innovationstätigkeit. Aufgrund der bestehenden DMIF bei den Kreditkarten besteht für die Issuer ein Anreiz, Innovationen zuerst bei den Kreditkarten und erst später bei den Debitkarten umzusetzen. Ein praktisches Beispiel dafür ist die Möglichkeit, kontaktlos zu bezahlen. Die erste Kreditkarte mit Kontaktlos-

Funktion wurde in der Schweiz im Jahr 2007 eingeführt. Demgegenüber wurde dieselbe Funktion für die ohne Interchange Fee funktionierende Maestro-Karte erst im Jahr 2016 lanciert. Die Kontaktlos-Funktion hat dem Debitkartenmarkt einen zusätzlichen Wachstumsschub gegeben, wie aus der nachfolgenden Grafik aus dem Swiss Payment Monitor 2019 ersichtlich ist.¹⁸⁷



Quelle: Swiss Payment Monitor 2019, Abbildung 16.

197. Der rasche und starke Anstieg der kontaktlosen Debitkartentransaktionen belegt ein bestehendes Kundenbedürfnis. Es ist anzunehmen, dass eine frühere Einführung dieser Funktion auch zu einem früheren Wachstum des Gesamtmarktes geführt hätte. Insofern hat die Verzögerung in Bezug auf die Einführung der Kontaktlos-Funktion bei Debitkarten möglicherweise dazu geführt, dass das Debitkartensystem nicht optimal wachsen konnte. Es ist davon auszugehen, dass ansonsten teurere, kontaktlose Kreditkartentransaktionen bereits früher durch günstigere, kontaktlose Debitkartentransaktionen hätten ersetzt werden können. Zudem wäre so die Kontaktlos-Funktion früher für Kunden erhältlich gewesen, welche die Voraussetzungen für den Erhalt einer Kreditkarte nicht erfüllen.

198. Ein weiteres Beispiel für eine Innovation bei Debitkarten, welche mutmasslich nur aufgrund der Möglichkeit einer dauerhaften Interchange Fee¹⁸⁸ umgesetzt wurde (und auch hier mit erheblicher Verzögerung im Vergleich zu den Kreditkarten), bildet die CnP-Fähigkeit, welche erst durch die neue Debitkartengeneration ermöglicht wurde.¹⁸⁹

199. Die Beispiele der Kontaktlos-Funktion und CnP-Fähigkeit deuten darauf hin, dass eine Interchange Fee bei Debitkarten dazu führen könnte, dass Innovationen durch die Issuer rascher umgesetzt werden könnten, da sie mit der DMIF am damit generierten Mehrumsatz partizipieren. Daraus lässt sich schliessen, dass sich eine

dauerhafte Interchange Fee für Debitkarten grundsätzlich aus Effizienzgründen rechtfertigen lässt, weil sie unter den gegebenen Marktverhältnissen zur Sicherstellung einer fortwährenden Innovationstätigkeit notwendig ist.

200. Unklar ist hingegen, was die angemessene Höhe der DMIF für eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen ist. Hierzu gilt es zu bemerken, dass diese Frage sowohl unter den verschiedenen Marktteilnehmern als auch in der ökonomischen Literatur sehr umstritten ist. Nur schon in den beiden Untersuchungen und der vorhergehenden Vorabklärung wurden mehrere Parteigutachten mit einer ökonomischen Betrachtung eingereicht. Obwohl die Gutachten jeweils auf dem Merchant Indifference Test basieren, kommen sie zu stark divergierenden Ergebnissen.¹⁹⁰

¹⁸⁷ BETTINA GEHRING/SANDRO GRAF/TOBIAS TRÜTSCH, Swiss Payment Monitor 2019, Wie bezahlt die Schweiz?, 21–23, www.zhaw.ch/storage/shared/upload/190820-spm19-web-de.pdf (10.3.2024).

¹⁸⁸ Vgl. RPW 2017/4, 554 Rz 93 ff., SSDIF; RPW 2017/4, 562 Rz 30 ff., Ergänzung V PAY.

¹⁸⁹ Vgl. SWISS ECONOMICS, Regulierungsbedarf für Debit- und Kreditkarten, Gutachten im Auftrag des VEZ, 2022, 44, www.vez-epay.ch/media/0ssnvi5q/interchange-fees-von-debit-und-kreditkarten-v1-0-clean.pdf (10.3.2024), im Verfahren auch Aktenstück VA act. I.5.; CHARLES RIVERS ASSOCIATES, Anwendung des Merchant Indifference Tests in der Schweiz – Eine Antwort auf den Swiss Economics Bericht «Regulierungsbedarf für Debit- und Kreditkarten», Gutachten erstellt für Visa, 2022, 6, 23, <https://ecp.crai.com/wp-content/uploads/2023/06/CRA-report-on-debit-interchange-fees-in-Switzerland-DE.pdf> (10.3.2024), im Verfahren auch Aktenstück VA act. I.5.

¹⁹⁰ Vgl. VA act. I.5, I.13, I.18.

Selbst die sehr aufwändigen Studien der EU-Kommission haben nicht zu Klarheit darüber geführt, welches die optimale Höhe der Interchange Fees ist.¹⁹¹ Auch in der Schweiz sind weitere Studien publiziert worden, ohne dass diese eine abschliessende Antwort erlauben würden.¹⁹² Darüber hinaus stellt sich die weitere Frage, ob der bisherige, auf einem Vergleich mit Bargeld basierende Merchant Indifference Test noch die richtige Vergleichsgrösse darstellt, wenn Bargeldzahlungen aufgrund des zunehmenden Wegfallens positiver Skaleneffekte durch den abnehmenden Einsatz von Bargeld immer teurer werden, während Kartentransaktionen aufgrund positiver Skaleneffekte günstiger werden müssten.

201. Da vorliegend eine EVR abgeschlossen werden konnte, erübrigt sich eine aufwändige Auseinandersetzung mit den zahlreichen ökonomischen Stellungnahmen oder gar die Erstellung eines eigenen Merchant Indifference Tests, welcher unter Umständen nicht mehr auf einem Vergleich mit Bargeld basieren würde. In der EVR ist eine DMIF von maximal 0,12 % des Transaktionswerts vorgesehen, wobei bei Transaktionen ab CHF 300 eine maximale DMIF von CHF 0.30 vereinbart ist. Diese Werte erscheinen aus folgenden Gründen angemessen:

- Im Rahmen des Safe Harbor hat das Sekretariat zum Zweck der Markteinführung zuletzt im Jahr 2017 eine DMIF von durchschnittlich CHF 0.12 zugelassen. Bei einer Umrechnung auf der Grundlage des damaligen mittleren Transaktionsbetrags einer Debitkartentransaktion gemäss SNB-Statistiken von rund CHF 57 ergab dies ein prozentualer Wert von 0,21 % pro Transaktion. Mit dem erfolgreichen Ende der Markteintrittsphase ist die ökonomische Rechtfertigung für eine Interchange Fee in dieser Höhe entfallen. Eine dauerhafte Interchange Fee muss aufgrund dieser Überlegung und den vorliegenden Erkenntnissen – und vorbehaltlich allfälliger anderer Erkenntnisse in einer umfassenden Untersuchung – deutlich unter diesem Wert liegen.
- Es gilt zu berücksichtigen, dass in der Schweiz mit Maestro über viele Jahre ein System mit einer DMIF von null funktionierte. Die Einführung einer dauerhaften DMIF, selbst auf dem vorgeschlagenen Niveau, führt zu einer Mehrbelastung des Handels und zu Mehreinnahmen der Issuer von jährlich rund CHF 40 Mio.¹⁹³
- Mit Irland (Maximalsatz von 0,1 %) ¹⁹⁴ und Spanien (Maximalsatz von 0,1 % für Transaktionen unter EUR 20 und von 0,2 % für Transaktionen über EUR 20, allerdings nur bis zu einem Maximalbetrag von EUR 0.07) ¹⁹⁵ verfügen zwei europäische Staaten über vergleichbare Lösungen, wie sie in der EVR vorgesehen sind.

202. Die Vorbringen von Visa und SwissDebitPay führen zu keiner anderen Einschätzung. Es gibt keine Evidenz dafür, dass der vereinbarte Satz zu einem weniger effizienten System für die Debitkarten von Mastercard führen könnte, als der von diesen Beteiligten geforderte, höhere Satz von 0,2 %. Die beiden Hauptkritikpunkte (neben der Höhe des vereinbarten Satzes) von Visa und SwissDebitPay betreffen einerseits die Zulassung einer Interchange Fee für das Produkt Maestro und andererseits, dass bei

Transaktionen mit mobilen Geräten am POS der höhere CnP-Satz angewendet wird. Dem ersten Punkt gilt es zu entgegnen, dass der Marktanteil von Maestro auf dem Markt für Debitkarten von internationalen Vier-Parteien-Systemen gemessen an der Anzahl Karten per Ende 2023 unter [...] % gesunken ist und die Anzahl Maestro-Karten noch weiter sinken wird.¹⁹⁶ Dem zweiten Punkt kann zunächst in formeller Hinsicht entgegen gehalten werden, dass der CnP-Satz nicht Bestandteil der vorliegenden EVR bildet, sondern in der Form von Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG festgelegt wurde.¹⁹⁷ In materieller Hinsicht kann festgehalten werden, dass der Anteil an mobilen Zahlungen am POS nach wie vor überschaubar ist. Gemäss Swiss Payment Monitor 2024¹⁹⁸ beträgt der Umsatzanteil der physischen Debitkarte im Präsenzgengeschäft rund 38 %, vor der Kreditkarte (23 %) und dem Bargeld (20 %). Auf das mobile Bezahlen entfallen rund 15 %, wobei dies alle Formen mobilen Bezahlens betrifft.¹⁹⁹ Wird das mobile Bezahlen auf das Abrechnungsprodukt aufgeschlüsselt, so steigt der Anteil der Debitkarte auf 41 %, also plus 3 % (6 % entfallen auf mobile Bezahlösungen, die mit dem Konto verknüpft sind und 6 % auf die Kreditkarten).²⁰⁰ Bezogen auf das ganze Debitkartenvolumen entfallen so rund 7 % auf mobile Transaktionen, bei denen eine Debitkarte hinterlegt ist. Dabei müsste diese Zahl auf 50 % steigen, d. h. die Hälfte aller

¹⁹¹ Vgl. DG COMPETITION, Survey on Merchants' Costs of Processing Cash and Card Payments, 2015, <https://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/dgcomp_final_report_en.pdf>; Evaluation der europäischen Regulierung von EY AND COPENHAGEN ECONOMICS, Study on the Application of the Interchange Fee Regulation – Study for the European Commission, 2020, <<https://copenhageneconomics.com/publication/study-on-the-application-of-the-interchange-fee-regulation>>.

¹⁹² TOBIAS TRÜTSCH/JOHANNES HUBER/NEMANJA BRALOVIC, Die Kosten der Point-of-Sale Zahlungen in der Schweiz, 2024, 4, <www.alexandria.unisg.ch/entities/publication/ae945757-91ed-486f-9454-2d9297b2f156/details> (10.3.2024); SNB, Zahlungsmittelumfrage bei Unternehmen in der Schweiz, 2023, <www.snb.ch/de/the-snb/mandates-goals/cash/payment_survey_companies/payment_survey_companies-2023> (10.3.2024).

¹⁹³ Auf der Grundlage des Debitkarten-Transaktionsvolumens für das Jahr 2020 von CHF 42 242 Mio. (domestisches Gesamtvolumen gemäss SNB von CHF 55 461 Mio. abzüglich CHF 13 219 Mio., welche auf die PostFinance Card entfallen sind; vgl. Jahresbericht VEZ 2020, 32, <www.vez-epay.ch/media/qxppl5j1/20210622-vez-jb-endversion.pdf> (10.3.2024).

¹⁹⁴ Statutory Instruments, S.I. No. 525 of 2020, <www.irishstatutebook.ie/eli/2020/si/525/made/en/pdf> (10.3.2023).

¹⁹⁵ Die Spanische Nationalbank hält auf ihrer Website fest: «*The limits of the interchange fees for transactions made with individual cards are set at 0.2 % of the amount of the transaction for debit cards (up to a maximum of 7 cents) and at 0.3 % for credit cards. For payments not exceeding 20 euro, the upper limits are 0.1 % and 0.2 %, respectively*», <www.bde.es/wbe/en/entidades-profesionales/supervisadas/informacion-publica-entidades-supervisadas/tasas-intercambio-descuento> (10.3.2024). Diese Limiten sind in Art. 11 Ziff. 1 der «Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia» festgeschrieben. Für eine englische Version vgl. <www.global-regulation.com/translation/spain/1448212/law-18-2014%252c-on-15-october%252c-adoption-of-urgent-measures-for-growth%252c-competitiveness-and-efficiency.html> (10.3.2024).

¹⁹⁶ U act. I. 63.

¹⁹⁷ U act. I. 3.

¹⁹⁸ SANDRO GRAF/NINA HEIM/MARCEL STADELMANN/TOBIAS TRÜTSCH, Swiss Payment Monitor 2024, Wie bezahlt die Schweiz?, Ausgabe 1/2024 – Erhebung November 2023, <www.zhaw.ch/storage/hochschule/medien/news/2024/Bericht_Swiss_Payment_Monitor_2024-1.pdf> (10.5.2024).

¹⁹⁹ Swiss Payment Monitor 2024 (Fn 198), Abb. 5.

²⁰⁰ Swiss Payment Monitor 2024 (Fn 198), Abb. 7.

Zahlungen am POS müsste mit mobilen Geräten erfolgen, damit die durchschnittliche Interchange Fee 0,2 % erreichen würde. In den Anregungen ist allerdings eine Anpassungsmöglichkeit für das Sekretariat ab dem Jahr 2030 vorgesehen, sollte der Anteil mobiler Zahlungen am POS 30 % überschreiten.²⁰¹ Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass bei der Benutzung eines mobilen Geräts an der Kasse zusätzliche Kosten für die Issuer anfallen können (z. B. Gebühren von Apple), die ohne Berücksichtigung in der Interchange Fee dazu führen könnten, dass die Issuer ihre Debitkarten für diese Funktionalität nicht freigeben (und so die mobilen Zahlungen über die teureren Kreditkarten erfolgen).

203. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die in der EVR vorgesehene DMIF für CP-Transaktionen von maximal 0,12 % des Transaktionswerts und einer maximalen DMIF von CHF 0.30 für Transaktionen ab CHF 300 unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen und der aktuellen Marktumstände als notwendig zur Verbesserung des Gesamtsystems erscheinen und somit als Effizienzgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu qualifizieren sind. Die Möglichkeit einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG) wird durch die DMIF nicht eröffnet.

C.5.4.5 Zwischenergebnis

204. Unter Berücksichtigung der aktuellen Marktumstände kann eine dauerhafte DMIF für Debitkarten in der gemäss EVR vorgesehenen Höhe aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden.

C.5.4.6 Umsetzung in der EVR

205. Die EVR wurde mit dem Ziel einer langfristigen Lösung für die DMIF von Debitkarten geschlossen. Eine Kündigung der EVR ist erst ab dem Jahr 2033 möglich. Ab dann sind sowohl Mastercard als auch die WEKO berechtigt, die EVR unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zu kündigen (Ziff. 8 EVR).

206. Ab dem Jahr 2030 kann Mastercard eine Anpassung der EVR beantragen, sofern sich vordefinierte Marktumstände verändert haben (Ziff. 5 EVR).

207. Eine Anpassung der EVR ist zudem dann vorgesehen, falls sich im vertieften Parallelverfahren gegen Visa herausstellen sollte, dass eine höhere DMIF gerechtfertigt werden kann. Sollte die WEKO oder eine Rechtsmittelinstanz zum Ergebnis gelangen, dass die Interchange Fee für das CP-Geschäft höher festgesetzt werden darf, so ist Mastercard berechtigt, gleichzeitig wie Visa dieselbe Interchange Fee anzuwenden (Ziff. 7 EVR).

208. Darüber hinaus verpflichtet sich Mastercard, jährlich über die Einhaltung der EVR Bericht zu erstatten (Ziff. 2 EVR), die DMIF transparent im Internet zu publizieren (Ziff. 3 EVR) und zur Ausgestaltung der No-Surcharging-Rule nach europäischem Standard (Ziff. 4 EVR).

209. Um eine rasche Umsetzung der EVR sicherzustellen, verpflichtet sich Mastercard zu deren Implementierung, selbst wenn die Rechtskraft der Genehmigungsverfügung aufgrund allfälliger Beschwerden von Dritten noch nicht eingetreten sein sollte (Ziff. 6 EVR).

A.1.1 Ergebnis

210. Eine dauerhafte DMIF für Debitkarten im CP-Geschäft bildet eine Fest- und Mindestpreisabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zwischen Mastercard als Lizenzgeberin und den Issuern und Acquirern als Lizenznehmerinnen. Diese Abrede wirkt sich einerseits direkt als Festpreis zwischen den Issuern und den Acquirern aus, indem für jede Transaktion der genaue Betrag festgesetzt wird, der vom Acquirer an den Issuer zu bezahlen ist. Andererseits wirkt sich die Abrede auch indirekt als Festsetzung eines Mindestpreises auf dem Acquiring-Markt aus, da die DMIF einen Sockelbetrag der MSC darstellt, die der Acquirer von den Händlern für seine Dienstleistungen verlangt. Die WEKO geht aber unter Berücksichtigung der aktuellen Marktumstände davon aus, dass eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dann vorliegt, wenn die in der EVR vereinbarte Höhe der DMIF eingehalten wird.

C.6 Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens

211. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.²⁰²

212. Die vorliegende Untersuchung wurde auch wegen eines mutmasslichen Verstosses gegen Art. 7 KG eröffnet. Je nach Marktabgrenzung könnte sich Mastercard in einer marktbeherrschenden Stellung befinden. So erscheint es entsprechend der Rechtsprechung der früheren REKO/WEF nicht ausgeschlossen, aus Sicht des Handels für jedes Debitkartenprodukt, welches eine bestimmte Bedeutung erreicht, einen eigenen sachlich relevanten Markt abzugrenzen.²⁰³ Denkbar wäre auch eine Abgrenzung eines weiten Marktes für Debitkarten, in welchem Mastercard mit den Produkten Maestro und Mastercard Debit präsent wäre. Gemäss einer aktuellen Studie betrug der Marktanteil von Mastercard gemessen an der Anzahl Karten im Jahr 2022 rund 51,6 %.²⁰⁴ In der Vergangenheit wurde im Sinne einer Arbeitshypothese ein Markt für Debitkarten internationaler 4-Parteien-Systeme abgegrenzt. Die Marktanteile wurden anhand weiterer Kriterien wie Transaktionsvolumen und Anzahl Transaktionen untersucht.²⁰⁵

²⁰¹ U act. I. 3.

²⁰² BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGE 129 II 497 E. 6.5.1, *Buchpreisbindung*.

²⁰³ Vgl. REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 560 ff. E. 7.5.1.

²⁰⁴ TOBIAS TRÜTSCH/JOHANNES HUBER/NEMANJA BRALOVIC, Die Kosten der Point-of-Sale Zahlungen in der Schweiz, 2024, 4, <www.alexandria.unisg.ch/entities/publication/ae945757-91ed-486f-9454-2d9297b2f156/details> (7.2.2024).

²⁰⁵ Vgl. etwa RPW 2012/4, 793 Rz 249 und 804 Rz 360, *Maestro FIF/Debit MC IF*.

213. Sollte eine marktbeherrschende Stellung bejaht werden, so könnten überhöhte Interchange Fees mutmasslich den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen) erfüllen.

214. Da vorliegend mit Mastercard eine EVR abgeschlossen wurde, um die Höhe der Interchange Fees auf einem gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigtem Niveau festzusetzen, kann auf eine Beurteilung des Sachverhalts unter dem Aspekt von Art. 7 KG verzichtet werden.

215. Mastercard bringt in ihrer Stellungnahme zum Antrag vor, die Erwägungen zur potenziellen Marktstellung von Mastercard seien obsolet, bestritten und somit zu streichen (siehe Rz 73 ff.). Insbesondere widerspreche die Abgrenzung eines eigenen sachlich relevanten Marktes für jedes einzelne Debitkartenprodukt und/oder für die Debitkartenprodukte von Mastercard sowie die Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes für Debitkarten internationaler 4-Parteien-Systeme der Marktrealität und etablierter internationaler Praxis. Der sachlich relevante Markt sei weiter zu fassen und umfasse insbesondere auch TWINT (siehe Rz 76).

216. Wie dargelegt, entsprechen die Erwägungen zur Marktabgrenzung (Rz 165 ff. und 212) der etablierten Praxis der Wettbewerbsbehörden zu Zahlkarten und Debitkarten im Besonderen. Es hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass Endkunden die verschiedenen Zahlungsmittel komplementär zueinander einsetzen, was prima facie gegen einen Einbezug von TWINT spricht. Allerdings wurde diese Frage bislang nicht geklärt und es ist im Rahmen dieser Genehmigungsverfügung mit reduzierter Begründungsdichte auch nicht erforderlich, weiter auf diese Thematik einzugehen. So konnte die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auch ohne Einbezug von TWINT umgestossen werden und unter dem Aspekt von Art. 7 KG erfolgt keine vertiefte Prüfung der Marktabgrenzung. Hingegen können die Erwägungen nicht ersatzlos gestrichen werden, da die Untersuchungseröffnung auch unter Art. 7 KG erfolgt ist und eine Betrachtung unter diesem Aspekt nicht ausgeschlossen ist.

217. Mastercard bringt weiter vor, die unter Rz 212 wiedergegebene Marktanteilsschätzung sei bereits überholt und die Datengrundlage ohnehin fraglich. Die Ermittlung von Marktanteilen der Marktteilnehmer sei nicht Gegenstand der herangezogenen Studie gewesen.²⁰⁶

218. Gemäss aktuellen Zahlen von SIX (Übersicht zu den Debitkartenbeständen aller Banken, für welche SIX in der Rolle als Principal Issuer Debitkarten herausgibt und verarbeitet) verfügt Mastercard per Ende 2023 mit Maestro und Debit Mastercard über einen Marktanteil von rund [...] % im Falle einer Abgrenzung eines Marktes für Debitkarten (4-Parteien-Systeme) gemessen am Anteil der ausgegebenen Karten (vgl. Rz 212).²⁰⁷ Es ist nicht zu erkennen, inwiefern die aus der Studie entnommenen Schätzungen – selbst unter Berücksichtigung der Anteile der PostFinance Card – ein wesentlich fehlerhaftes Bild zeichnen würden.

C.7 Massnahmen

219. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung

einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG (vgl. Rz 220 ff.) als auch pekuniäre Verwaltungssanktionen nach Art. 49a KG (vgl. Rz 225 f.). Die direkte Sanktionierbarkeit bestimmter Verhaltensweisen schliesst die gleichzeitige Anordnung von Massnahmen nicht aus.²⁰⁸

C.7.1 Genehmigung der EVR

220. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des Wettbewerbsverstosses abhängig sind.²⁰⁹

221. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine EVR gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der EVR ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der EVR praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.²¹⁰

222. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 31. Oktober 2023 mit Mastercard eine EVR abgeschlossen (vgl. oben Rz 56). Diese lautet wie folgt:

«A. Vorbemerkungen

a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0522 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*

²⁰⁶ U act. I. 58, Rz 23.

²⁰⁷ U act. I. 63.

²⁰⁸ BGer, 2C_782/2021 vom 14.9.2022 E. 4, insb. E. 4.3 und 4.4, *Implementa*.

²⁰⁹ Vgl. WEKO vom 6.12.2021, Rz 773, *Belagswerke Bern*; RPW 2015/2, 185 f. Rz 160, *KKDMIF II*.

²¹⁰ Vgl. BGE 145 II 259 E. 2.5.2; BGer, 2C_484/2010 vom 29.6.2012 E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe*; BVerf, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3, *Publigroupe* sowie RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)*; vgl. auch CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Diss. 2016, 63 f.

- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden. Das Sekretariat beabsichtigt, die Begründung hauptsächlich auf die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden zu Interchange Fees für Zahlkarten abzustützen. Gemäss dieser Praxis sind Interchange Fees als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zu qualifizieren, welche allerdings – sofern sie gewisse Bedingungen einhalten und namentlich ein bestimmtes Niveau nicht überschreiten – aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0522 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Mastercard einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Mastercard hat im Präsenzgeschäft für ihr Produkt Maestro bisher keine domestische (Schweizer) Debitkarten Interchange Fee für Card-Present-Transaktionen (CP IF) festgesetzt. Bei ihrem Produkt Debit Mastercard hat sich Mastercard während der Markteinführungsphase an die im Schlussbericht vom 31. Mai 2011 in Sachen Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee (RPW 2012/4, 764 ff.) definierten Anregungen des Sekretariats gehalten, weswegen die bisher für Debit Mastercard festgelegten CP IF nicht sanktionsbedroht waren. Sofern Mastercard die CP IF in Zukunft unter Einhaltung der nachfolgenden Vereinbarung festsetzt, gelten diese als im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt. Vorbehalten bleibt die Genehmigung der WEKO.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Mastercard keine Anerkennung der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Mastercard fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Mastercard.
- B. Vereinbarungen**
1. Mastercard verpflichtet sich, die domestischen (Schweizer) Debitkarten Interchange Fees für Card-Present-Transaktionen für ihre Debitprodukte Maestro und Debit Mastercard (CP IF) innert drei Monaten nach dem Genehmigungsentscheid der WEKO so festzusetzen, dass bei Transaktionen bis CHF 300 die Obergrenze von 0,12 % des Transaktionswertes nicht überschritten wird und die Interchange Fee bei Transaktionen ab CHF 300 maximal CHF 0.30 beträgt.
2. Mastercard verpflichtet sich, dem Sekretariat jährlich per 1. April über die Einhaltung der CP IF gemäss vorstehender Ziffer 1 Bericht zu erstatten. Die Berichterstattung umfasst für jedes Debitprodukt (Maestro und Debit Mastercard) namentlich die Anzahl Transaktionen, das Transaktionsvolumen sowie das Gesamtvolumen an Interchange Fees, welches mit Card-Present-Transaktionen generiert wurde.
3. Mastercard verpflichtet sich, die aktuellen CP IF auf ihrer Webseite zu veröffentlichen.
4. Mastercard verpflichtet sich, bei einer Verwendung der No-Surcharging-Rule, diese gemäss europäischem Standard zu verwenden, das heisst, den Händlern darf zwar untersagt werden, Zuschläge für die Verwendung von Debitprodukten von Mastercard zu verlangen, Abschläge bleiben hingegen uneingeschränkt zulässig.
5. Die Vereinbarung gilt unbefristet. Mastercard kann jedoch erstmals ab dem 1. November 2030 eine Anpassung der CP IF unter Geltendmachung von einem der folgenden Gründe beantragen:
- a. Die Inflation in der Schweiz überschreitet seit dem 1. Januar 2023 das jährliche Inflationsziel der Schweizerischen Nationalbank;
 - b. die Kosten für die Herausgeber von Debitkarten sind im Vergleich zum 1. Januar 2023 um 10 % angestiegen;
 - c. der Markt für bargeldlose Zahlungsmittel, inklusive alternativer Zahlungssysteme, Bezahlösungen und Geldformen wie etwa Mobile Payment-Lösungen (z.B. TWINT), Instant Payments, Account-to-Account Payments, E-Wallets, Request-to-Pay, Payment Service Initiation (PIS) oder Tokengeld (privates oder von Zentralbanken emittiertes Tokengeld) hat sich so verändert, dass die Debitkartenprodukte von Mastercard weniger attraktiv geworden sind und auf dem Gesamtmarkt für bargeldlose Zahlungsmittel im Vergleich zum Stand 1. Januar 2023 15 % weniger genutzt werden;
 - d. die Nachfrage nach Firmendebitkarten von Mastercard hat sich im Vergleich zum 1. Januar 2023 relativ bemessen um 15 % gesteigert.
6. Mastercard verpflichtet sich zur Implementierung der vorliegenden EVR, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der WEKO nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Umgekehrt wird das Sekretariat bei einer Festsetzung der CP IF gemäss dieser EVR keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen, sollte sich im Rahmen eines ordentlichen Rechtsmittelverfahrens gegen Mastercard ergeben, dass die EVR unzulässig war und

die CP IF von Mastercard anders hätten festgesetzt oder verboten werden müssen.

7. Sollte die WEKO in der Untersuchung gegen Visa (22-0523: Interchange Fees für Debitkarten von Visa) zum Ergebnis gelangen, dass die CP IF höher festgesetzt werden darf, als in der obigen Ziffer 1 vereinbart, so ist Mastercard berechtigt, dieselbe CP IF gleichzeitig wie Visa anzuwenden. Gleiches gilt, falls eine höhere CP IF in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren zugelassen werden sollte.
8. Mastercard und die WEKO sind berechtigt, die EVR unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten frühestens per 1. Januar 2033 zu kündigen. Wird die EVR nicht fristgemäss gekündigt, verlängert sie sich jeweils stillschweigend um eine Periode von weiteren zwei Jahren.»

223. Die dargestellte EVR umschreibt die Verpflichtungen, welche Mastercard eingegangen ist, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird aufgrund der getroffenen Vereinbarung aus Effizienzgründen gerechtfertigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen. Das Sekretariat beantragte bei der WEKO daher, die EVR im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG zu genehmigen.

224. Es ist darauf hinzuweisen, dass Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende EVR nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selbst, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.²¹¹

C.7.2 Sanktionierung

225. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet.

226. Im vorliegenden Fall kommt eine Sanktionierung nicht in Betracht. Für das Produkt Maestro hat Mastercard bisher keine DMIF erhoben, so dass gar keine Wettbewerbsabrede vorliegt. Bezüglich des Produkts Debit Mastercard wurde der Safe Harbor und nach dessen Auslaufen die Vorgabe des Sekretariats in Bezug auf die Höhe der DMIF eingehalten.²¹²

C.8 Entzug der aufschiebenden Wirkung

227. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde gegen vorliegende Verfügung aufschiebende Wirkung zu. Soweit die Verfügung keine Geldleistungen zum Gegenstand hat, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die verfügende Behörde muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen,

wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann.²¹³

228. Vorliegend gilt es zu berücksichtigen, dass Mastercard per Ende Juni 2022 die Marktanteilsschwelle von 15 % gemäss Ziffer 4 Bst. a des Schlussberichts vom 31. Mai 2011 betreffend die Vorabklärung «22-0381: Maestro Fallback Interchange Fee und Debit Mastercard Interchange Fee» überschritten hatte (vgl. Rz 33). Seit diesem Zeitpunkt gilt der damals festgelegte Safe Harbour nicht mehr, weshalb ein Verfahren mit dem Fokus auf eine rasche Nachfolgeregelung eröffnet wurde (vgl. Rz 16). Dies ist mit der Verfügungsadressatin gelungen. Die rasche Umsetzung der vorliegenden Verfügung, welche die DMIF in einer angemessenen Höhe limitiert, was zu einer Rechtfertigung der Abrede gemäss Art. 5 Abs. 2 KG führt, liegt sowohl im Interesse des wirksamen Wettbewerbs als auch im privaten Interesse von Mastercard. Im vorliegenden Fall wird das Interesse der Verfügungsadressatin an einer raschen Umsetzung zusätzlich dadurch unterstrichen, dass sie sich zur Implementierung der EVR verpflichtet hat, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der WEKO nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte (siehe Rz 209 und Rz 222). Den anderen am Verfahren Beteiligten droht – wie oben dargelegt (Rz 102 ff.) – kein spürbarer wirtschaftlicher Nachteil, weshalb es nicht angezeigt erscheint, einer allfälligen Beschwerde gegen die Genehmigung der EVR eine aufschiebende Wirkung zukommen zu lassen.

229. Es besteht nach dem Gesagten ein überwiegendes Interesse an der unverzüglichen Vollstreckbarkeit der vorliegenden Verfügung. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung ist aus diesen Gründen zu entziehen.

D Kosten

230. Die Gebührenpflicht, die Höhe der Verfahrenskosten und die Verlegung der Kosten richtet sich nach Art. 53a KG sowie der Gebührenverordnung KG²¹⁴.

231. Die Wettbewerbsbehörden erheben nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26–31 KG. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

²¹¹ Vgl. BVGer, B-2157/2006 vom 3.10.2007 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique; REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 555 E. 6.2.6, Telexkurs Multipay.

²¹² Vgl. VA act. I.45.

²¹³ Vgl. BGE 110 V 40, 45 E. 5.b; REKO/WEF, 21.1.2004, RPW 2004/1, 200, Flughafen Zürich AG/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission – Valet Parking; RPW 2004/1, 125 f. Rz 80, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; RPW 2002/4, 602 f. Rz 30 ff., ETA SA Fabriques d'Ebauches.

²¹⁴ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

232. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht für eine Partei, wenn sie an einer oder an mehreren unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt war oder wenn sie sich unterzieht.²¹⁵ Im vorliegenden Verfahren wurde die DMIF als Wettbewerbsabrede qualifiziert, welche nur unter bestimmten Bedingungen als gerechtfertigt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gelten kann. Mastercard hat sich zu diesem Zweck zu einer EVR verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

233. Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach Art. 4 f. GebV-KG. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von Fr. 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

234. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von Fr. 130.– bis 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 412 Stunden. Darin enthalten ist auch die Hälfte der in der Vorabklärung aufgelaufenen Kosten. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 12 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 1560.–
- 450 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 90 000.–
- 23 Stunden zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 6670.–

235. Demnach belaufen sich die Gebühren auf Fr. 98 230.–

236. Von diesem Betrag auszuschneiden sind die Kosten für die Behandlung der abgewiesenen Gesuche um Paratestellung von Visa und SwissDebitPay. Der Aufwand für deren Bearbeitung hat sich je auf 7,5 Stunden zu Fr. 200 belaufen, was je einen Betrag von Fr. 1500.– ergibt.

237. Die Verfahrenskosten in der Höhe von total Fr. 95 230.– werden Mastercard auferlegt.

E Ergebnis

238. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

239. Die DMIF für CP-Transaktionen mit Debitkarten von Mastercard bildet eine Abrede über Mindest- und Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zwischen Mastercard als Lizenzgeberin und den Issuern und Acquirern als Lizenznehmerinnen. Diese Abrede führt einerseits direkt zu einem Festpreis zwischen den Issuern und den Acquirern (siehe Rz 160 f.). Andererseits wirkt sich die Abrede auch indirekt als Festsetzung eines Mindestpreises auf dem Acquiring-Markt aus (siehe Rz 162). Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann widerlegt werden. Als Abrede über Mindest- und Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ist die DMIF als qualitativ schwerwiegende Abrede zu qualifizieren, zumal kein Bagatellfall vorliegt. Vielmehr dürfte die DMIF aufgrund der Marktanteile von Mastercard und der hohen Umsätze mit Debitkarten auch quantitativ schwerwiegend sein, was aber letztlich offen gelassen werden kann. Die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist somit gegeben. Die DMIF kann aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt

werden, wenn ihre Höhe limitiert wird. Zu diesem Zweck sieht die EVR eine maximale DMIF von 0,12 % vom Transaktionsbetrag, verbunden mit einer maximalen DMIF von CHF 0.30 ab einem Transaktionsbetrag von CHF 300 vor.

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die von Mastercard mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 31. Oktober 2023 mit nachfolgendem Wortlaut:

1. *Mastercard verpflichtet sich, die domestischen (Schweizer) Debitkarten Interchange Fees für Card-Present-Transaktionen für ihre Debitprodukte Maestro und Debit Mastercard (CP IF) innert drei Monaten nach dem Genehmigungsentcheid der WEKO so festzusetzen, dass bei Transaktionen bis CHF 300 die Obergrenze von 0,12 % des Transaktionswertes nicht überschritten wird und die Interchange Fee bei Transaktionen ab CHF 300 maximal CHF 0.30 beträgt.*
2. *Mastercard verpflichtet sich, dem Sekretariat jährlich per 1. April über die Einhaltung der CP IF gemäss vorstehender Ziffer 1 Bericht zu erstatten. Die Berichterstattung umfasst für jedes Debitprodukt (Maestro und Debit Mastercard) namentlich die Anzahl Transaktionen, das Transaktionsvolumen sowie das Gesamtvolumen an Interchange Fees, welches mit Card-Present-Transaktionen generiert wurde.*
3. *Mastercard verpflichtet sich, die aktuellen CP IF auf ihrer Webseite zu veröffentlichen.*
4. *Mastercard verpflichtet sich, bei einer Verwendung der No-Surcharging-Rule, diese gemäss europäischem Standard zu verwenden, das heisst, den Händlern darf zwar untersagt werden, Zuschläge für die Verwendung von Debitprodukten von Mastercard zu verlangen, Abschläge bleiben hingegen uneingeschränkt zulässig.*
5. *Die Vereinbarung gilt unbefristet. Mastercard kann jedoch erstmals ab dem 1. November 2030 eine Anpassung der CP IF unter Geltendmachung von einem der folgenden Gründe beantragen:*
 - a. *Die Inflation in der Schweiz überschreitet seit dem 1. Januar 2023 das jährliche Inflationsziel der Schweizerischen Nationalbank;*
 - b. *die Kosten für die Herausgeber von Debitkarten sind im Vergleich zum 1. Januar 2023 um 10 % angestiegen;*

²¹⁵ BGE 128 II 247 E. 6.1, *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

- c. *der Markt für bargeldlose Zahlungsmittel, inklusive alternativer Zahlungssysteme, Bezahlösungen und Geldformen wie etwa Mobile Payment-Lösungen (z.B. TWINT), Instant Payments, Account-to-Account Payments, E-Wallets, Request-to-Pay, Payment Service Initiation (PIS) oder Tokengeld (privates oder von Zentralbanken emittiertes Tokengeld) hat sich so verändert, dass die Debitkartenprodukte von Mastercard weniger attraktiv geworden sind und auf dem Gesamtmarkt für bargeldlose Zahlungsmittel im Vergleich zum Stand 1. Januar 2023 15 % weniger genutzt werden;*
 - d. *die Nachfrage nach Firmendebitkarten von Mastercard hat sich im Vergleich zum 1. Januar 2023 relativ bemessen um 15 % gesteigert.*
6. *Mastercard verpflichtet sich zur Implementierung der vorliegenden EVR, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der WEKO nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Umgekehrt wird das Sekretariat bei einer Festsetzung der CP IF gemäss dieser EVR keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen, sollte sich im Rahmen eines ordentlichen Rechtsmittelverfahrens gegen Mastercard ergeben, dass die EVR unzulässig war und die CP IF von Mastercard anders hätten festgesetzt oder verboten werden müssen.*
 7. *Sollte die WEKO in der Untersuchung gegen Visa (22-0523: Interchange Fees für Debitkarten von Visa) zum Ergebnis gelangen, dass die CP IF höher festgesetzt werden darf, als in der obigen Ziffer 1 vereinbart, so ist Mastercard berechtigt, dieselbe CP IF gleichzeitig wie Visa anzuwenden. Gleiches gilt, falls eine höhere CP IF in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren zugelassen werden sollte.*
 8. *Mastercard und die WEKO sind berechtigt, die EVR unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten frühestens per 1. Januar 2033*
- zu kündigen. Wird die EVR nicht fristgemäss gekündigt, verlängert sie sich jeweils stillschweigend um eine Periode von weiteren zwei Jahren.*
2. Der Antrag von Visa auf Teilnahme am Verfahren als Dritte mit Parteistellung wird abgewiesen. Visa wird als Dritte ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt.
 3. Der Antrag von SwissDebitPay auf Teilnahme am Verfahren als Dritte mit Parteistellung wird abgewiesen. SwissDebitPay wird als Dritte ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt.
 4. Der Antrag der [...] auf Beteiligung am Verfahren als Dritte ohne Parteistellung wird gutgeheissen.
 5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
 6. Mastercard werden Verfahrenskosten nach Art. 53a KG in der Höhe von Fr. 95 230.– auferlegt. Visa und SwissDebitPay werden Verfahrenskosten von je Fr. 1500.– auferlegt.
 7. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffer 1 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
- Die Verfügung ist zu eröffnen:
- Mastercard Europe, Waterloo (B), Zweigniederlassung Zürich, in Zürich und Mastercard Europe SA, in Waterloo, Belgien vertreten durch [...]
- Ziffer 2 und 5 der Verfügung sind zu eröffnen:
- Visa Europe Ltd., Head Office, in London, Vereinigtes Königreich vertreten durch [...]
- Ziffer 3 und 5 der Verfügung sind zu eröffnen:
- SwissDebitPay, c/o Kellerhals Carrard Zürich KIG, in Zürich vertreten durch [...]
- Die Verfügung geht in Kopie an:
- [...], vertreten durch [...]
- [Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	3. BMW (Schweiz) AG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen A.

Zwischenverfügung vom 10. September 2024 in Sachen Untersuchung 32-0284: BMW (Schweiz) AG gemäss Art. 27 KG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen A.

A Sachverhalt

1. Ende September 2023 reichte eine Garagenbetreiberin (nachfolgend: Anzeigerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen die BMW (Schweiz) AG wegen angeblichen Missbrauchs relativer Marktmacht ein. Die Anzeigerin war während mehrerer Jahrzehnte eine zugelassene Händlerin und Servicestelle für Fahrzeuge der Marken BMW und MINI gewesen. In ihrer Anzeige warf sie der BMW (Schweiz) AG vor, ihr eine Erweiterung der Geschäftsbeziehungen in Aussicht gestellt und sie zu Investitionen in Millionenhöhe veranlasst zu haben. Nachdem die Anzeigerin die Investitionen getätigt habe, habe die BMW (Schweiz) AG die Zusammenarbeit unerwartet beendet, ohne eine angemessene Übergangslösung vorzusehen. Die Anzeigerin machte geltend, sie sei vom Fortbestand der Geschäftsbeziehungen mit der BMW (Schweiz) AG wirtschaftlich abhängig, um die erwähnten Investitionen zu amortisieren.

2. Aus den Vorbringen der Anzeigerin ergaben sich Anhaltspunkte, wonach die BMW (Schweiz) AG und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: BMW-Gruppe) gegenüber der Anzeigerin über eine relativ marktmächtige Stellung verfügen und diese missbraucht haben bzw. missbrauchen könnten (Art. 4 Abs. 2^{bis} i. V. m. Art. 7 KG¹). Das Sekretariat eröffnete daher am 15. Januar 2024 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen des Verdachts auf Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin (nachfolgend: Untersuchung).² Parteien dieser Untersuchung sind die Gesellschaften der BMW-Gruppe sowie die Anzeigerin, welche von der konkret untersuchten Verhaltensweise direkt betroffen ist.

3. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung am 25. Januar 2024 gemäss Art. 28 Abs. 1 und 2 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie im Bundesblatt bekannt.³ Die Publikation enthielt gemäss Art. 28 Abs. 2 Satz 2 KG den Hinweis, dass Dritte sich innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen.

4. Mit Schreiben vom 26. Februar 2024 verlangten die drei Gesellschaften A., [...] und [...] (zusammen nachfolgend: die drei Gesellschaften), welche alle drei von der im Rubrum genannten Rechtsvertretung vertreten werden, an der Untersuchung beteiligt zu werden. Konkret beantragten die drei Gesellschaften Folgendes:

«ANTRÄGE

1. Es sei der A., [...] und der [...] Parteistellung im Sinn von Art. 6 i. V. m. 48 VwVG im Verfahren gegen BMW (Schweiz) AG und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vom 15. Januar 2024 zu gewähren.
2. Eventualiter seien die A., [...] und die [...] gemäss Art. 43 KG am Verfahren gegen BMW (Schweiz) AG und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vom 15. Januar 2024 zu beteiligen.

VERFAHRENSANTRÄGE

3. Die Identität der Gesuchstellerinnen sei geheim zu halten und zwar gegenüber
 - 3.1. der BMW (Schweiz) AG, und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften,
 - 3.2. hier nicht genannten allfälligen anderen Verfahrensparteien und
 - 3.3. der Öffentlichkeit.
4. Behördliche Einschätzungen des Geschäftsgeheimnischarakters der von den Gesuchstellern eingereichten Informationen seien den Gesuchstellern vor der allfälligen Einsichtnahme Dritter und der Verfahrenspartei mitzuteilen, damit sie ihr Recht auf rechtliches Gehör wahrnehmen können.»

5. Die drei Gesellschaften begründeten die vorstehenden Anträge im Schreiben vom 26. Februar 2024 ausführlich sowohl in sachverhaltsmässiger als auch in rechtlicher Hinsicht. Da die vorliegende Zwischenverfügung einzig A. betrifft, wird nachfolgend ausschliesslich auf deren Begründung eingegangen. A. führte aus, sie sei seit ca. [...] Jahren offizielle [...] -Vertretung ([...]) und [...]. Mit Schreiben vom [...] habe die [...] alle bestehenden Verträge mit A. per [...] gekündigt und dies mit [...] begründet. Die [...] habe A. mitgeteilt, dass sie [...]. Die [...] habe dabei A. versichert, dass [...] die Geschäftsbeziehung weitergeführt werde. A. habe sodann auf Aufforderung der [...] rund [...] Mio. Franken in ihre Räumlichkeiten und die Organisation investiert. Zudem habe A. den Mietvertrag des Geschäftsgebäudes sowie andere Verträge, die für die Fortführung und den Ausbau des Garagenbetriebs notwendig gewesen seien, bis [...] verlängert. Die [...] habe A. dann jedoch am [...] mitgeteilt, dass die Geschäftsbeziehung am [...] endgültig enden werde. Die [...] habe

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

² Vgl. Medienmitteilung vom 18.1.2024, WEKO untersucht relative Marktmacht im Automobilsektor, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/85773.pdf>> (10.9.2024).

³ Vgl. SHAB Nr. 17 vom 25.1.2024, S. 154 f., BBI 2024 142.

also entgegen ihrer ursprünglichen Ankündigung die Vertriebsverträge mit A. beendet, ohne dass A. ihre Investitionen hätte amortisieren können. Neben dem Abbruch der Geschäftsbeziehung habe die [...] zudem [...] und A. bis heute keinerlei Entschädigung bezahlt. Das Ausbleiben von Schadensersatz in Höhe von rund [...] Mio. Franken stellte für A. einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil dar und sei sogar existenzbedrohend. [...]. Zivile Gerichte seien bei der Beurteilung von Kartellverstössen ohne vorherigen Entscheid der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) oft überfordert, weshalb solche Zivilverfahren oft sehr lange dauern würden und äusserst kostspielig seien. [...]. Denn das beschriebene Verhalten der [...] gegenüber A. sei vergleichbar mit dem in der Untersuchung geprüften Verhalten der BMW-Gruppe, weshalb sich dementsprechend auch in Bezug auf A. die Frage stelle, ob ein Missbrauch relativer Marktmacht durch die [...] ihr gegenüber vorliege. Je nach Ausgang des Verfahrens stünden A. insbesondere zivilrechtliche Ansprüche auf Schadenersatz und/oder Vertragsweiterführung zu, weshalb ihr ein unmittelbarer, praktischer Nutzen aus der Verfahrensbeteiligung erwachse. Auch könne A. zur Sachverhaltsabklärung beitragen. A. sei daher vom Gegenstand der Untersuchung besonders berührt und habe ein schutzwürdiges Interesse an der Beteiligung am Verfahren als Partei. Ausserdem bestehe wegen der vorstehenden Umstände die Möglichkeit, dass A. durch die [...] in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert würde, weshalb sie zumindest als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zum Verfahren zuzulassen sei. Den Antrag auf Geheimhaltung der Identität von A. gegenüber den Verfahrensparteien und der Öffentlichkeit begründete A. mit [...].

6. In der Folge prüfte das Sekretariat die Anträge und informierte anschliessend A., [...] und [...] mit Schreiben vom 18. April 2024 über seine vorläufige Einschätzung. Danach sind die drei Gesellschaften nicht als Parteien der Untersuchung zu behandeln und sie sind auch nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ohne Parteistellung am Verfahren zu beteiligen. Das Sekretariat begründete dies insbesondere damit, dass die Untersuchung einzig das konkrete bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin zum Gegenstand habe und nicht ersichtlich sei, dass A., [...] oder [...] durch das in der Untersuchung überprüfte Verhalten der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin konkret in ihren Wettbewerbspositionen berührt sein könnten. Ein blosses Berührtsein von der Rechtsauslegung reiche nicht aus für die Begründung der Parteistellung oder der Stellung als Dritte ohne Parteistellung. Würde man in einer solchen Konstellation Unternehmen bloss wegen des Berührtseins von zu klärenden Rechtsfragen als Partei behandeln, sei einer Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet und es würde eine Überlastung der Rechtspflege drohen. Ohne formelle Beteiligung von A., [...] und [...] am Verfahren seien diese Unternehmen auch nicht schutzlos gestellt, da es ihnen freistehe, Anzeigen bei den Wettbewerbsbehörden einzureichen hinsichtlich des angeblichen Missbrauchs relativer Marktmacht ihnen gegenüber und so allenfalls gesonderte wettbewerbsbehördliche Verfahren anzustrengen, unaufgeforderte Stellungnahmen betreffend die laufende Untersuchung gegen die BMW-Gruppe einzureichen und [...] den Zivilrechtsweg zu beschreiten. In Bezug auf den Geheimhaltungsantrag

teilte das Sekretariat mit, es werde die Identität von A., [...] und [...] nicht offenlegen, solange sie jeweils nicht am Verfahren beteiligt werden. Falls A., [...] und/oder [...] am Verfahren zu beteiligen wären, wäre es jedoch aus Gründen des rechtlichen Gehörs voraussichtlich notwendig, den bisherigen Parteien der Untersuchung die Identität der zu beteiligenden Gesellschaften zur Kenntnis zu bringen. Das Sekretariat gab A., [...] und [...] unter Fristansetzung die Gelegenheit, sich zu den Ausführungen des Sekretariats zu äussern und mitzuteilen, ob sie angesichts der vorläufigen Einschätzung des Sekretariats an ihren Anträgen festhalten und eine Zwischenverfügung verlangen oder sie die Anträge zurückziehen.

7. Auf Wunsch der gemeinsamen Rechtsvertretung von A., [...] und [...] erläuterte das Sekretariat der Rechtsvertretung die vorläufige Einschätzung des Sekretariats anlässlich einer Videokonferenz, welche am 29. April 2024 stattfand.

8. Mit Schreiben vom 17. Mai 2024 reichten A. und [...] ein Gesuch ein auf den Erlass einer Zwischenverfügung zu den folgenden Anträgen:

«Anträge

1. *Es sei der A. und der [...] («Gesuchsteller») Parteistellung im Sinn von Art. 6 i.V.m. 48 VwVG im Verfahren 32-0284 zu gewähren.*
2. *Eventualiter seien die Gesuchsteller gemäss Art. 43 KG am Verfahren 32-0284 zu beteiligen.*

Verfahrensanträge

3. *Vor Erlass der Verfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 23 Abs. 1 KG) sei den Gesuchstellern das rechtliche Gehör zu gewähren (Art. 30 Abs. 1 VwVG).*
4. *Die Identität der Gesuchsteller sei geheim zu halten und zwar gegenüber*
 - 4.1. *der BMW (Schweiz) AG, und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften,*
 - 4.2. *hier nicht genannten allfälligen anderen Verfahrensparteien und*
 - 4.3. *der Öffentlichkeit.*
5. *Behördliche Einschätzungen des Geschäftsgeheimnischarakters der von den Gesuchstellern eingereichten Informationen seien den Gesuchstellern vor der allfälligen Einsichtnahme Dritter und der Verfahrenspartei mitzuteilen, damit sie ihr Recht auf rechtliches Gehör wahrnehmen können.»*

9. Eine Begründung für die vorstehenden Anträge reichten A. und [...] mit ihrem Gesuch vom 17. Mai 2024 nicht ein, sondern verwiesen hierzu auf ihr Gesuch vom 26. Februar 2024 (siehe dazu Rz 4 f.).

10. Mit Schreiben vom 22. Mai 2024 forderte das Sekretariat die gemeinsame Rechtsvertretung von A., [...] und [...] auf, hinsichtlich [...] mitzuteilen, ob diese den Erlass einer Zwischenverfügung verlange oder ihre Anträge zurückziehe. Mit gleichem Schreiben informierte das

Sekretariat die Rechtsvertretung, dass vor Erlass der beantragten Zwischenverfügungen nach aktuellem Verfahrensstand keine erneute Anhörung der Gesuchstellerinnen notwendig und vorgesehen sei. Es begründete dies damit, dass diese den Erlass einer Zwischenverfügung unter Darlegung ihrer Argumente selbst verlangt hätten und das Sekretariat die Gesuchstellerinnen mit Schreiben vom 18. April 2024 über seine vorläufige Einschätzung informiert habe.

11. Mit Schreiben vom 30. Mai 2024 zog [...] ihren Antrag auf Gewährung von Parteistellung bzw. – eventualiter – auf Beteiligung gemäss Art. 43 KG zurück. A. und [...] stellten mit einem separaten Schreiben vom selben Tag die folgenden Anträge:

- «1. Die Gesuchstellerinnen seien in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 VwVG und Art. 29 VwVG bzw. Art. 29 Abs. 2 BV vorgängig zum Erlass der Zwischenverfügung vom Sekretariat der WEKO anzuhören.
2. Eventualiter sei eine Zwischenverfügung über das Nichtgewähren des rechtlichen Gehörs vom Sekretariat der WEKO zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuhanden der A. und der [...] zu erlassen.»

12. A. und [...] begründeten die vorstehenden Anträge damit, dass die Standpunkte des Sekretariats «Fehler in der Sachverhaltsfeststellung und in der Rechtsanwendung» enthalten würden. Ihre vorherige Anhörung seit daher notwendig, damit das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine korrekte Verfügung erlassen könne. Angaben dazu, worin diese Fehler bestünden, machten die beiden Gesellschaften nicht.

13. Mit Schreiben vom 3. Juni 2024 teilte das Sekretariat A. und [...] erneut mit, dass aus seiner Sicht eine neuerliche Anhörung von A. und [...] nicht erforderlich sei, weil A. und [...] mehrfach Gelegenheit gehabt hätten, sich zum Verfahrensgegenstand zu äussern und den Erlass der Zwischenverfügung selbst beantragt hätten. Das Sekretariat führte aus, dass es A. und [...] jedoch freistehe, bis zum Erlass der beantragten Zwischenverfügung erneut Stellung zu nehmen und insbesondere die bislang nicht näher spezifizierten angeblichen «Fehler in der Sachverhaltsfeststellung und in der Rechtsanwendung» zu konkretisieren. Das Sekretariat bat A. und [...] darum, eine allfällige weitere Stellungnahme bis zum 14. Juni 2024 einzureichen.

14. Mit Schreiben vom 14. Juni 2024 reichten A. und [...] eine weitere Stellungnahme ein. Darin führten die beiden Gesellschaften gleichermassen erneut aus, der Ausgang des Verfahrens habe direkte Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung in ihrem Streit mit der [...], weil [...]. Konkret würde [...] bei einem Entscheid zugunsten der Anzeigerin gegenüber A. und [...] gegebenenfalls schadenersatzpflichtig und die Händler- und Werkstattverträge müssten unter Umständen weitergeführt werden. Durch die Zulassung von A. und [...] drohe auch nicht die Gefahr der Popularbeschwerde und der Überlastung der Rechtspflege. Denn es könnten sich ja nur Unternehmen am Verfahren beteiligen, welchen – wie A. und [...] – je nach Verfahrensausgang wesentliche Nachteile drohen würden. Weiter sei der erwartete Ansturm an Anzeigen zu

Missbräuchen relativer Marktmacht auch im Jahr 2023 ausgeblieben, weshalb keine Überlastung der Wettbewerbsbehörden drohe. A. erwähnte ferner, dass [...]. Hinsichtlich der Beschreitung des Zivilrechtswegs betonte A. die faktischen Schwierigkeiten von zivilrechtlichen Streitigkeiten. Die Verfahren würden hohe Anwalts- und Verfahrenskosten verursachen, was dazu führe, dass A. weniger investieren könne. Die Suche nach Alternativen zum Vertrieb von [...] Fahrzeugen sei nur eingeschränkt möglich, da [...]. Der Verweis an ein Zivilgericht sei daher nicht zielführend und mit der unzutreffenden Annahme verbunden, dass ein solcher Schritt für ein Schweizer KMU eine einfach gangbare Alternative zu einem Behördenverfahren darstelle, obwohl noch keine Behördenpraxis zum besagten Verhalten vorliege. Es verstosse zudem gegen Treu und Glauben, dass das Sekretariat eine Beteiligung von A. am Verfahren einerseits ablehne und andererseits im Bundesblatt anlässlich der Untersuchungseröffnung habe verlauten lassen, es stehe Dritten offen, sich zu beteiligen. Die Verweigerung der Parteistellung verstosse des Weiteren gegen den Willen des Gesetzgebers, der davon ausgegangen sei, dass ein weiterer Kreis von Dritten von einer Wettbewerbsbeschränkung berührt sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Art. 4 Abs. 2^{bis} KG erst nach Art. 43 KG in Kraft getreten sei, weil namentlich die Änderung von materiellen Vorschriften keine Auswirkungen auf Verfahrensnormen haben dürfe. Die Auslegung des Sekretariats, wonach nur Unternehmen, die in existenzbedrohendem Ausmass in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert seien, Parteistellung zukomme, und nur die Direktbetroffenen an Verfahren von Fällen relativer Marktmacht teilnehmen könnten, widerspreche zudem Art. 29a und 36 BV⁴ und der Praxis des Bundesgerichts. Gemäss Art. 48 VwVG⁵ komme es einzig auf das besondere Berührtsein sowie das schutzwürdige Interesse an. Beides sei bei A. gegeben, namentlich liege bei ihr ein faktisches Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang vor. Zumindest müsse A. als Dritte im Sinne von Art. 43 KG behandelt werden, weil der Wortlaut Dritte zulasse und A. zur Abklärung des Sachverhalts in effizienter Weise beitragen und die Qualität des Entscheids erhöhen könne. In Bezug auf ihren Geheimhaltungsantrag bekräftigte A., [...].

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

15. Vorliegend ist über die Anträge von A. auf Behandlung von A. als Partei der Untersuchung bzw. – eventualiter – auf Beteiligung von A. als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung zu entscheiden. Mit einem solchen Entscheid wird der Umfang der Rechte und Pflichten der Gesuchstellerin in der laufenden wettbewerbsbehördlichen Untersuchung geregelt. Ein solcher

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁵ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

Entscheid ist als verfahrensleitende Verfügung zu qualifizieren.⁶ Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ist für den Erlass einer verfahrensleitenden Verfügung das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig.

B.2 Keine Parteistellung

16. Hinsichtlich des Hauptantrags von A., sie sei als Partei im Sinne von Art. 6 VwVG i. V. m. Art. 48 VwVG der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln, ist Folgendes auszuführen.

B.2.1 Rechtliche Voraussetzungen für die Parteistellung

17. Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

18. Für die vorliegende Frage, ob A. in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» als Partei zu behandeln ist, ist die zweite Tatbestandsvariante von Art. 6 VwVG betreffend die Beschwerdeberechtigung massgebend. Die erste Tatbestandsvariante («Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll») kommt nicht in Betracht, denn die rubrizierte Untersuchung betrifft das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin (siehe oben Rz 1 f. sowie unten Rz 25 f.). Mit der verfahrensabschliessenden Verfügung werden daher einzig Rechte und Pflichten der Gesellschaften der BMW-Gruppe und der Anzeigerin geregelt, nicht jedoch die Rechte und Pflichten anderer Personen, namentlich von A. Einzugehen ist daher darauf, ob A. als Dritte trotzdem ein Rechtsmittel gegen die verfahrensabschliessende Verfügung zustünde.

19. Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Bedeutsam sind vorliegend die Tatbestandsmerkmale gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG, welche die sogenannte «materielle Beschwer» betreffen.⁷ Zweck dieser Tatbestandsmerkmale ist der Ausschluss der Popularbeschwerde, welche eine unsachliche Öffnung des Beschwerderechts und eine Überlastung der Rechtspflege zur Folge hätte.⁸

20. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die materielle Beschwer nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG voraus, dass eine Person in einer «besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache» steht.⁹ Daneben «muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d. h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung».¹⁰

21. Gemäss Bundesgericht gibt es keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung des Beschwerderechts zur Popularbeschwerde.¹¹ Wo die Grenze verläuft, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen.¹² Wegleitend dafür sind namentlich die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z. B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, sowie das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren.¹³ Generell ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bejahung der Beschwerderechts von Dritten, welche nicht Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind, Zurückhaltung geboten.¹⁴

22. In Bezug auf das Kartellrecht hat das Bundesgericht die Frage der Parteistellung von Dritten derart konkretisiert, dass es für eine Konkurrentin der Untersuchungsadressatinnen angenommen hat, dieser komme nur dann Parteistellung zu, wenn sie einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet.¹⁵ Ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil setzt gemäss Bundesgericht eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liegt vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf die Konkurrentin auswirkt, namentlich indem diese durch die beanstandete Wettbewerbsbeschränkung eine Umsatzeinbusse erleiden könnte.¹⁶ Dabei hat die beschwerdeführende Konkurrentin im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Begründungspflicht darzulegen, dass sie einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet, soweit dies nicht klar aus den Akten ersichtlich ist.¹⁷ Das Bundesgericht liess offen, inwiefern diese Rechtsprechung auch auf Abnehmerinnen (wie es Garagen in Bezug auf Kraftfahrzeuganbieterinnen sind) anwendbar ist.¹⁸

⁶ Vgl. BVGer, B-3985/2013 vom 1.7.2024 E. 1.2, *Parteistellung in der Untersuchung «Online-Buchungsplattformen für Hotels»*; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 23 N 39; DAVID BRUCH/SILVAN MEIER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 23 N 72; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 26; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 23 LCart N 7.

⁷ ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer et al. (Hrsg.), 2019, Art. 6 N 2.

⁸ VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Krauskopf (Hrsg.), 3. Aufl. 2023, Art. 48 N 11 mit Hinweisen auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung.

⁹ BGE 146 I 172 E. 7.1.2; BGE 142 II 451 E. 3.4.1; BGE 139 II 328 E. 3.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁰ BGE 142 II 451 E. 3.4.1 m. w. N.

¹¹ BGE 142 II 451 E. 3.4.2.

¹² BGE 142 II 80 E. 1.4.1; BGE 139 II 279 E. 2.3; BGE 123 II 376 E. 5.

¹³ BGE 142 II 451 E. 3.4.2 m. w. N.

¹⁴ Vgl. BGE 133 V 188 E. 4.3.3 m. w. N.

¹⁵ BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; siehe dazu insbesondere BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 7 m. w. N.

¹⁶ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁷ BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁸ BGE 139 II 328 E. 3.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

23. Die Wettbewerbsbehörden haben die vorgenannte Rechtsprechung auch auf Abnehmerinnen übertragen. Für die Begründung der Parteistellung reicht es danach nicht schon aus, dass ein mutmassliches Kartellopfert aktuell direkte Abnehmerin der mutmasslichen Kartelltäterin ist und deshalb die Möglichkeit besteht, dass es durch das untersuchte Verhalten aktuell auf seinem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte. Erforderlich ist für die Parteistellung einer Abnehmerin, dass diese je nach Ausgang des Verfahrens der WEKO in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem Ausmass auf ihrem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte.¹⁹ Soweit A. vorbringt, diese Konkretisierung durch die Wettbewerbsbehörden verstosse gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Parteistellung und sei zudem verfassungswidrig, zielt dies ins Leere. Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, kommt A. schon gemäss den bundesgerichtlichen Vorgaben, wonach für die Begründung der Parteistellung infolge der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung die Gefahr eines deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteils bestehen muss, keine Parteistellung zu. Auf die vorgenannte Konkretisierung durch die Wettbewerbsbehörden kommt es vorliegend also gar nicht an (siehe dazu auch Rz 41 ff.).

B.2.2 Anwendung der rechtlichen Voraussetzungen

24. Zu prüfen ist vorliegend, ob – unter Berücksichtigung der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichts – A., die weder Adressatin der verfahrensabschliessenden Verfügung sein soll, noch Anzeigerin des konkret untersuchten Verhaltens ist, von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung «besonders berührt» wäre und ein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätte. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (siehe oben insbesondere Rz 22) ist dabei massgebend, ob A. ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil drohen könnte, weil sich die kartellrechtlich geprüfte Verhaltensweise nachteilig im Sinne der geschilderten Rechtsprechung und Praxis auf sie als Abnehmerinnen auswirken könnte.

25. Die Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» betrifft den allfälligen Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber einer bestimmten Autogarage, mithin das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin (siehe oben Rz 1 f.). Der Untersuchungsgegenstand ist daher auf dieses Verhältnis und die Verhaltensweise der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin begrenzt, weshalb vorliegend einzig Gesellschaften der BMW-Gruppe und der Anzeigerin Parteistellung zukommt (siehe oben Rz 2). Es ist unstrittig, dass A. von der in der Untersuchung konkret geprüften Verhaltensweise der BMW-Gruppe, d. h. dem Auslaufenlassen der Geschäftsbeziehung mit der Anzeigerin durch die BMW-Gruppe, nicht betroffen ist. Diese konkrete Verhaltensweise kann sich demnach auch nicht nachteilig auf A. auswirken. Insoweit ist ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil infolge der untersuchten Verhaltensweise und damit eine Parteistellung von A. ausgeschlossen.

26. Hier besteht ein bedeutender Unterschied zu Untersuchungen betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden

oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.²⁰ Bei Wettbewerbsabreden und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gehören sämtliche Unternehmen der betroffenen Marktgegenseite sowie ggf. Konkurrentinnen zu den möglichen «Opfern» der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung. Beim Missbrauch relativer Marktmacht gibt es hingegen von vorneherein nur ein «Opfer», es handelt sich um das abhängige Unternehmen. In Verfahren betreffend relative Marktmacht geht es dementsprechend weniger um das öffentliche Interesse am Schutz des funktionierenden Wettbewerbs, sondern um die Durchsetzung eines privaten Interesses.²¹ Die Wettbewerbsbehörden behalten sich dementsprechend auch vor, Streitigkeiten über den allfälligen Missbrauch relativer Marktmacht auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.²²

27. Soweit A. geltend macht, ihr Beschwerderecht folge daraus, dass die [...] bei einem WEKO-Entscheid zugunsten der Anzeigerin gegenüber A. gegebenenfalls schadenersatzpflichtig würde und unter Umständen die Händler- und Werkstattverträge mit A. verlängern müsste, sowie daraus, dass [...], überzeugt dies aus den folgenden Gründen nicht.

28. Zunächst sind die Bestimmungen zur relativen Marktmacht aus intertemporalrechtlichen Gründen erst gar nicht auf den Sachverhalt anwendbar, der sich zwischen A. und der [...] ereignet haben soll. Die Bestimmungen zur relativen Marktmacht gelten erst seit dem 1. Januar 2022. Die [...] kündigte die Händler- und Werkstattverträge mit A. jedoch bereits im Jahr [...] und teilte A. dann [...] mit, dass sie die Geschäftsbeziehung mit ihr am [...] definitiv auslaufen lasse. Soweit bekannt, ist A. seitdem keine offizielle [...] -Händlerin und -Werkstatt mehr,²³ [...].²⁴ Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern sich A. gegenüber der [...] überhaupt auf die Bestimmungen zur relativen Marktmacht berufen können soll. Derartiges wird von ihr auch nicht erläutert. Eine «Reflexwirkung» der vorliegenden Untersuchung zugunsten des Verhältnisses von A. zur [...] derart, dass aus der Bejahung des Missbrauchs relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin automatisch Ansprüche von A. gegen die [...] abzuleiten wären, ist schon aus diesem Grund ausgeschlossen.

¹⁹ RPW 2018/1, 129 Rz 24, *Verzinkung – Parteistellung*.

²⁰ Vgl. auch Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) (zit. Botschaft 2019), BBI 2019 4877, 4927.

²¹ Vgl. etwa Botschaft 2019 (Fn 20), BBI 2019 4877, 4930, 4947.

²² Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6.12.2021, Rz 16, 19 ff., siehe <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/anzeigen/relative_marktmacht.html> (10.9.2024).

²³ A. selbst macht dazu keine genauen Angaben. Aus öffentlich zugänglichen Quellen ist ersichtlich, dass [...].

²⁴ Vgl. [...].

29. Selbst wenn die [...] die Geschäftsbeziehung mit A. erst im Zeitraum nach dem 1. Januar 2022 beendet hätte, würde aus dem Umstand, dass sich A. gegenüber der [...] ebenfalls auf die Bestimmungen zur relativen Marktmacht berufen könnte, kein Beschwerderecht in der vorliegenden Untersuchung folgen. Denn zu berücksichtigen ist in jedem Fall, dass für ein Beschwerderecht eine bloss mittelbare Betroffenheit nicht ausreicht (siehe oben Rz 20)²⁵ und es vorliegend einzig um eine solche mittelbare Betroffenheit geht: In Fällen relativer Marktmacht ist zu prüfen, ob im bilateralen Verhältnis zwischen zwei bestimmten Unternehmen eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht (siehe Art. 4 Abs. 2^{bis} KG) und, falls ja, ob eine bestimmte Verhaltensweise des relativ marktmächtigen Unternehmens gegenüber dem abhängigen Unternehmen einen Missbrauch relativer Marktmacht darstellt (Art. 7 KG). Beide Prüfungspunkte sind abhängig von den konkreten Gegebenheiten des beurteilten bilateralen Verhältnisses,²⁶ namentlich von den konkreten Ausweichmöglichkeiten des angeblich abhängigen Unternehmens, für welche wiederum z. B. dessen Geschäftsmodell, Tätigkeitsgebiet, Finanzkraft sowie Verhalten in der Vergangenheit²⁷ massgebend sind.²⁸ Diese Umstände unterscheiden sich von bilateralem Verhältnis zu bilateralem Verhältnis. Es wäre daher selbst bei einem WEKO-Entscheid zugunsten der Anzeigerin ohne weiteres möglich, dass die [...] gegenüber A. nicht als relativ marktmächtig angesehen würde und ein Missbrauch zu verneinen wäre. Die behauptete «Reflexwirkung» der laufenden Untersuchung zugunsten oder zulasten von A. besteht daher nicht. Vielmehr müssten bei der kartellrechtlichen Beurteilung ihres Verhältnisses zur [...] gleichwohl die spezifischen Eigenheiten im Verhältnis der [...] zu A. berücksichtigt werden. Es liegt vorliegend also, wenn überhaupt, eine bloss mittelbare Betroffenheit vom Untersuchungsgegenstand vor.

30. A. geht es vorliegend einzig um ihr Interesse an einer für sie günstigen Rechtsauslegung, da so allenfalls die Wahrscheinlichkeit erhöht werden könnte, dass A. in ihrem eigenen bilateralen Rechtsstreit mit der [...] obsiegen würde. Ein solches Interesse kann bei der vorliegenden bloss mittelbaren Betroffenheit (siehe oben Rz 29) nicht ausreichen für die Begründung des Beschwerderechts und damit der Parteistellung. Wäre dies der Fall, müssten stets sämtliche Unternehmen als Parteien eines Verfahrens behandelt werden, die daran ein Interesse bekunden, weil sich in ihren Geschäftsbeziehungen dieselben kartellrechtlichen Rechtsfragen stellen würden wie in einer laufenden Untersuchung. Bei einem solchen Verständnis wäre einer Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet und es würde die Überlastung der Rechtspflege drohen. Dies liefe dem Zweck von Art. 48 VwVG zuwider (siehe oben Rz 19). Der Einwand von A., [...], zielt ins Leere. Denn dabei übersieht A., dass eine Bejahung der Parteistellung von A. in casu eine Präjudizwirkung hätte für sämtliche künftigen Fälle, in denen Unternehmen Parteistellung beantragen, bloss weil sich in ihren Geschäftsbeziehungen dieselben kartellrechtlichen Rechtsfragen stellen würden wie in der laufenden Untersuchung. Selbst wenn also die Bejahung der Parteistellung in casu keine konkrete Überlastung der Rechtspflege zur Folge hätte, so bestünde in künftigen Fällen eine realistische Gefahr, dass eine solche Überlastung eintritt. Auch das Vorbringen von A., der Ansturm an Anzeigen betreffend den

Missbrauch relativer Marktmacht sei bislang ja ausgeblieben, zielt deshalb ins Leere.

31. Zu beachten ist ferner, dass es, wie erwähnt, gemäss Bundesgericht keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung des Beschwerderechts zur Popularbeschwerde gibt. Wegleitend für die Grenzziehung sind gemäss Bundesgericht namentlich die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z. B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, sowie das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (siehe oben Rz 21). Generell ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bejahung des Beschwerderechts von Dritten, welche nicht Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind, Zurückhaltung geboten (siehe oben Rz 21). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend zu berücksichtigen, dass A. bei Verneinung der Parteistellung keineswegs schutzlos gestellt ist, sondern ihren Standpunkt sowohl vor den Wettbewerbsbehörden als auch vor den Zivilgerichten einbringen kann (siehe dazu im Detail unten Rz 32–34). Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Bejahung der Parteistellung von A. und von Gesuchstellerinnen in einer vergleichbaren Ausgangslage ein Verfahren betreffend ein einzig bilaterales Verhältnis übermässig erschweren würde (siehe dazu unten Rz 35).

32. Im Hinblick auf die alternativen Schutzmöglichkeiten ist zunächst von Bedeutung, dass es A. namentlich freisteht, ihre bisherigen Schilderungen gegenüber den Wettbewerbsbehörden weiter zu substantiieren und so zu versuchen, ein gesondertes wettbewerbsbehördliches Verfahren betreffend einen angeblichen Kartellrechtsverstoss durch die [...] ihr gegenüber anzustrengen. [...]. Was die Vorschriften zur relativen Marktmacht anbelangt, ist mit Blick auf intertemporalrechtliche Gründe ohnehin nicht ersichtlich, inwiefern sich A. überhaupt darauf berufen können soll (siehe oben Rz 28).

33. Sodann kann A. in jedem Fall unaufgeforderte Stellungnahmen betreffend die vorliegende Untersuchung einreichen, welche die Wettbewerbsbehörden berücksichtigen und zu den Verfahrensakten nehmen würden. Es besteht damit für A. auch ohne Parteistellung die Möglichkeit, ihre Rechtsauffassung zum Gehalt der neuen Vorschriften zur relativen Marktmacht sowie ihre Sicht zum Sachverhalt in das Verfahren einzubringen.

34. Darüber hinaus steht A. als alternative Schutzmöglichkeit die Beschreitung des Zivilrechtswegs zur Verfügung. Soweit sie dagegen einwendet, für die Beschreitung des Zivilrechtswegs bestünden für sie, insbesondere

²⁵ BGE 142 II 451 E. 3.4.1 m. w. N.

²⁶ Vgl. etwa Botschaft 2019 (Fn 20), BBI 2019 4877, 4917, 4927, 4947; Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht (Fn 22), Rz 7 ff., 11 ff.

²⁷ Nach dem Willen des Gesetzgebers kann sich nur dasjenige Unternehmen auf relative Marktmacht berufen, welches sich bereits erfolglos um zumutbare Ausweichmöglichkeiten bemüht hat und dessen Abhängigkeit nicht auf grobem Selbstverschulden beruht; vgl. Kantonsgericht BL, 430 23 144 vom 13.12.2023 E. 7.2.1, E. 7.3 f. m. w. N. sowie Botschaft 2019 (Fn 20), BBI 2019 4877, 4935 f. Vgl. auch WEKO, Presse-
rohstoff vom 4.7.2024, WEKO: Relative Marktmacht im Gesundheitswesen?, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/88645.pdf>> (10.9.2024), S. 1.

