
Big Data im Kartellrecht

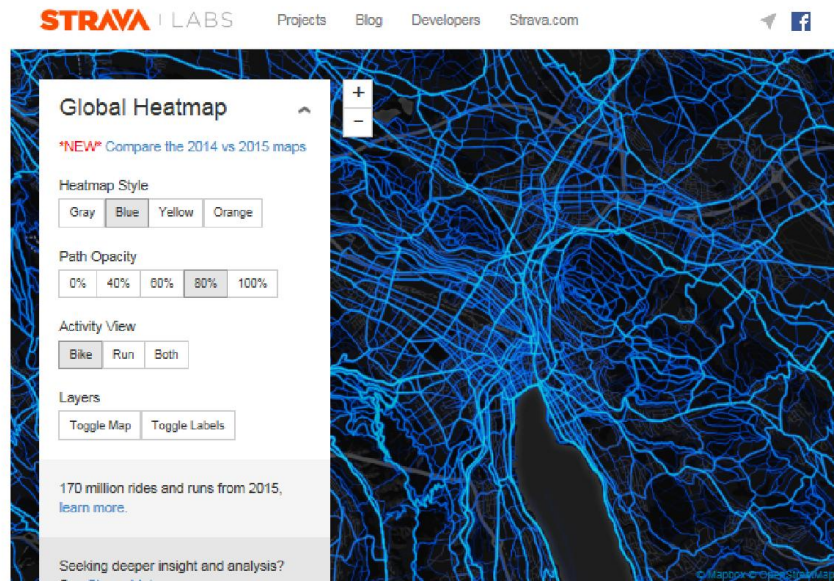
Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht mit dem CLIC

Bern, 9. Juni 2017

Dr. Felix Prümmer, Rechtsanwalt



Toni / Wikimedia Commons / GNU Free Documentation License



App zeigt, wo die Schweizer Velo fahren: Nur die Verkehrsplaner wollen nichts von der Heatmap wissen

Das Fitness-App Strava sammelt Daten von Velofahrern und Joggern und visualisiert diese in einer Heatmap. Pro Velo fordert, dass Städte solche Daten als Planungsgrundlage für neue Velo-Routen benutzen. Zürich winkt ab, Bern zeigt sich offen.

Agenda

- › Beobachtungen zu Big Data
- › Big Data im Kartellrecht, Schwerpunkt Fusionskontrolle
- › Schlussfolgerungen

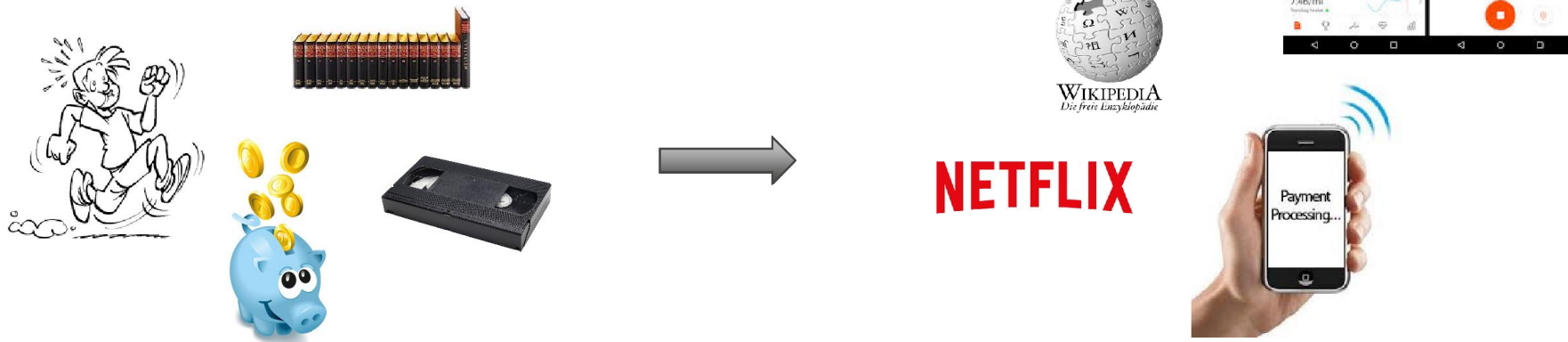
Beobachtungen zu Big Data

- › **Grosse Datenmengen** bis hin zu Petabytes (1 PB = 1'000'000 Gigabytes)
 - „*Facebook Builds Exabyte Data Centers for Cold Storage*“, täglich 350 Mio. neue Bilder
 - 1 PB an MP3-Musik = 2000 Jahre Spieldauer
 - Menschliches Gehirn: ca. 2,5 PB

