

**EuG-Urteil vom 28.5.2020 (T-399/16): Nichtigerklärung der  
Untersagungsentscheidung der Kommission aus 2016  
zum Zusammenschluss *Hutchison 3G UK/Telefónica UK***

Franz Stenitzer und Axel Reidlinger  
Studienvereinigung Kartellrecht  
Quartalstreffen am 16.09.2020

# Highlights

- ▶ EuG Urteil vom 28.05.2020, T-399/16, *CK Telecoms UK Investments/Kommission*
- ▶ Nichtigerklärung der Untersagungsentscheidung der Kommission vom 11.05.2016 (COMP/M.7612 – *Hutchison 3G UK/Telefónica*)
- ▶ Erstes Urteil zur konkreten Anwendung und Reichweite des Untersagungskriteriums „significant impediment to effective competition“ (SIEC)
- ▶ „Obiter“ Klarstellungen zu den Beweisanforderungen an die Kommission
- ▶ Auswirkungen auf künftige Entscheidungspraxis (allgemein und für Fusionen in Mobilfunkmärkten im Besonderen)?
- ▶ Auswirkungen in Österreich? (Stichwort: Anpassung des österreichischen Prüfkriteriums an die EU-Fusionskontrolle)

# Das Zusammenschlussvorhaben

- ▶ Übernahme von Telefónica UK („O2 UK“) durch Hutchison 3G UK („Three“)
- ▶ Reduktion der in UK tätigen Mobilfunk-Netzbetreiber („MNOs“) von vier auf drei
- ▶ Three wäre durch den Zusammenschluss zum größten MNO in Großbritannien geworden
  - ▶ Marktanteil von 30-40%, knapp vor British Telecom/Everything Everywhere (30-40%) und Vodafone (20-30%)

# Die Untersagungsentscheidung

- ▶ Keine Einzelmarktbeherrschung, keine oligopolistische Marktbeherrschung
- ▶ Wettbewerbsbedenken aufgrund nicht-koordinierter Wirkungen im Oligopol („gap case“)
  - ▶ **1. Schadenstheorie: Erhöhung der Preise und Einschränkung der Auswahl für die Kunden auf dem Mobilfunkendkundenmarkt**
    - ▶ Three als „wichtige Wettbewerbskraft“
    - ▶ Three und O2 als „nahe Wettbewerber“
    - ▶ Preiserhöhung aufgrund ökonomischer Analyse wahrscheinlich („Upward Pricing Pressure“ / „UPP“)
  - ▶ **2. Schadenstheorie:** Negative Auswirkungen auf die Dienstqualität auf dem Mobilfunkendkundenmarkt durch Behinderung der Entwicklung der Mobilfunkinfrastruktur (Unterminierung der bestehenden Network Sharing-Verträge)
  - ▶ **3. Schadenstheorie:** Negative Auswirkungen für sog „MVNOs“ (auf dem Vorleistungsmarkt) infolge der Verringerung der Anzahl der Mobilfunkanbieter, die bereit sind, anderen Betreibern Netzzugang zu gewähren
- ▶ Angebotene „remedies“ nicht ausreichend

# Das Urteil EuG – Überblick

- ▶ Präzisierungen zur Anwendung und Reichweite des SIEC-Tests
- ▶ („Obiter“) Klarstellungen zu den Beweisanforderungen an die Kommission
- ▶ Überprüfung der Schadenstheorien der Kommission
  - ▶ Keine der drei Schadenstheorien hielt der Überprüfung stand
- ▶ Rechtsmittel der Kommission an den EuGH

# Zur Reichweite des SIEC-Tests

*„[...] Unter bestimmten Umständen können Zusammenschlüsse, in deren Folge der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, sowie der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird, zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen, auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist. [...]“ (FKVO, Erwägungsgrund 25)*