²⁸ Vgl. Nachweise in Fn 26.

wegen der hohen Anwalts- und Verfahrenskosten, grosse faktische Hürden, überzeugt dies nicht. [...]. Dass die Beschreitung des Zivilrechtswegs in kartellrechtlichen Streitigkeiten mit Aufwand verbunden ist, ist zudem systemimmanent und bekannt. Gleichwohl ist es nach dem Willen des Gesetzgebers und des Bundesgerichts zulässig, wenn nicht sogar geboten, bilaterale Kartellrechtsstreitigkeiten auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.²⁹ Der Zivilrechtsweg stellt für A. also einen zumutbaren Weg zur Durchsetzung ihrer allfälligen Ansprüche dar, auch wenn dieser mit allenfalls höheren Kosten und Risiken verbunden ist.

35. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass eine Bejahung der Parteistellung von A. und von Gesuchstellerinnen in einer vergleichbaren Ausgangslage es übermässig erschweren würde, das Verfahren betreffend das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin effizient zu führen. Die diesfalls mögliche massive Ausweitung der Zahl der Parteien in kartellrechtlichen Untersuchungen, namentlich bei der Überprüfung von bilateralen Verhältnissen (siehe oben Rz 30), hätte erhebliche Verfahrensverlängerungen und Rechtsunsicherheit zur Folge. Insbesondere müssten in solchen Verfahren umfangreiche Aktenbereinigungen zum Schutz von Amts- und Geschäftsgeheimnissen durchgeführt werden (Art. 25 KG) und die materiellen Verfügungsadressatinnen müssten stets Beschwerden von Seiten Dritter mit Parteistellung gegen die Beurteilung des rein bilateralen Verhältnisses befürchten.

36. Aus alledem ergibt sich, dass A. von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung nicht nach Art. 48 VwVG «besonders berührt» wäre und kein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätte. Ihr stünde also kein Beschwerderecht gegen die Verfügung zu, weshalb sie nicht als Partei der rubrizierten Untersuchung zu behandeln ist (Art. 6 VwVG). Wie nachfolgend dargelegt wird, überzeugen die hiergegen von A. erhobenen Einwände (siehe dazu oben Rz 14) nicht (siehe sogleich Rz 37 ff.).

B.2.3 Zu weiteren Einwänden von A.

B.2.3.1 Kein Verstoss gegen Treu und Glauben

37. Soweit A. geltend macht, die Verneinung der Parteistellung verstosse gegen Treu und Glauben, weil die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der amtlichen Publikation nach Art. 28 Abs. 1 und 2 KG in Aussicht gestellt hätten, dass sich A., [...], beteiligen könne, ist Folgendes zu erwidern.

38. Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vertrauensanspruchs sind das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d. h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, welches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann; die Begründetheit des Vertrauens; die Vornahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen; ein Kausal-

zusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen; das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden; sowie der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendigen Durchsetzung des objektiven Rechts. Für die Beurteilung ist dabei jeweils eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.³⁰

39. A. beruft sich zur Begründung ihres angeblich schutzwürdigen Vertrauens auf die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung (siehe dazu oben Rz 3). Dies zielt ins Leere. Denn die amtliche Publikation hat keinen direkten Bezug zur Parteistellung: Gemäss Art. 28 Abs. 1 und 2 KG ist das Sekretariat verpflichtet zur amtlichen Publikation der Eröffnung einer Untersuchung unter Nennung des Gegenstands und der Adressaten der Untersuchung sowie mit dem Hinweis, dass Dritte sich innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen. Diese Publikation benennt einzig die Voraussetzungen für die Beteiligung von Dritten nach Art. 43 KG, da die Parteistellung nicht infolge Fristablaufs ausgeschlossen werden kann und die Parteistellung unabhängig ist von der Stellung als beteiligte Dritte im Sinne von Art. 43 KG.³¹ Schon deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern A. aus der amtlichen Publikation etwas in Bezug auf ihre angebliche Parteistellung ableiten können sollte. Kommt hinzu, dass die vorliegende amtliche Publikation in Anlehnung an den Gesetzestext von Art. 43 KG ohnehin so allgemein formuliert ist, dass sie nicht als Zusicherung verstanden werden kann, A. nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zu beteiligen.³² So wird in der vorliegenden amtlichen Publikation einzig festgehalten, dass Dritte, *welche die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 KG erfüllen*, als Dritte ohne Parteistellung an der Untersuchung beteiligt werden können («[...] können sich folgende Dritte anmelden: [...]»). Die Beteiligungsmöglichkeit steht nach dem Wortlaut der Publikation also unter dem Vorbehalt, dass die sich anmeldende Person auch die Voraussetzungen nach Art. 43 Abs. 1 KG erfüllt. Allein der Umstand, dass A. meint, sie würde die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllen, kann kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen lassen. Würde eine solche innere Überzeugung einer Gesuchstellerin für eine Begründung eines schutzwürdigen Vertrauens ausreichen, könnte die Parteistellung bzw. die Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG ohne Parteistellung für Dritte nie verweigert werden. Dies wäre ein offensichtlich untragbares Ergebnis.

40. Mangels Vertrauensgrundlage verstösst die Verneinung der Parteistellung von A. in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» (siehe oben Rz 24–36) mithin nicht gegen schutzwürdiges Vertrauen von A. und ist damit weder widersprüchlich noch treuwidrig.

²⁹ Vgl. Botschaft 2019 (Fn 20), BBl 2019 4877, 4913 m. w. N.; BGE 130 II 149 E. 2.4.; BGE 130 II 521 E. 2.9; siehe auch BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn 6), Vor Art. 12–15 N 17.

³⁰ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 216 f., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. N.

³¹ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.4 f., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 22 f. m. w. N.

³² Vgl. Fn 3.

B.2.3.2 Kein Verstoß gegen Art. 29a und 36 BV und die bundesgerichtliche Rechtsprechung

41. Soweit A. geltend macht, die Auffassung des Sekretariats, wonach grundsätzlich nur Direktbetroffene als Parteien an Untersuchungen betreffend den Missbrauch relativer Marktmacht teilnehmen können, widerspreche Art. 29a und 36 BV und der Praxis des Bundesgerichts, ist Folgendes zu erwidern.

42. Art. 29a BV verleiht jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedarf es für eine Einschränkung dieses Grundrechts einer gesetzlichen Grundlage, welche durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist (Art. 36 Abs. 2 BV). Einschränkungen des Grundrechts müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Kerngehalt des Grundrechts ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

43. Vorliegend ist bereits kein Eingriff in die Rechtsweggarantie ersichtlich. Denn wie erläutert, ist Gegenstand der Untersuchung einzig das bilaterale Verhältnis zwischen der Anzeigerin und der BMW-Gruppe, jedoch nicht das streitige Verhältnis von A. zur [...] (siehe oben Rz 25). Zur Beurteilung ihrer eigenen Rechtsstreitigkeit steht A. sowohl der Zivilrechtsweg als auch der behördliche Weg über die Wettbewerbsbehörden offen, wobei in beiden Fällen ein gerichtlicher Instanzenzug besteht (siehe oben Rz 32 ff.). A. kann mithin ihre Rechtsstreitigkeit mit der [...] durch eine richterliche Behörde beurteilen lassen.

44. Würde man gleichwohl annehmen, dass die Verneinung der Parteistellung in der vorliegenden Untersuchung einen Eingriff in die Rechtsweggarantie darstellt, wäre dieser jedenfalls gemäss Art. 36 BV verfassungsgemäss. Denn für die Verneinung des Beschwerderechts von A. besteht mit Art. 6 und 48 VwVG eine gesetzliche Grundlage, welche insbesondere durch das öffentliche Interesse am Ausschluss der Popularbeschwerde gerechtfertigt ist (siehe oben Rz 19). Wie erläutert, hätte eine Popularbeschwerde und die Bejahung der Parteistellung in casu eine unsachliche Öffnung des Beschwerderechts und eine Überlastung der Rechtspflege zur Folge (siehe oben Rz 19, 30). Die Anwendung dieser gesetzlichen Grundlage in casu führt auch nicht zu einer Verletzung des Kerngehalts der Rechtsweggarantie, da A. über Möglichkeiten verfügt, ihre Rechtsstreitigkeit mit der [...] durch staatliche Stellen beurteilen zu lassen (siehe oben Rz 43).

45. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Verneinung des Beschwerderechts bzw. der Parteistellung gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung verstossen könnte. Denn aus dieser folgt ja gerade, dass Dritte nur dann Parteistellung in einer Untersuchung haben, wenn ihnen ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil infolge der untersuchten Verhaltensweise drohen könnte, während ein bloss mittelbares Interesse nicht ausreicht (siehe insbesondere oben Rz 20 f. und 24).³³ Wie erläutert, ist vorliegend gerade nicht erstellt, dass A. durch die konkret untersuchte Verhaltensweise der BMW-Gruppe unmittelbar betroffen ist, weshalb ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil ausgeschlossen ist (siehe oben Rz 25). Die

Verneinung der Parteistellung von A. steht damit im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

46. Aus alledem folgt, dass das Ergebnis, wonach A. nicht als Partei der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln ist (siehe oben Rz 24–36), nicht gegen Art. 29a und 36 BV verstösst. Dieses Ergebnis verstösst auch nicht gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, sondern folgt gerade aus der Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Parteistellung in kartellrechtlichen Verfahren.

B.2.3.3 Kein Verstoß gegen den Willen des Gesetzgebers

47. Soweit A. mit Verweis auf die Botschaft zum Kartellgesetz geltend macht, die Verweigerung der Parteistellung verstosse gegen den Willen des Gesetzgebers, der davon ausgegangen sei, dass ein weiterer Kreis von Dritten von einer Wettbewerbsbeschränkung berührt sei, ist Folgendes zu erwidern.

48. Die von A. zur Begründung ihrer Sichtweise zitierte Textpassage aus der Botschaft zum Kartellgesetz besagt, dass von einer Wettbewerbsbeschränkung «in der Regel nicht nur die an ihr unmittelbar Beteiligten berührt [werden], sondern auch ein weiterer Kreis von Dritten».³⁴ Anders als A. behauptet, folgt aus dieser Formulierung nicht, dass auch allenfalls indirekt betroffene Unternehmen als Dritte mit Parteistellung zu qualifizieren sind. Sie besagt vielmehr nur, dass neben den Unternehmen, welche den Wettbewerb beschränken, d. h. dem «Täter» bzw. den «Tätern», auch andere Unternehmen von dieser Wettbewerbsbeschränkung, nämlich die «Opfer» berührt sind. Wer diese Dritten bzw. «Opfer» sind, wie viele es sind und ob ihnen Parteistellung zukommen soll, ist aus der von A. zitierten Textstelle keinesfalls abzuleiten, weshalb sie daraus nichts für sich ableiten kann. Im Übrigen wird im vorliegenden Verfahren der dem Zitat zugrunde liegenden Annahme des Gesetzgebers entsprochen, da von der geprüften Verhaltensweise der BMW-Gruppe *eine* Dritte, nämlich die Anzeigerin berührt wird (siehe auch oben Rz 1 f. und 25), weshalb diese auch die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllt, wobei ihr vorliegend Parteistellung zukommt (siehe Rz 2).

49. Auch der Hinweis von A., dass in der Botschaft ausgeführt sei, der Kreis *der nach Art. 43 KG* in Frage kommenden Dritten könne einen «beachtlichen Umfang annehmen», verfängt nicht. Dies schon deshalb, da auch aus dieser Textpassage in keiner Weise folgt, dass diesen gegebenenfalls betroffenen Dritten Parteistellung zukommen muss. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies gerade nicht der Fall, da für eine Beteiligung mit Parteistellung und eine Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung unterschiedliche Voraussetzungen gelten.³⁵ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die von A. erwähnte Textstelle vollständig folgendermassen lautet:

³³ Vgl. auch BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 7 m. w. N.

³⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994 (zitiert: Botschaft 1994), BBl 1995 I 468, 616.

³⁵ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.4 f., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

«Der Kreis der nach Artikel 43 Absatz 1 E in Frage kommenden Dritten kann *je nach Wettbewerbsbeschränkung* einen beachtlichen Umfang annehmen».³⁶ Der Gesetzgeber ging folglich davon aus, dass der Kreis der betroffenen Dritten je nach untersuchter Wettbewerbsbeschränkung variieren kann. Dies steht im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht, wonach es im Fall einer Untersuchung betreffend den Missbrauch relativer Marktmacht nur ein «Opfer» geben kann (siehe auch Rz 25 f.), weshalb A. vorliegend nicht als Partei der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln ist (siehe oben Rz 24–36).

50. Das Ergebnis, wonach A. nicht als Partei der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln ist (siehe oben Rz 24–36), verstösst mithin nicht gegen den Willen des Gesetzgebers betreffend die Beteiligung von Dritten an kartellrechtlichen Untersuchungen.

B.2.4 Zwischenfazit

51. Wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben, ist A. von einer Verfügung in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» nicht nach Art. 48 VwVG «besonders berührt» und hat kein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung. Ihr steht daher kein Rechtsmittel gegen die verfahrensabschliessende Verfügung zu, weshalb sie nicht als Partei der rubrizierten Untersuchung zu behandeln ist (Art. 6 VwVG). Die von A. hiergegen vorgebrachten Einwände überzeugen aus den erläuterten Gründen nicht (siehe insbesondere Rz 37–50).

B.3 Keine Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG

52. Hinsichtlich des Eventualantrags von A., sie sei gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG als Dritte an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, ist Folgendes auszuführen.

B.3.1 Rechtliche Voraussetzungen für die Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung

53. Gemäss Art. 43 Abs. 1 KG können folgende Personen ihre Beteiligung an der Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung anmelden: Personen, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind (Bst. a), Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sofern sich auch Mitglieder des Verbands oder eines Unterverbands an der Untersuchung beteiligen können (Bst. b) und Organisationen von nationaler oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (Bst. c).

54. Vorliegend zu prüfen ist Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG. Massgebend ist danach, dass ein Unternehmen «aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert» ist. Dies bedeutet, dass eine «unmittelbare Betroffenheit von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung»³⁷ bzw. eine Beeinträchtigung der Möglichkeit, «sich am freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu beteiligen oder [die] bisherige Tätigkeit im Wettbewerb fortzuführen»,³⁸ vorliegen muss. Für die Zulassung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG muss nicht nachgewiesen sein, dass das

Unternehmen tatsächlich durch die untersuchte Wettbewerbsbeschränkung in der Ausübung oder Aufnahme des Wettbewerbs behindert ist oder wurde, sondern es reicht aus, wenn die Möglichkeit einer solchen Wettbewerbsbehinderung besteht.³⁹

55. Wie aufgezeigt, ist der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG zu beteiligenden Dritten nach dem Willen des Gesetzgebers abhängig von der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben Rz 48 f. m. w. N.).

B.3.2 Anwendung der rechtlichen Voraussetzungen

56. Massgebend ist demnach vorliegend, ob die Möglichkeit besteht, dass A. gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG aufgrund der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist.

57. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Denn wie bereits oben dargelegt, wird mit der vorliegenden Untersuchung geprüft, ob im bilateralen Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der anzeigenden Autogarage relative Marktmacht besteht und falls ja, ob ein missbräuchliches Verhalten der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin vorliegt (siehe oben Rz 1 ff., 25 f.). Untersuchungsgegenstand ist also das rein bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe sowie der Anzeigerin, weshalb vorliegend einzig die Anzeigerin gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG als Dritte an der Untersuchung zu beteiligen ist (siehe oben Rz 2). Die Prüfung des Vorliegens relativer Marktmacht und eines Missbrauchs relativer Marktmacht ist dabei einzelfallabhängig, weshalb ausserhalb des bilateralen Verhältnisses stehende Unternehmen aus der Bejahung oder Verneinung des Missbrauchs relativer Marktmacht nichts direkt für sich ableiten können (siehe oben insbesondere Rz 27 ff.).

58. Es besteht daher vorliegend keine Möglichkeit, dass A. aufgrund der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist. Sie kann daher auch nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG behandelt werden.

B.3.3 Zu den Einwänden von A.

59. Sinngemäss erhebt A. gegen diese rechtliche Würdigung im Wesentlichen dieselben Einwände wie gegen die Verneinung der Parteistellung. Soweit die Einwände deckungsgleich sind, gelten die obenstehenden Erwägungen zur Parteistellung (siehe dazu oben Rz 24–51) für die an dieser Stelle zu entscheidende Frage entsprechend. Insbesondere ist auch im Zusammenhang mit der Zulassung einer Gesuchstellerin als Dritte ohne Parteistellung relevant, dass die Regeln zur relativen Marktmacht aus intertemporalrechtlichen Gründen auf A. nicht anwendbar

³⁶ Botschaft 1994 (Fn 34), BBl 1995 I 468, 616 (Hervorhebung durch die Wettbewerbsbehörden).

³⁷ BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 13.

³⁸ DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 6), Art. 43 N 17.

³⁹ Vgl. RPW 2018/1, 128 Rz 16, *Verzinkung – Parteistellung*; RPW 2020/4b, 1858 Rz 20, 23, *Eishockey im Pay-TV*.

sind (siehe oben Rz 28) und dass sowohl die Rechtsweggarantie als auch der in der Botschaft zum Kartellgesetz ausgedrückte Wille des Gesetzgebers und die bundesgerichtliche Rechtsprechung gewahrt bleiben (siehe oben Rz 41 ff., 47 ff.). Folgendes ist spezifisch im Hinblick auf die Zulassung von A. als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG auszuführen.

60. Soweit A. geltend macht, die Ablehnung der Beteiligung von A. als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung verstosse mit Blick auf die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, überzeugt dies nicht. Denn wie aufgezeigt, erfolgt der Hinweis auf sämtliche Beteiligungsmöglichkeiten nach Art. 43 KG in/ der amtlichen Publikation zum einen auf Grundlage der gesetzlichen Pflicht nach Art. 28 Abs. 2 KG. Zum anderen ergibt sich aus dem Wortlaut der amtlichen Publikation nicht der Anschein, dass sich Dritte, welche die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 KG nicht erfüllen, beteiligen könnten (siehe oben Rz 37–40).

61. Auch das Vorbringen, es sei zugunsten von A. zu berücksichtigen, dass der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zuzulassenden Dritten einen beachtlichen Umfang annehmen könne, zielt ins Leere. Zwar ist es zutreffend, dass der Gesetzgeber und auch das Bundesgericht davon ausgehen, dass der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zuzulassenden Dritten einen beachtlichen Umfang annehmen kann.⁴⁰ Wie aufgezeigt, ist dieser Kreis aber davon abhängig, welche Wettbewerbsbeschränkung konkret Gegenstand einer Untersuchung bildet, an der sich ein Unternehmen als mutmasslich betroffener Dritter beteiligen möchte (siehe oben Rz 55). In der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» geht es einzig um die Beurteilung des bilateralen Verhältnisses zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin, weshalb ausserhalb des bilateralen Verhältnisses stehende Unternehmen aus der Bejahung oder Verneinung des Missbrauchs relativer Marktmacht nichts direkt für sich ableiten können (siehe oben Rz 57). Damit ist A. vorliegend keine Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG.

62. Soweit A. geltend macht, es ergebe sich gerade aus dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG, dass sie als Dritte zuzulassen sei, ist dieses Vorbringen nicht schlüssig. Nach dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG sind nur Personen zuzulassen, die «aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung» in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind. Bei der massgebenden Wettbewerbsbeschränkung kann es sich nur um die *untersuchte* Wettbewerbsbeschränkung handeln. Wird Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG wortlautgemäss angewandt, ist eine Beteiligung von A. entgegen ihrem Vorbringen also gerade ausgeschlossen, weil A. nicht von der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist.

63. Soweit A. zur Begründung ihres Begehrens vorbringt, sie sei zu beteiligen, da sie in effizienter Weise zur Abklärung des Sachverhalts beitrage und so die Qualität des Entscheids in der rubrizierten Untersuchung erhöhen könne, ist Folgendes zu entgegnen. Nach dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ist A. nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung zu beteiligen (siehe insbesondere oben Rz 56 ff., 62). Eine

Zulassung von A. als Dritte würde demnach eine analoge Anwendung von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG über den Wortlaut hinaus erfordern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine analoge Anwendung jedoch nur dort möglich, wo der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann.⁴¹ Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt jedoch kein Raum für behördliche oder richterliche Lückenfüllung.⁴² Schon mit Blick auf den Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG sowie die Gesetzesmaterialien ist damit vorliegend eine analoge Anwendung der Vorschrift zugunsten von A. ausgeschlossen. Denn diese Auslegung ergibt, dass nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG nur Personen beteiligt werden sollen, die von der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind. Das ist bei A. nicht der Fall (siehe oben Rz 56 ff., 61 f.). Kommt hinzu, dass Sinn und Zweck von Art. 43 Abs. 1 KG darin bestehen, eine abschliessende Sonderregelung für die Beteiligung von bestimmten Dritten an kartellrechtlichen Untersuchungen gemäss Art. 27 KG zu schaffen.⁴³ Mit der Schaffung der Beteiligungsmöglichkeiten nach Art. 43 KG hat der Gesetzgeber also eine spezifische Abwägungsentscheidung getroffen hinsichtlich der Gewichtung verschiedener Interessen, namentlich des Interesses an der Vertraulichkeit wettbewerbsbehördlicher Verfahren (siehe dazu Art. 25 KG), des Interesses an einer effizienten Verfahrensführung sowie der Interessen von bestimmten Personen an einer Verfahrensbeteiligung.⁴⁴ Würde Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ausgeweitet auf solche Dritte, welche nicht von der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung berührt werden, so würde diese gesetzgeberische Abwägungsentscheidung durch die Behörde missachtet. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass sich die von A. begehrte Ausweitung von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG auch nicht durch das Interesse der Wettbewerbsbehörden an der richtigen Sachverhaltsabklärung rechtfertigen lässt. Denn sollten die Wettbewerbsbehörden bei der Untersuchung zum Ergebnis kommen, dass für die Entscheidung über den Untersuchungsgegenstand Stellungnahmen von Dritten wie z. B. A. notwendig sind, so können sie solche Dritten zur Auskunft verpflichten (Art. 40 KG).

B.3.4 Zwischenfazit

64. Wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben, besteht vorliegend keine Möglichkeit, dass A. aufgrund der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist (siehe Rz 56 ff.). Sie kann daher nicht als

⁴⁰ Vgl. Botschaft 1994 (Fn 34), BBl 1995 I 468, 616; BGE 139 II 328 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁴¹ Vgl. BGE 140 III 206 E. 3.5.1; BGE 139 II 404 E. 4.2; BGE 138 II 1 E. 4.2; BGE 135 III 385 E. 2.1.

⁴² Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.5.

⁴³ Vgl. Botschaft 1994 (Fn 34), BBl 1995 I 468, 616; BVGer, A-6334/2014 vom 23.8.2016, E. 8.7; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 6), Art. 43 N 16; BSK KG-Schott (Fn 6), Art. 43 N 9.

⁴⁴ Vgl. auch Botschaft 1994 (Fn 34), BBl 1995 I 468, 616.

/Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» beteiligt werden. Die von A. hiergegen vorgebrachten Einwände überzeugen aus den erläuterten Gründen nicht (siehe Rz 59–63).

B.4 Gewährung von Anonymität

65. Soweit A. beantragt, ihre Identität sei gegenüber den Parteien der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» geheim zu halten, ist Folgendes auszuführen.

66. Das Sekretariat hat die von A. übersandten Schreiben und Unterlagen sowie die hierzu übersandten Schreiben des Sekretariats (siehe oben Rz 4 ff.) zu den Akten der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» genommen. Die Wettbewerbsbehörden haben in Untersuchungen zum Schutz des Anspruchs der Verfahrensparteien auf rechtliches Gehör Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren (Art. 39 KG i. V. m. Art. 26 VwVG). Dabei haben sie das Amtsgeheimnis zu wahren und sie dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 KG). Die Wettbewerbsbehörden können des Weiteren die Akteneinsicht wegen entgegenstehender wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen verweigern (Art. 27 VwVG).

67. Das Sekretariat hat den Parteien der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» bislang keine Einsicht in die von A. übersandten Schreiben und Unterlagen sowie die hierzu übersandten Schreiben des Sekretariats gewährt und den Parteien nicht die Identität von A. offengelegt. Das Sekretariat beabsichtigt, auch künftig so vorzugehen, sofern A. nicht als Partei oder als Dritte im Sinne von Art. 43 KG ohne Parteistellung am Verfahren zu beteiligen ist. Würde eine Beteiligung erfolgen, wäre es zum Schutz des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Verfahrensparteien (Art. 29 Abs. 2 BV) voraussichtlich notwendig, den Verfahrensparteien die Identität von A. sowie die Korrespondenz zwischen ihr und dem Sekretariat in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version offenzulegen. Es wäre gegebenenfalls auch nicht ersichtlich, inwiefern [...] (siehe dazu oben Rz 28).

B.5 Kosten

68. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung⁴⁵ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die vorliegende Zwischenverfügung hat A. verursacht, da sie diese mit Schreiben vom 17. Mai 2024 beantragt hat (siehe oben Rz 8). A. unterliegt zudem mit ihren Anträgen (siehe dazu oben Rz 4 und 8), weshalb sie als unterliegende Person gebührenpflichtig ist.

69. Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von 100 bis 400 Franken richten sich 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). Bei der Festlegung und Verlegung der angefallenen Verfahrenskosten verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei Pauschalisierungen zulässig sind.⁴⁶

70. Der Zeitaufwand für den Erlass der vorliegenden Zwischenverfügung berechnet sich folgendermassen. Neben A. haben zwei weitere Personen beantragt, als Partei bzw. – hilfsweise – als Dritte im Sinne von Art. 43 KG zur Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zugelassen zu werden. Die Wettbewerbsbehörden haben dementsprechend drei Zwischenverfügungen erarbeitet, wobei in sämtlichen Fällen die Anträge betreffend die Beteiligung an der Untersuchung vollumfänglich abgewiesen werden. Die Erarbeitung der ersten Zwischenverfügung beanspruchte dabei naturgemäss am meisten Zeit. Weil verschiedene Teile der ersten Zwischenverfügung in nicht oder kaum veränderter Form in die zwei anderen Zwischenverfügungen einfließen, wäre es unbillig, wenn diejenigen Gesuchstellerinnen, deren Zwischenverfügung erst an zweiter oder dritter Stelle erarbeitet wurden, in Bezug auf die Verfahrenskosten davon profitieren würden.⁴⁷ Von den drei Zwischenverfügungen sind zwei, darunter die vorliegende, im Wesentlichen gleichlautend und vom Umfang nahezu identisch, während eine Zwischenverfügung einen rund um die Hälfte grösseren, einzelfallspezifischen Zeitaufwand nach sich zog, der sich auch im entsprechend erhöhten Verfügungsumfang niederschlug. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Gesamtkosten für die Erstellung der drei Zwischenverfügungen anteilmässig zu 2/7 für die Erarbeitung der vorliegenden Verfügung, zu 2/7 für die Erarbeitung der im Wesentlichen gleichlautenden Verfügung sowie zu 3/7 für die Erarbeitung der Zwischenverfügung, die einen besonderen einzelfallspezifischen Zeitaufwand generierte, aufzuerlegen. Eine solche Verlegung entspricht auch dem effektiven Aufwand.

71. Der gesamte Zeitaufwand für die Erstellung der drei Zwischenverfügungen beläuft sich auf 1 Stunde à 290 Franken sowie 97,9 Stunden à 200 Franken also insgesamt 19 870 Franken. Von diesen Kosten trägt A. 2/7 (siehe Rz 70), d. h. 5 677 Franken.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Der Antrag der A., sie als Partei im Sinne von Art. 6 VwVG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, wird abgewiesen.
2. Der Antrag der A., sie als Dritte im Sinne von Art. 43 KG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, wird abgewiesen.
3. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von 5 677 Franken werden der A. auferlegt.

⁴⁵ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

⁴⁶ Vgl. BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 8.1, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/4a, 1849 Rz 648, *Bauleistungen Graubünden*.

⁴⁷ Vgl. auch RPW 2015/2, 149 Rz 52, *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- A.,
- BMW (Schweiz) AG, Industriestrasse 20, 8157 Dielsdorf, vertreten durch [...] (anonymisierte und geschäftsgeheimnisbereinigte Fassung),
- [Anzeigerin] (anonymisierte und geschäftsgeheimnisbereinigte Fassung).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	4. BMW (Schweiz) AG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen B.

Zwischenverfügung vom 10. September 2024 in Sachen Untersuchung 32-0284: BMW (Schweiz) AG gemäss Art. 27 KG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen B.

A Sachverhalt

1. Ende September 2023 reichte eine Garagenbetreiberin (nachfolgend: Anzeigerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen die BMW (Schweiz) AG wegen angeblichen Missbrauchs relativer Marktmacht ein. Die Anzeigerin war während mehrerer Jahrzehnte eine zugelassene Händlerin und Servicestelle für Fahrzeuge der Marken BMW und MINI gewesen. In ihrer Anzeige warf sie der BMW (Schweiz) AG vor, ihr eine Erweiterung der Geschäftsbeziehungen in Aussicht gestellt und sie zu Investitionen in Millionenhöhe veranlasst zu haben. Nachdem die Anzeigerin die Investitionen getätigt habe, habe die BMW (Schweiz) AG die Zusammenarbeit unerwartet beendet, ohne eine angemessene Übergangslösung vorzusehen. Die Anzeigerin machte geltend, sie sei vom Fortbestand der Geschäftsbeziehungen mit der BMW (Schweiz) AG wirtschaftlich abhängig, um die erwähnten Investitionen zu amortisieren.

2. Aus den Vorbringen der Anzeigerin ergaben sich Anhaltspunkte, wonach die BMW (Schweiz) AG und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: BMW-Gruppe) gegenüber der Anzeigerin über eine relativ marktmächtige Stellung verfügen und diese missbraucht haben bzw. missbrauchen könnten (Art. 4 Abs. 2^{bis} i. V. m. Art. 7 KG¹). Das Sekretariat eröffnete daher am 15. Januar 2024 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen des Verdachts auf Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin (nachfolgend: Untersuchung).² Parteien dieser Untersuchung sind die Gesellschaften der BMW-Gruppe sowie die Anzeigerin, welche von der konkret untersuchten Verhaltensweise direkt betroffen ist.

3. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung am 25. Januar 2024 gemäss Art. 28 Abs. 1 und 2 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie im Bundesblatt bekannt.³ Die Publikation enthielt gemäss Art. 28 Abs. 2 Satz 2 KG den Hinweis, dass Dritte sich innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen.

4. Mit Schreiben vom 26. Februar 2024 verlangten die drei Gesellschaften B., [...] (nachfolgend: [...]) und [...] (zusammen nachfolgend: die drei Gesellschaften), welche alle drei von der im Rubrum genannten Rechtsvertretung vertreten werden, an der Untersuchung beteiligt zu werden. Konkret beantragten die drei Gesellschaften Folgendes:

«ANTRÄGE

1. Es sei der [...], B. und der [...] Parteistellung im Sinn von Art. 6 i. V. m. 48 VwVG im Verfahren gegen BMW (Schweiz) AG und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vom 15. Januar 2024 zu gewähren.
2. Eventualiter seien die [...], B. und die [...] gemäss Art. 43 KG am Verfahren gegen BMW (Schweiz) AG und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vom 15. Januar 2024 zu beteiligen.

VERFAHRENSANTRÄGE

3. Die Identität der Gesuchstellerinnen sei geheim zu halten und zwar gegenüber
 - 3.1. der BMW (Schweiz) AG, und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften,
 - 3.2. hier nicht genannten allfälligen anderen Verfahrensparteien und
 - 3.3. der Öffentlichkeit.
4. Behördliche Einschätzungen des Geschäftsgeheimnischarakters der von den Gesuchstellern eingereichten Informationen seien den Gesuchstellern vor der allfälligen Einsichtnahme Dritter und der Verfahrenspartei mitzuteilen, damit sie ihr Recht auf rechtliches Gehör wahrnehmen können.»

5. Die drei Gesellschaften begründeten die vorstehenden Anträge im Schreiben vom 26. Februar 2024 ausführlich sowohl in sachverhaltsmässiger als auch in rechtlicher Hinsicht. Da die vorliegende Zwischenverfügung einzig B. betrifft, wird nachfolgend ausschliesslich auf deren Begründung eingegangen. B. führte aus, sie sei seit ca. [...] Jahren [...] im Verkaufs- sowie auch Werkstattbereich als Vertragspartnerin der [...] tätig. Mit Schreiben vom [...] habe [...] B. mitgeteilt, dass der Händlervertrag per [...] enden würde. [...]. Mit Schreiben aus dem Jahr [...] habe die [...] B. mitgeteilt, dass [...]. Die dafür erforderlichen Investitionen in Höhe von rund [...] Franken habe B. [...] im Vertrauen auf eine weitere langjährige Vertragsbeziehung im Jahr [...] getätigt. Die [...] habe also entgegen ihrer ursprünglichen Ankündigung die Vertriebsverträge

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

² Vgl. Medienmitteilung vom 18.1.2024, WEKO untersucht relative Marktmacht im Automobilsektor, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/85773.pdf>> (10.9.2024).

³ Vgl. SHAB Nr. 17 vom 25.1.2024, S. 154 f., BBl 2024 142.

mit B. beendet, ohne dass B. ihre Investitionen hätte amortisieren können. Vom Ausgang der Untersuchung hänge daher direkt die Stellung von B. gegenüber [...] ab. Denn das beschriebene Verhalten der [...] gegenüber B. sei beinahe identisch mit dem in der Untersuchung geprüften Verhalten der BMW-Gruppe, weshalb sich [...] die Frage stelle, ob ein Missbrauch relativer Marktmacht durch die [...] ihr gegenüber vorliege. Je nach Ausgang der Untersuchung könne sich ergeben, dass die Kündigung der [...] gegenüber B. missbräuchlich im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG i. V. m. Art. 7 KG und damit widerrechtlich gewesen sei. Konkret könnte die [...] B. einerseits missbräuchlich einen neuen Händlervertrag und andererseits eine Entschädigung für die getätigten Investitionen verweigert haben. Der Verfahrensausgang habe damit einen relevanten Einfluss auf die Situation von B., die gegebenenfalls Vertragsforderungen gegen die [...] geltend machen könne. Für ein KMU wie die B. stelle die fehlende Amortisierung der getätigten Investitionen und die Kündigung des Händlervertrags für die Marke [...] per [...] und des Servicevertrags für die Marke [...] per [...] einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil dar und diese Umstände seien auch existenzbedrohend. Auch könne B. zur Sachverhaltsabklärung in der rubrizierten Untersuchung beitragen. B. sei daher vom Gegenstand der Untersuchung besonders berührt und habe ein schutzwürdiges Interesse an der Beteiligung am Verfahren als Partei. Ausserdem bestehe wegen der vorstehenden Umstände die Möglichkeit, dass B. durch die [...] ebenfalls in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert würde, weshalb sie zumindest als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zum Verfahren zuzulassen sei. Den Antrag auf Geheimhaltung der Identität von B. gegenüber den Verfahrensparteien und der Öffentlichkeit begründete B. mit [...].

6. In der Folge prüfte das Sekretariat die Anträge und informierte anschliessend B., [...] und [...] mit Schreiben vom 18. April 2024 über seine vorläufige Einschätzung. Danach sind die drei Gesellschaften nicht als Parteien der Untersuchung zu behandeln und sie sind auch nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ohne Parteistellung am Verfahren zu beteiligen. Das Sekretariat begründete dies insbesondere damit, dass die Untersuchung einzig das konkrete bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin zum Gegenstand habe und nicht ersichtlich sei, dass B., [...] oder [...] durch das in der Untersuchung überprüfte Verhalten der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin konkret in ihren Wettbewerbspositionen berührt sein könnten. Ein blosses Berührtsein von der Rechtsauslegung reiche nicht aus für die Begründung der Parteistellung oder der Stellung als Dritte ohne Parteistellung. Würde man in einer solchen Konstellation Unternehmen bloss wegen des Berührtseins von zu klärenden Rechtsfragen als Partei behandeln, sei einer Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet und es würde eine Überlastung der Rechtspflege drohen. Ohne formelle Beteiligung von B., [...] und [...] am Verfahren seien diese Unternehmen auch nicht schutzlos gestellt, da es ihnen freistehe, Anzeigen bei den Wettbewerbsbehörden einzureichen hinsichtlich des angeblichen Missbrauchs relativer Marktmacht ihnen gegenüber und so allenfalls gesonderte wettbewerbsbehördliche Verfahren anzustrengen, unaufgeforderte Stellungnahmen betreffend die laufende Untersuchung gegen die

BMW-Gruppe einzureichen und [...] den Zivilrechtsweg zu beschreiben. In Bezug auf den Geheimhaltungsantrag teilte das Sekretariat mit, es werde die Identität von B., [...] und [...] nicht offenlegen, solange sie jeweils nicht am Verfahren beteiligt werden. Falls B., [...] und/oder [...] am Verfahren zu beteiligen wären, wäre es jedoch aus Gründen des rechtlichen Gehörs voraussichtlich notwendig, den bisherigen Parteien der Untersuchung die Identität der zu beteiligenden Gesellschaften zur Kenntnis zu bringen. Das Sekretariat gab B., [...] und [...] unter Fristansetzung die Gelegenheit, sich zu den Ausführungen des Sekretariats zu äussern und mitzuteilen, ob sie angesichts der vorläufigen Einschätzung des Sekretariats an ihren Anträgen festhalten und eine Zwischenverfügung verlangen oder sie die Anträge zurückziehen.

7. Auf Wunsch der gemeinsamen Rechtsvertretung von B., [...] und [...] erläuterte das Sekretariat der Rechtsvertretung die vorläufige Einschätzung des Sekretariats anlässlich einer Videokonferenz, welche am 29. April 2024 stattfand.

8. Mit Schreiben vom 17. Mai 2024 reichten B. und [...] ein Gesuch ein auf den Erlass einer Zwischenverfügung zu den folgenden Anträgen:

«Anträge

1. *Es sei der [...] und der B. («Gesuchsteller») Parteistellung im Sinn von Art. 6 i. V. m. 48 VwVG im Verfahren 32-0284 zu gewähren.*
2. *Eventualiter seien die Gesuchsteller gemäss Art. 43 KG am Verfahren 32-0284 zu beteiligen.*

Verfahrensanträge

3. *Vor Erlass der Verfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 23 Abs. 1 KG) sei den Gesuchstellern das rechtliche Gehör zu gewähren (Art. 30 Abs. 1 VwVG).*
4. *Die Identität der Gesuchsteller sei geheim zu halten und zwar gegenüber*
 - 4.1. *der BMW (Schweiz) AG, und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften,*
 - 4.2. *hier nicht genannten allfälligen anderen Verfahrensparteien und*
 - 4.3. *der Öffentlichkeit.*
5. *Behördliche Einschätzungen des Geschäftsgeheimnischarakters der von den Gesuchstellern eingereichten Informationen seien den Gesuchstellern vor der allfälligen Einsichtnahme Dritter und der Verfahrenspartei mitzuteilen, damit sie ihr Recht auf rechtliches Gehör wahrnehmen können.»*

9. Eine Begründung für die vorstehenden Anträge reichten B. und [...] mit ihrem Gesuch vom 17. Mai 2024 nicht ein, sondern verwiesen hierzu auf ihr Gesuch vom 26. Februar 2024 (siehe dazu Rz 4 f.).

10. Mit Schreiben vom 22. Mai 2024 forderte das Sekretariat die gemeinsame Rechtsvertretung von B., [...] und [...] auf, hinsichtlich [...] mitzuteilen, ob diese den Erlass einer Zwischenverfügung verlange oder ihre Anträge

zurückziehe. Mit gleichem Schreiben informierte das Sekretariat die Rechtsvertretung, dass vor Erlass der beantragten Zwischenverfügungen nach aktuellem Verfahrensstand keine erneute Anhörung der Gesuchstellerinnen notwendig und vorgesehen sei. Es begründete dies damit, dass diese den Erlass einer Zwischenverfügung unter Darlegung ihrer Argumente selbst verlangt hätten und das Sekretariat die Gesuchstellerinnen mit Schreiben vom 18. April 2024 über seine vorläufige Einschätzung informiert habe.

11. Mit Schreiben vom 30. Mai 2024 zog [...] ihren Antrag auf Gewährung von Parteistellung bzw. – eventualiter – auf Beteiligung gemäss Art. 43 KG zurück. B. und [...] stellten mit einem separaten Schreiben vom selben Tag die folgenden Anträge:

- «1. Die Gesuchstellerinnen seien in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 VwVG und Art. 29 VwVG bzw. Art. 29 Abs. 2 BV vorgängig zum Erlass der Zwischenverfügung vom Sekretariat der WEKO anzuhören.
2. Eventualiter sei eine Zwischenverfügung über das Nichtgewähren des rechtlichen Gehörs vom Sekretariat der WEKO zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuhanden der [...] und der B. zu erlassen.»

12. B. und [...] begründeten die vorstehenden Anträge damit, dass die Standpunkte des Sekretariats «Fehler in der Sachverhaltsfeststellung und in der Rechtsanwendung» enthalten würden. Ihre vorherige Anhörung sei daher notwendig, damit das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine korrekte Verfügung erlassen könne. Angaben dazu, worin diese Fehler bestünden, machten die beiden Gesellschaften nicht.

13. Mit Schreiben vom 3. Juni 2024 teilte das Sekretariat B. und [...] erneut mit, dass aus seiner Sicht eine neuerliche Anhörung von B. und [...] nicht erforderlich sei, weil B. und [...] mehrfach Gelegenheit gehabt hätten, sich zum Verfahrensgegenstand zu äussern und den Erlass der Zwischenverfügung selbst beantragt hätten. Das Sekretariat führte aus, dass es B. und [...] jedoch freistehe, bis zum Erlass der beantragten Zwischenverfügung erneut Stellung zu nehmen und insbesondere die bislang nicht näher spezifizierten angeblichen «Fehler in der Sachverhaltsfeststellung und in der Rechtsanwendung» zu konkretisieren. Das Sekretariat bat B. und [...] darum, eine allfällige weitere Stellungnahme bis zum 14. Juni 2024 einzureichen.

14. Mit Schreiben vom 14. Juni 2024 reichten B. und [...] eine weitere Stellungnahme ein. Darin führten die beiden Gesellschaften gleichermassen erneut aus, der Ausgang des Verfahrens habe direkte Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung in ihrem Streit mit der [...], weil [...]. Konkret würde [...] bei einem Entscheid zugunsten der Anzeigerin gegenüber B. und [...] gegebenenfalls schadenersatzpflichtig und die Händler- und Werkstattverträge müssten unter Umständen weitergeführt werden. Durch die Zulassung von B. und [...] drohe auch nicht die Gefahr der Popularbeschwerde und der Überlastung der Rechtspflege. Denn es könnten sich ja nur Unternehmen am Verfahren beteiligen, welchen – wie B. und [...] – je nach Verfahrensausgang wesentliche Nachteile drohen würden.

Weiter sei der erwartete Ansturm an Anzeigen zu Missbräuchen relativer Marktmacht auch im Jahr 2023 ausgeblieben, weshalb keine Überlastung der Wettbewerbsbehörden drohe. Das Sekretariat gehe zudem in sachverhältnismässiger Hinsicht zu Unrecht davon aus, [...] hinsichtlich der Beschreitung des Zivilrechtswegs betonte B. die faktischen Schwierigkeiten von zivilrechtlichen Streitigkeiten. Die Verfahren würden hohe Anwalts- und Verfahrenskosten verursachen, was dazu führe, dass B. weniger investieren könne. Der Verweis an ein Zivilgericht sei daher nicht zielführend und mit der unzutreffenden Annahme verbunden, dass ein solcher Schritt für ein Schweizer KMU eine einfach gangbare Alternative zu einem Behördenverfahren darstelle, obwohl noch keine Behördenpraxis zum besagten Verhalten vorliege. Es verstosse zudem gegen Treu und Glauben, dass das Sekretariat eine Beteiligung von B. am Verfahren einerseits ablehne und andererseits im Bundesblatt anlässlich der Untersuchungseröffnung habe verlauten lassen, es stehe Dritten offen, sich zu beteiligen. Die Verweigerung der Parteistellung verstosse des Weiteren gegen den Willen des Gesetzgebers, der davon ausgegangen sei, dass ein weiterer Kreis von Dritten von einer Wettbewerbsbeschränkung berührt sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Art. 4 Abs. 2^{bis} KG erst nach Art. 43 KG in Kraft getreten sei, weil namentlich die Änderung von materiellen Vorschriften keine Auswirkungen auf Verfahrensnormen haben dürfe. Die Auslegung des Sekretariats, wonach nur Unternehmen, die in existenzbedrohendem Ausmass in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert seien, Parteistellung zukomme, und nur die Direktbetroffenen an Verfahren von Fällen relativer Marktmacht teilnehmen könnten, widerspreche zudem Art. 29a und 36 BV⁴ und der Praxis des Bundesgerichts. Gemäss Art. 48 VwVG⁵ komme es einzig auf das besondere Berührtsein sowie das schutzwürdige Interesse an Beides bei B. gegeben, namentlich liege bei ihr ein faktisches Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang vor. Zumindest müsse B. als Dritte im Sinne von Art. 43 KG behandelt werden, weil der Wortlaut Dritte zulasse und B. zur Abklärung des Sachverhalts in effizienter Weise beitragen und die Qualität des Entscheids erhöhen könne. In Bezug auf ihren Geheimhaltungsantrag bekräftigte B., [...].

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

15. Vorliegend ist über die Anträge von B. auf Behandlung von B. als Partei der Untersuchung bzw. – eventualiter – auf Beteiligung von B. als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung zu entscheiden. Mit einem solchen Entscheid wird der Umfang der Rechte und Pflichten der Gesuchstellerin in der laufenden wettbewerbsbehördlichen Untersuchung geregelt. Ein solcher

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁵ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

Entscheid ist als verfahrensleitende Verfügung zu qualifizieren.⁶ Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ist für den Erlass einer verfahrensleitenden Verfügung das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig.

B.2 Keine Parteistellung

16. Hinsichtlich des Hauptantrags von B., sie sei als Partei im Sinne von Art. 6 VwVG i. V. m. Art. 48 VwVG der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln, ist Folgendes auszuführen.

B.2.1 Rechtliche Voraussetzungen für die Parteistellung

17. Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

18. Für die vorliegende Frage, ob B. in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» als Partei zu behandeln ist, ist die zweite Tatbestandsvariante von Art. 6 VwVG betreffend die Beschwerdeberechtigung massgebend. Die erste Tatbestandsvariante («Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll») kommt nicht in Betracht, denn die rubrizierte Untersuchung betrifft das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin (siehe oben Rz 1 f. sowie unten Rz 25 f.). Mit der verfahrensabschliessenden Verfügung werden daher einzig Rechte und Pflichten der Gesellschaften der BMW-Gruppe und der Anzeigerin geregelt, nicht jedoch die Rechte und Pflichten anderer Personen, namentlich von B.. Einzugehen ist daher darauf, ob B. als Dritte trotzdem ein Rechtsmittel gegen die verfahrensabschliessende Verfügung zustünde.

19. Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Bedeutsam sind vorliegend die Tatbestandsmerkmale gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG, welche die sogenannte «materielle Beschwer» betreffen.⁷ Zweck dieser Tatbestandsmerkmale ist der Ausschluss der Popularbeschwerde, welche eine unsachliche Öffnung des Beschwerderechts und eine Überlastung der Rechtspflege zur Folge hätte.⁸

20. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die materielle Beschwer nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG voraus, dass eine Person in einer «besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache» steht.⁹ Daneben «muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d. h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung».¹⁰

21. Gemäss Bundesgericht gibt es keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung des Beschwerderechts zur Popularbeschwerde.¹¹ Wo die Grenze verläuft, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen.¹² Wegleitend dafür sind namentlich die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z. B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, sowie das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren.¹³ Generell ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bejahung des Beschwerderechts von Dritten, welche nicht Verfügungsadressatin im materiellen Sinne sind, Zurückhaltung geboten.¹⁴

22. In Bezug auf das Kartellrecht hat das Bundesgericht die Frage der Parteistellung von Dritten derart konkretisiert, dass es für eine Konkurrentin der Untersuchungsadressatinnen angenommen hat, dass dieser nur dann Parteistellung zukommt, wenn sie einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet.¹⁵ Ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil setzt gemäss Bundesgericht eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liegt vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf die Konkurrentin auswirkt, namentlich indem diese durch die beanstandete Wettbewerbsbeschränkung eine Umsatzeinbusse erleiden könnte.¹⁶ Dabei hat die beschwerdeführende Konkurrentin im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Begründungspflicht darzulegen, dass sie einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet, soweit dies nicht klar aus den Akten ersichtlich ist.¹⁷ Das Bundesgericht liess offen, inwiefern diese Rechtsprechung auch auf Abnehmerinnen (wie es Garagen in Bezug auf Kraftfahrzeuganbieterinnen sind) anwendbar ist.¹⁸

⁶ Vgl. BVGer, B-3985/2013 vom 1.7.2024 E. 1.2, *Parteistellung in der Untersuchung «Online-Buchungsplattformen für Hotels»*; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 23 N 39; DAVID BRUCH/SILVAN MEIER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 23 N 72; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 26; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 23 LCart N 7.

⁷ ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer et al. (Hrsg.), 2019, Art. 6 N 2.

⁸ VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Krauskopf (Hrsg.), 3. Aufl. 2023, Art. 48 N 11 mit Hinweisen auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung.

⁹ BGE 146 I 172 E. 7.1.2; BGE 142 II 451 E. 3.4.1; BGE 139 II 328 E. 3.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁰ BGE 142 II 451 E. 3.4.1 m. w. N.

¹¹ BGE 142 II 451 E. 3.4.2.

¹² BGE 142 II 80 E. 1.4.1; BGE 139 II 279 E. 2.3; BGE 123 II 376 E. 5.

¹³ BGE 142 II 451 E. 3.4.2 m. w. N.

¹⁴ Vgl. BGE 133 V 188 E. 4.3.3 m. w. N.

¹⁵ BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; siehe dazu insbesondere BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 7 m. w. N.

¹⁶ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁷ BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁸ BGE 139 II 328 E. 3.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

23. Die Wettbewerbsbehörden haben die vorgenannte Rechtsprechung auch auf Abnehmerinnen übertragen. Für die Begründung der Parteistellung reicht es danach nicht schon aus, dass ein mutmassliches Kartellopfert aktuell direkte Abnehmerin der mutmasslichen Kartelltäterin ist und deshalb die Möglichkeit besteht, dass es durch das untersuchte Verhalten aktuell auf seinem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte. Erforderlich ist für die Parteistellung einer Abnehmerin, dass diese je nach Ausgang des Verfahrens der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem Ausmass auf ihrem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte.¹⁹ Soweit B. vorbringt, diese Konkretisierung durch die Wettbewerbsbehörden verstosse gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Parteistellung und sei zudem verfassungswidrig, zielt dies ins Leere. Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, kommt B. schon gemäss den bundesgerichtlichen Vorgaben, wonach für die Begründung der Parteistellung infolge der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung die Gefahr eines deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteils bestehen muss, keine Parteistellung zu. Auf die vorgenannte Konkretisierung durch die Wettbewerbsbehörden kommt es vorliegend also gar nicht an (siehe dazu auch Rz 40 ff.).

B.2.2 Anwendung der rechtlichen Voraussetzungen

24. Zu prüfen ist vorliegend, ob – unter Berücksichtigung der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichts – B., die weder Adressatin der verfahrensabschliessenden Verfügung sein soll, noch Anzeigerin des konkret untersuchten Verhaltens ist, von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung «besonders berührt» wäre und ein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätte. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (siehe oben insbesondere Rz 22) ist dabei massgebend, ob B. ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil drohen könnte, weil sich die kartellrechtlich geprüfte Verhaltensweise nachteilig im Sinne der geschilderten Rechtsprechung und Praxis auf sie als Abnehmerinnen auswirken könnte.

25. Die Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» betrifft den allfälligen Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber einer bestimmten Autogarage, mithin das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin (siehe oben Rz 1 f.). Der Untersuchungsgegenstand ist daher auf dieses Verhältnis und die Verhaltensweise der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin begrenzt, weshalb vorliegend einzig Gesellschaften der BMW-Gruppe und der Anzeigerin Parteistellung zukommt (siehe oben Rz 2). Es ist unstrittig, dass B. von der in der Untersuchung konkret geprüften Verhaltensweise der BMW-Gruppe, d. h. dem Auslaufenlassen der Geschäftsbeziehung mit der Anzeigerin durch die BMW-Gruppe, nicht betroffen ist. Diese konkrete Verhaltensweise kann sich demnach auch nicht nachteilig auf B. auswirken. Insoweit ist ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil infolge der untersuchten Verhaltensweise und damit eine Parteistellung von B. ausgeschlossen.

26. Hier besteht ein bedeutender Unterschied zu Untersuchungen betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.²⁰ Bei Wettbewerbsabreden und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gehören sämtliche Unternehmen der betroffenen Marktgegenseite sowie ggf. Konkurrentinnen zu den möglichen «Opfern» der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung. Beim Missbrauch relativer Marktmacht gibt es hingegen von vorneherein nur ein «Opfer», es handelt sich um das abhängige Unternehmen. In Verfahren betreffend relative Marktmacht geht es dementsprechend weniger um das öffentliche Interesse am Schutz des funktionierenden Wettbewerbs, sondern um die Durchsetzung eines privaten Interesses.²¹ Die Wettbewerbsbehörden behalten sich dementsprechend auch vor, Streitigkeiten über den allfälligen Missbrauch relativer Marktmacht auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.²²

27. Soweit B. geltend macht, ihr Beschwerderecht folge daraus, dass [...] bei einem WEKO-Entscheid zugunsten der Anzeigerin gegenüber B. gegebenenfalls schadenersatzpflichtig würde und unter Umständen die Händler- und Werkstattverträge mit B. verlängern müsste, sowie daraus, dass [...], überzeugt dies aus den folgenden Gründen nicht.

28. Wie erläutert, reicht für ein Beschwerderecht eine bloss mittelbare Betroffenheit nicht aus (siehe oben Rz 20).²³ Vorliegend ist B. vom Untersuchungsgegenstand jedoch höchstens mittelbar betroffen. Denn in Fällen relativer Marktmacht ist zu prüfen, ob im bilateralen Verhältnis zwischen zwei bestimmten Unternehmen eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht (siehe Art. 4 Abs. 2^{bis} KG) und, falls ja, ob eine bestimmte Verhaltensweise des relativ marktmächtigen Unternehmens gegenüber dem abhängigen Unternehmen einen Missbrauch relativer Marktmacht darstellt (Art. 7 KG). Beide Prüfungspunkte sind abhängig von den konkreten Gegebenheiten des beurteilten bilateralen Verhältnisses,²⁴ namentlich von den konkreten Ausweichmöglichkeiten des angeblich abhängigen Unternehmens, für welche wiederum z. B. dessen Geschäftsmodell, Tätigkeitsgebiet, Finanzkraft sowie Verhalten in der Vergangenheit²⁵ massgebend sind.²⁶

¹⁹ RPW 2018/1, 129 Rz 24, *Verzinsung – Parteistellung*.

²⁰ Vgl. auch Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) (zit. Botschaft 2019), BBl 2019 4877, 4927.

²¹ Vgl. etwa Botschaft 2019 (Fn 20), BBl 2019 4877, 4930, 4947.

²² Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6.12.2021, Rz 16, 19 ff., siehe <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/anzeigen/relative_marktmacht.html> (10.9.2024).

²³ BGE 142 II 451 E. 3.4.1 m. w. N.

²⁴ Vgl. etwa Botschaft 2019 (Fn 20), BBl 2019 4877, 4917, 4927, 4947; Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht (Fn 22), Rz 7 ff., 11 ff.

²⁵ Nach dem Willen des Gesetzgebers kann sich nur dasjenige Unternehmen auf relative Marktmacht berufen, welches sich bereits erfolglos um zumutbare Ausweichmöglichkeiten bemüht hat und dessen Abhängigkeit nicht auf grobem Selbstverschulden beruht; vgl. Kantonsgericht BL, 430 23 144 vom 13.12.2023 E. 7.2.1, E. 7.3 f. m. w. N. sowie Botschaft 2019 (Fn 20), BBl 2019 4877, 4935 f. Vgl. auch WEKO, Pressestoff vom 4.7.2024, WEKO: Relative Marktmacht im Gesundheitswesen?, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/88645.pdf>> (10.9.2024), S. 1.

²⁶ Vgl. Nachweise in Fn 24.

Diese Umstände unterscheiden sich von bilateralem Verhältnis zu bilateralem Verhältnis. Es wäre daher selbst bei einem WEKO-Entscheid zugunsten der Anzeigerin ohne weiteres möglich, dass [...] gegenüber B. nicht als relativ marktmächtig angesehen würde und ein Missbrauch zu verneinen wäre. Entgegen der Behauptung von B. besteht also keine «Reflexwirkung» der vorliegenden Untersuchung zugunsten des Verhältnisses von B. zur [...] derart, dass aus der Bejahung des Missbrauchs relativer Marktmacht durch die [...] gegenüber der Anzeigerin automatisch Ansprüche von B. gegen [...] abzuleiten wären. Vielmehr müssten bei der kartellrechtlichen Beurteilung ihres Verhältnisses zur [...] gleichwohl die spezifischen Eigenheiten im Verhältnis der [...] zu B. berücksichtigt werden. Es liegt vorliegend also, wenn überhaupt, eine bloss mittelbare Betroffenheit vom Untersuchungsgegenstand vor.

29. B. geht es vorliegend einzig um ihr Interesse an einer für sie günstigen Rechtsauslegung, da so allenfalls die Wahrscheinlichkeit erhöht werden könnte, dass B. in ihrem eigenen bilateralen Rechtsstreit mit der [...] obsiegen würde. Ein solches Interesse kann bei der vorliegenden bloss mittelbaren Betroffenheit (siehe oben Rz 28) nicht ausreichen für die Begründung des Beschwerderechts und der Parteistellung. Wäre dies der Fall, müssten stets sämtliche Unternehmen als Parteien eines Verfahrens behandelt werden, die daran ein Interesse bekunden, weil sich in ihren Geschäftsbeziehungen dieselben kartellrechtlichen Rechtsfragen stellen würden wie in einer laufenden Untersuchung. Bei einem solchen Verständnis wäre einer Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet und es würde die Überlastung der Rechtspflege drohen. Dies liefe dem Zweck von Art. 48 VwVG zuwider (siehe oben Rz 19). Der Einwand von B., [...], zielt ins Leere. Denn dabei übersieht B., dass eine Bejahung der Parteistellung von B. in casu eine Präjudizwirkung hätte für sämtliche künftigen Fälle, in denen Unternehmen Parteistellung beantragen, bloss weil sich in ihren Geschäftsbeziehungen dieselben kartellrechtlichen Rechtsfragen stellen würden wie in der laufenden Untersuchung. Selbst wenn also die Bejahung der Parteistellung in casu keine konkrete Überlastung der Rechtspflege zur Folge hätte, so bestünde in künftigen Fällen eine realistische Gefahr, dass eine solche Überlastung eintritt. Auch das Vorbringen von B., der Ansturm an Anzeigen betreffend den Missbrauch relativer Marktmacht sei bislang ja ausgeblieben, zielt deshalb ins Leere.

30. Zu beachten ist ferner, dass es, wie erwähnt, gemäss Bundesgericht keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung des Beschwerderechts zur Popularbeschwerde gibt. Wegleitend für die Grenzziehung sind gemäss Bundesgericht namentlich die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z. B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, sowie das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (siehe oben Rz 21). Generell ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bejahung des Beschwerderechts von Dritten, welche nicht Verfügungsadressatin im materiellen Sinne sind, Zurückhaltung geboten (siehe oben Rz 21). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend zu berücksichtigen, dass B. bei Verneinung der Parteistellung keineswegs schutzlos gestellt ist, sondern ihren Standpunkt

sowohl vor den Wettbewerbsbehörden als auch vor den Zivilgerichten einbringen kann (siehe dazu im Detail unten Rz 31–33). Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Bejahung der Parteistellung von B. und von Gesuchstellerinnen in einer vergleichbaren Ausgangslage ein Verfahren betreffend ein einzig bilaterales Verhältnis übermässig erschweren würde (siehe dazu unten Rz 34).

31. Im Hinblick auf die alternativen Schutzmöglichkeiten ist zunächst von Bedeutung, dass es B. namentlich freisteht, [...] zu versuchen, ein gesondertes wettbewerbsbehördliches Verfahren betreffend den behaupteten Missbrauch relativer Marktmacht durch die [...] ihr gegenüber anzustrengen. [...].

32. Sodann kann B. in jedem Fall unaufgeforderte Stellungnahmen betreffend die vorliegende Untersuchung einreichen, welche die Wettbewerbsbehörden berücksichtigen und zu den Verfahrensakten nehmen würden. Es besteht damit für B. auch ohne Parteistellung die Möglichkeit, ihre Rechtsauffassung zum Gehalt der neuen Vorschriften zur relativen Marktmacht sowie ihre Sicht zum Sachverhalt in das Verfahren einzubringen.

33. Darüber hinaus steht B. als alternative Schutzmöglichkeit die Beschreitung des Zivilrechtswegs zur Verfügung. Soweit sie dagegen einwendet, für die Beschreitung des Zivilrechtswegs bestünden für sie, insbesondere wegen der hohen Anwalts- und Verfahrenskosten, grosse faktische Hürden, überzeugt dies nicht. Dass die Beschreitung des Zivilrechtswegs in kartellrechtlichen Streitigkeiten mit Aufwand verbunden ist, ist systemimmanent und bekannt. Gleichwohl ist es nach dem Willen des Gesetzgebers und des Bundesgerichts zulässig, wenn nicht sogar geboten, bilaterale Kartellrechtsstreitigkeiten auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.²⁷ Der Zivilrechtsweg stellt daher für B. also einen zumutbaren Weg zur Durchsetzung ihrer allfälligen Ansprüche dar, auch wenn dieser mit allenfalls höheren Kosten und Risiken verbunden ist.

34. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass eine Bejahung der Parteistellung von B. und von Gesuchstellerinnen in einer vergleichbaren Ausgangslage es übermässig erschweren würde, das Verfahren betreffend das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin effizient zu führen. Die diesfalls mögliche massive Ausweitung der Zahl der Parteien in kartellrechtlichen Untersuchungen, namentlich bei der Überprüfung von bilateralen Verhältnissen (siehe oben Rz 29), hätte erhebliche Verfahrensverlängerungen und Rechtsunsicherheit zur Folge. Insbesondere müssten in solchen Verfahren umfangreiche Aktenbereinigungen zum Schutz von Amts- und Geschäftsgeheimnissen durchgeführt werden (Art. 25 KG) und die materiellen Verfügungsadressatinnen müssten stets Beschwerden von Seiten Dritter mit Parteistellung gegen die Beurteilung des rein bilateralen Verhältnisses befürchten.

²⁷ Vgl. Botschaft 2019 (Fn 20), BBl 2019 4877, 4913 m. w. N.; BGE 130 II 149 E. 2.4.; BGE 130 II 521 E. 2.9; siehe auch BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn 6), Vor Art. 12–15 N 17.

35. Aus alledem ergibt sich, dass B. von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung nicht nach Art. 48 VwVG «besonders berührt» wäre und kein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätte. Ihr stünde also kein Beschwerderecht gegen die Verfügung zu. Wie nachfolgend dargelegt wird, überzeugen die hiergegen von B. erhobenen Einwände (siehe dazu oben Rz 14) nicht (siehe sogleich Rz 36 ff.).

B.2.3 Zu weiteren Einwänden von B.

B.2.3.1 Kein Verstoss gegen Treu und Glauben

36. Soweit B. geltend macht, die Verneinung der Parteistellung verstosse gegen Treu und Glauben, weil die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der amtlichen Publikation nach Art. 28 Abs. 1 und 2 KG in Aussicht gestellt hätten, dass sich B., [...], beteiligen könne, ist Folgendes zu erwidern.

37. Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vertrauensanspruchs sind das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d. h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, welches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann; die Begründetheit des Vertrauens; die Vornahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen; ein Kausalzusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen; das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden; sowie der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendigen Durchsetzung des objektiven Rechts. Für die Beurteilung ist dabei jeweils eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.²⁸

38. B. beruft sich zur Begründung ihres angeblich schutzwürdigen Vertrauens auf die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung (siehe dazu oben Rz 3). Dies zielt ins Leere. Denn die amtliche Publikation hat keinen direkten Bezug zur Parteistellung: Gemäss Art. 28 Abs. 1 und 2 KG ist das Sekretariat verpflichtet zur amtlichen Publikation der Eröffnung einer Untersuchung unter Nennung des Gegenstands und der Adressaten der Untersuchung sowie mit dem Hinweis, dass Dritte sich innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen. Diese Publikation benennt einzig die Voraussetzungen für die Beteiligung von Dritten nach Art. 43 KG, da die Parteistellung nicht infolge Fristablaufs ausgeschlossen werden kann und die Parteistellung unabhängig ist von der Stellung als beteiligte Dritte im Sinne von Art. 43 KG.²⁹ Schon deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern B. aus der amtlichen Publikation etwas in Bezug auf ihre angebliche Parteistellung ableiten können sollte. Kommt hinzu, dass die vorliegende amtliche Publikation in Anlehnung an den Gesetzestext von Art. 43 KG ohnehin so allgemein formuliert ist, dass sie nicht als Zusicherung verstanden werden kann, B. nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG

zu beteiligen.³⁰ So wird in der vorliegenden amtlichen Publikation einzig festgehalten, dass Dritte, *welche die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 KG erfüllen*, als Dritte ohne Parteistellung an der Untersuchung beteiligt werden können («[...] können sich folgende Dritte anmelden: [...]»). Die Beteiligungsmöglichkeit steht nach dem Wortlaut der Publikation also unter dem Vorbehalt, dass die sich anmeldende Person auch die Voraussetzungen nach Art. 43 Abs. 1 KG erfüllt. Allein der Umstand, dass B. meint, sie würde die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllen, kann kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen lassen. Würde eine solche innere Überzeugung einer Gesuchstellerin für eine Begründung eines schutzwürdigen Vertrauens ausreichen, könnte die Parteistellung bzw. die Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG ohne Parteistellung für Dritte nie verweigert werden. Dies wäre ein offensichtlich untragbares Ergebnis.

39. Mangels Vertrauensgrundlage verstösst die Verneinung der Parteistellung von B. in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» (siehe oben Rz 24–35) mithin nicht gegen schutzwürdiges Vertrauen von B. und ist damit weder widersprüchlich noch treuwidrig.

B.2.3.2 Kein Verstoss gegen Art. 29a und 36 BV und die bundesgerichtliche Rechtsprechung

40. Soweit B. geltend macht, die Auffassung des Sekretariats, wonach grundsätzlich nur Direktbetroffene als Parteien an Untersuchungen betreffend den Missbrauch relativer Marktmacht teilnehmen können, widerspreche Art. 29a und 36 BV und der Praxis des Bundesgerichts, ist Folgendes zu erwidern.

41. Art. 29a BV verleiht jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedarf es für eine Einschränkung dieses Grundrechts einer gesetzlichen Grundlage, welche durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist (Art. 36 Abs. 2 BV). Einschränkungen des Grundrechts müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Kerngehalt des Grundrechts ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

42. Vorliegend ist bereits kein Eingriff in die Rechtsweggarantie ersichtlich. Denn wie erläutert, ist Gegenstand der Untersuchung einzig das bilaterale Verhältnis zwischen der Anzeigerin und der BMW-Gruppe, jedoch nicht das streitige Verhältnis von B. zur [...] (siehe oben Rz 25). Zur Beurteilung ihrer eigenen Rechtsstreitigkeit steht B. sowohl der Zivilrechtsweg als auch der behördliche Weg über die Wettbewerbsbehörden offen, wobei in beiden Fällen ein gerichtlicher Instanzenzug besteht (siehe oben Rz 31 ff.). B. kann mithin ihre Rechtsstreitigkeit mit der [...] durch eine richterliche Behörde beurteilen lassen.

²⁸ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 216 f., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. N.

²⁹ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.4 f., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 22 f. m. w. N.

³⁰ Vgl. Fn 3.

43. Würde man gleichwohl annehmen, dass die Verneinung der Parteistellung in der vorliegenden Untersuchung einen Eingriff in die Rechtsweggarantie darstellt, wäre dieser jedenfalls gemäss Art. 36 BV verfassungsgemäss. Denn für die Verneinung des Beschwerderechts von B. besteht mit Art. 6 und 48 VwVG eine gesetzliche Grundlage, welche insbesondere durch das öffentliche Interesse am Ausschluss der Popularbeschwerde gerechtfertigt ist (siehe oben Rz 19). Wie erläutert, hätte eine Popularbeschwerde und die Bejahung der Parteistellung in casu eine unsachliche Öffnung des Beschwerderechts und eine Überlastung der Rechtspflege zur Folge (siehe oben Rz 19, 29). Die Anwendung dieser gesetzlichen Grundlage in casu führt auch nicht zu einer Verletzung des Kerngehalts der Rechtsweggarantie, da B. über Möglichkeiten verfügt, ihre Rechtsstreitigkeit mit der [...] durch staatliche Stellen beurteilen zu lassen (siehe oben Rz 42).

44. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Verneinung des Beschwerderechts bzw. der Parteistellung gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung verstossen könnte. Denn aus dieser folgt ja gerade, dass Dritte nur dann Parteistellung in einer Untersuchung haben, wenn ihnen ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil infolge der untersuchten Verhaltensweise drohen könnte, während ein bloss mittelbares Interesse nicht ausreicht (siehe insbesondere oben Rz 20 f. und 24).³¹ Wie erläutert, ist vorliegend gerade nicht erstellt, dass B. durch die konkret untersuchte Verhaltensweise der BMW-Gruppe unmittelbar betroffen ist, weshalb ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil ausgeschlossen ist (siehe oben Rz 25). Die Verneinung der Parteistellung von B. steht damit im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

45. Aus alledem folgt, dass das Ergebnis, wonach B. nicht als Partei der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln ist (siehe oben Rz 24–35), nicht gegen Art. 29a und 36 BV verstösst. Dieses Ergebnis verstösst auch nicht gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, sondern folgt gerade aus der Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Parteistellung in kartellrechtlichen Verfahren.

B.2.3.3 Kein Verstoss gegen den Willen des Gesetzgebers

46. Soweit B. mit Verweis auf die Botschaft zum Kartellgesetz geltend macht, die Verweigerung der Parteistellung verstosse gegen den Willen des Gesetzgebers, der davon ausgegangen sei, dass ein weiterer Kreis von Dritten von einer Wettbewerbsbeschränkung berührt sei, ist Folgendes zu erwidern.

47. Die von B. zur Begründung ihrer Sichtweise zitierte Textpassage aus der Botschaft zum Kartellgesetz besagt, dass von einer Wettbewerbsbeschränkung «in der Regel nicht nur die an ihr unmittelbar Beteiligten berührt [werden], sondern auch ein weiterer Kreis von Dritten».³² Anders als B. behauptet, folgt aus dieser Formulierung nicht, dass auch allenfalls indirekt betroffene Unternehmen als Dritte mit Parteistellung zu qualifizieren sind. Sie besagt vielmehr nur, dass neben den Unternehmen, welche den Wettbewerb beschränken, d. h. dem «Täter» bzw. den «Tätern», auch andere Unternehmen von dieser Wettbewerbsbeschränkung, nämlich die «Opfer» berührt sind.

Wer diese Dritten bzw. «Opfer» sind, wie viele es sind und ob ihnen Parteistellung zukommen soll, ist aus der von B. zitierten Textstelle keinesfalls abzuleiten, weshalb sie daraus nichts für sich ableiten kann. Im Übrigen wird im vorliegenden Verfahren der dem Zitat zugrunde liegenden Annahme des Gesetzgebers entsprochen, da von der vorliegend geprüften Verhaltensweise der BMW-Gruppe eine Dritte, nämlich die Anzeigerin berührt wird (siehe auch oben Rz 1 f. und 25), weshalb diese auch die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllt, wobei ihr vorliegend Parteistellung zukommt (siehe Rz 2).

48. Auch der Hinweis von B., dass in der Botschaft ausgeführt sei, der Kreis *der nach Art. 43 KG* in Frage kommenden Dritten könne einen «beachtlichen Umfang annehmen», verfährt nicht. Dies schon deshalb, da auch aus dieser Textpassage in keiner Weise folgt, dass diesen gegebenenfalls betroffenen Dritten Parteistellung zukommen muss. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies gerade nicht der Fall, da für eine Beteiligung mit Parteistellung und eine Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung unterschiedliche Voraussetzungen gelten.³³ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die von B. erwähnte Textstelle vollständig folgendermassen lautet: «Der Kreis der nach Artikel 43 Absatz 1 E in Frage kommenden Dritten kann *je nach Wettbewerbsbeschränkung* einen beachtlichen Umfang annehmen».³⁴ Der Gesetzgeber ging folglich davon aus, dass der Kreis der betroffenen Dritten je nach untersuchter Wettbewerbsbeschränkung variieren kann. Dies steht im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht, wonach es im Fall einer Untersuchung betreffend den Missbrauch relativer Marktmacht nur ein «Opfer» geben kann (siehe auch Rz 25 f.), weshalb B. vorliegend nicht als Partei der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln ist (siehe oben Rz 24–35).

49. Das Ergebnis, wonach B. nicht als Partei der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln ist (siehe oben Rz 24–35), verstösst mithin nicht gegen den Willen des Gesetzgebers betreffend die Beteiligung von Dritten an kartellrechtlichen Untersuchungen.

B.2.4 Zwischenfazit

50. Wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben, ist B. von einer Verfügung in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» nicht nach Art. 48 VwVG «besonders berührt» und hat kein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung. Ihr steht daher kein Rechtsmittel gegen die verfahrensabschliessende Verfügung zu, weshalb sie nicht als Partei der rubrizierten Untersuchung zu behandeln ist (Art. 6 VwVG). Die von B. hiergegen vorgebrachten Einwände überzeugen aus den erläuterten Gründen nicht (siehe insbesondere Rz 36–49).

³¹ Vgl. auch BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 7 m. w. N.

³² Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994 (zitiert: Botschaft 1994), BBl 1995 I 468, 616.

³³ Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.4 f., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

³⁴ Botschaft 1994 (Fn 32), BBl 1995 I 468, 616 (Hervorhebung durch die Wettbewerbsbehörden).

B.3 Keine Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG

51. Hinsichtlich des Eventualantrags von B., sie sei gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG als Dritte an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, ist Folgendes auszuführen.

B.3.1 Rechtliche Voraussetzungen für die Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung

52. Gemäss Art. 43 Abs. 1 KG können folgende Personen ihre Beteiligung an der Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung anmelden: Personen, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind (Bst. a), Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sofern sich auch Mitglieder des Verbands oder eines Unterverbands an der Untersuchung beteiligen können (Bst. b) und Organisationen von nationaler oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (Bst. c).

