

CLEARY GOTTLIB

Eine kritische Bewertung der Anwendung des SIEC-Tests in der (v.a. jüngeren) Kommissionspraxis

Dr. Tilman Kuhn, LL.M.*

29. Juni 2018

*Persönliche Ansichten des Autors.

clearygottlieb.com



Gliederung

- Ausgangslage und Hintergrund – Historie und Zielsetzung der Einführung des SIEC-Tests auf EU-Ebene
- Grundlagen des SIEC-Tests nach Art. 2 EU-FKVO und Kommissionsleitlinien
- Anwendung in der Praxis
 - Inhaltlich
 - Praktischer Aufwand
- Bewertung: sind die formulierten Ziele erreicht worden – „war es das wert?“
- Folgerungen für eine mögliche Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz

Eingreifschwelle

Art. 2 VO 4064/89	Art. 2 VO 139/2004	15 USC Sec. 18 (US SLC)	Sec. 22 Enterprise Act (UK SLC)
<p>(2) Zusammenschlüsse, die <u>keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken</u>, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.</p> <p>(3) Zusammenschlüsse, die <u>eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken</u>, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.</p> <p>Erhebliche Behinderung spielte in der Praxis aber keine Rolle</p>	<p>(2) Zusammenschlüsse, <u>durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht erheblich behindert würde</u>, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären.</p> <p>(3) Zusammenschlüsse, <u>durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde</u>, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.</p>	<p>No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition <u>may be substantially to lessen competition</u>, or to tend to create a monopoly.</p>	<p>(1) The OFT shall, subject to subsections (2) and (3), make a reference to the Commission if the OFT believes that it is or may be the case that—</p> <p>(a) a relevant merger situation has been created; and</p> <p>(b) the creation of that situation has resulted, or may be expected to result, in <u>a substantial lessening of competition</u> within any market or markets in the United Kingdom for goods or services.</p>

GE/Honeywell; Airtours/First Choice

Thursday, 13 September, 2001, 07:00 GMT 08:00 UK
GE and Honeywell contest
EU veto



'Market dominance' fears led the EC to block the merger

- *GE/Honeywell* (Entscheidung 2001; Urteil 2005)
 - USA gibt frei; Kommission untersagt wegen horizontaler, vertikaler und konglomerater Bedenken
 - EuG annulliert Schlussfolgerungen zu konglomeraten Effekten (bestätigt Untersagung aber bzgl. horizontaler Effekte) → kongl. Eff. nicht hinreichend nachgewiesen; breitere Produktpalette genügt nicht für Marktbeherrschung → Wahrscheinlichkeit der Bündelung erforderlich und dass sie Marktbeherrschung begründet oder verstärkt

- *Airtours/First Choice* (Entscheidung 1999; Urteil Juni 2002)
 - Kommission untersagt wegen kollektiver Marktbeherrschung
 - KOM-Theorie eher unilaterale Effekte, EuG annulliert und stellt 3 Kriterien für koordinierte Effekte auf (d.h. Kritik an Beweismitteln + Schadenstheorie)

TetraLaval/Sidel; Schneider/Legrand

- *Tetra Laval/Sidel* (Entscheidung 2001; Urteil Oktober 2002)
 - Untersagung basierend auf konglomeraten Effekten, Koppelung/Bündelung
 - EuG annulliert: höherer Beweisstandard wenn Effekte aus prognostiziertem zukünftigem Verhalten herrühren; Rechtswidrigkeit prognostizierten Verhaltens mag Verhalten unwahrscheinlich machen; nicht ausreichend nachgewiesen
 - EuGH: Nur summarische Prüfung des Art. 102 AEUV erforderlich; iÜ EuG bestätigt
- *Schneider/Legrand* (Entscheidung 2001; Urteil Oktober 2002)
 - Untersagung wegen Marktbeherrschung infolge Wegfalls eines (potentiellen) wichtigen Wettbewerbers und leveraging
 - EuG hebt auf, u.a. wegen mangelhaften Nachweises

Die Entstehung des SIEC-Tests (1)

- Marktbeherrschungstest in Art. 2 Abs. 2 und 3 der FKVO von 1989
- Reformdiskussion bezüglich uneinheitlicher transatlantischer Eingreifschwelle ausgelöst durch *GE/Honeywell* (2001, M.2220)
 - EU untersagte, USA gab frei
 - US-Test SLC weniger formalistisch/stärker wirkungsbasiert?
- Treiber: die sog. „*gap cases*“ (Lückenfälle), exemplifiziert an *Heinz/Beech-Nut*
- Parallel zur *GE/Honeywell* und „Lücken“-Diskussion Aufhebung von 3 Kommissions-Untersagungen → mehr Fokus auf (ökonomische) Wirkungen als Marktstruktur; dazu organisatorische/Verfahrens-Veränderungen (Auflösung MTF; Einführung CET; *internal scrutiny panels*; Leitlinien)
- SLC-ähnlicher Test „passt besser“ zu ökonomischer Wirkungsanalyse, senkt aber tendenziell die Eingreifschwelle

SIEC als Kompromiss und Test *sui generis*

Die Entstehung des SIEC-Tests (2)

- 25. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 139/2004
 - Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen
 - Beträchtlicher Wettbewerb wird beseitigt, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben, und der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber wird gemindert (sog. Erst- und Zweitrundeneffekte)
 - Auch wenn eine Koordinierung zwischen Oligopolmitgliedern unwahrscheinlich ist
 - Nicht-koordiniertes Verhalten von Unternehmen, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden
- Gemeinsame Erklärung von Rat und Kommission
 - Der Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ soll unter Berücksichtigung der in Art. 2 Abs. 1 und in den Erwägungsgründen, insbesondere Erwägungsgrund 25, genannten Ziele der Verordnung ausgelegt werden

Keine Absicht,

- den Marktbeherrschungstest über die (horizontalen) Lückenfälle hinaus auszuweiten
 - der Kommission die Umgehung der *Airtours*-Kriterien zu ermöglichen
- d.h. keine Absicht, generell die Untersagungsschwelle zu senken!



