



STUDIENVEREINIGUNG
KARTELLRECHT

Roundtable Marktmachtmissbrauch – Quo Vadis?

Arbeitssitzung vom 23. Juni 2023

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition,
Universität Bern



HIRSBRUNNER
COMPETITION LAW & REGULATION

Roundtable Marktmachtmissbrauch - Entwicklungen in der EU

FREITAG, 23. JUNI 2023



Gründe für die Relevanz des EU-Kartellrechts

Der Vorwurf:

- Marktbeherrschende Stellung im Bereich des Kredit- und Debitkarten-Acquiring
- Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung zur Bevorzugung von Zahlkartenterminals einer Schwestergesellschaft

Die Beurteilung durch das BGer:

- Missbräuchliche Koppelung von unterschiedlichen Leistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG
- Parallele Auslegung Schweizer - EU-Kartellrecht
- Kein Nachweis einer Wettbewerbsschädigung oder Wettbewerbsverfälschung erforderlich

BGE vom 2. November 2022, 2C 596/2019 - SIX/DCC, E. 8.2.3 sowie 8.6 mwN

EU-Rechtsprechung und Kommissionspraxis zum Behinderungsmissbrauch

- Die Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise hängt nicht von ihrer Form ab
- Verhaltensweise muss geeignet sein, den Wettbewerb zu behindern und insbesondere eine Marktverschliessung zu entfalten
- Berücksichtigung aller relevanten Umstände
- Anspruch auf rechtliches Gehör
 - Eignung zur Behinderung, potenzielle oder tatsächliche Effekte, jedoch nicht hypothetische Effekte
 - Methodenpluralismus
 - Empirische oder verhaltensbezogene Studien hilfreich, jedoch nicht ausreichend
 - Ausmass der marktbeherrschenden Stellung, Reichweite der Verhaltensweise, Bedingungen und Modalitäten, Strategie zur Verdrängung

EU-Rechtsprechung und Kommissionspraxis zum Behinderungsmissbrauch (Forts.)

- Eine Verhaltensweise kann trotz Marktverschliessung gerechtfertigt sein, wenn
 - sie objektiv gerechtfertigt ist, oder
 - die marktverschliessenden Effekte aufgewogen werden durch Effizienzgewinne, die den Konsumenten zugutekommen

Insbesondere zu missbräuchlichen Koppelungsgeschäften

1. Das Kopplungsprodukt und das daran gekoppelte Produkt sind zwei gesonderte Produkte
2. Das Unternehmen verfügt auf dem Markt für das Kopplungsprodukt über eine beherrschende Stellung
3. Keine Möglichkeit für die Abnehmer, das Kopplungsprodukt ohne das daran gekoppelte Produkt zu beziehen
4. Durch die beanstandete Verhaltensweise wird der Markt auf wettbewerbswidrige Weise verschlossen
 - Allenfalls Rechtfertigung

Ausblick

- Mitteilung der Europäischen Kommission von 2008/2009 — Erläuterungen zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen
 - Punktuelle Änderungen vom 31. März 2023
- Zukünftige Leitlinien zum Behinderungsmissbrauch
 - « Kodifizierung » der Praxis
 - Prüfmethoden, Tests
 - Erfahrungswerte, sicherer Hafen, « Weisslisten » ?

THANK YOU FOR YOUR ATTENTION



Simon Hirsbrunner

*Rechtsanwalt (Switzerland, Germany)
LL.M (Exeter), DHEE (College of Europe)*

simon.hirsbrunner@shirsbrunner.com

www.shirsbrunner.com

Veröffentlichungen zum Thema

- Parallele Auslegung und Anwendung des Schweizer und des EU-Kartellrechts - Das Beispiel des Behinderungsmissbrauchs durch marktbeherrschende Unternehmen, SJZ 24/2020, S. 779
- Wo das Bundesgericht von der EU lernen kann, NZZ vom 2. Juli 2021
- Le juge suisse et le droit de la concurrence européen, jusletter vom 23. November 2020



Behördenpraxis zum Marktmachtmissbrauch



Dr. Simon Bangerter, Leiter Ermittlungen des Sekretariats der WEKO
Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht/CLIC vom 23.6.23 in Bern