53. Vorliegend zu prüfen ist Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG. Massgebend ist danach, dass ein Unternehmen «aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert» ist. Dies bedeutet, dass eine «unmittelbare Betroffenheit von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung»³⁵ bzw. eine Beeinträchtigung der Möglichkeit, «sich am freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu beteiligen oder [die] bisherige Tätigkeit im Wettbewerb fortzuführen»,³⁶ vorliegen muss. Für die Zulassung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG muss nicht nachgewiesen sein, dass das Unternehmen tatsächlich durch die untersuchte Wettbewerbsbeschränkung in der Ausübung oder Aufnahme des Wettbewerbs behindert ist oder wurde, sondern es reicht aus, wenn die Möglichkeit einer solchen Wettbewerbsbehinderung besteht.³⁷

54. Wie aufgezeigt, ist der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG zu beteiligenden Dritten nach dem Willen des Gesetzgebers abhängig von der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung (siehe oben Rz 47 f. m. w. N.).

B.3.2 Anwendung der rechtlichen Voraussetzungen

55. Massgebend ist demnach vorliegend, ob die Möglichkeit besteht, dass B. gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG aufgrund der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist.

56. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Denn wie bereits oben dargelegt, wird mit der vorliegenden Untersuchung geprüft, ob im bilateralen Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der anzeigenden Autogarage relative Marktmacht besteht und falls ja, ob ein missbräuchliches Verhalten der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin vorliegt (siehe oben Rz 1 ff., 25 f.). Untersuchungsgegenstand ist also das rein bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe sowie der Anzeigerin, weshalb vorliegend einzig die Anzeigerin gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG als Dritte an der Untersuchung zu beteiligen ist (siehe oben Rz 2). Die Prüfung des Vorliegens relativer Marktmacht und eines Missbrauchs relativer Marktmacht ist dabei

einzelfallabhängig, weshalb ausserhalb des bilateralen Verhältnisses stehende Unternehmen aus der Bejahung oder Verneinung des Missbrauchs relativer Marktmacht nichts direkt für sich ableiten können (siehe oben insbesondere Rz 27 ff.).

57. Es besteht daher vorliegend keine Möglichkeit, dass B. aufgrund der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist. Sie kann daher auch nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG behandelt werden.

B.3.3 Zu den Einwänden von B.

58. Sinngemäss erhebt B. gegen diese rechtliche Würdigung im Wesentlichen dieselben Einwände wie gegen die Verneinung der Parteistellung. Soweit die Einwände deckungsgleich sind, gelten die obenstehenden Erwägungen zur Parteistellung (siehe dazu oben Rz 24–49) für die an dieser Stelle zu entscheidende Frage entsprechend. Insbesondere ist auch im Zusammenhang mit der Zulassung einer Gesuchstellerin als Dritte ohne Parteistellung relevant, dass sowohl die Rechtsweggarantie als auch der in der Botschaft zum Kartellgesetz ausgedrückte Wille des Gesetzgebers und die bundesgerichtliche Rechtsprechung gewahrt bleiben (siehe oben Rz 40 ff., 46 ff.). Folgendes ist spezifisch im Hinblick auf die Zulassung von B. als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG auszuführen.

59. Soweit B. geltend macht, die Ablehnung der Beteiligung von B. als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung verstosse mit Blick auf die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, überzeugt dies nicht. Denn wie aufgezeigt, erfolgt der Hinweis auf sämtliche Beteiligungsmöglichkeiten nach Art. 43 KG in der amtlichen Publikation zum einen auf Grundlage der gesetzlichen Pflicht nach Art. 28 Abs. 2 KG. Zum anderen ergibt sich aus dem Wortlaut der amtlichen Publikation nicht der Anschein, dass sich Dritte, welche die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 KG nicht erfüllen, beteiligen könnten (siehe oben Rz 36–39).

60. Auch das Vorbringen, es sei zugunsten von B. zu berücksichtigen, dass der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zuzulassenden Dritten einen beachtlichen Umfang annehmen könne, zielt ins Leere. Zwar ist es zutreffend, dass der Gesetzgeber und auch das Bundesgericht davon ausgehen, dass der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zuzulassenden Dritten einen beachtlichen Umfang annehmen kann.³⁸ Wie aufgezeigt, ist dieser Kreis aber davon abhängig, welche Wettbewerbsbeschränkung konkret Gegenstand einer Untersuchung bildet, an der sich ein Unternehmen als mutmasslich betroffener Dritter

³⁵ v BSK KG-SCHOTT (Fn 6, Art. 43 N 13).

³⁶ DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 6), Art. 43 N 17.

³⁷ Vgl. RPW 2018/1, 128 Rz 16, *Verzinkung* – Parteistellung; RPW 2020/4b, 1858 Rz 20, 23, *Eishockey im Pay-TV*.

³⁸ Vgl. Botschaft 1994 (Fn 32), BBl 1995 I 468, 616; BGE 139 II 328 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

beteiligen möchte (siehe oben Rz 54). In der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» geht es einzig um die Beurteilung des bilateralen Verhältnisses zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin, weshalb ausserhalb des bilateralen Verhältnisses stehende Unternehmen aus der Bejahung oder Verneinung des Missbrauchs relativer Marktmacht nichts direkt für sich ableiten können (siehe oben Rz 56). Damit ist B. vorliegend keine Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG.

61. Soweit B. geltend macht, es ergebe sich gerade aus dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG, dass sie als Dritte zuzulassen sei, ist dieses Vorbringen nicht schlüssig. Nach dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG sind nur Personen zuzulassen, die «aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung» in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind. Bei der massgebenden Wettbewerbsbeschränkung kann es sich nur um die *untersuchte* Wettbewerbsbeschränkung handeln. Wird Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG wortlautgemäss angewandt, ist eine Beteiligung von B. entgegen ihrem Vorbringen also gerade ausgeschlossen, weil B. nicht von der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist.

62. Soweit B. zur Begründung ihres Begehrens vorbringt, sie sei zu beteiligen, da sie in effizienter Weise zur Abklärung des Sachverhalts beitrage und so die Qualität des Entscheids in der rubrizierten Untersuchung erhöhen könne, ist Folgendes zu entgegnen. Nach dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ist B. nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung zu beteiligen (siehe insbesondere oben Rz 55 ff., 61). Eine Zulassung von B. als Dritte würde demnach eine analoge Anwendung von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG über den Wortlaut hinaus erfordern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine analoge Anwendung jedoch nur dort möglich, wo der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann.³⁹ Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt jedoch kein Raum für behördliche oder richterliche Lückenfüllung.⁴⁰ Schon mit Blick auf den Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG sowie die Gesetzesmaterialien ist damit vorliegend eine analoge Anwendung der Vorschrift zugunsten von B. ausgeschlossen. Denn diese Auslegung ergibt, dass nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG nur Personen beteiligt werden sollen, die von der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind. Das ist bei B. nicht der Fall (siehe oben Rz 55 ff., 60 f.). Kommt hinzu, dass Sinn und Zweck von Art. 43 Abs. 1 KG darin bestehen, eine abschliessende Sonderregelung für die Beteiligung von bestimmten Dritten an kartellrechtlichen Untersuchungen gemäss Art. 27 KG zu schaffen.⁴¹ Mit der Schaffung der Beteiligungsmöglichkeiten nach Art. 43 KG hat der Gesetzgeber also eine spezifische Abwägungsentscheidung getroffen hinsichtlich der Gewichtung verschiedener Interessen, namentlich des Interesses an der Vertraulichkeit wettbewerbsbehördlicher Verfahren (siehe dazu Art. 25 KG), des Interesses an einer effizienten Verfahrensführung sowie der Interessen von bestimmten Personen an

einer Verfahrensbeteiligung.⁴² Würde Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ausgeweitet auf solche Dritte, welche nicht von der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung berührt werden, so würde diese gesetzgeberische Abwägungsentscheidung durch die Behörde missachtet. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass sich die von B. begehrte Ausweitung von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG auch nicht durch das Interesse der Wettbewerbsbehörden an der richtigen Sachverhaltsabklärung rechtfertigen lässt. Denn sollten die Wettbewerbsbehörden bei der Untersuchung zum Ergebnis kommen, dass für die Entscheidung über den Untersuchungsgegenstand Stellungnahmen von Dritten wie z. B. B. notwendig sind, so können sie solche Dritten zur Auskunft verpflichten (Art. 40 KG).

B.3.4 Zwischenfazit

63. Wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben, besteht vorliegend keine Möglichkeit, dass B. aufgrund der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist (siehe Rz 55 ff.). Sie kann daher nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» beteiligt werden. Die von B. hiergegen vorgebrachten Einwände überzeugen aus den erläuterten Gründen nicht (siehe Rz 58–62).

B.4 Gewährung von Anonymität

64. Soweit B. beantragt, ihre Identität sei gegenüber den Parteien der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» geheim zu halten, ist Folgendes auszuführen.

65. Das Sekretariat hat die von B. übersandten Schreiben und Unterlagen sowie die hierzu übersandten Schreiben des Sekretariats (siehe oben Rz 4 ff.) zu den Akten der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» genommen. Die Wettbewerbsbehörden haben in Untersuchungen zum Schutz des Anspruchs der Verfahrensparteien auf rechtliches Gehör Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren (Art. 39 KG i. V. m. Art. 26 VwVG). Dabei haben sie das Amtsgeheimnis zu wahren und sie dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 KG). Die Wettbewerbsbehörden können des Weiteren die Akteneinsicht wegen entgegenstehender wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen verweigern (Art. 27 VwVG).

66. Das Sekretariat hat den Parteien der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» bislang keine Einsicht in die von B. übersandten Schreiben und Unterlagen sowie die hierzu übersandten Schreiben des Sekretariats gewährt und den Parteien nicht die Identität von B. offengelegt. Das Sekretariat beabsichtigt, auch künftig so vorzugehen, sofern B. nicht als Partei oder als Dritte im Sinne von Art. 43 KG ohne Parteistellung am Verfahren zu beteiligen ist. Würde eine Beteiligung erfolgen, wäre es zum

³⁹ Vgl. BGE 140 III 206 E. 3.5.1; BGE 139 II 404 E. 4.2; BGE 138 II 1 E. 4.2; BGE 135 III 385 E. 2.1.

⁴⁰ Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.5.

⁴¹ Vgl. Botschaft 1994 (Fn 32), BBl 1995 I 468, 616; BVGer, A-6334/2014 vom 23.8.2016, E. 8.7; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 6), Art. 43 N 16; BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 9.

⁴² Vgl. auch Botschaft 1994 (Fn 32), BBl 1995 I 468, 616.

Schutz des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Verfahrensparteien (Art. 29 Abs. 2 BV) voraussichtlich notwendig, den Verfahrensparteien die Identität von B. sowie die Korrespondenz zwischen ihr und dem Sekretariat in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version offenzulegen.

B.5 Kosten

67. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung⁴³ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die vorliegende Zwischenverfügung hat B. verursacht, da sie diese mit Schreiben vom 17. Mai 2024 beantragt hat (siehe oben Rz 8). B. unterliegt zudem mit ihren Anträgen (siehe dazu oben Rz 4 und 8), weshalb sie als unterliegende Person gebührenpflichtig ist.

68. Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von 100 bis 400 Franken richten sich 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). Bei der Festlegung und Verlegung der angefallenen Verfahrenskosten verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei Pauschalisierungen zulässig sind.⁴⁴

69. Der Zeitaufwand für den Erlass der vorliegenden Zwischenverfügung berechnet sich folgendermassen. Neben B. haben zwei weitere Personen beantragt, als Partei bzw. – hilfsweise – als Dritte im Sinne von Art. 43 KG zur Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zugelassen zu werden. Die Wettbewerbsbehörden haben dementsprechend drei Zwischenverfügungen erarbeitet, wobei in sämtlichen Fällen die Anträge betreffend die Beteiligung an der Untersuchung vollumfänglich abgewiesen werden. Die Erarbeitung der ersten Zwischenverfügung beanspruchte dabei naturgemäss am meisten Zeit. Weil verschiedene Teile der ersten Zwischenverfügung in nicht oder kaum veränderter Form in die zwei anderen Zwischenverfügungen einfliessen, wäre es unbillig, wenn diejenigen Gesuchstellerinnen, deren Zwischenverfügung erst an zweiter oder dritter Stelle erarbeitet wurden, in Bezug auf die Verfahrenskosten davon profitieren würden.⁴⁵ Von den drei Zwischenverfügungen sind zwei, darunter die vorliegende, im Wesentlichen gleichlautend und vom Umfang nahezu identisch, während eine Zwischenverfügung einen rund um die Hälfte grösseren, einzelfallspezifischen Zeitaufwand nach sich zog, der sich auch im entsprechend erhöhten Verfügungsumfang niederschlug. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Gesamtkosten für die Erstellung der Zwischenverfügungen anteilmässig zu 2/7 für die Erarbeitung der vorliegenden Verfügung, zu 2/7 für die Erarbeitung der im Wesentlichen gleichlautenden Verfügung sowie zu 3/7 für die Erarbeitung der Zwischenverfügung, die einen besonderen einzelfallspezifischen Zeitaufwand generierte, aufzuerlegen. Eine solche Verlegung entspricht auch dem effektiven Aufwand.

70. Der gesamte Zeitaufwand für die Erstellung der drei Zwischenverfügungen beläuft sich auf 1 Stunde à 290

Franken sowie 97,9 Stunden à 200 Franken also insgesamt 19 870 Franken. Von diesen Kosten trägt B. 2/7 (siehe Rz 69), d. h. 5 677 Franken.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Der Antrag der B., sie als Partei im Sinne von Art. 6 VwVG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, wird abgewiesen.
2. Der Antrag der B., sie als Dritte im Sinne von Art. 43 KG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, wird abgewiesen.
3. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von 5 677 Franken werden der B. auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- B.,
- BMW (Schweiz) AG, Industriestrasse 20, 8157 Dielsdorf, vertreten durch [...] (anonymisierte und geschäftsgeheimnisbereinigte Fassung),
- [Anzeigerin] (anonymisierte und geschäftsgeheimnisbereinigte Fassung).

[Rechtsmittelbelehrung]

⁴³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

⁴⁴ Vgl. BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 8.1, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/4a, 1849 Rz 648, *Bauleistungen Graubünden*.

⁴⁵ Vgl. auch RPW 2015/2, 149 Rz 52, *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*.

B 2.2	5. BMW (Schweiz) AG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen C.

Zwischenverfügung vom 10. September 2024 in Sachen Untersuchung 32-0284: BMW (Schweiz) AG gemäss Art. 27 KG betreffend Beteiligung an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG gegen C.

A Sachverhalt

1. Ende September 2023 reichte eine Garagenbetreiberin (nachfolgend: Anzeigerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen die BMW (Schweiz) AG wegen angeblichen Missbrauchs relativer Marktmacht ein. Die Anzeigerin war während mehrerer Jahrzehnte eine zugelassene Händlerin und Servicestelle für Fahrzeuge der Marken BMW und MINI gewesen. In ihrer Anzeige warf sie der BMW (Schweiz) AG vor, ihr eine Erweiterung der Geschäftsbeziehungen in Aussicht gestellt und sie zu Investitionen in Millionenhöhe veranlasst zu haben. Nachdem die Anzeigerin die Investitionen getätigt habe, habe die BMW (Schweiz) AG die Zusammenarbeit unerwartet beendet, ohne eine angemessene Übergangslösung vorzusehen. Die Anzeigerin machte geltend, sie sei vom Fortbestand der Geschäftsbeziehungen mit der BMW (Schweiz) AG wirtschaftlich abhängig, um die erwähnten Investitionen zu amortisieren.

2. Aus den Vorbringen der Anzeigerin ergaben sich Anhaltspunkte, wonach die BMW (Schweiz) AG und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: BMW-Gruppe) gegenüber der Anzeigerin über eine relativ marktmächtige Stellung verfügen und diese missbraucht haben bzw. missbrauchen könnten (Art. 4 Abs. 2^{bis} i. V. m. Art. 7 KG¹). Das Sekretariat eröffnete daher am 15. Januar 2024 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen des Verdachts auf Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin (nachfolgend: Untersuchung).² Parteien dieser Untersuchung sind die Gesellschaften der BMW-Gruppe sowie die Anzeigerin, welche von der konkret untersuchten Verhaltensweise direkt betroffen ist.

3. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung am 25. Januar 2024 gemäss Art. 28 Abs. 1 und 2 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie im Bundesblatt bekannt.³ Die Publikation enthielt gemäss Art. 28 Abs. 2 Satz 2 KG den Hinweis, dass Dritte sich innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen.

4. Mit Schreiben vom 26. Februar 2024 verlangte C., sie selbst sowie D. und E., wovon die letzteren beiden C. als Rechtsvertretung bevollmächtigt hatten, seien an der Untersuchung zu beteiligen. Konkret beantragte C. Folgendes:

«ANTRÄGE

1. *Hauptantrag 1. C. stellt den Antrag um Verfahrensbeteiligung mit Parteistellung im Sinn von Art. 43 KG i. V. m. Art. 6 und 48 VwVG im Verfahren gegen die BMW (Schweiz) AG und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften (im Folgenden: BMW) vom 15. Januar 2024 (zusammen: Gesuchstellende):*

1.1. namens der D. (Gesuchstellerin 1),

1.2. namens der E. (Gesuchstellerin 2),

eventualiter zu Hauptantrag 1.2 sei der Gesuchstellerin 2 eine angemessene Frist einzuräumen, um die erforderlichen Unterlagen zur Verfahrensbeteiligung der einzelnen [...] bereitzustellen.

1.3. im eigenen Namen (Gesuchstellerin 3).

2. *Eventualantrag zu Hauptantrag 1. C. stellt – bei Abweisung des Hauptantrages – für die Gesuchstellenden eventualiter den Antrag um Verfahrensbeteiligung ohne Parteistellung gemäss Art. 43 KG am Verfahren gegen BMW und ihren konzernmässig verbundenen Gesellschaften vom 15. Januar 2024.*

3. [...].

VERFAHRENSANTRÄGE

1. *Hauptantrag 3. Es sei die Identität der Gesuchstellenden anderen Verfahrensparteien nicht offenzulegen.*

2. *Eventualantrag zu Hauptantrag 3. Es sei den Gesuchstellenden vor Offenlegung der Identität gegenüber anderen Verfahrensparteien die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.*

3. *Hauptantrag 4. Es sei den Gesuchstellenden vor der Gewährung eines Akteneinsichtsrecht anderer Verfahrensparteien die Möglichkeit zur Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse einzuräumen.*

4. [...].»

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

² Vgl. Medienmitteilung vom 18.1.2024, WEKO untersucht relative Marktmacht im Automobilsektor, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/85773.pdf>> (10.9.2024).

³ Vgl. SHAB Nr. 17 vom 25.1.2024, S. 154 f., BBl 2024 142.

5. C. begründete die vorstehenden Anträge im Schreiben vom 26. Februar 2024 ausführlich sowohl in sachverhaltsmässiger als auch in rechtlicher Hinsicht. Da die vorliegende Zwischenverfügung einzig das Gesuch von C. auf ihre eigene Beteiligung an der Untersuchung betrifft, wird nachfolgend einzig auf die für ihre Anträge massgebenden Begründungen eingegangen. C. führte aus, sie habe sich zum Zweck gesetzt, [...] Sie weise damit wesentliche Parallelen zu einem Berufs- und Wirtschaftsverband im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG auf. Da sie von D. und E. zur Rechtsvertretung bevollmächtigt sei, seien D. und E. analog zu einem Verein als «Mitglieder» von C. zu betrachten. C. könne sich daher im Hinblick auf ihre eigene Beteiligung auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG sowie auf die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde berufen. Deren Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt, weil ihre «Mitglieder», D. sowie E., ihrerseits als Parteien bzw. – hilfsweise – als Dritte im Sinne von Art. 43 KG ohne Parteistellung an der Untersuchung zu beteiligen seien. Im Hinblick auf D. [...] sei dies der Fall, da diese sich [...] in einer vergleichbaren Lage befinde wie die Anzeigerin gegenüber der BMW-Gruppe. [...]. Die Investitionen seien bislang nicht amortisiert, weshalb die Situation für D. existenzbedrohend sei. Die laufende Untersuchung gegen die BMW-Gruppe habe [...] Signalwirkung und je nach Ausgang der Untersuchung könne sich ergeben, dass die Kündigung [...] gegenüber D. missbräuchlich im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG i. V. m. Art. 7 KG und damit widerrechtlich gewesen sei. Allenfalls habe D. Ansprüche auf Fortsetzung des Vertrags [...] oder Schadenersatz. Im Hinblick auf E. begründete C. das Gesuch damit, dass dieser Verband aufgrund seiner Statuten ein schützenswertes und aktuelles Interesse daran habe, als Partei am vorliegenden Verfahren teilzunehmen. Auch sei E. vertretend für ihre Mitglieder, deren schützenswerte Interessen durch den Gegenstand der Untersuchung direkt betroffen seien, als Partei zuzulassen. Bei diesen Mitgliedern [...] [könnten sich] vergleichbare kartellrechtliche Fragestellungen stellen [...] wie in der vorliegenden Untersuchung. [...] Den Antrag auf Geheimhaltung der Identität von C. gegenüber den Verfahrensparteien begründete C. mit [...].

6. In der Folge prüfte das Sekretariat die Anträge und informierte anschliessend C. mit Schreiben vom 18. April 2024 über seine vorläufige Einschätzung. Danach sind C., D. und E. (nachfolgend zusammen: die drei Gesuchstellerinnen) nicht als Parteien der Untersuchung zu behandeln und sie sind auch nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG ohne Parteistellung am Verfahren zu beteiligen. Das Sekretariat begründete dies betreffend jede der drei Gesuchstellerinnen separat. Da die vorliegende Zwischenverfügung einzig C. betrifft, wird nachfolgend nur auf die für ihre Anträge relevante vorläufige Einschätzung des Sekretariats eingegangen. Eine Parteistellung von C. sei mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts ausgeschlossen, da sich [...] nicht auf die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde berufen könnten. Selbst wenn die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde analog zur Anwendung gebracht werden könnten, bestünde kein Beschwerderecht von C. Denn die Untersuchung habe [...] einzig das konkrete bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin zum Gegenstand und es sei nicht ersichtlich, dass D. und die Mitgliedsunternehmen von E.

durch das in der Untersuchung überprüfte Verhalten der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin konkret in ihren Wettbewerbspositionen berührt sein könnten. Ein blosses Berührtsein von der Rechtsauslegung reiche nicht aus für die Begründung der Parteistellung oder der Stellung als Dritte ohne Parteistellung. Würde man in einer solchen Konstellation Unternehmen bloss wegen des Berührtseins von zu klärenden Rechtsfragen als Partei behandeln, sei einer Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet und es würde eine Überlastung der Rechtspflege drohen. Ohne formelle Beteiligung von D. und E. seien D. und die Mitgliedsunternehmen von E. auch nicht schutzlos gestellt, da es diesen Unternehmen freistehe, Anzeigen bei den Wettbewerbsbehörden einzureichen hinsichtlich des angeblichen Missbrauchs relativer Marktmacht ihnen gegenüber und so allenfalls gesonderte wettbewerbsbehördliche Verfahren anzustrengen, unaufgeforderte Stellungnahmen betreffend die laufende Untersuchung gegen die BMW-Gruppe einzureichen und den Zivilrechtsweg zu beschreiten. [...] In Bezug auf den Geheimhaltungsantrag teilte das Sekretariat mit, es werde die Identität der drei Gesuchstellerinnen nicht offenlegen, solange sie jeweils nicht am Verfahren beteiligt würden. Falls sie am Verfahren zu beteiligen wären, wäre es jedoch aus Gründen des rechtlichen Gehörs voraussichtlich notwendig, den bisherigen Parteien der Untersuchung die Identität der zu beteiligenden Personen zur Kenntnis zu bringen. Das Sekretariat gab den drei Gesuchstellerinnen unter Fristansetzung die Gelegenheit, sich zu den Ausführungen des Sekretariats zu äussern und mitzuteilen, ob sie angesichts der vorläufigen Einschätzung des Sekretariats an ihren Anträgen festhalten und eine Zwischenverfügung verlangen oder sie die Anträge zurückziehen.

7. Auf Wunsch von C., D. und E. erläuterte das Sekretariat [...] die vorläufige Einschätzung des Sekretariats anlässlich einer Videokonferenz, welche am 29. April 2024 stattfand.

8. Mit Schreiben vom 17. Mai 2024 reichten C. und D. ein Gesuch ein auf den Erlass einer Zwischenverfügung zu den folgenden Anträgen:

«ANTRÄGE

1. C. stellt den Antrag um Verfahrensbeteiligung am Verfahren 32-0284 mit Parteistellung im Sinn Art. 6 und 48 VwVG im Namen der D. (Gesuchstellerin 1) und im eigenen Namen (zusammen: die Gesuchstellenden);
2. Eventualiter sei den Gesuchstellenden das Recht auf Verfahrensbeteiligung ohne Parteistellung gemäss Art. 43 KG am Verfahren 32-0284 einzuräumen.

VERFAHRENSANTRÄGE

1. Es sei den Gesuchstellenden vor Erlass der Verfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied das Präsidiums (Art. 23 Abs. 1 KG) das rechtliche Gehör nach Art. 30 Abs. 1 VwVG zu gewähren.
2. Es sei die Identität der Gesuchstellenden anderen Verfahrensparteien nicht offenzulegen.

3. *Es sei den Gesuchstellenden vor Offenlegung der Identität gegenüber anderen Verfahrensparteien die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.*

4. *Es sei den Gesuchstellenden vor der Gewährung eines Akteneinsichtsrechts gegenüber anderen Verfahrensparteien die Möglichkeit zur Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse einzuräumen.»*

9. Eine Begründung für die vorstehenden Anträge reichten C. und D. mit ihrem Gesuch vom 17. Mai 2024 nicht ein, sondern verwiesen hierzu auf ihr Gesuch vom 26. Februar 2024 (siehe dazu Rz 4 f.).

10. Mit Schreiben vom 22. Mai 2024 forderte das Sekretariat C. auf, bis zum 30. Mai 2024 mitzuteilen, ob E. den Erlass einer Zwischenverfügung verlange oder ihre Anträge zurückziehe. Mit gleichem Schreiben informierte das Sekretariat C., dass vor Erlass der beantragten Zwischenverfügungen nach aktuellem Verfahrensstand keine erneute Anhörung der Gesuchstellerinnen notwendig und vorgesehen sei. Es begründete dies damit, dass die Gesuchstellerinnen den Erlass einer Zwischenverfügung unter Darlegung ihrer Argumente selbst verlangt hätten und das Sekretariat die Gesuchstellerinnen mit Schreiben vom 18. April 2024 über seine vorläufige Einschätzung informiert habe. Innert der angesetzten Frist ging keine Antwort von C. auf das Schreiben vom 22. Mai 2024 ein.

11. Mit Schreiben vom 27. Mai 2024 teilte C. mit, dass in Bezug auf die Beteiligung von D. neue äussere Umstände hinzugetreten seien. Sie bat daher um «Sistierung resp. Unterbrechung» der Ausarbeitung der Verfügung für D., bis sie die neue Situation habe klären können.

12. Mit Schreiben vom 28. Mai 2024 teilte das Sekretariat C. mit, es werde die Ausarbeitung der beantragten Zwischenverfügung betreffend das Zugangsgesuch von D. vorläufig unterbrechen. Es forderte C. zugleich auf, bis zum 12. Juni 2024 mitzuteilen, ob D. eine Verfügung betreffend ihre Beteiligung an der Untersuchung wünsche.

13. Am 31. Mai 2024 teilte C. dem Sekretariat mit, sie habe das Schreiben des Sekretariats vom 22. Mai 2024 (siehe oben Rz 10) erst am 28. Mai 2024 erhalten und aufgrund des Feiertages noch nicht Rücksprache nehmen können mit [...] ihrer Klientschaft. Sie ersuchte das Sekretariat daher um eine Fristerstreckung von mindestens 10 Tagen. Das Sekretariat gewährte das Gesuch teilweise und setzte mit Schreiben vom 31. Mai 2024 eine Nachfrist an zur Beantwortung des Schreibens vom 22. Mai 2024 bis zum 6. Juni 2024.

14. Mit Schreiben vom 6. Juni 2024 teilte C. mit, dass E. ihren Antrag auf Gewährung von Parteistellung bzw. – eventualiter – auf Beteiligung gemäss Art. 43 KG zurückziehe. C. stellte mit einem separaten Schreiben vom selben Tag die folgenden Anträge:

«1. C. sei in Anwendung von Art. 30 Abs. 1 VwVG und Art. 29 VwVG bzw. Art. 29 Abs. 2 BV vorgängig zum Erlass der Zwischenverfügung vom Sekretariat der WEKO anzuhören.

2. *Eventualiter sei eine Zwischenverfügung über das Nichtgewähren des rechtlichen Gehörs vom Sekretariat der WEKO zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuhanden von C. zu erlassen.»*

15. C. begründete die vorstehenden Anträge damit, dass die Standpunkte des Sekretariats «Fehler in der Rechtsanwendung und in der Sachverhaltsermittlung» enthalten würden. Ihre vorherige Anhörung sei daher notwendig, damit das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine korrekte Verfügung erlassen könne. Angaben dazu, worin diese Fehler bestünden, machte C. nicht.

16. Mit E-Mail vom 7. Juni 2024 teilte C. dem Sekretariat eine neue, vom Handelsregistereintrag abweichende, Postadresse mit.

17. Mit Schreiben vom 10. Juni 2024 teilte das Sekretariat C. erneut mit, dass aus seiner Sicht eine neuerliche Anhörung von C. nicht erforderlich sei, weil C. mehrfach Gelegenheit gehabt habe, sich zum Verfahrensgegenstand zu äussern und den Erlass der Zwischenverfügung selbst beantragt habe. Das Sekretariat führte aus, dass es C. jedoch freistehe, bis zum Erlass der beantragten Zwischenverfügung erneut Stellung zu nehmen und insbesondere die bislang nicht näher spezifizierten angeblichen «Fehler in der Rechtsanwendung und in der Sachverhaltsermittlung» zu konkretisieren. Das Sekretariat bat C. darum, eine allfällige weitere Stellungnahme bis zum 21. Juni 2024 einzureichen.

18. Mit Schreiben vom 10. Juni 2024 beantwortete C. das Schreiben des Sekretariats vom 28. Mai 2024 (siehe oben Rz 12) dahingehend, dass D. voraussichtlich nicht bis zum 12. Juni 2024 mitteilen könne, ob sie eine anfechtbare Verfügung verlange. C. ersuche das Sekretariat daher um weitere Sistierung resp. Unterbrechung der Ausarbeitung der Verfügung betreffend D. bis mindestens 1. Juli 2024.

19. Mit Schreiben vom 12. Juni 2024 teilte das Sekretariat C. mit, dass es antragsgemäss bis mindestens 1. Juli 2024 davon absehe, das Gesuch von D. auf Beteiligung an der Untersuchung weiter zu behandeln.

20. Mit Schreiben vom 21. Juni 2024 reichte C. eine weitere Stellungnahme zur Begründung ihres Gesuchs auf Beteiligung an der Untersuchung ein. Darin führte C. aus, die Auslegung des Bundesgerichts und des Sekretariats, wonach sich [...] nicht auf die Grundsätze der egoistischen Verbandsbeschwerde berufen könnten, erscheine sehr formalistisch, wobei eine Begründung für diese Ansicht auch noch ausbleibe. Diese Auslegung überzeuge daher nicht, weshalb C. gleich zu behandeln sei wie ein Berufs- und Wirtschaftsverband. Hinsichtlich der Parteistellung von D. und E., von welchen C. ihr Teilnahmerecht ableiten möchte, führte C. erneut aus, der Ausgang der Untersuchung habe direkte Auswirkungen auf die Rechtsstellung von D. [...] bzw. von Mitgliedsunternehmen von E. gegenüber Importeuren/Herstellern, weil sich Zivilgerichte an die Auslegung der neuen Vorschriften zur relativen Marktmacht durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) halten würden. Je nach Ausgang der Untersuchung könnten daher D. sowie Mitgliedsunternehmen von E. Ansprüche [...] erfolgreich geltend

machen. Es dürfe daher keine Rolle spielen, ob es sich vorliegend um ein rein bilaterales Verhältnis handele. Die Auslegung des Sekretariats, wonach nur Unternehmen, die in existenzbedrohendem Ausmass in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert seien, Parteistellung zukomme und nur die Direktbetroffenen an Verfahren von Fällen relativer Marktmacht teilnehmen könnten, widerspreche Art. 29a und 36 BV⁴ sowie der Praxis des Bundesgerichts. Gemäss Art. 48 VwVG⁵ komme es einzig auf das besondere Berührtsein sowie das schutzwürdige Interesse an. Beides sei bei D. sowie den Mitgliedsunternehmen von E. gegeben, namentlich liege bei ihnen ein faktisches Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang vor. Der schlichte Verweis auf eine eigenständige Anzeige oder das Einschlagen des Zivilverfahrens ohne Abwägung der widerstreitenden Interessen behebe nicht den Rechtsnachteil, welcher durch die enge Auslegung von Art. 48 VwVG bzw. von Art. 43 KG entstehe. Durch die Zulassung von D. oder von E. drohe auch nicht die Gefahr der Popularbeschwerde und der Überlastung der Rechtspflege. Denn würde eine tatsächliche Gefahr für künftige Popularbeschwerden bestehen, hätte sich die Frage der Parteistellung wohl auch in der Vergangenheit nicht bloss in einem einzigen Fall beim Sekretariat gestellt. C. müsse zumindest als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG behandelt werden. Ein entgegenstehendes Ergebnis sei formalistisch und widerspreche dem Zweck von Art. 43 KG, der darin liege, dass Dritte zur Abklärung des Sachverhalts in effizienter Weise beitragen und die Qualität des Entscheids erhöhen können sollten. Das Sekretariat gehe zudem selbst davon aus, dass die drei Gesuchstellerinnen zumindest indirekt vom vorliegenden Untersuchungsgegenstand betroffen seien. Damit sei Art. 43 KG erfüllt, da dieser keine besonders spürbare Betroffenheit der Marktteilnehmer voraussetze. Einer Beteiligung von C. und ihrer Mitglieder nach Art. 43 KG stehe auch nicht die Vertraulichkeit kartellrechtlicher Verfahren entgegen, da diese auch bei einer Beteiligung gewahrt werden könne, etwa durch eine entsprechende Aktenbereinigung. Schliesslich wäre die Ablehnung einer Beteiligung nach Art. 43 KG treuwidrig, weil die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit zur Beteiligung nach Art. 43 KG im Rahmen der amtlichen Publikation öffentlich ausgeschrieben hätten, obwohl das Sekretariat davon ausgehe, dass eine Verfahrensteilnahme von Dritten in der vorliegenden Untersuchung von vorneherein ausgeschlossen sei. C. behalte sich vor, auch zum Entwurf der Verfügung des Sekretariats Stellung beziehen zu können. Ihren Geheimhaltungsantrag begründete C. neu damit, dass [...].

21. Mit Schreiben vom 1. Juli 2024 teilte C. dem Sekretariat mit, dass es davon ausgehen dürfe, dass D. keine Verfügung betreffend ihre Beteiligung an der Untersuchung wünsche, sofern es bis zum 12. Juli 2024 keine anderslautende Mitteilung erhalte.

22. Mit E-Mail vom 12. Juli 2024 teilte C. mit, dass D. auf eine Verfahrensbeteiligung verzichten müsse und keine anfechtbare Verfügung betreffend die Verfahrensbeteiligung wünsche.

B Erwägungen

B.1 Zum Verfahren

B.1.1 Zuständigkeit

23. Vorliegend ist über die Anträge von C. auf Behandlung von C. als Partei der Untersuchung bzw. – eventualiter – auf Beteiligung von C. als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG an der Untersuchung zu entscheiden. Mit einem solchen Entscheid wird der Umfang der Rechte und Pflichten der Gesuchstellerin in der laufenden wettbewerbsbehördlichen Untersuchung geregelt. Ein solcher Entscheid ist als verfahrensleitende Verfügung zu qualifizieren.⁶ Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ist für den Erlass einer verfahrensleitenden Verfügung das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig.

B.1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt

24. C. brachte vor, sie behalte sich eine Stellungnahme zum Entwurf der vorliegenden Verfügung vor (siehe oben Rz 20). Dazu ist Folgendes auszuführen.

25. Der Anspruch auf das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift.⁷ Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und mit erheblichen Beweisansprüchen gehört zu werden.⁸ Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann.⁹ Das Recht auf vorgängige Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG sieht insbesondere vor, dass die Behörde die Parteien einmal anhört, bevor sie verfügt.¹⁰ Während bei untersuchungsabschliessenden Verfügungen der WEKO nach Art. 30 Abs. 1 KG der Antrag des Sekretariats den am Verfahren Beteiligten vorab zur Stellungnahme zuzustellen ist (siehe Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG), besteht bei anderen Verfügungen der Wettbewerbsbehörden kein Recht, nach erfolgter Anhörung auch noch zum Verfügungsentwurf Stellung nehmen zu können.¹¹

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁵ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁶ Vgl. BVGer, B-3985/2013 vom 1.7.2024 E. 1.2, *Parteistellung in der Untersuchung «Online-Buchungsplattformen für Hotels»*; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 23 N 39; DAVID BRUCH/SILVAN MEIER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 23 N 72; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 26; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR CONCURRENCE-AUTOR/IN), Art. 23 LCart N 7.

⁷ BGE 143 V 71 E. 4.1 m. w. N.

⁸ S. Nachweis in Fn 7.

⁹ S. Nachweis in Fn 7.

¹⁰ Vgl. etwa BVGer, B-6291/2017, B-6714/2017 vom 25.6.2019 E. 3.2.3 m. w. N., *Publikation der See-Gaster-Sanktionsverfügung*.

¹¹ Vgl. BVGer, B-6291/2017, B-6714/2017 vom 25.6.2019 E. 3.2.5, *Publikation See-Gaster-Sanktionsverfügung*.

26. Vorliegend hat C. ihr Gesuch auf Beteiligung an der Untersuchung in sachverhaltsmässiger und rechtlicher Hinsicht bereits im Schreiben vom 26. Februar 2024 ausführlich begründet (siehe oben Rz 4 f.). Das Sekretariat prüfte das Gesuch, informierte C. sowohl schriftlich als auch mündlich über seine vorläufige Einschätzung und setzte C. Frist an zur Stellungnahme (siehe oben Rz 6 f.). Das Sekretariat setzte C. so in den Stand, zum Verfahrensgegenstand erneut Stellung nehmen zu können. Hiervon machte C. sodann Gebrauch (siehe oben Rz 8 f.). Auch hatte C. Gelegenheit, zu den von ihr später vorgebrachten angeblichen Fehlern des Sekretariats «in der Rechtsanwendung und in der Sachverhaltsermittlung» Stellung zu nehmen (siehe oben Rz 20). Alle diese Vorbringen von C. werden in der vorliegenden Zwischenverfügung berücksichtigt (siehe unten Rz 28–123). C. konnte dementsprechend ihren Standpunkt vor dem Erlass der Zwischenverfügung wirksam zur Geltung bringen und wurde folglich angehört im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 30 VwVG. Ein Anspruch, nach einer erfolgten Anhörung auch noch zum Verfügungsentwurf Stellung nehmen zu können, besteht bei wettbewerbsbehördlichen Zwischenverfügungen nicht (siehe oben Rz 25).

27. Der Anspruch von C. auf Wahrung des rechtlichen Gehörs ist damit auch dann gewahrt, wenn C. nicht zum Verfügungsentwurf Stellung beziehen kann. C. ist dementsprechend nicht vor Erlass der Zwischenverfügung ein Verfügungsentwurf zuzustellen, sondern es ist ohne eine erneute Anhörung über die Anträge von C. zu entscheiden.

B.2 Keine Parteistellung

28. Hinsichtlich des Hauptantrags von C., sie sei als Partei im Sinne von Art. 6 und 48 VwVG der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln, ist Folgendes auszuführen.

B.2.1 Rechtliche Voraussetzungen für die Parteistellung

29. Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

30. Für die vorliegende Frage, ob C. in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» als Partei zu behandeln ist, ist die zweite Tatbestandsvariante von Art. 6 VwVG betreffend die Beschwerdeberechtigung massgebend. Die erste Tatbestandsvariante («Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll») kommt nicht in Betracht, denn die rubrizierte Untersuchung betrifft das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin (siehe oben Rz 1 f. sowie unten Rz 56 f.). Mit der verfahrensabschliessenden Verfügung werden daher einzig Rechte und Pflichten der Gesellschaften der BMW-Gruppe und der Anzeigerin geregelt, nicht jedoch die Rechte und Pflichten anderer Personen, namentlich von C. Einzulegen ist daher darauf, ob C. als Dritte trotzdem ein Rechtsmittel gegen die verfahrensabschliessende Verfügung zustünde.

31. Ein Beschwerderecht kann sich namentlich aus Art. 48 Abs. 1 VwVG ergeben. Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am

Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Antrag 1 von C. (siehe Rz 8) erwähnt denn auch neben Art. 6 VwVG Art. 48 VwVG. Zur Begründung dieses Antrags stützt sich C. jedoch nicht auf Art. 48 Abs. 1 VwVG und ihr eigenes Interesse (siehe dazu auch unten Rz 33 ff.), sondern einzig darauf, dass sie wie ein Verband zu behandeln sei und sich daher für sie nach den höchstgerichtlich anerkannten Grundsätzen der sogenannten egoistischen Verbandsbeschwerde ein Beschwerderecht ergebe.¹²

32. Rechtsprechung und Lehre anerkennen die sogenannte egoistische Verbandsbeschwerde, mit welcher Verbände in eigenem Namen, jedoch im Interesse ihrer Mitglieder als Beschwerdeführer auftreten.¹³ Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist ein Verband zur egoistischen Verbandsbeschwerde zuzulassen, wenn (i.) er als juristische Person konstituiert ist, (ii.) die Wahrung der in Frage stehenden Interessen zu seinen statutarischen Aufgaben gehört, (iii.) er ein Interesse der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt und (iv.) diese selber zur Beschwerde berechtigt wären.¹⁴ Die Parteistellung des Verbandes leitet sich demgemäss von der Parteistellung seiner Mitglieder ab. Voraussetzung ist also, dass mindestens eine Grosszahl der Verbandsmitglieder wiederum Parteistellung hat.

B.2.2 Fehlende Begründung des Antrags

33. Antrag 1 von C. betreffend ihre Parteistellung (siehe Rz 8) stützt sich auf Art. 6 VwVG und Art. 48 VwVG. Zur Begründung dieses Antrags (und mithin ihres Beschwerderechts) stützt sich C. jedoch nicht auf Art. 48 Abs. 1 VwVG, sondern einzig auf die höchstgerichtlich anerkannten Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde (siehe dazu Rz 32).

34. Damit begründet C. ihren Antrag 1 (siehe Rz 8) im Hinblick auf Art. 48 VwVG nicht. Insbesondere zeigt C. nicht auf, inwiefern sie durch eine Verfügung in der Untersuchung «besonders berührt» wäre und ein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätte. Antrag 1 wäre daher insofern schon mangels Begründung abzuweisen.

35. Nachstehend wird darauf eingegangen, inwiefern C. gestützt auf Art. 6 VwVG und die Rechtsprechung zur egoistischen Verbandsbeschwerde eine Parteistellung zukommen kann (siehe Rz 36 ff.).

¹² Vgl. Schreiben von C. vom 17. Mai 2024, S. 1 mit Verweis («gemäss Gesuch vom 26. Februar 2024») auf das Schreiben von C. vom 26. Februar 2024, Rz 49 ff.

¹³ BGE 136 II 539 E. 1.1; BGE 131 I 198 E. 2.1; BVGer, B-3985/2013 vom 1.7.2014 E. 3.2., m. w. N., *Parteistellung in der Untersuchung Online-Buchungsplattformen für Hotels*; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 216 f.

¹⁴ Siehe Nachweise in Fn 13.

B.2.3 Anwendung der rechtlichen Voraussetzungen

36. Zu prüfen ist damit vorliegend, ob sich C. [...] auf die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde berufen kann (siehe unten Rz 37–40) und, falls ja, ob nach den Grundsätzen der egoistischen Verbandsbeschwerde ein Beschwerderecht von C. besteht (siehe unten Rz 41–86).

B.2.3.1 Nichtanwendbarkeit der Grundsätze der egoistischen Verbandsbeschwerde [...]

37. C. vertritt die Auffassung, dass sie aufgrund ihres [Zwecks] wesentliche Parallelen zu einem Berufs- und Wirtschaftsverband aufweise und dass D. und E., welche C. zur Rechtsvertretung bevollmächtigt haben, vorliegend als ihre «Mitglieder» zu betrachten seien (siehe Rz 5). C. könne sich deshalb [...] auf die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde berufen. Diesbezüglich ist Folgendes auszuführen.

38. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass sich [...] nicht auf die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde berufen können.¹⁵ Es begründete dies damit, dass [...].¹⁶ Im konkreten Rechtsstreit sprach das Bundesgericht daher der [Beschwerdeführerin] das Beschwerderecht ab.¹⁷ Vor dem Bundesgericht hatte sich auch schon das Bundesverwaltungsgericht mit dieser Thematik befasst. Das Gericht hielt dazu ebenfalls fest, dass [...], weshalb [...] nicht als verbandsmässig organisiert gelte.¹⁸ [...].¹⁹

39. Vorliegend ist es damit nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausgeschlossen, dass sich C. auf die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde berufen kann, da C. [...].²⁰

40. Eine Parteistellung von C. scheidet daher schon deshalb aus, weil sich C. nicht auf die Grundsätze der egoistischen Verbandsbeschwerde berufen kann. Wie nachfolgend aufgezeigt, wäre die Parteistellung von C. aber auch dann ausgeschlossen, wenn sie sich auf die Grundsätze zur egoistischen Verbandsbeschwerde berufen könnte.

B.2.3.2 Nichterfüllung der Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde durch C.

41. Die Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde (siehe oben Rz 32) werden nachstehend einzeln geprüft.

B.2.3.2.1 Eigene Rechtspersönlichkeit

42. Voraussetzung wäre zunächst, dass C. eine eigene Rechtspersönlichkeit hat (siehe oben Rz 32).

43. C. [...] ²¹ [...] ²² Sie verfügt über eine eigene Rechtspersönlichkeit.

B.2.3.2.2 Wahrung der in Frage stehenden Interessen gehört zu statuarischen Aufgaben

44. Des Weiteren müsste die Wahrung der in Frage stehenden Interessen der Mitglieder zu den statuarischen Aufgaben von C. gehören (siehe oben Rz 32).

45. C. verfolgt [...] den Zweck, [...]. Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Beteiligung an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» diesem Zweck dienen könnte.

B.2.3.2.3 Vertretung eines Interesses der Grosszahl der Mitglieder

46. C. müsste ferner ein Interesse mindestens einer Grosszahl ihrer vermeintlichen Mitglieder vertreten (siehe oben Rz 32).

47. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, kann mangels eines substantiierten Vorbringens von C. nicht entschieden werden. C. macht lediglich geltend, die Beteiligung liege im Interesse von D. und von E. Ob es sich bei diesen beiden Personen um die Grosszahl der vermeintlichen Mitglieder von C. handelt, ist unbekannt. Denn C. legt kein Verzeichnis ihrer vermeintlichen Mitglieder vor. Die Frage kann vorliegend auch offenbleiben, da jedenfalls den beiden juristischen Personen, von denen C. ihre eigene Parteistellung ableiten möchte, kein Beschwerderecht zukommt (siehe sogleich Rz 48 ff.).

B.2.3.2.4 Beschwerderecht der Mitglieder

48. Voraussetzung für ein auf den Grundsätzen der egoistischen Verbandsbeschwerde beruhendes Beschwerderecht ist zuletzt, dass zumindest die Grosszahl der Mitglieder selbst zur Beschwerde berechtigt sind (siehe oben Rz 32). Vorliegend möchte C. ihr Beschwerderecht von dem Beschwerderecht von D. sowie E. ableiten. Zu prüfen ist damit, ob diesen ein Beschwerderecht zukommt (siehe dazu Rz 49 ff., 67 ff.).

i. D.

49. C. macht geltend, ein Beschwerderecht von D. gegen eine Verfügung in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» ergebe sich aus Art. 48 VwVG. Dazu ist Folgendes auszuführen.

a. Rechtliche Voraussetzungen des Beschwerderechts nach Art. 48 Abs. 1 VwVG

50. Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Bedeutsam sind vorliegend die Tatbestandsmerkmale gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG, welche die sogenannte «materielle Beschwerde» betreffen.²³ Zweck dieser Tatbestandsmerkmale ist der Ausschluss der Populärbeschwerde, welche eine unsachliche Öffnung des Beschwerderechts und eine Überlastung der Rechtspflege zur Folge hätte.²⁴

¹⁵ [...].

¹⁶ Siehe Nachweis in Fn 15.

¹⁷ Siehe Nachweis in Fn 15.

¹⁸ [...].

¹⁹ Siehe Nachweis in Fn 18.

²⁰ Siehe auch Webseite von C. [...] (10.9.2024).

²¹ [...].

²² [...].

²³ ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer et al. (Hrsg.), 2019, Art. 6 N 2 m. w. N.

²⁴ VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Krauskopf (Hrsg.), 3. Aufl. 2023, Art. 48 N 11 mit Hinweisen auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung.

51. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die materielle Beschwer nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG voraus, dass eine Person in einer «besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache» steht.²⁵ Daneben «muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d. h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung».²⁶

52. Gemäss Bundesgericht gibt es keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung des Beschwerderechts zur Popularbeschwerde.²⁷ Wo die Grenze verläuft, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen.²⁸ Wegleitend dafür sind namentlich die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z. B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, sowie das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren.²⁹ Generell ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bejahung des Beschwerderechts von Dritten, welche nicht Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind, Zurückhaltung geboten.³⁰

53. In Bezug auf das Kartellrecht hat das Bundesgericht die Frage der Parteistellung von Dritten derart konkretisiert, dass es für eine Konkurrentin der Untersuchungsadressatinnen angenommen hat, dieser komme nur dann Parteistellung zu, wenn sie einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet.³¹ Ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil setzt gemäss Bundesgericht eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liegt vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf die Konkurrentin auswirkt, namentlich indem diese durch die beanstandete Wettbewerbsbeschränkung eine Umsatzeinbusse erleiden könnte.³² Dabei hat die beschwerdeführende Konkurrentin im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Begründungspflicht darzulegen, dass sie einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet, soweit dies nicht klar aus den Akten ersichtlich ist.³³ Das Bundesgericht liess offen, inwiefern diese Rechtsprechung auch auf Abnehmerinnen (wie es Garagen in Bezug auf Kraftfahrzeuganbieterinnen sind) anwendbar ist.³⁴

54. Die Wettbewerbsbehörden haben die vorgenannte Rechtsprechung auch auf Abnehmerinnen übertragen. Für die Begründung der Parteistellung reicht es danach nicht schon aus, dass ein mutmassliches Kartellopfer aktuell direkte Abnehmerin der mutmasslichen Kartelltäterin ist und deshalb die Möglichkeit besteht, dass es durch das untersuchte Verhalten aktuell auf seinem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte. Erforderlich ist für die Parteistellung einer Abnehmerin, dass diese je nach Ausgang des Verfahrens der WEKO in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem Ausmass auf ihrem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnte.³⁵ Soweit C. vorbringt, diese

Konkretisierung durch die Wettbewerbsbehörden verstosse gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Parteistellung und sei zudem verfassungswidrig, zielt dies ins Leere. Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, kommt C. bzw. ihren vermeintlichen Mitgliedern, von denen C. ihre Parteistellung ableiten möchte (D. und E. bzw. deren Mitgliedsunternehmen) schon gemäss den bundesgerichtlichen Vorgaben, wonach für die Begründung der Parteistellung infolge der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung die Gefahr eines deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteils bestehen muss, keine Parteistellung zu (siehe auch unten Rz 85). Auf die vorgenannte Konkretisierung durch die Wettbewerbsbehörden kommt es vorliegend also gar nicht an.

b. Anwendung der rechtlichen Voraussetzungen

55. Zu prüfen ist damit, ob – unter Berücksichtigung der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichts – D., die weder Adressatin der verfahrensabschliessenden Verfügung sein soll, noch Anzeigerin des konkret untersuchten Verhaltens ist, gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung «besonders berührt» wäre und ein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätte. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (siehe oben insbesondere Rz 53) ist dabei massgebend, ob D. ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil drohen könnte, weil sich die kartellrechtlich geprüfte Verhaltensweise nachteilig im Sinne der geschilderten Rechtsprechung und Praxis auf sie als Abnehmerinnen auswirken könnte.

56. Die Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» betrifft den allfälligen Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber einer bestimmten Autogarage, mithin das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin (siehe oben Rz 0 f.). [...] ³⁶ Der Gegenstand der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» ist daher auf das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin und die Verhaltensweise der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin begrenzt, weshalb vorliegend einzig Gesellschaften der BMW-Gruppe und der Anzeigerin Parteistellung zukommt (siehe oben Rz 2). Es ist unstreitig, dass D. von der in der Untersuchung konkret geprüften Verhaltensweise der BMW-Gruppe, d. h. dem Auslaufenlassen der Geschäftsbeziehung mit der Anzeigerin durch die BMW-Gruppe, nicht betroffen ist. Diese konkrete Verhaltensweise kann sich demnach auch nicht nachteilig auf D. auswirken. Insoweit ist ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil infolge der untersuchten Verhaltensweise und damit eine Parteistellung von D. ausgeschlossen.

²⁵ BGE 146 I 172 E. 7.1.2; BGE 142 II 451 E. 3.4.1; BGE 139 II 328 E. 3.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²⁶ BGE 142 II 451 E. 3.4.1 m. w. N.

²⁷ BGE 142 II 451 E. 3.4.2.

²⁸ BGE 142 II 80 E. 1.4.1; BGE 139 II 279 E. 2.3; BGE 123 II 376 E. 5.

²⁹ BGE 142 II 451 E. 3.4.2 m. w. N.

³⁰ Vgl. BGE 133 V 188 E. 4.3.3 m. w. N.

³¹ BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; siehe dazu insbesondere BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 7 m. w. N.

³² Vgl. BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

³³ BGE 139 II 328 E. 4.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

³⁴ BGE 139 II 328 E. 3.5, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

³⁵ RPW 2018/1, 129 Rz 24, *Verzinkung – Parteistellung*.

³⁶ [...].

57. Hier besteht ein bedeutender Unterschied zu Untersuchungen betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.³⁷ Bei Wettbewerbsabreden und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gehören sämtliche Unternehmen der betroffenen Marktgegenseite sowie ggf. Konkurrentinnen zu den möglichen «Opfern» der untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung. Beim Missbrauch relativer Marktmacht gibt es hingegen von vorneherein nur ein «Opfer», es handelt sich um das abhängige Unternehmen. In Verfahren betreffend relative Marktmacht geht es dementsprechend weniger um das öffentliche Interesse am Schutz des funktionierenden Wettbewerbs, sondern um die Durchsetzung eines privaten Interesses.³⁸ Die Wettbewerbsbehörden behalten sich dementsprechend auch vor, Streitigkeiten über den allfälligen Missbrauch relativer Marktmacht auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.³⁹

58. Soweit C. geltend macht, das Beschwerderecht von D. folge daraus, dass [...] bei einem WEKO-Entscheid gegen die BMW-Gruppe und zugunsten der Anzeigerin gegenüber D. gegebenenfalls schadenersatzpflichtig würde und unter Umständen die Händler- und Werkstattverträge mit D. verlängern müsste, sowie daraus, dass die Zivilgerichte den allfälligen WEKO-Entscheid zugunsten der Anzeigerin in den hängigen Zivilrechtsverfahren berücksichtigen müssten, überzeugt dies aus den folgenden Gründen nicht.

59. Wie erläutert, reicht für ein Beschwerderecht eine bloss mittelbare Betroffenheit nicht aus (siehe oben Rz 51).⁴⁰ Vorliegend ist D. vom Untersuchungsgegenstand jedoch höchstens mittelbar betroffen. [...] In jedem Fall ist zu berücksichtigen, dass in Fällen relativer Marktmacht zu prüfen ist, ob im bilateralen Verhältnis zwischen zwei bestimmten Unternehmen eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht (siehe Art. 4 Abs. 2^{bis} KG) und, falls ja, ob eine bestimmte Verhaltensweise des relativ marktmächtigen Unternehmens gegenüber dem abhängigen Unternehmen einen Missbrauch relativer Marktmacht darstellt (Art. 7 KG). Beide Prüfungspunkte sind abhängig von den konkreten Gegebenheiten des beurteilten bilateralen Verhältnisses,⁴¹ namentlich von den konkreten Ausweichmöglichkeiten des angeblich abhängigen Unternehmens, für welche wiederum z. B. dessen Geschäftsmodell, Tätigkeitsgebiet, Finanzkraft sowie Verhalten in der Vergangenheit⁴² massgebend sind.⁴³ Diese Umstände unterscheiden sich von bilateralem Verhältnis zu bilateralem Verhältnis. Es wäre daher selbst bei einem WEKO-Entscheid zugunsten der Anzeigerin ohne weiteres möglich, dass [...] gegenüber D. nicht als relativ marktmächtig angesehen würde und ein Missbrauch zu verneinen wäre. Entgegen der Behauptung von D. besteht also keine «Reflexwirkung» der vorliegenden Untersuchung zugunsten des Verhältnisses von D. zu [...] derart, dass aus der Bejahung des Missbrauchs relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin automatisch Ansprüche von D. [...] abzuleiten wären. Vielmehr müssten bei der kartellrechtlichen Beurteilung des Verhältnisses von D. zu [...] gleichwohl die spezifischen Eigenheiten im Verhältnis der beiden Unternehmen berücksichtigt werden. Es liegt vorliegend also, wenn überhaupt, eine bloss mittelbare Betroffenheit vom Untersuchungsgegenstand vor.

60. C. bzw. D. geht es vorliegend einzig um ihr Interesse an einer für sie günstigen Rechtsauslegung, da so allenfalls die Wahrscheinlichkeit erhöht werden könnte, dass D. in ihrem eigenen bilateralen Rechtsstreit mit [...] obsiegen würde. Ein solches Interesse kann bei der vorliegenden bloss mittelbaren Betroffenheit (siehe oben Rz 59) nicht ausreichen für die Begründung eines Beschwerderechts und damit der Parteistellung. Wäre dies der Fall, müssten stets sämtliche Unternehmen als Parteien eines Verfahrens behandelt werden, die daran ein Interesse bekunden, weil sich in ihren Geschäftsbeziehungen dieselben kartellrechtlichen Rechtsfragen stellen würden wie in einer laufenden Untersuchung. Bei einem solchen Verständnis wäre einer Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet und es würde die Überlastung der Rechtspflege drohen. Dies liefe dem Zweck von Art. 48 VwVG zuwider (siehe oben Rz 51). Soweit C. hiergegen vorbringt, die Gefahr einer Popularbeschwerde bestehe nicht, weil sich die Frage der Parteistellung in der Vergangenheit dann nicht bloss in einem einzigen Fall gestellt hätte, ist dieser Einwand nicht nachvollziehbar. Dies schon deshalb, weil sich die Frage der Beteiligung von Dritten an Untersuchungen in der Vergangenheit häufig – nicht nur in einem einzigen Fall – stellte.⁴⁴ Zudem kommt es ohnehin nicht auf den «Andrang» von Dritten in der Vergangenheit an. Massgebend ist in diesem Zusammenhang vielmehr, welche Auswirkungen die von C. begehrte extensive Auslegung von Art. 48 VwVG für kartellrechtliche Verfahren künftig hätte. Diesbezüglich ist dargelegt (siehe oben), dass die von C. begehrte Auslegung dazu führen würde, dass künftig eine mittelbare Betroffenheit ausreichen würde und Unternehmen Parteistellung zugesprochen werden müsste, bloss weil sich in ihren Geschäftsbeziehungen dieselben kartellrechtlichen Rechtsfragen stellen würden wie in einer laufenden Untersuchung.

³⁷ Vgl. auch Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) (zit. Botschaft 2019), BBI 2019, 4877, 4927.

³⁸ Vgl. etwa Botschaft 2019 (Fn 37), BBI 2019 4877, 4930, 4947.

³⁹ Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6.12.2021, Rz 16, 19 ff., siehe <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/anzeigen/relative_marktmacht.html> (10.9.2024).

⁴⁰ BGE 142 II 451 E. 3.4.1 m. w. N.

⁴¹ Vgl. etwa Botschaft 2019 (Fn 37), BBI 2019 4877, 4917, 4927, 4947; Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht (Fn 39), Rz 7 ff., 11 ff.

⁴² Nach dem Willen des Gesetzgebers kann sich nur dasjenige Unternehmen auf relative Marktmacht berufen, welches sich bereits erfolglos um zumutbare Ausweichmöglichkeiten bemüht hat und dessen Abhängigkeit nicht auf grobem Selbstverschulden beruht; vgl. Kantonsgericht BL, 430 23 144 vom 13.12.2023 E. 7.2.1, E. 7.3 f. m. w. N. sowie Botschaft 2019 (Fn 37), BBI 2019 4877, 4935 f. Vgl. auch WEKO, Presse-Info vom 4.7.2024, WEKO: Relative Marktmacht im Gesundheitswesen?, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/88645.pdf>> (10.9.2024), S. 1.

⁴³ Vgl. Nachweise in Fn 41.

⁴⁴ Siehe zuletzt etwa: WEKO, 22-0522 vom 6.5.2024 Rz 102 ff., *Interchange Fees für Debitkarten von Mastercard*, abrufbar unter: <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>> (10.9.2024); RPW 2021/2, 161 Rz 7 ff., *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2021/2, 312 Rz 16 f., *Swatch Group Lieferstopp / Ablauf Lieferverpflichtung*; RPW 2018/3, 527 f. Rz 136 ff., *Supremédia*; PRW 2018/1, 82 Rz 29 ff, *Verzinsung*.

61. Zu beachten ist ferner, dass es, wie erwähnt, gemäss Bundesgericht keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung des Beschwerderechts zur Popularbeschwerde gibt (siehe oben Rz 52). Wegleitend für die Grenzziehung sind gemäss Bundesgericht namentlich die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z. B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, sowie das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (siehe oben Rz 52). Generell ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bejahung des Beschwerderechts von Dritten, welche nicht Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind, Zurückhaltung geboten (siehe oben Rz 52). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend zu berücksichtigen, dass D. bei Verneinung des Beschwerderechts keineswegs schutzlos gestellt ist, sondern ihren Standpunkt sowohl vor den Wettbewerbsbehörden als auch vor den Zivilgerichten einbringen kann (siehe dazu im Detail unten Rz 62–64). Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Bejahung des Beschwerderechts von D. und von Gesuchstellerinnen in einer vergleichbaren Ausgangslage ein Verfahren betreffend ein einzig bilaterales Verhältnis übermässig erschweren würde (siehe dazu unten Rz 65).

62. Im Hinblick auf die alternativen Schutzmöglichkeiten ist zunächst von Bedeutung, dass es D. namentlich freisteht, ihre bisherigen Schilderungen gegenüber den Wettbewerbsbehörden weiter zu substantiieren und so zu versuchen, ein gesondertes wettbewerbsbehördliches Verfahren betreffend den behaupteten Missbrauch relativer Marktmacht durch [...] ihr gegenüber anzustrengen. [...].

63. Sodann kann D. in jedem Fall unaufgeforderte Stellungnahmen betreffend die vorliegende Untersuchung einreichen, welche die Wettbewerbsbehörden berücksichtigen und zu den Verfahrensakten nehmen würden. Es besteht damit für D. auch ohne Beschwerderecht die Möglichkeit, ihre Rechtsauffassung zum Gehalt der neuen Vorschriften zur relativen Marktmacht sowie ihre Sicht zum Sachverhalt in das Verfahren einzubringen.

64. Darüber hinaus steht D. als alternative Schutzmöglichkeit die Beschreitung des Zivilrechtswegs zur Verfügung. Nach dem Willen des Gesetzgebers und des Bundesgerichts ist es zulässig, wenn nicht sogar geboten, bilaterale Kartellrechtsstreitigkeiten auf den Zivilrechtsweg zu verweisen, auch wenn dieser mit allenfalls höheren Kosten und Risiken verbunden ist.⁴⁵

65. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass eine Bejahung des Beschwerderechts von D. und von Gesuchstellerinnen in einer vergleichbaren Ausgangslage es übermässig erschweren würde, das Verfahren betreffend das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Anzeigerin effizient zu führen. Die diesfalls mögliche massive Ausweitung der Zahl der Parteien in kartellrechtlichen Untersuchungen, namentlich bei der Überprüfung von bilateralen Verhältnissen (siehe oben Rz 60), hätte erhebliche Verfahrensverlängerungen und Rechtsunsicherheit zur Folge. Insbesondere müssten in solchen Verfahren umfangreiche Aktenbereinigungen zum Schutz von Amts- und Geschäftsgeheimnissen durchgeführt werden (Art. 25 KG) und die materiellen Verfügungsadressatinnen müssten stets Beschwerden von Seiten Dritter mit

Parteistellung gegen die Beurteilung des rein bilateralen Verhältnisses befürchten.

66. Aus alledem (siehe oben Rz 55–65) ergibt sich, dass D. von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung nicht nach Art. 48 VwVG «besonders berührt» wäre und kein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätte. Ihr stünde also kein Beschwerderecht gegen die Verfügung zu. C. könnte ihr Beschwerderecht mithin nicht von einem Beschwerderecht ihres vermeintlichen Mitglieds D. ableiten. Wie weiter unten dargelegt wird, überzeugen die hiergegen von C. erhobenen Einwände (siehe dazu oben Rz 20) nicht (siehe unten Rz 81 ff.).

ii. E.

a. Einleitung

67. C. macht geltend, ein Beschwerderecht von E. gegen eine Verfügung in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» könne sich aus den eigenen Interessen des Verbands ergeben sowie aus den Grundsätzen zur egoistischen Verbandsbeschwerde. Dazu ist Folgendes auszuführen.

b. Rechtliche Voraussetzungen des Beschwerderechts eines Verbands

68. E. ist ein nach Art. 60 ff. ZGB organisierter Verband. Verbänden kann auf unterschiedlichen Wegen Parteistellung zukommen (siehe auch oben Rz 31): Einem Verband kann eine Beschwerde aus eigenem Recht gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG offenstehen, wenn es darum geht, seine eigenen Interessen durchzusetzen. Ein solches Beschwerderecht zur Verfolgung eigener Interessen würde nach der Rechtsprechung in erster Linie die Möglichkeit voraussetzen, dass der Verband durch die Verfügung in seiner eigenen Handlungsautonomie eingeschränkt wird (siehe dazu unten Rz 69 ff.).⁴⁶ Daneben kann ein Verband nach den Grundsätzen der egoistischen Verbandsbeschwerde zur Beschwerde berechtigt sein (siehe dazu unten Rz 72 ff.). Hinsichtlich der Voraussetzungen hierfür wird auf die obenstehenden Ausführungen in Rz 32 verwiesen. Was schliesslich die sog. ideelle Verbandsbeschwerde gemäss Art. 48 Abs. 2 VwVG anbelangt, wird die Erfüllung von deren Voraussetzungen weder geltend gemacht, noch ist sie anderweitig ersichtlich.⁴⁷

c. Eigenes Beschwerderecht von E. gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG

69. Wie erläutert, würde ein eigenes Beschwerderecht von E. gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG die Möglichkeit voraussetzen, dass sie durch die Verfügung in ihrer eigenen Handlungsautonomie eingeschränkt wäre.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. Botschaft 2019 (Fn 37), BBl 2019 4877, 4913 m. w. N.; BGE 130 II 149 E. 2.4.; BGE 130 II 521 E. 2.9; siehe auch BSK KG-JACOBS/GIGER (Fn 6), Vor Art. 12–15 N 17.

⁴⁶ Siehe etwa BVGer, C-465/2011 vom 28.3.2012 E. 2.4.

⁴⁷ Siehe etwa BVGer, C-465/2011 vom 28.3.2012 E. 2.1.

⁴⁸ Siehe Nachweis in Fn 46.

70. C. macht ein eigenes Beschwerderecht von E. nicht ausdrücklich geltend. Sie bringt lediglich vor, dass eine Beteiligung von E. ihrem statutarisch verbrieften Zweck dienen würde, der darin bestehe, die Interessen der Mitglieder zu vertreten und den funktionierenden Wettbewerb zu fördern. Sie bringt indes nicht vor, dass E. durch die verfahrensabschliessende Verfügung in ihrer Tätigkeit als Verband in irgendeiner Weise behindert werden könnte. Namentlich kann sie sich unabhängig vom Verfahrensausgang für die Interessen ihrer Mitglieder einsetzen.

71. Vorliegend ist mithin keine relevante Einschränkung der Handlungsautonomie von E. ersichtlich. Ein aus Art. 48 Abs. 1 VwVG fliessendes eigenes Beschwerderecht von E. ist damit ausgeschlossen. Davon zu trennen ist die Prüfung eines allfälligen Beschwerderechts nach den Grundsätzen der egoistischen Verbandsbeschwerde (siehe dazu sogleich Rz 72 ff.).

d. Beschwerderecht von E. nach den Grundsätzen der egoistischen Verbandsbeschwerde

72. Im Hinblick auf das Beschwerderecht von E. nach den Grundsätzen der egoistischen Verbandsbeschwerde ist zu prüfen, ob (i.) sie als juristische Person konstituiert ist, (ii.) die Wahrung der in Frage stehenden Interessen zu ihren statutarischen Aufgaben gehört, (iii.) sie ein Interesse der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl ihrer Mitglieder vertritt und (iv.) diese selbst zur Beschwerde berechtigt wären (siehe oben Rz 32).

Eigene Rechtspersönlichkeit

73. E. ist gemäss ihren Statuten als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB konstituiert und stellt damit eine juristische Person dar. Sie hat also Rechtspersönlichkeit.

Wahrung der in Frage stehenden Interessen gehört zu statutarischen Aufgaben

74. Es ist ferner nicht ausgeschlossen, dass die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder an einer bestimmten Auslegung des Kartellrechts im statutarisch verbrieften Zweck von E. liegen könnte (siehe zum Zweck von E. Rz 70).

Vertretung eines Interesses der Grosszahl der Mitglieder

75. Vorliegend ist unklar, ob ein Beschwerderecht von E. im Interesse zumindest der Grosszahl ihrer Mitglieder liegt. Denn E. macht keine Angaben zur Gesamtanzahl ihrer Mitglieder und zur Anzahl sowie den Eigenschaften derjenigen Mitglieder, welche sich für ein Beschwerderecht von E. aussprechen. Aber selbst wenn E. im Interesse der Grosszahl ihrer Mitglieder handeln würde, würde ihr kein Beschwerderecht zukommen, da nicht ersichtlich ist, dass ihren Mitgliedern ein Beschwerderecht zukommt (siehe sogleich Rz 76 ff.).

Beschwerderecht der Mitglieder

76. Zu prüfen ist, ob die Mitgliedsunternehmen von E., die weder Adressatinnen der verfahrensabschliessenden Verfügung sein sollen, noch Anzeigerinnen des konkret untersuchten Verhaltens sind, gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung «besonders berührt» wären und ein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätten. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts

(siehe oben insbesondere Rz 53) ist dabei massgebend, ob den Mitgliedsunternehmen ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil drohen könnte, weil sich die kartellrechtlich geprüfte Verhaltensweise nachteilig im Sinne der geschilderten Rechtsprechung und Praxis auf sie als Abnehmerinnen auswirken könnte.

77. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass – soweit ersichtlich – ausgeschlossen ist, dass sich die in der rubrizierten Untersuchung konkret geprüfte Verhaltensweise der BMW-Gruppe auf die Mitgliedsunternehmen von E. nachteilig im Sinne der vorangehend geschilderten Rechtsprechung und Praxis auswirken könnte (siehe oben Rz 55 ff.). Denn C. tut nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Mitgliedsunternehmen *von der verfahrensgegenständlichen Verhaltensweise* unmittelbar betroffen sein könnten. Auch ist in der rubrizierten Untersuchung nicht zu prüfen, ob die BMW-Gruppe oder eine andere Kraftfahrzeuganbieterin gegenüber den Mitgliedsunternehmen von E. jeweils relativ marktmächtig ist und allenfalls diese Stellung ihnen gegenüber missbraucht hat (siehe oben Rz 56 f.). Die Mitgliedsunternehmen von E. könnten dementsprechend für sich auch nichts aus dem Dispositiv der verfahrensabschliessenden Verfügung ableiten (siehe oben Rz 56 f.). Diese Verfügung wird einzig das bilaterale Verhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der anzeigenden Autogarage regeln können (siehe oben Rz 56 f.).

78. Wie erläutert, reicht eine bloss mittelbare Betroffenheit von einer Rechtsauslegung nicht aus, um ein Beschwerderecht zu begründen (siehe oben 58 ff.). Denn würde eine solche mittelbare Betroffenheit ausreichen, müssten stets sämtliche Unternehmen als Parteien eines Verfahrens behandelt werden, die daran ein Interesse bekunden, weil sich in ihren Geschäftsbeziehungen dieselben kartellrechtlichen Rechtsfragen stellen würden wie in einer laufenden Untersuchung (siehe oben insbesondere Rz 60). Bei einem solchen Verständnis wäre einer Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet und es würde die Überlastung der Rechtspflege drohen (siehe dazu oben Rz 59 f.). Dies liefe dem Zweck von Art. 48 VwVG zuwider (siehe oben Rz 51).

79. Gemäss Bundesgericht gibt es zudem, wie dargelegt, keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung des Beschwerderechts zur Popularbeschwerde (siehe oben Rz 52). Wegleitend für die Grenzziehung sind gemäss Bundesgericht namentlich die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z. B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, sowie das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (siehe oben Rz 52). Generell ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bejahung des Beschwerderechts von Dritten, welche nicht Verfügungsadressatin im materiellen Sinne sind, Zurückhaltung geboten (siehe oben Rz 52). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Mitgliedsunternehmen von E. bei Verneinung des Beschwerderechts keineswegs schutzlos gestellt sind, sondern ihren Standpunkt sowohl vor den Wettbewerbsbehörden als auch vor den Zivilgerichten einbringen können (siehe dazu oben Rz 62–64). Zu beachten ist ferner, dass die Bejahung des Beschwerderechts von Händlerinnen von Fahrzeugen in einer allenfalls vergleichbaren Ausgangslage ein Verfahren betreffend ein einzig bilaterales

Verhältnis übermässig erschweren würde (siehe dazu oben Rz 65).

80. Hieraus (siehe oben Rz 76–79) folgt, dass die Mitgliedsunternehmen von E. von einer Verfügung in der rubrizierten Untersuchung nicht nach Art. 48 VwVG «besonders berührt» wären und kein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hätten. Ihnen stünde also kein Beschwerderecht gegen die Verfügung zu. E. könnte ihr Beschwerderecht (siehe oben Rz 72–79) mithin nicht von einem Beschwerderecht ihrer Mitgliedsunternehmen ableiten. Damit kann auch C. ihrerseits kein Beschwerderecht von einem angeblichen Beschwerderecht ihres vermeintlichen Mitglieds E. ableiten. Wie nachfolgend dargelegt wird, überzeugen die hiergegen von C. erhobenen Einwände (siehe dazu oben Rz 20) nicht (siehe unten Rz 81 ff.).