Marktbeherrschung	SIEC	Kommissionsleitlinien (horizontale/nicht- horizontale Zusammenschlüsse)
Entstehung/Verstärkung Einzelmarktbeherrschung	✓ (Marktbeherrschung als Regelbeispiel für nicht- koordinierten Effekt)	Nicht-koordinierte Effekte
THE GAP?!	✓ (nicht-koordinierte Effekte (unterhalb Marktbeherrschung in oligopolistischen Märkten))	Nicht-koordinierte Effekte
Entstehung/Verstärkung kollektive Marktbeherrschung	✓ (koordinierte Effekte, Marktbeherrschung als Regelbeispiel)	Koordinierte Effekte

Faktoren gem. Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht-koordinierter Effekte bei horizontalen Zusammenschlüssen von 2004

- Hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen
- **Die fusionierenden Unternehmen sind nahe Wettbewerber**
 - In differenzierten Märkten sind Produkte der Parteien nähere Substitute als Produkte anderer (Marktanteile/Kreuzpreis-Elastizitäten/Umleitungs-kennziffern/bidding data); aber: Neupositionierung Wettbewerber?
- Kunden können nur eingeschränkt zu einem anderen Anbieter wechseln
- Angebotserhöhung durch Wettbewerber bei Preiserhöhungen unwahrscheinlich
- Fusioniertes Unternehmen kann Wettbewerber am Wachstum hindern
- **Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss**
 - Wettbewerbliche Rolle wichtiger als Marktanteil indiziert („maverick“); auch etwa Zusammenschluss zweier wichtiger Innovatoren, pipeline-to-product/pipeline-to-pipeline Wettbewerb (Ziff. 38)

Es müssen nicht alle Faktoren gegeben sein

Die Aufzählung ist nicht erschöpfend

Angewendete Kriterien unter Marktbeherrschungstest

- **Wettbewerbsnähe:**
 - Auch schon vor SIEC-Test stärkerer Fokus auf Grad der direkten Austauschbarkeit zwischen den Produkten der Parteien (z.B. *DuPont/ICI* (1992); *Kimberly-Clark/Scott* (1996); *Volvo/Scania vs. Volvo/Renault* (2000); *Carnival/P&O Princess* (2002), Tz. 136-138, sowie in Hor. LL zitierte Fälle)
- **Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss:**
 - *Boeing/McDonnell Douglas* (1997); *Fr. Télécom/Orange* (2000); *Haniel/Ytong* (2002)
 - Häufig nicht klar getrennt geprüft von Wettbewerbsnähe
- **Effizienzen:** ggf. schon zu berücksichtigen nach WL, aber KOM-Meinung keine „*efficiency defense*“ vor VO 139/2004, daher nicht wirklich angewendet (marginal/versteckt in *P&G/Gillette*; *Lufthansa/Swiss*)
- **Generell:** Kommission und Gerichte flexibel zum Marktbeherrchungsstandard, z.B. bei Feststellung, dass auch kollektive Marktbeherrschung erfasst ist (*Nestlé/Perrier*; *Gencor/Lonrho*); Zusammenschluss stärkt Marktbeherrschung eines Dritten (*Exxon/Mobil* (1998), Tz. 225 ff.)

Viele der „neuen“ Kriterien wurden bereits unter dem Marktbeherrschungstest berücksichtigt

Faktoren gem. Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse von 2008

- Nicht-horizontale Zusammenschlüsse „geben in der Regel weniger Anlass zu Wettbewerbsbedenken als horizontale“
- 3-stufiger Test bezüglich Abschottungswirkungen
 - Fähigkeit (Marktmacht, nicht Marktbeherrschung)
 - Anreiz
 - Gesamtwirkung (Effizienzen)
- *Safe harbor* unter 30% auf allen betroffenen Märkten
- Auch koordinierte Wirkungen denkbar (Wahrscheinlichkeit/Nachweis?)
- Obiter dictum in *TomTom/Tele Atlas* (2008, M.4854)
 - Nach dem Wortlaut der Vertikalleitlinien muss der Begriff der Marktmacht nicht unbedingt gleichbedeutend mit Beherrschung sein

Dieser neue Rahmen weicht von Entstehung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ab, obgleich diskutierte „Lücken“-Fälle immer horizontale waren

Fragen für den Vortrag

- Wie wird der SIEC-Test angewendet und welche praktischen Schwierigkeiten macht er (i) inhaltlich und (ii) vom Aufwand her?
- Hat der SIEC-Test den erhofften Erfolg gebracht?
 - Gab es Lücken-Fälle, die nun erfasst werden konnten, über Marktbeherrschung aber nicht?
 - Wenn ja, sind die Schadenstheorien und Nachweise überzeugend - keine generelle Absenkung der Untersagungsschwelle?
 - „Robustere“ Entscheidungen?
 - Sind die Eingriffsschwellen gesunken?
- Auf dieser Basis, wäre die Einführung eines „normalen“ Marktbeherrschungstests ein sinnvollerer (erster) Schritt als die Einführung eines SIEC-Tests?
- Sollte der SIEC-Test eingeführt werden, worauf ist zu achten?