Übersicht

1. SIX/DCC

- a) Entwicklung durch die Instanzen
- b) Bedeutung des BGer-Urteils

2. Vorsorgliche Massnahmen



2. SIX / DCC



- DCC = Dynamic Currency Conversion. Bezahlung in der Heimwährung des Karteninhabers. Wahlmöglichkeit direkt am Terminal
- Die DCC-Funktion der SIX Payment Services konnte nur auf den Terminals der Konzernschwester SIX Card Solutions verwendet werden
- Verweigerung der dafür notwendigen Schnittstelleninformationen gegenüber anderen Terminalanbieter
- DCC führt zu Einnahmen beim Händler (Anteil an den Umrechnungsgebühren)



a. Entwicklung durch die Instanzen

	WEKO	BVGer	BGer
Fundstelle	RPW 2011/1, 96 ff.	B-831/2011	2C_596/2019
Datum	29.11.2010	18.12.2018	2.11.2022
Verfahrensdauer	3 J. 10 M. (-20 M.)	7 J. 11 M.	3 J. 10 M.
Entscheidungslänge	161 S.	527 S.	38 S.
Tatbestände von 7 II	Lit. a, b, e und f	Lit. a und f	Lit. f
Sanktion	CHF 7,029 Mio.	CHF 7,029 Mio.	CHF 7,029 Mio.

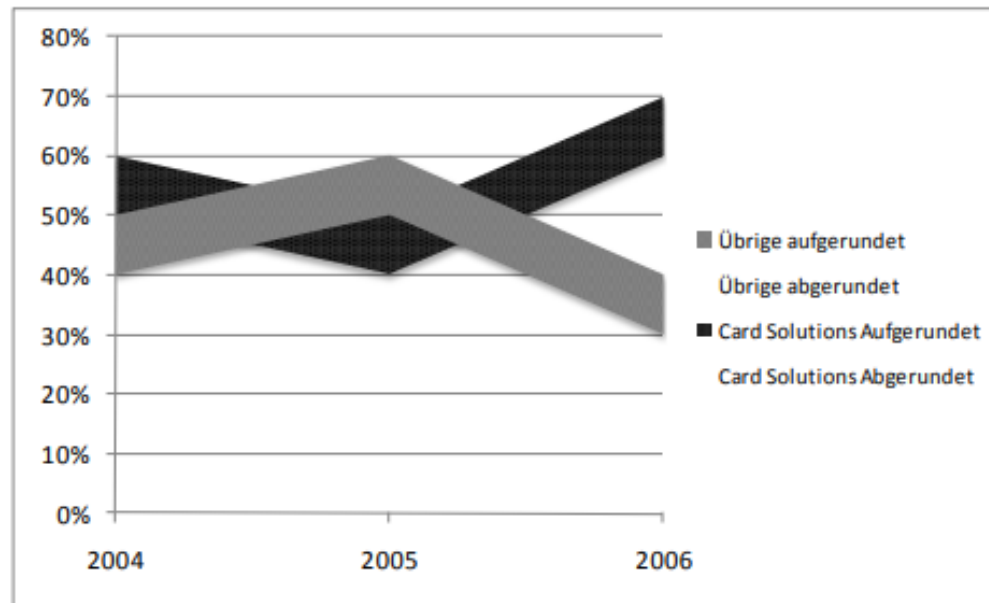


a. Entwicklung durch die Instanzen (2)

- WEKO:

- Nachweis von konkreten Kundenverlusten (Grosskunden, Kundenkategorien)
- Nachweis, Wettbewerbsbeseitigung für [1000-2000] Terminals (Händler kaufte gleichzeitig Terminal bei SIX, schloss DCC-Vertrag und schaltete Funktion auf)
- Nachweis, Wettbewerbsbehinderung für [10'000-15'000] verkaufte SIX-Terminals, weil Konkurrenz kein gleichwertiges Produkt hatte (Marktvolumen CHF 19-30 Mio.)