- › **Drei Faktoren als Erklärungsansatz**
 - 1. Mooresches Gesetz
 - 2. Tools zur Bewältigung riesiger Datenmengen
 - 3. Digitale Revolution generiert die Datenmenge

Big Data - *Digitale Revolution generiert die Datenmenge*

- › Verlagerung auf **digitale Prozesse...**
 - Verfassen eines Briefes auf dem Computer statt auf Papier
 - Konsum Musik oder Bild von MP3 oder DVD
- › ... die **sichtbar werden**, weil über Netzwerke / Internet



Big Data – *Beobachtungen*

- › „Unendlich“ viele Vorgänge mit Transaktionen/Aktivitäten
 - *Websites (crawling)*
 - *Such-Eingaben*
 - *Timeline-Einträge*

- › Laufende Erneuerung der Daten
 - *Vorgänge finden immer wieder statt*

- › Keine Rivalität
 - *Vorgang mehrfach erfassbar (mehrere Robots erfassen eine Website)*
 - *Ein Vorgang schliesst nicht weitere aus: Multihoming bei Nutzern, bspw. parallele Nutzung von Facebook, LinkedIn und Xing*

Aktuelles zu Big Data im Kartellrecht

- › *„So far, it (Big Data) has been part of the analysis. But it has not been the Big Data case. We still have that to come“*

(Wettbewerbskommissarin Vestager, 31. März 2017)

- › 9. GWB-Novelle in Deutschland mit Fokus auf Big Data
 - Markt auch bei unentgeltlicher Leistungsbeziehung und Marktmacht bei mehrseitigen Märkten
 - Transaktionsvolumen als Aufgreifschwelle
- › Sektoruntersuchungen zu Big Data von Wettbewerbsbehörden
 - Zuletzt: Eröffnung Sektorenuntersuchung der italienischen Wettbewerbsbehörde zusammen mit Kommunikations- und Datenschutzbehörden am 30. Mai 2017

Big Data im Kartellrecht

- › Umgang des Kartellrechts mit Daten und Informationen im Allgemeinen
- › Märkte um und im Zusammenhang mit Big Data
- › Fälle aus der Fusionskontrolle

Allgemein: Daten und Informationen im Kartellrecht

Keine Per-Se Regel für Daten und Informationen:

- › ...Geheimhaltung
 - **Wettbewerbssensitive Daten** – kartellrechtliches „Geheimnis“ – Austausch unter Wettbewerbern Wettbewerbsbeschränkung
 - *Beispiele: Kundendaten, aktuelle Umsatzzahlen, Preisinformationen*

- › ...Zugang
 - **Daten als „Essential Facilities“**, deren Verweigerung missbräuchlich sein kann, Zwangslizenz
 - *Beispiele: Programmdateien für TV-Sendungen (EuGH Magill), Pharmadatenbank (EuGH IMS Health), Schnittstelleninformationen für Standards etc.*

Märkte um und im Zusammenhang mit Big Data (1)

- › **Austauschverhältnis** als Voraussetzung jeden Marktes:
 - Normalerweise: Ware/Leistung gegen Geld
 - 9. GWB-Novelle: Markt auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen
 - Ohne Quantifizierungsgrösse können keine Marktanteile bestimmt werden

- › **Daten-Märkte**
 - IMS Health: Sales tracking data oder „Real World Evidence“ über Medikamenten-Nutzung – beides wird entgeltlich vermarktet – Abgrenzung entsprechender Märkte
 - „However, Facebook, does neither sell any of the user data it collects nor provides data analytics services to advertisers or other third parties as a stand-alone product...“ (EU Kommission in *Facebook/WhatsApp*)