SIEC-Test – Die ersten ca. 10 Jahre (2004-ca. 2013/14)

- Geprägt von Freigabe von Zusammenschlüssen mit höheren Marktanteilen, etwa wegen fehlender Wettbewerbsnähe, z.B.
 - *Bayer Healthcare/Roche* (55-60% aber relativ entfernte Wettbewerber) (2004)
 - *adidas/reebok* (50-60%) (2006)
- Aber auch: detaillierte Analyse in Fällen in den Marktanteile a priori nicht problematisch aussahen, z.B.
 - *Oracle/Peoplesoft* (3-zu-2?, aber Marktbeherrschung fernliegend)
 - *T-Mobile Austria/tele.ring* (erster „Lückenfall“, s. nachfolgend)
 - *BASF/CIBA* (3-zu-2)
- Eher durch SIEC-Test oder durch organisatorische Veränderungen getrieben?
- Allgemeine Wahrnehmung: SIEC-Test senkt theoretisch Eingriffsschwelle, praktisch aber weniger Interventionen (3 Untersagungen 2004-2009, 18 zwischen 1998 und 2004)

SIEC-Test – jüngere Entwicklungen (1)

- 3-zu-2 ist praktisch immer wettbewerbswidrig, auch 4-zu-3 ganz schwierig (z.B. *Holcim/Lafarge* selbst bei nur 20-30% Marktanteil Zusagen notwendig), erste 5-zu-4 Fälle (z.B. *Pfizer/Hospira*; *Dow/DuPont*)
 - „Vermutung“ der Wettbewerbswidrigkeit horizontaler Zusammenschlüsse in relativ konzentrierten Märkten – Umkehr der Beweislast; keine „Untergrenze“ (vgl. *Dethmers*, EU merger control: out of control?, E.C.L.R. 2016, 435 ff.)
- „Wettbewerbsnähe“ wird nahezu willkürlich gehandhabt
 - Bei homogenen Produkten sind alle nahe Wettbewerber
 - „Nähe“ in Nischensegment genügt für Remedy im Gesamtmarkt
- Keinerlei feste Kriterien für „wichtige“ Wettbewerbskraft
 - Im Oligopol ist jeder Wettbewerber „eine wichtige Wettbewerbskraft“

SIEC-Test – jüngere Entwicklungen (2)

- Ziemlich klar allgemein interventionistischere Philosophie
 - Entwicklungen von Marktkonzentration und Einkommensungleichheit (bei Agrochemie-Zusammenschlüssen auch Wirkstoff-Output)
 - Unternehmensprofitabilität als Marktmachtindikator
 - *Common shareholders*
 - Innovation als politisches Ziel
 - Theoretische Simulationsmodelle
 - *Reverse carve-outs* und *upfront buyer* als Regel
- Eindruck entsteht, dass Entscheidung frühzeitig „im Haus“ getroffen wird
- Beim kleinsten Zweifel wird Phase II eingeleitet
- Verfahren dauern immer länger
- Anmeldungen und Sammlung interner Dokumente haben absurde Ausmaße angenommen
 - Nachfolgend einige Beispiele

Nahe Wettbewerber (1)

- Ziff. 28 Horizontalleitlinien zu Märkten mit differenzierten Produkten:
 - Mit zunehmendem Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen wird es wahrscheinlicher, dass diese ihre Preise spürbar erhöhen werden
 - Geringere Wahrscheinlichkeit eines SIEC, wenn ein hohes Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der fusionierenden Unternehmen und den Produkten der Wettbewerber besteht
- Ersteres ist ökonomisch wichtiger, weil es sich mehr auf den Erstrundeneffekt auswirkt, während Letzteres sich mehr auf den Zweitrundeneffekt auswirkt
- Substituierbarkeit der Produkte der Parteien bestimmt zusammen mit den Margen den Erstrundeneffekt (UPP-Test)
- Probleme:
 - Kommission setzt Konzept auch bei homogenen Produkten ein (z.B. in Mobilfunkmärkten)
 - Während Kommission früher tendenziell eher auf „nächste“ Wettbewerber abgestellt hat, lässt sie inzwischen – jedenfalls zwischen den Parteien des Zusammenschlusses – für SIEC genügen, dass diese „(besonders) nahe“ Wettbewerber sind; s. nachfolgend
 - Was wenn Parteien nur für einige Kunden nächste Wettbewerber sind?

Nahe Wettbewerber (2)

- 4-zu-3 Fälle
 - *FedEx/TNT*: Freigabe ohne Auflagen/Bedingungen da Parteien laut KOM entfernte Wb.
 - *GE/Instrumentarium*: einige Märkte „freigegeben“ da Parteien nicht nächste Wettbewerber
 - *GE/Alstom*: Intervention obwohl laut KOM nicht die nächsten Wettbewerber. Siemens war GEs engster Wettbewerber, aber Alstom war näherer Wettbewerber zu Siemens als MHI
 - *WD/Sandisc*: Marktanteile weitgehend 30-40%, Intel ähnlich wie WD/Sandisc, nur 1 anderer Wb. > 10%, aber noch 2-3 kleinere; keine Kundenbedenken; Parteien nicht nahe Wb.
 - Telekomfälle (exemplarisch: *Hutchison 3G UK/Telefonica UK* (2016, M.7612); anhängig Rs. T-399/16): alle sind *nahe* Wettbewerber (z.B. Tz. 438, 463)
 - *Dow/DuPont*: Trotz unterschiedlicher Schwerpunkte und direkter Kopien durch Generikahersteller „nahe“ Wettbewerber
 - *Mondi/Walki Assets* (2015, M.7566), *Staples/Office Depot* (2016, M.7555): „Nahe“ Wb. in Nischensegment, aber Remedy muss gesamte Überschneidung beseitigen
- Man muss also wohl demonstrieren, dass Parteien entfernte/die entferntesten Wettbewerber sind; häufig nicht quantitativ möglich
- CE-Team analysiert dies häufig nur noch destruktiv und, wie erwähnt, wendet KOM das Konzept auch ohne *diversion ratios* etc. in homogenen Märkten an

„Wichtige Wettbewerbskraft“ (1)

- LL: Wb-liche Rolle wichtiger als Marktanteil indiziert (z.B. neuer M.teilnehmer)
- Telekomfälle, v.a. *Hutchison 3G UK/Telefonica UK* (2016, M.7612):
 - Alle sind wichtige Wettbewerbskraft im Oligopol, s. Tz. 325, 681, 777

It should be mentioned that in oligopolistic markets featuring a limited number of players and particularly high barriers to entry, the Commission is not required to conclude that either merging party constitutes an important competitive force, in the sense of paragraph 37 of the Horizontal Merger Guidelines, in order to find that a transaction gives rise to non-coordinated effects.

