

## Die Seite der ASAS / La page de l'ASAS

### Economic Experts in Competition Law

Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht und der ASAS in Genf am 1. Februar 2008

#### FELIX PRÜMMER\*

*On February 1, 2008 the International Geneva Conference: Economic Experts in Competition Law took place on the premises of the World Meteorological Organization. This conference was organized by the Swiss Association of Competition Law and Studienvereinigung Kartellrecht e.V. Speakers from European competition authorities, universities and the legal and economic practice gave insights to the role of economic experts in competition law proceedings. The conference was held in English and presented to an international auditorium of practitioners and scholars.*

Das bemerkenswerte Hauptgebäude der World Meteorological Organization in Genf war der Tagungs-ort der gemeinsamen Veranstaltung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. und der schweizerischen Vereinigung für Wettbewerbsrecht (ASAS) zur Rolle ökonomischer Experten in Kartellverfahren. Das Organisationskomitee, das aus PIERRE KOBEL (Genf), dem Tagungsleiter und Präsidenten der ASAS, FRANZ HOFFET (Zürich), JÜRIG BORER (Zürich) und MARCEL MEINHARDT (Zürich) bestand, konnte eine vielversprechende Auswahl an Referenten aus den Kreisen der Behörden, Universitäten und Beratung gewinnen. Ökonomische Analysen und Konzepte sind in den Verfahren vor der Europäischen Kommission und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden, aber auch vor den schweizerischen Behörden Realität. Das schafft vor allem aus Sicht der betroffenen Unternehmen und ihrer Vertreter Klärungsbedarf darüber, welche Antworten und Nachweise diese Analysen liefern sollen, wer sie erstellt und wie die Behörden und Gerichte damit umgehen.

#### 1. Referat:

##### «Economic Analysis: The Point of View of an Authority»

Die Tagung begann mit dem Referat «Economic Analysis: The Point of View of an Authority» von OLIVER STEHMANN, Deputy Head of Unit des Chief Economists im Generaldirektorat Wettbewerb der Europäischen Kommission. STEHMANN berichtete über die Struktur und Aufgaben des Chief Economist Teams (CET). Es setze sich aus ca. 20 Mitarbeitern zusammen, mit der Aufgabe, die Case Teams entweder als «externe Berater» oder als Team-Mitglied zu unterstützen und Entscheidungen auf ihre ökonomische Plausibilität hin zu überprüfen. Mit dem «More economic Approach» gehe es darum, Wettbewerbsbeschränkungen weniger nach ihrer Art als unter einer «Theory of Harm» auf ihre Auswirkungen zu untersuchen. Die Zahl der Anfragen aus den Case Teams zeige, dass das CET grosse Akzeptanz gefunden habe, auch wenn es noch im Anfangsstadium stehe. STEHMANN führte verschiedene Fälle als Beispiel für die Arbeit des CET (T-Mobile/tele.ring, M.3916; Omya / Huber, M.3796; DB/EWS, M.4746; Ryanair / Air Lingus, M.4439; Inco / Falconbridge, M.4000; aus dem Beihilferecht: NeoVal, IP/07/227; Osiris, IP/07/ 1482) oder als Mahnmal seiner zu späten Konsultation (Sony / BMG, M.3333) auf. Aufholbedarf bestünde bei der Nachkontrolle von ergangenen Entscheidungen, wie eine Studie von DUSO / NEVEN / ROELLER über die Reaktionen der Börsen auf fusionskontrollrechtliche Entscheidungen der Kommission zeige (abrufbar auf der Homepage des GD Wettbewerb). Zu den Verfahrensabläufen wies STEHMANN darauf hin, dass die für die Analyse notwendigen, sehr umfangreichen Datensammlungen meist Wettbewerbsgeheimnisse darstellten. Deshalb seien im Fusionsfall Ryanair externen ökonomischen Beratern der Parteien als «Clean Team» in einem Data Room Einsicht in die Datensammlungen der anderen Partei gewährt worden, um die Analysen zu überprüfen und eigene zu erstellen. Teilweise müsse das CET aus Kapazitätsgründen externe Berater beiziehen, «trusting they do their work properly».