Abbildung 17: Anteile an den Terminalverkäufen 2004–2006





a. Entwicklung durch die Instanzen (3)

WEKO:

- Primär lit. a angewendet. Dabei war umstritten:
 - War DCC ein *objektiv notwendiger Input*?
 - *Behinderung oder Beseitigung* des Wettbewerbs?
 - Eingehende Prüfung von «*legitimate business reasons*», namentlich Investitions- und Innovationsanreize, Test- und Zertifizierungsphase
- Andere Tatbestände als «Fallback», da dort sicher eine Behinderung genügt, v.a. die Selbstbevorzugung nach lit. b und die Nichtoffenlegung von Schnittstelleninformationen nach lit. e



a. Entwicklung durch die Instanzen (4)

BVGer:

- Verlagerung auf die Beantwortung von Grundsatzfragen:
 - Bei den Tatbestandsvarianten von KG 7 II keine «*Theory of Harm*» erforderlich, weil Gesetzgeber Schädlichkeit bereits bejaht hat
 - Bei KG 7 *keine Geringfügigkeitsschwelle* (keine «Erheblichkeit»)
 - Bei *Interoperabilitätsverweigerung* (lit. a) keine Beseitigung erforderlich
 - KG 7 ist ein **Gefährdungsdelikt!** Es müssen keine Auswirkungen auf dem Markt nachgewiesen werden, es genügt der Nachweis der Möglichkeit eines Eintritts nachteiliger Einwirkungen:
«*Massgeblich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung*».

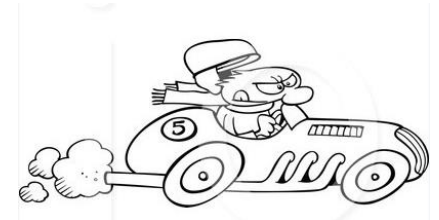
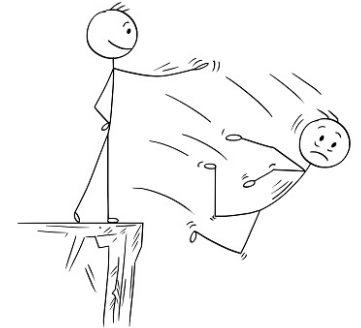
BGer:

- Beschränkung der Prüfung auf die Koppelung (lit. f)
 - Tatbestände von KG 7 II indizieren nicht «per se» eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.
 - Für die Koppelung sind *potenziell* nachteilige Wettbewerbseffekte erforderlich.
 - «*Es genügt die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolges*» (E. 8.6)



b. Bedeutung des BGer-Urteils

- Das BGer qualifiziert KG 7 II lit. f als «Gefährdungstatbestand» (E. 10.2.3)
- Im Strafrecht wird unterschieden zwischen
 - *Konkretem* Gefährdungsdelikt: Die Handlung führt zu einer Gefährdung (Schaffung/Erhöhung der Wahrscheinlichkeit einer Verletzung) des geschützten Rechtsguts. Die Gefahr bildet Tatbestandsmerkmal und der Tatbestand ist erst erfüllt, wenn die Gefahr eingetreten ist (z.B. StGB 129: Gefährdung des Lebens).
 - *Abstraktem* Gefährdungsdelikt: Die Handlung gilt generell als gefährlich. Eine konkrete Gefahr ist nicht erforderlich, das Verhalten ist nach allgemeiner Erfahrung generell geeignet, eine konkrete Gefahr oder Verletzung herbeizuführen (z.B. Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit).





b. Bedeutung des BGer-Urteils (2)

- Gemäss BGer ist eine «*Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolges*» notwendig (E. 8.6).
- Zudem «*indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt*» (E. 8.2.2).
- Die Tatbestände von KG 7 II bilden keine abstrakten Gefährdungstatbestände.
- Die Gefährdung ist im Einzelfall konkret nachzuweisen, vergleichbar wie bei einem konkreten Gefährdungsdelikt im Strafrecht.
- Im Rahmen des Nachweises der Gefährdung (Eignung der Verhaltensweise den Wettbewerb zu verfälschen / Wahrscheinlichkeit, dass die Verhaltensweise zu einer Wettbewerbsverfälschung führt) kann die «Theory of harm» eine entscheidende Rolle spielen.



b. Bedeutung des BGer-Urteils (3)