B.2.4 Kein Verstoß gegen Art. 29a und 36 BV und die bundesgerichtliche Rechtsprechung

81. C. macht gegen die Ablehnung der Parteistellung von C. bzw. des Beschwerderechts von D. und von E. geltend, dass die Auslegung des Sekretariats, wonach nur Unternehmen, die in existenzbedrohendem Ausmass in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert seien, Parteistellung zukomme und nur die Direktbetroffenen an Verfahren von Fällen relativer Marktmacht teilnehmen könnten, gegen Art. 29a und 36 BV verstosse und der Praxis des Bundesgerichts widerspreche. Gemäss Art. 48 VwVG komme es einzig auf das besondere Berührtsein sowie das schutzwürdige Interesse an. Beides sei bei D. sowie den Mitgliedsunternehmen von E. gegeben, namentlich liege bei ihnen ein faktisches Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang vor. Der schlechte Verweis auf eine eigenständige Anzeige oder das Einschlagen des Zivilverfahrens ohne Abwägung der widerstreitenden Interessen behebe nicht den Rechtsnachteil, welcher durch die enge Auslegung von Art. 48 VwVG entstehe. Dazu ist Folgendes auszuführen.

82. Art. 29a BV verleiht jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedarf es für eine Einschränkung dieses Grundrechts einer gesetzlichen Grundlage, welche durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist (Art. 36 Abs. 2 BV). Einschränkungen des Grundrechts müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Kerngehalt des Grundrechts ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

83. Vorliegend ist bereits kein Eingriff in die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV ersichtlich. Denn wie erläutert, ist Gegenstand der Untersuchung einzig das bilaterale Verhältnis zwischen der Anzeigerin und der BMW-Gruppe, jedoch nicht das streitige Verhältnis von D. zu [...] oder von Mitgliedsunternehmen von E. zu Importeuren oder Herstellerinnen (siehe oben Rz 56 f., 77). Zur Beurteilung von allfälligen Rechtsstreitigkeiten zwischen D. und [...] sowie von Mitgliedsunternehmen von E. und Importeuren oder Herstellerinnen steht allenfalls geschädigten Unternehmen sowohl der Zivilrechtsweg als auch der behördliche Weg über die Wettbewerbsbehörden offen, wobei in beiden Fällen ein gerichtlicher Instanzenzug besteht (siehe oben Rz 62 ff., 79). Betroffene

Unternehmen können mithin auch ohne Parteistellung bzw. Beschwerderecht in der vorliegenden Untersuchung ihre Rechtsstreitigkeit durch eine richterliche Behörde beurteilen lassen.

84. Würde man gleichwohl annehmen, dass die Verneinung der Parteistellung in der vorliegenden Untersuchung einen Eingriff in die Rechtsweggarantie darstellt, wäre dieser jedenfalls gemäss Art. 36 BV verfassungsgemäss. Denn für die Verneinung des Beschwerderechts von D. und der Mitgliedsunternehmen von E. besteht mit Art. 6 und 48 VwVG eine gesetzliche Grundlage, welche insbesondere durch das öffentliche Interesse am Ausschluss der Popularbeschwerde gerechtfertigt ist (siehe oben Rz 51). Die Anwendung von Art. 6 und 48 VwVG gemäss den obenstehenden Erwägungen ist sodann gesetzmässig und verhältnismässig. Denn die Bejahung der Parteistellung in casu hätte, wie erläutert, eine unsachliche Öffnung des Beschwerderechts und eine Überlastung der Rechtspflege zur Folge, da diesfalls schon das Interesse an einer bestimmten Rechtsauslegung bei einer bloss mittelbaren Betroffenheit ausreichen würde für die Begründung der Parteistellung (siehe oben Rz 59 f., 78). Dies würde dem Zweck von Art. 6 und 48 VwVG widersprechen. Die Anwendung von Art. 6 und 48 VwVG in casu führt auch nicht zu einer Verletzung des Kerngehalts der Rechtsweggarantie, da D. und die Mitgliedsunternehmen von E. über Möglichkeiten verfügen, (allfällige) Rechtsstreitigkeiten mit [...] Importeuren oder [...] Herstellerinnen durch staatliche Stellen beurteilen zu lassen (siehe oben Rz 62 ff., 79). Soweit C. hiergegen geltend macht, dass es an einer Abwägung der widerstreitenden Interessen fehle, ist dies nicht nachvollziehbar. Denn vorliegend wird die Parteistellung von C. verneint unter Berücksichtigung sämtlicher Aspekte des Einzelfalls, namentlich sämtlicher einschlägiger Interessen von C., von D. und von E. sowie der öffentlichen Interessen. Auf diese Abwägung wird verwiesen (siehe oben Rz 36–80).

85. Zuletzt ist auch nicht ersichtlich, dass die Verneinung des Beschwerderechts bzw. der Parteistellung gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung verstossen könnte. Denn aus dieser folgt ja gerade, dass Dritte nur dann Parteistellung in einer Untersuchung haben, wenn ihnen ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil infolge der untersuchten Verhaltensweise drohen könnte, während ein bloss mittelbares Interesse nicht ausreicht (siehe insbesondere oben Rz 51 f., 59 und 78).⁴⁹ Wie erläutert, ist vorliegend gerade nicht erstellt, dass D. und E., von welchen C. ihre Parteistellung ableiten möchte, durch die konkret untersuchte Verhaltensweise der BMW-Gruppe unmittelbar betroffen sind, weshalb ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil ausgeschlossen ist (siehe oben Rz 55 ff., 76 ff.). Die Verneinung der Parteistellung bzw. des Beschwerderechts dieser Unternehmen sowie von C. steht damit im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

⁴⁹ Vgl. auch BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 7 m. w. N.

86. Aus alledem folgt, dass das Ergebnis, wonach C. nicht als Partei der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu behandeln ist (siehe oben Rz 36–80), nicht gegen Art. 29a und 36 BV verstösst. Dieses Ergebnis verstösst auch nicht gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, sondern folgt gerade aus der Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Parteistellung bzw. zum Beschwerderecht in kartellrechtlichen Verfahren.

B.2.5 Zwischenfazit

87. Wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben, steht C. gegen eine Verfügung in der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» kein Beschwerderecht zu, weshalb sie nicht als Partei der rubrizierten Untersuchung zu behandeln ist (Art. 6 VwVG). Die von C. hiergegen vorgebrachten Einwände überzeugen aus den erläuterten Gründen nicht (siehe insbesondere Rz 81–86).

B.3 Keine Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG

88. Hinsichtlich des Eventualantrags von C., sie sei gemäss Art. 43 KG als Dritte an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, ist Folgendes auszuführen.

A.1.2 Rechtliche Voraussetzungen für die Beteiligung als Dritte ohne Parteistellung

89. Gemäss Art. 43 Abs. 1 KG können folgende Personen ihre Beteiligung an der Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung anmelden: Personen, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind (Bst. a), Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sofern sich auch Mitglieder des Verbands oder eines Unterverbands an der Untersuchung beteiligen können (Bst. b) und Organisationen von nationaler oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (Bst. c).

90. Für eine Zulassung als Dritte gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG ist zum einen Voraussetzung, dass es sich bei dem Dritten um einen Berufs- und Wirtschaftsverband handelt, der nach seinen Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder befugt ist. Zum anderen ist massgebend, dass sich Mitglieder dieses Verbands an der Untersuchung beteiligen könnten. Mit der zweiten Voraussetzung wird insbesondere auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG verwiesen,⁵⁰ so dass ein Verband nur dann als Dritter zu beteiligen ist, wenn mindestens zwei seiner Mitgliedsunternehmen gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG «aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind». Möglich ist eine Verbandsbeteiligung aber auch, wenn sein Unterverband gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG zu beteiligen wäre oder zu den Mitgliedern Organisationen von nationaler oder regionaler Bedeutung gehören, die sich statutenmässig dem Konsumentenschutz widmen (Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG).

91. In Bezug auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ist für eine Beteiligung Voraussetzung, dass ein Unternehmen «aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert» ist.

Dies bedeutet, dass eine «unmittelbare Betroffenheit von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung»⁵¹ bzw. eine Beeinträchtigung der Möglichkeit, «sich am freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu beteiligen oder [die] bisherige Tätigkeit im Wettbewerb fortzuführen»,⁵² vorliegen muss. Für die Zulassung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG muss nicht nachgewiesen sein, dass das Unternehmen tatsächlich durch die untersuchte Wettbewerbsbeschränkung in der Ausübung oder Aufnahme des Wettbewerbs behindert ist oder wurde, sondern es reicht aus, wenn die Möglichkeit einer solchen Wettbewerbsbehinderung besteht.⁵³

92. Wie es in der Botschaft ausgeführt ist und auch vom Bundesgericht betont wird, kann der Kreis der nach Art. 43 KG in Frage kommenden Dritten einen «beachtlichen Umfang annehmen».⁵⁴ Zu beachten ist allerdings, dass dieser Umfang von Fall zu Fall variieren kann und abhängig ist von der in der betroffenen Untersuchung konkret geprüften Verhaltensweise. Dementsprechend heisst es in der Botschaft zur Einführung von Art. 43 KG auch: «Der Kreis der nach Artikel 43 Absatz 1 E in Frage kommenden Dritten kann *je nach Wettbewerbsbeschränkung* einen beachtlichen Umfang annehmen».⁵⁵ Ausgangspunkt für die Überlegungen ist also der Gegenstand der Untersuchung. Daraus folgt z. B., dass es im Falle der Untersuchung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung mehr potentielle «Opfer» und damit Dritte gibt als bei der Untersuchung eines bestimmten Missbrauchs relativer Marktmacht, wo es im bilateralen Verhältnis notwendigerweise nur ein «Opfer» gibt (siehe dazu oben Rz 56 f.). Vorliegend ist die Anzeigerin das mögliche «Opfer» des konkret untersuchten, behaupteten Missbrauchs relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe, weshalb die Anzeigerin die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG erfüllt und sie zudem Parteistellung gemäss Art. 6 VwVG hat (siehe oben Rz 2).

B.3.2 Anwendung der rechtlichen Voraussetzungen

93. Zu prüfen ist, ob es sich bei C. um einen Berufs- und Wirtschaftsverband handelt, der nach seinen Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder befugt ist (siehe dazu Rz 94 ff.) sowie ob die Möglichkeit besteht, dass die vermeintlichen Mitglieder von C., D. und E., gemäss Art. 43 Abs. 1 KG zu beteiligen wären (siehe dazu Rz 101).

⁵⁰ BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 16; CR CONCURRENCE-MERKT (Fn 6), Art. 43 LCart N 11.

⁵¹ BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 13.

⁵² DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 6), Art. 43 N 17.

⁵³ Vgl. RPW 2018/1, 128 Rz 16, *Verzinkung – Parteistellung*; RPW 2020/4b, 1858 Rz 20, 23, *Eishockey im Pay-TV*.

⁵⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23.11.1994 (zitiert: Botschaft 1994), BBl 1995 I 468, 616; BGE 139 II 328 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁵⁵ Botschaft 1994 (Fn 54), BBl 1995 I 468, 616 (Hervorhebung durch die Wettbewerbsbehörden). Auch das Bundesgericht betont, dass es stets auf den Einzelfall ankommt («...je nach den Umständen...»); vgl. BGE 139 II 328 E. 4.4, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

B.3.2.1 Kein Berufs- und Wirtschaftsverband

94. Bei der antragstellenden C. handelt es sich nicht um einen Verband im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG. Hierzu kann auf die detaillierten Ausführungen im Kontext der Parteistellung eingegangen werden (siehe oben Rz 37, 39). Die Bestimmung ist daher bereits von ihrem Wortlaut her nicht anwendbar auf C.. Eine Zulassung von C. als Dritte würde demnach eine analoge Anwendung von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG über den Wortlaut hinaus erfordern.

95. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine analoge Anwendung nur dort möglich, wo der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann.⁵⁶ Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt jedoch kein Raum für behördliche oder richterliche Lückenfüllung.⁵⁷

96. Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG sowie die Gesetzesmaterialien ist vorliegend eine analoge Anwendung der Vorschrift zugunsten von C. ausgeschlossen. Denn der Wortlaut ergibt, dass nach Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG nur «Berufs- und Wirtschaftsverbände» zu beteiligen sind. Für eine Erstreckung auf andere Personen, die nach der Rechtsordnung ebenfalls Rechtspersönlichkeit haben, bleibt damit kein Raum. Kommt hinzu, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Aufzählung der nach Art. 43 KG beteiligungsfähigen Dritten abschliessend ist.⁵⁸ Hätte er gewollt, dass sich auch [...], die schon zum Zeitpunkt des Erlasses von Art. 43 KG über Rechtspersönlichkeit verfügten, auf die Bestimmung berufen könnten, so hätte er dies ausdrücklich geregelt. Auch Rechtsprechung und Lehre gehen dementsprechend davon aus, dass die Aufzählung gemäss Art. 43 Abs. 1 KG abschliessend ist.⁵⁹

97. Mit der Schaffung der Beteiligungsmöglichkeiten nach Art. 43 KG hat der Gesetzgeber eine ganz bestimmte Abwägungsentscheidung getroffen hinsichtlich der Gewichtung verschiedener Interessen, namentlich des Interesses an der Vertraulichkeit wettbewerbsbehördlicher Verfahren (siehe dazu Art. 25 KG), des Interesses an einer effizienten Verfahrensführung sowie der Interessen von bestimmten Personen an einer Verfahrensbeteiligung.⁶⁰ Würde Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG ausgeweitet auf solche Dritte, welche nach dem gesetzgeberischen Willen kein Beteiligungsrecht haben, so würde diese gesetzgeberische Abwägungsentscheidung durch die Behörde missachtet. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin ist die Ablehnung der Anwendung von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG auf C. daher nicht «formalistisch», sondern gemäss dem Vorrang des Gesetzes zwingend notwendig.

98. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass sich die von C. begehrte Ausweitung von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG auch nicht durch das Interesse der Wettbewerbsbehörden an der richtigen Sachverhaltsabklärung rechtfertigen lässt. Denn sollten die Wettbewerbsbehörden bei der Untersuchung zum Ergebnis kommen, dass für die Entscheidung über den Untersuchungsgegenstand Stellungnahmen von Dritten wie z. B. von C., von D. oder von E.

notwendig sind, so können sie solche Dritten zur Auskunft verpflichten (Art. 40 KG).

99. Aus alledem ergibt sich, dass C. nicht als Berufs- und Wirtschaftsverband im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG anzusehen ist. Schon deshalb ist ein Beteiligungsrecht von C. nach dieser Vorschrift ausgeschlossen. Darüber hinaus könnten sich vorliegend auch die vermeintlichen Mitglieder von C. nicht nach Art. 43 Abs. 1 KG beteiligen, weshalb auch die zweite Voraussetzung von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG nicht erfüllt ist (siehe sogleich Rz 100 ff.).

B.3.2.2 Kein Fall von Art. 43 Abs. 1 Bst. a, b oder c KG

100. Könnte sich C. als Berufs- und Wirtschaftsverband auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG berufen, was nicht der Fall ist (siehe oben Rz 94–99), wäre weiter zu prüfen, ob mindestens zwei ihrer Mitglieder nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a, b oder c KG zu beteiligen wären. Vorliegend möchte C. ihre Beteiligung vom Beteiligungsrecht von D. sowie von E. ableiten. Zu prüfen ist damit, ob diese nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a und b KG zu beteiligen sind (siehe Rz 101 ff., 105 ff.). Der Vollständigkeit halber wird auch auf ein mögliches Beteiligungsrecht eines allfälligen weiteren Mitglieds von C. nach Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG eingegangen (siehe Rz 108).

B.3.2.2.1 Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG nicht erfüllt (D.)

101. Könnte sich C. als Berufs- und Wirtschaftsverband auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG berufen, was nicht der Fall ist (siehe oben Rz 94–99), wäre zu prüfen, ob sich D., von C. ihr Beteiligungsrecht ableiten möchte, gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG beteiligen kann. Massgebend dafür wäre, ob die Möglichkeit besteht, dass D. aufgrund der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist (siehe oben Rz 90).

102. Dies ist vorliegend [...] nicht der Fall, [...] ⁶¹ [...].

103. In jedem Fall ist zu beachten, dass mit der vorliegenden Untersuchung geprüft wird, ob im bilateralen Verhältnis die BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin relativ marktmächtig ist und falls ja, ob ein missbräuchliches Verhalten der BMW-Gruppe gegenüber der Anzeigerin vorliegt (siehe oben Rz 1 ff., 56 f.). Untersuchungsgegenstand ist also das rein bilaterale Verhältnis zwischen der

⁵⁶ Vgl. BGE 140 III 206 E. 3.5.1; BGE 139 II 404 E. 4.2; BGE 138 II 1 E. 4.2; BGE 135 III 385 E. 2.1.

⁵⁷ Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.5.

⁵⁸ «Die in Artikel 43 E abschliessend aufgezählten Dritten können dem Sekretariat der Wettbewerbskommission innert Frist mitteilen, dass sie sich am Verfahren beteiligen wollen»; siehe Botschaft 1994 (Fn 54), BBl 1995 I 468, 616 (Hervorhebung durch die Wettbewerbsbehörden).

⁵⁹ BVGer, A-6334/2014 vom 23.8.2016, E. 8.7; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL (Fn 6), Art. 43 N 16; BSK KG-SCHOTT (Fn 6), Art. 43 N 9.

⁶⁰ Vgl. auch Botschaft 1994 (Fn 54), BBl 1995 I 468, 616.

⁶¹ Auf die Eröffnung einer Untersuchung besteht kein Anspruch und der Mitteilung der Wettbewerbsbehörden, kein Verfahren zu eröffnen, kommt kein Verfügungscharakter zu; wird also infolge einer Anzeige kein Verfahren eröffnet, besteht dagegen kein Beschwerderecht; vgl. dazu nur BGE 135 II 60 E. 3.1.2.

BMW-Gruppe sowie der Anzeigerin, weshalb einzig die Anzeigerin gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung zu beteiligen ist (siehe oben Rz 2). Die Prüfung des Vorliegens relativer Marktmacht und eines Missbrauchs relativer Marktmacht ist dabei einzelfallabhängig, weshalb ausserhalb des bilateralen Verhältnisses stehende Unternehmen aus der Bejahung oder Verneinung des Missbrauchs relativer Marktmacht nichts direkt für sich ableiten können (siehe oben im Detail Rz 58 ff.).

104. Es besteht daher vorliegend keine Möglichkeit, dass D. aufgrund der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert ist. Sie kann daher auch nicht als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG behandelt werden. Wie weiter unten dargelegt wird (siehe unten Rz 110 ff.), überzeugen die hiergegen von C. erhobenen Einwände (siehe dazu oben Rz 20) nicht.

B.3.2.2.2 Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG nicht erfüllt (E.)

105. Könnte sich C. als Berufs- und Wirtschaftsverband auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG berufen, was nicht der Fall ist (siehe oben Rz 94–99), so wäre ferner zu prüfen, ob E. als Mitglied von C. gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG zu beteiligen wäre. Dafür wäre namentlich Voraussetzung, dass die Möglichkeit besteht, dass mindestens zwei Mitgliedsunternehmen von E. gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a, b oder c KG zu beteiligen wären (siehe oben Rz 90).

106. Vorliegend hat C. nicht dargetan und es ist mit Blick auf die Ausführungen in Rz 103 f. nicht ersichtlich, dass sich mindestens zwei Mitgliedsunternehmen von E. an der Untersuchung beteiligen wollen und insbesondere, dass die Möglichkeit besteht, dass diese Unternehmen aufgrund der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sein könnten. Auch ist nicht dargetan oder ersichtlich, dass E. einen Unterverband als Mitglied hat, dessen Mitglieder nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zu beteiligen wären, oder ihr eine konsumentenschützende Organisation oder Institution gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG angehört.

107. Mangels zu beteiligender Mitglieder kann folglich E. nicht nach Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG an der Untersuchung beteiligt werden. Wie weiter unten dargelegt wird, überzeugen die hiergegen von C. erhobenen Einwände (siehe dazu oben Rz 20) nicht (siehe unten Rz 110 ff.).

B.3.2.2.3 Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG nicht erfüllt

108. Könnte sich C. als Berufs- und Wirtschaftsverband auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG berufen, was nicht der Fall ist (siehe oben Rz 94–99), so wäre ferner zu prüfen, ob unter ihren Mitgliedern zumindest eine konsumentenschützende Organisation oder Institution gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG wäre (siehe oben Rz 90). Derartiges hat C. indes nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich.

B.3.2.3. Zwischenfazit

109. C. erfüllt [...] nicht den Tatbestand eines Berufs- und Wirtschaftsverbands im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG. Selbst wenn C. den Tatbestand eines Berufs- und Wirtschaftsverbands erfüllen würde, würden ihre vermeintlichen Mitglieder, namentlich D. und E., die Voraussetzungen für eine Beteiligung an der Untersuchung

gemäss Art. 43 Abs. 1 KG nicht erfüllen, so dass C. den Tatbestand von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG auch aus diesem Grund nicht erfüllen würde. Eine Beteiligung von C. als Dritte an der Untersuchung ist damit ausgeschlossen. Wie nachfolgend dargelegt, überzeugen die hiergegen von C. erhobenen Einwände (siehe dazu oben Rz 20) nicht (siehe sogleich Rz 110 ff.).

B.3.3 Zu den Einwänden von C.

B.3.3.1 Keine regelwidrige Ausweitung von Art. 43 KG

110. C. macht gegen die Ablehnung der Beteiligung von C. als Dritte geltend, das Abstellen auf die Direktbetroffenheit von der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung sei formalistisch und widerspreche dem Zweck von Art. 43 KG, welcher darin bestehe, dass Dritte zur Abklärung des Sachverhalts in effizienter Weise beitragen und die Qualität des Entscheids erhöhen können sollten. Eine indirekte Betroffenheit müsse ausreichen, da keine spürbare Betroffenheit der Marktteilnehmer vorausgesetzt werde. Einer Beteiligung von C. und ihrer Mitglieder nach Art. 43 KG stehe auch nicht die Vertraulichkeit kartellrechtlicher Verfahren entgegen, da diese auch bei einer Beteiligung gewahrt werden könne, etwa durch eine entsprechende Aktenbereinigung.

111. Mit den vorgenannten Vorbringen begehrt C. eine extensive Auslegung bzw. eine analoge Anwendung von Art. 43 Abs. 1 Bst. a und b KG über den Wortlaut und den Willen des Gesetzgebers hinaus. Denn wie oben dargelegt wurde, entspricht das Ergebnis, weder C. noch ihre vermeintlichen Mitglieder, D. und E., gemäss Art. 43 KG an der Untersuchung zu beteiligen, insbesondere dem Wortlaut des Kartellgesetzes und dem Willen des Gesetzgebers (siehe oben im Detail Rz 92, 96 ff.). Der Gesetzgeber hat eine spezifische Abwägungsentscheidung getroffen hinsichtlich der Gewichtung verschiedener Interessen, namentlich des Interesses an der Vertraulichkeit wettbewerbsbehördlicher Verfahren, des Interesses an einer effizienten Verfahrensführung sowie der Interessen von bestimmten Personen an einer Verfahrensbeteiligung. Eine extensive Auslegung bzw. analoge Anwendung ist damit vorliegend nicht zulässig, weil sonst der Wortlaut und die gesetzgeberischen Wertungen zur Beteiligung von Dritten an einer Untersuchung unberücksichtigt blieben (siehe oben Rz 97). Schon deshalb zielt das Argument von C. ins Leere, dass die Vertraulichkeit der konkreten Untersuchung selbst bei einer Beteiligung von C. gewahrt werden könne und ihre Beteiligung dazu beitragen könne, den Sachverhalt richtig abzuklären und die Qualität des Entscheids zu erhöhen.

112. Eine analoge bzw. extensive Auslegung lässt sich auch nicht damit begründen, dass in der Literatur vertreten wird, für eine Beteiligung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG müsse keine spürbare Betroffenheit der Marktteilnehmer vorliegen. Denn dies bedeutet einzig, dass eine Dritte, für welche die Möglichkeit besteht, dass sie «Opfer» der konkret untersuchten, behaupteten Wettbewerbsbeschränkung ist, nicht darlegen muss, dass sie und/oder das am Wettbewerbsverstoss beteiligte Unternehmen über einen bedeutsamen Marktanteil verfüge. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass D. oder Mitgliedsunternehmen von E. «Opfer» der konkret untersuchten,

behaupteten Wettbewerbsbeschränkung sind (siehe oben Rz 102 f., 106). Auf ihre Bedeutung im Markt kommt es nicht an.

113. Auch das Argument von C., dass die Vertraulichkeit der konkreten Untersuchung wegen der Pflicht zur Bereinigung von Akten um Geschäftsgeheimnisse selbst bei einer Beteiligung von C. gewahrt werden könne, zielt ins Leere. Wäre die Möglichkeit zur Bereinigung der Akten um Geschäftsgeheimnisse vorliegend für eine Beteiligung von C. entscheidend, so wäre mit diesem Argument jede Person an einer Untersuchung zu beteiligen. Denn durch eine entsprechende Aktenbereinigung könnte insoweit die Vertraulichkeit gegenüber allen Dritten gewahrt werden. Massgebend ist jedoch, dass mit Art. 43 KG der Zugang zu behördlichen Verfahren abschliessend geregelt ist und damit sichergestellt wird, dass Umstände betreffend diese behördlichen Verfahren nur denjenigen Personen bekannt gemacht werden, welche zu den nach Art. 43 KG Berechtigten gehören.

114. Soweit C. geltend macht, dass ihre Beteiligung dazu beitragen könne, den Sachverhalt richtig abzuklären und die Qualität des Entscheids zu erhöhen, zielt dies, wie bereits an anderer Stelle erläutert, ins Leere (siehe auch oben Rz 98). Denn sollten die Wettbewerbsbehörden bei der Untersuchung zum Ergebnis kommen, dass für die Entscheidung über den Untersuchungsgegenstand Stellungnahmen von Dritten wie z. B. von C., von D. oder von E. notwendig sind, so können sie solche Dritten zur Auskunft verpflichten (Art. 40 KG).

B.3.3.2 Kein treuwidriges Verhalten der Wettbewerbsbehörden

115. Zuletzt ist auf das Vorbringen von C. einzugehen, dass die Ablehnung einer Beteiligung von C. nach Art. 43 KG treuwidrig sei, da die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit zur Beteiligung nach Art. 43 KG im Rahmen der amtlichen Publikation öffentlich ausgeschrieben hätten, obwohl die Wettbewerbsbehörden eigentlich davon ausgegangen seien, dass eine Verfahrensteilnahme von Dritten in der vorliegenden Untersuchung von vorneherein ausgeschlossen sei.

116. Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dieser Anspruch umfasst das Verbot eines widersprüchlichen Verhaltens auf Seiten der Behörden sowie den Vertrauensschutz auf Seiten der Rechtsunterworfenen, wobei eine genaue Grenzziehung nicht vorgenommen werden kann, weil sich beide Aspekte überschneiden. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vertrauensanspruchs sind das Bestehen einer ausreichenden Vertrauensgrundlage, d. h. eine Zusicherung oder ein sonstiges Verhalten einer Behörde, welches bestimmte Erwartungen hervorrufen kann; die Begründetheit des Vertrauens; die Vornahme von Dispositionen durch den Vertrauenden, die sich nicht einfach rückgängig machen lassen; ein Kausalzusammenhang zwischen dem begründeten Vertrauensverhältnis und der Vornahme der Dispositionen; das Fehlen eines eigenen unredlichen oder widersprüchlichen Verhaltens des Vertrauenden; sowie der Vorrang des Vertrauensschutzes vor einer notwendigen Durchsetzung des objektiven Rechts. Für die Beurteilung ist dabei jeweils

eine Abwägung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend.⁶²

117. C. beruft sich zur Begründung des Vorwurfs, das Sekretariat handele treuwidrig, auf die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung (siehe dazu oben Rz 3). Dies zielt ins Leere. Gemäss Art. 28 Abs. 1 und 2 KG ist das Sekretariat verpflichtet zur amtlichen Publikation der Eröffnung einer Untersuchung unter Nennung des Gegenstands und der Adressaten der Untersuchung sowie mit dem Hinweis, dass Dritte sich innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen. Die vorliegende amtliche Publikation ist dabei in Anlehnung an den Gesetzestext von Art. 43 KG so allgemein formuliert ist, dass sie nicht als Zusicherung verstanden werden kann, C. und/oder ihre vermeintlichen Mitglieder, D. oder E., nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a und/oder b KG zu beteiligen.⁶³ So wird in der vorliegenden amtlichen Publikation einzig festgehalten, dass Dritte, *welche die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 KG erfüllen*, als Dritte ohne Parteistellung an der Untersuchung beteiligt werden können («[...] können sich folgende Dritte anmelden: [...]»). Die Beteiligungsmöglichkeit steht nach dem Wortlaut der Publikation also unter dem Vorbehalt, dass die sich anmeldende Person auch die Voraussetzungen nach Art. 43 Abs. 1 KG erfüllt. Allein der Umstand, dass C. meint, sie würde die Voraussetzungen von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG erfüllen bzw. D. und E. könnten sich auf Art. 43 Abs. 1 Bst. a und b KG berufen, kann kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen lassen. Würde eine solche innere Überzeugung einer Gesuchstellerin für eine Begründung eines schutzwürdigen Vertrauens ausreichen, könnte die Beteiligung als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KG ohne Parteistellung für Dritte nie verweigert werden. Dies wäre ein offensichtlich untragbares Ergebnis.

118. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden entgegen dem Vorbringen von C. nicht davon ausgehen, dass eine Beteiligung von Dritten in Fällen der Untersuchung relativer Marktmacht per se ausgeschlossen ist. Nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG zu beteiligen sind z. B. grundsätzlich das oder die Opfer der konkret untersuchten Verhaltensweise(n) des mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmens (siehe oben Rz 2), Berufs- und Wirtschaftsverbände, sofern sie mindestens zwei solche Unternehmen vertreten (Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG), sowie Organisationen, die sich statutenmässig dem Schutz der Konsumenten widmen (Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG).

119. Mangels Vertrauensgrundlage verstösst die Verneinung der Beteiligung von C. als Dritte an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» mithin nicht gegen schutzwürdiges Vertrauen von C. Sie ist weder widersprüchlich noch treuwidrig.

⁶² BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 216 f., *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL*, m. w. N.

⁶³ Vgl. Fn 3.

B.3.4 Zwischenfazit

120. Wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben, ist C. keine Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG (siehe Rz 93–109). Sie kann daher nicht an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» beteiligt werden. Die von C. hiergegen vorgebrachten Einwände überzeugen aus den erläuterten Gründen nicht (siehe Rz 110–119).

B.4 Gewährung von Anonymität

121. Soweit C. beantragt, ihre Identität sei gegenüber den Parteien der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» geheim zu halten, ist Folgendes auszuführen.

122. Das Sekretariat hat die von C. übersandten Schreiben und Unterlagen sowie die hierzu übersandten Schreiben des Sekretariats (siehe oben Rz 4 ff.) zu den Akten der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» genommen. Die Wettbewerbsbehörden haben in Untersuchungen zum Schutz des Anspruchs der Verfahrensparteien auf rechtliches Gehör Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren (Art. 39 KG i. V. m. Art. 26 VwVG). Dabei haben sie das Amtsgeheimnis zu wahren und sie dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 KG). Die Wettbewerbsbehörden können des Weiteren die Akteneinsicht wegen entgegenstehender wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen verweigern (Art. 27 VwVG).

123. Das Sekretariat hat den Parteien der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» bislang keine Einsicht in die von C. übersandten Schreiben und Unterlagen sowie die hierzu übersandten Schreiben des Sekretariats gewährt und den Parteien nicht die Identität von C. oder von D. und E. offengelegt. Das Sekretariat beabsichtigt, auch künftig so vorzugehen, sofern C. nicht als Partei oder als Dritte im Sinne von Art. 43 KG ohne Parteistellung am Verfahren zu beteiligen ist. Würde eine Beteiligung erfolgen, wäre es zum Schutz des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Verfahrensparteien (Art. 29 Abs. 2 BV) voraussichtlich notwendig, den Verfahrensparteien zumindest die Identität von C. sowie die Korrespondenz zwischen C. und dem Sekretariat in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version offenzulegen. Dies gilt insbesondere, da nicht ersichtlich ist, inwiefern [...].

B.5 Kosten

124. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung⁶⁴ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die vorliegende Zwischenverfügung hat C. verursacht, da sie diese mit Schreiben vom 17. Mai 2024 beantragt hat (siehe oben Rz 8). C. unterliegt zudem mit ihren Anträgen (siehe dazu oben Rz 4 und 8), weshalb sie als unterliegende Person gebührenpflichtig ist.

125. Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von 100 bis 400 Franken richten sich 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). Bei der Festlegung und Verlegung der angefallenen Verfahrenskosten verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen Ermessensspielraum, wobei Pauschalisierungen zulässig sind.⁶⁵

126. Der Zeitaufwand für den Erlass der vorliegenden Zwischenverfügung berechnet sich folgendermassen. Neben C. haben zwei weitere Personen beantragt, als Partei bzw. – hilfsweise – als Dritte im Sinne von Art. 43 KG zur Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zugelassen zu werden. Die Wettbewerbsbehörden haben dementsprechend drei Zwischenverfügungen erarbeitet, wobei in sämtlichen Fällen die Anträge betreffend die Beteiligung an der Untersuchung vollumfänglich abgewiesen werden. Die Erarbeitung der ersten Zwischenverfügung beanspruchte dabei naturgemäss am meisten Zeit. Weil verschiedene Teile der ersten Zwischenverfügung in nicht oder kaum veränderter Form in die zwei anderen Zwischenverfügungen einfließen, wäre es unbillig, wenn diejenigen Gesuchstellerinnen, deren Zwischenverfügung erst an zweiter oder dritter Stelle erarbeitet wurden, in Bezug auf die Verfahrenskosten davon profitieren würden.⁶⁶ Von den drei Zwischenverfügungen sind zwei im Wesentlichen gleichlautend und vom Umfang nahezu identisch, während die vorliegende Zwischenverfügung einen rund um die Hälfte grösseren, einzelfallspezifischen Zeitaufwand nach sich zog, der sich auch im entsprechend erhöhten Verfügungsumfang niederschlug. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Gesamtkosten für die Erstellung der drei Zwischenverfügungen anteilmässig zu 3/7 für die Erarbeitung der vorliegenden Verfügung und zu je 2/7 für die Erarbeitung der im Wesentlichen gleichlautenden Verfügungen aufzuerlegen. Eine solche Verlegung entspricht auch dem effektiven Aufwand.

127. Der gesamte Zeitaufwand für die Erstellung der drei Zwischenverfügungen beläuft sich auf 1 Stunde à 290 Franken sowie 97,9 Stunden à 200 Franken also insgesamt 19 870 Franken. Von diesen Kosten trägt C. 3/7 (siehe Rz 126), d. h. 8 516 Franken.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Der Antrag von C., sie als Partei im Sinne von Art. 6 und 48 VwVG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, wird abgewiesen.
2. Der Antrag von C., sie als Dritte im Sinne von Art. 43 KG an der Untersuchung «32-0284: BMW (Schweiz) AG» zu beteiligen, wird abgewiesen.
3. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von 8 516 Franken werden C. auferlegt.

⁶⁴ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

⁶⁵ Vgl. BVGer, B-5161/2019 vom 9.8.2021 E. 8.1, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/4a, 1849 Rz 648, *Bauleistungen Graubünden*.

⁶⁶ Vgl. auch RPW 2015/2, 149 Rz 52, *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- C.,
- BMW (Schweiz) AG, Industriestrasse 20, 8157 Dielsdorf, vertreten durch [...] (anonymisierte und geschäftsgeheimnisbereinigte Fassung),
- [Anzeigerin] (anonymisierte und geschäftsgeheimnisbereinigte Fassung).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Dosenbach-Ochsner/SportX

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 21. Oktober 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 21. Oktober 2024

1. Am 24. September 2024 erhielt die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Dieses betrifft die Erlangung alleiniger Kontrolle über einen Teil der SportX-Filialen durch die Dosenbach-Ochsner AG Schuhe und Sport und die Ochsner Sport AG (nachfolgend zusammen: Dosenbach-Ochsner).

2. Die Dosenbach-Ochsner AG Schuhe und Sport mit Sitz in Dietikon (Schweiz) ist eine Tochtergesellschaft der Deichmann SE mit Sitz in Essen (Deutschland). Die Deichmann SE und die mit ihr verbundenen Unternehmen (nachfolgend: Deichmann-Gruppe) sind hauptsächlich im Detailhandel mit Schuhen in Europa und den USA tätig. Zur Deichmann-Gruppe gehört insbesondere auch die Ochsner Sport AG mit Sitz in Dietikon (Schweiz), welche in der Schweiz im Detailhandel unter der Marke Ochsner Sport einen Online-Shop und stationäre Sportfachgeschäfte mit Sportbekleidung, Sportschuhen und Sportausrüstung betreibt.

3. Der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros) mit Sitz in Zürich (Schweiz) ist hauptsächlich im Detailhandel mit Nahrungsmitteln, Near Food-Produkten und Non-Food-Produkten tätig.³ Zudem betreibt Migros eine Fachmarktkette für Sportbekleidung, Sportschuhe und Sportausrüstung unter der Marke SportX mit einem Online-Shop und stationären Geschäften. Geplant ist, einen Teil der SportX-Filialen (nachfolgend: Zielunternehmen) an Dosenbach-Ochsner zu übertragen. Die zu übernehmenden SportX-Filialen sollen vollumfänglich in die Struktur von Dosenbach-Ochsner integriert und hauptsächlich als Ochsner Sport-Filialen unter der Marke Ochsner Sport weitergeführt werden.

4. Durch den Erwerb des Zielunternehmens bezwecke die Deichmann-Gruppe eine Stärkung ihres stationären Vertriebsnetzes in der Schweiz.

5. Die Migros und die Deichmann-Gruppe (nachfolgend: die Parteien) haben am 7. Juli 2024 Kaufverträge über das Zielunternehmen abgeschlossen. Durch den

geplanten Erwerb der vereinbarten Vermögenswerte von der Migros wird die Deichmann-Gruppe – indirekt über Dosenbach-Ochsner – die alleinige Kontrolle über das Zielunternehmen erlangen. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 VKU dar.

6. Die Deichmann-Gruppe und das Zielunternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2023 insgesamt einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von über CHF 500 Mio. und auch jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio. schweizweit, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

7. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in den Bereichen, in welchen das Zielunternehmen tätig ist und sich die Wettbewerbssituation ändern könnte, konkret handelt es sich um die absatzseitigen Märkte für Sportartikel. Namentlich wird auf die Beschaffungsmärkte von Sportartikeln nicht eingegangen, da es sich bei diesen um internationale Märkte handelt, auf denen das Zusammenschlussvorhaben kaum Auswirkungen haben dürfte und keine betroffenen Märkte vorliegen.

8. Die Parteien sind der Ansicht, dass von einem einheitlichen Markt für Sportartikel ohne Segmentierung in Produktgruppen auszugehen sei. Das Bundeskartellamt ging im Zusammenschlussverfahren Karstadt und Kaufhof im Markt für Sport und Outdoor von einer weiteren Unterteilung in (Teilmärkte für) Schuhe, Bekleidung und Ausrüstung aus.⁴ Bezogen auf Produkte im Non-Food-Bereich hielt die EU-Kommission fest, dass von einem separaten Markt für Sportartikel und Camping auszugehen ist, welcher allfällig weiter in Teilmärkte für Sporttextilien und Sportschuhe unterteilt werden sollte, liess aber eine genaue sachliche Abgrenzung letztlich offen.⁵

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 Vgl. RPW 2019/4, 1177 Rz 2, *Migros/IP-SUISSE*, RPW 2019/4, 1209 Rz 2, *Migros/Topwell*.

⁴ Bundeskartellamt, B2 – 106/18 vom 14.11.2018, S. 6, *Karstadt/Kaufhof*.

⁵ Vgl. Case COMP M.8710, Rz 36, *JD/Sonae MC/Balaiko/JDSH/Sport Zone*; Case COMP M.5721, Rz 19, *Otto/Primondo Assets*.

9. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis absatzseitig von einem sachlich relevanten Markt für Sportartikel ausgegangen, welcher allfällig weiter nach Produktgruppen in Teilmärkte zu segmentieren ist, liess aber eine genaue sachliche Abgrenzung letztlich offen.⁶ Vorliegend ist von absatzseitigen Märkten für Sportartikel auszugehen, namentlich von einem Detailhandelsmarkt mit Sportschuhen, einem Detailhandelsmarkt mit Sportbekleidung und einem Detailhandelsmarkt mit Sportausrüstung. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

10. Die WEKO betrachtete in ihrer bisherigen Praxis zu Detailhandelsmärkten im Non-Food-Bereich sowohl die nationale als auch die lokale Ebene, da es sich aus Sicht der Nachfragerinnen und Nachfrager um lokale Märkte handelt.⁷ Da die Transaktionskosten mit weiterem Anfahrtsweg zunehmen, ging die WEKO basierend auf unterschiedlich hohen Anschaffungswerten⁸ je nach Produktgruppe von einem Einzugsgebiet um die jeweilige Verkaufsstelle von 20 Autofahrminuten (für Kleinhaushaltsgeräte und Spiel-Software) bis 40 Autofahrminuten (für Grosshaushaltsgeräte und Audio/Vision) für die entsprechenden lokalen Märkte aus.⁹

11. In räumlicher Hinsicht führen die Parteien für alle sachlichen Märkte für Sportartikel aus, dass der Online-

Handel eine zentrale Rolle spiele und erheblichen Wettbewerbsdruck auf die stationär tätigen Händler ausübe. Die Mehrheit der Konsumentinnen und Konsumenten würden sowohl online- als auch offline-Angebote in Betracht ziehen. Die Parteien gehen davon aus, dass diese unter Berücksichtigung der Anschaffungswerte der (Sport)-Produkte für einen stationären Einkauf bereit seien, Wegstrecken von durchschnittlich 30 km (bzw. 30 Autofahrminuten) auf sich zu nehmen.

12. Entsprechend der bisherigen Praxis wird in räumlicher Hinsicht sowohl die nationale als auch die lokale Ebene betrachtet. Für die lokale Analyse ist für den Detailhandelsmarkt mit Sportschuhen, den Detailhandelsmarkt mit Sportbekleidung und den Detailhandelsmarkt mit Sportausrüstung von einem Einzugsgebiet mit Radien von 30 km (bzw. 30 Autofahrminuten) auszugehen.

13. Auf dem hypothetischen schweizweiten Markt für Sportartikel schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil im Geschäftsjahr 2023 auf [20–30] %; davon entfallen [20–30] % auf Dosenbach-Ochsner und [0–10] % auf das Zielunternehmen. Vorliegend ist dieser Markt für Sportartikel in Teilmärkte nach Produktgruppen zu segmentieren (vgl. Rz 9). In der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile von Dosenbach-Ochsner und dem Zielunternehmen in der Schweiz zu entnehmen.

Tabelle 1: Marktanteile auf den Märkten für Sportartikel nach Produktgruppen, Jahr 2023, nationale Ebene.

Märkte	Marktanteil [%]		
	Dosenbach-Ochsner	Zielunternehmen	kumuliert
Detailhandelsmarkt mit Sportschuhen	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Detailhandelsmarkt mit Sportbekleidung	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Detailhandelsmarkt mit Sportausrüstung	[10–20]	[0–10]	[10–20]

Quelle: Schätzungen der Parteien.

14. Auf den drei in Tabelle 1 genannten Märkten beträgt der geschätzte gemeinsame Marktanteil von Dosenbach-Ochsner und des Zielunternehmens in der Schweiz zwischen [10–20] % und [30–40] %. Damit verfügen Dosenbach-Ochsner und das Zielunternehmen auf nationaler Ebene mit [30–40] % auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportschuhen und mit [30–40] % auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportbekleidung über einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 20 %. Beide Märkte sind dementsprechend vom Zusammenschluss betroffene Märkte (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Die Marktanteilsaddition ist auf diesen betroffenen Märkten zwischen [0–10] Prozentpunkten und [0–10] Prozentpunkten und damit relativ niedrig. Zudem besteht Wettbewerbsdruck durch etablierte (und teils international agierende) Wettbewerber wie beispielsweise Decathlon, Intersport, Migros (Galaxus), Transa, Bächli Bergsport, Amazon, Brack. Darüber hinaus existiert auch ein etablierter Direktvertrieb durch die Hersteller (z.B. Adidas, Nike, Mammüt, On usw.).

15. Für die nachfolgende lokale Analyse reichten die Parteien Angaben zu 78 lokalen Märkten für Sportartikel ein. Der nachfolgenden Tabelle 2 sind die Marktanteile von Dosenbach Ochsner und dem Zielunternehmen auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportschuhen im Jahr 2023 zu entnehmen.

⁶ RPW 1997/3, 368 Rz 20 ff., *Migros/Globus*.

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 Je höher der Anschaffungswert eines Produktes, desto eher ist die Konsumentin oder der Konsument bereit, einen längeren Anfahrtsweg zum Verkaufspunkt auf sich zu nehmen (vgl. RPW 2008/3, 485 Rz 121, *Coop/Fust*).

⁹ Vgl. u.a. RPW 2008/3, 485 Rz 120 ff. und Rz 148, *Coop/Fust*.

Tabelle 2: Marktanteile auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportschuhen, Jahr 2023 – Lokale Märkte mit 30 km Radien (um die SportX-Standorte).

Lokale Märkte	Marktanteil [%]		
	Dosenbach-Ochsner	Zielunternehmen	kumuliert
Delémont Mparc	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Mythen - Center Schwyz	[30–40]	[0–10]	[30–40]
Langendorf Ladedorf	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Amriswil	[30–40]	[0–10]	[40–50]
Säntispark	[30–40]	[0–10]	[30–40]
Crissier	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Wil (Larag)	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Oftringen Mparc	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Bern Westside	[10–20]	[10–20]	[30–40]
Surseepark	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Thun Oberland	[10–20]	[10–20]	[20–30]
Uster West	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Balexert	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Grüzepark	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Wädenswil Zürisee Center	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Bülach Süd	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Brügg Centre	[10–20]	[10–20]	[30–40]
Zugerland Steinhausen	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Schönbühl Shoppyland	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Zürich City	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Buchs Wynecenter	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Praille MParc	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Dreispietz	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Bern Marktgasse	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Chablais Centre	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Brunaupark	[20–30]	[0–10]	[30–40]

Quelle: Schätzungen der Parteien.

16. Auf den 26 in Tabelle 2 genannten lokalen Detailhandelsmärkten mit Sportschuhen beträgt der geschätzte gemeinsame Marktanteil von Dosenbach Ochsner und dem

Zielunternehmen zwischen [10–20] % und [40–50] %. In 21 lokalen Märkten wird die gemeinsame Marktanteilschwelle von 20 % überschritten. Dementsprechend

handelt es sich um vom Zusammenschluss betroffene Märkte (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

17. Der nachfolgenden Tabelle 3 sind die Marktanteile von Dosenbach-Ochsner und dem Zielunternehmen auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportbekleidung im Jahr 2023 zu entnehmen.

Tabelle 3: Marktanteile auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportbekleidung, Jahr 2023 – Lokale Märkte mit 30 km Radien (um die SportX-Standorte).

Lokale Märkte	Marktanteil [%]		
	Dosenbach-Ochsner	Zielunternehmen	kumuliert
Delémont Mparc	[10–20]	[10–20]	[20–30]
Mythen - Center Schwyz	[30–40]	[0–10]	[40–50]
Langendorf Ladedorf	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Amriswil	[30–40]	[0–10]	[40–50]
Säntispark	[30–40]	[0–10]	[40–50]
Crissier	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Wil (Larag)	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Oftringen Mparc	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Bern Westside	[20–30]	[10–20]	[30–40]
Surseepark	[30–40]	[0–10]	[30–40]
Thun Oberland	[20–30]	[10–20]	[30–40]
Uster West	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Balexert	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Grüzepark	[20–30]	[0–10]	[20–30]
Wädenswil Zürisee Center	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Bülach Süd	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Brügg Centre	[10–20]	[10–20]	[30–40]
Zugerland Steinhausen	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Schönbühl Shoppyland	[10–20]	[10–20]	[30–40]
Zürich City	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Buchs Wynecenter	[20–30]	[0–10]	[30–40]
Praille MParc	[10–20]	[10–20]	[20–30]
Dreispietz	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Bern Marktgasse	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Chablais Centre	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Brunaupark	[20–30]	[0–10]	[30–40]

Quelle: Schätzungen der Parteien.

18. Auf den 26 in Tabelle 3 genannten lokalen Detailhandelsmärkten mit Sportbekleidung beträgt der geschätzte gemeinsame Marktanteil von Dosenbach Ochsner und dem Zielunternehmen zwischen [10–20] % und [40–50] %. In 24 lokalen Märkten wird die gemeinsame Marktanteilsschwelle von 20 % überschritten. Dement-

sprechend handelt es sich um vom Zusammenschluss betroffene Märkte (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

19. Der nachfolgenden Tabelle 4 sind die Marktanteile von Dosenbach-Ochsner und dem Zielunternehmen auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportausstattung im Jahr 2023 zu entnehmen.

Tabelle 4: Marktanteile auf dem Detailhandelsmarkt mit Sportausstattung, Jahr 2023 – Lokale Märkte mit 30 km Radien (um die SportX-Standorte).

Lokale Märkte	Marktanteil [%]		
	Dosenbach-Ochsner	Zielunternehmen	kumuliert
Delémont Mparc	[0–10]	[10–20]	[20–30]
Mythen - Center Schwyz	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Langendorf Ladedorf	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Amriswil	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Säntispark	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Crissier	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Wil (Larag)	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Oftringen Mparc	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Bern Westside	[0–10]	[10–20]	[20–30]
Surseepark	[10–20]	[0–10]	[20–30]
Thun Oberland	[10–20]	[10–20]	[20–30]
Uster West	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Balexert	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Grüzepark	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Wädenswil Zürisee Center	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Bülach Süd	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Brügg Centre	[0–10]	[10–20]	[20–30]
Zugerland Steinhausen	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Schönbühl Shoppyland	[0–10]	[10–20]	[20–30]
Zürich City	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Buchs Wynecenter	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Praille MParc	[0–10]	[0–10]	[10–20]
Dreispietz	[10–20]	[0–10]	[10–20]
Bern Marktgasse	[0–10]	[10–20]	[10–20]
Chablais Centre	[0–10]	[0–10]	[10–20]

Lokale Märkte	Marktanteil [%]		
	Dosenbach-Ochsner	Zielunternehmen	kumuliert
Brunaupark	[0–10]	[0–10]	[10–20]

Quelle: Schätzungen der Parteien.

20. Auf den 26 in Tabelle 4 genannten lokalen Detailhandelsmärkten mit Sportausstattung beträgt der geschätzte gemeinsame Marktanteil von Dosenbach Ochsner und dem Zielunternehmen zwischen [0–10] % und [20–30] %. In 11 lokalen Märkten wird die gemeinsame Marktanteilschwelle von 20 % erreicht oder überschritten. Dementsprechend handelt es sich um vom Zusammenschluss betroffene Märkte (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

21. Auf allen 56 betroffenen lokalen Märkten besteht zum einen Wettbewerbsdruck durch Filialen von schweizweit agierenden Wettbewerberinnen, namentlich Decathlon, Intersport, Transa und Bächli Bergsport, zum anderen gibt es verschiedene kleinere lokal agierende Wettbewerberinnen. In den lokalen Märkten Brügg Centre, Bern Westside und Thun Oberland, in welchen es zum grössten Anstieg an Marktanteilen kommt, sind im lokalen Markt Bern Westside Bächli Bergsport mit einer Filiale (Bern), Decathlon mit drei Filialen (Bern, Biel, Marin-Epagnier) und Transa mit zwei Filialen (Bern) wichtige Wettbewerberinnen, im lokalen Markt Brügg Centre sind dies Bächli Bergsport mit zwei Filialen (Bern, Thun),

Decathlon mit fünf Filialen (Avry-sur-Matran, Bern, Biel, Heimberg, Marin-Epagnier) und Transa mit zwei Filialen (Bern) und im lokalen Markt Thun Oberland Bächli Bergsport mit zwei Filialen (Bern, Thun), Decathlon mit zwei Filialen (Bern, Heimberg) und Transa mit zwei Filialen (Bern). Zudem sind weitere lokal agierende Wettbewerberinnen aktiv, davon insgesamt 24 im lokalen Markt Brügg Centre, insgesamt 27 im lokalen Markt Bern Westside sowie insgesamt 30 im lokalen Markt Thun Oberland. Schliesslich wirkt sich der nationale Wettbewerb auf die lokale Ebene aus (vgl. Rz 14). Hervorzuheben ist dabei der Online-Handel, da informierte Konsumentinnen und Konsumenten die gewünschten Produkte entweder online oder auf dem lokalen Markt nachfragen können.

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.

B 2.3

2. UBS Switzerland AG/Assets der Swisscard AECS 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 4. November 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. November 2024

1. Am 25. Oktober 2024 hat die Wettbewerbskommission («WEKO») die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die UBS Switzerland AG («UBS»), das «CS branded Portfolio»¹ von Swisscard AECS GmbH² («Swisscard») per Asset Deal zu übernehmen. Übernommen werden einerseits Kundenbeziehungen mit CS branded Portfolio-Kunden und andererseits Arbeitnehmende von Swisscard. Es handelt sich um einen Kontrollerwerb über einen Unternehmensanteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG. Die beteiligten Unternehmen sind die UBS einerseits und das CS branded Portfolio von Swisscard andererseits.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Die UBS-Gruppe bietet im Rahmen ihrer weltweiten Präsenz finanzielle Beratung und Lösungen für private, institutionelle und Firmenkunden in der Schweiz und im Ausland an. Sie besteht aus vier Unternehmensbereichen (Global Wealth Management, Personal & Corporate Banking, Asset Management und Investment Banking) und den Konzernfunktionen. Konzernobergesellschaft ist die UBS Group AG mit Sitz in Zürich.
- Die Swisscard ist in der Schweiz im Bereich der Herausgabe und des Acquirings von Kreditkarten tätig.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der UBS beim Kreditkarten-Issuing begründen oder verstärken wird. Die WEKO hat die gemeinsame Marktposition von UBS und Swisscard im Kreditkarten-Issuing anlässlich ihrer Stellungnahme zur Fusion UBS Group AG/Credit Suisse Group AG als unbedenklich beurteilt.³ Ohnehin erwirbt die UBS hierdurch nur Kundenbeziehungen mit Kunden, die CS-Kunden waren und faktisch bereits jetzt UBS-Kunden sind, womit sich an der wettbewerblichen Situation im Hinblick auf diese Kunden durch den Zusammenschluss wenig ändert. Letztlich führt der Zusammenschluss zu keiner Marktanteilsaddition und keinen beschränkenden Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹ Das CS branded Portfolio besteht aus Kreditkarten, die zum Credit Suisse Kartenportfolio gehören.

² Swisscard ist ein 50%-50%-Gemeinschaftsunternehmen von American Express Swiss Holdings GmbH («Amex») und (als Folge des Zusammenschlusses von UBS Group AG und Credit Suisse Group AG respektive ihren Schweizer Tochtergesellschaften) von UBS. UBS und Amex sind übereingekommen, dass UBS den von ihr gehaltenen 50%-Anteil an Amex veräussert. UBS übernimmt das CS branded Portfolio (d.h. im Wesentlichen die Kreditkartenbeziehungen mit ehemaligen CS-Kunden). Amex übernimmt den Rest von Swisscard. Beide Transaktionen stellen je getrennte Zusammenschlüsse dar. In der Schweiz meldepflichtig ist nur der Erwerb des CS branded Portfolios durch die UBS.

³ Stellungnahme der WEKO gemäss Art. 10 Abs. 3 KG und Empfehlungen gemäss Art. 45 Abs. 2 KG vom 25.9.2023 zuhanden der FINMA betreffend UBS Group AG /Credit Suisse Group AG, Rz 281 (verfügbar unter: <www.weko.admin.ch> > Praxis > Entscheide).

B 2.3

3. EDF/Vauban Infrastructure Partners/OnTower Austria

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Oktober 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Oktober 2024

1. Am 24. September 2024 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft den Erwerb von gemeinsamer Kontrolle über die OnTower Austria GmbH (OnTower Austria) durch die Electricité de France S.A. (EDF) bzw. die EDF-Gruppe und die Vauban Infrastructure Partners S.C.A. (Vauban Infrastructure Partners) bzw. die BPCE-Gruppe.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Die EDF-Gruppe ist hauptsächlich in Frankreich und im Ausland auf den Strommärkten tätig, insbesondere in der Stromerzeugung und im Grosshandel, im Handel, in der Übertragung, in der Distribution und im Endkundengeschäft.
- Vauban Infrastructure Partners ist eine europäische Vermögensverwaltungsgesellschaft mit Sitz in Paris, Frankreich, die sich auf Kapitalbeteiligungen im Infrastrukturbereich konzentriert. Das Unternehmen strukturiert und verwaltet Aktienfonds, die in den Bereichen Planung, Bau, Instandhaltung, Finanzierung und Betrieb von wichtigen Infrastrukturanlagen in den Sektoren Verkehr, Soziales, Digitalisierung und Versorgung investieren. Vauban Infrastructure Partners ist eine indirekte Tochtergesellschaft der BPCE-Gruppe. Die BPCE-Gruppe ist eine französische Bankengruppe, die über ihre beiden grossen Netzwerke Banque Populaire und Caisse d'Epargne in Frankreich im Privatkunden- und Versicherungsgeschäft tätig ist.
- OnTower Austria ist ein österreichisches TowerCo-Unternehmen, welches in erster Linie im Bereich der drahtlosen passiven Netzwerkinfrastruktur in Österreich tätig ist, die aus Boden- und Dachmasten besteht und von Mobilfunknetzbetreibern genutzt wird. Das Zielunternehmen betreibt in Österreich ca. 4'592 Standorte, bestehend aus ca. 2'272 bodengestützten Masten, ca. 2'267 Dachmasten und ca. 53 Mikro- und sonstigen Standorten.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Einleitung einer Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

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 30. Oktober 2024.

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Oktober 2024

1. Am 10. Oktober 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, welches den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch die Cinven Capital Management (VII) General Partner Limited (nachfolgend: Cinven VII) und durch die Allegro Invest SE (nachfolgend Allegro) über das Zielunternehmen Fressnapf Holding SE (nachfolgend: Fressnapf oder GU) betrifft. Das Zielunternehmen wird bisher allein von Allegro kontrolliert.

2. Cinven VII mit Hauptsitz in La Charotterie (Guernsey) ist Teil von Cinven¹, die im Bereich Private Equity tätig ist und für eine Reihe von Investmentfonds Anlageverwaltungs- und Anlageberatungsdienste erbringt. Durch ihr Beteiligungsportfolio ist Cinven in einer Vielzahl von Teilsektoren tätig, insbesondere in den Bereichen Unternehmensdienstleistungen, Verbraucherdienste, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Industrie, Technologie, Medien und Telekommunikation. Durch die Beteiligung an Partner in Pet Food (nachfolgend: PPF) ist Cinven in der Herstellung und Lieferung von industriellem Tierfutter tätig.

3. Allegro mit Hauptsitz in Krefeld (Deutschland) ist ein Investitionsvehikel, kontrolliert von Torsten Toeller, und hält die Mehrheitsbeteiligung an drei Tochtergesellschaften. Die Tochtergesellschaft Equiva GmbH ist im Einzelhandel von Pferdefutter und -ausrüstung in Deutschland, Österreich und Luxemburg tätig. Die Tochtergesellschaft Fressnapf Luxembourg GmbH ist im Einzelhandel mit Heimtierzubehör und Heimtierfutter in Luxembourg aktiv. Bei der dritten Tochtergesellschaft handelt es sich um das Zielunternehmen.

4. Fressnapf mit Sitz in Krefeld (Deutschland) vertreibt unter anderem durch diverse Tochtergesellschaften Heimtierprodukte, wie Heimtiernahrung und -zubehör, Heimtiere und zoologischen Bedarf im Einzelhandel in rund 2'100 Geschäften und mehreren Online-Shops in 14 europäischen Ländern. Zudem produziert Fressnapf kleinere Mengen Heimtierfutter in Deutschland und den Niederlanden und erbringt in Deutschland verschiedene Dienstleistungen bezüglich Heimtiere.

5. [...] Cinven VII und Allegro kontrollieren bereits gemeinsam eine Tochterfirma von Fressnapf, welche hauptsächlich in Italien und der Schweiz tätig ist. Durch den Zusammenschluss ersetzt Cinven VII die Investition in diese

Tochtergesellschaft durch die Investition in Fressnapf, [...].

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 23. Oktober 2024 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.²

7. Aktuell verfügt Allegro über das Eigentum und die Kontrolle über das Zielunternehmen und über 100 % der Anteile am (zukünftigen) GU (vgl. Rz 3). Die Parteien haben am 28. Juni 2024 vereinbart, dass [...] Der Verwaltungsrat besteht aus sieben Mitgliedern, [...]. Die Verwaltungsratsmitglieder werden von der Hauptversammlung ernannt. [...] Allegro und Cinven VII werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

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.³

9. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁴ und Art. 2 VKU⁵ darstellt.

10. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2022 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit erzielten mindestens zwei der beteiligten Unternehmen 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 den Vertrieb von Heimtierprodukten an Endkunden und Endkundinnen sowie die Herstellung und Lieferung von Heimtierfutter.

¹ Cinven bezeichnet je nach Kontext einzeln oder gemeinsam Cinven Holdings Guernsey Limited, Cinven Partnership LLP und ihre jeweiligen "Associates" (gemäss der Definition im UK Companies Act 2006) und/oder Fonds, die von einem der vorgenannten Unternehmen verwaltet oder beraten werden, im Sinne der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.01.2004, S. 1-22).

² Case COMP M.11706 – *Cinven/AISE/Fressnapf*.

³ 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*.

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

⁵ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

12. Gemäss Praxis der WEKO wird beim Vertrieb von Heimtierprodukten an Endkunden und Endkundinnen von einem (absatzseitigen) sachlichen Markt für den Detailhandel mit Heimtierprodukten ausgegangen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter nach Produktgruppen (z.B. Heimtierfutter, Heimtierzubehör usw.) zu segmentieren ist, wurde offengelassen.⁶ Eine genaue sachliche Marktabgrenzung kann wie bis anhin offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht verändert.

13. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für den Detailhandel mit Heimtierprodukten ist die WEKO von einem schweizweiten Markt ausgegangen. Die genaue räumliche Marktabgrenzung, insbesondere eine in lokale Märkte mit Einzugsgebiet von ca. 20 Autofahrminuten (20 km), wurde offengelassen.⁷ Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann wie bis anhin offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht verändert.

14. Die WEKO hat in ihrer Praxis zur Herstellung und Lieferung von Heimtierfutter einen sachlichen Markt für Heimtiernahrung (Hunde und Katzen) abgegrenzt.⁸ In Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission ist auch eine Segmentierung in Hundetrockenfutter, Hundennassfutter, Katzentrockenfutter und Katzennassfutter denkbar.⁹ Zudem wäre auch eine Abgrenzung zwischen Marken- und Eigenmarken denkbar.¹⁰ Die sachliche Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht verändert.

15. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für Herstellung und Lieferung von Heimtierfutter ist die WEKO von einem schweizweiten Markt ausgegangen.¹¹ Nationale Märkte entsprechen auch der Praxis der Europäischen Kommission,¹² wobei für Eigenmarken die Märkte auch grösser als national sein können.¹³

16. Den Marktanteil des GU auf dem schweizweiten Markt für den Detailhandel mit Heimtierprodukten geben die Parteien mit weniger als [10-20] % an. Cinven ist nicht auf diesem Markt tätig, wodurch es zu keiner Marktanteilsaddition kommt. Auf dem schweizweiten Markt für die Herstellung und Lieferung von Heimtierfutter ist das GU nicht tätig. Cinven hat durch die Beteiligung an PPF einen Marktanteil von unter [0-10] %. Somit kommt es auch auf diesem Markt zu keiner Marktanteilsaddition.

17. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU 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 RPW 2021/4 908 Rz 12, *Cinven/Fressnapf/Bidco/Arcaplanet/Maxi Zoo Italia/JV*.

⁷ RPW 2021/4 908 Rz 13, *Cinven/Fressnapf/Bidco/Arcaplanet/Maxi Zoo Italia/JV*.

⁸ RPW 2003/1 165 Rz 10, *Cargill Inc./Alcorex SA - Provimi-Kliba SA*; RPW 2023/4 908 Rz 18, *Nestlé/PAI Partners/JV*.

⁹ Case M.9019, Rz 25, *Mars/Anicura*; Case M.5558, Rz 10, *Nutreco/Cargill*; Case M.2544, Rz 9 ff., *Masterfoods/Royal Canin*; Case M.2337, Rz 12, *Nestlé/Ralston Purina*.

¹⁰ Case M.5558, Rz 10, *Nutreco/Cargill*; Case M.2544, Rz 12 ff., *Masterfoods/Royal Canin*; Case M.2337, Rz 15 ff., *Nestlé/Ralston Purina*.

¹¹ RPW 2003/1 165 Rz 11, *Cargill Inc./Alcorex SA - Provimi-Kliba SA*; RPW 2023/4 908 Rz 18, *Nestlé/PAI Partners/JV*.

¹² Case M.5558, Rz 10, *Nutreco/Cargill*; Case M.2544, Rz 27, *Masterfoods/Royal Canin*; Case M.2337, Rz 19, *Nestlé/Ralston Purina*.

¹³ Case M.5558, Rz 10, *Nutreco/Cargill*; Case M.2337, Rz 34, *Nestlé/Ralston Purina*.

B 2.3

5. Post/Fenaco/PowerUp

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 22. Oktober 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 22. Oktober 2024

1. Am 2. Oktober 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen PowerUp AG (nachfolgend: **PowerUp**) durch die Schweizerische Post AG (nachfolgend: **Post**) und die fenaco Genossenschaft (nachfolgend: **fenaco**).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Die **Post** ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im alleinigen Besitz der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Gemäss Art. 3 Postorganisationsgesetz¹ bezweckt die Post im In- und Ausland die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern, die Erbringung von Finanzdienstleistungen, namentlich im Bereich des Zahlungsverkehrs, sowie Dienstleistungen im regionalen Personenverkehr und damit zusammenhängende Dienstleistungen.
- **Fenaco** ist ein Genossenschaftsverband der schweizerischen Agrarwirtschaft. Sie bezweckt die Versorgung der Landwirtschaft und weiterer Kreise mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln, Verbrauchsgütern und Dienstleistungen. Fenaco kontrolliert diverse Tochtergesellschaften in verschiedenen Geschäftsbereichen. Die Tochtergesellschaften vermarkten unter anderem Getreide, Ölsaaten sowie Nutztiere, erbringen Beratungsdienstleistungen für Landwirte und Landwirtinnen und produzieren Lebensmittel. Durch die Tochtergesellschaften Volg, TopShop, Prima und Landi ist fenaco im Detailhandel und durch Cadar im Grosshandel tätig. Die Tochtergesellschaft AGROLA ist eine Energieanbieterin, verkauft Treibstoffe, Heizöl und Holz-Pellets und ist zudem aktiv im Bereich Energie und Photovoltaik. Zudem ist fenaco durch die Tochtergesellschaft Traveco im Bereich Transport und Logistik tätig.
- **PowerUp** wird nach der Gründung als Charge Point Operator (nachfolgend: CPO) ein schweizweites öffentliches Schnelladenetz für elektrische Fahrzeuge betreiben und vermarkten aber nicht Eigentümerin, Pächterin oder Mieterin von Ladestationen (Charging Station Owner, nachfolgend: CSO) sein. Zu den Tätigkeiten als CPO gehört unter anderem die Bereit-

stellung einer Software-Plattform für den Betrieb der Ladestationen einschliesslich Wartung und Support, die systemische Remote-Überwachung der Ladestationen und Störungsmeldungen an die CSO, Störungsbehebung durch Remote-Massnahmen, ein zentraler Remote-Kundensupport inkl. Hotline, die vertragliche und technische Anbindung von Anbieterinnen von Elektromobilitätsdienstleistungen, die gesamte Abwicklung des Bezahlvorgangs, die Zurverfügungstellung von Unterlagen und Lerninhalten für die CSO sowie Schulung deren Mitarbeitenden.

3. Die Post und fenaco haben im Zusammenhang mit der Gründung der PowerUp unmittelbar verbundene und notwendige Nebenabreden vereinbart.

4. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1).

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 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 11. November 2024

A Sachverhalt

1. Am 16. Oktober 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die DSV A/S (nachfolgend: DSV) von der Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (nachfolgend: DB) die Schenker Aktiengesellschaft (nachfolgend: Schenker) über das Akquisitionsfahrzeug DSV Holding Germany GmbH zu erwerben, welches ausschliesslich von DSV kontrolliert wird (und eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der DSV Air & Sea Holding A/S (Dänemark) ist, die eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von DSV ist).¹

A.1 Zusammenschlussparteien

A.1.1 DSV-Gruppe (meldendes Unternehmen, kontrollierlangendes Unternehmen)

2. DSV sei ein globales, asset-light² Speditions- und Logistikunternehmen, das in den Bereichen Strassen-/Land-, Luft- und Seefrachtspektion sowie Kontraktlogistikdienstleistungen tätig sei. Alle Tätigkeiten der DSV-Gruppe würden sich auf diese Kernlogistikaktivitäten beziehen. Im Jahr 2023 habe DSV Einnahmen in [...] Ländern mit einem Dienstleistungsangebot in ganz Europa, Nord- und Südamerika, im Raum Asien-Pazifik, im Nahen Osten und in Afrika erzielt. DSV sei das Mutterunternehmen der DSV-Gruppe, deren Organisation in drei Geschäftsbereiche unterteilt sei: (i) DSV Air & Sea, (ii) DSV Raad, und (iii) DSV Solutions.³

3. Als Spediteur fungiere DSV als Vermittler, der sowohl mit Frachtführern als auch mit anderen Logistikpartnern zusammenarbeite, um die Beförderung der Waren seiner Kunden zu ermöglichen. Das Geschäftsmodell von DSV sei asset-light, was bedeute, dass in der Regel keine Transportkapazitäten über eigene Fahrzeug-, Schiffs- oder Flugzeugflotten zur Verfügung gestellt würden und dass der Grossteil der Lagerkapazitäten von Drittparteien angemietet werde. DSV erbringe Transportdienstleistungen nur in begrenztem Umfang mittels eigener Fahrzeugflotte. Tatsächlich sei die Fahrzeugflotte von DSV mit Blick auf das gesamte Transportvolumen, das von Drittparteien bezogen werde, verhältnismässig klein. Um die geringe Grösse der Flotte zu illustrieren und zu beziffern, solle erwähnt sein, dass DSV [...] besitze [...], aber täglich ca. [...] Fahrzeuge über Drittparteien auf der Strasse einsetzen lasse. Für den Luft- und Seetransport besitze

DSV keine Schiffe oder Flugzeuge und nutze ausschliesslich Transportkapazitäten von Subunternehmen.⁴

4. DSV erbringe Speditionsdienstleistungen für Geschäftskunden mit Transportbedarf für Handelswaren. Typischerweise transportiere DSV Güter in Containern oder zumindest palettierte Güter. Wenn die Kunden von DSV ihren Gesamtbedarf an Lieferkettendienstleistungen erweiterten, erweiterte DSV regelmässig sein Angebot an ergänzenden Speditionsdienstleistungen. Seit 2013 biete DSV beispielsweise ein Expresspaketangebot für kleine Pakete solchen Kunden an, die es vorziehen würden, einen einzigen Anbieter für ihre Transportbedürfnisse zu nutzen. Hierfür beauftrage DSV Integratoren wie FedEx, DHL und UPS mit der Erbringung dieser Dienstleistung mittels ihres internationalen Tür-zu-Tür-Netzwerks, und verkaufe diese Dienstleistung nur an eine begrenzte Anzahl von Kunden weiter. Ebenso habe DSV in den letzten Jahren damit begonnen, für DSV-Kunden, die im E-Commerce mit Verbrauchern tätig seien, das Management für die verschiedenen Abschnitte des Transports vom zentralen Warenlager des DSV-Kunden bis zum Endverbraucher zu übernehmen, wobei DSV die ersten Teile des Transports über sein reguläres Speditionsnetzwerk abwickle und für die Zustellung «auf der letzten Meile» lokale Post-/Paketdienste, z. B. GLS oder nationale Postdienste, als Subunternehmer beiziehe. Solche Aktivitäten machten [...] Teil des Umsatzes aus (in der Regel weniger als [...] des Umsatzes von DSV im EWR und etwa [...] des Umsatzes in der Schweiz im Jahr 2023) und [...].⁵

A.1.2 Schenker (kontrolliertes Unternehmen)

5. Schenker sei ein globales Speditions- und Logistikunternehmen, das in den Bereichen Strassen-/Land-, Luft- und Seefrachtspektion sowie Kontraktlogistikdienstleistungen tätig sei. Schenker habe im Jahr 2023 weltweit in ca. [...] Ländern Umsätze erzielt und sei weltweit an mehr als 1850 Standorten tätig. Als Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (nachfolgend: DB) bilde Schenker ein separates Geschäftsfeld innerhalb des DB-Konzerns und Schenker sei die oberste Holdinggesellschaft der Gruppenunternehmen.⁶

6. Aufgrund eines asset-light Geschäftsmodells stelle Schenker in der Regel keine Transportkapazitäten über eigene Fahrzeug-, Schiffs- oder Flugzeugflotten bereit, sondern beschaffe den erforderlichen Frachtraum von bestimmten externen Frachtführern oder (bei Bedarf) auf dem Spotmarkt. [...].⁷

¹ Vgl. Meldung, Rz 30 (und 14).

² Die relevanten Assets zur Ausübung der Tätigkeit werden vorwiegend gemietet oder geleast (vgl. bspw. Verfügung vom 15. Januar 2024, *Post CH AG/Quickmail Holding AG*, Fn 276).

³ Vgl. Meldung, Rz 5 f.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 7.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 9.

⁶ Vgl. Meldung, Rz 15 f.

7. Darüber hinaus betreibe Schenker auch einen Paket-zustelldienst, allerdings nur in sehr begrenztem Umfang in der Schweiz, wo dieser als Nebendienstleistung angeboten werde und wo die Prozesse vollständig an Drittanbieter, nämlich an grosse Integratoren (UPS und GLS), ausgelagert würden.⁸

A.1.3 Deutsche Bahn (Veräusserer)

8. Nach dem Verkauf der anderen grossen internationalen Tochtergesellschaft DB Arriva (im Juni 2024) konzentrierte sich der DB-Konzern (ohne Schenker) hauptsächlich auf den Betrieb der deutschen Eisenbahninfrastruktur, die Personenbeförderung per Bahn und Bus (vorwiegend in Deutschland), den Schienengüterverkehr (in Europa) und auf Nebendienstleistungen.⁹

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

9. Gemäss Meldung beabsichtige DSV die Zielgesellschaft Schenker über das Akquisitionsvehikel DSV Holding Germany GmbH (nachfolgend: DSV Germany) zu erwerben. DSV Germany sei ausschliesslich von DSV kontrolliert. Die geplante Transaktion stelle deshalb einen Erwerb alleiniger Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.¹⁰

A.3 Gründe und Ziele des Zusammenschlussvorhabens

10. DB habe entschieden, Schenker im Zuge ihrer Strategie «Starke Schiene» («Strong-Rail-Strategy») zu verkaufen, die sich auf schienenbezogene Aktivitäten fokussiere. Für DSV sei der Grund für die geplante Transaktion das Potenzial betreffend Einnahmen und Kostensynergien, welches sich aus der Kombination der Fähigkeiten der Parteien ergebe. Die aus der geplanten Transaktion resultierenden Synergien würden zu beträchtlichen Kosteneinsparungen führen, die vor allem durch die Konsolidierung von Verwaltungsfunktionen, Logistikeinrichtungen und IT-Infrastruktur erzielt und an die Kunden weitergegeben würden.¹¹

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

11. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

12. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.¹²

13. Bei DSV handelt es sich um die Muttergesellschaft der DSV-Gruppe. Die DSV-Gruppe sei gemäss Meldung ein

Speditions- und Logistikunternehmen mit Tätigkeiten in den Bereichen Strassen-/Land-, Luft- und Seefrachtspe-dition sowie Kontraktlogistikdienstleistungen (vgl. Rz 2 ff.). Somit tritt die DSV-Gruppe in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Die DSV-Gruppe ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

14. Auch Schenker sei ein globales Speditions- und Logistikunternehmen mit Tätigkeiten in den Bereichen Strassen-/Land-, Luft- und Seefrachtspe-dition sowie Kontraktlogistikdienstleistungen (vgl. Rz 5 ff.). Somit tritt auch Schenker als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Schenker ist ebenfalls als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

15. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- 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.

16. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.¹³

17. Die DSV-Gruppe beabsichtigt gemäss Meldung, die alleinige Kontrolle über Schenker zu erwerben (vgl. Rz 9). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

B.1.3 Beteiligte Unternehmen

18. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

⁷ Vgl. Meldung, Rz 17.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 19.

⁹ Vgl. Meldung, Rz 26.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 30 f.

¹¹ Vgl. Meldung, Rz 33 f.

¹² Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 2 N 30 ff.; Samuel Jost, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹³ Vgl. RPW 2023/2, 286 Rz 21, *TX/Clear Channel*; RPW 2022/2, 335 Rz 63, *[A]/[B]*; RPW 2021/3, 658 Rz 22, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 438 Rz 31, *Liberty Global/Sunrise*; RPW 2021/2, 498 Rz 27, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 505 Rz 28, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2020/4b, 1927 Rz 109, *SBB Cargo*; RPW 2018/4, 871 Rz 40, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

19. Entsprechend dem zuvor in Randziffern 13 f. und 17 Ausgeführten ist einerseits die DSV-Gruppe als kontrollierlangendes Unternehmen als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten. Andererseits ist Schenker als zu kontrollierendes Unternehmen als beteiligtes Unternehmen zu qualifizieren.

B.2 Meldepflicht

20. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 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).

21. Für die beteiligten Unternehmen gibt die Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2023 folgende Umsätze in Tabelle 1 an.

	DSV	Schenker	Gemeinsam
Schweiz	[...]	[...]	[...]
Weltweit	19 551	18 564	38 115

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2023 gemäss Meldung (in Mio. Franken)¹⁴

22. Somit werden aufgrund der von der Meldung aufgeführten Umsätze die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

23. 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).

24. 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

25. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

26. 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).

27. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die

jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.¹⁵ Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.¹⁶

B.3.1.1 Marktabgrenzungen in den Bereichen Spedition, Kontraktlogistikdienstleistungen und Paketzustelldienste

28. Auf der Grundlage der Angaben in der Meldung stehen die Bereiche Luftfracht-Spedition, Seefracht-Spedition, Bodenfracht-Spedition, Kontraktlogistikdienstleistungen und Paketzustelldienste im Vordergrund.¹⁷

29. In Anlehnung an die Praxis in der EU grenzen die Schweizer Wettbewerbsbehörden im Bereich der Spedition sachliche Märkte für Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Spedition ab.¹⁸ Spedition kann als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen enthalten (so z. B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW (Land), Flugzeug (Luft) oder Schiff (Wasser) erfolgen. Der Spediteur ist

¹⁴ Vgl. Meldung, Rz 10 und Rz 36 (DSV) sowie Rz 20 und Rz 36 (Schenker).

¹⁵ Vgl. RPW 2023/2, 288 Rz 41, *TX/Clear Channel*; RPW 2022/2, 340 Rz 114, *[A]/[B]*; RPW 2021/3, 659 Rz 39, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 499 Rz 41, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 507 Rz 42, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2020/2, 635 Rz 84, *AdBlue*; RPW 2020/1, 207 Rz 858, *KTB-Werke*.

¹⁶ Vgl. Urteil des BGer 2C_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

¹⁷ Vgl. Meldung, Rz 38 ff.

¹⁸ Vgl. RPW 2021/3, 685 Rz 9, *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2017/4, 596 Rz 87, *HSDG/Maersk Line A/S*; RPW 2017/3, 478 Rz 96, *BLS AG/Transport Ferroviare Holding SAS*; RPW 2013/2, 183 Rz 201, *Abrede im Speditionsbereich*.

meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien (z. B. Reedereien oder Fluggesellschaften) ein. Als direkte Marktgegenseite sind Personen oder Unternehmen zu bezeichnen, welche Waren oder Güter versenden wollen.¹⁹

30. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gelangen gestützt auf die Angaben in der Meldung praxisgemäss die folgenden Marktabgrenzungen zur Anwendung, wobei wie in vorangehenden Fällen die definitive Marktabgrenzung jeweils offengelassen werden kann:

- Markt für Luftfracht-Spedition in der Schweiz,²⁰
- Markt für Seefracht-Spedition in der Schweiz,²¹
- schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Binnenverkehr,²²
- schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Import-/Exportverkehr,²³
- schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr,²⁴
- schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Binnenverkehr,²⁵
- schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr,²⁶
- schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Transitverkehr,²⁷
- schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr,²⁸
- schweizweiter Markt Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Import-/Exportverkehr,²⁹
- schweizweiter Markt Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Transitverkehr,³⁰
- schweizweiter Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen,³¹
- Schweizweiter Markt für internationale Paketdienste,³²
- schweizweiter Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete).³³

31. Zum schweizweiten Markt für internationale Paketdienste ist hervorzuheben, dass dieser je nach Fall noch weiter in ein- und ausgehende Paketdienste sowie gleichzeitig in Privat- und Geschäftskunden zu unterteilen ist.³⁴

32. Im vorliegenden Fall bestehen, wie sich nachfolgend zeigt, gestützt auf die Angaben in der Meldung unter keiner praxisgemäss denkbaren Abgrenzung Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Deshalb kann auch in diesem Zusammenschlussvorhaben auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet werden.

¹⁹ Vgl. RPW 2021/3, 685 Rz 9, *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2017/4, 596 Rz 87, *HSDG/Maersk Line A/S*; RPW 2017/3, 478 Rz 96, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/2, 183 Rz 201, *Abrede im Speditionsbereich*. Für Ausführungen bzgl. Unterteilung in die verschiedenen Märkte vgl. RPW 2013/2, 184 Rz 201, *Abrede im Speditionsbereich*.

²⁰ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 11 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2013/2, 184 Rz 207 und 185 Rz 214, *Abrede im Speditionsbereich*.

²¹ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 14 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2013/2, 184 Rz 207 und 185 Rz 214, *Abrede im Speditionsbereich*.

²² Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1939 f. Rz 182 und 1940 Rz 185, *SBB Cargo*; RPW 2020/2, 689 Rz 270 und 704 Rz 383, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2017/3, 478 Rz 98 und 479 Rz 111, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

²³ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1939 f. Rz 182 und 1940 Rz 185, *SBB Cargo*; RPW 2020/2, 689 Rz 270 und 704 Rz 383, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2017/3, 478 Rz 98 und 479 Rz 111, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

²⁴ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1939 f. Rz 182 und 1940 Rz 185, *SBB Cargo*; RPW 2020/2, 689 Rz 270 und 704 Rz 383, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*; RPW 2017/3, 478 Rz 98 und 479 Rz 111, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

²⁵ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1940 Rz 186 und 1940 Rz 189, *SBB Cargo*; RPW 2020/2, 689 Rz 270 und 704 Rz 383, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

²⁶ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1940 Rz 186 und 1940 Rz 189, *SBB Cargo*; RPW 2020/2, 689 Rz 270 und 704 Rz 383, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

²⁷ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1940 Rz 186 und 1940 Rz 189, *SBB Cargo*; RPW 2020/2, 689 Rz 270 und 704 Rz 383, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

²⁸ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1940 Rz 190 und 1941 Rz 194, *SBB Cargo*; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

²⁹ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1940 Rz 190 und 1941 Rz 194, *SBB Cargo*; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

³⁰ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 15 f., *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1940 Rz 190 und 1941 Rz 194, *SBB Cargo*; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

³¹ Vgl. RPW 2021/3, 686 Rz 17, *DSV Panalpina/Agility Global Integrated Logistics*; RPW 2020/4b, 1943 Rz 212 und 1943 Rz 215, *SBB Cargo*; RPW 2016/3, 759 Rz 44 f. und 760 Rz 50, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*; RPW 2016/3, 785 Rz 48, *7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import*; RPW 2015/3, 468 Rz 46 und 468 Rz 51, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

³² Vgl. RPW 2024/2, 395 Rz 159 ff., *Post CH AG/Quickmail Holding AG*; RPW 1999/1, 128 f. Rz 17 f. und 21, *Deutsche Post AG/Danzas Holding AG*.

³³ Vgl. RPW 2024/2, 395 Rz 164 ff., *Post CH AG/Quickmail Holding AG*; RPW 2018/4, 1000 Rz 57 ff., *TNT Swiss Post AG/FedEx Express Switzerland Sàrl*.

³⁴ Vgl. analog RPW 2024/2, 392 Rz 136 ff. und 392 Rz 141 ff., *Post CH AG/Quickmail Holding AG*.

34. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung bzw. Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben

beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.³⁵

35. Tabelle 2 enthält die von den Parteien angegebenen Marktanteile der DSV-Gruppe und von Schenker zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»).

Relevanter Markt		DSV-Gruppe	Schenker	Gemeinsam	Betr Markt
Spedition	Markt für Luftfracht-Spedition in der Schweiz	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	ja
	Markt für Seefracht-Spedition in der Schweiz	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Binnenverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Binnenverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	nein
	Schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Transitverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Binnenverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Import-/Exportverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene und Strasse im Transitverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Paketdienste	Schweizweiter Markt für internationale Paketdienste	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
	Schweizweiter Markt für die Beförderung von nationalen Express-Sendungen (Briefe und Pakete)	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein

Tabelle 2: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2023

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.3.2.1 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

33. 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.

36. Gestützt auf die Angaben in der Meldung sind damit vorliegend auf dem Markt für Luftfracht-Spedition in der Schweiz die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU knapp überschritten.

³⁵ Vgl. RPW 2023/2, 291 Rz 67, *TX/Clear Channel*; RPW 2022/2, 356 Rz 253, *[A]/[B]*; RPW 2021/3, 666 Rz 79, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 500 Rz 49, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 511 Rz 68, *TX Group/Immowelt Schweiz*.

³⁶ Vgl. Meldung, Rz 40, 54, 64, 72 und 79; Schreiben vom 23.10.2024.

B.3.2.2 Analyse der voraussichtlichen Stellung im betroffenen Markt für Luftfracht-Spedition in der Schweiz

37. Tabelle 3 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

		Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			DSV	Schenker	gemeinsam	DHL Global Forwarding	Kühne + Nagel	Bolloré (Teil von CEVA Logistics)
2023	in tsd. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2022	In tsd. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
		Gesamtmarkt	DSV	Schenker	gemeinsam	DHL Global Forwarding	Bolloré (Teil von CEVA Logistics)	Kühne + Nagel
2021	In tsd. Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 3: Markt für Luftfracht-Spedition in der Schweiz³⁷

38. DSV wird gemessen am Umsatz im Jahr 2023 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von [20-30] % auf sich vereinen. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird DSV vom [...] zum [...] Unternehmen im Markt. [...] Unternehmen wird DHL Global Forwarding (nachfolgend: DHL) mit einem Marktanteil von [10-20] % und einem Rückstand auf DSV von [0-10] Prozentpunkten.

39. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass der Marktanteil von [...] in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben ist. [...] hat im Jahr 2023 im Vergleich zu den zwei Vorjahren einen [...] im Marktanteil von etwas mehr als [...] Prozentpunkten [...]. DHL konnte seinen Marktanteil von [10-20] % im Jahr 2021 auf [10-20] % im Jahr 2023 ausbauen. Kühne+Nagel weist über die drei Jahre einen Marktanteil von ungefähr [0-10] % aus.

40. In Bezug auf potenzielle Konkurrenz führt die Meldung aus, die Markteintritts- und Expansionsbarrieren seien niedrig und ermöglichten einen ausreichenden und zeitnahen Markteintritt von Wettbewerbern. Die sachlichen Märkte, auf denen sich die Aktivitäten der Parteien überschneiden würden, seien nicht kapitalintensiv. Tatsächlich betrieben sowohl DSV als auch Schenker asset-light Geschäftsmodelle, weshalb sie in der Regel keine Transportkapazitäten über ihre eigenen Fahrzeug-, Schiff- oder Flugzeugflotten bereitstellen würden. Der Markteintritt erfordere keine erheblichen Investitionen in Vermögenswerte, sondern lediglich ein Netzwerk von (rasch verfügbaren) Subunternehmern, die über eine IT-Lösung koordiniert würden, welche von Drittanbietern erworben werden könnten. Die jüngsten Markteintritte von Start-ups wie Flexport und die vertikale Integration von Transportdienstleistern wie Maersk und CMA CGM würden belegen, dass die Markteintritts- und Expansionsbarrieren niedrig seien.

41. Der Speditionsbereich wies vor allem früher relativ geringe Marktzutrittsschranken auf.³⁸ Allerdings zeigen die Ausführungen in der Meldung, dass ein Netzwerk von rasch verfügbaren Subunternehmen und eine IT-Lösung zur Koordination notwendig sind. Der Aufbau eines Netzwerks mit rasch verfügbaren Subunternehmen dürfte eine gewisse Zeit und gewisse Kosten in Anspruch nehmen. Dabei – und vor allem vor dem Hintergrund der Luftfracht-Spedition – ist davon auszugehen, dass das Netzwerk international sein und verschiedenste Länder abdecken müsste. Es ist auch für die von der Meldung genannte IT-Lösung mit gewissen Investitionen zu rechnen. Zudem sind vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklung von laufenden Anpassungen zu erwarten. Gerade für kleinere und neu eintretende Unternehmen dürfte es schwieriger werden, in Bezug auf Innovation und Technologie mit den etablierten Speditionsunternehmen mithalten.

42. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von DSV auf dem Markt für Luftfracht-Spedition in der Schweiz durch das Zusammenschlussvorhaben.

B.3.3 Ergebnis

43. 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.

³⁷ Vgl. Meldung, Rz 54.

³⁸ Vgl. RPW 2013/2, 188 Rz 228, *Abrede im Speditionsbereich*.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Am 31. Januar 2024 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes (VStrR¹) eröffnet. Die vorliegende Vernehmlassung wird innert der bis zum 10. Mai 2024 dauernden Vernehmlassungsfrist eingereicht.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) ist nicht auf der Liste der Vernehmlassungsadressaten, auch wurde das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) nicht vorgängig im Rahmen der Ämterkonsultation berücksichtigt. Das ist unbefriedigend, da das VStrR für kartellrechtliche Strafsanktionen integral anwendbar ist (Art. 57 Abs. 1 KG²). Darüber hinaus kommt es bei der Durchführung der vorgesehenen Zwangsmassnahmen zur Anwendung. Die zentrale Bedeutung dieser Zwangsmassnahmen für die Verfahren der Wettbewerbsbehörden kann nicht genug betont werden, weshalb sich die WEKO erlaubt, zunächst deren Relevanz darzustellen, um anschliessend zu den vorgesehenen Anpassungen Stellung zu nehmen und Änderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen.

1. Bedeutung des VStrR für die Durchsetzung des Kartellgesetzes

Das Kartellgesetz enthält zwei Verweise auf das VStrR, einerseits einen integralen Verweis im Zusammenhang mit den Strafsanktionen im 5. Kapitel (Art. 57 Abs. 1 KG) und andererseits einen partiellen Verweis für die Durchführung der vorgesehenen Zwangsmassnahmen (Art. 42 Abs. 2 KG).

a. Anwendung des VStrR bei den Strafsanktionen

Gemäss Art. 57 Abs. 1 KG ist das VStrR anwendbar für die Verfolgung und Beurteilung von strafbaren Handlungen gemäss Art. 54 KG (Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen) und Art. 55 KG (Andere Widerhandlungen). Bei beiden Bestimmungen geht es darum, Verstösse gegen Verfügungen der WEKO zu ahnden.

Diese Strafsanktionen gegen natürliche Personen haben in der Praxis bislang zu keinen Verfahren geführt. Dies dürfte vor allem daran liegen, dass sich Verfügungen der WEKO gegen Unternehmen richten. Verstösse gegen diese Verfügungen werden daher mit den ebenfalls gegen Unternehmen gerichteten Verwaltungssanktionen nach Art. 50 ff. KG geahndet.

Vor diesem Hintergrund verzichtet die WEKO darauf, sich zum gesamten Revisionsvorhaben zu äussern, und beschränkt sich auf die nachfolgenden, für sie relevanten Bereiche.

b. Anwendung des VStrR bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen

Gemäss Art. 42 Abs. 2 KG können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45–50 VStrR sinngemäss anwendbar. Dieser Verweis auf das VStrR wurde anlässlich der Kartellgesetzrevision 2003 eingeführt.³ Hauptbestandteil dieser Revision war die Einführung direkter Sanktionen für die schwersten Verstösse gegen das Kartellgesetz.

Bei diesen Sanktionen nach Art. 49a KG handelt es sich um sogenannte pekuniäre Verwaltungssanktionen,⁴ welche eine beträchtliche Höhe erreichen können (bis zu 10 % des in den letzten drei Jahren in der Schweiz erzielten Umsatzes) und daher über strafrechtsähnlichen Charakter verfügen.⁵ Der Gesetzgeber rechnete damit, dass die Einführung von direkten Sanktionen dazu führen könnte, dass Kartelle vermehrt verdeckt operieren, weshalb er gleichzeitig die Instrumente zur Aufdeckung von verborgenen unzulässigen Verhaltensweisen verbessert hat.⁶

¹ Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974 (VStrR; SR 313.0).

² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ BBl 2002 2022 5506.

⁴ Vgl. hierzu umfassend BBl 2022 776, Pekuniäre Verwaltungssanktionen – Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 18.4100 SPK-N vom 1.11.2018.

⁵ Was zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des strafrechtlichen Teils von Art. 6 EMRK führt; EGMR, *Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien* vom 27.9.2011, Nr. 43509/08 § 44. Vgl. weiter BGE 139 I 72 E. 2, *Publigroupe*; BGE 147 II 72 E. 8.2., *Hors Liste/Pfizer AG*.

⁶ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBl 2002 2022, 2028.

Seit dieser Revision haben sowohl die direkten Sanktionen als auch Hausdurchsuchungen und Beweismittelbeschlagnahmen eine grosse praktische Bedeutung in den Verfahren der Wettbewerbsbehörden erhalten.⁷ Die WEKO hat seit der ersten Sanktionsverfügung im Jahr 2006 insgesamt Sanktionen in der Höhe von rund CHF 1,3 Mrd. ausgesprochen, wovon bislang rund CHF 711 Mio. rechtskräftig verhängt worden sind. Es handelt sich um sehr komplexe Wirtschaftsverwaltungsverfahren in denen die Anforderungen an die Erstellung des Sachverhalts und den Nachweis des Verstosses aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters der drohenden Sanktion hoch sind. Wegen der hohen Sanktionssummen werden die Verfügungen der WEKO regelmässig angefochten und durch die Rechtsmittelinstanzen überprüft.

Der strafrechtsähnliche Charakter der kartellrechtlichen Sanktionsverfahren führt dazu, dass die Unternehmen nicht dazu verpflichtet sind, sich selbst zu belasten. Deswegen kommt in diesen Verfahren der zwangsweisen Beweiserhebung eine zentrale Bedeutung zu. Untersuchungen gegen mutmassliche Kartelle werden regelmässig mit Hausdurchsuchungen bei den mutmasslich beteiligten Unternehmen eröffnet. Seit dem Jahr 2006 haben die Wettbewerbsbehörden in insgesamt 48 Hausdurchsuchungsaktionen rund 180 Unternehmen in 19 Kantonen (und in allen Sprachregionen) durchsucht. Die Zwangsmassnahmen haben dabei sehr unterschiedliche Branchen (z. B. Baubranche, Luftfracht, Banken, Pharma) betroffen und es wurden sowohl sehr grosse (z. B. Novartis, UBS, Credit Suisse, Swiss, Givaudan) als auch sehr kleine (z. B. im Fall der Fahrlehrer im Oberwallis) Unternehmen durchsucht.

Der Nachweis von Kartellrechtsverstössen erfolgt in der Regel durch Dokumente, insbesondere durch solche, welche die Kommunikation zwischen den beteiligten Konkurrenten belegen wie beispielsweise Schreiben, E-Mails, Chats etc. Die Wettbewerbsbehörden stellen zu diesem Zweck regelmässig grössere Datenmengen sicher. Ebenso regelmässig enthalten diese Daten Unterlagen, welche vor Durchsuchung und Beschlagnahme geschützt sind (namentlich Anwaltskorrespondenz). Um nicht in jedem dieser Fälle ein gerichtliches Entsiegelungsverfahren durchlaufen zu müssen, wurde das Verfahren der «informellen Entsiegelung» entwickelt. Dabei nimmt die Behörde mit den Betroffenen – sofern jene dieser Möglichkeit zustimmen – eine Bereinigung des sichergestellten Datensatzes vor, indem eine der eigentlichen Durchsuchung vorgelagerte Vortriage durchgeführt wird. Im Rahmen dieser Vortriage entfernen nicht mit dem Fall betraute Mitarbeitende des WEKO-Sekretariats zusammen mit der Vertretung der betroffenen Unternehmen die geschützten Dokumente aus dem Datensatz, der erst danach den Fallverantwortlichen übergeben wird.⁸ Ein gerichtliches Verfahren ist nur noch dann erforderlich, wenn sich die Parteien nicht einigen können.

Die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörden geniesst eine sehr hohe Akzeptanz seitens der Unternehmen und der Anwaltschaft. Seitdem die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen durchführen, ist es lediglich in acht Fällen zur Eröffnung eines gerichtlichen Entsiegelungsverfahrens gekommen. Davon wurde in zwei Fällen die Einsprache wieder zurückgezogen⁹ und in fünf Fällen die

Entsiegelung gutgeheissen,¹⁰ bisher einmal höchstinstanzlich.¹¹ Ein Fall ist aktuell noch hängig und das Bundesstrafgericht wurde vom Bundesgericht angewiesen, eine Ausscheidung der geschützten Korrespondenz vorzunehmen.¹²

Das aktuelle VStrR wies genügend Flexibilität auf, um die besonderen Bedürfnisse der kartellrechtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Die WEKO wird vor diesem Hintergrund zu den im Rahmen der Totalrevision geplanten Anpassungen Stellung nehmen und Anträge unterbreiten, um die bisherige effiziente und erfolgreiche Vorgehensweise zu erhalten.

2. Beurteilung der geplanten Anpassungen

Die bisher in den Art. 45–50 VStrR normierten Inhalte werden neu detaillierter in den Art. 173–183 des Vorentwurfes (VE) VStrR geregelt. Die WEKO begrüsst die Modernisierung der Bestimmungen. Es erscheint beispielsweise sinnvoll, das Vorgehen in Bezug auf Zufallsfunde (Art. 175 VE VStrR) und die Kompetenz zur Vornahme geeigneter Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz des Ziels der Massnahme (Art. 174 VE VStrR) gesetzlich zu regeln.

Die WEKO hat indes Vorbehalte gegenüber zwei geplanten Anpassungen des Vorentwurfes, welche die Siegelung bzw. das Entsiegelungsverfahren betreffen. Es handelt sich einerseits um die Frist für das Entsiegelungsgesuch gemäss Art. 180 Abs. 3 VE VStrR und andererseits um die Zuständigkeit für den Entsiegelungsentscheid gemäss Art. 181 Abs. 1 VE VStrR.

a. Frist für das Entsiegelungsgesuch (Art. 180 Abs. 3 VE VStrR)

Art. 180 Abs. 3 VE VStrR lautet wie folgt: «Stellt die Verwaltungseinheit nicht innert zwanzig Tagen ein Entsiegelungsgesuch, so werden die versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände der Inhaberin oder dem Inhaber zurückgegeben». Diese Frist entspricht der in Art. 248 StPO¹³ vorgesehenen Lösung. Gemäss dem erläuternden Bericht¹⁴ gilt diese Frist auch für komplexe und umfangreiche Fälle der ordentlichen Strafverfolgungsbehörden. Es sei daher nicht angezeigt, eine längere Frist vorzusehen.¹⁵

⁷ Es ist international unbestritten, dass Hausdurchsuchungen für die Verfolgung unzulässiger Kartelle unabdingbar sind. Vgl. etwa OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels vom 2.7.2019 (OECD/LEGAL/0452), II.2.

⁸ Vgl. detailliert das Merkblatt «Ausgewählte Ermittlungsinstrumente» vom 6.1.2016, Rz 35 ff, <www.weko.admin.ch> Rechtliches/Dokumentation > Merkblätter.

⁹ BStrGer, BE.2009.20 vom 17.11.2009; BE.2021.8 vom 5.8.2021.

¹⁰ BStrGer, BE.2007.10–13 vom 14.3.2008 (= TPF 2008 20); BE.2009.21 vom 14.1.2010 (= TPF 2010 53); BE.2012.4 vom 11.7.2012; BE.2013.1 vom 24.10.2013; BE.2021.9 vom 26.10.2021.

¹¹ BGer, 1B_101/2008 vom 28.10.2008.

¹² Vgl. BStrGer, BE.2020.16 vom 24.2.2021 (Gutheissung der Entsiegelung); BGer, 2C_295/2021 und 2C_307/2021 vom 1.12.2021 (Bestätigung Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung, Rückweisung an das Bundesstrafgericht wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs).

¹³ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

¹⁴ Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 31. Januar 2024.

¹⁵ Erläuternder Bericht (Fn 14), S. 119.

Bisher sah das VStrR keine Frist für das Stellen des Entsiegelungsgesuchs vor. Das Bundesstraengericht hat in einem kartellrechtlichen Entsiegelungsverfahren festgehalten, der Frist von zwanzig Tagen komme der Charakter einer Empfehlung zu.¹⁶ Massgebend nach der Rechtsprechung des Bundesstraengerichts ist, ob dem Beschleunigungsgebot unter Würdigung sämtlicher Umstände genügend Rechnung getragen wurde. Es hat längere Fristen zugelassen, wenn Abklärungen bezüglich des Festhaltens an der Einsprache oder bezüglich des Umfangs der Einsprache erfolgten.¹⁷ Diese Rechtsprechung des Bundesstraengerichts hat den für den Prozess der «informellen Entsiegelung» notwendigen Spielraum geschaffen.

Die aktuelle Lösung der Wettbewerbsbehörden führt in einer Mehrheit der Fälle zu raschen, einvernehmlichen Entsiegelungen. Dies ist nicht nur für die kartellrechtlichen Verfahren vorteilhaft, deren schnelle Erledigung nicht zuletzt ein ausdrückliches Anliegen von Parlament¹⁸ und Bundesrat¹⁹ ist. Sie führt auch zu einer Entlastung der Gerichte, indem die aufwändigen Datentriagen durch die Behörde selbst gemacht werden und nur noch (in der Regel wenige) strittige Fragen gerichtlich geklärt werden müssen. Schliesslich bietet das Vorgehen Vorteile für die betroffenen Unternehmen. Diese verfügen namentlich über ein grösseres Zeitfenster, um sich intern einen Überblick zu verschaffen und zu entscheiden, ob sie mit der Behörde kooperieren wollen. Denn in kartellrechtlichen Verfahren kann das erste Unternehmen, welches eine Selbstanzeige einreicht, Beweismittel liefert und im Verfahren voll kooperiert, von einer Sanktion befreit werden (sogenannte Bonusregelung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG in Verbindung mit der SVKG²⁰). Spätere Selbstanzeigen können zu einer Reduktion der Sanktion von bis zu 50 % führen, je nach Bedeutung des Beitrags des Unternehmens für die Aufklärung des Sachverhalts. Allerdings wissen die Unternehmen zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchung und beim Erheben der Einsprache oftmals noch nicht, ob ihre Mitarbeitenden tatsächlich an einem Kartellrechtsverstoss beteiligt waren. Die Unternehmen benötigen daher Zeit, um die eigene Beteiligung abzuklären und mit ihrer Rechtsvertretung eine passende Verteidigungsstrategie festzulegen. Dazu gehört auch der Entscheid, ob ein gerichtliches Entsiegelungsverfahren angestrebt werden soll. Mit anderen Worten führt das aktuelle Verfahren dazu, dass die Untersuchungsadressatinnen ihre verfassungsmässigen Verteidigungsrechte informiert ausüben können und namentlich auch dem Beschleunigungsgebot besser nachgekommen wird, als wenn bei jeder Einsprache eine gerichtliche Entsiegelung erfolgen müsste.

Schliesslich fallen bei einer «informellen Entsiegelung» geringere Verfahrens- und Anwaltskosten für die Unternehmen an, zumal keine sachverständigen Personen mit dieser Aufgabe mandatiert werden müssen (vgl. Art. 180 Abs. 6 VE VStrR).

Daher beantragt die WEKO, dass entweder auf die Festlegung der Frist von zwanzig Tagen für die Einreichung des Entsiegelungsgesuchs verzichtet wird oder Art. 180 VE VStrR in dem Sinne ergänzt wird, dass Raum für die bisherige Lösung geschaffen wird. Möglich wäre etwa eine Ergänzung des dritten Absatzes, wonach mit dem Einverständnis der Inhaberin oder des Inhabers die Frist zum Zweck einer einvernehmlichen Datentriage

verlängert werden kann. Die WEKO unterbreitet nachfolgend einen Formulierungsvorschlag, verschliesst sich aber nicht anderen Varianten, welche ihr Anliegen gesetzestechnisch auf andere Weise umsetzen (etwa indem der Beginn des Fristenlaufes der Frist von zwanzig Tagen einvernehmlich aufgeschoben werden oder indem der Fristenlauf einvernehmlich sistiert werden kann).

Antrag 1: Art. 180 Abs. 3 VStrR sei mit folgendem Zusatz zu ergänzen:

«Die Inhaberin oder der Inhaber und die Verwaltungseinheit können zum Zweck der einvernehmlichen Bestimmung des Umfangs der Einsprache eine Verlängerung der Frist vereinbaren».

In der Botschaft sei dazu auszuführen, dass mit dieser Bestimmung die Möglichkeit geschaffen wird, dass die Verwaltungseinheit gemeinsam mit dem Inhaber oder der Inhaberin geschützte Inhalte ausscheiden können.

b. Zuständigkeit für das Entsiegelungsverfahren (Art. 181 Abs. 1 VE VStrR)

Art. 181 Abs. 1 VE VStrR sieht vor, dass das Zwangsmassnahmengericht (ZMG) für den Entsiegelungsentscheid zuständig ist. Heute ist dafür gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR die Beschwerdekammer des Bundesstraengerichts zuständig. Damit verschiebt sich die Zuständigkeit für das Entsiegelungsverfahren von einer einzigen Bundesbehörde auf zahlreiche kantonale ZMG.

Dem erläuternden Bericht ist als Begründung für diese Änderung zu entnehmen, für den Entscheid über Entsiegelungsgesuche sei normalerweise (im ordentlichen Strafverfahren) das ZMG zuständig. Zudem fungiere die Beschwerdekammer des Bundesstraengerichts grundsätzlich als zweite Instanz, was nicht der Fall sei, wenn sie die erwähnte Aufgabe übernehme.²¹

Diese Begründung überzeugt generell nur teilweise. Zudem erscheint die geplante neue Regelung insbesondere für das kartellrechtliche Entsiegelungsverfahren nicht angebracht.

Zunächst kann generell festgehalten werden, dass das ZMG bei einer Entsiegelung gemäss Art. 181 Abs. 5 VE VStrR endgültig entscheidet, ein Weiterzug an die Beschwerdekammer des Bundesstraengerichts ist nicht möglich. Vielmehr muss ein Entscheid des ZMG direkt beim Bundesgericht angefochten werden.²² Das Argument, die Beschwerdekammer des Bundesstraengerichts fungiere grundsätzlich als zweite Instanz trifft in diesem Kontext gerade nicht zu.

¹⁶ BStrGer, BE.2012.4 vom 11.7.2012, E.1.3.2.

¹⁷ Vgl. BStrGer, BE.2023.11 vom 28.9.2023, E. 2.1. f. m. w. H.

¹⁸ Vgl. die angenommene Motion 16.4049 Fournier, Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren.

¹⁹ Vgl. Art. 44a E KG und die dazugehörige Botschaft, S. 46 f., «www.seco.admin.ch» > Wirtschaftslage & Wirtschaftspolitik > Wirtschaftspolitik > Wettbewerb > Kartellgesetz > Kartellgesetzrevision

²⁰ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG).

²¹ Erläuternder Bericht (Fn 14), S. 3 und 119.

²² Vgl. Erläuternder Bericht (Fn 14), S. 168 zur vorgesehenen Anpassung von Art. 80 Abs. 2 dritter Satz des Bundesgesetzes vom 17.6.2005 über das Bundesgericht.

Für Entsiegelungsverfahren, die nach Hausdurchsuchungen in kartellrechtlichen Untersuchungen durchgeführt werden, ist eine Beibehaltung der aktuellen Zuständigkeit vorzuziehen. Im Entsiegelungsverfahren wird nach konstanter Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts vorfrageweise die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung überprüft, namentlich ob ein hinreichender Tatverdacht bestand. Für die Beantwortung dieser Frage ist das materielle Kartellrecht anzuwenden. Das Instrument der Hausdurchsuchungen wird hauptsächlich zur Untersuchung mutmasslicher harter Kartellabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG eingesetzt (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden). Diese zeichnen sich dadurch aus, dass begriffsnotwendig mehrere Unternehmen involviert sind. Die Hausdurchsuchungsaktionen der Wettbewerbsbehörden betreffen daher regelmässig mehrere Unternehmen an verschiedenen Standorten, häufig auch in unterschiedlichen Kantonen, wobei die Verfolgungshandlungen gegen ausser üblicherweise gleichzeitig aufgenommen werden (vgl. die Regelung zur Zuständigkeit der ZMG in Art. 44 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 VE VStrR in Verbindung mit Art. 33 StPO). Eine Zuständigkeit der kantonalen ZMG könnte dazu führen, dass mehrere ZMG in parallelen Entsiegelungsverfahren über die Frage zu befinden hätten, ob ein hinreichender Tatverdacht für einen Kartellrechtsverstoss vorliegt. Dies birgt die Gefahr widersprechender Urteile und erhöht die Wahrscheinlichkeit von Beschwerden an das Bundesgericht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Kartellrecht um ein Rechtsgebiet handelt, mit welchem die ZMG ansonsten nicht konfrontiert sind. Die Anzahl kartellrechtlicher Untersuchungen ist weiter nicht derart hoch, dass zu erwarten wäre, dass sich in den Kantonen bei den ZMG eine Praxis bilden könnte (pro Jahr werden im Schnitt schweizweit etwa zehn Unternehmen durchsucht). Vor diesem Hintergrund erscheint es ineffizient, wenn sich die kantonalen ZMG zur Bearbeitung sporadischer Einzelfälle mit der technischen und komplexen Materie des Kartellrechts auseinandersetzen müssten. Die Folge wäre ein massives Rechtsunsicherheitsrisiko für die betroffenen Unternehmen, da die Vorhersehbarkeit der Beurteilung der kartellrechtlichen Fragestellungen durch mehrere dezentrale Instanzen beeinträchtigt würde. Es könnte sich weiter die Frage nach der Gleichbehandlung der Parteien im Verfahren stellen, wenn etwa bei der Ausscheidung geschützter Unterlagen in derselben Untersuchung unterschiedliche Massstäbe angewendet würden.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass auch im Strafprozessrecht eine abweichende Zuständigkeitsordnung zur Anwendung gelangt, wenn es um die Beurteilung von Fällen der Bundesgerichtsbarkeit geht. Gemäss Art. 65 Abs. 1 des Strafbehördenorganisationsgesetzes²³ werden diese Fälle durch die ZMG am Sitz der Bundesanwaltschaft oder ihrer Zweigstellen entschieden, wobei gemäss Abs. 2 das kantonale ZMG des Ortes zuständig ist, an dem das Verfahren geführt wird. Dadurch erfolgt eine Konzentration der Fälle auf die ZMG in Bern, Lausanne, Zürich und Lugano,²⁴ so dass der BA eine gewisse Wahlfreiheit zukommt, an welchem dieser Orte sie ihr Verfahren führen will. Der Gesetzgeber hat damit anerkannt, dass eine Verteilung der Fälle der Bundesgerichtsbarkeit

auf alle kantonalen ZMG keinen Sinn macht.²⁵ Dasselbe muss für den Bereich des Kartellgesetzes gelten.

Es erscheint daher sinnvoller, die Kompetenz bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zu belassen. Diese konnte sich bereits in der Vergangenheit ein kartellrechtliches Know-how aufbauen und würde auch künftig durch die Kompetenz für die Entsiegelung in sämtlichen kartellrechtlichen Verfahren eine gewisse kritische Masse erreichen, um eine konsistente Praxis zu pflegen. Entscheidend ist aber vor allem, dass so die Gefahr widersprechender ZMG-Urteile bei der Beurteilung desselben kartellrechtlichen Sachverhalts gebannt werden kann.

Daher beantragt die WEKO, entweder generell die Kompetenz bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zu belassen (möglicherweise sind die oben für das Kartellgesetz vorgebrachten Argumente auch für die Anwendung anderer Spezialgesetze zutreffend) oder zumindest eine abweichende Zuständigkeit für kartellrechtliche Fälle vorzusehen (die entsprechende Verweisnorm ist allerdings Gegenstand der aktuellen Kartellgesetzrevision, welche derzeit im Stadium der parlamentarischen Beratungen ist; sollte dem nachfolgenden Antrag 2 nicht nachgekommen werden, werden die Wettbewerbsbehörden gerne einen Formulierungsvorschlag für die Verweisnorm unterbreiten, sobald deren revidierter Wortlaut feststeht).

Antrag 2: Art. 181 Abs. 1 VE VStrR sei wie folgt anzupassen:

«Stellt die Verwaltungseinheit ein Entsiegelungsgesuch, so ist die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts für den Entscheid zuständig.»

Die WEKO bedankt sich für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung ihrer Anliegen. Sie erwartet darüber hinaus, dass die Wettbewerbsbehörden als mitinteressierte Verwaltungseinheiten in die weiteren Revisionsarbeiten miteinbezogen werden.

²³ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19.3.2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG; SR 173.71).

²⁴ Vgl. Botschaft StBOG, BBl 2008 8125, 8173 f.

²⁵ Vgl. demgegenüber die frühere Zuständigkeit gemäss Art. 47 Abs. 2 BStP (Bundesgesetz vom 15.6.1934 über die Bundesstrafrechtspflege) bei der jeweils örtlich zuständigen kantonalen Gerichtsbehörde.

B 2.7	2. Vernehmlassung zur Verordnung über den Betrieb der Reservekraftwerke zur Erzeugung elektrischer Energie für den Markt in einer schweren Strommangellage

Einleitende Bemerkungen

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

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

Einsatz der Reservekraftwerke im Falle einer schweren Strommangellage

Antrag:

Der Erlass der RKW-Einsatzverordnung und die damit einhergehende Verwendung der Reservekraftwerke zur Produktion von elektrischer Energie auf dem *Strommarkt* ist aus wettbewerblicher Sicht *nur unter der Voraussetzung akzeptierbar*, dass *regulatorisch sichergestellt* ist, dass deren *Betreiber* aufgrund solcher Kraftwerkseinsätze *keinen Gewinn* erzielen können. Zudem müssen sämtliche die Betriebskosten übersteigenden Gewinne aufgrund des Verkaufs der von Reservekraftwerken produzierten elektrischen Energie auf dem Strommarkt zu Gunsten der inländischen Netzkundinnen und Netzkunden verwendet werden, welche die Reservekraftwerke finanziert haben.

Es sei im Anschluss an die Vernehmlassung mit Unterstützung des Bundesamts für Justiz näher abzuklären, ob die Rechtsgrundlagen auf Gesetzesstufe im LVG² und im StromVG³ für den Erlass der in Art. 6 bis 10 der RKW-Einsatzverordnung vorgesehenen Vorgaben ausreichend sind. Sollte dies der Fall sein, sei dies im erläuternden Bericht zur RKW-Einsatzverordnung zu begründen. Sollten die Rechtsgrundlagen im LVG und im StromVG für die rechtliche *Durchsetzbarkeit* der Verpflichtungen in der RKW-Einsatzverordnung *nicht genügen* oder sollten hinsichtlich der *Gesetzmässigkeit* dieser Bestimmungen auf Verordnungsstufe *Risiken* bestehen, sei bis zur *erforderlichen* Anpassung der *formalgesetzlichen* Grundlagen auf den Erlass der RKW-Einsatzverordnung zu verzichten.

In Art. 7 Abs. 2 der RKW-Einsatzverordnung sei festzuhalten, dass die RKW-Betreiber *keine Pauschale für die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft ihrer Anlagen entschädigt erhalten*.⁴

Begründung:

3. Gemäss dem geltenden Recht sind Reservekraftwerke als ergänzende Reserve Bestandteil der in der WResV⁵ geregelten *Stromreserve* (vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. b WResV). Die Stromreserve steht zum Abruf frei, wenn an der Strombörse für den Folgetag die nachgefragte Menge Elektrizität das Angebot übersteigt (*fehlende Markträumung*⁶; Art. 18 Abs. 1 WResV). Die Verantwortlichen der Bilanzgruppen, deren Nachfrage nicht gedeckt werden kann, können ihren Bedarf bei der Swissgrid AG für den Folgetag (day-ahead) anmelden. Die Swissgrid AG nimmt den Abruf der Reserve *diskriminierungsfrei* vor, ähnlich wie wenn sie Systemdienstleistungen abrufen.⁷ Die *Bilanzgruppen*, die einen Abruf veranlassen haben, zahlen der Netzgesellschaft den *Marktpreis* für den Abrufzeitraum und ein Aufgeld analog zum Preis für Ausgleichsenergie (Art. 21 Abs. 1 WResV). Im erläuternden Bericht zur Revision der WResV vom Oktober 2022 wurde festgehalten, dass Reservekraftwerke (*als Teil der ergänzenden Reserve*) nur für die Stromreserve im Einsatz stehen und *nicht für den Markt Strom produzieren dürfen*.⁸

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

² Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 17.6.2016 (Landesversorgungsgesetz, LVG; SR 531).

³ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

⁴ Dieser Antrag wird nur für den Fall gestellt, dass die Rechtsgrundlagen im LVG und im StromVG für den Erlass der RKW-Einsatzverordnung ausreichend sind.

⁵ Verordnung über die Errichtung einer Stromreserve für den Winter vom 25.1.2023 (Winterreserveverordnung, WResV; 734.722).

⁶ An der Strombörse werden täglich Angebot und Nachfrage für jede Stunde des Folgetags abgeglichen. In aller Regel gibt es jeweils genügend Angebote, um die Nachfrage decken zu können. In einer Knappheitssituation kann es jedoch vorkommen, dass für einzelne Stunden die Nachfrage das gesamte Angebot übersteigt. In diesem Fall findet eine zweite Auktionsrunde statt, in der die Marktteilnehmer die Gelegenheit haben, zusätzliche Produktion anzubieten bzw. die Nachfrage zu reduzieren. Sollte in dieser zweiten Runde die Nachfrage für das Marktgebiet Schweiz immer noch nicht gedeckt werden können (fehlende Markträumung), stünde die Stromreserve zur Verfügung; vgl. BFE, Erläuterungen zur Verordnung über die Errichtung einer Wasserkraftreserve (WResV) vom 7.9.2022, S. 8.

⁷ BFE, Erläuterungen zur Verordnung über die Errichtung einer Wasserkraftreserve (WResV) vom 7.9.2022, S. 8.

⁸ BFE, erläuternder Bericht zur Verordnung über eine Stromreserve für den Winter (Winterreserveverordnung, WResV) vom Oktober 2022 (nachfolgend: erläuternder Bericht in der Vernehmlassung zur WResV 2022), S. 2.

4. Vorliegend ist angedacht, dass der Bundesrat im Falle einer schweren Strommangellage, oder sofern eine solche unmittelbar bevorstehen sollte, eine befristete Verordnung über den Betrieb von Reservekraftwerken zur Erzeugung von elektrischer Energie *im Markt* in Kraft setzen kann. Gemäss dieser Verordnung sollen die Betreiber der Reservekraftwerke ihre Anlagen in Betrieb nehmen und den Strom an die nationale Netzgesellschaft Swissgrid AG abtreten. Die Swissgrid AG soll zur *Abnahme und Vermarktung* dieser Energie im Schweizer Strommarkt verpflichtet werden. Die aus den Reservekraftwerken gelieferte Energie ist zum *Verbrauch in der Schweiz* bestimmt. Die Betreiber der Reservekraftwerke (RKW-Betreiber) sollen für den produzierten Strom *analog zu den Vorgaben in Art. 20 WResV* eine *Entschädigung* erhalten (Art. 7 Abs. 1 und 2 RKW-Einsatzverordnung). Resultiert aus dem Verkauf der zusätzlichen Energie ein *Gewinn*, so soll dieser zugunsten der Endkundinnen und Endkunden mit den *Kosten der Stromreserve verrechnet* werden (Art. 10 RKW-Einsatzverordnung).

5. Da der Bundesrat bereits bei einer *unmittelbar bevorstehenden* Strommangellage gestützt auf das LVG Interventionsmassnahmen anordnen kann, könnte eine Verordnung über den RKW-Einsatz in Kraft gesetzt werden, *bevor* die Stromreserve gestützt auf die WResV abrufbar ist. Mit dieser *zusätzlich angedachten* Interventionsmassnahme sollen mögliche Bewirtschaftungsmassnahmen in einer Strommangellage abgeschwächt und/oder zeitlich hinausgeschoben werden. Gemäss den Erläuterungen müsse ein Einsatz der Reservekraftwerke für den Markt verhältnismässig sein und eine Interessensabwägung vorgenommen werden. Falsche Marktanreize seien zu vermeiden. Marktbasierte Entlastungsmassnahmen (beispielsweise freiwilliges Abschalten bei sehr hohen Preisen) dürften nicht verdrängt werden. Die RKW-Einsatzverordnung werde erst dann zum Einsatz kommen, wenn eine schwere Mangellage, *welche die Wirtschaft nicht selbst bewältigen kann*, unmittelbar drohe oder bereits bestehe.⁹

6. Somit würde es der Erlass der RKW-Einsatzverordnung ermöglichen, die Reservekraftwerke bereits *vor einer länger andauernden Markträumung und der Anwendbarkeit der WResV* in Betrieb zu setzen, um den Eintritt einer schweren Strommangellage zeitlich hinauszuschieben und/oder einschneidendere Bewirtschaftungsmassnahmen des Bundesrats gestützt auf das LVG in einer schweren Mangellage abzuschwächen. Im Falle einer länger andauernden Markträumung wäre höchstwahrscheinlich bereits zuvor eine schwere Strommangellage eingetreten. In einer solchen Situation hätte der Bundesrat *sowohl gestützt auf die WResV als auch gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung* die Möglichkeit, Reservekraftwerke zu nutzen, um zusätzlichen Strom in der Schweiz zugunsten der Inlandversorgung zu produzieren. Es ist davon auszugehen, dass das heutige Regime gestützt auf die WResV in dieser Situation nicht mehr zur Anwendung käme, da die Reservekraftwerke *bereits vorgängig* gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung in Betrieb gesetzt werden könnten. *Eigenständige Bedeutung* hätte die aktuelle Regulierung in der WResV betreffend den Einsatz der Reservekraftwerke nach Erlass der RKW-Einsatzverordnung nur noch, falls *eine Markträumung lediglich in Bezug auf einzelne Stunden* vorliegen

würde, ohne dass gleichzeitig die Voraussetzungen für eine unmittelbar bevorstehende Strommangellage gegeben wären.

7. Die Wettbewerbsbehörden haben bislang den Standpunkt vertreten, dass die im Rahmen der Stromreserve im Anwendungsbereich der WResV vorzuhaltenden Reservekapazitäten *nicht auf dem freien Markt veräussert werden dürfen*. Ein Einsatz von Reservekraftwerken im Strommarkt könnte – *je nach konkreter regulatorischer Ausgestaltung* – zu aus Wettbewerbssicht nicht hinnehmbaren neuen Verzerrungen in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung führen.

8. Die *Vorhaltung* durch die Betreiber von Reservekraftwerken im Rahmen der Stromreserve wird diesen *gemäss dem Regime in der WResV* mit dem Erlös für die Teilnahme an der Stromreserve abgegolten (vgl. Art. 8 Abs. 3 Bst. a und Art. 10 WResV). Die ElCom bezifferte in ihrem Bericht vom 30. November 2021 zuhanden des Bundesrats («Konzept Spitzenlast-Gaskraftwerk zur Sicherstellung der Netzsicherheit in ausserordentlichen Notsituationen») die mittelfristigen Investitionskosten für die Reserve-Gaskraftwerke auf insgesamt maximal rund 700 Mio. bis 900 Mio. Franken, sofern von einer Leistung von insgesamt bis zu 1000 MW ausgegangen wird.¹⁰ Der Bau von *neuen* Reservekraftwerken wird insofern von allen Netznutzerinnen und Netznutzern in der Schweiz *vorfinanziert*. Ohne diese finanzielle Unterstützung könnten neu erstellte Reservekraftwerke im Falle einer unmittelbar bevorstehenden schweren Mangellage keinen Strom produzieren; *sie wären ohne diese finanzielle Unterstützung gar nicht erst gebaut worden*. Gestützt auf die WResV haben die RKW-Betreiber zudem eine Garantie, dass sämtliche ihrer *Produktionskosten* beim Abruf von Strom *gedeckt* sind (vgl. Art. 20 WResV).

9. Inländische Konkurrentinnen in den Märkten für Stromproduktion erhalten gestützt auf die WResV *keine zusätzliche finanzielle Entschädigung* und haben *keine vergleichbaren Kostendeckungsgarantien* wie die Betreiber von Reservekraftwerken. Allerdings wird der Bau von inländischen erneuerbaren Produktionskapazitäten gestützt auf die Energiegesetzgebung des Bundes mit finanziellen Unterstützungsleistungen wie der kostendeckenden Einspeisevergütung, Investitionsbeiträgen und künftig der gleitenden Marktprämie gefördert. Dabei werden bereits aktuell teils bis zu 60 Prozent der anfallenden Investitionskosten nach der Inbetriebnahme der Anlagen vergütet.¹¹ Dies wird über den Netzzuschlagsfonds von den Netznutzerinnen und Netznutzern in der Schweiz finanziert. Insofern sind die *Märkte für Stromproduktion, -handel und -versorgung aufgrund der geltenden Regulierungsvorgaben bereits heute stark verzerrt*. Davon profitieren in erster Linie die inländischen Produzenten von erneuerbaren Energien. Aufgrund weiterer vom Parlament

⁹ Verordnung über den Betrieb der Reservekraftwerke zur Erzeugung elektrischer Energie für den Markt in einer schweren Strommangellage, erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 21.8.2024 (nachfolgend: erläuternder Bericht zur RKW-Einsatzverordnung), S. 3.

¹⁰ Erläuternder Bericht in der Vernehmlassung zur WResV 2022, S. 3.

¹¹ Vgl. z.B. Art. 19 ff., Art. 25 Abs. 3, Art. 26 Abs. 3, Art. 27 Abs. 2, Art. 27a Abs. 2, Art. 27b Abs. 2, Art. 33 Abs. 1 und 53 Abs. 2 des Energiegesetzes vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

beschlossener Änderungen im Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (sog. «Mantelerlass») werden inländische Produktionsanlagen von erneuerbaren Energien künftig zu Lasten der Endkundinnen und Endkunden zusätzlich finanziell gefördert.¹²

10. Falls eine Mangellage unmittelbar bevorsteht und *gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung* die von den Netzkunden finanzierten Reservekraftwerke *Strom für den Markt* produzieren, werden die Preise angesichts des beschränkten Angebots *voraussichtlich sehr hoch* sein. Das *zusätzliche Angebot* aufgrund der Produktion der Reservekraftwerke könnte daher in dieser Situation einen *preisdämpfenden* Effekt auf die Strompreise haben, wodurch andere Akteurinnen auf den Strommärkten ihre Produkte allenfalls zu einem entsprechend *tieferen* Preis absetzen würden. Insofern könnte der zeitlich vorgeschobene Einsatz der Reservekraftwerke und die Veräusserung des abgerufenen Stroms auf dem Markt in einer solchen Konstellation dazu führen, dass die Gewinne anderer Akteure auf den Strommärkten etwas geringfügiger ausfallen werden.

11. Zudem ist aus Wettbewerbssicht zu berücksichtigen, dass die Inbetriebsetzung der Reservekraftwerke gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung dazu führen wird, dass weitere *einschneidendere* Bewirtschaftungsmassnahmen zum Nachteil der Endkundinnen und Endkunden und weiterer Akteurinnen auf den Strommärkten (z. B. Verbrauchsreduktionen für bestimmte Verwendungszwecke, Kontingentierungen und Netzabschaltungen) gestützt auf das LVG zur Verhinderung oder Beseitigung einer Mangellage zeitlich hinausgeschoben oder abgeschwächt werden könnten. Dadurch würden sich die *mit Bewirtschaftungsmassnahmen einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen* entsprechend *reduzieren* und der *volkswirtschaftliche Schaden* im Falle der Anordnung solcher Massnahmen würde *geringfügiger* ausfallen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Betreiber der Reservekraftwerke gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung aufgrund der Produktion ihrer Anlagen für den Strommarkt keinen Gewinn erzielen sollen (vgl. Art. 10 RKW-Einsatzverordnung). Vielmehr sollen die Erträge, welche die Produktionskosten übersteigen, die Kosten der Netznutzerinnen und Netznutzer für die Stromreserve senken. Dass von den *Endkundinnen und Endkunden vorfinanzierte* Reservekraftwerke im Falle einer unmittelbar bevorstehenden schweren Mangellage eingesetzt werden sollen, *um noch weitergehende Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern* und den volkswirtschaftlichen Schaden zu reduzieren, ist grundsätzlich nachvollziehbar.

12. Aus *wettbewerblicher* Sicht ist die vorgesehene Konzeption in der RKW-Einsatzverordnung vor diesem Hintergrund *nur akzeptierbar*, wenn aufgrund hinreichender Rechtsgrundlagen im LVG und im StromVG sichergestellt ist, dass die RKW-Betreiber aufgrund des vorzeitigen Abrufs aus ihren Kraftwerken keinen Gewinn erzielen können. Zudem muss auf *Gesetzebene* gewährleistet sein, dass sämtliche die Betriebskosten der Reservekraftwerke *übersteigenden* Beträge kostenmindernd zugunsten der diese vorfinanzierenden Netzkundinnen und Netzkunden eingesetzt werden. Daher sollte im Anschluss an die Vernehmlassung mit Unterstützung des Bundesamts für Justiz näher abgeklärt werden, ob die Rechtsgrundlagen im

LVG und StromVG für den Erlass der in Art. 6 bis 10 der RKW-Einsatzverordnung angedachten Vorgaben ausreichend sind. Wenn Zweifel darüber bestehen, ob sich die gewünschte Interventionsmassnahme unter diesen Voraussetzungen auf bestehende *formalgesetzliche* Grundlagen stützen lässt, sollte aus wettbewerblicher Sicht auf die Inkraftsetzung RKW-Einsatzverordnung *bis zum Erlass der für die Durchsetzung erforderlichen Gesetzesbestimmungen* verzichtet werden.

13. Im Fall einer unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden schweren Mangellage kann der Bundesrat zeitlich begrenzte wirtschaftliche Interventionsmassnahmen ergreifen, um die Versorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen sicherzustellen (Art. 31 Abs. 1 LVG). In Bezug auf lebensnotwendige Güter – bei Strom, der einheitlich bepreist werden soll, handelt es sich um ein solches Gut (vgl. Art. 4 Abs. 2 Bst. a LVG) – kann der Bundesrat gemäss Art. 31 Abs. 2 LVG etwa Vorschriften erlassen über die Beschaffung, Zuteilung, Verwendung und den Verbrauch (Bst. a). Gemäss Art. 33 Abs. 2 LVG kann der Bundesrat für solche Güter Vorschriften über die *Begrenzung* von Margen *erlassen*. Hingegen hat der Bundesrat gestützt auf diese Bestimmungen im LVG keine Befugnisse, Vorgaben über die *Höhe* der Bepreisung von lebensnotwendigen Gütern zu erlassen.

14. Sofern gestützt auf die Rechtsgrundlagen im LVG und im StromVG *nicht gewährleistet* ist, dass die angedachte Konzeption in der RKW-Einsatzverordnung im Streitfall rechtlich durchgesetzt werden kann, besteht ein Risiko für *aus Wettbewerbssicht nicht hinnehmbare zusätzliche Marktverzerrungen zugunsten der RKW-Betreiber*. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein RKW-Betreiber gegen die Einbehaltung des Gewinns für den Verkauf von Strom aus seinem Kraftwerk bei der Swissgrid AG und die Verwendung des Gewinns zur Reduktion der Kosten für die Stromreserve Beschwerde erheben wird. Vor der definitiven Beschlussfassung über die RKW-Einsatzverordnung im Bundesrat muss daher *rechtlich fundiert* geklärt werden, ob auf Verordnungsstufe die Gewinne aufgrund des Verkaufs des Stroms am Markt anderen Akteuren als den RKW-Betreibern zugesprochen werden können. Zudem erscheint es fraglich, ob Gewinne oder Verluste aufgrund der Veräusserung von Strom gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung mit den Kosten für die Stromreserve verrechnet und in das Netznutzungsentgelt eingerechnet werden können. Dies müsste sich auf die formalgesetzlichen Rechtsgrundlagen im StromVG stützen lassen. Zurzeit finden sich in den Erläuterungen zur RKW-Einsatzverordnung keinerlei Ausführungen zur Gesetzmässigkeit der geplanten Bestimmungen auf Verordnungsstufe.

15. In Art. 7 Abs. 2 der RKW-Einsatzverordnung ist festgehalten, dass Art. 20 Abs. 3 und 4 WResV *analog* zur Anwendung gelangen sollen. Gemäss dieser Bestimmung werden den RKW-Betreibern mit der *Abrufentschädigung* folgende Kosten vergütet: *die einsatzabhängigen*

¹² Vgl. Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 29.9.2023 (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes), Schlussabstimmungstext; <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20210047/Schlussabstimmungstextc7,2017,20SN%20D.pdf> (15.11.2024).

Kosten des Betriebs, etwa die Kosten für den Einsatz des Personals und das für den Betrieb benötigte Wasser, sowie eine *Pauschale für die Tage, an denen die Anlagen in Betriebsbereitschaft sein müssen*. Vor diesem Hintergrund stellt sich aus Sicht der Rechtsanwendung die Frage, ob der Bundesrat *gestützt auf das LVG* befugt ist, die *Höhe der Entschädigung der RKW-Betreiber* für den abgerufenen Strom (als lebenswichtiges Gut in einer Strommangelage) analog der Vorgaben in der WResV zu regeln, wie dies in der RKW-Ersatzverordnung zurzeit angedacht ist.

16. RKW-Betreiber können nur im Rahmen von Art. 38 LVG entschädigt werden. Daher ist es fraglich, ob gestützt auf das LVG den Betreibern der Reservekraftwerke eine *Pauschale für die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft ihrer Anlagen* zugesprochen werden kann; die betreffenden Aufwände werden den RKW-Betreibern bereits aufgrund ihrer Teilnahme an der Stromreserve entschädigt (vgl. Art. 10 Abs. 4 WResV sowie vorne, Rz 4). Insofern erscheint es zweifelhaft, ob diese Unternehmen einen gewichtigen nicht zumutbaren Nachteil erleiden würden, falls sie gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung keine *erneute* Entschädigung für die Reservevorhaltung erhalten sollten (vgl. Art. 38 Abs. 1 Bst. b LVG). Generell stellt sich die Frage, ob gestützt auf das LVG die Bezahlung *bestimmter* Kosten zugunsten der Betreiber der Reservekraftwerke auf Verordnungsstufe verankert werden kann. Eine solche *Mehrfachbelastung* der Endkundinnen und Endkunden für dieselbe Tätigkeit würde zu neuen *Ineffizienzen* und *zusätzlichen Verzerrungen* führen.

Preis für die Lieferung von Strom aus Reservekraftwerken, der von der Swissgrid AG vermarktet wird

Antrag:

Es sei in einer zusätzlichen Bestimmung in der RKW-Einsatzverordnung hinreichend zu *verankern*, dass der von der Swissgrid AG zu vermarktende Strom aus Reservekraftwerken mittels *Auktionen* oder anderer geeigneter wettbewerbsorientierter Preisbildungsverfahren zu veräussern ist.¹³

Begründung:

17. Gemäss den Erläuterungen werde die Swissgrid AG die gestützt auf die RKW-Einsatzverordnung von den Reservekraftwerken produzierte Energie im und für den Schweizer Markt vermarkten. Die Vermarktung erfolge mittels *Auktionen*. Mit Auktionen seien sowohl die bekannten Auktionsformen (z. B. Börse) als auch durch die Swissgrid AG speziell organisierte Auktionen (OTC-Geschäfte) gemeint. Auktionen würden dazu führen, dass der Markt den Preis für die zusätzlich verfügbare Energie bestimme. Solange der Strommarkt noch funktioniert, soll nicht in die Preisbildung eingegriffen werden. Die Swissgrid AG verfüge über das Know-how um solche Verkäufe abzuwickeln.¹⁴

18. Aus Wettbewerbssicht ist es grundsätzlich zu begrüssen, dass für die Veräusserung von auf dem Markt via Swissgrid AG zur Verfügung gestellter Energie Auktionen durchgeführt werden sollen. Damit wird auch in einer

angespannten Versorgungslage sichergestellt, dass der Preis unter Wettbewerbsbedingungen zu Stande kommt. Allerdings besteht bislang basierend auf dem vorliegenden Verordnungsentwurf *keine Rechtsgrundlage*, welche eine entsprechende Verpflichtung der Swissgrid AG vorsehen würde. Die WEKO beantragt daher, dass die Ausführungen in den Erläuterungen betreffend Gewährleistung der wettbewerbsorientierten Preisfestsetzung mittels Auktionen oder anderer geeigneter wettbewerbsorientierter Preisbildungsverfahren hinreichend in der RKW-Einsatzverordnung verankert werden.

19. Ohne eine ausdrückliche Verankerung im Verordnungsrecht wäre diese Verpflichtung gegenüber der Swissgrid AG rechtlich nicht durchsetzbar und wettbewerbsorientierte Preise für den von den Reservekraftwerken produzierten Strom könnten nicht gewährleistet werden.

¹³ Dieser Antrag wird nur für den Fall gestellt, dass die Rechtsgrundlagen im LVG und im StromVG für den Erlass der RKW-Einsatzverordnung ausreichend sind.

¹⁴ Erläuternder Bericht, S. 6.

B 3

Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Urteil vom 28. Februar 2024 in Sachen Visa Europe Ltd., gegen WEKO – Vorsorgliche Massnahme (Verfügung vom 25. September 2023 betr. Untersuchung zu «Interchange Fees für Debitkarten von Visa»)

Urteil B5972/2023 vom 28. Februar 2024 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Visa Europe Ltd., (...), (...), vertreten durch [...], (...), Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, (...), Vorinstanz. Gegenstand: Vorsorgliche Massnahme (Verfügung vom 25. September 2023 betr. Untersuchung 22-0523 zu "Interchange Fees für Debitkarten von Visa").

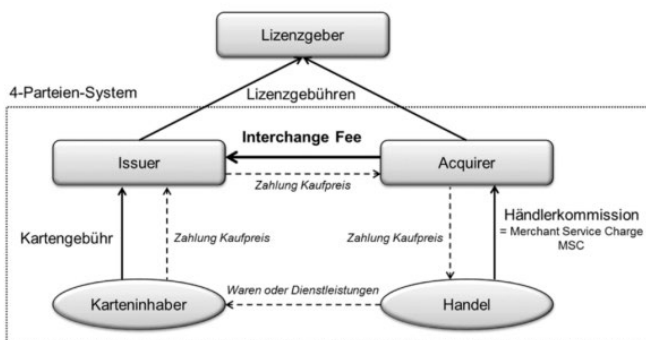
Sachverhalt:

A.

A.a Im Rahmen elektronischer Zahlungssysteme mit Kredit- und Debitkarten regeln *Lizenzgeber*, wie z.B. Visa oder Mastercard, die Zusammenarbeit zwischen *Issuern*, die Zahlkarten an Karteninhaber herausgeben, und *Acquirern*, die Handelsunternehmen für die Benutzung von Zahlkarten anwerben, sowie deren jeweiligen Kunden.

Innerhalb solcher 4-Parteien Systeme werden drei Formen von "Gebühren" erhoben:

1. *Kartengebühren*, welche der Karteninhaber dem Issuer bezahlt (z.B. Jahresgebühr, Gebühren für Fremdwährungstransaktionen, Zinsen);
2. *Interchange Fee* als eine - in der Regel prozentual auf dem Händler-Transaktionsbetrag erhobene - Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird;
3. *Händlerkommission* (Merchant Service Charge, MSC), die prozentual auf dem bei Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben und von diesen dem Acquirer bezahlt wird, der einen Teil davon als Interchange Fee an den Issuer weiterleitet.



(Quelle: RPW 2017/4, S. 542, Rz. 2 - Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee, SDDIF)

In ihrem Regelwerk ("Card Scheme") setzen Visa und Mastercard Interchange Fees fest. Diese werden als multilateral bezeichnet, weil sie für alle betroffenen Issuer und Acquirer verbindlich sind: Für jede Transaktion wird unabhängig vom Issuer der Zahlkarte und unabhängig davon, wo mit ihr bezahlt wird, stets dieselbe (multilaterale) Interchange Fee angewandt.

A.b Bei den schweizweit eingesetzten Debitkarten führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ab 2006 Vorabklärungen zu Interchange Fees (sog. "Domestic Multilateral Interchange Fee", DMIF) durch, da diese den Handel vergleichsweise stark belasteten, und definierte für diese Gebühren entsprechende "Safe Harbors". Vor deren Auslaufen eröffnete das Sekretariat am 29. September 2022 eine neue Vorabklärung zu allen Debitkarten der Systeme von Visa und Mastercard.

Ziel des Sekretariates war es, mit Visa und Mastercard die Interchange-Gebühren für ihre neuen Produkte "Visa Debit" und "Debit Mastercard" einvernehmlich zu regeln. Das Sekretariat erklärte, es wolle im Interesse einer raschen, einvernehmlichen Lösung eine auf tiefem Niveau liegende dauernde Interchange Fee zulassen, obschon diese nur eingeführt worden sei, um Debitkarten den Markteintritt zu ermöglichen.

A.c Im Rahmen eines umfangreichen Schriftenwechsels erklärte sich Visa mit dem vom Sekretariat vorgeschlagenen Interchange-Satz für Konsumentenkarten von unter 0,2 % nicht einverstanden und forderte höhere Sätze. Das Sekretariat teilte Visa am 9. Mai 2023 mit, die Interchange Fee müsse deutlich unter den Werten liegen, die bisher zur Ermöglichung des Markteintrittes wirtschaftlich effizient und daher gerechtfertigt gewesen seien. Höhere Interchange Fees werde es nicht zulassen und beim Präsidium die Eröffnung einer Untersuchung beantragen.

Am 22. Mai 2023 reichte Visa zu den von ihr geforderten höheren Sätzen eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) ein und beantragte, dass für die Dauer eines allfälligen Verfahrens eine Übergangslösung zu vereinbaren oder eine solche eventualiter als vorsorgliche Massnahme anzuordnen sei. Visa gab bekannt, ab dem 1. Juli 2023 werde ein CP-Satz von 0,2 % anwendbar sein und freiwillig ein tieferer Satz von 0,12 % eingeführt (einschliesslich einer Obergrenze bei einem Transaktionsbetrag von Fr.

300.- für Ausgaben des täglichen Bedarfs sowie für V PAY-Transaktionen).

A.d Am 27. Juni 2023 wurde gegen Visa eine kartellgesetzliche Untersuchung eröffnet beschränkt auf das Präsenzgeschäft mit Visa Debit für Konsumenten- und Firmenkarten. Zur beantragten Übergangslösung erklärte das Sekretariat seine Bereitschaft, eine solche zu den in der Vorabklärung angebotenen Sätzen abzuschliessen. Dies würde das Sanktionsrisiko und den Bedarf für eine vorsorgliche Massnahme entfallen lassen, solange sich Visa an die festgelegten Obergrenzen für Interchange Fees halte.

A.e Am 28. Juni 2023 reichte Visa eine weitere Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein.

A.f Am 1. Juli 2023 publizierte Visa auf ihrer Homepage die für Transaktionen mit Debitkarten in der Schweiz massgeblichen Interchange Fee-Sätze:



Switzerland | Domestic Multi-lateral Interchange Fees

Consumer			
Product	Fee Type	General	Everyday Spend ¹
Visa Consumer Debit	Card Present - General	0.20%	0.12% (Capped CHF 0.36)
	Card Present - Token	0.31%	-
	Card Absent	0.31%	-
V PAY Debit	Card Present - General	0.12% (Capped CHF 0.36)	-
V PAY Prepaid	Card Present - Token	0.31%	-
	Card Absent	0.31%	-

Commercial		
Product	Fee Type	General
Visa Commercial Debit	Card Present - General (≤CHF 20)	CHF 0.05
	Card Present - General (≤CHF 50)	CHF 0.20
	Card Present - General (≤CHF 100)	CHF 0.28
	Card Present - General (>CHF 100)	CHF 0.55
	Card Present - Token - Secure	0.29%
	Card Present - Token - Non-Secure	0.29% + CHF 0.05

A.g Am 3. Juli 2023 beantragte Visa bei der Wettbewerbskommission (WEKO, nachfolgend: Vorinstanz), "es sei durch die WEKO im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen anzuordnen, dass die Interchange Fee Regelung von Visa zu den Sätzen, wie sie in der Meldung vom 22. Mai 2023 gemeldet wurden und per 1. Juli in Kraft gesetzt werden, als Übergangslösung in Fortführung der ausgelaufenen Safe Harbor Vereinbarung bis zum Abschluss der Untersuchung der WEKO als zulässig gelten". Zur Begründung verwies Visa auf die Ausführungen in der Meldung vom 22. Mai 2023 und stellte in Aussicht, sie werde Beschwerde wegen Rechtsverzögerung erheben, sofern nicht bis zum 14. Juli 2023 eine einvernehmliche

Übergangsregelung abgeschlossen oder vorsorgliche Massnahmen erlassen werden.

Am 13. Juli 2023 forderte das Sekretariat Visa auf, dieses nur summarisch begründete Gesuch zu verbessern.

A.h Am 4. August 2023 reichte Visa bei der Vorinstanz folgendes Gesuch ein:

- "1. Es sei durch die WEKO im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen anzuordnen, dass die Interchange Fee Regelung von Visa zu den Sätzen, wie sie in der Meldung vom 22. Mai 2023 gemeldet und per 1. Juli 2023 in Kraft gesetzt wurden, bis zum Abschluss der Untersuchung der WEKO als zulässig gelten.
2. Diese Anordnung sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung allfälliger weiterer Parteien der Untersuchung, anzuordnen.
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese vorsorglichen Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen."

Im Gesuch kündigte Visa die Einreichung einer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung beziehungsweise Rechtsverweigerung an, sollte die Vorinstanz nicht bis zum 18. August 2023 verfügen.

A.i Am 15. August 2023 teilte das Sekretariat Visa mit, ihr Gesuch werde an der WEKO-Sitzung vom 25. September 2023 behandelt werden.

Am 14. September 2023 reichte Visa eine direkt an die Vorinstanz adressierte Kurzbegründung ihres Antrags ein.

B. Mit Verfügung vom 25. September 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch von Visa ab und auferlegte ihr Verfahrenskosten von Fr. 13'630.-.

Zur Begründung wird ausgeführt, der Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen sei kartellgesetzwidrig und bereits aus diesem Grunde ausgeschlossen. Darüber hinaus lägen auch die materiellen Voraussetzungen für solche Massnahmen nicht vor.

C. Dagegen erhob Visa (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 30. Oktober 2023 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (Eingang am 1. November 2023) mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 25. September 2023 sei aufzuheben und die vorsorglichen Massnahmen seien wie von der Beschwerdeführerin im Verfahren vor der Vorinstanz beantragt anzuordnen:

«Es sei im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen anzuordnen, dass die Interchange Fee Regelung von Visa zu den Sätzen, wie sie der Vorinstanz am 22. Mai 2023 gemeldet und per 1. Juli 2023 in Kraft gesetzt wurden, bis zum Abschluss der Untersuchung der WEKO als zulässig gelten.»

2. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die beantragten Massnahmen in geeigneter Form anzuordnen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

sowie folgenden Verfahrensanträgen:

- "1. Verfahrens Antrag Ziff. 1 sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Vorinstanz und anderer Verfahrensparteien, gutzuheissen.
2. Die Akten der Vorinstanz seien dem Verfahren beizuziehen.
3. Alle Informationen und Beilagen, die als Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet sind, seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und Dritten weder während des Verfahrens noch im Fall einer Entscheidung offenzulegen."

Die Beschwerdeführerin erklärt, die beantragten vorsorglichen Massnahmen seien kartellgesetzkonform und notwendig. Bei Verzicht würden dem wirksamen Wettbewerb im Debitkarten-Markt und seinen Teilnehmern nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile drohen. Dringlichkeit sei gegeben, weil der durch die Vorinstanz geschaffene Zustand bereits erhebliche Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil von Visa und weiteren Marktteilnehmern bewirke. Ferner seien die beantragten Massnahmen verhältnismässig, weil sie einen im Vergleich mit der bisherigen Safe Harbour-Regelung für die Händler günstigeren Zustand für die Dauer des Verfahrens bewahren würde. Der vom Sekretariat vorgesehene Debit-DMIF-Satz von 0,1 % nehme ein nur vom Handel gewünschtes Ergebnis vorweg und schaffe damit vollendete Tatsachen. Die Massnahmen seien geeignet, erforderlich und zumutbar, um den "dringenden Nachteil" abzuwenden. Aufgrund der in der EU gesetzlich festgelegten Höchstsätze für Debit-DMIF von 0,2 % und angesichts der heute verfügbaren Erkenntnisse sei es wahrscheinlich, dass die Vorinstanz am Ende der Untersuchung zum Schluss kommen werde, dass auch hierzulande eine Debit-DMIF für CP-Transaktionen von maximal 0,2 % zulässig sei. Die von der Vorinstanz angeführten Studien von Swiss Economics seien mangelhaft und bildeten keine genügende Grundlage für eine vorsorgliche Senkung der Debit-DMIF auf 0,1 %.

D.

D.a Mit Zwischenverfügung vom 2. November 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um superprovisorischen Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahme ab und lud die Vorinstanz auf, bis zum 4. Dezember 2023 insbesondere zum Rechtsbegehren 1 der Beschwerde Stellung zu nehmen.