# Zur Reichweite des SIEC-Tests

- ▶ Keine Absenkung der Eingriffsschwelle durch Einführung des SIEC-Tests im Jahr 2004
- ▶ Auch unterhalb der Marktbeherrschung muss das zusammengeschlossene Unternehmen durch den Zusammenschluss in die Lage versetzt werden, die Wettbewerbsparameter selbst zu bestimmen („price maker“, nicht „price taker“)
- ▶ Zwei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (siehe FKVO, Erwägungsgrund 25)
  - ▶ Beseitigung des beträchtlichen Wettbewerbsdrucks, den die Zusammenschlussparteien aufeinander ausgeübt haben **UND**
  - ▶ Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber
- ▶ Wettbewerbsbehinderung muss erheblich („significant“) sein – Gesamtbeurteilung erforderlich

# 1. Schadenstheorie – Three als „wichtige Wettbewerbskraft“?

Untersagungsentscheidung Kommission	EuG
<p><i>“Moreover, as regards the concept of important competitive force, in the sense of paragraph 37 of the Horizontal Merger Guidelines, the <u>Commission disagrees with the position advocated by the Notifying Party, namely that a firm can be considered as an important competitive force only if it stands out from its competitors in terms of its impact on competition.</u>” (Rz 326)</i></p>	<p><i>“It follows that the Commission made an error of law and an <u>error of assessment [...] in finding that an ‘important competitive force’ does not need to stand out from its competitors in terms of impact on competition, particularly in so far as such a position would allow it to treat as an ‘important competitive force’ any undertaking in an oligopolistic market exerting competitive pressure.</u></i></p> <p><i>[...] that would amount to allowing the Commission to prohibit, by that fact alone, horizontal concentrations in such markets and would infringe the principle of legal certainty, since the <u>Commission could thus omit to analyse the possible elimination of the important competitive constraints that the merging parties exert upon each other in favour of a theory of harm based solely on a reduction of competitive pressure on the remaining competitors.</u>” (Rz 174-175)</i></p>



# 1. Schadenstheorie – Wettbewerbsnähe?

Untersagungsentscheidung Kommission	EuG
<p><i>„The legal test for closeness of competition <u>does not require the merging parties to be the closest competitors.</u>” (Rz 421)</i></p> <p><i>“Therefore, based on the results of the market investigation and the overall body of qualitative evidence in its file, the Commission considers that <u>Three and O2 compete closely with each other and the other MNOs.</u>” (Rz 438)</i></p>	<p><i>“Although it may indeed be established that Three and O2 are <u>relatively close competitors</u> in some of the segments of a concentrated market comprising four mobile network operators, that factor alone is <u>not sufficient to prove</u>, in the present case, <u>the elimination of the important competitive constraints</u> which the parties to the concentration exerted upon each other and cannot suffice to establish a significant impediment to effective competition; if that were not the case, any concentration resulting in a reduction from four to three operators would as a matter of principle be prohibited. (Rz 249)</i></p>

# 1. Schadenstheorie – Quantitative Analyse („UPP analysis“)

- ▶ UPP-Analyse ergibt bei allen horizontalen Zusammenschlüssen eine Preiserhöhung
- ▶ Für den Nachweis eines SIEC muss die Preiserhöhung erheblich sein
- ▶ Die Preiserhöhung muss mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit eintreten
- ▶ Die Kommission muss alle relevanten Faktoren (inkl „Standardeffizienzen“) berücksichtigen

## 2. und 3. Schadenstheorie

- ▶ Auch die übrigen Schadenstheorien der Kommission hielten der Überprüfung durch das EuG nicht stand
- ▶ **Negative Auswirkungen auf die Netzinfrastruktur?**
  - ▶ Keine ausreichende Analyse in Bezug auf die konkret befürchteten Auswirkungen (inkl der Reaktion der verbleibenden Wettbewerber)
  - ▶ EU-Wettbewerbsrecht dient dazu, den Wettbewerbsprozess als solchen, nicht jedoch andere Wettbewerber zu schützen
- ▶ **Negative Auswirkungen auf dem Vorleistungsmarkt?**
  - ▶ Unrichtige Beurteilung von Three als wichtige Wettbewerbskraft auf dem Vorleistungsmarkt
    - ▶ Marktanteil unter 5%
    - ▶ Kunden sahen Three nicht als realistische Ausweichalternative an