- › ***Ein Markt für „Daten“ ist abgrenzbar, wenn die Daten vermarktet werden***

Märkte um und im Zusammenhang mit Big Data (2)

- › **Zweiseitige Plattformen**, d.h. Anhäufung des Datenbestands, um...
 - Social-Media Erlebnisse für Nutzer zu schaffen und
 - Erkenntnisse über Nutzer zu gewinnen, welche für zielgerichtete Werbung oder andere kommerzielle Nutzungsquellen verwendet werden

- › **Märkte auf jeder Seite**
 - Nutzermarkt, auf dem sich Nutzer (in der Regel) unentgeltlich bewegen
 - Online-Buchungsplattformen für Hotels
 - Werbe- oder Absatzmarkt, auf dem Anzeigeplatz oder Absatzkanal verkauft wird

- › *Daten nicht als Markt, aber als „Rohstoff“ für andere Produkte/Dienstleistungen*

Märkte um und im Zusammenhang mit Big Data (3)

› Marktanteil von Suchmaschinen, Social Media etc.?

- Kein Entgelt, aber Austausch Social Media Erlebnis gegen Daten?
- Kunden verfügen über „unendlich“ Daten – sind diese als „Währung“ tauglich?
Multihoming, Parallelnutzung vieler Plattformen typisch
- Geeignete Kriterien, um Marktstellungen zu beurteilen?
→ Nutzerzahlen, Datenmenge, Häufigkeit der Zugriffe, Interaktionen, Anfragen?

› Warum augenscheinlich hohe Marktanteile?

- Skaleneffekte
- Netzwerkeffekte wegen der Zweiseitigkeit
- Hohe Dynamik, Wechselbereitschaft der Nutzer hin zu der Plattform, die „in“ ist
(MySpace, StudiVZ oder Altavista durch Facebook und Google abgelöst)

Märkte um und im Zusammenhang mit Big Data (4)

Schlussfolgerungen

› **Big Data:**

- ...bildet an sich keinen relevanten Markt (solange nicht damit „gehandelt“ wird)
- ...kann daher an sich keine Marktbeherrschung begründen
- ...kann sich auf die Analyse der Marktstellung auswirken – weil die Quantität/Qualität Markterfolg eines darauf beruhenden Produkts/einer darauf beruhenden Dienstleistung beeinflusst

› **Substituierbarkeit von (unentgeltlichen) Diensten:**

- ...von Social Media, Kommunikationsdiensten, Suchmaschinen etc.
- ...zu enge Abgrenzung – Marktbeherrschung wegen Innovation?
- ...wie Marktanteile quantifizieren?

Big Data in der Fusionskontrolle: Aufgreifschwellen

› „Traditionelle“ Aufgreifschwellen

- Umsatzbasierte Aufgreifschwellen (z.B. EU, Schweiz)
- Marktanteilsbasierte Aufgreifschwellen (z.B. Singapur, Hongkong)
- Assetbasierte Aufgreifschwellen (z.B. Südafrika, Indien)

› Transaktionsvolumen als Aufgreifschwelle

- Wert des Targets (z.B. Mexiko)
- Einführung von Transaktionswert als Aufgreifschwelle in D und AT, d.h. Kombination von Umsatzschwelle, Transaktionswert und Tätigkeitserfordernis
 - Deutschland – **Transaktionswert von EUR 400 Mio.** und inländische Geschäftstätigkeit des Target von erheblichen Umfang (*per heute*)
 - Österreich – **Transaktionswert von EUR 200 Mio.** und inländische Geschäftstätigkeit des Target von erheblichen Umfang (*per 01.11.2017*)

Big Data in der Fusionskontrolle: Admeira (2015)

› **Zusammenschluss SRG/Swisscom/Ringier**

- Gründung des Joint Ventures „Admeira“, das das Werbeinventar (=Anzeigenplatz) der drei Parteien SRG, Swisscom und Ringier vermarkten soll
- Horizontale Überlappungen im Bereich der TV- und Online-Werbung

› **Zielgerichtete TV-Werbung**

- Swisscom betreibt IPTV-Plattform, die das Zuschauerverhalten erfasst und damit umfangreiche Nutzungsdaten anhäuft, welche ausschliesslich Swisscom (bzw. dem Joint Venture) zur Verfügung stehen („Targeting Insights“)
- Ebenso Targeting Insights von SRG als Programmveranstalterin

Big Data in der Fusionskontrolle: Admeira (2015)

› **Marktabgrenzung**

- Zielgerichtete Werbung als separater Markt zu „konventioneller“ Werbung?
- Ein separater Markt für zielgerichtete TV-Werbung (oder gar nur TV-Werbung auf Swisscom TV) oder grösserer Markt zusammen mit zielgerichteter Online-Werbung?