In light of the above, the Commission concludes that pre-Transaction Three constitutes an important competitive force in the market for retail mobile telecommunications services in the United Kingdom pursuant to paragraph 37 of the Horizontal Merger Guidelines, or in any event it exerts an important competitive constraint on that market.
- *Dow/DuPont* (M.7932, 2017)
 - Produkte: Parteien seien „wichtige und nahe Wettbewerber“ weil interne Dokumente die andere Partei erwähnen und Marktteilnehmer sie zusammen für „stark“ halten
 - Innovation: „*Parties are important and close innovation competitors*“ wie aktueller Produktwettbewerb zeige; DuPont „wichtig“ z.B. in Herbiziden obwohl kein neuer Wirkstoff in 20 Jahren und nur 1 Molekül entfernt in Pipeline

„Wichtige Wettbewerbskraft“ (2)

- *Akzo Nobel/Metlac* (DE vs. VK; 2012-2014)
 - VK mit SLC-Test, BKartA mit Marktbeherrschungstest
 - BKartA gibt frei, VK untersagt, bestätigt in allen Instanzen
 - Marktabgrenzung:
 - BKartA: einheitlicher Markt für Metallverpackungsbeschichtungen
 - VK: Getrennte Märkte u.a. für Beer&Beverages-Beschichtungen (vs. FCG, etc.)
 - Wettbewerbliche Analyse
 - Nahe Wettbewerber?
 - BKartA: nein, mehr Kunden wechseln von Valspar zu Metlac als von Akzo; aber: Valspar Marktanteil doppelt so hoch wie von Akzo
 - Metlac wichtige Wettbewerbskraft, v.a. B2E?
 - BKartA: Metlac gewinnt Aufträge; Kunden sagen zwar ja, hatte aber keine Auswirkung auf Marktanteile; messbar in Sub-Segment, Kunden sagen aber einheitlicher Markt
 - VK: Ja, überall wo Metlac agiert

„Wichtige Wettbewerbskraft“ (3)

- BKartA: keine Marktbeherrschung weil kein signifikanter Marktanteilsvorsprung vor verbleibenden Wb., keine überragende Finanzkraft oder Zugang zu Beschaffungsmärkten, etc.:

Zwar wird durch das Ausscheiden von Metlac als preisaggressivem und leistungsstarkem Unternehmen „die Wettbewerbsintensität auf dem Markt verringert. Dies führt jedoch nicht zu einer beherrschenden Stellung, weil nicht hinreichend belegt werden kann, dass es an ausreichendem Wettbewerb zumindest von Seiten von PPG und Valspar fehlt.“

- CAT prüft ob Widerspruch zur BKartA-Entscheidung *manifest error* begründet:
 - Unterschiedlicher Prüfungsmaßstab, Dauer, Ermittlungstiefe [Untersuchung zur Auflösung gewisser Widersprüche] „(...) led us to conclude that the Commission's inquiry went somewhat further than the BKartA's.“

Waren es die unterschiedlichen Eingreifschwelen, oder die Bewertung der Fakten und Beweismittel, Art und ökonomische Sauberkeit der Analyse, Zeit oder andere Faktoren?

Gab es „Lückenfälle“? (1)

...T-Mobile... tele.ring



- *T-Mobile Austria/tele.ring* (2006, M.3916)
 - Konzentrierter Markt (5); Zusammenschluss #2 mit #4; immer noch kleiner als #1
 - tele.ring als *Maverick* (Marktanteil in letzten drei Jahren mehr als verdoppelt; Kundenwechselanalyse; preisaggressiv); verbleibende Wettbewerber könnten die Rolle nicht spielen
 - Zusammenschluss erhöht die Auslastung des Netzes von T-Mobile Austria; Reduktion freier Kapazität reduziert Anreiz, neue Kunden durch niedrigere Preise zu gewinnen
 - Schaffung einer Marktstruktur mit zwei führenden, symmetrischen Netzbetreibern
 - Up-front remedy: T-Mobile verkauft sites und Frequenzen an H3G
- *BASF/CIBA* (2009, M.5355)
 - 3-zu-2, zusammengesprochenes Unternehmen 20-30% + 1-5%, Arkema 60-70%
 - Homogenes Produkt
 - Anreiz für BASF/Ciba, unilateral Preise anzuheben und Arkema zu folgen
 - Freigabe unter Auflagen/Bedingungen
 - Verstärkung Marktbeherrschung Dritter oder kollektive Marktbeherrschung wären auch denkbar gewesen

 **BASF**
We create chemistry



Gab es „Lückenfälle“? (2)

- *Oracle/Sun Microsystems* (2010, M.5529)



- Drei große Anbieter auf dem Markt der Datenbanken
- MySQL hat Anteil von unter 0,5%, was aber Marktposition nicht reflektierte, weil kostenlose Lizenz (*Maverick*)
- MySQL hat Potential, erheblichen und wachsenden Wettbewerbsdruck auf Oracle und andere Anbieter proprietärer Datenbanken auszuüben
- Ergebnis: Freigabe ohne Auflagen/Bedingungen, auch wegen öffentlicher Selbstbindung Oracles

- *UPS/TNT Express* (2013, M.6570)



- Drei führende Anbieter (die Parteien und DHL; FedEx ist schwächerer Wettbewerber; DHL hat z.T. höheren Marktanteil als die Parteien)
- Ausschreibungs- und Preiskonzentrationsanalyse indiziert Wahrscheinlichkeit von Preiserhöhungen in allen/29 EWR-Staaten