## **2. Referat: «Use of Economic Analysis: Swiss Experience»**

Das zweite Referat des Tages, «Use of Economic Analysis: Swiss Experience», hielt Prof. YVES FLÜCKIGER, Universität Genf und ehemals Vizepräsident der schweizerischen Wettbewerbskommission. In der Schweiz gäbe es zwar kein CET. FLÜCKIGER sieht dennoch vor allem bei der Fusionskontrolle und der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen und auch für Leitfäden und Bekanntmachungen Anwendungsbereiche für den Economic Approach. Weniger käme für die schweizerische Praxis eine umgreifende, systematische Einbindung ökonomischer Expertisen in Frage. Es habe sich als besonderes Problem erwiesen, dass die für ökonomische Analysen erforderlichen Datensammlungen oftmals nicht vorhanden seien und die internationale, ökonomische Literatur nicht ohne Weiteres auf die Schweiz übertragbar wäre. Diese Problematik akzentuierte sich in der zeitlich befristeten Fusionskontrolle. Im Sektor des Detailhandels habe es sich als schwierig herausgestellt, die Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf das Preisniveau zu beurteilen. FLÜCKIGER schlug dazu vor, die Budget-Produktelinien der Detailhandelsunternehmen näher zu analysieren, um Aussagen über den Wettbewerb treffen zu können. Als Beispiele ökonomischer Analysen führte FLÜCKIGER die Fälle Recymet/Batrec (RPW 1997/4, 490), den Benzinmarkt (RPW 2002/1, 77) und den Strassenbeläge-Fall aus dem Tessin an (Verfügung vom 19. November 2007), in welchem die Angebotsdaten von über 1500 Offerten in öffentlichen Ausschreibungen zwischen 1996 und 2006 auf ihre Volatilität und Abweichungen zu den jeweiligen Kostenveranschlagungen analysiert worden seien.

## **3. Referat: «An Economists View on Unilateral Practices»**

DAVID SPECTOR, Paris School of Economics und Founding Partner MAPP, referierte zum Thema «An Economists View on Unilateral Practices». Das Referat begann mit einem kurzen historischen Abriss der ökonomischen Analyse im Kartellrecht. Ihr Einzug in das Kartellrecht hätte sie über die Chicago School gefunden, welche an der Rechtsprechung der US-Gerichte bis über die 60er-Jahre hinaus kritisierte, dass das Kartellrecht in wohlfahrtsschädigender Weise angewendet worden sei (R. BORK, *The Antitrust Paradox*, 1978). Verhaltensweisen wie das Monopoly Leveraging, Exclusive Dealing, Price Squeezing und Pedatory Pricing seien ihr zufolge zu interventionistisch behandelt worden, weil es sich gleichermassen auch um wettbewerbliches, wohlfahrtsförderliches Handeln gehandelt haben könnte. Mit der Post-Chicago-Theorie, welche in Fällen wie etwa US./Microsoft reflektiert sei, würden zwar gewisse Grundlagen der Chicago-Theorie aufgegriffen, nämlich dass Zweck des Kartellrechts die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt sei. Allerdings lägen der Chicago-School zu spezifische Annahmen zugrunde, sodass sie oftmals nur auf Ausnahmefälle zuträfe. Als pragmatischen Ansatz stellte SPECTOR eine «Fully Fledged Economic Analysis» mit einer klaren «Theory of Harm» als Prüfungsprogramm vor. Diese Beurteilungsmethode sei eine «Structured Rule of Reason» und müsse klar definierte Kriterien für problematische Verhaltensweisen aufweisen, mit der Möglichkeit, diese Verhaltensweisen durch wettbewerblich vorteilhafte Auswirkungen zu rechtfertigen. SPECTOR wies auch darauf hin, dass dieser Ansatz hinreichend vorhersehbare Kriterien bieten müsse, um Rechtssicherheit zu schaffen.