› **Beurteilung der Marktstellung?**

- Nur Joint Venture kann zielgerichtete Werbung machen, da Nutzungsdaten „exklusiv“ duplizierbar? Andere TV-Plattformen haben eigene Nutzungsdaten!
- Zurückhaltung, da neues Produkt (Fusionskontrolle lediglich ca. 3-Jahresprognose)
- Verbundeffekte mit konventioneller Werbung vorsichtig eingeschätzt – sicherlich keine Möglichkeit zur Beseitigung des Wettbewerbs (Untersagungsvoraussetzung)

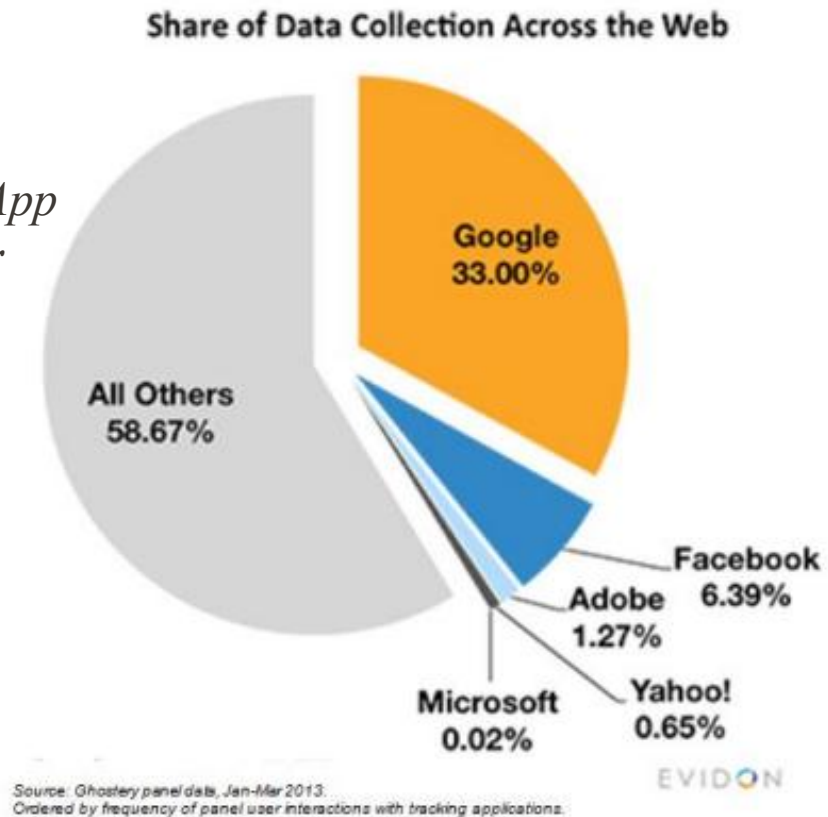
Big Data in der Fusionskontrolle: FB/WhatsApp (2014)

- › **Kontrollerwerb von Facebook über WhatsApp**
 - WhatsApp keine Vermarktung von Online-Werbung, dafür grosser Nutzerstamm
- › **Test der EU Kommission:** Verstärkung der Marktposition von Facebook bei Online-Werbung, indem Facebook Zugriff auf Nutzungsdaten von WhatsApp erhält?
 - Modifikation der Datenschutzrichtlinien von WhatsApp erforderlich, so dass über WhatsApp Nutzerdaten gesammelt werden können;
 - Profilanpassungen und Abgleich von Identitäten erforderlich, so dass beide Datenbestände kompatibel;
 - Gefahr der Abwanderung von Nutzern von WhatsApp zu anderen Messaging-Diensten wegen Anpassungen bzw. Weitergabe von Daten an Facebook

