

# ALLEN & OVERY

Studienvereinigung Kartellrecht  
Arbeitstagung in Brüssel, 12. März 2015

*Die Missbrauchsaufsicht nach dem Intel-Urteil des  
EuG – Quo vadis, Kommission?*



# Übersicht

1. Vorgeschichte
2. Erwartungen an EuG
3. Kernaussagen EuG
4. Quo vadis, Kommission?
5. Analyse/Kritik

# 1. Vorgeschichte

- 2009 Intel-Entscheidung der Kommission Paradefall für den sog. *more economic approach* für Art. 102
- Diskussionspapier 2005, British Airways/AG Kokott 2006, Prioritätenmitteilung 2009 („PM“)
- Bestätigung durch Rechtsprechung
  - Preis-Kosten-Schere (*margin squeeze*): Deutsche Telekom 2010, Telia Sonera 2011
  - Selektive Kampfpreise (*predatory pricing*): Post Danmark 2012
  - Koppelungsgeschäfte (*tying/bundling*): Microsoft 2007
- Widerspruch zur Rechtsprechung
  - Treuerabatte (*loyalty rebates*): Hoffmann-La Roche 1974, Tomra 2010

# 1. Vorgeschichte

- **Hybridentscheidung** der Kommission
  - AEC-Test **plus** Rechtsprechung (Hoffmann-La Roche 1974)
- Bußgeld (€ 1,06 Mrd.) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung für **x86 CPUs**
  - Zahlungen an 3 Computerhersteller und 1 Handelskette mit der Bedingung, Computer (fast) ausschließlich mit Intel-CUPs auszustatten oder nur solche zu vertreiben
  - Zahlungen, um Vertrieb von Konkurrenzprodukten zu beeinträchtigen (*naked restrictions*)
- Besonderheiten
  - Ausschließlichkeit für Rabatte **nicht explizit** vereinbart
  - Treuerabatte betrafen nicht den Gesamtbedarf an x86 CPUs, sondern **Segmente** davon (zB Notebooks)

# 1. Vorgeschichte

- AEC-Test (*as efficient competitor*) Kern der Entscheidung
  - Filter zwischen Leistungswettbewerb und Missbrauch
  - Annahme eines *contestable/non-contestable* Teils der Nachfrage (zB *must have* Produkte oder Kapazitätsknappheit)
  - Wettbewerb nur für *contestable* Teil
  - Treuerabatt missbräuchlich, falls Wettbewerber einen Rabattverlust eines Kunden bzgl des Gesamtbedarfs (*contestable + non-contestable*) nur durch Unter-Kosten-Preise für die eigenen Abnahmemenge (*contestable*) ausgleichen kann.
  - Je kleiner der *contestable* Teil und je höher der Rabatt, desto schwieriger der Ausgleich
  - Konsequenz: **Marktaustritt** oder **Verhinderung Markteintritt**
  - Grundlage: Preis/Kosten-Analyse des marktbeherrschenden Unternehmens

## 2. Erwartungen an EuG

- Testfall für den *more economic approach* für Rabatte
  - Objektanalyse vs Effektanalyse
  - Effektanalyse wie bei allen anderen Verhaltensweisen der PM?
    - Angleichung der Rechtsprechung (Deutsche Telekom 2010, Telia Sonera 2011, Post Danmark 2012, Microsoft 2007)
    - Aufgabe von Hoffmann-La Roche 1974 und Tomra 2010?
- Welches Beweismaß?
  - Intel: Effektanalyse – **tatsächliche** Auswirkungen
  - Kommission: Effektanalyse – **mögliche** Auswirkungen, Geeignetheit bzw Wahrscheinlichkeit ausreichend, John Deere 1998
  - Altrechtsprechung: Objektbeschränkung – **keine** Auswirkungen