## **4. Referat: «BA vs. Virgin: A New Economic Approach?»**

ROMANO SUBIOTTO, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton in Brüssel, besprach den Fall BA./Virgin Airlines unter der Fragestellung «BA vs. Virgin: A New Economic Approach?» (zuletzt Urteil des EuGH vom 15. März 2007), welche er schon einleitend mit einem klaren «Nein» beantwortete. Es ging um das Vergütungssystem einer marktbeherrschenden Airline, nämlich um die Provisionen, die BA Reisebüros für Ticketverkäufe gewährte. BA zahlte (statt einer früheren Einheitskommission von 9%) eine niedrigere Kommission in Höhe von 7% mit einem Bonus von 1 bis 3% in Abhängigkeit davon, ob das Reisebüro einen Zuwachs am Verkauf von BA-Tickets erzielte (verglichen mit früheren Monaten). Vorwurf war, dass BA so konkurrierende Airlines vom Markt verdrängte. SUBIOTTO legte verschiedene Punkte in der Begründung des Gerichtshofes dar, anhand welcher er argumentierte, dass der Gerichtshof eine ökonomische Analyse des Rabattsystems ausliess. Er hätte alleine darauf abgestellt, ob die Reisebüros durch die Boni an BA gebunden würden, hätte aber nicht die effizienzsteigernden Effekte der Boni berücksichtigt, indem eine Leistungskontrolle der Reisebüros geschaffen wurde. Ebenso hätte es der Gerichtshof auch unterlassen, den Aufwand anderer Airlines zu beurteilen, um

mit dem Rabattsystem von BA gleichzuziehen. Es sei somit eine geringe Provision wegen eines noch geringeren Bonusanteils für missbräuchlich erklärt worden, währenddessen eine einheitliche Provision von etwa 20% nach den Kriterien des Gerichtshofs zulässig gewesen sei. Auch das Diskussionspapier der Europäischen Kommission zu Art. 82 EGV liefere SUBIOTTO zufolge keine praktikablen Kriterien. Zwar wären vergangenheitsbezogene Rabatte zulässig, wenn das Entgelt kostendeckend bleibe. Jedoch würden Ausschlusseffekte auch davon abhängig gemacht, ob Wettbewerber weiterhin eine wirtschaftliche, ausreichende Menge absetzen könnten – praktisch kaum zu überprüfen.

##### **5. Referat:**

###### **«Vertical Relationships: Is Switzerland (are Small Economies) Really Different?»**

Mit dem Thema «Vertical Relationships: Is Switzerland (are Small Economies) Really Different?» setzte sich Prof. REINER EICHENBERGER, Universität Fribourg, auseinander. Er griff einen Aufsatz von GAL (73 S.Cal.L.Rev. [2001] 1468) auf, dem zufolge in kleinen Ländern eine strikte Anwendung des Kartellrechts gerechtfertigt sei, weil wegen der länderunabhängigen notwendigen Betriebsgrößen höhere Marktkonzentrationen unausweichlich seien. Von dieser These ausgehend, besprach EICHENBERGER die Implikationen für die Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik. Zunächst legte er dar, dass hohe Marktanteile eine defensivere Preisstrategie mit sich brächten. Wollte ein Unternehmer seinen Marktanteil durch eine Preissenkung ausdehnen, müsse er berücksichtigen, dass diese Senkung aufgrund seines hohen Marktanteils eine grosse Einbusse bedeutete. Als anderen Faktor für die Preisbildung legte er ein weit überdurchschnittliches Pro-Kopf-Einkommen in der Schweiz dar, was Anreiz für eine internationale Preisdifferenzierung mit Nachteil für die Schweiz sei. Neben den in der Öffentlichkeit diskutierten Handelshemmnissen sah EICHENBERGER eine zusätzliche Marktzutrittschranke für die Schweiz darin, dass nur eine geringe Zahl an Parallelimporte betreffenden Fällen gerichtlich entschieden worden sei. Die resultierende Intransparenz über die Einfuhrbedingungen in die Schweiz halte von weiteren Vorstössen mit Parallelimporten ab, wobei die geringeren Ressourcen der Wettbewerbsbehörden ein Kräfteungleichgewicht mit grossen, multinationalen Unternehmen bedeuteten. Im Ergebnis sprach sich EICHENBERGER für eine kritische Beurteilung vertikaler Vereinbarungen und die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips in der Schweiz für sämtliche OECD-Importe aus. Allfällige Verluste an Reglementierungsautonomie könne die Schweiz kompensieren, indem man die Ausserachtlassung der autonomen schweizerischen Normen durch eine geringe «Swissness-Steuer» belege, allenfalls verbunden mit einem Logo / Zertifikat für konforme Produkte.