D.b Mit Schreiben vom 23. November 2023 ersuchte das Sekretariat das Bundesverwaltungsgericht, die Frist zur Einreichung der Vernehmlassung und der Vorakten bis zum 17. Januar 2023 zu erstrecken.

Mit Zwischenverfügung vom 27. November 2023 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Fristerstreckungsgesuch antragsgemäss gut.

D.c Im Schreiben vom 7. Dezember 2023 ans Bundesverwaltungsgericht kritisierte die Beschwerdeführerin die gewährte Fristerstreckung und erklärte, gleichwohl verzichte sie auf förmliche Schritte gegen "diese übermässige Fristerstreckung", auch wenn die Vorinstanz bereits im Vorverfahren trotz Dringlichkeit den Rechtsschutz verschleppt habe.

Diese Eingabe ging am 8. Dezember 2023 an die Vorinstanz.

E.

E.a Am 20. Dezember 2023 reichten A. _____ sowie B. _____ (im Folgenden auch: die Gesuchstellerinnen) beim Bundesverwaltungsgericht folgende Gesuchsanträge ein:

- "(1) A. _____ sei als Gegenpartei (Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 1 VwVG) in das Beschwerdeverfahren von Visa miteinzubeziehen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Visa einschliesslich Beilagen seien ihr zur Kenntnis zu bringen und es sei ihr Frist zur Vernehmlassung anzusetzen.
- (2) Eventualiter sei A. _____ als beigeladene Dritte mit Parteistellung (Nebenpartei; Art. 57 Abs. 1 VwVG) in das Beschwerdeverfahren von Visa miteinzubeziehen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Visa einschliesslich Beilagen seien ihr zur Kenntnis zu bringen und es sei ihr Frist zur Vernehmlassung anzusetzen.
- (3) Subeventualiter sei A. _____ als andere Beteiligte ohne Parteistellung (Art. 57 Abs. 1 VwVG) in das Beschwerdeverfahren von Visa miteinzubeziehen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Visa einschliesslich Beilagen seien ihr zur Kenntnis zu bringen und es sei ihr Frist zur Vernehmlassung anzusetzen.
- (4) Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von Visa."

Zur Begründung führen die Gesuchstellerinnen an, Streitgegenstand sei einzig, ob Visa die vom Sekretariat als kartellrechtlich unzulässig erachtete "Visa CP Debit IF" bis zum Abschluss der Untersuchung ohne Sanktionsrisiko anwenden könne. Da sich die Antwort auf diese Frage unmittelbar auf ihre Wettbewerbs- und Rechtsposition auswirke, hätten sie ein berechtigtes Interesse, ins Beschwerdeverfahren einbezogen zu werden.

E.b Mit Zwischenverfügung vom 21. Dezember 2023 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz, sich zu diesem Gesuch bis zum 17. Januar 2024 vernehmen zu lassen.

E.c Am 11. Januar 2024 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme ein mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Anträge Ziff. 1 bis 3 von A. _____ betreffend die Parteistellung, Beiladung bzw. Einbezug als weitere Beteiligte seien abzuweisen.
2. Eventualiter seien die Anträge Ziff. 1 und 2 von A. _____ betreffend die Parteistellung und die Beiladung abzuweisen, und sei die Teilnahme von A. _____ auf die einer Beteiligten ohne Parteistellung (weitere Beteiligte) zu beschränken.
3. Der Antrag Ziff. 4 von A. _____ betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von Visa sei abzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von A. _____, soweit durch sie verursacht. Im Übrigen seien die Kosten, soweit durch die Vorinstanz verursacht, auf die Staatskasse zu nehmen."

Zusätzlich stellt die Beschwerdeführerin den Verfahrensantrag:

"Sollte A. _____ gemäss ihren Anträgen Ziff. 1, 2 oder 3 am Verfahren beteiligt werden, seien künftig ihr und der Vorinstanz gleichlaufende, kurze und nicht erstreckbare Fristen von maximal 10 Tagen zur Vernehmlassung anzusetzen."

Zur Ablehnung eines Verfahrenseinbezugs von A._____ wird vorgebracht, deren Gesuch sei unbegründet, unzulässig und mit untragbaren Nachteilen für Visa verbunden.

E.d Mit Eingabe vom 17. Januar 2024 verzichtet die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zum Gesuch von A._____.

E.e Mit Zwischenverfügung vom 18. Januar 2024 wurden beide Stellungnahmen den Verfahrensbeteiligten und den Gesuchstellerinnen zur Kenntnis gebracht.

F.

F.a Mit Vernehmlassung vom 15. Januar 2024 (Eingang am 18. Januar 2024) beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen und auf den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen sei zu verzichten.

Zur Begründung führt die Vorinstanz insbesondere aus, die beantragte vorsorgliche Massnahme zielt auf eine Beseitigung des Sanktionsrisikos, obschon die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht gegeben seien. In ihrer Beschwerde gehe die Beschwerdeführerin auf das Kernargument nicht ein, dass das Widerspruchsverfahren die Beseitigung des Sanktionsrisikos einer möglicherweise sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkung abschliessend regle.

F.b Mit Zwischenverfügung vom 18. Januar 2024 wurde die Vernehmlassung der Vorinstanz der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht.

F.c Auf Gesuch der Beschwerdeführerin vom 19. Januar 2024 hin, wurde ihr am 22. Januar 2024 antragsgemäss Frist gesetzt, bis zum 29. Januar 2024 eine allfällige Replik einzureichen.

F.d Mit elektronischer Eingabe vom 29. Januar 2024 hält die Beschwerdeführerin an den Rechtsbegehren ihrer Beschwerde vollumfänglich fest.

Sie bringt im Wesentlichen vor, mit ihrer Weigerung, während der Untersuchung die bereits gesenkten Visa-Interchange-Gebühren vom Bussgeldrisiko zu befreien, zeige die Vorinstanz ihre wahre Absicht: Sie wolle eine Untersuchung vermeiden und ohne seriöse Abklärung sowie ohne ökonomische und rechtliche Grundlage die von den Händlern angestrebte Senkung der Interchange-Gebühr auf 12 Basispunkte durchsetzen. Damit müsse sie sich regulatorische Kompetenzen an.

Sollte Visa ihre Sätze "freiwillig" auf das propagierte Niveau absenken, werde die Vorinstanz - wegen Wegfalls des Gegenstandes der Untersuchung - diese wohl einstellen. Dieses "Buebetrickli" dürfe nicht gelingen. Nur die angebehrte vorsorgliche Massnahme könne verhindern, dass die Vorinstanz die Untersuchung ausheble und willkürlich reguliere. In einem Rechtsstaat könne es nicht angehen, dass eine Wettbewerbsbehörde - vom öffentlichen Druck zum Handeln veranlasst - nach Gutdünken willkürlich wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen wie DMIF-Sätze für zulässig oder für zu hoch erkläre, ohne dass dies ernsthaft untersucht werde.

F.e Diese Eingabe wurde der Vorinstanz am 31. Januar 2024 zur Kenntnis gebracht unter Ansetzung einer Frist bis 12. Februar 2024 für eine allfällige Stellungnahme.

Mit Duplik vom 12. Februar 2024, welche an die Beschwerdeführerin übermittelt wurde, hält die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung fest.

F.f Mit einer unaufgefordert eingereichten Triplik vom 21. Februar 2024 hält die Beschwerdeführerin mit einlässlicher Begründung an ihrer Beschwerde fest.

G. Auf die einzelnen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das Urteil erheblich sind, nachfolgend eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2014 E. 1 m.H.).

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Der angefochtene Entscheid vom 25. September 2023, in welchem das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen wird, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG (Urteil B-4637/2013 E. 1.1 m.H.). Somit ist das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.2 Ein Entscheid über die Anordnung (bzw. Nichtanordnung) vorsorglicher Massnahmen gilt als Zwischenverfügung (Urteil des BGer 2C_876/2021 vom 2. November 2022 E. 1.2 m.H.).

Dagegen ist nach Art. 46 Abs. 1 VwVG die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Bst. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b). Der nicht wiedergutzumachende Nachteil muss nach VwVG - im Unterschied zu Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG - nicht rechtlicher Natur sein. Vielmehr genügt für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (BGE 130 II 149 E. 1.1 m.H.; Urteil des BVGer B-8093/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3.1 m.H.). Nicht verlangt wird, dass ein wirtschaftlicher Nachteil nie wiedergutmacht werden kann. Vielmehr genügt bereits ein schutzwürdiges Interesse daran, eine vorsorgliche Massnahme unverzüglich zu erlassen, ohne auf den Endentscheid warten zu müssen (Urteil des BVGer B-161/2021 vom 30. September 2021 E. 6; Urteil B-4637/2013 E. 1.3 m.H.). Nicht erforderlich ist auch, dass er tatsächlich entsteht; vielmehr reicht es aus, dass er entstehen oder nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann. Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (Urteil B-8093/2015 E. 3.1 m.H.).

Bewirkt eine Zwischenverfügung keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, kann sie erst mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 46 Abs. 2 VwVG). Damit soll verhindert werden, dass die

Beschwerdeinstanz Zwischenentscheide überprüfen muss, die durch einen günstigen Endentscheid der Vorinstanz für die betroffene Person jeden Nachteil verlieren würden. Die Rechtsmittelinstanz soll sich in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen und sich nicht bereits in einem frühen Verfahrensstadium ohne genügend umfassende Sachverhaltskenntnis teilweise materiell festlegen müssen (BGE 135 II 30 E. 1.3.2; Urteil B-8093/2015 E. 3.1 m.H.).

Vorliegend verweigert die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Ergebnis eine sanktionsaussetzende Zusicherung. In dieser Situation lässt sich der Beschwerdeführerin ein wirtschaftliches Interesse nicht absprechen, von der Vorinstanz verbindlich zu erfahren, ob ihre nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gemeldeten und seit dem 1. Juli 2023 für Transaktionen mit Debitkarten in der Schweiz verwendeten Interchange Fee-Sätze für die Dauer der Untersuchung zulässig und insofern nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG direkt sanktionierbar sind. Somit ist der - für das Eintreten auf die Beschwerde erforderliche - nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG zu bejahen.

1.3 Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Während die Wettbewerbskommission den Erlass der angebehrten vorsorglichen Massnahme ablehnt, weil diese im Widerspruch zu Art. 49a KG stünde und schon deshalb nicht verfügt werden dürfe (angefochtene Verfügung Rz. 50-58; Vernehmlassung Rz. 20 f.), hält die Beschwerdeführerin die Massnahme für rechtlich zulässig, notwendig, verhältnismässig und äusserst dringlich, um für die Dauer der Untersuchung Rechtssicherheit für alle beteiligten Akteure herzustellen (Beschwerde Rz. 39 ff.; Stellungnahme vom 11. Januar 2024, Rz. 26).

3.

3.1 Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

3.2 Art. 49a Abs. 1 KG (mit der Marginalie "Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen") sieht Folgendes vor:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel

7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

Nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entfällt diese Belastung, wenn:

"das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;"

Die Einzelheiten zur Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG sind in den Art. 15-19 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) geregelt.

Insbesondere Art. 19 SVKG (mit der Marginalie "Widerspruchsverfahren") hält präzisierend fest, dass für den gemeldeten Sachverhalt eine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG entfällt, wenn dem Unternehmen innerhalb von fünf Monaten nach Eingang der Meldung keine Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 KG mitgeteilt wird.

3.3

3.3.1 Nach Lehre und Rechtsprechung kann die Vorinstanz in kartellrechtlichen Untersuchungen vorsorgliche Massnahmen treffen, obschon das Kartellgesetz diese nicht ausdrücklich vorsieht (Urteil 2C_876/2021 E. 1.2 mit Verweis auf BGE 130 II 149 E. 2.1).

Solche Massnahmen zielen darauf ab, die Wirksamkeit einer allenfalls anzuordnenden Verfügung sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt (BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil des BVGer B-161/2021 vom 30. September 2021 E. 165).

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; ihr steht dabei ein erhebliches Ermessen zu (Urteil 2C_876/2021 E. 2.1).

3.3.2 Im Rahmen von kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungen ist Folgendes zu beachten. Vorsorgliche Massnahmen sind erst anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist und nicht schon dann, wenn private Interessen der gesuchstellenden Partei beeinträchtigt zu werden drohen, was auf dem zivilrechtlichen Weg zu verfolgen wäre (BGE 130 II 149 E. 2.4, 3.3, 3.4.1, 3.4.4, 3.5; MARKUS SCHOTT, in: Amstutz/ Reinert [Hrsg.], BSK KG, 2. Aufl. 2021, Art. 39 Rz. 93).

Die Prüfung, ob überwiegende öffentliche Interessen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sprechen, ist Teil der materiellen Prüfung, die sich auf sämtliche weiteren (Teil-)Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher

Massnahmen bezieht (SCHOTT, BSK KG, a.a.O., Art. 39 Rz. 93). Daher müssen - neben dem Vorliegen einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung, an deren Beseitigung ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (BGE 130 II 149 E. 3.4.1, E. 3.4.4) - für den Erlass vorsorglicher Massnahmen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 f.; SCHOTT, BSK KG, a.a.O., Art. 39 Rz. 95 ff.): 1. Günstige Entscheidprognose (Hauptsachenprognose), 2. nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose), 3. Dringlichkeit und 4. Verhältnismässigkeit, d. h. Eignung und Erforderlichkeit, um den wahrscheinlich vorliegenden Nachteil für den wirksamen Wettbewerb (BGE 130 II 149 E. 3.5) abzuwenden.

4.

4.1 Die Vorinstanz hält die beantragte vorsorgliche Anordnung, dass "die Interchange Fee Regelung (...) zu den Sätzen, wie sie in der Meldung vom 22. Mai 2023 gemeldet und per 1. Juli 2023 in Kraft gesetzt wurden, bis zum Abschluss der Untersuchung (...) als zulässig gelten" soll, für kartellgesetzwidrig und bereits deshalb für ausgeschlossen:

Angesichts der Meldung vom 22. Mai 2023 zur "geplanten Einführung dauerhafter inländischer Interchange Fees für Visa Debit / V PAY" und der am 27. Juni 2023 fristgerecht eröffneten Untersuchung sei nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG das Sanktionsrisiko wiederaufgelebt. Da die Verfahrenseröffnung kein Verbot des gemeldeten Verhaltens bedeute, habe die Beschwerdeführerin ihre für zulässig erachteten Interchange Fee-Sätze ab dem 1. Juli 2023 implementieren können. Doch damit trage sie, wie auch die mitbeteiligten Issuer und Acquirer, ein Sanktionsrisiko, sollten sich die Gebührensätze im Rahmen der Untersuchung als kartellgesetzwidrig erweisen (angefochtene Verfügung Rz. 54).

Bei dieser Ausgangslage zielten die verlangten vorsorglichen Massnahmen einzig darauf ab, die in Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene Sanktionsandrohung "auszuhebeln", obwohl die Voraussetzungen für ein Entfallen des Sanktionsrisikos gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG nicht vorlägen. Im Sinne der in BGE 135 II 60 entwickelten Rechtsprechung sei es rechtswidrig, das mit eröffneter Untersuchung nach Art. 49a KG wiederaufgelebte Sanktionsrisiko durch vorsorgliche Massnahmen zu beseitigen (angefochtene Verfügung Rz. 55; Vernehmlassung Rz. 11, 20 ff.).

Die von der Beschwerdeführerin beklagte Rechtsunsicherheit bestehe nicht. Das Sekretariat habe eine weitgehende konkretisierende Beurteilung der Rechtslage vorgenommen. Der Beschwerdeführerin sei in der Vorabklärung mehrfach erklärt worden, inwiefern Debitkarten-DMIF zulässig seien und dass die Frage der Zulässigkeit höherer Interchange Fees einer vertieften Untersuchung bedürfe. Gestützt darauf habe die Beschwerdeführerin erkennen können, welches Sanktionsrisiko sie bei der Umsetzung ihres Verhaltens eingehe (angefochtene Verfügung Rz. 56).

4.2 Dem hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, wegen der voraussichtlich langen Untersuchungsdauer sei es für die Rechtssicherheit aller beteiligten Akteure im inländischen Debit-Zahlungsmittelsystem

äusserst wichtig, dass schnellstmöglich bis zum Abschluss der Untersuchung eine Übergangslösung zur zulässigen Maximal-Höhe der Interchange-Gebühr beziehungsweise der gegenwärtig angewendeten DMIF bereitgestellt werde. Denn angesichts der eröffneten Untersuchung sei nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG das Risiko eines Bussgeldes wiederaufgelebt. Mit ihrer Weigerung, eine Übergangslösung zu treffen, habe die Vorinstanz die Branche "in rechtsunsichere Gewässer" gezwungen. Daher sei das vorliegende Verfahren darauf gerichtet, die Rechtssicherheit bis zum Abschluss der Untersuchung wiederherzustellen (Beschwerde Rz. 7 ff.).

Trotz intensiver Bemühungen und der mehrfach mitgeteilten Bereitschaft, die DMIF für Debitkarten substanziell zu senken, habe mit dem Sekretariat bisher keine einvernehmliche Lösung gefunden werden können (Beschwerde Rz. 29). Der "Debit Safe Harbour" sei ausgelaufen und es seien weder eine Übergangslösung noch die beantragte vorsorgliche Massnahme getroffen worden (Beschwerde Rz. 38). Diese sei nicht rechtswidrig, sondern vielmehr zulässig und im Interesse der Rechtssicherheit notwendig (Beschwerde Rz. 39 ff.):

Zwar sei das "(implizite) Argument der Vorinstanz" grundsätzlich nachvollziehbar, "dass im Kartellrecht nicht bei jeder Untersuchungseröffnung mit dem Argument der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheit mittels vorsorglicher Massnahmen das Sanktionsrisiko ausgehebelt werden" dürfe. Doch liege eine solche Situation hier gerade nicht vor. Vielmehr sei "erheblich von klassischen Fällen einer Untersuchungseröffnung zu differenzieren" (Beschwerde Rz. 46):

Vorliegend gehe es um die jahrelang bestehende DMIF, welche nun willkürlich und ohne Datenbasis auf ein - lediglich durch die Händler - bevorzugtes Niveau gesenkt werden soll. Die durch die verweigerte vorsorgliche Festlegung der zulässigen maximalen Debit-DMIF bewirkte Rechtsunsicherheit, verbunden mit der Aussage, eine DMIF in Höhe von 0,10 % zuzulassen, erzeuge einen erheblichen Druck auf die Marktteilnehmer, die Debit-DMIF auf dieses Niveau zu senken. Damit würde ein *fait accompli* geschaffen und die Vorinstanz könnte "nach Erreichung der offensichtlichen Zielsetzung des Sekretariats" die Untersuchung mangels Anhaltspunkte für einen Verstoss einstellen. Die sich daraus ergebende Maximal-Höhe der DMIF für Debitkarten würde - ohne Untersuchung der ökonomisch angemessenen Höhe - einseitig im Sinne der Händler festgelegt (Beschwerde Rz. 51).

Im Unterschied zur Situation in BGE 135 II 60 habe Visa seit über zehn Jahren eine wettbewerbskonforme DMIF auf dem Markt etabliert, zu den Bedingungen wie mit dem Sekretariat vereinbart, und verlange vorliegend weder eine Verfügung über die Zulässigkeit der DMIF noch die Eröffnung einer Untersuchung. Eine solche laufe jetzt. Verlangt werde eine vorsorglich verfügte Übergangslösung zum Status quo beziehungsweise zu einem - aus Sicht der Händler - sogar besseren Status mit niedrigeren DMIF-Sätzen. Ohne Übergangslösung bestehe die Gefahr, dass die Issuer einen erheblichen Umsatzeinbruch hinnehmen müssten und das "sensible Zahlkartensystem" aus dem Gleichgewicht gerate. Dies sei auch das Ergebnis der Vereinbarung von 2009, welche klar auf eine Verlängerung in einem akzeptablen neuen "Framework"

hinweise und daher gerechtfertigte Erwartungen geweckt habe (Beschwerde Rz. 53).

5.

Vorsorgliche Massnahmen sind (wie bereits in E. 3.3.2 erwähnt) erst anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist und nicht schon dann, wenn private Interessen der gesuchstellenden Partei beeinträchtigt zu werden drohen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.4, 3.3, 3.4.1, 3.4.4, 3.5).

Zwar kann der Begriff der "Rechtssicherheit" grundsätzlich durchaus unter denjenigen der "öffentlichen Interessen" subsumiert werden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 480). So wie ihn aber die Beschwerdeführerin im laufenden Verfahren verwendet, wird ersichtlich, dass es ihr nicht um den Schutz des wirksamen Wettbewerbes, sondern einzig darum geht, nicht das nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG bestehende Sanktionsrisiko tragen zu müssen. Der Begriff der "Rechtssicherheit" wird hier somit ausschliesslich im Zusammenhang mit rein privaten Interessen der Beschwerdeführerin geltend gemacht.

Wie die Vorinstanz richtig anmerkt, soll die beantragte "vorsorgliche Massnahme" für die Beschwerdeführerin (sowie für Issuer und Acquirer) insofern "Rechtssicherheit" schaffen, als diese ohne Sanktionsrisiko die gemeldeten höheren Interchange Fee-Sätze anwenden können (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 51, 54). Angestrebt wird nicht eine "Anordnung" als (notwendige) "Übergangslösung" (Beschwerde Rz. 4, 7 ff., 30, 34, 38, 54, 72 ff., 81), sondern letztlich eine (zeitlich befristete) Freistellung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG.

Die Frage der materiellrechtlichen Zulässigkeit eines wettbewerbswirksamen Verhaltens haben meldende (wie auch nicht meldende) Unternehmen indessen im Rahmen ihrer privatrechtlichen Vertragsfreiheit selbst zu beurteilen, ohne dass hierfür im Kartellgesetz sanktionsbefreiende Rechtsinstitute, welche über Art. 49a Abs. 3 KG hinausgehen, vorgesehen sind. Meldende Unternehmen sollen gestützt auf das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen können, um ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen zu können (BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Insofern bezweckt diese Norm Rechtssicherheit zur Frage eines allenfalls bestehenden Sanktionsrisikos zu schaffen, was eine abstrakte Konformitätsprüfung von gemeldeten Verhaltensweisen grundsätzlich ausschliesst.

Setzt daher die Beschwerdeführerin, wie hier, ihr gemeldetes Verhalten um, hat sie auch das Risiko zu tragen, dass sich die Einschätzung des Sekretariats im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung später erhärten könnte. Wie das Bundesgericht bereits in einem vergleichbaren Fall festgehalten hatte, liegt hierin keine stossende Rechtsschutzlücke vor, zumal es der Beschwerdeführerin jederzeit frei steht, die Ausgestaltung der umstrittenen Abrede den Überlegungen des Sekretariats beziehungsweise der Wettbewerbskommission im laufenden Untersuchungsverfahren anzupassen und hernach im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG - ohne ein Sanktionsrisiko - allenfalls ein neues Melde- und Widerspruchsverfahren einzuleiten (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.5).

In diesem Sinne hat das Bundesgericht - in Bestätigung der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung im Urteil B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 (E. 3 ff.) - erkannt, die Absehbarkeit der Sanktion aufgrund einer durch das Sekretariat im Einzelfall gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgängig konkretisierten Beurteilung der Rechtslage sei der entscheidende Faktor. Teile des betroffenen Unternehmens die Einschätzung des Sekretariats nicht, trage es das entsprechende (direkte) Sanktionsrisiko, falls es seine Verhaltensweise dennoch um- oder fortsetze und die Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren (bzw. die Rechtsmittelinstanzen im Anschluss hieran) zur gleichen Beurteilung komme wie zuvor bereits das Kommissionssekretariat (BGE 135 II 60 E. 3.4).

Insofern ist nach Ansicht des Bundesgerichts das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG als kartellrechtliches Sonderverfahren ausgestaltet, das zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führen kann. Vielmehr soll es als "Vorverfahren sui generis" den Betroffenen in Konkretisierung der offen formulierten Gesetzesgrundlage eine eigene Einschätzung der Zulässigkeit der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkung erlauben (BGE 135 II 60 E. 2.-3.2). Da Art. 49a KG und Art. 26-30 KG eine eigenständige Verfahrensregelung vorsehen, schliesst dies gemäss höchststrichterlicher Rechtsprechung einen selbständigen Feststellungsentcheid über die Unzulässigkeit beziehungsweise Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aus (BGE 135 II 60 E. 3.3.1 f.).

Vorliegend läuft das von der Beschwerdeführerin gewählte Vorgehen, ihre gestützt Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingereichten Meldungen vom 22. Mai 2023 und 28. Juni 2023 verbunden mit der beantragten vorsorglichen Massnahme auf eine von der Vorinstanz geforderte "Zulässigkeitserklärung" hinaus, womit im Ergebnis eine mit der gesetzlichen Ordnung nicht vereinbare "sanktionsaussetzende Freistellung" angestrebt wird.

Im Sinne der Erwägungen der Vorinstanz kann es hier keinen Unterschied machen, dass im von der Beschwerdeführerin erwähnten bundesverwaltungsgerichtlichen Urteil B-4037/2007 (vgl. Beschwerde Rz. 49 ff.) im Ergebnis die abstrakte Feststellung der Zulässigkeit der gemeldeten DMIF-Abrede gefordert worden war, oder vorliegend die konkrete Höhe einer bestimmten DMIF (vorübergehend für die Dauer der Untersuchung) als zulässig erklärt werden soll. Die von der Beschwerdeführerin geforderte "vorsorgliche Massnahme" ist mit der entsprechenden, jedoch kartellgesetzlich unzulässigen Feststellungsverfügung funktionell gleichwertig.

Mit anderen Worten steht der mit dem Massnahmengesuch im Ergebnis angestrebte Sanktionsausschluss (jedenfalls für die Dauer der Untersuchung) im Widerspruch zu der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktionsregelung (bzw. Sanktionsausschlussregelung), wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat.

Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass einer vorläufigen Massnahme als gesetzeswidrig abgewiesen hat. Eine Verletzung von Bundesrecht liegt nicht vor.

6.

6.1 Die Beschwerde erweist sich somit bereits aus diesem Grund als unbegründet und ist abzuweisen.

Unter diesen Umständen ist auf die Argumente und Beweismittel, welche sich auf die Höhe der beanspruchten Interchange Fees beziehen, nicht mehr weiter einzugehen.

6.2 Soweit im Ersuchen um ein Superprovisorium (vgl. Beschwerdeantrag Ziffer 2) sinngemäss auch ein Antrag auf vorsorgliche Massnahmen für das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren enthalten sein sollte, wird dieses mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

6.3 Mit der Abweisung der Beschwerde wird auch im Sinne der Gesuchstellerinnen entschieden, welche in ihrem Gesuch vom 20. Dezember 2023 implizit die "Aufrechterhaltung" der angefochtenen Verfügung (a.a.O., Rz. 10), somit die Abweisung der Beschwerde fordern. Die Frage, ob sie, wie von ihnen beantragt, als Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG ins Beschwerdeverfahren aufzunehmen sind, kann unter diesen Umständen offengelassen werden.

Indessen ist das vorliegende Urteil den Gesuchstellerinnen gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG zur Kenntnis zu bringen.

6.4 Der Verfahrensantrag 3, mit welchem die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

7.

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das für die Kostenverteilung massgebende Ausmass des Unterliegens ist aufgrund der gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen (MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/ Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 63 N. 13). Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2).

Sie ist vorliegend auf Fr. 20'000.- festzusetzen und der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- entnommen.

7.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG hat eine obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. auch Art. 7 ff. VGKE). Obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Da die Beschwerdeführerin unterliegt, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Gesuchstellerinnen haben keine Anträge in der Sache gestellt, weshalb sie ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Tripplik der Beschwerdeführerin vom 21. Februar 2024 geht zur Kenntnis an die Vorinstanz.

2.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

4.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht zur Kenntnis an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz, das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung sowie die Gesuchstellerinnen.

[Rechtsmittelbelehrung]

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (per Kurier)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0523; Beilage gemäss Ziff. 1; per Kurier)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde)
- A. _____ und B. _____, (...), beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marcel Meinhardt und Rechtsanwältin Sinem Süslü, Lenz & Staehelin, (...) (Gerichtsurkunde)

B 3	2. Abschreibungsentscheid vom 3. Juli 2024 A. gegen WEKO – Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung (mit superprovisorischem Antrag auf vorsorglichen Rechtsschutz)

Abschreibungsentscheid B2588/2024 vom 3. Juli 2024 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen A. (...), vertreten durch (...), Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, (...), Vorinstanz. Gegenstand: Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung (mit superprovisorischem Antrag auf vorsorglichen Rechtsschutz)

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 27. Juni 2023 gegen B. _____ eine Untersuchung eröffnete (act. I.1);

dass A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 5. Juli 2023 ein Gesuch um Parteistellung in der Untersuchung gegen B. _____ stellte (act. I.5);

dass diese Eingabe am 12. Juli 2023 B. _____ zur Stellungnahme überwiesen (act. I.7) und die Beschwerdeführerin darüber informiert wurde, dass nach Fristablauf - vorbehaltlich eines allfälligen zweiten Schriftenwechsels - über das Gesuch befunden werden würde (act. I.8);

dass B. _____ am 17. August 2023 die Abweisung des Gesuchs um Parteistellung beantragte, da die Beschwerdeführerin von der fraglichen Untersuchung weder konkret noch individuell betroffen sei (act. I.16);

dass sich die Beschwerdeführerin am 19. März 2024 beim Sekretariat nach dem Verfahrensstand erkundigte und um Rückmeldung bis Ende März 2024 erbat, bis wann sie als Partei zugelassen werden würde (act. I.38);

dass am 23. März 2024 der gesamte 47-seitige Antrag des Sekretariats zur einvernehmlichen Regelung an B. _____ (act. I.39) sowie insbesondere die Beschwerdeführerin (act. I.41) versandt wurde, wobei alle Betroffenen Gelegenheit erhielten, dazu Stellung zu nehmen (mit gleichzeitigem Hinweis darauf, dass das Geschäft für die WEKO-Plenarsitzung vom 6. Mai 2024 traktandiert sei);

dass das Sekretariat in seinem Antrag vorschlug, der Beschwerdeführerin sei in der Untersuchung keine Parteistellung zu gewähren;

dass die Beschwerdeführerin am 10. April 2024 das Sekretariat ersuchte, unverzüglich, das heisst innerhalb von fünf Tagen, eine anfechtbare Verfügung zu ihrer Parteistellung zu erlassen, da die Vorinstanz am 6. Mai 2024 über den Sekretariats-Antrag entscheiden werde (act. I.51);

dass das Sekretariat der Beschwerdeführerin am 12. April 2024 mitteilte, die Vorinstanz werde voraussichtlich am 6. Mai 2024 über ihren Antrag auf Parteistellung entscheiden und es ihr, der Beschwerdeführerin, freistehe, sich auch hierzu in ihrer Stellungnahme zu äussern (act. I.52);

dass die Beschwerdeführerin am 17. April 2024 in einem direkt an die Präsidentin der Vorinstanz gerichteten

Schreiben erneut den unverzüglichen Erlass einer anfechtbaren Verfügung zu ihrer Parteistellung beantragte und dafür Frist setzte bis zum 24. April 2024 (act. I.55);

dass die Beschwerdeführerin in einer weiteren Stellungnahme vom 17. April 2024 an ihren Anträgen auf Parteistellung und Akteneinsicht festhielt und insbesondere forderte, die einvernehmliche Regelung mit B. _____ sei in der gegenwärtigen Form nicht gutzuheissen, sondern es sei gestützt auf ihre neuen Vorschläge unter Einbezug aller wesentlichen Marktteilnehmer eine umfassende Lösung anzustreben (act. I.57);

dass die Beschwerdeführerin am 26. April 2024 auf elektronischem Weg eine "Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung durch die Wettbewerbsbehörden mit superprovisorischem Antrag auf vorsorglichen Rechtsschutz" einreichte (Eingang beim BVGer am Freitag, den 26. April 2024, spätnachmittags) mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Vorinstanz sei anzuweisen, A. _____ unverzüglich Parteistellung im Verfahren (...) zu erteilen.
2. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, unverzüglich eine Verfügung betreffend Parteistellung von A. _____ zu erlassen. Diese Anweisung sei unter Fristansetzung von maximal 14 Tagen anzuordnen.
3. Subeventualiter sei bei Annahme einer materiellen Verfügung die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und es sei A. _____ die Parteistellung im Verfahren (...) zu gewähren.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse."

dass die Beschwerdeführerin zusätzlich zwei Verfahrensanträge stellt:

- "1. Es sei den Wettbewerbsbehörden vorsorglich superprovisorisch zu untersagen, über den Antrag des Sekretariats betreffend Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit B. _____ vom 21. März 2024 zu entscheiden, bis über die Parteistellung von A. _____ rechtskräftig entschieden wurde.
2. Die Akten der Vorinstanz seien dem Verfahren beizuziehen."

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 29. April 2024 auf den Verfahrensantrag 1 nicht eintrat, was in der Folge unangefochten blieb;

dass am 6. Mai 2024 die Vorinstanz die zwischen dem Sekretariat und B. _____ abgeschlossene einvernehmliche Regelung genehmigte und den Antrag der Beschwerdeführerin auf Parteistellung abwies, was diese in der Folge nicht anfocht;

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 27. Mai 2024 beantragt, die Beschwerde sei "als gegenstandslos abzuschreiben" unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin, da diese - im Lichte einer summarischen Einschätzung der Prozessaussichten vor Eintritt

der Gegenstandslosigkeit - als unterlegene Partei anzusehen sei;

dass die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 21. Juni 2024 auf einen formellen Antrag verzichtet und erklärt, sie habe die vorinstanzliche Verfügung vom 6. Mai 2024 nicht angefochten, weshalb die Frage der Parteistellung "in der Tat endgültig entschieden" sei.

Das Bundesverwaltungsgericht erwägt,

dass gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung jederzeit Beschwerde geführt werden kann (Art. 46a i.V.m. Art. 50 Abs. 2 VwVG);

dass das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist, da die Rechtsverweigerungsbeschwerde bei derjenigen Rechtsmittelinstanz erhoben werden muss, die für die Beurteilung der unterbliebenen Verfügung zuständig wäre (vorliegend Art. 39 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. f VGG);

dass der Streitgegenstand eines Verfahrens nach Art. 46a VwVG nur die Verzögerung oder Verweigerung der angebehrten Verfügung sein kann (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 46a VwVG N. 42), weshalb das schutzwürdige Interesse an einer Beschwerdeerhebung einzig darin gesehen wird, die säumige Behörde zu einem aktiven Handeln zu bewegen (Urteil C-3671/2021 E. 1.2, m.w.H.);

dass eine Rechtsverweigerungsbeschwerde wegen dahingefallenen Rechtsschutzinteresses gegenstandslos wird und das Beschwerdeverfahren abzuschreiben ist, wenn während ihrer Rechtshängigkeit die verlangte Verfügung - hier die vorinstanzliche Verfügung vom 6. Mai 2024 - erlassen wird, es sei denn, es bestehe weiterhin ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Rechtsverweigerungsbeschwerde (vgl. für viele BVGE 2010/29 E. 1.2.2 mit Hinweisen; Urteil des BVerG A-2040/2006 vom 17. April 2007 E. 4; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 46a VwVG N. 6);

dass die Beschwerdeführerin ein solches, auch gegenwärtig noch bestehendes schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdebeurteilung in ihrer Stellungnahme vom 21. Juni 2024 nicht geltend macht und sich auch nicht der von der Vorinstanz mit Recht beantragten Abschreibung dieses Verfahrens widersetzt;

dass daran auch ihre Rüge nichts ändert, es könnte "künftig immer wieder" die Situation auftreten, dass die Vorinstanz eine anfechtbare Verfügung "verweigere", bis die Frage aufgrund des Abschlusses der Untersuchung hinfällig geworden sei;

dass die Beschwerdeführerin dieses Argument offensichtlich einzig anführt, um der vorinstanzlichen Ansicht zu widersprechen, die Beschwerde sei bereits im Zeitpunkt der Einreichung aussichtslos gewesen, was ihre Kostentragungspflicht begründen würde;

dass somit - mangels Widerspruchs der Beschwerdeführerin gegen eine Abschreibung - die Instruktionsrichterin nach Art. 23 Abs. 1 Bst. a VGG als Einzelrichterin über

die Abschreibung des gegenstandslos gewordenen Verfahrens zu entscheiden hat;

dass beim Gegenstandsloswerden eines Verfahrens die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei aufzuerlegen sind, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]);

dass vorliegend zwar die Vorinstanz durch Erlass der strittigen Verfügung am 6. Mai 2024 faktisch die Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens bewirkte;

dass indessen die folgende summarische Würdigung insbesondere die unbestrittene zeitlichen Abfolge der Ereignisse und die fragwürdigen Prozessaussichten der Beschwerdeführerin erkennen lassen, dass dies keineswegs als Unterziehen der Vorinstanz gewertet werden kann, wie diese zutreffend anführt (Vernehmlassung vom 27. Mai 2024 Ziff. 10 ff.);

dass für die Verlegung der Kosten daher auf die Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes abzustellen ist, wobei die Erfolgsaussichten summarisch und in der gebotenen Kürze zu beurteilen sind (Urteil des BVerG A-2886/2022 vom 19. Juni 2023 E. 7.3 m.H.);

dass dabei davon auszugehen ist, dass auf die Beschwerde von vornherein insoweit nicht einzutreten gewesen wäre, als die Beschwerdeführerin beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihr unverzüglich die Parteistellung zu erteilen (siehe dazu die vorangehenden Ausführungen zum Streitgegenstand);

dass der Abgrenzung zwischen Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt, da die Rechtssuchenden dasselbe Ziel verfolgen, nämlich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung innert angemessener Frist, wobei der Unterschied einzig darin besteht, dass bei der Rechtsverweigerungsbeschwerde zu prüfen ist, ob sich die Vorinstanz zu Recht weigert, die Angelegenheit zu behandeln, während bei der Rüge der Rechtsverzögerung nur zu klären ist, ob das Verfahren allzu lange dauert (Urteil A-2886/2022 E. 7.4 m.H.);

dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Beschwerdeführung übersieht, dass zwar gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung grundsätzlich jederzeit Beschwerde geführt werden kann (Art. 50 Abs. 2 VwVG), der entsprechende Zeitpunkt aber nicht völlig im Belieben eines Beschwerdeführenden steht, sondern vom Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt wird (Urteil des BVerG B-5343/2022 vom 4. Dezember 2023 E. 1.3);

dass die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Parteistellung am 5. Juli 2023 stellte, es aber während einer Periode von mehr als acht Monaten unterliess, sich beim Sekretariat nach dem Verfahrensstand hinsichtlich ihrer Parteistellung zu erkundigen;

dass die Beschwerdeführerin bis zum 19. März 2024, als sie sich in dieser Sache ans Sekretariat wandte, auch darauf verzichtete, eine Rechtsverzögerungs- beziehungsweise Rechtsverweigerungsbeschwerde einzureichen;

dass die Beschwerdeführerin mehr als einen Monat vor Einreichung ihrer Beschwerde vom Sekretariat über den Antrag vom 23. März 2024 unterrichtet worden war und auch wusste, dass die Vorinstanz beabsichtigte am 6. Mai 2024 über die strittige Parteistellung zu befinden;

dass sich die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen am 26. April 2024, als sie Beschwerde erhob, nicht in guten Treuen veranlasst sehen konnte, ein Rechtsverweigerungsverfahren anzustreben, zumal äusserst zeitnah, d. h. neun Tage später, der entsprechende Entscheid folgen sollte;

dass im Rahmen einer summarischen Beurteilung der Prozessaussichten daher davon auszugehen ist, dass die Beschwerde hätte abgewiesen werden müssen, soweit darauf einzutreten gewesen wäre;

dass die Beschwerdeführerin insofern im Kosten- und Entschädigungspunkt als unterliegend zu betrachten ist, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 21. Juni 2024 geht zur Kenntnis an die Vorinstanz.

2.
Das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

4.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.
Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde; Beilage gem. Ziff. 1)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde)

B 3	3. Urteil vom 25. November 2024 in Sachen Garage Carrozzeria Maffeis SA gegen WEKO – Untersuchung 22-0489 nach Art. 27 KG, in Sachen «Concessionari Volkswagen», betreffend unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG; Sanktionsentscheid vom 23. Mai 2022

Urteil B-3779/2022 vom 25. November 2024 der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Garage Carrozzeria Maffeis SA, in Tesserete, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Untersuchung 22-0489 nach Art. 27 KG, in Sachen "Concessionari Volkswagen", betreffend unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG; Sanktionsentscheid vom 23. Mai 2022.

Sachverhalt:

A. Die Garage Carrozzeria Maffeis SA mit Sitz in Capriasca (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist Händlerin von Fahrzeugen der Marken des Volkswagen-Konzerns im Tessin.

B. Am 26. Juni 2018 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz) gegen die Beschwerdeführerin und die folgenden vier Unternehmen - ebenfalls Händler von Fahrzeugen der Marken des Volkswagen-Konzerns im Tessin - eine Untersuchung nach Art. 27 des Kartellgesetzes (KG, SR 251; Verfahren-Nr. 22-0489: Concessionari Volkswagen):

- AMAG Automobil und Motoren AG und mit ihr konzernmässig verbundene Gesellschaften (nachfolgend: AMAG), als Generalimporteurin von Fahrzeugen der Marken des VW-Konzerns Vertriebspartnerin der anderen Untersuchungsadressaten,
- Garage Karpf & Co. (nachfolgend: Garage Karpf),
- Garage Nessi AG (nachfolgend: Garage Nessi), und
- Tognetti Auto AG (nachfolgend: Tognetti Auto).

C. Das Sekretariat führte in seinem Eröffnungsschreiben an die Untersuchungsadressaten vom selben Tag aus, es habe Hinweise erhalten, dass diese ihre Angebote bei öffentlichen Ausschreibungen in den Jahren 2012, 2013 und 2014 im Kanton Tessin abgestimmt hätten.

D. Am 29. März 2019 reichte die AMAG eine Selbstanzeige ein.

E. Am 9. Dezember 2019 dehnte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz die Untersuchung in zeitlicher Hinsicht auf den Zeitraum 2006 bis 2018 und in persönlicher Hinsicht auf die folgenden drei weiteren Händler von Fahrzeugen der Marken des Volkswagen-Konzerns aus:

- Autoronchetti GmbH (nachfolgend: Autoronchetti),
- Garage 3 Valli AG (nachfolgend: Garage 3 Valli), und
- Garage Weber-Monaco AG (nachfolgend: Garage Weber-Monaco).

In sachlicher Hinsicht präzisierte das Sekretariat den Untersuchungsgegenstand dahingehend, dass dieser auch den Austausch von Kaufs- und Verkaufskonditionen und die territoriale Marktaufteilung im Kanton Tessin für Verkäufe an private und staatliche Kunden umfasse.

F. Das Sekretariat schloss in den Monaten Juni, Juli und August 2021 mit fünf Untersuchungsadressaten einvernehmliche Regelungen (nachfolgend: EVR) im Sinne von Art. 29 KG ab. Eine EVR mit der Beschwerdeführerin kam nicht zustande.

G. Am 9. Dezember 2021 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressaten seinen Verfügungsantrag zur Stellungnahme zu. Dieser sah die Belastung der Beschwerdeführerin mit einem Betrag von Fr. (...) vor.

H. Am 24. Februar 2022 nahm die Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung. Sie anerkannte den im Verfügungsantrag dargestellten Sachverhalt, stellte jedoch den Antrag, es sei die Höhe des Sanktionsbetrags und der Verfahrenskosten im Rahmen einer sog. Inability-to-Pay-Prüfung (nachfolgend: ITP-Prüfung) auf ihre finanzielle Tragbarkeit zu überprüfen (act. XIX.98).

I. Am 25. April 2022 hörte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin an. Diese wurde dabei durch A._____, Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer, E._____, Konsulent, sowie ihre Rechtsvertreterin vertreten (act. XX.38).

J. Am 23. Mai 2022 erliess die Vorinstanz im Verfahren Nr. 22-0489 (Concessionari Volkswagen) gegen sieben Untersuchungsadressaten eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"Sulla base della fattispecie e delle considerazioni precedenti, la COMCO decide (art. 30 cpv. 1 LCart):

1. È vietato a Autoronchetti Sagl e Garage Carrozzeria Maffeis SA:

1.1. nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di autoveicoli nuovi:

- scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione;
- richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta;
- presentare offerte di sostegno o fittizie e astenersi dal presentare un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti;

1.2. nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali: - fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed

elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti;

1.3. nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing: - concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geografiche o di partner commerciali.

2. La COMCO approva le conciliazioni concluse da AMAG Automobili e Motori SA, Garage Karpf & Co., Garage Nessi SA, GARAGE WEBER-MONACO SA e TOGNETTI AUTO SA con la Segreteria della COMCO, il cui contenuto è il seguente:

2.1. AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito di commesse pubbliche per la fornitura di veicoli nuovi: a) a non scambiare con i concorrenti prezzi di vendita delle offerte ed elementi del prezzo di vendita delle offerte prima della scadenza del termine per presentare le offerte, o nella misura in cui non sia stato impartito un termine, prima dell'aggiudicazione; b) a non richiedere ai concorrenti di presentare offerte di sostegno o fittizie o di astenersi dal presentare un'offerta; c) a non presentare offerte di sostegno o fittizie e non astenersi dal presentare un'offerta a seguito di un accordo con i concorrenti.

2.2. AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali, a non fissare, direttamente o indirettamente, il prezzo di vendita ed elementi del prezzo di vendita, come sconti e pacchetti consegna, con i concorrenti ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a LCart.

2.3. AMAG/Garage Karpf/Garage Nessi/Garage Weber-Monaco/Tognetti Auto si impegna, nell'ambito della vendita di veicoli nuovi a clienti finali e delle relative attività di marketing, a non concordare con i concorrenti la ripartizione del mercato in funzione di zone geografiche o di partner commerciali ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. c LCart.

3. Per la partecipazione a un accordo illecito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 in combinato disposto con il cpv. 1 LCart sono condannati al pagamento delle sanzioni seguenti giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart:

(...)

- Garage Carrozzeria Maffei SA con un importo di (...) franchi.

(...)

4. I costi di procedura ammontano a 1'096'061 franchi e sono attribuiti nel modo seguente:

4.1. AMAG Group SA e Automobili e Motori SA assumono solidalmente l'importo di [>200'000] franchi.

4.2. Autoronchetti Sagl assume l'importo di [0-200'000] franchi.

4.3. Garage Karpf & Co. e GARAGE 3 VALLI SA assumono solidalmente l'importo di [0-200'000] franchi.

4.4. Garage Carrozzeria Maffei SA assume l'importo di 186'330 franchi.

4.5. Garage Nessi SA assume l'importo di [0-200'000] franchi.

4.6. GARAGE WEBER-MONACO SA assume l'importo di [0-200'000] franchi.

4.7. TOGNETTI AUTO SA assume l'importo di [>200'000] franchi.

4.8. I restanti costi di procedura sono a carico della cassa dello Stato.

5. Per il resto, l'inchiesta è chiusa senza seguito.

[Eröffnung]"

Die Vorinstanz führte zur Begründung der auferlegten Sanktionen aus, die Verfahrensparteien hätten sich an einer unzulässigen Gesamtabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt. Diese habe von Anfang 2006 bis zur Eröffnung der Untersuchung am 26. Juni 2018 gedauert und drei Bestandteile gehabt: die Zusammenarbeit bei öffentlichen Ausschreibungen, die Koordinierung der Preispolitik und die territoriale Aufteilung des Markts im Kanton Tessin.

K. Gegen diese Verfügung hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 29. August 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 (soweit sie die Beschwerdeführerin betreffen) der Verfügung der Vorinstanz vom 23. Mai 2022 in der Untersuchung: 22-0489: Concessionari Volkswagen seien vollumfänglich und ersatzlos aufzuheben und es sei darauf zu verzichten, die Beschwerdeführerin mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG zu belasten und der Beschwerdeführerin Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen.

2. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 (soweit sie die Beschwerdeführerin betreffen) der Verfügung der Vorinstanz vom 23. Mai 2022 in der Untersuchung: 22-0489: Concessionari Volkswagen insoweit aufzuheben und abzuändern, als die Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG und die Verfahrenskosten nach freiem Ermessen des Gerichts angemessen reduziert werden.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Vorinstanz."

Zudem stellt die Beschwerdeführerin folgende Verfahrensanträge:

"1. Die Akten der Vorinstanz seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.

2. Im Falle einer Urteilspublikation sei der Publikationstext vorgängig der Beschwerdeführerin vorzulegen, damit sie diesen auf Geschäftsgeheimnisse prüfen kann."

Die Beschwerdeführerin bringt zugunsten ihres Hauptbegehrens auf Aufhebung der ihr auferlegten Verwaltungsanktion vor, dass diese für sie nicht tragbar sei. Die Vorinstanz verletze dadurch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

L. Mit Vernehmlassung vom 23. November 2022 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

M. Mit Replik vom 9. Februar 2023 reichte die Beschwerdeführerin ihre Liquiditätsplanung 2023-2027 ein.

N. Die Vorinstanz reichte am 18. April 2023 ihre Duplik ein.

O. Mit Eingabe vom 4. Mai 2023 reichte die Beschwerdeführerin die provisorische Jahresrechnung 2022 ein.

P. Mit Eingabe vom 13. Juli 2023 reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen über ihre finanzielle Situation ein, darunter die definitive Jahresrechnung 2022 und eine provisorische Bilanz und Erfolgsrechnung per 30. April 2023.

Q. Auf diese und weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, im Rahmen nachstehender Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Die Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 23. Mai 2022 (zugestellt am 30. Juni 2022) und damit gegen ein zulässiges Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 15. Juli 2022 bis und mit 15. August 2022 (Art. 22a Abs. 1 Bst. b VwVG) gewahrt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Da auch die anderen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Verfahrensanträge

Die Beschwerdeführerin stellt unter anderem den Antrag auf Beizug der vorinstanzlichen Akten. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Verfahrensakten der Vorinstanz gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VwVG beigezogen.

Der weitere Verfahrensantrag, der im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielt, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 3.1.2, Estée Lauder, m.H.). Denn das Bundesverwaltungsgericht hat die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen (vgl. Urteil des BGer 2C_147/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 9.2, Hors-Liste Medikamente Bayer).

3. Geltungsbereich des Kartellgesetzes

Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen im Sinne des KG, dem die Vorinstanz die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über die Festlegung von Preisen und die Aufteilung von Märkten vorwirft. Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des KG nach Art. 2 KG ist demzufolge gegeben. Das KG ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst wurden (Art. 2 Abs. 2 KG). Die mutmassliche Abrede umfasst das Gebiet des Kantons Tessin, womit das KG auch räumlich anwendbar ist.

Dem KG vorbehalten sind nach Art. 3 Abs. 1 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen

zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich.

4. Streitgegenstand

4.1 Beim Streitgegenstand handelt es sich um das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung - des Anfechtungsgegenstands - bildet, soweit es im Streit liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstands bestimmen somit die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitgegenstand (vgl. Seethaler/Portmann, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 38).

4.2 Gegenstand der Verfügung ist, soweit die Beschwerdeführerin betreffend, insbesondere die Auferlegung einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG für die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG über Fr. (...) (Dispositiv-Ziffer 3). Zudem auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Verhaltenspflichten (Dispositiv-Ziffer 1) und Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 186'330.- (Dispositiv-Ziffer 4.4).

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 3 und 4 des Dispositivs der Verfügung, eventualiter deren Aufhebung und die angemessene Reduktion der Sanktion und der Verfahrenskosten.

Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit nur die Rechtmässigkeit der Sanktion von Fr. (...) sowie die Auferlegung von anteilmässigen Verfahrenskosten der Vorinstanz im Betrag von Fr. 186'330.-.

5. Wettbewerbsabrede

5.1 Nach dem - nicht bestrittenen - vorinstanzlichen Beweisergebnis hat die Beschwerdeführerin sich mit den anderen Verfahrensbeteiligten, ebenfalls Händler von Fahrzeugen der Marken des Volkswagen-Konzerns, von Anfang 2006 bis zur Eröffnung der Untersuchung am 26. Juni 2018 über das Marktverhalten im Kanton Tessin abgestimmt. Gegenstand der Abstimmung sei der Verkauf von Neuwagen der Marken des Volkswagen-Konzerns gewesen. Die Untersuchungsadressaten hätten den gemeinsamen Willen gehabt, sämtliche oder einen Teil dieser Aktivitäten zu koordinieren.

Die Abstimmung habe die folgenden drei Bestandteile umfasst:

- eine Zusammenarbeit bei Ausschreibungen mit dem Ziel, die ausgeschriebenen Fahrzeuge unter den Abredebeteiligten aufzuteilen,
- die Koordinierung der Preispolitik, und
- die territoriale Aufteilung des Markts.

Die Beschwerdeführerin habe sich - so das vorinstanzliche Beweisergebnis - während der gesamten Dauer der Abstimmung an allen drei Bestandteilen derselben beteiligt (vgl. Verfügung, Rz. 418 ff.).

5.2 Nicht bestritten ist sodann die rechtliche Qualifikation dieses Verhaltens der Beschwerdeführerin als Beteiligung an einer unzulässigen horizontalen Wettbewerbsabrede über die Festlegung von Preisen und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern und Gebieten im

Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. Verfügung, Rz. 492 ff.).

5.3 Es besteht kein Anlass, dieses vorinstanzliche Beweisergebnis und dessen rechtliche Würdigung anzuzweifeln. Demzufolge ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einem (Gesamt-)Konsens mit den anderen Verfahrensbeteiligten über die Koordination des Marktverhaltens rechtsgenügend nachgewiesen werden kann (vgl. auch Urteil des BVGer B-7920/2015 vom 16. August 2022 E. 8, Autohändler VPVW Repo, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5). Dass die Vorinstanz diese Abrede als Gesamtabrede einstuft (vgl. Verfügung, Rz. 473 f.), ist im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteile des BVGer B-3096/2018 vom 28. November 2023 E. 14 ff., Engadin I Foffa Conrad; B-3290/2018 vom 28. November 2023 E. 103 ff., Engadin I Lazzarini) nicht in Frage zu stellen.

5.4 Als relevanten Markt hat die Vorinstanz den Markt für den Verkauf von Neufahrzeugen an private und staatliche Kunden auf dem Gebiet des Kantons Tessin bezeichnet (vgl. Verfügung, Rz. 511 ff., 518). Diese Marktabgrenzung ist ebenfalls unbestritten und mit Blick auf den sachlichen und räumlichen Gegenstand der Gesamtabrede nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des BVGer B-3290/2018 vom 28. November 2023 E. 130, Engadin I Lazzarini).

Mit der Vorinstanz (vgl. Verfügung, Rz. 519 ff.) ist schliesslich davon auszugehen, dass die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb aufgrund hinreichenden Aussens Wettbewerbs durch Händler anderer Fahrzeugmarken nicht beseitigt hat. Die Vorinstanz geht im Einklang mit der Rechtsprechung (vgl. BGE 143 II 297 E. 5, Gaba) zutreffend davon aus, dass die Abrede den Wettbewerb jedoch im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt hat (vgl. Verfügung, Rz. 505 ff.).

5.5 Die Beschwerdeführerin macht sodann zu Recht keine effizienzfördernden und prokompetitiven Effekte ihrer Abredebeteiligung nach Art. 5 Abs. 2 KG geltend. Die Wettbewerbsabrede kann nicht gerechtfertigt werden.

5.6 Soweit die Intensität der Mitwirkung der Beschwerdeführerin bei der Umsetzung der Gesamtabrede im Streit steht, ist darauf bei der Sanktionsbemessung einzugehen (vgl. E. 7 ff.; 7.6).

6. Sanktionierbarkeit und Sanktionsbemessung

6.1 Die Beschwerdeführerin beantragt im Hauptbegehren, es sei die ihr auferlegte Sanktion von Fr. (...) aufzuheben. Sie bringt unter Anrufung der Verhältnismässigkeit vor, die Sanktion sei für sie nicht tragbar.

Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin eine angemessene Reduktion der Sanktion (vgl. Beschwerde, Begehren Ziff. 2). Herabzusetzen seien der Basisbetragsatz von 3 % sowie der Dauerzuschlag von 125 %. Zudem sei sanktionsmindernd zu berücksichtigen, dass sie eine ausschliesslich passive Rolle eingenommen und den Willen zum Abschluss einer EVR gezeigt habe.

6.2 Strittig ist demzufolge neben der Tragbarkeit der Sanktion auch deren Bemessung (vgl. zum Streitgegenstand E. 4). Bevor die Tragbarkeit des Sanktionsbetrags

beurteilt wird (vgl. E. 10), ist daher zu prüfen, ob die Vorinstanz diesen bundesrechtskonform berechnet hat.

6.3 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

Die konkrete Sanktionsbemessung erfolgt anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung (SVKG, SR 251.5) enthaltenen Kriterien in drei Schritten: Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) - Erhöhung oder Verminderung bei erschwerenden oder mildernden Umständen (Art. 5 und 6 SVKG; BGE 146 II 217 E. 9.1, Swisscom ADSL; 144 II 194 E. 6.2, BMW).

6.4 Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einer unzulässigen (Gesamt-)Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG rechtsgenügend nachgewiesen (vgl. E. 5.3 f.). Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

6.5 Das für eine Sanktionierung erforderliche Verschulden (vgl. Urteil des BVGer B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 190 ff., Baubeschlüsse Siegenia) liegt unstrittig vor. Den für die Beschwerdeführerin handelnden Personen musste bewusst gewesen sein, dass eine solche Abstimmung des Marktverhaltens mit Wettbewerbern kartellrechtswidrig sein dürfte (vgl. Verfügung, Rz. 560 ff.).

7. Basisbetrag

7.1 In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. E. 6.3) festgelegten - Sanktionsrahmens präzisiert. Ausgangspunkt ist die Festlegung eines Basisbetrags. Art. 3 SVKG lautet wie folgt:

"Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat."

7.2 Die Vorinstanz hat als Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag auf den Umsatz abgestellt, den die Beschwerdeführerin mit dem Verkauf von Neufahrzeugen an private oder öffentliche Kunden im Kanton Tessin in den Jahren 2015, 2016 und 2017 erzielt hat. Es handle sich hierbei - so die Vorinstanz - um die letzten drei Geschäftsjahre vor der Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, die mit der Eröffnung der Untersuchung am 26. Juni 2018 zusammenfalle (vgl. Verfügung, Rz. 586 ff.).

Dieses - von der Beschwerdeführerin nicht beanstandete - Vorgehen der Vorinstanz steht im Einklang mit den rechtlichen Grundlagen und der dazu ergangenen Rechtsprechung (vgl. Urteile des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.2.2, Naxoo; B-3290/2018 vom 28. November 2023 E. 163 f., Engadin I Lazzarini; vgl. zur Marktabgrenzung E. 5.4). Die Vorinstanz geht gestützt darauf zutreffend von einem relevanten Umsatz von Fr. (...) aus.

Strittig und zu beurteilen ist die Rechtmässigkeit des Basisbetragssatzes von 3 %.

7.3 Die Beschwerdeführerin bringt zugunsten einer Reduktion des Basissatzes im Wesentlichen vor, ihre Mitwirkung bei der Umsetzung der Gesamtabrede sei bloss untergeordnet gewesen.

Sie argumentiert, die alleinige und wesentliche Kraft für das Funktionieren der Gesamtabrede sei die AMAG gewesen. Diese sei für die am Verfahren beteiligten Händler nicht nur ein wesentlicher Wettbewerber, sondern auch ein Importeur, von dem die Beschwerdeführerin wirtschaftlich abhängig sei. Ohne Händlerverträge mit der AMAG wäre ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet. Die AMAG könne daher einen erheblichen Druck auf Händler und Servicepartner ausüben. Die Beschwerdeführerin sei denn auch über Druck der AMAG in der Gesamtabrede gehalten worden (vgl. Beschwerde, Rz. 85 ff., 96; Replik, Rz. 75).

Die Beschwerdeführerin verweist sodann auf das Beweisergebnis der Vorinstanz, wonach sie im Zeitraum 2010 bis 2018 vor Ausschreibungen systematisch die Angebote der AMAG zugesandt erhalten habe (vgl. Verfügung, Rz. 204). Gestützt darauf macht sie geltend, sie habe keine Aktivitäten in Bezug auf die Umsetzung der Gesamtabrede getätigt, sondern ausschliesslich entsprechende Anweisungen von der AMAG erhalten. Ihr Beitrag habe auch gemäss der Vorinstanz kein nennenswertes Ausmass erreicht und sei unwesentlich für die Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkungen gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 94).

Sie bringt sodann unter Anrufung der Rechtsgleichheit vor, der ihr gegenüber festgesetzte Basisbetragssatz sei im Vergleich zu der mit demselben Basissatz belegten Gruppo Karpf - bestehend aus der Garage Karpf und der Garage 3 Valli SA - zu hoch. Denn ihr Beitrag zur Umsetzung der Gesamtabrede sei wesentlich weniger intensiv als derjenige der Gruppo Karpf gewesen. Diese habe die Einhaltung der Gesamtabrede durch aktive Beiträge mitgestaltet und gefördert (vgl. Beschwerde, Rz. 107 ff.; Replik, Rz. 92 ff.).

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, ihre Tatbeiträge seien vergleichbar mit denjenigen von Autoronchetti, Garage Nessi und Garage Weber-Monaco. Bei diesen Unternehmen habe die Vorinstanz den Basissatz auf 1 % festgelegt (vgl. Beschwerde, Rz. 115).

7.4 Die Vorinstanz hält dem entgegen, das Verhalten der Beschwerdeführerin sei nicht mit demjenigen von Autoronchetti, Garage Nessi und Garage Weber-Monaco vergleichbar. Diese seien nur am Rande beteiligt gewesen; im Gegensatz zu ihnen habe die Beschwerdeführerin sich an allen drei Komponenten der Gesamtabrede beteiligt. Zwischen der Beschwerdeführerin und Gruppo Karpf hätten demgegenüber keine Unterschiede beim jeweiligen Beitrag zur Umsetzung der Gesamtabrede bestanden (vgl. Vernehmlassung, Rz. 70 f.).

7.5

7.5.1 Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "Schwere und

Art des Verstosses" bis zu 10 % des massgeblichen Umsatzes beträgt.

7.5.2 Unter Schwere ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Zudem sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1, Preispolitik Swisscom ADSL). Bei mehreren Beteiligten ist zudem auch dem Gewicht des jeweiligen Beitrags Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.3.7, CA Auto Finance Suisse; rechtsvergleichend EuGH, C-99/17, EU:C:2018:773, Rn. 196 ff., Infineon Technologies; E. 7.5.5).

7.5.3 Aspekte, die bei der Festlegung des Basisbetrags berücksichtigt werden, können dabei - vorbehaltlich besonderer Umstände - nicht erneut als erschwerende oder mildernde Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG Berücksichtigung finden (vgl. Urteile des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.1, CA Auto Finance Suisse; B-7920/2015 vom 16. August 2022 E. 11.2.6, Autohändler VPVW Repo; PETER PICH, in: OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 3 SVKG N. 17; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 62a).

7.5.4 Den Wettbewerbsbehörden kommt bei der Festlegung der Höhe des Sanktionsbetrags ein Ermessen zu. Dieses ist unter Wahrung der rechtsstaatlichen Grundsätze, insbesondere des Willkürverbots und der Rechtsgleichheit (Art. 8 und 9 der Bundesverfassung, BV, SR 101) auszuüben (vgl. Urteil des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.1.2, CA Auto Finance Suisse).

Ermessensentscheide sind insbesondere dann zu korrigieren, wenn eine Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Praxis und Lehre anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder das Ergebnis sich als offensichtlich unbillig, d.h. in stossender Weise ungerecht erweist (vgl. Urteile des BVGer A-330/2007 vom 12. Juli 2007 E. 4.2; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.5.2, Engadin Il Rocca + Hotz).

Gemäss dem Grundsatz der Rechtsgleichheit sind vergleichbare Sachverhalte mit einer Sanktion in gleicher Grössenordnung zu belegen (vgl. Urteil des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.3.12 ff., CA Auto Finance Suisse, m.H.a. Tagmann/Zirlick, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 23). Voraussetzung für einen Anspruch auf Gleichbehandlung ist unter anderem, dass zwei Sachverhalte in den rechtlich relevanten tatsächlichen Elementen übereinstimmen (vgl. Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 9.8.3 [nicht publizierte Erwägung in BGE 143 II 297], Gaba).

7.5.5 Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung von Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zutreffend berücksichtigt, dass eine - als schwere Kartellrechtsverletzung einzustufende - Gesamtabrede in Frage steht, die mit der Festlegung von Preisen und der Aufteilung von Märkten mehrere fundamentale Wettbewerbsparameter erfasst hat (vgl. Urteil des BVGer B-3290/2018 vom 28. November 2023 E. 166 f., Engadin I Lazzarini). Es besteht kein

Zweifel an der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit einer solchen Abstimmung. Zugunsten der sanktionierten Unternehmen hat die Vorinstanz zu Recht berücksichtigt, dass die Abrede den Wettbewerb nicht beseitigt, sondern lediglich - aber immerhin - erheblich beeinträchtigt hat (vgl. Verfügung, Rz. 592, 596; E. 5.4).

In einem zweiten Schritt hat die Vorinstanz bei jedem Unternehmen die Schwere des Kartellrechtsverstosses anhand der Intensität seiner Beteiligung an der Gesamtabrede individuell beurteilt. Dies ist im Lichte der vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 7.5.2) nicht zu beanstanden.

Die Verfügung legt den Basissatz im Verhältnis zur Beschwerdeführerin auf 3 % und gegenüber den anderen Unternehmen wie folgt fest (vgl. Verfügung, Rz. 593, 608):

- AMAG: 7 %;
- Autoronchetti: 1 %;
- Gruppo Karpf (bestehend aus der Garage Karpf und der Garage 3 Valli SA): 3 %;
- Garage Nessi: 1 %;
- Garage Weber-Monaco: 1 %;
- Garage Tognetti Auto: 5 %.

7.5.6 Die Vorinstanz begründet den Basisbetragssatz von 3 % gegenüber der Beschwerdeführerin wie folgt: Die Beschwerdeführerin habe - wie auch die Gruppo Karpf - in weniger gewichtiger Weise als AMAG und Tognetti Auto zur Umsetzung der Gesamtabrede beigetragen. Ihre Beteiligung sei aber intensiver gewesen als diejenige der - mit einem Basissatz von 1 % belegten - Unternehmen Autoronchetti, Garage Nessi und Garage Weber-Monaco (vgl. Verfügung, Rz. 593; Vernehmlassung, Rz. 67).

Die Beschwerdeführerin habe sich von 2006 bis 2018 ununterbrochen an allen drei Komponenten der Gesamtabrede beteiligt. Sie sei insbesondere aktiv und in massgeblicher Weise an der Zusammenarbeit bei Ausschreibungen und der Koordinierung der Preispolitik beteiligt gewesen (vgl. Verfügung, Rz. 607). Der Grad ihrer Beteiligung habe auf dem gleichen Niveau wie bei der Gruppo Karpf gelegen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 71).

Die Beteiligung der Beschwerdeführerin sei dagegen nicht vergleichbar mit derjenigen von Autoronchetti, Garage Nessi und Garage Weber-Monaco. Diese Unternehmen hätten bloss an einzelnen Komponenten der Gesamtabrede oder nur teilweise teilgenommen und stets eine geringe Rolle eingenommen (vgl. Verfügung, Rz. 607).

Die Beschwerdeführerin sei schliesslich, wenn auch geringfügig, zumindest von 2009 bis zur Eröffnung der Untersuchung am 26. Juni 2018 an der territorialen Aufteilung des Markts beteiligt gewesen (vgl. Verfügung, Rz. 408).

7.6

7.6.1 Strittig und zu beurteilen ist, ob der vorinstanzlich auf 3 % festgelegte Basisbetragssatz in einem angemessenen Verhältnis zum Beitrag der Beschwerdeführerin an der Umsetzung der Gesamtabrede (Ausschreibungen und Preispolitik) steht.

7.6.2 Es ist unbestritten und steht fest, dass die Beschwerdeführerin während der gesamten Dauer der Gesamtabrede von zwölfenhalb Jahren an allen drei Komponenten beteiligt war und sich nie erkennbar davon distanziert hat. Es kann zudem kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass sie von der Koordination des Marktverhaltens wirtschaftlich profitiert hat.

7.6.3 Sodann steht fest, dass die Beschwerdeführerin den Austausch mit anderen Untersuchungsadressaten teils aktiv gesucht hat, und zwar in Zusammenhang mit der Zusammenarbeit bei Ausschreibungen und der gemeinsamen Preispolitik (vgl. Verfügung, Rz. 126, 219 ff., 233, 254 f., 332). In diesem Sinne hat sich der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin in einem E-Mail vom 12. März 2008 bei der AMAG erkundigt, ob man die anstehende Ausschreibung "gemeinsam machen" wolle. Das E-Mail lautet im Einzelnen wie folgt:

"Ciao C. _____, vorrei sapere se il concorso per i veicoli dello stato lo facciamo insieme o se ognuno per conto suo ... Fammi sapere" (act. V.C.25)

Dass es sich hierbei, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (vgl. Replik, Rz. 84), um eine einmalige aktive Kontaktaufnahme in einem Zeitraum von 12 Jahren handelte, ist unglaublich. Vielmehr deutet die informelle und direkte Wortwahl darauf hin, dass bereits zuvor eine aktive Kommunikation der Beschwerdeführerin über die Abstimmung des Marktverhaltens bei Ausschreibungen stattgefunden hat.

Darauf weist auch das folgende E-Mail des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin an die AMAG vom 24. März 2017 hin:

"... ecco il veicolo che voglio proporre al Cantone (...). Per la ripresa del T5 ho intenzione di offrire fr. 3'000.00 (vanno bene?) Attendo tue notizie (...)" (act. XIV.A.13, Beilage 261)

Auf eine aktive Rolle der Beschwerdeführerin bei der Umsetzung der Gesamtabrede auch in Bezug auf die gemeinsame Preispolitik deutet sodann das E-Mail von B. _____, Vertreterin der Garage Nord-Sud, an die AMAG vom 24. Februar 2009 hin. Daraus ergibt sich, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin mit der AMAG das Gespräch über die Verkaufskonditionen 2009 suchte. Das E-Mail lautet im Einzelnen wie folgt:

"ciao C. _____, io e A. _____ volevamo parlare un attimo con te per le condizioni di vendita 2009, quando saresti disponibile?" (act. V.C.37)

Dass die Beschwerdeführerin vor Ausschreibungen von der AMAG regelmässig eine vorkalkulierte Offerte oder die Offerte der AMAG mit allfälligen Hinweisen zum Eingabeverhalten erhielt, vermag keine untergeordnete Rolle zu begründen. Vielmehr handelt es sich hierbei - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt - um ein Wesensmerkmal der Zusammenarbeit im Kontext von Ausschreibungen.

Vergleichbares gilt für den Umstand, dass die Beschwerdeführerin in Zusammenhang mit der Koordinierung der Preispolitik von der AMAG regelmässig Rabatt- und Preislisten für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns erhielt.

7.6.4 Des Weiteren vermag die Beschwerdeführerin auch aus der Rechtsgleichheit keinen Anspruch auf eine weitergehendere Reduktion des Basisbetragssatzes

abzuleiten: Im Verhältnis zu Gruppo Karpf (Basissatz: 3 %) einerseits sowie zu Autoronchetti, Garage Nessi und Garage Weber-Monaco (Basissatz: 1 %) andererseits kann die Beschwerdeführerin sich nicht auf die Rechtsgleichheit berufen, um einen tieferen Basissatz zu erwirken. Sie zeigt nicht stichhaltig auf, dass ihr Beitrag wesentlich geringer war als derjenige der Gruppo Karpf. Ebenfalls legt sie nicht hinreichend dar, dass ihr Beitrag mit dem Beitrag der Unternehmen Autoronchetti, Garage Nessi und Garage Weber-Monaco vergleichbar war. Entsprechendes ist auch nicht ersichtlich.

7.6.5 Die vorinstanzliche Einschätzung, wonach von einer aktiven Mitwirkung der Beschwerdeführerin bei zwei von drei Komponenten der Gesamtabrede (Ausschreibungen und Preispolitik) auszugehen sei, ist daher im Lichte der vorliegenden Beweismittel nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin rechtfertigt das Gewicht ihres Beitrags an der Umsetzung der Gesamtabrede keine Reduktion des Basisbetragsatzes. Vielmehr hat die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Festlegung des Basisbetragsatzes auf 3 % pflichtgemäss ausgeübt. Dieser ist weder bundesrechtswidrig noch unangemessen.

8. Zuschlag für Dauer

Die angefochtene Verfügung erhebt gegenüber der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 4 SVKG einen Zuschlag von 125 % für die Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens.

8.1 Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Höhe des Zuschlags ein, ihr Beitrag an der Umsetzung der Gesamtabrede sei im Zeitraum 2006-2010 reduziert und im Zeitraum 2010 bis 2018 gering gewesen.

Sie führt im Einzelnen unter Verweis auf Rz. 501 der Verfügung aus, sie habe von 2010 bis 2018 lediglich "von Zeit zu Zeit" ("di volta in volta") an Ausschreibungen teilgenommen. Zudem sei ihre Mitwirkung insoweit wenig intensiv gewesen.

Während des Zeitraums 2006 bis 2009 sei die AMAG wirtschaftlicher Hauptprofiteur der Gesamtabrede gewesen. Dies zeige sich daran, dass lediglich die AMAG selbst an den Ausschreibungen teilgenommen habe; die Beschwerdeführerin habe demgegenüber auf Angebote verzichtet. Im Gegensatz zur AMAG sei die Beschwerdeführerin lediglich in untergeordneter Rolle als ausführende Teilnehmerin passiv beteiligt gewesen. Eine Gleichbehandlung mit der AMAG bei der Festlegung des Dauerzuschlags sei daher unbillig. Der jährliche Dauerzuschlag sei deshalb angemessen zu reduzieren.

8.2 Die Vorinstanz begründet den gegenüber der Beschwerdeführerin erhobenen Dauerzuschlag von 125 % damit, dass diese sich während der gesamten Dauer der Gesamtabrede an allen drei Komponenten beteiligt habe. Es rechtfertige sich deshalb ein Dauerzuschlag von 10 % pro Beteiligungsjahr für den Zeitraum 2006 bis Juni 2018 (vgl. Verfügung, Rz. 610 ff.; Vernehmlassung, Rz. 77).

An der Zusammenarbeit bei Ausschreibungen habe sich die Beschwerdeführerin von 2006 bis 2018 kontinuierlich und gleichmässig ("mit demselben Beitrag") beteiligt. Dass in den Jahren 2006 bis 2009 nur die AMAG Offerten eingereicht habe, hänge mit der damaligen Methode der Zusammenarbeit zusammen und habe keinen Einfluss

auf den Beitrag der Beschwerdeführerin (vgl. Vernehmlassung, Rz. 76).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei sodann der in Rz. 501 der Verfügung in Zusammenhang mit der Kooperation bei Ausschreibungen verwendete Ausdruck "di volta in volta" als "von Mal zu Mal" und nicht als "von Zeit zu Zeit" oder "ab und zu" zu verstehen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 76).

Es bestehe auch keine Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin gegenüber der AMAG. Die unterschiedlichen Tatbeiträge der Verfahrensparteien bei der Umsetzung der Gesamtabrede seien bereits beim Basisbetrag berücksichtigt worden. Eine doppelte Berücksichtigung desselben Umstands im Rahmen des Dauerzuschlags nach Art. 4 SVKG sei zu vermeiden (vgl. Vernehmlassung, Rz. 77).