Gab es „Lückenfälle“? (3)

- *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* (2012, M.6497)
 - 4-zu-3, homogenes Produkt, zs.geschl. Unt. bliebe #3 mit ca. 25%; koordinierte Effekte ausgeschlossen
- *Hutchison 3G UK/Telefonica UK* (2016, M.7612 - Untersagung):
4-zu-3, aber *“H3G is an important, if not the most important, competitive force in the market and its incentive to remain a driving force, in the absence of substantiated efficiencies, would be reduced after the transaction”* → Zusagen erforderlich; Klage anhängig



1. Erster Klagegrund: Die Kommission habe bei der Auslegung und Anwendung des rechtlichen Kriteriums für die Beurteilung, ob horizontale nicht koordinierte Effekte auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen im Vereinigten Königreich vorliegen, Rechtsfehler, offenkundige Beurteilungsfehler und einen Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften begangen. Insbesondere habe die Kommission die Klägerin unzutreffend als „wichtigen Wettbewerber“ eingestuft und die Wettbewerbsintensität fehlerhaft beurteilt. Zudem habe sie offenkundige Beurteilungsfehler bei der Prüfung der vorhergesagten Auswirkungen auf die Preise und der zu erwartenden Anreize für das fusionierte Unternehmen nach dem Zusammenschluss begangen.
2. Zweiter Klagegrund: Offenkundige Beurteilungsfehler und Verfälschung von Beweisen in Bezug auf die Analyse des kontrafaktischen Szenarios. Insbesondere habe die Kommission es versäumt, die Netzkapazität von Hutchinson im Verhältnis zu der ihrer Wettbewerber zu prüfen, und stütze sich, um die von Hutchinson bezüglich der künftigen Netzkapazität vorgelegten Nachweise zurückzuweisen, in unzulässiger Weise darauf, dass Hutchinson Maßnahmen zur Steuerung der Nachfrage wie etwa Preiserhöhungen einleiten könne.

- *Orange/Jazztel* (2014, M.7421)
 - 4-zu-3, zusammengeschlossenes Unternehmen ca. 30%
 - Parteien innovativ, preisaggressiv, wichtiger „Constraint“ von einander und anderen, damit reduzierter Wettbewerbsanreiz → Freigabe unter Auflagen/Bedingungen



Beispiele eindeutig über Marktbeherrschung zu lösende Fälle

- *E.ON/MOL* (2005, M.3696)
 - Abschottungseffekte bzw. Preiserhöhungen für Wettbewerber von E.ON auf den nachgelagerten Gas- und Strommärkten; MOL hatte über Gasspeicherungsanlagen in Ungarn quasi-Monopol im Großhandel mit Gas
 - Typischer mit Marktbeherrschung zu lösender Vertikalfall; oligopolistische Marktstruktur war entweder nicht vorhanden oder spielte keine Rolle
- *EDF/Segebel* (2009, M.5549)
 - Zusammenschluss reduziert Wahrscheinlichkeit, dass EDF (Maverick auf dem belgischen Stromgroßhandelsmarkt) geplante Kraft-Wärme-Kopplungskraftwerke baut
 - Alternativer (wohl korrekter) Ansatz wäre gewesen, dass durch den Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung von GDF Suez verstärkt wird

Einfallstor für „kreative Schadenstheorien“

- *AB InBev/SABMiller* (M.7881) – verringerte Wettbewerbsanreize des zusammengeschlossenen Unternehmens und seines Hauptwettbewerbers wegen „erheblicher Verbindung“/koordinierte Wirkung wegen mehr „multi-market contacts“) → Verkauf kompletten europäischen SABMiller Biergeschäfts (für Phase I Freigabe)
- *Microsoft/LinkedIn* (M.8124) – konglomerate Wirkungen durch Koppelung des Windows PC-Betriebssystems mit LinkedIn und Integrieren von LinkedIn features in Microsoft Office; datengetriebene Netzwerkeffekte könnten Markteintrittsschranken erhöhen → Phase I-Freigabe unter Auflagen/Bedingungen
- *Essilor/Luxottica* (M.8394) – ernsthafte Bedenken wegen befürchteter konglomerater Wirkungen durch Koppelung und Bündelung von Luxotticas Marken um Optiker zu überzeugen, Essilor-Linsen zu kaufen und damit andere Linsenhersteller vom Markt abzuschotten; s. Pressemitteilung IP/17/3481 (26. September 2017) → Freigabe dann aber ohne Auflagen oder Bedingungen
- *Dow/DuPont* (M.7932) – Innovationsbezogene Schadenstheorie auf “Industrieebene”, verstärkt durch gemeinsame Minderheitsaktionäre der Wettbewerber; s. nachfolgend; → Produkt- und „echte“ Innovations-Abhilfe

Einfallstor für „kreative Schadenstheorien“ – Innovation (1)

- Klassischer Ansatz (Tz. 38 Hor.LL): Zsschluss zweier wichtiger Innovatoren, deren Produkte für einen bestimmten Markt kurz vor der Einführung stehen
 - Überschneidung zwischen Pipelineprodukten oder zwischen Pipelineprodukten und bestehenden Produkten kann dazu führen, dass Pipelineprodukte wegen des Zusammenschlusses nicht weiter verfolgt werden
 - Beispiele:
 - *Medtronic/Covidien* (2014, M.7326) 
 - *Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business* (2015, M.7275) 
 - *Pfizer/Hospira* (2015, M.7559) 
 - Sehr ähnlich der Analyse des Zusammenschlusses mit einem potenziellen Wettbewerber; Problem: Prognosezeitraum/Sicherheit/Maktanteil
- *General Electric/Alstom* (2015, M.7278): Eliminierung einer bestehenden Gasturbinenreihe und eines Pipelineprodukts sowie der diese beiden Reihen betreffenden Produktinnovation
[allerdings: viele eindeutige interne Dokumente] 