- Das BGer (im Gegensatz zum BVGer) hat sich nur zur Koppelung explizit geäußert. Nach der hier vertretenen Auffassung ist KG 7 generell als Gefährdungsdelikt zu verstehen:
 - Die Beispieltatbestände von KG 7 II sind immer in Verbindung mit KG 7 I auszulegen, da sich aus der Generalklausel das generelle Erfordernis der Wettbewerbsverfälschung ergibt. Genau um die Anforderungen an dieses Element geht es aber bei der Frage, ob eine potenzielle Wettbewerbsverfälschung genügt.
 - Die Referenzen auf die Rechtsprechung und Literatur zum EU-Recht sowie zu einem «gewichtigen Teil des schweizerischen Schrifttums» betreffen nicht nur lit. f.
 - Bei allen Beispieltatbeständen von KG 7 II sowie bei Fällen, die sich nur unter die Generalklausel von KG 7 I subsumieren lassen, ist von konkreten Gefährdungstatbeständen auszugehen. Der Eintritt der Gefahr ist nachzuweisen, nicht aber der Eintritt der Verfälschung auf dem Markt.



b. Bedeutung des BGer-Urteils (4)

- Gleicher Standard wie in der EU: Für die Auslegung von KG 7 kann «ohne Weiteres» die Auslegung und Praxis zu AEUV 102 berücksichtigt werden: *«Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen»* (E. 8.2.3).
- «Competition policy brief» vom 1. März 2023: *«A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance»*

II. The effects-based approach in Article 102 cases

A number of important judgments in recent years have confirmed and endorsed the main elements of an effects-based approach to exclusionary conduct by dominant undertakings..¹⁸

Notably, the Union Courts have clarified that, for a finding of abuse, it must be established that a practice by a dominant undertaking "produces, at least **potentially**, an anti-competitive effect"..¹⁹

As regards the degree of probability of anticompetitive effects that is required to trigger intervention, the Guidance on enforcement priorities generally referred to a finding of "likely" effects..²⁰ Since then, the Union Courts have used several terms to qualify the threshold that is relevant for a finding of abuse and referred to "capable" or "potential", "probable" and "likely" effects, or to conduct that has the "capability" or that "tends" to

harm competition..²¹ Despite this varied terminology, the applicable legal standard endorsed by the Union Courts and applied by the Commission must be understood as being one and the same..²² The wording that appears to be the most suitable to capture such standard is that of "**potential effects**", given that this term allows for sufficient differentiation between this type of effects on the one hand and merely hypothetical or actual effects on the other. The case law of the Union Courts has further articulated what this standard requires in practice for establishing an abuse.



b. Bedeutung des BGer-Urteils (5)

Fazit: Der Entscheid des BGer ist zu begrüßen, er hat

- Geklärt, dass KG 7 im Sinne eines konkreten Gefährdungsdelikts zu verstehen ist, d.h.
 - Eine rein abstrakte («formalisitische») per-se Unzulässigkeit der Tatbestände von KG 7 II genügt nicht
 - Der Nachweis eingetretener Wirkungen auf dem Markt ist nicht erforderlich
 - Die konkrete Gefährdung ist nachzuweisen.
- Das Bundesgericht hat damit tatsächlich die Behörden- und Gerichtspraxis zu AEUV 102 angewendet, welche potenzielle Effekte verlangt (d.h. hypothetische Effekte nicht genügen lässt, aber auch keine tatsächlich eingetretenen Effekte fordert).
- Damit haben sich die Kartellrechte der Schweiz und der EU «in der Mitte getroffen». Die EU ausgehend von einem kritisierten, formalistischen Ansatz und die Schweiz ausgehend von einem extrem verstandenen Wirkungsansatz. Beide haben nun einen ausgewogenen «effects-based approach».



2. Vorsorgliche Massnahmen

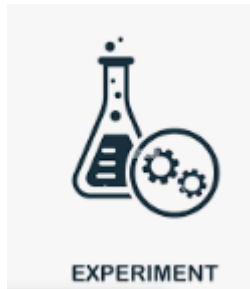
The global and European economies have also undergone significant changes, with increasing evidence of market concentration at macro-economic level and a growing importance of digital markets and services, in both economic and societal terms.¹⁴ In such fast-moving markets, often featuring strong network effects and “winner-takes-all” dynamics, it is paramount to ensure an effective and swift enforcement of Article 102 TFEU to intervene before tipping occurs and entrenched market positions are created.¹⁵