##### **6. Referat:**

###### **«Economic Analysis in Merger Control – A Lawyer's Viewpoint»**

Die Rolle ökonomischer Berater im Fusionskontrollverfahren erläuterte CHRISTOPH STADLER, HengelerMueller Düsseldorf, in dem Referat «Economic Analysis in Merger Control – A Lawyer's Viewpoint». Ob die Parteien ökonomische Beratung in einem bestimmten Verfahren in Anspruch nehmen, sei immer Resultat einer Abwägung zwischen der Komplexität des Falls, der identifizierten Wettbewerbsprobleme, der Kosten und auch der Frage, wie diese ökonomischen Analysen von den Behörden und Gerichten angenommen würde. STADLER sieht heute in der deutschen und europäischen Praxis eine hohe Akzeptanz und auch die Gerichte sind der ökonomischen Argumentation keineswegs verschlossen. Die Parteien könnten ökonomische Berater sowohl im Hintergrund konsultieren, um ihre Argumentationen zu testen und zu verbessern, oder sie könnten proaktiv die Berater in ihre Darstellung einbinden, etwa durch entsprechende Gutachten oder Präsentationen bei Anhörungen. Die Analysen könnten empirische Zwecke erfüllen, nämlich um bestimmte Fakten darzulegen oder zu veranschaulichen (so könnten zur Illustration der geografischen Marktabgrenzung etwa Transportkosten und Entfernung in grafische Relation gesetzt werden) und so die Argumentation der Parteien untermauern. Komplexe Sachzusammenhänge könnten so analytisch und anschaulich dargestellt werden. Der Fall Airtours / First Choice (Rs. T-342/99) mit den Kriterien für kollektive Marktbeherrschung oder der SSNIP-Test zeigten darüber hinaus, dass die ökonomische Analyse die Beurteilungskriterien im Wettbewerbsrecht ergänzen und ausfüllen würde. In grösseren Fällen mit vielschichtigen Auswirkungen, wie etwa bei bestimmten Unternehmenszusammenschlüssen, seien ökonomische Berater kaum mehr wegzudenken.

## 7. Referat: «Specificities of Merger Economic Expertise»

Schliesslich kam ein solcher ökonomischer Berater, SIMON BISHOP, Partner RBB London, mit dem Beitrag «Specificities of Merger Economic Expertise» zu Wort. BISHOP, der seit 1992 im Auftrag der betroffenen Unternehmen eine Vielzahl von High-Profile-Cases vor der Europäischen Kommission begleitet hatte, konzentrierte sich darauf, die Analyse unilateraler Effekte in der Fusionskontrolle zu veranschaulichen. Sein Referat legte die Auswirkungen eines Zusammenschlusses aus ökonomischer Sicht dar und gab somit einen Eindruck über die Argumentationsweise eines ökonomischen Beraters. BISHOP erläuterte, dass anhand unilateraler Effekte die Wettbewerbsverhältnisse auf einem Markt präziser abgebildet werden könnten, was ein von den Marktanteilen ausgehendes intuitives Bild des Zusammenschlusses in Frage stellen könnte. Wesentlich sei, in welche Richtungen Kunden abwanderten, falls ein Unternehmen seine Preise erhöhte. Dazu müsse zwischen engen und entfernten Substituten unterschieden werden. Zu nahen Substituten würden überproportional viele Kunden abwandern. Fasse die Fusion nahe Substitute zusammen, seien die wettbewerblichen Folgen problematischer als bei einem entfernten Substitut, auch wenn jenes höhere Marktanteile habe. Zum Stellenwert ökonomischer Analysen bemerkte BISHOP: «You cannot solve antitrust cases without economics – either you do economics implicitly or explicitly». Er wies aber auch darauf hin, dass eine ökonomische Analyse sich immer in wörtlich greifbare Resultate fassen lassen müsste. Gelingt das nicht, dürfte es an der Analyse, nicht am Unverständnis des Richters liegen.