Einfallstor für „kreative Schadenstheorien“ – Innovation (2)

- Neuerer Ansatz: Pipelineunabhängige Untersuchung d. Innovationswettbewerbs
 - *Halliburton/Baker Hughes* (2016, M.7477)
 - *Dow/DuPont* (2016, M.7932)
- SIEC-basierter Ansatz
 - Zusammenschluss der ##2 und 3 bzw. 4 und 5; koordiniertes Effekte kaum denkbar
- *Dow/DuPont* – zwei (neue) Innovationstheorien:  
 - Anreize f. Innovationsbemühungen sinken sofort in überschneidenden „Forschungslinien“ und frühen Pipelineprodukten (<30% Erfolgsquote; 10-15 J. bis Markteintritt)
 - Völlig neu: Innovationswettbewerb auf „Industrieebene“ (5-zu-4) – SIEC allein weil Anzahl der Innovatoren in der Industrie sinkt
 - Verringerte Anreize, langfristig dieselbe Anzahl neuer Produkte zu entwickeln wie die Summe der vorherigen Ziele der Parteien
 - Unwahrscheinlich, dass Wettbewerber ihre Bemühungen erhöhen, um von der Verringerung des Innovationswettbewerbs zwischen den Parteien zu profitieren
 - **DOJ:** development of new crop protection chemicals. Like the European Commission, the Antitrust Division examined the effect of the merger on development of new crop protection chemicals but, in the context of this investigation, the market conditions in the United States did not provide a basis for a similar conclusion at this time.

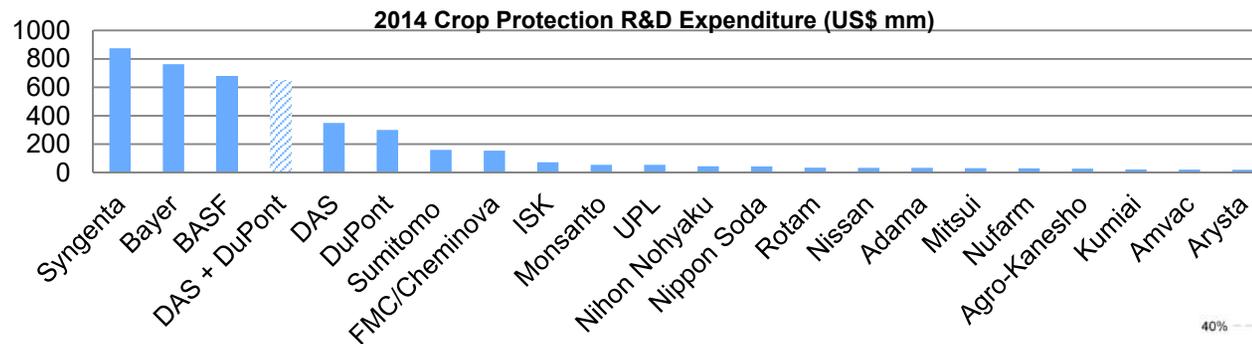


Einfallstor für „kreative Schadenstheorien“ – Innovation (3)

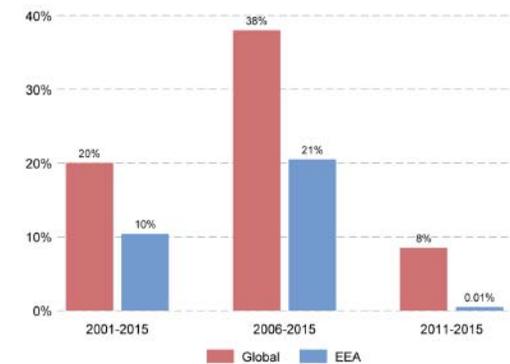
- *Dow/DuPont* - Analytischer Rahmen:
 - Rahmen für unilateral Effekte der Hor. LL gilt „zumindest teilweise“ auch für Auswirkungen auf Innovationswettbewerb [unklar welche Teile; appropriability]
 - Rivalität war wichtiger Innovations-Treiber; mit ihrer Reduktion vermindern sich sofort Innovationsanreize [aber: appropriability; Marktauswirkung im Prognosezeitraum]
 - Parteien sind „nahe“ und „wichtige“ Innovationswettbewerber, wie sich durch heutigen Produktwettbewerb zeigt [aber: aktuelle Pipelines überschneiden sich kaum]
 - Andere Innovations-Treiber können ignoriert werden, weil sie sich durch Zusammenschluss nicht ändern [aber: EuG in *Tetra Laval/Sidel*, Rdnr. 329-332]
 - Wettbewerber haben weder Fähigkeit noch Anreiz, „die Lücke zu füllen“ (u.a. wegen *common shareholders*)
 - Kreative Berechnung von Innovationsanteilen (Zeitraumen; Ausschluss aller Wb. außer Big5 und interner Zitierungen), u.a. in engen „Innovationsräumen“
 - Innovationsambition, interne Dokumente, Integr.planung [aber: weiß Kommission besser, wie neues Unternehmen erfolgreich wäre? Darf KOM US depos. ignorieren?]