- Marktkonzentration in vielen CH-Märkten hoch
- Permissive Fusionskontrolle → nachträgliche Eingriffe erforderlich
- Digitale Märkte werden in der CH nur durch das Kartellgesetz erfasst
- Gefahr von «underenforcement», zu spätem oder zu wenig wirkungsvollem Eingreifen
 - Rasche, dynamische Märkte (welche kippen können)
 - Langsame, komplexe Verfahren



2. Vorsorgliche Massnahmen (2)

- Lösungsansätze:
 - Sachgerechte Anforderungen an die Prüfung von Wirkungen
Durch den DCC-Entscheid des BGer erfolgt 
 - Neue Regulierung / Tatbestände für digitale Märkte
In der KG-Revision nicht vorgesehen 
- Einsatz von vorsorglichen Massnahmen
 - *TWINT/Apple Pay*:
Einlenken der Partei nach Versand Antrag
(RPW 2019/3a, 574 ff. [Rz 39 ff.]
 - *Swisscom Netzbaustrategie*:
durch das BVGer bestätigt (BVGer B-161/2021)
 - *Co-Badging für NCS auf Mastercard Debitkarten*:
durch das BVGer aufschiebende Wirkung wiederhergestellt,
in der Folge Aufhebung der Verfügung durch WEKO
(BVGer B-1241/2021)





Marktmachtmissbrauch – Quo Vadis?

In die richtige Richtung.



MARKTMACHTMISSBRAUCH – QUO VADIS?

ANMERKUNGEN AUS ÖKONOMISCHER SICHT

Stefan Buehler, Universität St. Gallen

Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC, Arbeitssitzung
23. Juni, 2023

1. Disclosure/Disclaimer
2. Der BGE zu SIX/DCC auf einer Seite
3. Economics: Motta on Tying
4. These: Misguided Enforcement
5. Fazit

DISCLOSURE/DISCLAIMER

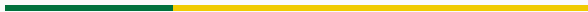
Disclosure

- Ich war als Vizepräsident in den **SIX/DCC-Entscheid der Weko** (2010) involviert.
- In die Beschwerdeverfahren vor BVGer und BGer war ich nicht involviert.

Disclaimer

- Ausserordentlich **umfangreiche** und **langwierige Beschwerdeverfahren**.
- Die **ökonomische Analyse** spielt — vor allem vor BGer — eine untergeordnete Rolle.

DER BGE ZU SIX/DCC AUF EINER
SEITE



Koppelung (Art. 7 Abs. 2 lit f KG) als Gefährungsdelikt

Der Nachweis von Auswirkungen auf den Wettbewerb ist nicht erforderlich, stattdessen “[...] **genügt die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs**” (E. 8.6.).

Gefahren

- Es wird nicht mehr überprüft, ob durch eine Koppelung **volkswirtschaftliche oder soziale Schäden** (Art. 1 KG) eintreten.
- Es kommt zu Entscheidungen, denen keine logisch konsistente und inhaltlich überzeugende **Theory of Harm** zugrunde liegt.

Beachte

Der Entscheid wirkt ähnlich **formalistisch** wie die jüngere Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 4 KG.

ECONOMICS: MOTTA ON TYING

Motta (2004, 467)

“Traditionally, tying has been looked upon very suspiciously by anti-trust authorities and courts, and for a long time in the US it had a status very close to *per se* prohibition [...] **This harsh approach is not justified.**”

Logik

Es braucht eine **Beurteilung im Einzelfall**:

- Koppelungspraktiken müssen dann untersucht werden, wenn sie von Unternehmen mit **viel Marktmacht** ausgeübt werden.
- Im Falle einer Untersuchung sollten die **pro-** und **antikompetitiven Argumente** abgewogen werden.

THESE: MISGUIDED ENFORCEMENT

These

SIX/DCC ist ein Beispiel für “Misguided Enforcement”.

Was ist “Misguided Enforcement” (ME)?

ME liegt vor, wenn eine Intervention nicht überzeugend begründet werden kann, weil sie in sich **widersprüchlich** ist oder **keine konsistente Theory of Harm** existiert.

Indizien

- Wechselnde ökonomische Begründungen im Beschwerdeverfahren.
- Überlange Verfahrensdauer.