### Diskussionsrunde

An die Referate schloss sich eine Diskussionsrunde mit den Referenten und dem Organisationskomitee auf dem Podium unter Leitung von MARCEL MEINHARDT und JÜRIG BORER an. Innerhalb dieser Runde stellte Prof. WALTER STOFFEL als «Überraschungsgast» die neue Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission, welche zu Beginn dieses Jahres in Kraft getreten ist, und insbesondere die darin enthaltenen Regelungen über vertikale Preisabsprachen und -empfehlungen vor. STOFFEL erläuterte die fünf Kriterien in der Bekanntmachung zur Beurteilung von Preisempfehlungen, welche sich in verhaltens- und marktbezogene unterteilen liessen. Massgeblich seien vor allem die Verhaltenskriterien, etwa ob die Preisempfehlungen mit Druck auf die Händler verknüpft seien. Aus STOFFELS Kurzreferat entwickelte sich eine kontrovers geführte Diskussion, die sich auch auf die grundsätzliche Behandlung vertikaler Abreden im Wettbewerbsrecht und insbesondere in der Schweiz bezog. Hier gingen die Positionen im Podium deutlich auseinander. Viele der hochinteressanten Fragen konnten in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht erschöpfend beantwortet werden, erfüllten aber ihren Zweck als Denkanreize. Dazu zählten die Frage nach den ökonomischen Grundlagen der Vertikalbekanntmachung, ob der «More Economic Approach» im schweizerischen Wettbewerbsrecht zulässig sei, ob die (schweizerischen) Gerichte ökonomische Analysen zu würdigen vermögen und wem eine ökonomische Analyse im schweizerischen Kartellrecht nützen würde.

### Fazit

Die Konferenz zeichnete sich durch die sehr ausgewogene, durchdachte Auswahl an erfahrenen Referenten aus, sodass dem Zuhörer ein umfassendes und abgerundetes Bild über die ökonomische Analyse in Kartellverfahren vermittelt werden konnte. Nach Ansicht des Berichterstatters dürfte bei einer zunehmenden Bedeutung des Zivilprozesses in Kartellsachen und der damit einhergehenden Darlegungs- und Ermittlungslast die ökonomische Beratung und ihre Einbindung in die Falldarstellung noch zusätzliche Bedeutung für die betroffenen Unternehmen erlangen. Ähnliches dürfte auch für Schiedsverfahren gelten, in denen die Antitrust Defense vorgebracht wird.

Die Zuhörerschaft setzte sich aus einem internationalen Kreis von Anwälten, Firmenjuristen und Vertretern der Forschung und Lehre sowie der Wettbewerbsbehörden zusammen (Mitgliedschaft in einer der durchführenden Organisationen war nicht Teilnahmevoraussetzung). Die offene Atmosphäre der Tagung hatte den Wissens- und Informationsaustausch in diesem heterogenen Publikum gefördert. Das dürfte nicht nur auf die faszinierenden Glas-Fassaden des Hauptsitzes der World Meteorological Organization zurückzuführen gewesen sein, sondern auch darauf, dass sich die Teilnehmer am vorausgehenden Abend bei einem Dinner am Genfer See kennenlernen konnten.

\* Dr. iur., Zürich.