War Dow/DuPont ein Lückenfall? Marktbeherrschung fernliegend

- Dow und DuPont waren keine Marktführer nach Umsatz
 - Nur # 4 und #6 nach weltweiten Pflanzenschutzumsätzen (#6 und #7 in Europa)
 - Gemeinsam (ohne Zusagen) #3 global (#4 in Europa)
- Dow und DuPont auch nicht führend bei FuE-Ausgaben
 - Entfernte #4 und #5; zusammen immer noch #4 nach dem Zusammenschluss



- Gemeinsamer Verkaufsanteil basierend auf neuen Wirkstoffen, die 2001-2015 auf den Markt gekommen sind: 20% ww, 10% EWR
- Kaum Pipeline-Überschneidungen



Effizienzen

- *Deutsche Börse/NYSE Euronext* (2012, M.6166)
 - Erster horizontaler Fall, in dem Effizienzen anerkannt wurden, aber nicht in der geltend gemachten Höhe
- *UPS/TNT Express* (2013, M.6570)
 - „Freigabe“ von Märkten aufgrund anerkannter Effizienzen (Kosteneinsparung durch Zusammenlegung der europäischen Luftfrachtnetze und der Bodenabfertigung)
 - Es verblieben aber immer noch 15 Mitgliedstaaten, für die Ausgleichsmaßnahmen erforderlich gewesen wären
- Auch in *FedEx/TNT Express* (2016, M.7630) nachgewiesene Effizienzgewinne (Phase II-Freigabe ohne Auflagen/Bedingungen)
- *Dow/DuPont* (2017, M.7932): Erhöhte *appropriability* ist Effizienzverteidigung, Parteien tragen volle Beweislast; bzgl. angeblicher negativer Innovationseffekte unmöglich; vgl. *TomTom/TeleAtlas*
- Fazit: Hauptproblem bleibt Beweislast

Interventionsrate der Kommission

		2005 – 2010	2011 – 2014	2015 - heute
Anmeldungen	Gesamt	1957	1172	931
	Durchschnittl. pro Jahr	326,17	293	266
Interventionen	Gesamt	166	77	82
	Durchschnittl. pro Jahr	27,67	19,25	23,43
Entscheidungen im vereinfachten Verfahren	Gesamt	1094	735	640
	Durchschnittl. pro Jahr	182,33	183,75	182,86
Interventionsrate		8,48%	6,57%	8,81%
Interventionsrate (ohne Fälle im vereinfachten Verfahren)		19,24%	17,62%	28,18%

Problem: Praktisch heute abgesenkte Interventionsschwelle

- Interventionsrate in den letzten 2 Jahren bei Ausblendung von Fällen im vereinfachten Verfahren: fast 30%!
- Sehr geringe Schwelle für Phase II, die immer mit erheblichem Aufwand verbunden ist (aber in seltenen Fällen trotzdem Freigabe ohne Auflagen/Bedingungen, s. *Essilor/Luxottica*)
- Kausalität?
 - SIEC?
 - „Abschleifen“ der Organisations- und Verfahrensneuerungen 2004?
 - Politisches Klima?

Beobachtungen von Verfahrensänderungen – der praktische Aufwand (1)

- Immer längere Verfahrensdauer (s. *Cook, Concurrences* No. 2, 2017; nachfolgende Folien)
 - Gesetzlich festgeschriebene Fristen machen nur $\frac{1}{4}$ - $\frac{1}{3}$ der tatsächlichen Verfahrensdauer aus
 - Phase I: \emptyset Voranmeldungsphase > 3 mal so lang wie gesetzliche Frist (wobei > 70% der Fälle im vereinfachten Verfahren entschieden werden)
 - Phase II: \emptyset Voranmeldungsphase etwa so lang wie gesetzliche Frist
 - *Dow/DuPont*: Ankündigung 11.12.2015, Closing 31.8.2017
- Anmeldungen immer umfangreicher
 - *Dow/DuPont*: ~ 1.650 Seiten (ohne Anlagen) + ~ 3.000 interne Dokumente + ~ 2.000 Kontaktdaten
 - *Siemens/Alstom*: ~ 1.100 Seiten + ~ 5.000 Seiten Anlagen

Beobachtungen von Verfahrensänderungen – der praktische Aufwand (2)

Phase I-Entscheidungen: Durchschnittliche Zeit zw. Ankündigung und Anmeldung						
	2000	2005	2010	2014	2015	2016
Ø Tage	54	53	71	82	69	83
Normales Verfahren	53	60	81	90	90	112
Vereinfachtes Verfahren	N/A	46	58	75	58	65

Beobachtungen von Verfahrensänderungen (3)

Phase I-Entscheidungen: Lange Voranmeldungsphasen						
Gesamt	2000	2005	2010	2014	2015	2016
100-300 Tage	22 Fälle (11,22%)	26 Fälle (14,29%)	39 Fälle (23,64%)	44 Fälle (27,33%)	43 Fälle (20,87%)	80 Fälle (32,26%)
100-149 Tage	12 Fälle (6,12%)	14 Fälle (7,69%)	26 Fälle (15,76%)	21 Fälle (13,04%)	27 Fälle (13,12%)	46 Fälle (18,55%)
150-300 Tage	10 Fälle (5,1%)	12 Fälle (6,59%)	13 Fälle (7,87%)	23 Fälle (14,29%)	16 Fälle (7,77%)	34 Fälle (13,71%)

Phase II-Entscheidungen: Durchschnittliche Zeit zw. Ankündigung und Anmeldung	
Jahr der Anmeldung	Ø Tage
1990-1995	54
1996-2000	74
2001-2005	102
2006-2010	104
2011-2016	127

Beobachtungen von Verfahrensänderungen (4)

- „Ernsthafte Bedenken“ = nicht-justiziable, niedriger Standard
- 2016 – 02/2018:
 - $\frac{1}{3}$ aller Phase II-Entscheidungen mit mindestens 1 Stop-the-Clock (Ø 2015-2017: 17 Arbeitstage); in der Regel wegen Anforderung interner Dokumente
 - Jüngere Fälle mehrfache Stop-the-Clock (z.B. *Dow/DuPont*: 2 mal, insgesamt 34 Arbeitstage)
 - Praktisch kein Rechtsschutz dagegen
 - Volle Fristverlängerung dazu die Regel
- Zwischen Dealankündigung und Kommissionsentscheidung liegen in der Praxis oft mehr als 15 Monate, gefolgt von „Käufergenehmigung“, etc.
- US-Behörden sind in der Lage, in diesem Zeitraum sogar noch eine erstinstanzliche gerichtliche Entscheidung zu erwirken