Fehlende ökonomische Analysen

- Interventionen ohne überzeugende ökonomische Begründung beschädigen das Ansehen der Wettbewerbsbehörden und Gerichte (“Wettbewerb ist eine ökonomische Veranstaltung”).
- Marktmächtige Unternehmen verhalten sich möglicherweise “überkonform”.

Inkonsistente Vorgaben zu Art. 7 KG

Bei den Mobilterminierungsgebühren hat das BGer (sehr) hohe Anforderungen für eine Intervention gestellt.

FAZIT



Meine Beurteilung

Die Weko hat vor BGer gewonnen, aber mit dem “falschen”
Argument: Sie hätten es wissen müssen.

Drei kritische Fragen

Meine Beurteilung

Die Weko hat vor BGer gewonnen, aber mit dem “falschen”
Argument: Sie hätten es wissen müssen.

Drei kritische Fragen

1. Wechselnde ökonomische Begründungen:
“Was genau hätten sie wissen müssen (Theory of Harm)?”

Meine Beurteilung

Die Weko hat vor BGer gewonnen, aber mit dem “falschen”
Argument: Sie hätten es wissen müssen.

Drei kritische Fragen

1. Wechselnde ökonomische Begründungen:
“Was genau hätten sie wissen müssen (Theory of Harm)?”
2. Überlange Verfahrensdauer:
“Wieso haben die Behörden selbst das so lange nicht gewusst?”

Meine Beurteilung

Die Weko hat vor BGer gewonnen, aber mit dem “falschen”
Argument: Sie hätten es wissen müssen.

Drei kritische Fragen

1. Wechselnde ökonomische Begründungen:
“Was genau hätten sie wissen müssen (Theory of Harm)?”
2. Überlange Verfahrensdauer:
“Wieso haben die Behörden selbst das so lange nicht gewusst?”
3. Überlange Rechtsschriften:
“Weshalb muss man die Intervention so ausführlich erklären, wenn sie es doch hätten wissen müssen?”

Marktmissbrauch – Quo Vadis?

Arbeitssitzung Studienvereinigung Kartellrecht, 23. Juni 2023

Dr. Astrid Waser

Ausgangslage – Berücksichtigung der EU Praxis

- › Schweizer Praxis und Rechtsprechung berücksichtigen – teilweise – für die Auslegung von Art. 7 KG auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV:

*"8.2.3. Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ([...]) geregelt sind, **kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden** (BGE 146 II 217 E. 4.3 mit Hinweisen). Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen."* (Six DCC, 2C 596-2019, Hervorhebungen hinzugefügt)

- › EU Praxis "kann" berücksichtigt werden – führt noch nicht zu einer parallelen Auslegung

EU-Praxis zu Art. 102 AEUV – Auswirkungsfrage

- › Tatbestand von Art. 102 AEUV setzt **Berücksichtigung von Auswirkungen voraus:**

*"....although a system of rebates set up by an undertaking in a dominant position on the market may be characterised as a restriction of competition, since, given its nature, it may be presumed to have restrictive effects on competition, the fact remains that what is involved is, in that regard, a mere presumption and **not a per se infringement of Article 102 TFEU**, which would relieve the Commission in all cases of the obligation to examine whether there were anticompetitive effects." (Intel 2022)*

*"Daher kann eine Wettbewerbsbehörde einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV feststellen, indem sie nachweist, dass das in Rede stehende Verhalten in dem Zeitraum, in dem es stattgefunden hat, **unter den Umständen des konkreten Falls [...] in der Lage war, den Leistungswettbewerb zu beschränken.**" (Unilever 2023)*

- › Der Nachweis der Auswirkungen muss **auf greifbare Beweise gestützt sein**

*"... grundsätzlich **auf greifbare Beweise gestützt sein**, die, indem sie **über eine bloße Annahme hinausgehen**, die tatsächliche Eignung der in Rede stehenden Praxis zeigen, solche Wirkungen zu entfalten, wobei, falls Zweifel daran bestehen, diese dem Unternehmen, das eine solche Praxis anwendet, zugutekommen müssen." (Unilever 2023)*

EU-Praxis zu Art. 102 AEUV - Auswirkungsfrage

- › Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und den konkreten Auswirkungen