Big Data in der Fusionskontrolle: FB/WhatsApp (2014)

› **EU Kommission zu den Umfängen der Datenbeschaffung im Web:**

„Egal ob FB sich die Daten von WhatsApp bei Online-Werbung zunutze macht oder nicht, es gibt einen grossen Umfang von in der Online-Werbung verwertbaren Daten, die nicht von FB kontrolliert werden.“



Big Data in der Fusionskontrolle: FB/WhatsApp (2017)

- › **Mai 2017:** Busse der EU Kommission von EUR 110 Mio. für Facebook wegen irreführender Angaben im Verfahren, aber ohne Auswirkung auf Zusammenschluss
 - Automatischer Abgleich der Facebook- und der WhatsApp-Nutzerprofile – entgegen den Angaben von Facebook – bereits im Jahr 2014 technisch möglich
 - Facebook war sich dieser Möglichkeit bewusst
 - Die Kommission prüfte im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens auch hypothetisches Szenario, dass ein Nutzerabgleich möglich wäre – keine Modifikation am Entscheid, aber Sanktion

Big Data in der Fusionskontrolle: MS/LinkedIn (2016)

› **Kontrollerwerb von Microsoft über LinkedIn**

- Vertikale wettbewerbsrechtliche Bedenken wegen Integration von LinkedIn und Betriebssystem und Produktivitäts-/Office-Software
- Ausschluss (*Foreclosure*) von Konkurrenten von LinkedIn?

› **Zusagen von Microsoft**

- Zugang der Konkurrenten von LinkedIn zu Softwareentwickler-Portal für Interoperabilität mit MS-Software
- PC-Hersteller und Nutzer frei und ungehindert, LinkedIn zu entfernen und kein LinkedIn direkt in Windows/Updates beworben
- 5 Jahre, im EWR, Überwachung durch Trustee

Big Data in der Fusionskontrolle: MS/LinkedIn (2016)

- › **Keine Beanstandungen wegen «LinkedIn full data»**
 - LinkedIn stellt Datenbank Dritten nicht zur Verfügung
 - Zugriff auf vollständige LinkedIn-Datenbank nicht unbedingt erforderlich, um auf dem Markt konkurrenzfähig zu sein
 - Zusammenführung der für Werbezwecke verwendbaren Nutzerdaten unproblematisch, da großer Teil dieser Daten nach Zusammenschluss weiterhin verfügbar
 - *Für Dritte nach Zusammenschluss nicht weniger Nutzerdaten verfügbar als vorher, da weder Microsoft noch LinkedIn Dritte auf ihre Daten zugreifen lassen*

- › **Keine Beanstandung wegen Kombination von LinkedIn und Office**
 - Data Matching könnte Produkte jeweils erheblich verbessern und LinkedIn Netzwerk erweitern?
 - *Vorsichtig beurteilt, Massgeblich ist nicht das Data Matching, sondern Interoperabilität der Softwares (s. Zusage)*

Schlussfolgerungen

- › Big Data ist Rohstoff und Ressource für Produkte und Dienstleistungen
 - *Solange Big Data nicht als solche gehandelt wird, kein Markt und marktbeherrschende Stellung auszuschliessen*

- › Struktur zweiseitiger Plattformen mit unentgeltlicher Nutzerseite führt zu hoher Wechselbereitschaft der Nutzer und Parallelnutzungen
 - *selbst bei hohen „Marktanteilen“ wenig Verhaltensspielraum, Zurückhaltung bei deren Beurteilung*

- › Big Data in der Fusionskontrolle (s. Kommentar Vestager):
 - *praktisch fast unbegrenzt verfügbar, kurze „Halbwertszeit“*
 - *grundsätzlich duplizierbar*
 - *zurückhaltende Beurteilung*

The logo consists of a dark blue rectangular background. A thin red horizontal line is positioned above the text. The text "LENZ & STAEHELIN" is written in a white, uppercase, sans-serif font, centered within the rectangle.

LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehelin.com