8.3

8.3.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert dieses Kriterium dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50 % und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes zusätzliche Jahr um bis zu 10 % zu erhöhen ist.

8.3.2 Die Wettbewerbsbehörden haben - was bereits aus dem Wortlaut von Art. 4 SVKG hervorgeht - ein Ermessen bei der Festlegung der jährlichen Erhöhung (vgl. Urteil des BVGer B-4757/2021 vom 13. Juni 2023 E. 3.5, Hors-Liste Medikamente Bayer). Hierbei ist ein gewisser Schematismus zulässig (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3, Preispolitik Swisscom ADSL). Da entsprechende Hinweise des Gesetz- und Verordnungsgebers fehlen, ist es in erster Linie Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, Kriterien für die Bemessung des Zuschlags zu entwickeln (vgl. zu den Schranken der Ermessensausübung E. 7.5.4).

8.3.3 Die Vorinstanz erhöht den Basisbetrag um 10 % pro abgeschlossenes Jahr für die Jahre 2006 bis 2017 und um 5 % für die ersten sechs Monate des Jahres 2018. Sie legt den Zuschlag demnach am oberen Ende des Rahmens fest. Soweit sie dies damit begründet, dass die Beschwerdeführerin sich während der gesamten Dauer der Gesamtabrede an allen drei Komponenten derselben beteiligt habe (vgl. E. 5.1 ff.), führt sie sachliche Gründe an.

Dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 2006 bis 2009 bei Ausschreibungen keine Offerte eingereicht hat, begründet keinen Anspruch auf einen tieferen Dauerzuschlag. Wie die Vorinstanz ausführt, gehörte dieses Verhalten zur Funktionsweise der Gesamtabrede bei Submissionen.

Soweit die Beschwerdeführerin anführt, der in Rz. 501 der Verfügung in Zusammenhang mit der Kooperation bei Ausschreibungen verwendete Ausdruck "di volta in volta" sei mit "von Zeit zu Zeit" oder "ab und zu" zu übersetzen, ist ihr nicht zu folgen. Vielmehr ist der Ausdruck - wie die Vorinstanz festhält (vgl. Vernehmlassung, Rz. 76) - im vorliegenden Kontext von Submissionsabsprachen mit "von Mal zu Mal" zu übersetzen.

8.3.4 Zu prüfen ist die Rüge der rechtsungleichen Bemessung des Zuschlags im Verhältnis zu den anderen

Unternehmen. Gegenüber diesen hat die Vorinstanz den Zuschlag wie folgt festgelegt:

- Gegenüber AMAG, Gruppo Karpf und Tognetti Auto: 10 % pro Jahr für den Zeitraum von 2006 bis Juni 2018, insgesamt 125 %;
- Gegenüber Garage Nessi: je 10 % für die Jahre 2006 bis 2009 und 5 % pro Jahr für den Zeitraum von 2010 bis Juni 2018, insgesamt 82,5 %;
- Gegenüber Autoronchetti: je 5 % pro Jahr für den Zeitraum von November 2009 bis Juni 2018 (total acht Jahre und acht Monate), insgesamt 43,3 %;
- Gegenüber Garage Weber-Monaco: 5 % pro Jahr für den Zeitraum von Dezember 2007 bis Juni 2018 (total zehn Jahre und sieben Monate), insgesamt 52,9 %.

Die Vorinstanz begründet den bei einzelnen Unternehmen reduzierten Dauerzuschlag von 5 % damit, dass diese nicht an der Zusammenarbeit bei Ausschreibungen teilgenommen hätten (vgl. Verfügung, Rz. 611). Ob ein Unternehmen an sämtlichen oder nur an einzelnen Komponenten der Gesamtabrede teilgenommen hat, ist - wie erwähnt - ein sachliches Kriterium für die Festlegung des jeweiligen Dauerzuschlags. Dass die Vorinstanz den Dauerzuschlag zur Hauptsache anhand dieses Kriteriums festgelegt hat, ist nicht zu beanstanden. Da ein gewisser Schematismus zulässig ist, war sie nicht verpflichtet, zusätzlich der Intensität der Beteiligung Rechnung zu tragen. Dies gilt umso mehr, als letzterer Aspekt im Rahmen des Basisbetragsatzes berücksichtigt worden ist (vgl. E. 7.5.1 ff.). Vor diesem Hintergrund ist der Grundsatz der Rechtsgleichheit - selbst wenn er tangiert wäre (vgl. E. 7.5.4) - nicht verletzt.

8.3.5 Demzufolge hat die Vorinstanz ihr Ermessen mit der Festlegung eines jährlichen Dauerzuschlags von 10 % gegenüber der Beschwerdeführerin weder rechtsfehlerhaft noch unangemessen ausgeübt. Die Erhöhung des Basisbetrags um insgesamt 125 % nach Art. 4 SVKG ist bundesrechtskonform.

9. Erschwerungs- und Milderungsgründe

Erschwerungsgründe nach Art. 5 SVKG werden von der Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin nicht angenommen und sind auch nicht ersichtlich.

Die Vorinstanz gewährt der Beschwerdeführerin unter dem Aspekt der mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG eine Sanktionsreduktion von 15 % für gute Kooperation. Sie begründet diese im Wesentlichen damit, dass die Beschwerdeführerin den im Verfügungsantrag dargelegten Sachverhalt anerkannt habe. Weitere Minderungsgründe nimmt die Vorinstanz nicht an.

9.1 Ausschliesslich passive Rolle

9.1.1 Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, d.h. für den Fall, dass sie mit ihrem Hauptbegehren auf Aufhebung der Sanktion nicht durchdringt, die weitergehendere Minderung der Sanktion.

Sie macht als Minderungsgrund zunächst geltend, bei der Organisation und Durchführung der Gesamtabrede eine ausschliesslich passive Rolle im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG eingenommen zu haben. Sie beantragt hierfür eine verhältnismässige Sanktionsreduktion im freien

Ermessen des Gerichts. Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe keine Aktivitäten in Bezug auf die Umsetzung der Gesamtabrede getätigt, sondern ausschliesslich entsprechende Anweisungen von der AMAG erhalten, von der sie wirtschaftlich abhängig gewesen sei (vgl. E. 7.3).

9.1.2 Die Vorinstanz entgegnet, die Beschwerdeführerin könne keine rein passive Rolle aus der geltend gemachten wirtschaftlichen Abhängigkeit von der AMAG ableiten. Der vertragliche Druck der AMAG sei nicht vergleichbar mit der Androhung von Retorsions- oder Zwangsmassnahmen. Es lägen keine Anzeichen für solche Androhungen vor (vgl. Vernehmlassung, Rz. 65).

Die Beschwerdeführerin sei von 2006 bis 2018 an allen drei Komponenten der Gesamtabrede beteiligt gewesen, insbesondere durch die aktive und massgebliche Mitwirkung an den Kooperationsstrategien bei Ausschreibungen und an der Koordinierung der Preispolitik. Sie habe demzufolge bei der Umsetzung der Gesamtabrede einen aktiven Beitrag geleistet. Die Sachverhaltsfeststellungen zeigten auf, dass die Beschwerdeführerin den Austausch mit der AMAG aus eigener Initiative gesucht und aktiv an Diskussionen und Abstimmungen über die Umsetzung der Gesamtabrede teilgenommen habe (vgl. Verfügung, Rz. 607; Vernehmlassung, Rz. 66 f.; Duplik, Rz. 36).

Die Kooperation bei Ausschreibungen sei sodann nicht aufgrund einer Abhängigkeit von der AMAG erfolgt, sondern mit dem Zweck, die ausgeschriebenen Fahrzeuge einer Verfahrenspartei zuzuteilen. Dass die Beschwerdeführerin "Angebote und/oder Anweisungen" von der AMAG erhalten habe, sei ein inhärenter Aspekt der Zusammenarbeit bei Ausschreibungen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 65 f.).

9.1.3

9.1.3.1 Die Wettbewerbsbehörden haben - wie erwähnt (E. 7.5.4) ein Ermessen bei der Bemessung des Sanktionsbetrags; dieses umfasst auch die Gewichtung erschwerender und mildernder Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG (vgl. Urteile des BVGer B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 200 f., Baubeschlüsse Siegenia; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.1.2, 9.6.23, CA Auto Finance Suisse; B-7920/2015 vom 16. August 2022 E. 11.2.4, Autohändler VPVW Repo; B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 1556, DCC; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 65).

9.1.3.2 Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG ist der Sanktionsbetrag nach Art. 3 und 4 SVKG bei mildernden Umständen zu mindern. Die Bestimmung enthält eine beispielhafte und damit nicht abschliessende Aufzählung von Minderungsgründen. Es sind daher auch sonstige mildernde Umstände zu berücksichtigen. Hierbei darf es sich jedoch - wie erwähnt (vgl. E. 7.5.3) - nicht um Aspekte handeln, die bereits bei der Festlegung des Basisbetrags berücksichtigt worden sind.

9.1.3.3 Für Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG hält Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG fest, dass der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG vermindert wird, wenn das Unternehmen dabei "ausschliesslich eine passive Rolle" gespielt hat.

9.1.3.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Milderungsgrund in seinem Urteil in Sachen Engadin I Rocca + Hotz konkretisiert. Unter einer ausschliesslich passiven Rolle sei ein Verhalten zu verstehen, das durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten bei der Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet sei. Der Sanktionsadressat dürfe die Wettbewerbsabrede weder aktiv initiiert noch massgeblich ausgestaltet, gefördert oder intensiviert haben. Die ausschliesslich passive Rolle, welche Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG belohne, liege dabei auf der untersten von drei Stufen der Beteiligungsintensität: Bei einer führenden Rolle werde die Sanktion erhöht (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG); keine Modifikation erfolge im Fall einer durchschnittlichen Beteiligungsintensität; eine Verminderung der Sanktion nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG verlange eine wesentlich geringere Beteiligungsintensität (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.6.4, Engadin II Rocca + Hotz, m.H.a. Peter Picht, in: OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 3; TAGMANN/ZIRLICK in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 89; in diesem Sinne auch Urteile des BVGer B-1781/2021 vom 13. Juni 2023 E. 3.6.3, Hors-Liste Pfizer; B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 505, Baubeschläge Koch).

9.1.3.5 Vorliegend hat die Vorinstanz den Umfang, in dem sich die Beschwerdeführerin an der Gesamtabrede beteiligt hat, bei der Festlegung des Basissatzes berücksichtigt (vgl. E. 7). Indem sie den Basissatz auf 3 % und damit in der unteren Hälfte der Bandbreite von 1-10 % festlegte, trug sie - wie erwähnt (vgl. E. 7.5.5 ff.) - unter anderem dem Umstand Rechnung, dass die Beteiligung von AMAG an der Gesamtabrede - gemäss der insoweit rechtskräftigen Verfügung - wesentlich intensiver war und dass die Beschwerdeführerin nur in geringem Umfang an der territorialen Aufteilung des Markts beteiligt war (vgl. E. 5.1). Es gibt keinen Anlass, die entsprechenden Tatsachen erneut unter dem Aspekt der mildernden Umstände sanktionsreduzierend zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer B-3096/2018 vom 28. November 2023 E. 104, Engadin I Koch; E. 7.5.3).

Unabhängig davon vermag die Beschwerdeführerin eine rein untergeordnete Rolle nicht stichhaltig darzutun. Eine solche ist auch sonstwie nicht ersichtlich. Wie aufgezeigt (vgl. E. 7.6 ff.), ergibt es sich aus den Beweiserhebungen der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin an den Diskussionen über die Festlegung der Preispolitik teilweise aktiv beteiligt war und vor Ausschreibungen den Austausch mit den anderen Verfahrensparteien teilweise von sich aus gesucht hat.

Dass die Beschwerdeführerin vor Ausschreibungen regelmässig Angebote von der AMAG zugesandt erhielt ist - wie erwähnt - Merkmal der vereinbarten Kooperationsform und vermag keine rein passive Rolle zu begründen. Nichts anderes gilt auch für die regelmässige Zusendung von Rabatt- und Preislisten durch die AMAG an die Beschwerdeführerin im Rahmen der Koordinierung der Preispolitik.

Es sind schliesslich keine Hinweise ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin sich aufgrund der Androhung von Retorsionsmassnahmen durch die AMAG an der Gesamtabrede beteiligt hat.

Die Vorinstanz verneint demzufolge zu Recht eine ausschliesslich passive Rolle der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG. Eine entsprechende Minderung der Sanktion fällt ausser Betracht.

9.2 Besonders gute Kooperation

9.2.1 Die angefochtene Verfügung gewährt der Beschwerdeführerin - wie erwähnt - eine Sanktionsreduktion im Umfang von 15 % für besonders gute Kooperation unter dem Titel der Milderungsgründe nach Art. 6 SVKG. Sie begründet dies damit, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag den im Verfügungsantrag dargelegten Sachverhalt anerkannt habe.

9.2.2 Die Beschwerdeführerin beanstandet die ihr gewährte Minderung für die Anerkennung des Sachverhalts nicht (vgl. E. 9.3). Sie macht jedoch eine weitergehendere Minderung unter dem Aspekt der besonders guten Kooperation geltend und begründet dies damit, dass sie für den Willen zum Abschluss einer EVR mindestens zusätzlich mit 5 % Reduktion der Sanktion hätte belohnt werden müssen (vgl. Verfügung, Rz. 75 ff.; E. 9.4.1).

9.2.3

9.2.3.1 Gemäss Praxis und Schrifttum stellt eine besonders gute Kooperation ausserhalb der Bonusregelung einen Milderungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 1 SVKG dar (vgl. Urteile des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 7.4.5.3 und E. 8.3.6, Publigroupe; B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.8, Swisscom WAN-Anbindung; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.12, Vifor Pharma; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.3 f., CA Auto Finance Suisse; B-721/2018 vom 25. April 2024 E. 10.4, Engadin VIII Lazzarini; Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 11 ff. [nachfolgend: Merkblatt EVR]; PETER PICT, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 14; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N. 66; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 75, 86).

9.2.3.2 Voraussetzung für die Annahme einer besonders guten Kooperation ist, dass die Mitwirkung über den Umfang hinausgeht, zu dem die Untersuchungsadressatin aufgrund ihrer Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG i.V.m. Art. 13 VwVG ohnehin verpflichtet war (vgl. Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.8, Swisscom WAN-Anbindung [aufgehoben]; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.12, Vifor Pharma; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.4, CA Auto Finance Suisse; B-4757/2021 vom 13. Juni 2023 E. 3.6.5, Hors-Liste Pfizer; B-721/2018 vom 25. April 2024 E. 10.4, Engadin VIII Lazzarini; PETER PICT, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 15; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a N. 66; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 74 f., 86).

9.2.3.3 Zwar sieht Art. 6 SVKG keine Obergrenze für eine Minderung vor. Die zu einer Minderung führende Kooperation ist jedoch typischerweise weniger weitreichend als die Zusammenarbeit, welche die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung erfüllt (vgl. PETER PICT, in:

OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 15; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86). Eine Minderung der Sanktion für besonders gute Kooperation gestützt auf Art. 6 SVKG dürfte deshalb regelmässig tiefer als eine Sanktionsreduktion nach der Bonusregelung ausfallen (vgl. Urteile des BVGer B-721/2018 vom 25. April 2024 E. 10.4.5, Engadin VIII Lazzarini; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.28, CA Auto Finance Suisse; B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.6, Publigroupe; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, S. 276 ff.).

9.2.3.4 Die Bestimmung von Art. 6 SVKG regelt ebenfalls nicht, nach welchen Kriterien die Minderung zu bemessen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil in Sachen CA Auto Finance Suisse den Umfang, in dem die Untersuchungsadressatin den Nachweis des Kartellrechtsverstosses erleichtert habe, als sachgerechtes Kriterium für die Bemessung einer Minderung für gute Kooperation bezeichnet (Urteil des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.5). Der entscheidende Aspekt ist damit die erbrachte Verfahrenserleichterung (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.13 f., Vifor Pharma, m.H. auf das EU-Recht; B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 332 ff., Baubeschlüsse Siegenia; B-721/2018 vom 25. April 2024 E. 10.4, Engadin VIII Lazzarini; PETER PICHT, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Art. 6 SVKG N. 14; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86). Mit Blick auf eine sachgerechte Abgrenzung der Minderung der Sanktion von der - regelmässig höheren - Sanktionsreduktion im Rahmen der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG kann eine Minderung bereits bei einem geringen Mehrwert erfolgen (vgl. Urteil des BVGer B-721/2018 vom 25. April 2024 E. 13.1.5, Engadin VIII Lazzarini).

9.2.3.5 Gemäss Rz. 11 f. des Merkblatt EVR honorieren die Wettbewerbsbehörden als besonders gute Kooperation unter anderem den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (EVR) und die Anerkennung des vom Sekretariat festgestellten Sachverhalts (vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 75, 86).

9.3 Anerkennung des Sachverhalts

9.3.1 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag den darin dargelegten Sachverhalt anerkannt (vgl. Sachverhalt, I). Die Anerkennung lautet wie folgt:

"Der Sachverhalt, den das Sekretariat durch beschlagnahmte Dokumente, Stellungnahmen der Parteien und Zeugen sowie basierend auf der Selbstanzeige der AMAG erstellte, wird von Garage Maffei somit nicht bestritten und folglich anerkannt." (Ziff. 8)

9.3.2 Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin für die Anerkennung des Sachverhalts unter dem Titel der mildernden Umstände eine Sanktionsminderung von 15 % gewährt (vgl. Verfügung, Rz. 70, 644). Sie gewährte drei weiteren Untersuchungsadressaten - Gruppo Karpf, Garage Weber-Monaco und Tognetti Auto - eine Minderung in gleicher Höhe, weil diese den Sachverhalt im Rahmen der Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses durch das Sekretariat im Juni und Juli 2021 anerkannt hätten (vgl. Verfügung, Rz. 57, 643).

9.3.3 Die angefochtene Verfügung legt zwar nicht dar, inwieweit die Anerkennung des Sachverhalts durch die Beschwerdeführerin zu einer Verfahrensvereinfachung geführt hat. Es erscheint gleichwohl plausibel, dass die Sachverhaltsanerkennung das Verfahren vor der Vorinstanz erleichtert hat. Die vorgenommene Minderung von 15 % ist deshalb - auch mit Blick auf das Ermessen der Vorinstanz bei der Gewichtung von mildernden Umständen (vgl. E. 7.5.4) - nicht zu beanstanden (vgl. auch das - einen anders gelagerten Sachverhalt betreffende - Urteil des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.16 ff., CA Auto Finance Suisse).

9.4 Einvernehmliche Regelung

9.4.1 Die Beschwerdeführerin macht - wie erwähnt - geltend, ihre Bereitschaft zum Abschluss einer EVR hätte mit einer zusätzlichen Sanktionsminderung von mindestens 5 % belohnt werden müssen.

Der ihr vom Sekretariat vorgelegte Entwurf einer EVR habe eine Klausel enthalten, die den ausdrücklichen Verzicht auf ein Rechtsmittel vorsehe. Sie habe jedoch nicht ausdrücklich auf ein Rechtsmittel verzichten wollen. Vor diesem Hintergrund habe sie dem Sekretariat die unterzeichnete EVR retourniert, die Passage jedoch gestrichen. Indem das Sekretariat nicht bereit gewesen sei, den Entwurf in der geänderten Fassung zu unterzeichnen, habe es in unzulässiger Art und Weise Druck auf die Beschwerdeführerin ausgeübt. Das Sekretariat habe den Abschluss der EVR missbräuchlich an die Bedingung geknüpft, auf ein Rechtsmittel zu verzichten. In der Folge habe die Vorinstanz der Beschwerdeführerin keine Reduktion der Sanktion für den Abschluss einer EVR zuerkannt. Demgegenüber habe sie den anderen Untersuchungsadressaten, welche die EVR unterzeichnet hätten, eine Reduktion von 20 % für gute Zusammenarbeit nach Art. 6 Abs. 1 SVKG gewährt (vgl. Beschwerde, Rz. 66 ff.).

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es sei ihr nicht zumutbar gewesen, auf ein Rechtsmittel zu verzichten. Denn sie habe in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf die Durchführung des formellen Verfahrens der "Inability-to-Pay" (nachfolgend: ITP-Verfahren) beantragt. Das ITP-Verfahren sei zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der EVR noch nicht abgeschlossen gewesen. Der Ausgang des entsprechenden ITP-Verfahrens sowie die Würdigung durch das Sekretariat seien demnach für sie nicht abschätzbar gewesen. Es sei für sie deshalb essenziell gewesen, die Möglichkeit zur Ergreifung eines Rechtsmittels aufrechtzuerhalten (vgl. Beschwerde, Rz. 72 ff.).

In ihrer Replik führt die Beschwerdeführerin aus, wenn es sich - wie die Vorinstanz geltend mache - bei der Passage tatsächlich bloss um eine Absichtserklärung handle, die keinen verbindlichen Rechtsmittelverzicht beinhalte, dann hätte das Sekretariat deren Streichung ohne Weiteres akzeptieren können. Es erscheine willkürlich, dass der Abschluss einer EVR einzig daran scheitere, weil eine Passage, die in den Vorbemerkungen zur EVR stehe und offenbar bloss als Absichtserklärung zu verstehen sei, gestrichen werde. Die Vorinstanz begründe nicht schlüssig, weshalb das Sekretariat die EVR nicht ohne die Passage habe unterzeichnen können (vgl. Replik, Rz. 55 ff.).

Der geltend gemachte Anspruch auf eine Minderung von 5 % - so die Beschwerdeführerin weiter - ergebe sich aus dem Merkblatt EVR, das eine entsprechende Reduktion der Sanktion für den Abschluss einer EVR nach Zustellung des Verfügungsantrags vorsehe (vgl. Replik, Rz. 62).

9.4.2 Die Vorinstanz entgegnet, sie habe rechtmässig gehandelt, indem sie auf den Abschluss einer EVR mit der Beschwerdeführerin verzichtet habe.

Sie führt im Einzelnen aus, die Vorbemerkungen enthielten weder einen ausdrücklichen Verzicht noch ein Verbot, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Die Vorbemerkungen der EVR seien vielmehr standardisierte Formulierungen mit Absichtserklärungen der daran beteiligten Unternehmen und des Sekretariats. Eine EVR werde in der Absicht abgeschlossen, dass das Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden beendet werden könne und sich ein Beschwerdeverfahren erübrige. In diesem Sinne setze eine EVR die Bereitschaft des jeweiligen Unternehmens voraus, auf ein Rechtsmittelverfahren zu verzichten, sofern die Verfügung der Vorinstanz mit der vorläufigen Beurteilung des Sekretariats, insbesondere mit der Bandbreite für die Sanktion, übereinstimme (vgl. Vernehmlassung, Rz. 40 ff., 47).

Die in einem späten Stadium des Verfahrens vorgenommene Änderung am stets verwendeten Standardtext habe für das Sekretariat den Abschluss einer EVR und die damit zusammenhängenden Vorteile erheblich in Frage gestellt. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin habe das Sekretariat darin weder einen ausdrücklichen Willen noch eine klare Bereitschaft zum Abschluss einer EVR gesehen. Die Beschwerdeführerin habe die Absicht bekundet, auch bei einer Festsetzung der Sanktion innerhalb des angekündigten Rahmens die Verfügung gerichtlich anzufechten. Erhalte das Sekretariat jedoch bereits im Rahmen der Verhandlungen über die EVR Signale, dass eine Verfahrenspartei die Verfügung vor die Gerichte weiterziehen werde, sei es nicht bereit, darauf hinzuwirken, dass das Verfahren möglichst rasch abgeschlossen werde und die Verfügung der Vorinstanz möglichst knapp ausfalle. Die Streichung der Passage habe beim Sekretariat den Eindruck erweckt, dass es der Beschwerdeführerin beim Abschluss der EVR lediglich darum gehe, eine zusätzliche Sanktionsreduktion zu erzielen, nicht jedoch darum, das Verfahren zu vereinfachen und zu verkürzen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 51, 54; Duplik, Rz. 33).

Schliesslich seien der Beschwerdeführerin die Rahmenbedingungen für den Abschluss einer EVR, zu denen insbesondere der Punkt gehöre, dass sich bei Abschluss einer EVR die Ergreifung eines Rechtsmittels erübrigen sollte, bereits vor Beginn der Verhandlungen bekannt gewesen, was die Beschwerdeführerin mit der Unterzeichnung der Rahmenbedingungen anerkannt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 54).

9.4.3 Zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin in Zusammenhang mit dem - nicht zustande gekommenen - Abschluss einer EVR Anspruch auf eine Minderung der Sanktion hat.

9.4.3.1 Rechtsgrundlage für den Abschluss einer EVR bildet Art. 29 KG. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

"Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. (Art. 29 Abs. 1 KG)

Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission." (Art. 29 Abs. 2 KG)

Der Wortlaut der Bestimmung stellt klar, dass das Sekretariat ein - pflichtgemäss auszuübendes (vgl. E. 7.5.4) - Ermessen hat, ob es einem Beteiligten den Abschluss einer EVR vorschlägt (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff. [nachfolgend: Botschaft KG 1995, 604], BGE 145 II 259 E. 2.5.1; CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im Kartellrecht, Jusletter vom 27. März 2017, Rz. 72; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 29 N. 86c). Die Beteiligten haben folglich keinen Anspruch darauf, dass ihnen das Sekretariat eine EVR unterbreitet (vgl. Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6.2, Buchpreisbindung).

9.4.3.2 Die Wettbewerbsbehörden haben den Abschluss einer EVR in zahlreichen Entscheiden als besonders gute Kooperation mit einer Sanktionsreduktion von 5 % bis 20 % honoriert; dies unter dem Titel der mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG (vgl. Urteil des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.6, CA Auto Finance Suisse, m.H. auf die Praxis der Vorinstanz; Merkblatt EVR Rz. 11).

Zur Begründung dieser Praxis führt das Sekretariat der Vorinstanz im Merkblatt EVR aus, eine EVR führe zu kürzeren Verfahren und knapperen Verfügungen, weil die Beweismittel nicht lückenlos erhoben werden müssten, der Sachverhalt nicht vollumfänglich ermittelt werden müsse und der Umfang der Begründung des KG-Verstosses in der Verfügung reduziert werden könne (vgl. Merkblatt EVR, Rz. 2, 8). Der Abschluss einer EVR hat in diesem Sinne - neben weiteren Zwecken (vgl. CARLA BEURET, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 29 N. 4 f., 12) - die Erleichterung und Verkürzung des Verfahrens vor den Wettbewerbsbehörden zum Ziel (vgl. Botschaft KG 1995, 602; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 6.2, Buchpreisbindung; Urteile des BVGer B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 332 ff., Baubeschlüsse Siegenia; B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.11, Vifor Pharma).

9.4.3.3 Bei der Festlegung der Höhe der Minderung für den Abschluss einer EVR ist dementsprechend zu berücksichtigen, in welchem Umfang dieser den Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden reduziert hat (vgl. Urteile des BVGer B-5918/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 332 ff., Baubeschlüsse Siegenia; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.9, CA Auto Finance Suisse). Das Merkblatt EVR knüpft hierzu an den Zeitpunkt des Abschlusses der EVR im Verfahren an und geht von folgenden "Richtwerten" aus (vgl. hierzu E. 9.4.4):

"[...] frühes Stadium der Untersuchung (EVR während Sachverhaltsermittlung): max. 20 %; mittleres Stadium (EVR während der Formulierung des Antrags): ca. 15 %; spätes Stadium (Antragsentwurf weitgehend verfasst): ca. 10 %; EVR nach Zustellung des Antrags: ca. 5 %." (Ziff. 11)

9.4.3.4 Die Verfügung gewährt fünf Untersuchungsadressaten - nicht aber der Beschwerdeführerin - eine Sanktionsreduktion von 20 % unter dem Titel der mildernden Umstände für den Abschluss einer EVR vor Zusendung des Verfügungsantrags. Es handelt sich um die AMAG, Gruppo Karpf, Garage Nessi, Garage Weber-Monaco und Tognetti Auto (vgl. Verfügung, Rz. 58, 641).

9.4.3.5 Die Beschwerdeführerin hat den ihr zugesandten Entwurf für eine EVR unterzeichnet an das Sekretariat retourniert, wobei einzelne Passagen von ihr durchgestrichen waren. In der Folge kam keine EVR zustande, weil die Beschwerdeführerin und das Sekretariat sich über die betreffenden Passagen nicht einig wurden.

9.4.3.6 Von den Streichungen der Beschwerdeführerin betroffen war die Erwägung A.f. Diese bildet Teil der "Osservazioni preliminari" (deutsche Fassung: "Vorbemerkungen") und lautet mit den hinzugefügten Streichungen wie folgt:

"Anche se la conclusione della presente conciliazione non costituisce per Garage Maffei un riconoscimento della ricostruzione della fattispecie e della valutazione giuridica effettuata dalle autorità in materia di concorrenza, ~~Garage Maffei afferma che, in caso di approvazione della presente conciliazione da parte della COMCO e qualora il quadro sanzionatorio proposto ai sensi della lettera d) non venga superato, il ricorso a rimedi giuridici è reso inutile.~~"

Die deutsche Fassung derselben Erwägung lautet wie folgt [Hervorhebungen hinzugefügt]:

*"Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von [Partei] keine Anerkennung [der Sachverhaltsdarstellung und] der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, **hält [Partei] fest**, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die **Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.**"*

Nach der deutschen Sprachfassung "erübrigt" sich demnach ein Rechtsmittel, sofern die Vorinstanz die EVR genehmigt und sich an die in der EVR festgelegte Sanktionsbandbreite hält. Dies stimmt in der Sache mit der italienischen Formulierung überein, wonach - wörtlich übersetzt - der Rückgriff auf Rechtsmittel unnötig wird ("il ricorso a rimedi giuridici è reso inutile"), sofern die entsprechenden Voraussetzungen gewahrt sind.

Aus diesem Wortlaut ergibt sich kein Verzicht des Unternehmens auf die Erhebung eines Rechtsmittels gegen die Sanktionsverfügung (vgl. CARLA BEURET, a.a.O., Rz. 5; SAMUEL HOWALD, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2012 S. 708).

9.4.3.7 Dieses Ergebnis wird durch die Systematik bestätigt. Die Erwägung steht in den Vorbemerkungen, die in erster Linie ein Begründungselement sind (vgl. BGE 145 II 259 E. 2.5.3) und denn auch dem Teil B. "Accordi" (deutsche Fassung: "Vereinbarungen") vorangestellt sind.

9.4.3.8 Ein solcher Verzicht auf ein Rechtsmittel noch vor dem Erlass der Sanktionsverfügung wäre rechtlich auch nicht zulässig (vgl. HOWALD, a.a.O., S. 708). Dies gilt umso mehr, als die Festlegung einer (allfälligen) Sanktion und deren Bemessung nicht Gegenstand einer EVR sind.

Der Entscheid hierüber ist Sache der Vorinstanz, die nicht an die einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, AJP 2013 S. 1025 f.).

Ein wirksamer Rechtsmittelverzicht ist regelmässig nur möglich, nachdem die Verfügung ergangen ist und ihr Adressat in voller Kenntnis über deren Inhalt handelt (vgl. JAAG/HÄGGI FURRER, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 39 N. 13 Fn. 17; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 664; AUGUST MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, 2005, § 7 Rz. 6; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, 1979, S. 107 f.; KARIN SIEGWART, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 33b N. 69).

9.4.3.9 Durch Abschluss einer EVR, die in den Vorbemerkungen eine solche Erwägung vorsieht, verzichtet das Unternehmen demzufolge nicht rechtsgültig auf ein Rechtsmittel gegen die Sanktionsverfügung. Bei diesem Ergebnis sind die weiteren, gestützt auf die behauptete Unzulässigkeit der Erwägung erhobenen, Vorbringen der Beschwerdeführerin zurückzuweisen. Dass die Passage aus anderen Gründen bundesrechtswidrig wäre, ist nicht ersichtlich.

9.4.3.10 Das Sekretariat verfügt - wie erwähnt - über ein Ermessen bei der Frage, ob es einem Beteiligten eine EVR vorschlagen möchte (vgl. E. 9.4.3.1). Für die Weigerung der Beschwerdeführerin, den vom Sekretariat vorgelegten Entwurf für eine EVR zu unterzeichnen, sind deshalb keine schützenswerten Gründe erkennbar. Vielmehr durfte das Sekretariat dieses Verhalten als im Widerspruch zu dem - einer EVR zugrunde liegenden - Zweck der Verfahrensverkürzung stehend auffassen. Die Wettbewerbsbehörden führen damit für den Verzicht des Sekretariats auf Abschluss einer EVR mit der Beschwerdeführerin sachliche Gründe an. Ein willkürliches Vorgehen kann ihnen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden. Gleichwohl kann die Frage gestellt werden, ob die Einwände der Beschwerdeführerin gegenüber der fraglichen Passage nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren durch eine bessere Kommunikation zwischen Sekretariat und Beschwerdeführerin hätten ausgeräumt werden können.

9.4.4 Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei bereits ihre Bereitschaft zum Abschluss einer EVR sanktionsmindernd zu honorieren, überzeugt nicht. Denn der Zweck der Verfahrensvereinfachung wird bei gescheiterten oder abgebrochenen Verhandlungen regelmässig nicht erreicht (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 15.2.7.11, Vifor Pharma). Dass ihr Verhalten bei der Aushandlung der EVR den Verfahrensaufwand der Vorinstanz reduziert hat, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf und ist auch nicht ersichtlich: So hat die Beschwerdeführerin die von ihr unterzeichnete EVR - mit den erwähnten Streichungen - erst mit ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag und damit zu einem späten Zeitpunkt des Verfahrens eingereicht.

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, das Verfahren habe zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr verkürzt und vereinfacht werden können; das Merkblatt EVR sehe gleichwohl eine Minderung von

5 % für den Abschluss einer EVR nach Zustellung des Verfügungsantrags vor (vgl. Replik, Rz. 61 ff.).

Die Beschwerdeführerin vermag jedoch aus dem Merkblatt schon deshalb keinen Anspruch auf Minderung abzuleiten, weil dieses die Minderung an den Abschluss einer EVR anknüpft. Im Übrigen ist das Bundesverwaltungsgericht an das Merkblatt nicht gebunden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 1572, DCC).

9.4.5 Der Verzicht der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Minderung für gute Kooperation in Zusammenhang mit einer EVR zu gewähren, hält deshalb vor Bundesrecht stand.

9.5 Die Vorinstanz handelt demzufolge bundesrechtskonform, soweit sie gegenüber der Beschwerdeführerin den Basisbetragsatz auf 3 % festlegt, den Basisbetrag für die Dauer der Abredebeteiligung um 125 % erhöht und abgesehen von einer Sanktionsreduktion von 15 % für die Anerkennung des Sachverhalts von einer weitergehenden Minderung der Sanktion absieht. Es bleibt zu prüfen, ob der hieraus resultierende Sanktionsbetrag von Fr. (...) für die Beschwerdeführerin tragbar ist.

10. Finanzielle Tragbarkeit

10.1 Die Beschwerdeführerin begründet ihr Hauptbegehren auf Aufhebung der Sanktion damit, dass die Sanktion sowie die Verfahrenskosten ihre wirtschaftliche Existenz bedrohten.

Sie rügt in methodischer Hinsicht, die Vorinstanz habe ihre Liquidität fehlerhaft beurteilt. Der ITP-Bericht, auf den die Vorinstanz sich stütze, habe lediglich eine statische Analyse getätigt. Eine solche sei jedoch ungenügend, um sich ein Gesamtbild der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Liquidität zu verschaffen. Es fehle eine dynamische Liquiditätsanalyse, die die aktuellen Einnahmen und Ausgaben einer zukünftigen Entwicklung gegenüberstelle. Dies bestätige das von ihr eingereichte Kurzgutachten zum ITP-Bericht von D._____, eidg. dipl. Finanz- und Anlageexperte (vgl. Beschwerde, Rz. 25 ff., 46 ff.; Beschwerdebeilage 5).

Der ITP-Bericht stütze sich auf die Situation im Jahr 2021 und übersehe, dass die Liquidität im Jahr 2021 ausserordentlich gut gewesen sei. Dementsprechend werde die Liquidität in den darauffolgenden Jahren wieder sinken; sie habe denn auch teilweise bereits abgenommen.

So gehe aus dem ITP-Bericht nicht hervor, dass der Covid-Kredit von Fr. (...) die Liquidität zwar kurzfristig erhöhe, aber in den kommenden Jahren zurückzuzahlen sei und somit die zukünftige Liquidität wieder verringere. Die Rückzahlung des Kredits sei im Umfang von Fr. (...) pro Jahr zu berücksichtigen (vgl. Beschwerde, Rz. 34; Replik, Rz. 50).

Die Bilanz verbuche sodann auf Ende 2021 einen ausserordentlich hohen Ertrag aus Hagelreparaturen in der Höhe von Fr. (...). Die Arbeitsgruppe ITP sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass diese Einnahmen ohne Weiteres zu den flüssigen Mitteln zu zählen seien, und habe nicht berücksichtigt, dass ein solcher Ertrag sich nicht wiederholen werde. Der Betrag der flüssigen Mittel

werde deshalb in den kommenden Jahren deutlich tiefer ausfallen (vgl. Beschwerde, Rz. 36; Replik, Rz. 34).

Ein weiterer Grund für den ausserordentlichen Anstieg der Liquidität im Jahr 2021 sei ein überdurchschnittlich hoher Verkauf an Fahrzeugen in diesem Jahr. Aufgrund der Covid-Pandemie hätten viele Kunden im Jahr 2020 ihren Kaufentscheid verschoben. Im Jahr 2021 seien dann auch viel mehr Fahrzeuge verkauft worden als normalerweise; der Absatz von Neufahrzeugen habe im Jahr 2021 um 30 % zugenommen. Es sei deshalb nötig, den Bestand an Fahrzeugen wieder aufzufüllen. Die Beschwerdeführerin habe zahlreiche neue Fahrzeuge bei der AMAG bestellt und müsse diese Käufe in Höhe von über (...) Fr. auch finanzieren; dies habe bereits zu einer deutlichen Abnahme der Liquidität geführt. Sie kaufe Fahrzeuge ein und verkaufe diese erst zu einem späteren Zeitpunkt wieder; diese Zeitspanne müsse sie aus ihren liquiden Mitteln finanzieren können (vgl. Beschwerde, Rz. 37 ff.; Replik, Rz. 35 ff., 41).

Aus der - mit der Replik eingereichten - "Liquiditätsplanung 2023-2027" gehe hervor, dass die Sanktion zu einem gravierenden Liquiditätsengpass führen würde (vgl. Replik, Rz. 17, 20, 42 ff.).

Bei der Beurteilung der zukünftigen Liquidität zu berücksichtigen seien nämlich die zusätzlichen Kosten für Investitionen aufgrund der anstehenden Umstellung auf Elektromobilität, der darauf basierende Rückgang des Umsatzes aus Kündigungen von Leasingverträgen und der Rückgang des Umsatzes aus Neu- und Gebrauchtwagen, die steigenden Personal- und Energiekosten und der Umsatzrückgang aufgrund in- und ausländischer Inflation. Die Umstellung auf Elektromobilität werde notwendige Anpassungen sowohl der physischen Anlagen wie auch der Werkstattwerkzeuge mit sich bringen. Diese zukünftigen Investitionen seien in der Höhe von rund Fr. (...) jährlich zu berücksichtigen (vgl. Replik, Rz. 20, 49).

Gehe man von einer Mindestliquidität von 10 % des Umsatzes aus, so bedeute dies - ausgehend vom Umsatz der Jahre 2017-2021 - eine durchschnittlich notwendige Liquidität von Fr. (...) (vgl. Replik, Rz. 45).

10.2 Die Verfügung kommt auf der Grundlage der ITP-Prüfung zum Ergebnis, dass der Sanktionsbetrag für die Beschwerdeführerin tragbar sei (vgl. Verfügung, Rz. 693).

Ob eine Sanktion bezahlt werden könne, bestimme sich - so die Vorinstanz - danach, ob diese zu einer Überschuldung führe oder ob ein Liquiditätsengpass drohe. Die Sanktion führe unbestrittenermassen nicht zur Überschuldung (vgl. Vernehmlassung, Rz. 25; Duplik, Rz. 21).

Was die Beurteilung der Liquidität anbelangt, bestreitet die Vorinstanz, das Jahr 2021 statisch als einzige Referenzgrösse herangezogen zu haben. Vielmehr habe sie die Bilanz und Erfolgsrechnung der Jahre 2015 bis 2021 sowie des ersten Halbjahres 2022 analysiert (vgl. Vernehmlassung, Rz. 27).

Die Liquiditätsverbesserung im Jahr 2021 sei nicht bloss vorübergehend. Denn der zusätzlich erwirtschaftete Cash-Flow von Fr. (...) stehe der Beschwerdeführerin zur freien Verwendung zur Verfügung. Die verbesserte Liquidität sei daher bei der Prüfung der aktuell verfügbaren Liquidität zu berücksichtigen. Aus dem einmaligen

Hagelschadenereignis im Jahr 2021 könne die Beschwerdeführerin darum nichts zu ihrem Vorteil ableiten (vgl. Vernehmlassung, Rz. 29).

Die behauptete Liquiditätsverminderung aufgrund anstehender Zahlungen für vorbestellte Fahrzeuge sei des Weiteren nicht belegt. Es genüge nicht, eine Liste mit Kosten für den Einkauf von Fahrzeugen einzureichen. Solchen Kosten seien stets auch die Erlöse aus dem Verkauf dieser Fahrzeuge gegenüberzustellen. Ohne weitere Angaben könnten keine Schlussfolgerungen aus den Zahlen gezogen werden. Aus den Unterlagen lasse sich kein höherer Liquiditätsbedarf ableiten (vgl. Vernehmlassung, Rz. 33; Duplik, Rz. 23).

Die von der Beschwerdeführerin in der Replik eingereichte Liquiditätsplanung erweise sich bei näherer Betrachtung als unhaltbar. So seien darin neue Kostenposten eingeführt worden, um die zukünftige Liquiditätsentwicklung schlechter erscheinen zu lassen. Aufgeführt sei zum einen der neue Kostenposten "Inflation/Knappheit Lieferkette", der die Liquidität bis 2027 um Fr. (...) schmälern soll. Zum anderen nenne die Beschwerdeführerin neu den Kostenposten Investitionen, der die Liquidität bis 2027 um Fr. (...) schmälern soll. Auch die Notwendigkeit dieser Investitionen werde lediglich behauptet. Weiter berücksichtige die Liquiditätsplanung ein Umsatzwachstum von 1 % und eine Steigerung der variablen Kosten von 2 %. Damit gehe die Beschwerdeführerin von einer unter dem Strich weniger gewinnbringenden Geschäftstätigkeit aus. Diese Behauptungen seien wenig glaubhaft. Denn in den vergangenen Jahren habe sich die Profitabilität stetig verbessert (vgl. Duplik, Rz. 26 ff.).

Allfällige Schwankungen auf einem Konto seien nicht geeignet, eine Abnahme der Liquidität in den kommenden Jahren zu belegen. Im Gegenteil wiesen die eingereichten Unterlagen eher auf eine weitere Verbesserung der Liquiditätslage und einen zukünftig zu erwartenden positiven Geschäftsverlauf hin. Die Beschwerdeführerin könne daher aus den von ihr eingereichten Beilagen 13 und 14 (provisorische Halbjahresbilanz und Erfolgsrechnung 2022; Auszug Bankkonto Raiffeisenbank per August 2022) nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. Vernehmlassung, Rz. 36).

10.3

10.3.1 Bei der Festsetzung der Sanktion ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 2 SVKG). Dieser Grundsatz liegt der Ausgestaltung von Art. 49a Abs. 1 KG und von Art. 3 ff. SVKG zugrunde und kommt in diesen Bestimmungen zum Ausdruck (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 1557, DCC). Aus der Verhältnismässigkeit fliesst auch die - vorliegend strittige - Voraussetzung der Zumutbarkeit im Sinne der finanziellen Tragbarkeit der Sanktion (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8.8 ff., Engadin II Rocca + Hotz). Zumutbar ist eine Sanktion grundsätzlich nur dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1, Preispolitik Swisscom ADSL).

Der Sanktionsbetrag sollte deshalb in einem angemessenen Verhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1, Preispolitik Swisscom ADSL; Urteil des BVGer B-5172/2019 vom

26. Oktober 2023 E. 9.8.10.1, Engadin II Rocca + Hotz, m.w.H.; vgl. JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 49a N. 15; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 93).

Unter dem Aspekt der Zahlungsfähigkeit ist - wie die Vorinstanz zutreffend festhält - zu beurteilen, ob das Unternehmen hinreichende flüssige Mittel hat. Es ist zu fragen, ob die Zahlung des Sanktionsbetrags zu einem Liquiditätsengpass führt (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8.14.4 ff., Engadin II Rocca + Hotz).

Zudem ist zu berücksichtigen, ob die Pflicht zur Leistung des Sanktionsbetrags zu einer Überschuldung führen würde. Eine solche liegt vor, wenn das Fremdkapital nicht mehr durch die Aktiven gedeckt ist (Art. 725b Abs. 1 Satz 1 Obligationenrecht, OR, SR 220; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht] vom 23. November 2016, BBl 2017 573 ff.; Lukas Glanzmann, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 2017, 397).

Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil in Sachen Flügel und Klaviere ausgeführt, es sei für die Beurteilung der Tragbarkeit auf den Zeitpunkt abzustellen, der dem Kartellrechtsverstoss am nächsten stehe (Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.2 f., Flügel und Klaviere; a.M. PICH, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Art. 2 SVKG N. 11; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 93c). Während des Beschwerdeverfahrens eingereichte Unterlagen, die die Tragbarkeit der Sanktion in einem anderen Licht erscheinen lassen, sind vom Bundesverwaltungsgericht gleichwohl zu berücksichtigen, da für das Gericht grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids massgebend ist (Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8.12.1 f., Engadin II Rocca + Hotz). Entsprechend erfordert die Beurteilung der Tragbarkeit eine Prüfung der Auswirkungen des Sanktionsbetrags auf die zukünftige Wettbewerbsfähigkeit und damit eine prospektive Wertung (Urteil des BVGer B-3096/2018 vom 28. November 2023 E. 146, Engadin I Foffa Conrad).

10.3.2 Auch das EU-Wettbewerbsrecht sieht die Möglichkeit eines Erlasses der Sanktion wegen fehlender Tragbarkeit vor. Die diesbezügliche Praxis (vgl. Urteil des EuG vom 23. Mai 2019 T-222/17 Recylex Rz. 165 f.) wird unter anderem in Rz. 35 der Leitlinien der EU-Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (nachfolgend: Bussgeldleitlinie) abgebildet, die wie folgt lautet:

"Unter aussergewöhnlichen Umständen kann die Kommission auf Antrag die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens in einem gegebenen sozialen und ökonomischen Umfeld berücksichtigen. Die Kommission wird jedoch keine Ermässigung wegen der blossen Tatsache einer nachteiligen oder defizitären Finanzlage gewähren. Eine Ermässigung ist nur möglich, wenn eindeutig nachgewiesen wird, dass die Verhängung einer Geldbusse gemäss diesen Leitlinien die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderruflich gefährden und ihre Aktiva jeglichen Wertes berauben würde."

Im Sinne des Grundsatzes der parallelen Rechtslage (vgl. BGE 147 II 72 E. 3, Hors-Liste Medikamente Pfizer) kann das in Rz. 35 der Bussgeldleitlinie verwendete Kriterium

der unwiderruflichen Gefährdung der Überlebensfähigkeit als Orientierungshilfe dienen (Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.5, Flügel und Klaviere).

10.3.3 Ein Unternehmen, das Liquiditätsschwierigkeiten oder eine Überschuldungssituation geltend macht, muss aufgrund seiner weitgehenden Mitwirkungspflicht (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 40 KG) über seine aktuelle finanzielle Situation vollständig Aufschluss geben (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8.10.3, 9.8.16.2, Engadin II Rocca + Hotz, m.w.H.). Nach Treu und Glauben obliegt es dabei dem Unternehmen, die notwendigen Unterlagen unaufgefordert einzureichen: die Interessenlage ist insoweit mit einem Gesuchsverfahren vergleichbar (vgl. BGE 140 II 65 E. 3.4.2; Urteil des BVGer B-7920/2015 vom 16. August 2022 E. 11.2.6, Autohändler VPVW Repo).

10.4 Die Vorinstanz hat die finanzielle Tragbarkeit der Sanktion auf der Grundlage des Berichts der ITP-Arbeitsgruppe bejaht (vgl. Verfügung, Rz. 693; act. XVIII 5). Dieser geht aufgrund des Verfügungsantrags des Sekretariats von einem möglichen Sanktionsbetrag von Fr. (...) aus. Der Bericht berücksichtigt die Jahresrechnungen der Geschäftsjahre 2016 bis 2021. Er kommt zum Ergebnis, dass sowohl die Kapitalisierung als auch die Liquidität ausreichen, um die in Frage stehende Sanktion zu tragen. In Ziff. IV des Berichts wird im Einzelnen ausgeführt,

- dass der Verschuldungsgrad mit um die 50 % verhältnismässig niedrig sei. So habe im Jahr 2021 einem Aktienkapital von Fr. (...) ein gesamtes Eigenkapital (gesetzliche und freie Reserven sowie Gewinnvortrag) von ca. Fr. (...) gegenübergestanden. Die Kapitalisierung sei gut; das Unternehmen sei daher gesund und ohne finanzielle Probleme.
- dass die Liquiditätsdecke in den vergangenen Geschäftsjahren gut bis sehr gut gewesen sei und dass die Liquiditätssituation sich in den letzten Jahren konstant verbessert habe.
- dass die im Jahr 2021 zur Verfügung stehende Liquidität, insbesondere die flüssigen Mittel von ca. Fr. (...), ausreichen würden, um den Sanktionsbetrag zu begleichen, ohne eine Zahlungsunfähigkeit zu bewirken.
- dass die operative Geschäftstätigkeit stabil sei und einen positiven Cash-Flow von ca. Fr. (...) pro Jahr abwerfe.

Der ITP-Bericht berücksichtigt demnach die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin über mehrere Jahre (2016-2021) und gelangt gestützt darauf zu einer positiven Einschätzung der Tragbarkeit. Eine rein statische Sicht der Vorinstanz liegt zwar insoweit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht vor. Gleichwohl wäre es sachgerecht gewesen, wenn die Vorinstanz sich stärker mit der (voraussichtlichen) zukünftigen Entwicklung der Finanzlage der Beschwerdeführerin unter Einschluss allfälliger Refinanzierungsmöglichkeiten (z.B. Ausschöpfung von Kreditlimiten) auseinandergesetzt hätte, umfasst doch die Beurteilung der Tragbarkeit - wie erwähnt (vgl. E. 10.3.1) - eine zukunftsbezogene Wertung.

Dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der Liquidität auch den im Jahr 2021 angefallenen Umsatz aus Hagelreparaturen berücksichtigt hat, ist nicht zu beanstanden.

Denn diese Liquidität stand - wie die Vorinstanz ausführt - auch in den Folgejahren zur Verfügung. Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach ihre Liquidität im Jahr 2021 aufgrund besonderer Umstände ausserordentlich hoch gewesen sei, geht insoweit ins Leere.

Es besteht daher kein Anlass, an den schlüssig begründeten Einschätzungen des ITP-Berichts zu zweifeln.

10.5 Es ist sodann nicht ersichtlich, dass sich die finanzielle Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin seit dem ITP-Bericht vom 11. Mai 2022 in dem Masse verschlechtert hat, dass sich eine andere Beurteilung der Tragbarkeit aufdrängt.

10.5.1 Dies gilt zunächst für die Liquiditätslage. So ergibt sich auch aus den Jahresrechnungen der Beschwerdeführerin für 2022 und aus der Rechnung für das erste Trimester 2023, dass ihre Liquidität genügt, um den Sanktionsbetrag zu tragen. Konkret beliefen sich die flüssigen Mittel (Kasse sowie Post- und Bankkonti) zum Bilanzstichtag des 30. April 2023 auf Fr. (...), per 31. Dezember 2022 auf Fr. (...) und per 31. Dezember 2021 auf Fr. (...) (Zahlen gerundet).

Anzumerken ist, dass der in den Akten liegende Auszug über das Kontokorrentkonto bei der Raiffeisenbank per 12. Juli 2023 einen Saldo von Fr. (...) ausweist. Dieser Saldo ist damit um rund (...) Fr. geringer als noch in der provisorischen Bilanz per 30. April 2023, aus der ein Saldo von Fr. (...) (jeweils gerundet) hervorgeht. Die Beschwerdeführerin hat den markanten Rückgang des Kontokorrentguthabens innerhalb weniger Wochen jedoch nicht stichhaltig begründet, weshalb nicht beurteilt werden kann, ob dieser betriebsnotwendig war. Ein Kontokorrentguthaben unterliegt zudem wesensgemäss starken Schwankungen. Der Rückgang des Saldos des Raiffeisenkontos kann deshalb bei der Beurteilung der Tragbarkeit unberücksichtigt bleiben. Auf der Grundlage der in der provisorischen Bilanz per 30. April 2023 ausgewiesenen liquiden Mittel verbleiben der Beschwerdeführerin nach Abzug von Sanktion und Verfahrenskosten flüssige Mittel von rund (...) Fr.

Abgesehen davon erzielte die Beschwerdeführerin in den Geschäftsjahren 2021 und 2022 einen Gewinn von (...) Franken (Fr. [...] im Geschäftsjahr 2022 und Fr. [...] im Geschäftsjahr 2021); dies bei einem Umsatz von jeweils über (...) Fr. Aus diesen Gründen besteht unter dem Aspekt der Liquidität kein Anlass, an der Tragbarkeit des Sanktionsbetrags zu zweifeln. Vielmehr handelt es sich bei der Beschwerdeführerin um ein insoweit wirtschaftlich gesundes Unternehmen.

10.5.2 An der positiven Beurteilung der Liquidität auch nichts zu ändern vermag die im Beschwerdeverfahren eingereichte Liquiditätsplanung 2023-2027 (Replikbeilage 1). Darin geht die Beschwerdeführerin von steigenden Aufwendungen in zahlreichen Bereichen aus. So enthält die Übersicht den neuen Kostenpunkt "Inflation/Knappheit Lieferkette" in Höhe von rund Fr. (...) pro Jahr. Die angeführten Kostensteigerungen und Investitionen sowie deren Betriebsnotwendigkeit sind jedoch - worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist (Vernehmlassung, Rz. 29 ff.; Duplik, Rz. 21 ff.) - nicht hinreichend substantiiert.

Vielmehr ist das von der Beschwerdeführerin aufgezeigte Bild ihrer aktuellen und zukünftigen Finanzlage unvollständig. So macht die Beschwerdeführerin keine hinreichenden Angaben zu den angeführten höheren Aufwendungen für den Einkauf von Neufahrzeugen. Ihre Übersicht über Einkaufspreise für Neufahrzeuge (Replikbeilage 2), die teilweise auch Verkaufspreise enthält, erweckt zwar den Anschein, dass die Verkaufsmargen der Beschwerdeführerin eher gering sind. Die Beschwerdeführerin erhält jedoch nach eigenen Angaben bei Erreichen von Verkaufszielen der AMAG erhebliche Rabatte auf die gelieferten Fahrzeuge (sog. Bonuszahlungen, vgl. Stellungnahme zum Verfügungsantrag, Rz. 17; Replik, Rz. 37). Sie macht nicht geltend, dass sie diese Ziele nicht erreicht hätte. Aus der Liquiditätsplanung vermag die Beschwerdeführerin daher nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Die Beschwerdeführerin zeigt auch und vor allem nicht hinreichend auf, dass sie für den Fortbestand des Unternehmens notwendige Investitionen bei Leistung des Sanktionsbetrags nicht zeitgerecht tätigen könnte. Ihr Einwand, dass der Sanktionsbetrag zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit zur Folge hätte (vgl. Replik, Rz. 17), ist daher zurückzuweisen.

10.5.3 Zwar ist der Covid-Kredit von Fr. (...) in den Folgejahren zurückzuzahlen, was die Liquidität verringert. Insgesamt legt die Beschwerdeführerin trotz ihrer Mitwirkungspflicht jedoch nicht stichhaltig dar, dass die Zahlung des Sanktionsbetrags zu einem akuten Liquiditätsengpass und einer Zahlungsunfähigkeit für fällige Verbindlichkeiten führt (vgl. auch Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8.11.2, Engadin II Rocca + Hotz).

10.5.4 Selbst wenn ein Liquiditätsengpass drohte, hätte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, ein Gesuch um Ratenzahlung zu stellen (vgl. Urteile des BVGer B-3096/2018 vom 28. November 2023 E. 146, Engadin I Foffa Conrad; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8.14.12, Engadin II Rocca + Hotz; Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2, Fn. 2; Peter Picht, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 2 SVKG N. 11). Zudem besteht - worauf auch die Vorinstanz hinweist (vgl. Duplik, Rz. 30) - kein ernsthafter Zweifel, dass es der Beschwerdeführerin diesfalls möglich wäre, sich zu vertretbaren Konditionen zu refinanzieren, zumal es sich - wie dargelegt - um ein finanziell gesundes Unternehmen handelt. Gegenteiliges bringt die Beschwerdeführerin nicht vor.

10.6 Zur Kapitalisierung zeigen die Unterlagen zum Geschäftsjahr 2022 und die provisorische Bilanz für die ersten vier Monate des Geschäftsjahrs 2023 das folgende Bild:

Zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2022 hatte die Beschwerdeführerin ein Eigenkapital (Aktienkapital, gesetzliche und freie Reserven sowie Gewinnvortrag) von Fr. (...) bei einer Bilanzsumme von Fr. (...), woraus eine Eigenkapitalquote von rund 34 % resultiert. Zum Bilanzstichtag vom 30. April 2023 betrug die Eigenkapitalquote rund 28 %; dies bei einem Eigenkapital von Fr. (...) und einer Bilanzsumme von Fr. (...) (Zahlen jeweils gerundet).

Angesichts dieser - als hinreichend einzustufenden - Kapitalisierung ist nicht ersichtlich, dass der Sanktionsbetrag von Fr. (...) nicht tragbar wäre, weil er zu einer Überschuldung führen würde. Entsprechendes macht die Beschwerdeführerin auch nicht geltend (vgl. Beschwerde, Rz. 27 ff.).

Im Übrigen muss der Beschwerdeführerin spätestens nach der Zustellung des Verfügungsantrags durch das Sekretariat Ende 2021 bewusst gewesen sein, dass sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zur Zahlung eines Sanktionsbetrags verpflichtet wird. Es konnte von ihr deshalb nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie einen entsprechenden Mittelabfluss in ihrer Ausgabenplanung frühzeitig berücksichtigt (Art. 960e Abs. 2 OR; vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.8.16.9 ff., Engadin II Rocca + Hotz). Die vorliegenden Unterlagen deuten denn auch darauf hin, dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf eine allfällige Sanktion Rückstellungen gebildet hat; so weist die geprüfte Jahresrechnung 2022 für das Jahr 2021 eine Rückstellung in der Höhe von Fr. (...) mit dem Vermerk "accantonamento COMCO" [Rückstellung] aus.

10.7 Die Beschwerdeführerin legt somit nicht dar, dass sich ihre finanzielle Leistungsfähigkeit seit dem ITP-Bericht vom 11. Mai 2022 in dem Masse verschlechtert hat, dass sich im Urteilszeitpunkt eine andere Beurteilung der Tragbarkeit aufdrängt. Sie vermag insbesondere nicht aufzuzeigen, dass der Sanktionsbetrag ihre Existenz unwiderruflich gefährden würde. Entsprechendes ist auch nicht ersichtlich. Der Sanktionsbetrag erweist sich vielmehr als tragbar und damit als verhältnismässig.

11. Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens

Die Beschwerde richtet sich auch gegen die Auferlegung von Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens im Umfang von Fr. 186'330.-.

11.1 Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihres Eventualantrags auf angemessene Reduktion der ihr aufzuerlegenden Verfahrenskosten vor, dass sie das Verfahren weder veranlasst noch erschwert habe. Zudem sei ein Anteil von 17 % der Verfahrenskosten unverhältnismässig hoch; dies insbesondere im Vergleich zum Anteil der AMAG von 25 %. Denn die Beschwerdeführerin habe im Vergleich zu jenem Unternehmen nur einen geringen Ressourcenaufwand verursacht und sei zu einem geringen Anteil an der Gesamtabrede beteiligt gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 151 f.).

11.2 Die Vorinstanz weist für ihr Verfahren Kosten von insgesamt Fr. 1'096'061.- aus. Der Betrag setzt sich aus einem Zeitaufwand von 960.69 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 130.-, von 4'619.98 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 200.- und von 53.75 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 290.- sowie Spesen von Fr. 31'588.- zusammen.

Die Vorinstanz auferlegt den Untersuchungsadressaten die Kosten anteilmässig, wobei sie Umfang und Intensität der jeweiligen Beteiligung an der Gesamtabrede berücksichtigt. Sie auferlegt der Beschwerdeführerin die Kosten zu 17 %, was zu einem Betrag von Fr. 186'330.- führt (vgl. Verfügung, Rz. 703 f.).

11.3 Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2). Entsprechend dem Verursacherprinzip ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben oder sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand.

Die Beschwerdeführerin hat das der vorliegend angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Untersuchungsverfahren entgegen ihrer Darstellung mitverursacht, nach dessen Abschluss die Vorinstanz zu Recht auf eine Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede geschlossen hat. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Verfügung der Beschwerdeführerin die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens anteilmässig auferlegt.

Die Verfügung legt die Kostenanteile der Unternehmen anhand der Schwere des Kartellrechtsverstosses fest, wie sie im jeweiligen Basisbetragssatz (vgl. E. 7.5.5) zum Ausdruck kommt. Der Kostenanteil der Beschwerdeführerin von 17 % ist dementsprechend gleich hoch wie derjenige von Gruppo Karpf (Basisatz: jeweils 3 %), jedoch geringer als der Anteil von AMAG (Basisatz: 7 %) und Tognetti Auto (Basisatz: 5 %) von 25 % bzw. 20 % sowie höher als bei Autoronchetti, Garage Nessi und Garage Weber-Monaco (Basisatz: 1 %) mit einem Anteil von 7 %. Die Vorinstanz hat das ihr zustehende Ermessen nach sachlichen Kriterien ausgeübt. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung ist - sofern er überhaupt anwendbar ist (vgl. E. 7.5.4) - nicht verletzt.

Es besteht kein Grund, den vorinstanzlichen Entscheid hinsichtlich der Verfahrenskosten abzuändern: Die Höhe der der Beschwerdeführerin anteilmässig auferlegten Verfahrenskosten erscheint aufgrund des Umfangs und der Komplexität des Untersuchungsverfahrens nicht unverhältnismässig. Die Pflicht, neben dem Sanktionsbetrag auch den betreffenden Verfahrenskostenanteil zu zahlen, erscheint für die Beschwerdeführerin tragbar (vgl. E. 10.3 f.).

12. Kosten des Beschwerdeverfahrens

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihrer Beschwerde, weshalb ihr die

Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Bemessung richtet sich nach dem gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG erlassenen Reglement des Bundesverwaltungsgerichts über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2). Danach bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 1 Abs. 1 VGKE). Nach Art. 4 VGKE beträgt die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bei einem Streitwert zwischen Fr. 500'000.- und Fr. 1'000'000.- maximal Fr. 20'000.-. Die vorliegend angefochtene Sanktion beläuft sich auf Fr. (...). Angesichts des Streitwerts und der Komplexität der zu beurteilenden Fragen ist die Gerichtsgebühr entsprechend dem einverlangten Kostenvorschuss auf Fr. 15'000. festzulegen. Im vorliegenden Fall ist die Beschwerde abzuweisen, weshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 15'000.- der Beschwerdeführerin vollumfänglich aufzuerlegen sind.

Da die Beschwerde sich als unbegründet erweist, ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 15'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 15'000.- zur Bezahlung der Kosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0489; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Präsidialverfügung des Obergerichts Zug vom 8. August 2024 – Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen)

Präsidialverfügung Z2 2024 32 des Obergerichts Zug, II. Zivilabteilung vom 8. August 2024 in Sachen A. AG, vertreten durch [...], Gesuchstellerin, gegen D. AG, vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin, betreffend Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen)

Rechtsbegehren

Gesuchstellerin

1. Die Gesuchsgegnerin sei vorsorglich zu verpflichten, über den 30. September 2024 hinaus, für die Marken "G.", "H.", und "I.":
 - a. der Gesuchstellerin den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes für autorisierte Service- und Ersatzteilhändler zu gewähren.
 - b. die Gesuchstellerin mit Fahrzeug-Originalersatzteilen für autorisierte Service- und Ersatzteilhändler zu beliefern, und ihr hierfür den Zugang zum Online-Bestellportal für autorisierte Service- und Ersatzteilhändler sowie die prioritäre Belieferung für autorisierte Service- und Ersatzteilhändler zu gewähren.
 - c. der Gesuchstellerin Werkzeuge und Diagnosegeräte für autorisierte Service- und Ersatzteilhändler zur Verfügung zu stellen.
 - d. der Gesuchstellerin Einsicht in die Fahrzeughistorie für autorisierte Service- und Ersatzteilhändler zu gewähren.
 - e. der Gesuchstellerin Zugriff auf das Lagerhaltungssystem der Gesuchsgegnerin in J.(Ort) zu gewähren.
 - f. der Gesuchstellerin Markennutzungsrechte zu gewähren.
 - g. der Gesuchstellerin Zugriff auf das physische Serviceheft und die Eintragung des Servicestempels in das physische Serviceheft zu gewähren.
 - h. der Gesuchstellerin die Inanspruchnahme des technischen Services der Gesuchsgegnerin für autorisierte Service- und Ersatzteilhändler zu gewähren.

- i. der Gesuchstellerin die Durchführung von Gratis-Service und Garantieleistungen an Fahrzeugen der erwähnten Marken zu gewähren und zu entschädigen,
- j. der Gesuchstellerin die in Ausführung von Garantiarbeiten gebrauchten Ersatzteile zu entschädigen.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verbieten,
 - a. Kunden der Gesuchstellerin dahingehend zu informieren, dass die Gesuchstellerin kein autorisierter Service- und Ersatzteilhändler mehr sei oder sein werde.
 - b. Kundendaten der Gesuchstellerin an Dritte, insbesondere an andere Garagisten, die über den 30. September 2024 hinaus die Vertretung der betreffenden Marken innehaben, weiterzuleiten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Gesuchsgegnerin

1. Auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vom 29. Mai 2024 sei nicht einzutreten.
Eventualiter sei das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vom 29. Mai 2024 abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

Sachverhalt

1. Die A. AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) hat ihren Sitz in K.(ZG). Sie ist im Handel mit Fahrzeugen und Ersatzteilen tätig und (weitere Zweckumschreibung).
2. Die D. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ist in L. (ZH) domiziliert. Sie ist Importeurin von Neufahrzeugen des M.-Konzerns und unterhält in der Schweiz ein selektives Vertriebssystem für Neufahrzeuge, Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie Originalersatzteile einiger Marken des M.-Konzerns. Dazu gehören die Marken "G.", "H." und "I."
3. Bei einem selektiven Vertriebssystem verpflichtet sich der Importeur, Waren oder Dienstleistungen nur

- an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden; die Händler verpflichten sich, die betreffenden Waren und Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind (vgl. Art. 5 Abs. 1 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 12. Dezember 2022 [BBl 2022 3231]). Zu diesem Zweck schliesst der Importeur Verträge für den Vertrieb von Neufahrzeugen (Händlerverträge) sowie Verträge für den Vertrieb von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen und von Originalersatzteilen (Service- oder Servicepartnerverträge). Die Vertragspartner der Importeurin werden so zu zugelassenen Händlern oder zugelassenen Werkstätten (vgl. Art. 1 lit. c und d der Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Bekanntmachung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor vom 29. November 2023 [SR 251.6]).
4. Die Parteien haben verschiedene Verträge abgeschlossen. Gestützt auf einen im Jahr 1982 geschlossenen Vertrag war die Gesuchstellerin zunächst als Lokalhändlerin für die Marke "G." tätig. 2006 und 2007 schlossen die Parteien Händler- und Serviceverträge für die Marken "H." (2006) sowie "G." und "I." (2007). Die Händler- und Serviceverträge wurden in der Folge mehrfach erneuert. 2013 kündigte die Gesuchstellerin den Händlervertrag für die Marke "I." (act. 7/10). Im gleichen Jahr kündigte die Gesuchsgegnerin den Händlervertrag für die Marke "G." per 2015 (act. 7/11). 2016 schlossen die Parteien Händler- und Serviceverträge für die Marke "H.", welche die Gesuchsgegnerin jedoch bereits 2018 per 2020 wieder kündigte. Nach wie vor rechtswirksam und für das vorliegende Verfahren relevant sind die folgenden zwischen den Parteien geschlossenen Verträge:
 - Servicevertrag für die Marke "G." vom 1. März 2015 ("Vertrag für autorisierte G.Service- und Ersatzteilhändler"; act. 1/9 [= act. 7/1]);
 - Servicevertrag für die Marke "H." vom 1. Januar 2015 ("Vertrag für autorisierte H.Service- und Ersatzteilhändler"; act. 1/8 [= act. 7/2]);
 - Servicevertrag für die Marke "I." vom 1. Juni 2011 ("Vertrag für autorisierte I.Service- und Ersatzteilhändler"; act. 7/3 [der von der Gesuchstellerin als act. 1/10 eingereichte Vertrag vom 1. Januar 2007 ist gemäss den unbestritten gebliebenen Angaben der Gesuchsgegnerin nicht mehr aktuell]).
 5. Am 23. September 2022 kündigte die Gesuchsgegnerin die drei vorgenannten Verträge unter Einhaltung der Kündigungsfrist von zwei Jahren per 30. September 2024 (act. 1/3 [Kündigung Servicevertrag "G."]; act. 1/4 [Kündigung Servicevertrag "H."]; act. 1/5 [Kündigung Servicevertrag "I."]).
 6. Mit Schreiben vom 27. September 2023 teilte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit, dass sie die Kündigung der Serviceverträge nicht akzeptiere und einen rechtlichen Anspruch auf Fortführung sämtlicher Serviceverträge habe (act. 1/25). Diesen Standpunkt bekräftigte die nunmehr anwaltlich vertretene Gesuchstellerin in ihren Schreiben an die Gesuchsgegnerin vom 11. Dezember 2023 (act. 1/26) und vom 8. Januar 2024 (act. 1/27). Aus der Kündigung des Servicevertrags "H." (act. 1/4) geht hervor, dass offenbar auch noch ein Händlervertrag für die Marke "H." besteht; dessen Beendigung ist indessen nicht strittig.
 7. Am 20. Februar 2024 antwortete die Gesuchsgegnerin, dass sie die Kündigung der Serviceverträge als zulässig erachte und daran festhalte. Sie lehne die Weiterführung oder den Neuabschluss von Serviceverträgen mit der Gesuchstellerin ab (act. 1/6).
 8. Mit Gesuch vom 29. Mai 2024 gelangte die Gesuchstellerin an das Obergericht des Kantons Zug und stellte das eingangs genannte Rechtsbegehren (act. 1). Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, die Gesuchsgegnerin missbrauche ihre marktbeherrschende Stellung und verweigere der Gesuchstellerin in unzulässiger Weise eine Geschäftsbeziehung. Die Gesuchstellerin habe gestützt auf das Kartellgesetz (KG) einen Anspruch auf Abschluss marktgerechter oder branchenüblicher Verträge. Diesen Anspruch gelte es angesichts der baldigen Beendigung der bestehenden Serviceverträge per 30. September 2024 mit den beantragten Massnahmen zu sichern.
 9. In ihrer Stellungnahme zum Gesuch vom 8. Juli 2024 (nachfolgend: Gesuchsantwort) beantragte die Gesuchsgegnerin, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin (act. 7).
 10. Der Abteilungspräsident teilte den Parteien am 16. Juli 2024 mit, dass das Verfahren aufgrund der Ausführungen in der Gesuchsantwort einstweilen auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkt werde; ein zweiter Schriftenwechsel werde nicht durchgeführt (act. 8).
 11. Am 29. Juli 2024 reichte die Gesuchstellerin in Ausübung ihres unbedingten Replikrechts eine Stellungnahme in (act. 9).