*"Das Gleiche gilt, [...], für eine Praxis, die nicht von einem hypothetischen Wettbewerber verfolgt werden kann, der zwar **ebenso effizient** ist, aber auf dem relevanten Markt **keine beherrschende Stellung innehat**, da diese Praxis auf der Nutzung von Ressourcen oder Mitteln beruht, die einer solchen Stellung eigen sind."* (Enel 2022, Rz. 78)

*"Ich weise jedoch darauf hin, dass die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einen **kausalen Zusammenhang** mit dem in Rede stehenden Verhalten aufweisen müssen, da sie dem Unternehmen in beherrschender Stellung zurechenbar sein müssen und nicht rein hypothetischer Natur sein dürfen."* (Enel 2022, GA Rantos, Rz. 76)

EU-Praxis zu Art. 102 AEUV – Auswirkungsfrage

- › Betroffene Unternehmen können Beweise beibringen, dass **ihr Verhalten nicht in der Lage war, den Wettbewerb zu beeinträchtigen**
- › **Behörden müssen die Vorbringen und Marktauswirkungen entsprechend prüfen**

"... die Kommission, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung im Verwaltungsverfahren, gestützt auf Beweise, geltend macht, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen, zu prüfen hat, ob das [...] geeignet ist, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen" (Intel 2022, Rz. 125)

EU-Praxis zu Art. 102 AEUV - Auswirkungsfrage

› Competition Policy Briefing vom 27. März 2023

*"First, the assessment of potential effects should not be understood as setting the bar to a simplistic or formalistic standard. In fact, while the Union Courts refer to "potential" effects", they have clarified that the finding of such effects is not a purely abstract exercise. Rather, the Commission must show **that anticompetitive effects are more than merely "hypothetical".**"*

"[...] if the practice does not produce any form of effects on the market, [...] it escapes Article 102 TFEU."

A DYNAMIC AND WORKABLE EFFECTS-BASED APPROACH TO ABUSE OF DOMINANCE | Competition Policy Brief No 1/2023

harm competition.²¹ Despite this varied terminology, the applicable legal standard endorsed by the Union Courts and applied by the Commission must be understood as being one and the same.²² The wording that appears to be the most suitable to capture such standard is that of "potential effects", given that this term allows for sufficient differentiation between this type of effects on the one hand and merely hypothetical or actual effects on the other. The case law of the Union Courts has further articulated what this standard requires in practice for establishing an abuse.

competitive effect which may potentially exclude competitors".²⁴ In this respect, the Union Courts have also emphasized that if a dominant undertaking actually implements a practice, "the fact that the desired result, namely the exclusion of those competitors, is not ultimately achieved does not alter its categorisation as abuse within the meaning of Article 102 TFEU".²⁵ It is only if the practice does not produce any form of effects on the market, that it escapes Article 102 TFEU.²⁶

Finally, the case law has indicated that the Commission's assessment of a conduct of a dominant undertaking must take



Bedingt Prüfung von Marktauswirkungen

SIX DCC – Urteil Bundesgericht

- › Urteil beschränkt auf die **Prüfung von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG** (Koppelungstatbestand)
 - Aussagen beziehen sich ausschliesslich auf Koppelung – Analyse und Wirkung der Rechtsprechung beschränkt auf Art. 7 Abs. 2 lit. f KG

8.6. Die Vorinstanz ist - im Einklang mit der Rechtsprechung und Literatur betreffend das in der EU geltende Recht sowie einem gewichtigen Teil des schweizerischen Schrifttums - davon ausgegangen (siehe dazu die Aufzählung im Entscheid der Vorinstanz E. 1379 ff.), dass es im Rahmen von **Art. 7 Abs. 2 lit. f KG** keines Nachweises einer in bestimmter Weise vorliegenden Wettbewerbsschädigung oder einer Wettbewerbsverfälschung bedarf. Vielmehr handelt es sich nach dieser Auffassung um die unausweichliche Folge einer Kombination separater Produkte ohne Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Danach ist das Koppelungsverbot erfüllt, wenn bereits die sachwidrige, weder durch Handelsbrauch, sachlichen Zusammenhang oder andere objektive Gründe gerechtfertigte Koppelung als solche mit **Art. 7 Abs. 2 lit. f KG** unvereinbar ist; eine auswirkungsbezogene Analyse ist nicht erforderlich (vgl. z.B. CLERC/KELLEZI, a.a.O.,