## 2. Erwartungen an EuG

- Objekt/Effekt (Zweck/Auswirkung) in Art. 101 angelegt:  
“Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten *zu beeinträchtigen geeignet sind* und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts *bezwecken* oder *bewirken* [...]”
- Nicht aber im Wortlaut des Art. 102:  
“Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies *dazu führen kann*, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.”
- Anpassung durch Rechtsprechung (Continental Can 1973, Hoffmann-La Roche 1974)

### 3. Kernaussagen EuG

- Ausschließlichkeitsrabatte
  - Rabatte marktbeherrschender Unternehmen, die **explizit oder implizit** dafür gewährt werden, dass Abnehmer ihren Bedarf an bestimmten Produkten **ausschließlich oder fast ausschließlich** vom marktbeherrschenden Unternehmen beziehen, sind **ihrer Natur nach** wettbewerbswidrig.
  - Keine **Analyse ihrer Marktauswirkungen** nötig. **AEC-Test** weder notwendig noch geeignet.
  - Keine **Spürbarkeit** oder **Kausalität** notwendig.
  - **Objektive Rechtfertigungsgründe** oder **überwiegende Effizienzvorteile** weiterhin möglich.

### 3. Kernaussagen EuG

- Keine objektive Rechtfertigung wegen geringer Effekte
  - Geringe Rabatthöhen oder Schwellen
  - Kurze Laufzeiten
    - Einzellaufzeiten nicht relevant, sondern tatsächliche Gesamtlaufzeit
  - Kündbarkeit
  - Kaufkraft der Kunden
- Potentielle Rechtfertigung?
  - Investitionen in kundenspezifische Produktion

### 3. Kernaussagen EuG

- Kategorisierung von Rabatten
  - **Ausschließlichkeitsrabatte**: Keine Auswirkungsanalyse (Objekt), Vermutung des Missbrauchs
  - Reine **Mengenrabatte**: Keine Auswirkungsanalyse, Vermutung der Zulässigkeit
  - **Sonstige Rabatte**: Einzelfallanalyse, ob treuebildender Charakter
    - Falls *de facto* ja, dann keine Auswirkungsanalyse (Objekt)
    - Einschätzung oft schwierig, zB zunehmende Rabatthöhe, retroaktive Anwendung, relativ lange Referenzperiode, unregelmäßige/hohe Rabattstufen (Michelin II 2003, British Airways 2007, Portuguese Airports 2001)

### 3. Kernaussagen EuG

- Objektbeschränkungen in Art. 102
  - Ausschließlichkeitsrabatte (Exklusivrabatte, Treuerabatte)
  - Alleinbezug *a fortiori*
    - *De facto* Alleinbezug, Van den Bergh Foods 2003
- Vergleich mit Art. 101
  - *Hardcore* Kartelle
    - Gebietsaufteilung (*geographic market allocation*), inklusive Export- und Importverbote
    - Kundenaufteilung (*customer allocation*)
    - Preisabsprachen (*price fixing*)
  - Kernbeschränkungen
    - zB Verbot passiver Verkäufe bei Exklusivvertrieb (*total territorial protection*)

## 4. Quo vadis, Kommission?

- Intel-Sachverhalt vor Veröffentlichung der PM
- Änderung für Ausschließlichkeitsrabatte und Alleinbezug
- Keine Änderung für preisbasiertes Verhalten und damit den Großteil der PM
  - Weiterhin Auswirkungsanalyse (inklusive AEC-Test) für Preis-Kosten-Schere, Kampfpreise, Koppelungsgeschäfte
- Weiterhin Aufgreifermessen der Kommission
  - Vertrauensschutz noch möglich (ggfs Gleichbehandlungsgebot)?
  - Kann Kommission Beschwerden noch ablehnen (zB fehlende Spürbarkeit)?
- Nationale Behörden und Gerichte nicht durch PM gebunden
- Zivilrechtliche Unwirksamkeit bleibt
- Schadensersatzrisiko bleibt

---

## 5. Analyse/Kritik

- Hybridentscheidung des EuG
  - *Form-based*: Gefährdung der Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt
  - *Economics-based*: Leverage-Theorie mit stark reduziertem AEC-Test
- Ausschließlichkeit/Spürbarkeit