Erwägungen

1. Das Gericht tritt auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, darf das Gericht nicht auf die Klage oder das Gesuch eintreten und ein Urteil in der Sache fällen (Urteil des Bundesgerichts 4A_197/2022 vom 25. November 2022 E. 2.4.1; 4A_595/2019 vom 18. Februar 2020 E. 2.3.1). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, prüft das Gericht von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Es hat indessen nur jenen Tatsachen nachzugehen, welche die Zulässigkeit der Klage hindern und ein Nichteintreten begründen können. Dabei muss es von Amtes wegen erforschen, ob Tatsachen bestehen, die gegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzung sprechen (Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2023 vom 18. April 2024 E. 3.2;

- 4A_136/2022 vom 3. August 2022 E. 4.1.2; BGE 146 III 185 E. 4.4.2). Tatsachen, die für die Zulässigkeit der Klage sprechen, sind hingegen nicht zu berücksichtigen, wenn sie vom Kläger nicht oder verspätet vorgebracht worden sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.4).
2. Zu den Prozessvoraussetzungen gehören die sachliche und die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Einzelrichters am Obergericht Zug ist (unbestrittenermassen) gegeben (Art. 5 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 19 Abs. 1 lit. a und § 23 Abs. 3 GOG). Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zug hingegen ist strittig.
- 2.1 Die Gesuchstellerin begründet die örtliche Zuständigkeit der zugerischen Gerichte wie folgt:
- 2.1.1 Gemäss Art. 13 lit. a ZPO sei das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben sei, für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig. Klagen betreffend kartellrechtliche Ansprüche würden als Klagen aus unerlaubter Handlung gelten. Für solche sei gemäss Art. 36 ZPO unter anderem das Gericht am Sitz der geschädigten Person zuständig. Eine allfällige Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien gelte für kartellrechtliche Ansprüche nur, falls die Vereinbarung nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen derartige Ansprüche erfassen solle. Ob dies der Fall sei, sei durch Auslegung zu ermitteln. Dabei kämen nur zwei Konstellationen in Betracht: einerseits, wenn es sich um konkurrierende Ansprüche handle, d.h. wenn der Kläger neben deliktischen Ansprüchen gleichzeitig eine Verletzung eines Vertrags geltend mache, für den die Parteien eine Gerichtswahl getroffen hätten; andererseits, wenn die Parteien ausserhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses eine Gerichtsstandsvereinbarung für einen konkreten Anspruch getroffen hätten. Bei ausschliesslich kartellrechtlichen Ansprüchen, für welche die Parteien ausserhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses keine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen hätten, seien demgegenüber die Gerichtsstände von Art. 36 ZPO einschlägig (act. 1 Rz 14 ff.).
- 2.1.2 Die Gesuchstellerin werde aufgrund der unzulässigen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch die Gesuchsgegnerin eine Klage einreichen und Ansprüche auf Abschluss von Verträgen geltend machen. Diese Ansprüche würden sich ausschliesslich aus dem Kartellrecht ergeben, namentlich aus Art. 4 i.V.m. Art. 7, 12 und 13 KG. Die Hauptsache sei damit eine Klage aus unerlaubter Handlung nach Art. 36 ZPO bzw. eine kartellrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b KG. Die Gesuchstellerin mache geltend, geschädigt zu sein, und habe ihren Sitz im Kanton Zug. Damit seien die Gerichte des Kantons Zug sowohl für die Hauptsache als auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen örtlich zuständig (act. 1 Rz 18 f.).
- 2.1.3 Für die aktuellen Verträge hätten die Parteien zwar die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte der Stadt Zürich vereinbart (act. 1 Rz 20; die Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Genfer Gerichte im vormaligen Servicevertrag für die Marke "I." ist gemäss den unbestritten gebliebenen Angaben der Gesuchsgegnerin nicht mehr aktuell [vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4]). Die in alten oder aktuell zwischen den Parteien bestehenden Verträgen enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarungen seien für die einzuklagenden Ansprüche aber nicht relevant. Die Gesuchstellerin werde mit ihrer Klage keinen konkurrierenden Anspruch aus diesen Verträgen geltend machen. Die Parteien hätten auch ausserhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses keine Gerichtsstandsvereinbarung über die einzuklagenden Ansprüche abgeschlossen. Somit seien vorliegend die Gerichtsstände gemäss Art. 36 ZPO einschlägig und die zugerischen Gerichte örtlich zuständig (act. 1 Rz 20 ff.).
- 2.1.4 Es sei nicht der Wille der Parteien gewesen, sämtliche Rechtsstreitigkeiten, die in einem Zusammenhang mit bisherigen Serviceverträgen stehen, der Zuständigkeit der Zürcher Gerichte zu unterstellen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die Gesuchsgegnerin die Gerichtsstandsvereinbarungen als Teil der von ihr vorverfassten Serviceverträge einseitig verfasst habe. Zudem hätten die Parteien die im Geschäftsverkehr häufig anzutreffende Ergänzung, wonach auch Streitigkeiten "im Zusammenhang mit dem Vertrag" erfasst seien, gerade nicht verwendet. Darüber hinaus hätte der Gesuchstellerin auch aufgrund ihrer mehrjährigen Tätigkeit als Händlerin und Werkstatt nicht bewusst sein können und müssen, dass es zu kartellrechtlichen Streitigkeiten mit der Gesuchsgegnerin kommen könnte. Das Kartellrecht sei ein Rechtsgebiet, mit dem ein Grossteil von Unternehmen im Geschäftsalltag nie in Berührung käme und gehöre je nach Sichtweise zum Wirtschaftsstrafrecht. Ein Unternehmen müsse deshalb nicht damit rechnen, Opfer eines Verstosses gegen das Kartellrecht zu werden. Ebenso wenig brauche es damit zu rechnen, seine aus einem solchen Verstoß folgenden Ansprüche im Rahmen eines "Kartellzivilverfahrens" durchsetzen zu müssen, zumal derartige Verfahren in der Schweiz eine Seltenheit seien (act. 9 Rz 3 f.).
- 2.1.5 Es bestehe auch kein normativer Konsens darüber, dass die Gerichtsstandsvereinbarungen für vorliegend relevanten Ansprüche gelten sollen. Das von der Gesuchsgegnerin erwähnte Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006 nehme keinen Bezug auf die vorliegend relevante Konstellation "kontrahierungsbedingter Neuabschlüsse". Im aktuellen Urteil 4A_343/2020 vom 9. Februar 2021 [BGE 147 III 153 = Pra 2021 Nr. 87] habe das Bundesgericht entschieden, dass es unzulässig sei, Gerichtsstandsvereinbarungen vorzusehen, die alle Streitigkeiten aus der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien umfasse; dies würde gegen die in Art. 17 Abs. 1 ZPO enthaltene Voraussetzung eines bestimmten Rechtsverhältnisses verstossen. Gemäss kantonaler Recht-

sprechung sei bereits fraglich, ob eine allgemein gefasste Gerichtsstandsvereinbarung bei Fehlen eines tatsächlichen Konsenses kartellrechtliche Ansprüche überhaupt erfassen könne. Das Handelsgericht Bern und das Kantonsgericht Luzern hätten festgehalten, dass kartellrechtliche Ansprüche auf einer Spezialgesetzgebung beruhten, deren Implikationen der durchschnittlichen Betreiberin einer Autogarage in der Regel nicht bzw. nicht im Detail bekannt seien; mit solchen Ansprüchen rechneten selbst Parteien im Geschäftsverkehr üblicherweise nicht und die von einer Gerichtsstandsvereinbarung erfassten Rechtsverhältnisse liessen sich nicht ex post auf dem Weg einer (überraschenden) Vertragsauslegung erweitern. Auch das ausführliche Rechtsgutachten von N. und O. vom 28. Dezember 2020 (act. 9/1) bestätige, dass es für eine Partei regelmässig nicht vorhersehbar sei, dass eine weitgefaste Gerichtsstandsvereinbarung auch "gesetzlich-kartellrechtliche Ansprüche" erfasse (act. 9 Rz 5).

2.1.6 Selbst wenn eine Gerichtsstandsvereinbarung im Einzelfall auch kartellrechtliche Streitigkeiten umfasse, sei gemäss kantonaler Rechtsprechung zusätzlich das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs notwendig. Ein solcher fehle, wenn bloss ein zeitlicher Zusammenhang bestehe, selbst wenn ein Gesuch wirtschaftlich auf die nahtlose Weiterführung eines bestehenden Vertragsverhältnisses abziele. Massgeblich für die Beurteilung der Zuständigkeit im Massnahmeverfahren seien gemäss Bundesgericht einzig die Rechtsbegehren sowie deren Begründung, durch die der Streitgegenstand fixiert werde. Die genannte Rechtsprechung stehe auch im Einklang mit dem Urteil des Obergerichts Zug Z2 2001 13 [recte: Z2 2011 13] vom 23. August 2013, in dem es eine Gerichtsstandsvereinbarung nur insofern in Betracht gezogen habe, soweit die Klägerin ihre Ansprüche aus dem bisherigen Vertragsverhältnis hergeleitet habe. Vorliegend leite die Gesuchstellerin ihre Ansprüche gerade nicht aus dem bisherigen Vertragsverhältnis ab, sondern aus einem Kartellrechtsverstoss. Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sei daher gegeben (act. 9 Rz 5 f.).

2.2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Zuständigkeit der zugerischen Gerichte mit folgender Begründung:

2.2.1 Das Bundesgericht qualifiziere Ansprüche, die sich aus kartellrechtswidrigen Wettbewerbsbeschränkungen ergeben würden, als Klagen aus unerlaubter Handlung. Das dafür [örtlich] zuständige Gericht bestimme sich grundsätzlich nach Art. 36 ZPO. Diese Zuständigkeit sei jedoch nicht zwingend und könne durch eine Gerichtsstandsvereinbarung ausgeschlossen werden. Vorliegend hätten die Parteien in den Serviceverträgen für die Marken "H.", "G." und "I." Gerichtsstandsvereinbarungen getroffen, welche die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte der Stadt Zürich vorsehen würden. Diese Gerichtsstandsvereinbarungen seien gültig zustande gekommen (act. 7 Rz 14 ff.).

2.2.2 Vorliegend seien kartellrechtliche Ansprüche streitig. Es sei durch Auslegung zu beurteilen, ob die Parteien vereinbart hätten, dass solche Streitigkeiten von den Gerichten der Stadt Zürich zu beurteilen sind. Das Bundesgericht habe in seinem Urteil 4C.142/2006 vom 25. September 2006 entschieden, dass Ansprüche aus unerlaubter Handlung, die in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Vertrag stünden, unter eine Gerichtsstandsvereinbarung fallen können. Im dortigen Fall sei es um einen Vertrag zwischen einer Mobilfunknetzbetreiberin und einer Anbieterin von Internettelefonie gegangen. Der Vertrag habe vorgesehen, dass jede Partei diesen nach einjähriger Vertragsdauer unter Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen könne. Zudem habe der Vertrag eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte des Kantons Zürich enthalten. Die Mobilfunknetzbetreiberin habe sich geweigert, den Vertrag zu verlängern. Die Vertragspartnerin habe die Weiterführung der Vertragsbeziehung beantragt und dies mit einem kartellrechtswidrigen Verhalten der Mobilfunknetzbetreiberin begründet. Gemäss Bundesgericht habe zwischen dem behaupteten unzulässigen Verhalten und dem Vertragsgegenstand ein sachlicher Zusammenhang bestanden; die Streitigkeit werde deshalb von der Gerichtsstandsvereinbarung erfasst. Auch das Obergericht Obwalden und das Handelsgericht St. Gallen hätten die Anwendbarkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen auf Ansprüche aus kartellrechtswidrigem Verhalten bejaht, wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten Anspruch und dem Vertrag bestehe (act. 7 Rz 21 f.).

2.2.3 Ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem behaupteten kartellrechtswidrigen Verhalten und den Serviceverträgen sei vorliegend zu bejahen. Es sei der Wille der Parteien gewesen, sämtliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den Serviceverträgen ergeben und in einem Zusammenhang zu diesen stehen würden, der ausschliesslichen Zuständigkeit der Gerichte der Stadt Zürich zu unterstellen. Die Parteien hätten dabei nicht unterschieden zwischen vertraglichen Ansprüchen und Ansprüchen, die sich aus anderen Gesetzen wie dem KG ergeben würden. Als Geschäftspartner mit langjähriger Erfahrung sei ihnen bewusst gewesen, dass es im Rahmen ihrer Zusammenarbeit auch zu kartellrechtlichen Streitigkeiten kommen könnte, und sie hätten diese nicht vom Anwendungsbereich [der Gerichtsstandsvereinbarungen] ausgeschlossen (act. 7 Rz 23).

2.2.4 Bei den von der Gesuchstellerin geforderten Rechten handle es sich um Rechte, die in den Serviceverträgen vorgesehen seien. Die Gesuchstellerin verlange zwar die Einräumung von Rechten, faktisch wolle sie aber die bisherigen Verträge weiterführen. Sie wolle nahtlos an das bisherige Verhältnis anknüpfen und begründe dies mitunter mit der langjährigen Zusammenarbeit der Parteien und der wirtschaftlichen Bedeutung der Serviceverträge für sie. Dies zeige den engen sachlichen Zusammenhang zu den Serviceverträgen. Dieser zeige sich

auch daran, dass die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin vorprozessual aufgefordert habe, die Kündigungen der Serviceverträge zurückzunehmen und das Vertragsverhältnis weiterzuführen. Auch in zeitlicher Hinsicht sei ein Zusammenhang zu den Serviceverträgen gegeben. Die Gesuchstellerin verlange die Einräumung von Rechten "über den 30. September 2024 hinaus", also unmittelbar anschliessend an die Beendigung der Serviceverträge. Ohne die Kündigung der Serviceverträge hätte es keinen Anlass für die beantragten vorsorglichen Massnahmen gegeben (act. 7 Rz 24 ff.).

2.2.5 Somit liege ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem behaupteten kartellrechtswidrigen Verhalten und den Serviceverträgen vor. Die [in diesen enthaltenen] Gerichtsstandsvereinbarungen erfassten die vorliegende Streitigkeit, was zur Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts führe. Mangels örtlicher Zuständigkeit sei auf das Massnahmengesuch nicht einzutreten (act. 7 Rz 27 ff.).

3. Die örtliche Zuständigkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist in Art. 13 ZPO geregelt. Dafür zwingend zuständig ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) oder an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b).

3.1 Als Vollstreckungsort (Art. 13 lit. b ZPO) ist der Ort zu verstehen, wo nach Belegenheit des zu schützenden Rechtsgutes bzw. nach der Natur des in Frage stehenden Anspruchs die erforderlichen Massnahmen zu treffen sind (Urteil des Handelsgerichts Bern HG 19 136 vom 21. Februar 2020 E. 8.3; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_95/2008 vom 20. August 2008 E. 3.3 [zu Art. 33 GestG]). Soll einer Person die Erbringung einer Leistung, ein Dulden oder ein Unterlassen befohlen werden, befindet sich der Vollstreckungsort am (Wohn-)Sitz dieser Person (Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 13 ZPO N 21; GSCHWEND/BERTI, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 13 ZPO N 10; HAAS/SCHLUMPF, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2021, Art. 13 ZPO N 9).

Mit den von der Gesuchstellerin beantragten Massnahmen sollen der Gesuchsgegnerin verschiedene Leistungen (Rechtsbegehren Ziff. 1) und Unterlassungen (Rechtsbegehren Ziff. 2) befohlen werden. Der Ort, wo diese Massnahmen vollstreckt werden sollen, befindet sich am Sitz der Gesuchsgegnerin in L.(ZH). Der Vollstreckungsort liegt demnach nicht im Kanton Zug, weshalb sich die örtliche Zuständigkeit der zugerischen Gerichte vorliegend nicht auf Art. 13 lit. b ZPO stützen lässt. Zu prüfen bleibt, ob die zugerischen Gerichte für die Anordnung der beantragten Massnahmen örtlich zuständig sind, weil die Zuständigkeit in der Hauptsache gegeben ist (Art. 13 lit. a ZPO).

3.2 Die Gesuchstellerin will in der Hauptsache einen Anspruch auf Abschluss von Serviceverträgen geltend machen. Diesen Anspruch leitet sie aus einer

angeblich kartellrechtswidrigen Wettbewerbsbehinderung durch die Gesuchsgegnerin ab.

3.2.1 Wettbewerbsbehinderungen nach Kartellrecht gelten als unerlaubte Handlungen gemäss Art. 36 ZPO (HEMPEL, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 36 ZPO N 7; JACOBS/GIGER, Basler Kommentar, 2. A. 2022, Vor Art. 12-15 KG N 77; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.124/2006 vom 25. September 2006 E. 2). Nach Art. 36 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Art. 36 ZPO erklärt diese Gerichtsstände jedoch nicht für zwingend. Die Parteien sind deshalb frei, über den Gerichtsstand zu verfügen und eine andere Zuständigkeit zu vereinbaren (vgl. Art. 9 Abs. 1 ZPO; HEMPEL, a.a.O., Art. 36 ZPO N 29; SCHMID/WEBER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. A. 2016, Art. 36 ZPO N 31).

3.2.2 Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand erhoben werden (Art. 17 Abs. 1 ZPO).

3.2.3 Vorliegend haben die Parteien in den Serviceverträgen für die Marken "G.", "H." und "I." jeweils eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen. In den Verträgen für die Marken "G." (act. 1/9 und act. 7/1 Rz 78.2) und "H." (act. 1/8 und act. 7/2 Rz 78.2) lautet die Gerichtsstandsvereinbarung wie folgt:

" Alle Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem vorliegenden Vertrag ergeben, einschliesslich derer in Bezug auf seinen Abschluss, seine Gültigkeit, seine Vollstreckung oder seine Auslegung, unterliegen der ausschliesslichen Zuständigkeit der Gerichte der Stadt Zürich. Jede gegenteilige Bestimmung, insbesondere in den Handelspapieren des Händlers, ist unbeachtlich. "

Die Gerichtsstandsvereinbarung im Vertrag für die Marke "I." hat den folgenden Wortlaut (act. 7/3 Rz 76.2):

" Alle Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem vorliegenden Vertrag ergeben, einschliesslich derer in Bezug auf seinen Abschluss, seine Gültigkeit, seine Vollstreckung oder seine Auslegung, unterliegen der ausschliesslichen Zuständigkeit der Gerichte der Stadt Zürich. "

3.2.4 Die Gültigkeit dieser Gerichtsstandsvereinbarungen wird von keiner Partei bestritten. Strittig ist hingegen, ob die Gerichtsstandsvereinbarungen die von der Gesuchstellerin behaupteten und kartellrechtlich begründeten Ansprüche auf Abschluss von Verträgen erfassen.

3.3 Die Gerichtsstandsvereinbarung ist ein Vertrag, mit dem die Parteien für einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über die örtliche Zuständigkeit von staatlichen Gerichten verfügen (Hostettler, Die Gerichtsstandsvereinbarung nach der Schweizerischen

Zivilprozessordnung, ZZZ 30/2013 S. 95 ff., 99; vgl. auch DIETSCHY-MARTENET, in: Chabloz/Dietschy-Martenet/Heinzmann [Hrsg.], Petit Commentaire CPC, 2020, Art. 17 ZPO N 2).

- 3.3.1 Für die Auslegung einer Gerichtsstandsvereinbarung ist wie für diejenige anderer Verträge zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (Urteil des Bundesgerichts 4A_299/2022 vom 10. Oktober 2022 E. 4.3.1; 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 3.4.1; BGE 132 III 268 E. 2.3.2).
- 3.3.2 Vorliegend haben die Parteien keine Umstände vorgetragen, anhand welcher sich ein tatsächlich übereinstimmender Wille in Bezug auf die Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarungen in den Serviceverträgen feststellen liesse. Demzufolge sind die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.
- 3.3.3 Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist primär vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Deren einzelne Teile sind jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen (Urteil des Bundesgerichts 4A_26/2024 vom 11. Juni 2024 E. 2.1; BGE 148 III 57 E. 2.2.1). Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht (Urteil des Bundesgerichts 5A_955/2022 vom 26. Mai 2023 E. 3.3.3; BGE 133 III 406 E. 2.2). Zu berücksichtigen sind im Weiteren die Umstände, unter denen die Erklärung abgegeben wurde (Begleitumstände), insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (Urteil des Bundesgerichts 4A_211/2023 vom 11. Januar 2024 E. 5.2.2). Ebenfalls ergänzend berücksichtigt werden darf die Interessenlage der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Urteil des Bundesgerichts 5A_84/2017 vom 7. November 2017 E. 3.1).
- 3.3.4 Gerichtsstandsvereinbarungen sind nach bundesgerichtlicher Praxis im Zweifel nicht restriktiv auszulegen. Sie sind vielmehr als Ausdruck des Willens der Parteien zu verstehen, dem gewählten Gericht eine allgemeine Zuständigkeit zuzuweisen (BGE 147 III 153 E. 5.1 [= Pra 2021 Nr. 87]; 121 III 495 E. 5c). Bezieht sich eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäss ihrem Wortlaut allgemein auf alle mit dem Vertrag zusammenhängenden Streitigkeiten, umfasst sie nicht nur Ansprüche, die sich aus dem Vertrag ergeben. Sie erstreckt sich auch auf jene Ansprüche, die sich aus unerlaubten Handlungen ergeben, wenn diese gleichzeitig eine Vertragsverletzung darstellen oder wenn ein Zusammenhang zwischen den unerlaubten Handlungen und dem Vertragsgegenstand besteht (BGE 147 III 153 E. 5.1 [= Pra 2021 Nr. 87]; Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006 E. 2; FÜLLEMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. A. 2016, Art. 17 ZPO N 13; HAAS/SCHLUMPF, a.a.O., Art. 17 ZPO N 21a).
4. Beide Parteien weisen in ihren Rechtsschriften darauf hin, dass sich die Gerichte – gerade in Zusammenhang mit dem selektiven Vertrieb im Automobilsektor – bereits verschiedentlich mit der Tragweite von Gerichtsstandsvereinbarungen bei Streitigkeiten über einen kartellrechtlichen Kontrahierungszwang befasst haben. Zur Übersicht werden einige dieser Entscheide nachfolgend zusammengefasst und in chronologischer Reihenfolge wiedergegeben (wenn dabei von den "Parteien" die Rede ist, sind jeweils die Parteien des entsprechenden Verfahrens gemeint).
- 4.1 Urteil des Handelsgerichts St. Gallen HG.2017.132 vom 6. November 2017
- 4.1.1 Die Parteien hatten Serviceverträge abgeschlossen und die Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zürich vereinbart. Die Importeurin kündigte die Verträge unter Beachtung einer zweijährigen Kündigungsfrist (vgl. E. 3b und 4). Die Werkstattbetreiberin stellte sich auf den Standpunkt, die Kündigung der Verträge sei kartellrechtswidrig und damit nichtig (E. 2). Sie gelangte mit einem Massnahmegesuch an das Handelsgericht St. Gallen.
- 4.1.2 Das Handelsgericht St. Gallen erwog, die Werkstattbetreiberin verlange die Weiterführung der Geschäftsbeziehung. Es handle sich somit offensichtlich um eine Streitigkeit über die Auflösung des bestehenden Vertragsverhältnisses bzw. die Gültigkeit der Vertragskündigung. Daran ändere die kartellrechtliche Begründung des Anspruchs nichts, bilde doch die behauptete Ungültigkeit der Kündigung Dreh- und Angelpunkt der Klage. Diese Streitigkeit sei von der Gerichtsstandsvereinbarung in den Serviceverträgen erfasst, zumal ein hinreichender Sachzusammenhang zwischen dem unrechtmässigen Verhalten und dem Vertragsgegenstand gegeben sei (E. 2).
- 4.2 Urteil des Handelsgerichts Bern HG 18 19 vom 26. März 2018 (RPW 2018/2 S. 482)
- 4.2.1 Die Parteien hatten Händler- und Serviceverträge abgeschlossen. Im einen Vertrag wurde Dielsdorf als "Leistungs- und Erfüllungsort sowie Gerichtsstand" bezeichnet. Im anderen Vertrag wurde Dielsdorf als "[a]usschliesslicher Gerichtsstand für Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Vertrages sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag" gewählt. Nachdem die Importeurin die Verträge unter Beachtung einer Frist von zwei Jahren gekündigt hatte, entstand zwischen den Parteien ein Streit über die Weiterführung der Geschäftsbeziehung. Mit Klage und gleichzeitigem Massnahmegesuch verlangte die Werkstattbetreiberin beim Handelsgericht Bern den Abschluss von Serviceverträgen zu marktüblichen Konditionen (E. I.1 und 2; E. II.3.4.1).

- 4.2.2 Das Handelsgericht Bern erwog, der Wortlaut der Gerichtsstandsvereinbarungen sei restriktiv gefasst. Die häufig anzutreffende Ergänzung, wonach auch Streitigkeiten "im Zusammenhang mit dem Vertrag" erfasst seien, sei nicht verwendet worden. Kartellrechtliche Ansprüche würden auf einer Spezialgesetzgebung beruhen. Deren Implikationen seien der durchschnittlichen Betreiberin einer Autogarage in der Regel nicht bzw. nicht im Detail bekannt. Die Beteiligten dürften im Normalfall erst durch ihre Anwälte erfahren und überrascht sein, dass das KG insbesondere Anspruch auf Abschluss von Verträgen gebe. In der Lehre werde vertreten, dass konkurrierende deliktische Ansprüche, die gleichzeitig eine Vertragsverletzung darstellen, ebenfalls von Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst würden. Dies lasse sich ohne Weiteres mit dem Gesagten vereinbaren. Es leuchte ein, dass im Zuge der Zusammenarbeit Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüche entstehen könnten. Der Kreis dieser Rechtsverhältnisse lasse sich aber nicht ex post auf dem Weg der (überraschenden) Vertragsauslegung erweitern. Das KG sei sodann im zu beurteilenden Fall einzige (und nicht konkurrierende) Anspruchsgrundlage. Zudem würden kartellrechtliche Ansprüche nur mittels Auslegung zu den deliktischen Ansprüchen gezählt, was eine noch weitergehende Zurückhaltung gebiete. Aus diesen Gründen würden kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unter die Gerichtsstandsvereinbarungen fallen (E. II.3.4.4).
- 4.2.3 Wenn die Importeurin darauf hinweise, dass die Werkstattbetreiberin wirtschaftlich auf eine Weiterführung der bestehenden Geschäftsbeziehung abziele, vermische sie den Prozessgegenstand mit dem Sachverhalt. Thema sei nur, ob die Werkstattbetreiberin gestützt auf das KG einen Anspruch auf Abschluss eines neuen Servicevertrags habe und ob dieser Anspruch vorsorglich zu schützen sei. Dieser Streitgegenstand sei von der bisherigen Geschäftsbeziehung unabhängig. Ein konkurrierender vertraglicher Anspruch auf Weiterführung der bisherigen Verträge bzw. Neuabschluss [von Verträgen] sei nicht ersichtlich (E. II.3.4.5).
- 4.2.4 Die Importeurin meine sodann, dass ein blosser sachlicher bzw. wirtschaftlicher Zusammenhang genüge, um die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts auch für ausservertragliche Ansprüche auszulösen. Die von ihr genannte Lehrmeinung beziehe sich indes auf eine Klausel betreffend "sämtliche Ansprüche aus oder in Zusammenhang mit [dem] Vertrag" und sei wesentlich weiter gefasst als die zu beurteilenden Klauseln. Die Importeurin könne sich auch nicht auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006 stützen, welches auch kartellrechtliche Ansprüche unter die dort getroffene Gerichtsstandsvereinbarung subsumiert habe. Die Ausgangslage sei eine andere gewesen, da es dort um die Weigerung und die mangelhafte Erfüllung des Vertrags, dessen Kündigung und die Änderung der allgemeinen Geschäftsbedingungen gegangen sei; in dieser Situation sei das Bundesgericht von einem Zusammenhang zwischen den unerlaubten Handlungen und dem Vertragsgegenstand ausgegangen. Die Aussagen des Bundesgerichts liessen sich auf den zu beurteilenden Fall nicht übertragen, da das bestehende Vertragsverhältnis ende und daraus keine Ansprüche geltend gemacht würden. Der beantragte Vertrag sei ein neuer und beziehe sich nicht auf die alten. Der Konnex zwischen kartellrechtlichem Anspruch und auslaufenden Verträgen sei bloss zeitlicher Natur. Darüber hinaus bestehe kein ausreichender sachlicher Zusammenhang zur Vertragshistorie. Es liege demnach keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung vor, welche die Streit-sache mitumfassen würde (E. II.3.4.5 und 3.5).
- 4.3.1 Die Parteien hatten einen Servicevertrag für Motorfahrzeuge einer bestimmten Marke abgeschlossen. Der Vertrag sah "für beide Vertragspartner" Zürich als Gerichtsstand und "für sämtliche Streitigkeiten die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich" vor. Davon abweichend bestand für die Importeurin die Möglichkeit "Klagen aus diesem Vertragsverhältnis am Sitz oder Wohnort der jeweiligen Gegenpartei einzuklagen". Nachdem die Importeurin den Vertrag unter Beachtung einer Frist von zwei Jahren gekündigt hatte, gelangte die Werkstattbetreiberin mit Klage und gleichzeitigem Massnahmegesuch an das Obergericht Obwalden und ersuchte um Abschluss eines Servicevertrags zu marktüblichen Konditionen. Auf das Massnahmegesuch trat das Präsidium des Obergerichts Obwalden mit Urteil P 18/002/LPR vom 2. Mai 2018 (RPW 2019/1 S. 214) mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein (Sachverhalt A ff.; E. 2.1 und 3.2.2). Auch in der Hauptsache verneinte das Obergericht Obwalden seine örtliche Zuständigkeit mit weitgehend gleicher Begründung:
- 4.3.2 Es erwog, die Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarung sei durch Auslegung zu ermitteln (E. 3.1). Die Formulierung "für sämtliche Streitigkeiten" erscheine auf den ersten Blick allumfassend, sodass darunter nicht nur Streitigkeiten aus dem Servicevertrag zu subsumieren wären. Jedoch werde zweimal das Wort "Vertrag" verwendet. Bei einer wörtlichen Auslegung sei es somit naheliegend, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nicht auf alle möglichen Streitigkeiten, sondern lediglich auf solche aus dem Servicevertrag beziehe. Mithin würden kartellrechtliche Streitigkeiten dem Wortlaut nach grundsätzlich nicht erfasst (E. 3.2.2).
- 4.3.3 Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes sei aber weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext des Vertrags. Die Gerichtsstandsvereinbarung sei am Ende des Servicevertrags eingesetzt. Deshalb sei dafürzuhalten, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung auf die vorhergehenden Vertragspunkte beziehe und damit nur für Streitigkeiten konzipiert worden sei, die sich daraus ergeben würden. Im Anschluss an die Gerichtsstandsvereinbarung finde sich die Vereinbarung über eine aussergerichtliche Streitbeilegung, der zufolge die Parteien versuchen würden "jeden Streit, jede Auseinandersetzung oder jeden

Anspruch, die aus oder in Verbindung mit diesem Servicevertrag entstehen, miteinander gütlich zu regeln". Gemäss Wortlaut würden die Parteien also nicht nur Streitigkeiten aus dem Servicevertrag, sondern auch solche, die lediglich mit dem Servicevertrag in einer Verbindung stünden, zu schlichten versuchen. Diese Regelung sei der Gerichtsstandsvereinbarung zwar nachgelagert, befinde sich jedoch unter derselben Ziffer des Servicevertrags. Daher sei davon auszugehen, dass die Ausführungen unter dieser Ziffer zusammenhängen und ein in sich geschlossenes Kapitel des Servicevertrags darstellen würden. Daraus sei zu schliessen, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nicht nur auf Streitigkeiten aus dem Servicevertrag beziehe, sondern auch auf solche, die damit in Verbindung stünden (E. 3.3.2).

4.3.4 Bei der Auslegung seien auch der Vertragszweck und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen. Die Gerichtsstandsvereinbarung sei im Rahmen der Verhandlungen über den Servicevertrag eingefügt worden. Auf den ersten Blick sei es deshalb naheliegend, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung nur auf die Streitigkeiten aus dem Servicevertrag beziehe. Allerdings lasse sich aufgrund der systematischen Auslegung nicht ausschliessen, dass die Parteien bereits bei Vertragsschluss weitere mit dem Servicevertrag in Verbindung stehende Streitigkeiten in Betracht gezogen hätten. Es sei somit möglich, dass die Parteien Motive und Interessen gehabt hätten, auch Sicherheit über den Gerichtsstand für mit dem Servicevertrag zusammenhängende Streitigkeiten zu schaffen. Wenn die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen würden, sei davon auszugehen, dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts wünschten. Eine Gerichtsstandsvereinbarung sei nicht restriktiv auszulegen. Sei eine Gerichtsstandsvereinbarung für alle Ansprüche aus einem bestimmten Vertrag vorgesehen, würden auch deliktische Ansprüche davon erfasst, wenn ein Sachzusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und dem Vertragsgegenstand bestehe. Das Bundesgericht habe einen solchen Zusammenhang in seinem Urteil 4C.142/2006 vom 25. September 2006 bei einer kartellrechtlichen Streitigkeit zwischen zwei Telekommunikationsunternehmen bejaht, da die unerlaubten Handlungen dort auf der verweigten und fehlerhaften Vertragserfüllung, auf der Vertragskündigung und auf der Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen beruht hätten (E. 3.4.1 ff.).

4.3.5 Aus der Klage und der vorprozessualen Korrespondenz gehe hervor, dass die Werkstattbetreiberin eine nahtlose Weiterführung des von der Importeurin gekündigten Vertragsverhältnisses begehre. Die Werkstattbetreiberin beharre zwar auf dem Abschluss eines neuen Vertrags und sehe die Grundlage dafür primär im KG. Allerdings bilde das bisherige Vertragsverhältnis die tatsächliche Grundlage für ihren Antrag, denn ohne die Kündigung durch die Importeurin hätte es keinen Grund dafür gegeben, die angeblich kartellrechtswidrige

Nichtweiterführung der bisherigen Vertragsbeziehung zu beanstanden. Dafür spreche auch, dass der neue Vertrag direkt im Anschluss an den gekündigten Geltung erlangen solle. Im Weiteren deute nichts darauf hin, dass sich der Inhalt des beantragten neuen Vertrags gänzlich vom gekündigten Servicevertrag unterscheiden würde. Im Gegenteil gehe es der Werkstattbetreiberin um die Aufrechterhaltung des bisherigen Vertragsverhältnisses. Insofern sei ein sachlicher Zusammenhang zwischen den behaupteten kartellrechtlichen Ansprüchen und dem Gegenstand des (gekündigten) Servicevertrags zu bejahen. Die teleologische Auslegung führe deshalb zum Ergebnis, dass die Gerichtsstandsvereinbarung im Servicevertrag auch kartellrechtliche Streitigkeiten erfasse (E. 3.4.4).

4.3.6 Das systematische und das teleologische Auslegungselement würden klar dafür sprechen, dass auch die zu beurteilende kartellrechtliche Streitigkeit unter die Gerichtsstandsvereinbarung falle. Die grammatikalische Auslegung vermöge den Sinn der Klausel nicht ausreichend wiederzugeben. Die Gerichtsstandsvereinbarung sei somit gültig und die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts Obwalden sei zu verneinen (E. 3.4.5 und 3.5).

4.4 Urteil des Kantonsgerichts Luzern 1F 19 2 vom 29. Oktober 2019 (RPW 2019/4 S. 1375)

4.4.1 Die Parteien hatten Händler- und Serviceverträge für Fahrzeuge zweier Marken geschlossen. Die Serviceverträge sahen Zürich als Gerichtsstand sowie als Leistungs- und Erfüllungsort vor. Die Parteien vereinbarten (bezüglich Klagen der Werkstattbetreiberin) für sämtliche Streitigkeiten die ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich. Zudem einigten sie sich darauf zu versuchen, "jeden Streit, jede Auseinandersetzung oder jeden Anspruch, die aus oder in Verbindung mit diesem Servicevertrag entstehen" gütlich zu einigen. Nachdem die Importeurin die Händler- und Serviceverträge gekündigt hatte, gelangte die Werkstattbetreiberin mit Klage und gleichzeitigem Massnahmegesuch an das Kantonsgericht Luzern und ersuchte um Abschluss eines Servicevertrags zu marktüblichen Konditionen (E. 1 ff. und 5.1 ff.).

4.4.2 Das Kantonsgericht Luzern hielt in Anlehnung an die Erwägungen des Obergerichts Obwalden fest, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung unter Berücksichtigung der Streitbeilegungsklausel auch auf Streitigkeiten beziehe, die mit dem Servicevertrag in Verbindung stünden (E. 5.5; das Kantonsgericht Luzern beziehe sich auf den bereits erwähnten Massnahmeentscheid des Präsidiums des Obergerichts Obwalden vom 2. Mai 2018 [vgl. vorne E. 4.3.1]). In der Folge machte sich das Kantonsgericht Luzern jedoch im Wesentlichen die Erwägungen des Handelsgerichts Bern zu eigen (vgl. vorne E. 4.2): Da kartellrechtliche Ansprüche auf einer Spezialgesetzgebung beruhten, habe die Werkstattbetreiberin die Gerichtsstandsvereinbarung nach Treu und Glauben nicht so verstehen müssen, dass sie auch kartellrechtliche Streitigkeiten umfasse (E. 5.5). Dessen ungeachtet fehle es

an einem ausreichenden Zusammenhang zwischen den von der Werkstattbetreiberin geltend gemachten Ansprüchen und den gekündigten Serviceverträgen. Die Kündigungen der Importeurin seien unangefochten geblieben und die Werkstattbetreiberin mache weder vertragliche noch deliktische Ansprüche aus den gekündigten Verträgen geltend. Es stelle sich nur die Frage, ob ein Anspruch auf Abschluss neuer Verträge bestehe. Dieser Streitgegenstand sei von der bisherigen Vertragsbeziehung unabhängig. Somit bestehe keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung, welche die zu beurteilende Streitsache mitumfasse (E. 5.6 und 5.9).

4.5 Urteil des Bundesgerichts 4A_433/2019 vom 14. April 2020

4.5.1 Die Parteien schlossen einen "Letter of Intent" (nachfolgend: LOI) ab. Darin hielten sie fest, dass die Werkstattbetreiberin Interesse am exklusiven Vertrieb von Fahrzeugen einer bestimmten Marke im Verkaufsgebiet habe. Zudem vereinbarten die Parteien die Zuständigkeit eines italienischen Gerichts für sämtliche Streitigkeiten in Zusammenhang mit dem LOI oder sich daraus ergebender Rechte und Pflichten. Nachdem die mit dem LOI angestrebte Vertragsbeziehung nicht zustande gekommen war, reichte die Werkstattbetreiberin beim Obergericht Solothurn Klage auf Abschluss eines Servicevertrags ein. Sie berief sich dabei auf einen "kartellrechtlichen Anspruch der unzulässigen Verweigerung einer Geschäftsbeziehung". Das Obergericht Solothurn trat mangels örtlicher Zuständigkeit nicht auf die Klage ein. Dagegen wehrte sich die Werkstattbetreiberin erfolglos beim Bundesgericht (Sachverhalt A ff.):

4.5.2 Das Bundesgericht erwog, die Tragweite der – nach Art. 23 LugÜ zu beurteilenden – Gerichtsstandsvereinbarung sei durch Auslegung zu ermitteln (E. 4.2.5). Das Obergericht Solothurn habe zu Recht berücksichtigt, dass die Parteien im LOI für alle in Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung stehenden Streitigkeiten die Zuständigkeit italienischer Gerichte vereinbart hätten. Der Schluss, dass die allgemein gehaltene Gerichtsstandsvereinbarung auch auf Durchsetzung des angedachten Vertrags gerichtete Streitigkeiten umfasse, müsse als voraussehbar gelten. Nicht anders könne es sich verhalten, wenn die Werkstattbetreiberin unmittelbar nach dem Scheitern der Vertragsverhandlungen einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags geltend mache, den sie formell zwar nicht auf den LOI, sondern auf das Kartellrecht stütze. Die monierte unerlaubte Handlung (Nichtabschluss des Servicevertrags) stehe somit in einem konnexen Verhältnis zum vorvertraglich ausgeschlossenen Anspruch auf Abschluss eines ebensolchen Servicevertrags und hänge damit – zumal in zeitlicher Hinsicht – eng mit dem LOI zusammen. Im Übrigen sei die Werkstattbetreiberin in Bezug auf kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unerfahren gewesen. Deshalb sei für sie hinreichend vorhersehbar gewesen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung im LOI auch auf ihre kartellrechtlich

begründete Klage Anwendung finde. Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid halte einer bundesgerichtlichen Überprüfung stand (E. 4.2.6).

5. Auch vorliegend ist die Tragweite der von den Parteien in den Serviceverträgen für die Marken "G.", "H." und "I." getroffenen Gerichtsstandsvereinbarungen durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln (vgl. vorne E. 3.3.2 ff.).

5.1 Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut (vgl. vorne E. 3.3.3).

5.1.1 Gemäss den Gerichtsstandsvereinbarungen in den Serviceverträgen unterliegen "[a]lle Streitigkeiten, die sich aus dem vorliegenden Vertrag ergeben, einschliesslich derer in Bezug auf seinen Abschluss, seine Gültigkeit, seine Vollstreckung oder seine Auslegung [...] der ausschliesslichen Zuständigkeit der Gerichte der Stadt Zürich" (vgl. vorne E. 3.2.3).

5.1.2 Der Wortlaut der Gerichtsstandsvereinbarungen ist nicht eindeutig. Die einleitenden zwei Wörter ("[a]lle Rechtsstreitigkeiten") suggerieren eine grosse Tragweite (vgl. auch SCHÜRCH, La portée d'une clause d'élection de for, 2021 [abrufbar unter: <www.lawinside.ch/1027/>]: "tous les litiges"). Die Beendigung des Vertrags wird zwar nicht beispielhaft aufgeführt, ebenso wenig wie kartellrechtliche Streitigkeiten, die bei Vertragsbeendigung entstehen könnten. Streitigkeiten, die auf eine Vertragsbeendigung folgen, können aber nach allgemeinem Sprachverständnis durchaus als Streitigkeiten verstanden werden, "die sich aus dem [...] Vertrag ergeben". Ob sie sich "aus dem [...] Vertrag ergeben" oder beispielsweise bloss "mit dem Vertrag in Zusammenhang stehen" (vgl. vorne E. 3.3.4), ist ein marginaler Unterschied. Trotzdem lässt sich bei alleiniger Betrachtung des Wortlauts noch nicht beurteilen, ob kartellrechtliche Streitigkeiten von den Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst sind.

5.2 Die Gerichtsstandsvereinbarungen sind indessen nicht isoliert, sondern mit Blick auf die Vertragssystematik zu interpretieren. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht (vgl. vorne E. 3.3.3).

5.2.1 Die Gerichtsstandsvereinbarungen befinden sich jeweils am Ende des Servicevertrags (act. 1/9 und act. 7/1 Rz 78.2; act. 1/8 und act. 7/2 Rz 78.2; act. 7/3 Rz 76.2). Sie erfassen "[a]lle Streitigkeiten, die sich aus dem vorliegenden Vertrag ergeben". Die Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarungen ist deshalb auch im Lichte der ihnen vorangehenden Vertragsbestimmungen zu verstehen.

5.2.2 Die Serviceverträge für die Marken "G." und "H." enthalten jeweils auf der Seite vor jener mit der Gerichtsstandsvereinbarung eine Streitbeilegungsklausel mit folgendem Wortlaut (act. 1/9 und act. 7/1 Rz 75 f.; act. 1/8 und act. 7/2 Rz 75 f.):

" **Sämtliche Streitigkeiten**, mit Ausnahme von denen, die in Ziffer 74 genannt sind, **die zwischen den Vertragsparteien im Zusammenhang mit diesem Vertrag entstehen, darunter auch solche über die Kündigung**

dieses Vertrags [...] können entsprechend den Bestimmungen in Anlage J ('Verfahren zur Lösung von Streitigkeiten') der Schlichtung zugeführt werden, wobei ein solches Verfahren nur dann stattfinden kann, wenn die andere Partei der Durchführung eines solchen Verfahrens zustimmt bzw. dessen Durchführung nicht widerspricht. [...] Die Bestimmungen von Abschnitt II in Anlage J lassen das Recht der Vertragsparteien unberührt, die zuständigen Gerichte gemäss Ziffer 78.2 anzurufen. Der Klarheit halber wird überdies festgehalten, dass die zuständigen Gerichte gemäss Ziffer 78.2 angerufen werden können, ohne das vorgängig das in Anlage J Ziffer I beschriebene Verfahren durchlaufen oder beendet werden muss. " [Hervorhebung hinzugefügt]

Der Servicevertrag für die Marke "I." enthält eine leicht anders formulierte, inhaltlich aber weitgehend übereinstimmende Bestimmung (act. 7/3 Rz 73).

- 5.2.3 Diese Streitbeilegungsklauseln zeigen, dass die Parteien bei Vertragsschluss nicht nur an blosse Vertragsstreitigkeiten dachten. Sie hatten vielmehr sämtliche in Zusammenhang mit dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten im Auge, namentlich auch solche über die Kündigung des Vertrags. Die Streitbeilegungsklauseln nehmen sodann ausdrücklich auf die jeweilige Gerichtsstandsvereinbarung Bezug und sehen vor, dass es einer Partei unbenommen sei, die dort für zuständig erklärten Gerichte anzurufen. Die Gerichtsstandsvereinbarungen sind somit auch vor dem Hintergrund der weit gefassten Streitbeilegungsklauseln zu verstehen. Bei objektiver Betrachtung beziehen sich die Gerichtsstandsvereinbarungen demnach nicht nur auf Streitigkeiten aus dem jeweiligen Vertrag, sondern auf sämtliche Streitigkeiten, die in Zusammenhang mit dem Vertrag entstehen (vgl. dazu auch die überzeugenden Erwägungen des Obergerichts Obwalden, vorne E. 4.3.3). Die Gesuchstellerin kann deshalb nichts daraus ableiten, dass Streitigkeiten "im Zusammenhang mit dem Vertrag" in den Gerichtsstandsvereinbarungen nicht (nochmals) explizit erwähnt werden (vgl. vorne E. 2.1.4).
- 5.2.4 Die Vertragssystematik spricht nach dem Gesagten dafür, dass die Gerichtsstandsvereinbarungen auch kartellrechtliche Streitigkeiten erfassen, soweit diese in Zusammenhang mit den Serviceverträgen stehen.
- 5.3 Die Frage, ob ein hinreichender Zusammenhang zwischen den von der Gesuchstellerin behaupteten kartellrechtlichen Ansprüchen und den Serviceverträgen besteht, ist auch mit Blick auf den Regelungszweck der Gerichtsstandsvereinbarungen, wie ihn die Parteien in guten Treuen verstehen durften und mussten, zu beantworten (vgl. vorne E. 3.3.3).
- 5.3.1 Die Gerichtsstandsvereinbarungen beziehen sich auf alle Streitigkeiten, die mit dem jeweiligen Vertrag zusammenhängen (vgl. vorne E. 5.2.3). Derartige Gerichtsstandsvereinbarungen sind als Ausdruck des Willens der Parteien zu verstehen, dem gewählten Gericht eine allgemeine Zuständigkeit zuzuweisen. Sie erfassen nicht nur Ansprüche, die sich aus dem Vertrag ergeben, sondern erstrecken sich auch auf jene Ansprüche, die sich aus

unerlaubten Handlungen ergeben, wenn ein Zusammenhang zwischen den unerlaubten Handlungen und dem Vertragsgegenstand besteht. Anders als die Gesuchstellerin vorbringt (vgl. vorne E. 2.1.1, 2.1.3 und 2.1.6), ist dabei nicht notwendig, dass neben dem Anspruch aus unerlaubter Handlung ein konkurrierender vertraglicher Anspruch besteht (vgl. E. 3.3.4). Der Zusammenhang zwischen dem angeblich kartellrechtswidrigen (d.h. unerlaubten) Verhalten der Gesuchsgegnerin und den gekündigten Serviceverträgen ist vorliegend offenkundig zu bejahen:

- 5.3.2 Die Gesuchstellerin führt selbst aus, dass die Kündigung der Serviceverträge durch die Gesuchsgegnerin Anlass zur vorliegenden Streitigkeit gegeben habe; die Gesuchstellerin habe nach den Kündigungen wiederholt um die Weiterführung der Geschäftsbeziehungen über den 30. September 2024 hinaus ersucht, was die Gesuchsgegnerin abgelehnt habe (act. 1 Rz 4 f.). Mit den geforderten Massnahmen beantrage sie nichts weiter als die vorsorgliche Weiterführung der Geschäftsbeziehung, die während Jahrzehnten funktioniert habe (act. 1 Rz 132). Bereits aus der vorprozessualen Korrespondenz ist ersichtlich, dass die Gesuchstellerin die Kündigung der Serviceverträge nicht akzeptiert und "eine Weiterführung der Verträge zu angemessenen Konditionen" gefordert hatte (act. 1/25). Auch in den beiden Anwaltsschreiben wird betont, die Gesuchstellerin halte die Kündigungen für "unzulässig" und habe einen "Anspruch auf Weiterführung" der Serviceverträge (act. 1/26 und act. 1/27).
- 5.3.4 Der Zusammenhang zwischen dem angeblichen kartellrechtlichen Anspruch auf Weiterführung der Serviceverträge und ebendiesen Serviceverträgen ist somit evident. Die Gesuchstellerin möchte mit ihrem Massnahmegesuch erklärermassen eine nahtlose Weiterführung der per 30. September 2024 gekündigten Serviceverträge erwirken. Dabei ist nicht nur der zeitliche Zusammenhang augenfällig. Auch in Bezug auf den Vertragsgegenstand sind keine Unterschiede zwischen den gekündigten Serviceverträgen und den nach Ansicht der Gesuchstellerin neu abzuschliessenden Verträgen auszumachen. Die Gesuchstellerin behauptet jedenfalls nicht, dass und inwiefern sich die neu abzuschliessenden Verträge inhaltlich von den bisherigen Vereinbarungen unterscheiden würden. Dass die neu abzuschliessenden Verträge lediglich die Vertragshistorie fortsetzen sollen, zeigt sich auch daran, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin verbieten lassen möchte, die "Kunden der Gesuchstellerin dahingehend zu informieren, dass die Gesuchstellerin kein autorisierter Service- und Ersatzteilhändler mehr sei oder sein werde" (Rechtsbegehren Ziff. 2 [lit. a]). Damit will die Gesuchstellerin offenbar auch nach aussen den Anschein wahren, die Serviceverträge bestünden ungekündigt fort.
- 5.3.5 Die von der Gesuchsgegnerin gekündigten Serviceverträge und die Serviceverträge, die es gemäss der Gesuchstellerin neu abzuschliessen gilt,

stehen somit in einem engen zeitlichen, inhaltlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang. Ein noch engerer Zusammenhang zu den Serviceverträgen ist kaum denkbar. Demzufolge sind die weit gefassten Gerichtsstandsvereinbarungen (vgl. vorne E. 5.2.3) bei objektiver Betrachtung so auszulegen, dass sie auch die vorliegende Streitigkeit über das Recht zur Beendigung bzw. die Pflicht zur Weiterführung der Serviceverträge mitumfassen (vgl. dazu auch die überzeugenden Erwägungen des Obergerichts Obwalden, vorne E. 4.3.5).

5.3.6 Dieser Schluss drängt sich vorliegend umso mehr auf, weil die Parteien in den Serviceverträgen jeweils ausdrücklich auf "Streitigkeiten [...] über die Kündigung dieses Vertrags" Bezug genommen haben (vgl. vorne E. 5.2.2). Die Serviceverträge sehen eine ordentliche Kündigungsfrist von zwei Jahren vor. Eine Streitigkeit über die Vertragskündigung kann sich somit praktisch nur auf allfällige Gründe für eine ausserordentliche Kündigung oder aber auf die Zulässigkeit der Kündigung an sich beziehen. Eine objektive Betrachtung der Streitbeilegungsklauseln zeigt jedenfalls, dass die Parteien die Möglichkeit eines Streits über die Zulässigkeit der Kündigung vorausgesehen haben. Insofern mussten die Parteien die im Anschluss an die Streitbeilegungsklauseln eingefügten Gerichtsstandsvereinbarungen nach Treu und Glauben so verstehen, dass sich diese auch auf Streitigkeiten über das Recht zur Beendigung bzw. die Pflicht zur Weiterführung der Verträge erstrecken.

5.3.7 Der Regelungszweck der Gerichtsstandsvereinbarungen sowie die Vertragssystematik sprechen nach dem Gesagten klar dafür, dass die von der Klägerin behaupteten kartellrechtlichen Ansprüche auf Weiterführung der Serviceverträge von den Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst sind.

5.4 Die in den Urteilen des Handelsgerichts Bern und des Kantonsgerichts Luzern angeführten Argumente für eine restriktive Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarungen vermögen – jedenfalls mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Fall – nicht zu überzeugen.

5.4.1 Das Handelsgericht Bern legte die von ihm zu beurteilende Gerichtsstandsvereinbarung unter anderem deshalb zurückhaltend aus, weil sich diese nicht auf "sämtliche Ansprüche aus oder in Zusammenhang" mit dem Vertrag bezog (vgl. vorne E. 4.2.4). Diese Zurückhaltung ist vorliegend nicht angezeigt, da die Parteien dem gewählten Gericht eine allgemeine Zuständigkeit für sämtliche in Zusammenhang mit dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten zugewiesen haben (vgl. vorne E. 5.2.3 und 5.3.1).

5.4.2 Im Weiteren kann nicht entscheidend sein, ob kartellrechtliche Ansprüche auf einer "Spezialgesetzgebung" beruhen und ob deren Implikationen der durchschnittlichen Betreiberin einer Autowerkstatt im Detail bekannt sind (vgl. vorne E. 4.2.2 und E. 4.4.2). Entscheidend ist nur, ob die von den Parteien getroffene Gerichtsstandsvereinbarung bei

einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip auch Streitigkeiten über das Recht zur Beendigung bzw. die Pflicht zur Weiterführung des Vertrags erfasst. Auf welcher Rechtsgrundlage ein Importeur gegebenenfalls zur Weiterführung einer Vertragsbeziehung angehalten werden kann und ob neben dem behaupteten kartellrechtlichen Anspruch ein "konkurrierender" vertraglicher Anspruch besteht, ist für die Tragweite einer Gerichtsstandsvereinbarung hingegen nicht von Bedeutung (vgl. vorne E. 3.3.4 und 5.3.1; vgl. dazu auch die überzeugenden Erwägungen des Handelsgerichts St. Gallen, vorne E. 4.1.2, und des Bundesgerichts, vorne E. 4.5.2).

5.4.3 Demzufolge ist auch nicht massgeblich, ob die Gesuchstellerin rechtsdogmatisch gesehen einen Anspruch auf Abschluss neuer Verträge geltend macht oder die Kündigung der bestehenden Verträge beanstandet (vgl. vorne E. 2.1.3 und 2.1.6). Ob nun die Kündigung als kartellrechtswidrig beanstandet wird oder ob die Kündigung als solche zwar nicht angefochten, dafür aber der Nichtabschluss eines neuen Vertrags oder die Nichtverlängerung des bisherigen Vertrags moniert wird, ist mit Blick auf die wirtschaftlichen Interessen der Parteien einerlei. Letztlich geht es unabhängig von der Begründung des Gesuchs oder der Klage allein darum, den bisherigen Servicevertrag mittels kartellrechtlicher Rechtsbehelfe zu verlängern und damit die Kündigung ungeschehen zu machen. Streitig ist somit die Frage, ob die Gesuchsgegnerin die Geschäftsbeziehung beenden darf oder fortführen muss. Diese Frage weist einen engen zeitlichen, inhaltlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang zu den bestehenden Serviceverträgen auf (vgl. vorne E. 5.3.5). Dementsprechend mussten die Parteien nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass ein Streit über diese Frage von den in den Serviceverträgen getroffenen Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst wird.

5.4.4 Im Übrigen bleibt anzumerken, dass eine durchschnittliche Betreiberin einer Autowerkstatt mutmasslich um die starke Marktstellung von Importeuren weiss. Insofern erscheint fraglich, ob es eine Werkstattbetreiberin tatsächlich überrascht, wenn ein Anwalt sie auf einen möglichen Kontrahierungszwang hinweist. Eine Überraschung der Gesuchstellerin kann vorliegend jedenfalls ausgeschlossen werden: Erstens weist die Gesuchstellerin selbst auf ihre jahrzehntelange Branchenerfahrung hin (act. 1 Rz 39 und 132). Zweitens zeigt ein Blick in die Serviceverträge, dass die Parteien "Streitigkeiten [...] über die Kündigung dieses Vertrags" – und damit auch über die Zulässigkeit der Beendigung der Geschäftsbeziehung – antizipiert haben (vgl. vorne E. 5.3.6). Drittens erklärte die Gesuchstellerin in ihrem Schreiben vom 27. September 2023, sie bestehe auf ihrem "rechtlichen Anspruch auf Fortführung sämtlicher Service-Verträge" (act. 1/25). Dieses noch vor Mandatierung ihres Anwalts von der Gesuchstellerin selbst verfasste Schreiben verdeutlicht ebenfalls, dass sie der Meinung war, einen Anspruch auf Weiterführung der Serviceverträge zu haben. Ein bestätigender

Hinweis ihres Anwalts kann die Gesuchstellerin deshalb nicht überrascht haben. Nicht relevant ist dabei, ob die Gesuchstellerin ihren behaupteten Anspruch auf Weiterführung der Serviceverträge juristisch korrekt dem Kartellrecht zuordnen konnte oder konkret damit rechnete, "Opfer eines Verstosses gegen das Kartellrecht zu werden" (vgl. vorne E. 2.1.4 und 5.4.2). Relevant ist einzig, dass die Gesuchstellerin einen Streit über das Recht zur Beendigung bzw. die Pflicht zur Weiterführung der Serviceverträge voraussehen konnte. Das war vorliegend wie gesehen der Fall.

5.5 Nachfolgend ist auf die weiteren Punkte einzugehen, welche die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 29. Juli 2024 (act. 9) vorbringt.

5.5.1 Die Gesuchstellerin behauptet, es könne nicht der Wille der Parteien gewesen sein, sämtliche in Zusammenhang mit den bisherigen Serviceverträgen stehenden Rechtsstreitigkeiten der Zuständigkeit der Zürcher Gerichte zu unterstellen, weil die Gesuchsgegnerin die Gerichtsstandsvereinbarungen einseitig verfasst habe (vgl. vorne E. 2.1.4). Die Gesuchstellerin wehrt sich mit diesem Argument gegen den von der Gesuchsgegnerin behaupteten tatsächlich übereinstimmenden Willen in Bezug auf die Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarungen. Ein solcher lässt sich indessen nicht feststellen, weshalb die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind (vgl. vorne E. 3.3.2 ff.). Die Gesuchstellerin nimmt mit diesem Argument auch keinen Bezug auf die seinerzeitige Interessenlage der Parteien, welche für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip relevant sein kann (vgl. vorne E. 3.3.3).

5.5.2 Im Übrigen kann die Gesuchstellerin so oder anders nichts daraus ableiten, dass angeblich die Gesuchsgegnerin die Serviceverträge verfasst hat. Dass ein Vertrag von einer Partei verfasst wird, kommt im Geschäftsverkehr häufig vor und sagt noch nichts darüber aus, wie eine Vertragsbestimmung nach Treu und Glauben zu verstehen ist. Unklare oder mehrdeutige vorformulierte Vertragsbedingungen werden im Zweifel zulasten jener Partei ausgelegt, die sie verfasst hat. Diese Unklarheitsregel greift indessen erst, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel zu keinem Ergebnis führen (vgl. BGE 148 III 57 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2016 vom 6. Februar 2017 E. 4.3). Vorliegend führt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu einem klaren Ergebnis (vgl. vorne E. 5.3.7), weshalb die Unklarheitsregel keine Anwendung findet.

5.5.3 Zuzustimmen ist der Gesuchstellerin darin, dass sich der dem Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006 zugrundeliegende Sachverhalt vom vorliegenden unterscheidet (vgl. vorne E. 2.1.5). Insofern kann aus diesem Urteil nichts Entscheidendes daraus abgeleitet werden, wie die Parteien die Gerichtsstandsvereinbarungen vorliegend verstehen durften und mussten. Das Bundesgericht hielt jedoch sowohl im genannten wie auch in einem jüngeren Urteil

(BGE 147 III 153 E. 5.1 [= Pra 2021 Nr. 87]) fest, dass eine allgemein formulierte Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich auch Streitigkeiten über Ansprüche aus unerlaubten Handlungen erfasst, wenn ein Zusammenhang zwischen den unerlaubten Handlungen und dem Vertragsgegenstand besteht (vgl. vorne E. 3.3.4). Ein solcher Zusammenhang ist vorliegend gegeben (vgl. vorne E. 5.3 und 5.4.3).

5.5.4 Unbehefflich ist sodann der Hinweis der Gesuchstellerin, das Bundesgericht habe in BGE 147 III 153 [E. 7.3] entschieden, dass es unzulässig sei, Gerichtsstandsvereinbarungen vorzusehen, die "alle Streitigkeiten aus der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien" umfasse (vgl. vorne E. 2.1.5). Eine solche Gerichtsstandsvereinbarung liegt hier nicht vor. Die Parteien haben drei separate Gerichtsstandsvereinbarungen abgeschlossen (vgl. vorne E. 3.2.3). Diese beziehen sich jeweils auf Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit einem spezifischen Servicevertrag für eine konkrete Fahrzeugmarke. Die Gerichtsstandsvereinbarungen nehmen keinen Bezug auf die Geschäftsbeziehung im Allgemeinen oder Streitigkeiten, die sich unabhängig vom jeweiligen Vertrag in anderen möglichen Bereichen der Zusammenarbeit ergeben könnten. Die von den einzelnen Gerichtsstandsvereinbarungen erfassten Rechtsverhältnisse sind somit bestimmbar und schliessen die Streitigkeit über das Recht zur Beendigung bzw. die Pflicht zur Weiterführung der Serviceverträge ein (vgl. vorne E. 5.3.7). Solche Gerichtsstandsvereinbarungen sind nach dem genannten Bundesgerichtsurteil ohne Weiteres zulässig (BGE 147 III 153 E. 5.1 [= Pra 2021 Nr. 87]).

5.5.5 Auf das von der Gesuchstellerin eingereichte Rechtsgutachten (vgl. vorne E. 2.1.5) ist nicht einzugehen, zumal das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO). Die massgeblichen rechtlichen Überlegungen wurden vorstehend dargelegt. Anzumerken bleibt immerhin Folgendes: Die Gutachter weisen selbst darauf hin, dass keine allgemeingültige Aussage zur Auslegung von Gerichtsstandsvereinbarungen getroffen werden könne (act. 9/1 Rz 59). Das Gutachten nimmt denn auch keinen Bezug auf die Einzelheiten des vorliegenden Falls. Im Weiteren führen die Gutachter an, eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte am Sitz des Importeurs drohe den Zweck des Kartellgesetzes zu unterlaufen (weil es etwa einem französischsprachigen Garagisten "faktisch verunmöglicht" würde, sich gegen ein kartellrechtswidriges Verhalten zu wehren, wenn er seine Ansprüche in Zürich durchsetzen müsste; vgl. act. 9/1 Rz 64 ff. und 76). Diese Ausführungen sind rechtspolitischer Natur. Mit der vertragsrechtlichen Auslegung verfahrensrechtlich zulässiger (vgl. vorne E. 3.2.1) Gerichtsstandsvereinbarungen haben sie nichts zu tun. Dies gilt auch für folgende Passage im Gutachten: Die "KG-Zielsetzungen sind [...] bei der Ermittlung der sachlichen Reichweite einer weiten Gerichtsstandsklausel im Rahmen ihrer Auslegung mit zu berücksichtigen"

(act. 9/1 Rz 64). Diese Aussage trifft so nicht zu. Soweit nämlich das KG kein zwingendes Recht enthält, können die Parteien im Rahmen ihrer Parteiautonomie ohne Weiteres vom KG oder dessen "Zielsetzungen" abweichen. Dispositives Recht kann insoweit relevant sein, als der Vertrag zu ergänzen wäre. Diese Frage stellt sich hier aber nicht. Ist der Vertrag hingegen auszulegen, ist dispositives Recht höchstens relevant, falls die Auslegung zu keinem klaren Resultat führte, etwa wenn "beide Auslegungen gleichermassen möglich" wären (vgl. BGE 115 II 264 E. 5a und 5b; 113 II 49 E. 1b). Auch dies trifft hier nicht zu (vgl. vorne E. 5.5.2). Die Sorge, das Kartellrecht könnte ausgehebelt werden, ist im vorliegenden Fall indessen so oder anders unbegründet: Die effektive Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche wird jedenfalls nicht unterlaufen, wenn diese im Nachbarkanton mit gleicher Amtssprache eingeklagt werden müssen.

5.5.6 Schliesslich kann die Gesuchstellerin auch aus ihrem Hinweis auf das Urteil des Obergerichts Zug Z2 2001 13 [recte: Z2 2011 13] vom 23. August 2013 (RPW 2013/3 S. 455) nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. vorne E. 2.1.6). Das Obergericht Zug musste die Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarung in jenem Fall nicht beurteilen, weil sich die Beklagte dort auf das Verfahren eingelassen hatte (vgl. Art. 18 ZPO). Dem Urteil ist aber zu entnehmen, dass die Werkstattbetreiberin ebenfalls "Ansprüche auf Weiterführung des bisherigen Vertragsverhältnisses bzw. auf Abschluss eines neuen Vertrags im Wesentlichen auf kartellrechtliche[n] Grundlagen" geltend gemacht hatte. Gleichwohl stellte das Obergericht Zug die Frage in den Raum, ob die Gerichtsstandsvereinbarung im bestehenden Vertrag allenfalls gegriffen hätte, wenn sich die Importeurin nicht auf das Verfahren eingelassen hätte (Urteil des Obergerichts Zug Z2 2011 13 vom 23. August 2013 E. 1). Den Standpunkt der Gesuchstellerin hat das Obergericht Zug demnach auch im damaligen Urteil nicht gestützt.

5.6 Zusammengefasst ist die Tragweite der Gerichtsstandsvereinbarungen in den Serviceverträgen der Parteien durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. Diese führt zum Ergebnis, dass auch kartellrechtliche Streitigkeiten über das Recht zur Beendigung bzw. die Pflicht zur Weiterführung der Serviceverträge von den Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst sind. Während der Wortlaut allein noch keine eindeutige Aussage zulässt, zeigen die Vertragssystematik und der Regelungszweck der Gerichtsstandsvereinbarungen klar, dass die Parteien dem gewählten Gericht eine allgemeine Zuständigkeit für sämtliche Streitigkeiten, die in Zusammenhang mit den Serviceverträgen entstehen, zuweisen wollten. Ein solcher Zusammenhang ist beim von der Gesuchstellerin behaupteten Anspruch auf nahtlose Weiterführung der Geschäftsbeziehung offenkundig gegeben. Für die Beurteilung dieses Anspruchs sind in der Hauptsache die von den Parteien in den Gerichtsstandsvereinbarungen gewählten Gerichte der Stadt Zürich örtlich zuständig. Die

Zuständigkeit der zugerischen Gerichte für die Hauptsache ist nicht gegeben. Demzufolge ist das angerufene Gericht für die Anordnung der beantragten Massnahmen örtlich unzuständig (vgl. vorne E. 3), zumal auch der Ort, wo die Massnahmen vollstreckt werden sollen, nicht im Kanton Zug liegt (vgl. vorne E. 3.1).

6. Im Ergebnis fehlt es aufgrund der örtlichen Unzuständigkeit an einer Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Aus diesem Grund ist auf das Massnahmegesuch nicht einzutreten (vgl. vorne E. 1).
7. Abschliessend sind die Prozesskosten zu regeln.
 - 7.1 Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend unterliegt die Gesuchstellerin, da auf ihr Gesuch nicht einzutreten ist. Demnach hat sie die Gerichtskosten zu tragen und der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO).
 - 7.2 Die Prozesskosten hängen unter anderem vom Streitwert ab. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Besteht zwischen den Parteien keine Einigkeit, so liegt die Bestimmung des Streitwertes im Ermessen des Gerichts. Dieses hat den Streitwert nach objektiven Kriterien zu schätzen (Urteil des Bundesgerichts 4A_45/2013 vom 6. Juni 2013 E. 4.2).
 - 7.2.1 Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert auf mindestens CHF 550'000.00 und stützt sich dabei (annäherungsweise) auf den durchschnittlichen Jahresumsatz über die letzten drei Jahre [gemeint wohl: gestützt auf ihre Tätigkeit als zugelassene Werkstatt für die Marken "G.", "H." und "I."] (act. 1 Rz 27 f.). Die Gesuchsgegnerin hält diese Streitwertangabe für zu hoch. Sie führt an, die Gesuchstellerin werde durch die Beendigung der Serviceverträge nicht den gesamten Umsatz verlieren, den sie als zugelassene Werkstatt für die Marken "G.", "H." und "I." erzielt habe. Die Gesuchstellerin habe nur keinen Anspruch auf Vergütung bei herstellerbezahlten Garantiarbeiten mehr und könne keine Arbeiten bei Rückrufaktionen mehr durchführen. Im Übrigen könne sie als unabhängige Werkstatt die gleichen Dienstleistungen wie zuvor erbringen. Zur Schätzung des Streitwerts sei deshalb auf den Umsatz abzustellen, den die Gesuchstellerin mit Garantiarbeiten und Rückrufaktionen in einem Jahr durchschnittlich erziele. Diese machten nach Erfahrungen der Gesuchsgegnerin weniger als 10 % des Umsatzes einer zugelassenen Werkstatt mit einer Marke aus. Der Streitwert betrage somit maximal CHF 55'000.00 (act. 7 Rz 42 ff.).
 - 7.2.2 Da die Parteien unterschiedliche Angaben zum Streitwert machen, ist dieser nach objektiven Kriterien zu schätzen (vgl. vorne E. 7.2). Zunächst ist festzuhalten, dass sich der von der Gesuchstellerin

behauptete durchschnittliche Jahresumsatz mit den Marken "G.", "H." und "I." den eingereichten Kontoübersichten (act. 1/11) nicht ohne Weiteres entnehmen lässt. Die Kontoübersichten scheinen sodann die Annahme der Gesuchsgegnerin zu bestätigen, wonach Garantearbeiten jeweils einen untergeordneten Teil des Gesamtumsatzes pro Marke ausmachen. Plausibel ist sodann die Annahme der Gesuchsgegnerin, dass die Gesuchstellerin auch im Falle einer Beendigung der Serviceverträge weiterhin als unabhängige Werkstatt tätig sein kann und ihr Umsatz mit den Marken "G.", "H." und "I." deswegen nicht vollständig einbrechen wird. Gleichzeitig widerspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, wenn die Gesuchstellerin ein mit erheblichen Kostenrisiken behaftetes Gerichtsverfahren einleiten würde, um damit lediglich marginale Umsatzeinbussen zu verhindern. Vor diesem Hintergrund erscheint es angemessen, den Streitwert des vorliegenden Verfahrens ermessensweise mit etwas mehr als einem Drittel des von der Gesuchstellerin angegebenen Betrags von CHF 550'000.00 zu bemessen und auf CHF 200'000.00 festzusetzen.

7.3 Die Gerichtskosten werden nach der Verordnung über die Kosten in der Zivil- und Strafrechtspflege (KoV OG) bemessen. Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bilden der Streitwert sowie die Bedeutung, der Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falls. Bei einem Streitwert von CHF 200'000.00 beträgt die Entscheidgebühr CHF 6'000.00 bis CHF 10'000.00 (§ 11 Abs. 1 KoV OG). Da Gesuche um Erlass vorsorglicher Massnahmen im summarischen Verfahren behandelt werden (Art. 248 lit. d ZPO), ist die Entscheidgebühr auf einen Drittel bis drei Viertel herabzusetzen (§ 12 Abs. 1 KoV OG). Der vorliegende Entscheid beschränkt sich auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidgebühr ermessensweise auf CHF 3'000.00 festzusetzen.

7.4 Die Parteientschädigung bemisst sich nach der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif (AnwT). Bei einem Streitwert von CHF 200'000.00 beträgt das Grundhonorar CHF 15'900.00 (§ 3 Abs. 1 AnwT). Die Gesuchsgegnerin hat sich in ihrer Gesuchsantwort nicht nur mit der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts befassen, sondern darüber hinaus einlässlich in der Sache Stellung genommen. Aufgrund der Schwierigkeit des Falls und des damit verbundenen Zeitaufwands rechtfertigt es sich, das Honorar um einen Drittel auf CHF 21'200.00 zu erhöhen (§ 3 Abs. 3 AnwT). Im

summarischen Verfahren ist davon die Hälfte zu berechnen (§ 6 Abs. 1 AnwT), was einen Betrag von CHF 10'600.00 ergibt. Unter Hinzurechnung einer Auslagenpauschale von 3 %, d.h. CHF 318.00, resultiert eine Entschädigung von (gerundet) CHF 10'920.00. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist mangels eines Antrags im Rechtsbegehren nicht hinzuzurechnen (vgl. Ziff. 2.1.1 der Weisung des Obergerichts Zug über die Mehrwertsteuer in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 29. Juli 2015).

8. Das vorliegende Urteil ist dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zuzustellen (vgl. Art. 48 Abs. 1 KG; Meier/Bangerter, Basler Kommentar, 2. A. 2022, Art. 48 KG N 67).

Verfügung

1. Auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird nicht eingetreten.

2. Die Entscheidgebühr von CHF 3'000.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 14'500.00 verrechnet. Der zu viel bezahlte Betrag von CHF 11'500.00 wird ihr von der Gerichtskasse zurückerstattet.

3. Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'920.00 zu bezahlen.

4. Gegen diesen Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdegründe richten sich nach Art. 98 BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.

5. Mitteilung an:

- Parteien (an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 29. Juli 2024 samt Beilagen)
- Wettbewerbskommission, Sekretariat, in Bern
- Gerichtskasse (im Dispositiv)

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 / Fracs 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

and Trade
 Verordnung über
 Gebrauchsgegenstände
 Gewerblicher Rechtsschutz
 und Urheberrecht
 Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produkthaftungsgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		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 1119 ff., 1125 f., 1144, 1300 f.

Abrede 1085, 1087 f., 1090 f., 1094, 1096, 1099 ff., 1103, 1113 ff., 1124 ff., 1130 ff., 1144 ff., 1150 f., 1155 f., 1159, 1176 f., 1246, 1250, 1257, 1259 ff., 1268 f., 127, 1285, 1287, 1293 ff., 1300 ff., 1308, 1312, 1314 ff., 1321 f., 1333 f., 1347 f., 1368, 1370 ff., 1374, 1378, 1387, 1389, 1394 ff., 1406, 1409 f., 1412

Acquiring 1088 f., 1095, 1140 ff., 1285, 1293, 1300 ff., 1308, 1312, 1316, 1364

Anhörung 1149, 1155, 1291, 1299, 1320, 1332, 1343 ff., 1384 f.

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Banken 1086, 1088, 1101 ff., 1121 ff., 1128, 1134 ff., 1140, 1152, 1285, 1294, 1298, 1313 f., 1317, 1365, 1376

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten 1085 ff., 1091, 1094, 1097, 1099, 1148 f., 1151 ff., 1285, 1287 ff., 1297 ff., 1303 f., 1307 ff., 1348, 1383 ff., 1387 f.

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 1087 f., 1090 f., 1094, 1096, 1099 f., 1120, 1136, 1145 f., 1151, 1159, 1287, 1304 ff., 1312, 1315 f.

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 1086 f., 1148, 1151, 1158 f., 1287, 1293, 1296, 1313 f., 1316, 1375, 1391, 1394, 1402 ff.

Erheblichkeit 1136, 1145, 1304, 1316

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte 1093

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
mitteln -

I

Indizienbeweis -

Interchange Fee 1085 ff., 1148 ff., 1248, 1285 ff., 1348, 1383 f., 1387 ff.

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1133, 1358, 1366, 1370

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster 1305

Krankenversicherer -

Kreditkarten 1087 f., 1090 ff., 1094 ff., 1099, 1142, 1150 f., 1159 f., 1286 ff., 1298 f., 1302 ff., 1308 ff., 1364

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 1302 f.

L

legitimate business reasons -

M

Marktaufteilung 1394

marktbeherrschende Stellung 1313, 1363 ff., 1367 f., 1371, 1373 f., 1412

Marktgegenseite 1133 ff., 1303, 1312, 1322, 1334, 1348, 1371 f.

Marktorganisation -

Marktstruktur -

Marktzutrittsschranken 1374

Meldepflicht 1097 f., 1140 ff., 1358, 1364, 1366, 1371

Missbrauch 1112, 1115, 1133, 1312, 1318 f., 1322 f., 1325 ff., 1330 f., 1334 ff., 1341 f., 1347 ff., 1352, 1354, 1412

N

Netzwerk 1087, 1102, 1109, 1121, 1124, 1129, 1151, 1287, 1294, 1303, 1305, 1308, 1365, 1369, 1374

Netzwerkkosten 1087, 1305

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten 1123

potenzieller Wettbewerb 1120

Preisabrede 1085, 1087 f., 1090, 1096, 1099, 1132, 1144 f., 1147, 1150, 1159, 1287, 1302 f., 1312, 1314

Preisbindung zweiter Hand 1301, 1308

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 1132, 1302, 1409

Reduktion der Sanktion 1377, 1396 f., 1402 ff.

S

Sanktionen 1155 f., 1260, 1313, 1375 ff., 1389, 1395, 1403

Senkung Herstellkosten -

Submission 1400

Submissionskartell -

T

Tarife -

Tarifvertrag 1118 f.

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung 1303

Untersuchung 1085 ff., 1090, 1096 ff., 1102, 1111 f., 1128,
1137 f., 1148 ff., 1163, 1175, 1256, 1285 ff., 1304 ff.,

1310 ff., 1330 ff., 1341 ff., 1376 ff., 1383 ff., 1391 f., 1394
ff., 1399, 1402 ff., 1409 f.

unzulässige Wettbewerbsabrede 1090 f., 1100 f., 1113,
1120, 1137, 1144 f., 1269, 1300, 1322, 1334, 1348, 1394

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 1096, 1101 f., 1115, 1128

Verschulden 1323, 1334, 1348, 1397 f.

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 1119 f., 1300, 1396

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel 1086, 1088, 1092 f., 1154, 1302 f., 1311,
1313 f., 1317, 1388

zweiseitige Märkte -