Beobachtungen von Verfahrensänderungen – der praktische Aufwand (5)

- Fokus auf interne Dokumente,
 - Hat Ausmaß angenommen, das nicht mehr zur Architektur der FKVO passt
 - Beispiele:
 - *Dow/DuPont*: > 400.000
 - *Bayer/Monsanto*: > 2,7 Mio.
 - *Hutchinson 3G Italy/WIND/JV*: > 1 Mio.
- Inhaltliche Bewertung fragwürdig (ohne „depositions“)
- Fokus auf harte Daten wäre eher angebracht; Plausibilitätschecks fehlen
- Gerichtliche Überprüfung/behördeninterne effektive Checks & Balances kaum möglich/sichtbar
 - Ø bis EuG-Urteil 3 Jahre, dann Ø 18 Mo. bis EuGH; bei parallelen Zusammenschlüssen dann Neubewertung anhand der dann geltenden Marktverhältnisse
 - Vgl. *AT&T/TW*: 20.11.2017 complaint filed; 19.3.2018: 5-Wochen-Prozess; 12.6.2018 Gerichtsentscheidung; 14.6.2018 Closing

Zusammenfassung jüngerer Erfahrungen mit dem SIEC-Test

- „Vermutung“ der Wettbewerbswidrigkeit von horizontalen Zusammenschlüssen in relativ konzentrierten Märkten
- Keine Untergrenze
 - Wettbewerbsnähe ist hohles Konzept, näherer Wettbewerb als mit anderen Teilnehmern wird selbst unterhalb Marktbeherrschung nicht mehr verlangt
 - „Wichtige Wettbewerbskraft“ ist im Oligopol jeder, auch wenn nach keinem Maß wichtiger als Marktanteil suggeriert
- Ausweitung über Lückenfälle hinaus
- Einfallstor für kreative Theorien; Mittel zur Senkung der Interventionsschwelle
- Aufwand enorm gestiegen
- Eindrücke basieren nicht immer auf *hard data/facts*, werden aber von vielen geteilt (z.B. *Dethmers*, EU merger control: out of control?, E.C.L.R. 2016, 435 ff.)

Vorhersehbarkeit eingeschränkt; SIEC wird zweckentfremdet

Abschließende Bewertung (1)

- Wie wird der SIEC-Test angewendet und welche praktischen Schwierigkeiten macht er (i) inhaltlich und (ii) vom Aufwand her?
 - Wettbewerbsnähe und wichtige Wettbewerbskraft sind hohle Floskeln geworden. 4-zu-3, ggf. auch 5-zu-4 im Oligopol in homogenen Märkten kaum noch durchzubekommen; selbst bei diff. Märkten Prüfung fragwürdig
 - SIEC-Test ist zum Einfallstor für fragwürdige Schadenstheorien geworden und macht es leichter, generell Eingreifschwelle zu senken („softening competition“)
 - „S“ in SIEC ist völlig unklar, und KOM ist zu „Kreativität“ bereit
 - Aufwand ist massiv gestiegen (wäre es aber ggf. auch bei Beibehaltung des Marktbeherrschungstests) – interne Dokumente, ökonomische Datensammlung, Verfahrensdauer
- Hat der SIEC-Test den erhofften Erfolg gebracht?
 - Gab es Lücken-Fälle, die nun (überzeugend) erfasst werden konnten, über Marktbeherrschung aber nicht?
 - Wohl ja, aber sehr wenige

Abschließende Bewertung (2)

- Wenn ja, sind die Schadenstheorien und Nachweise überzeugend - keine generelle Absenkung der Untersagungsschwelle?
 - Jedenfalls einiges wenig überzeugend, aber effektiver Rechtsschutz und effektive interne Checks & Balances existieren nicht; vgl. AT&T/TW in USA
- „Robustere“ Entscheidungen?
 - Nur teilweise, Beweiswürdigung nicht selten fragwürdig, ebenso Schadenstheorien
- Sind die Eingriffsschwellen gesunken?
 - Zumindest seit 2015 eindeutig ja; der SIEC-Test macht das leichter
- Auf dieser Basis, wäre die Einführung eines „normalen“ Marktbeherrschungstests ein sinnvollerer (erster) Schritt als die Einführung eines SIEC-Tests?
 - Der SIEC-Test ist wohl nicht der falsche Test, er wird aber zu expansiv angewendet/zweckentfremdet → Rechtssicherheit schwindet
- Sollte der SIEC-Test eingeführt werden, worauf ist zu achten?
 - Klarere Definition und konsistentere – engere - Anwendung neuer Kriterien wie Wettbewerbsnähe und Wegfall wichtiger Wettbewerbskraft; wie misst man „S“?
 - Aufwand im Rahmen halten (wie etwa BKartA)
 - Wirksame interne checks & balances und effektiver Rechtsschutz sind zwingend!

Food for thought - Aufgreifschwellen

	EU ¹	DE ²	AT ³	FRA ⁴	IT ⁵	CH ⁶
BIP (in US\$ Mrd.)	17.112.922	3.651.871	409.316	2.574.807	1.921.139	680.645
Durchschnittl. Anmeldungen pro Jahr	323	1181,75	358,5	214,75	137,4	28,83
Durchschnittl. Untersagungen pro Jahr (Anteil)	1 (0,39%)	1,4 (0,12%)	0 (0%)	0 (0%)	0,2 (0,15%)	0,17 (0,6%)
Durchschnittl. Freigaben pro Jahr (Anteil)	313,33 (96,81%)	1109,25 (93,87%)	351,83 (98,14%)	205,75 (95,81%)	129 (93,89%)	27,5 (95,4%)



© 2016 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.