## 5. Analyse *Form-based*

- Treuerabatte unvereinbar mit dem Ziel eines freien Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes
  - Gewährleistung von freien Bezugsquellen und Marktzugang
- Nicht nur unmittelbarer Verbraucherschaden, sondern auch indirekter Schaden wegen zusätzlicher Beeinträchtigung der Wettbewerbsstruktur
- Wettbewerber müssen die Möglichkeit haben, für den Gesamtbedarf in Leistungswettbewerb treten zu können, und nicht nur für einen Teilbedarf
- Besondere Verantwortung des unvermeidlichen Handelspartners für den Restwettbewerb

## 5. Kritik *Form-based*

- Gemeinsamer Markt eher konstitutionelles Argument (Consten & Grundig 1966)
- Vergleich mit anderen Objektbeschränkungen nicht voll deckungsgleich
- Strukturanalyse des Marktes
  - Art. 101: Delimitis 1991 für Exklusivvertrieb (Strukturanalyse und nicht nur Spürbarkeitsmerkmal): Struktur des Marktes durch Vertragsbündel geprägt, die ggfs Marktzugang erschweren
  - Art. 102: Van den Bergh Foods 2003 für *de facto* Alleinbezug

## 5. Analyse *Economics-based*

- Mengenrabatte: Auch marktbeherrschende Unternehmen sind berechtigt, Kostenvorteile aus dem Bezug größerer Mengen an ihre Käufer weiterzugeben
  - Kein konkreter Nachweis der Kostenersparnis nötig
  - Motivation für Rabatte kann aber vielfältig sein (zB Preisdifferenzierung für Grenzvolumina mit höherer Nachfrageelastizität)
- **Treuerabatt als Hebel**, um Stärke auf dem *non-contestable* Marktteil in den *contestable* Teil zu übertragen
  - Wettbewerber müssen attraktiven Preis für den *contestable* Marktteil und eine Kompensation für den verlorenen Rabatt anbieten
  - *Leveraging* oder *Raising Rivals' Costs*
  - Nach Rechtsprechung aber AEC-Test nötig

## 5. Kritik *Economics-based*

- *Fully contestable* Bedarf wegen fehlender Kapazitätsknappheit
  - Wettbewerb um den Kunden und nicht um Einzelaufträge
    - Michelin/Coca-Cola
    - Digital Economy
- *Fully contestable* Bedarf aufgrund Ausschreibung des Gesamtbedarfs (*bidding markets*)
- Unvermeidbarer Handelspartner für *non-contestable* Bedarf
  - Beschränkung der Rabatte auf diesen Teil möglich?

## 5. Analyse/Kritik Ausschließlichkeit/Spürbarkeit

- Nach EuG Spürbarkeit für Art. 102 nicht nötig
  - Widerspruch zu Continental Can 1973
  - Zitierte Fundstelle aus Hoffmann-La Roche 1974 und Tomra 2012 nicht aussagekräftig
  - Auslegung von Van den Bergh Foods 2003 nicht überzeugend
  - Inspiration durch Legaldefinition in Art. 6 Vertikal-GVO: 50% des relevanten Marktes?
- Nach EuG reicht Ausschließlichkeit für Produktsegmente
  - Intel-Rabatt betraf zB nur 30% des Gesamtbedarfs eines Kunden
  - Treuerabatte in Hoffmann-La Roche 1974 betrafen überwiegenden Bedarf (75-90%) eines Produkts – nicht eines Produktsegments
  - Inspiration durch Legaldefinition in Art. 1(d) Vertikal-GVO: 80% des Gesamtbezugs?

# Fragen?

**Jürgen Schindler, LL.M. Eur., LL.M.  
Rechtsanwalt, Partner  
Allen & Overy LLP Brüssel | Hamburg**

**These are presentation slides only. The information within these slides does not constitute definitive advice and should not be used as the basis for giving definitive advice without checking the primary sources.**

**Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings.**