SIX DCC – Urteil Bundesgericht

- › Urteil scheint auswirkungsbezogene Analyse als "nicht erforderlich" zu erachten (E. 8.6):
 - Bedarf es "*im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG keines Nachweises einer in bestimmter Weise vorliegenden Wettbewerbsschädigung oder einer Wettbewerbsverfälschung*".
 - "*Vielmehr handelt es sich nach dieser Auffassung um die **unausweichliche Folge einer Kombination separater Produkte ohne Vorliegen eines Rechtsfertigungsgrundes***."
 - "*Danach ist das Koppelungsverbot erfüllt, wenn bereits die sachwidrige, weder durch Handelsbrauch, sachlichen Zusammenhang oder andere objektive Gründe gerechtfertigte Koppelung als solche mit Art. 7 Abs. 2 lit. f KG unvereinbar ist; eine auswirkungsbezogene Analyse ist nicht erforderlich*".

Vergleich in Bezug auf die Frage der Auswirkungen

› Six DCC Rechtsprechung

- Keine "per se" Verstösse (?)
- Als Konkretes Gefährungsdelikt zu verstehen? D.h. nur Gefährdung ist nachzuweisen, nicht die Wirkungen auf dem Markt
- Eine auswirkungsbasierte Analyse ist nicht notwendig
- *"Die Beschwerdeführerinnen fokussieren in ihrer Beschwerde auf den Nachweis einer auswirkungsbezogenen Analyse, welche indes – wie dargelegt – nicht erforderlich ist. Sie zielen deshalb mit ihren Rügen an der Sache vorbei."*

› EU Praxis

- Keine "per se" Verstösse
- Ohne Auswirkungen auf dem Markt, ist Art. 102 AEUV nicht anwendbar – **Auswirkungen auf den Markt müssen geprüft werden**
- Der Nachweis der Auswirkungen muss **auf greifbare Beweise gestützt sein, die zeigen, dass das Verhalten tatsächlich geeignet ist**, solche Wirkungen zu entfalten
- **Kausalzusammenhang** zwischen Verhalten und **Marktwirkung**
- Vorbringen der Unternehmen müssen geprüft werden
- **Zweifel** an Auswirkungen kommen Unternehmen zugute

Schlussfolgerungen

- › Übernahme von EU Rechtsprechung und Praxis darf nicht auf einer "pick and choose"
 - Basis erfolgen
- › Marktmissbrauch - Behinderungsmissbrauch
 - EU Praxis zeigt auf, dass
 - es in jedem Fall eine plausible "Theorie of Harm" braucht,
 - für jeden Fall "beyond mere hypothesis" nachzuweisen ist, dass das Verhalten eine wettbewerbswidrige **Auswirkung auf dem Markt** hatte und
 - Unternehmen gehört werden müssen – Zweifel an Auswirkungen kommen den Unternehmen zu Gute
- › Konzept der "konkreten Gefährdungsdelikte", bei welchen lediglich der Eintritt der Gefahr, nicht aber der Eintritt der Verfälschung auf dem Markt nachzuweisen ist, genügen diesem Standard nicht

Schlussfolgerungen

- › Berücksichtigung der EU Praxis sollte umfassend erfolgen
 - Verweise sollten EU Rechtsprechung korrekt abbilden
 - Keine Verweise auf **ungeeignete Grundlagen**, z.B.
 - Pfizer-Urteil: Verweis auf Eturas-Urteil nicht richtig. Eturas-Urteil befasst sich mit horizontalem Informationsaustausch; nicht zu vergleichen mit vertikalem Verhältnis, in welchem Vertriebspartnern Informationen z.B. Preisempfehlungen weitergegeben werden müssen (richtige EU-Rechtspraxis wäre Pronuptia)
 - Keine Begründung der Unterschiede zur EU Praxis mit "**Swiss Finish**" (z.B. Bucher Landtechnik (RPW 2019/4, 1155))
- › "Swiss Finish" – Übernahmen von EU Rechtsprechung und Praxis
 - führen zu Rechtsunsicherheit in der Schweizer Praxis und
 - schränken (marktherrschende) Unternehmen in der Schweiz potenziell mehr ein als in der EU

Quo vadis?



Kontakt



Astrid Waser

Partner

Tel: +41 58 450 80 00

astrid.waser@lenzstaehelin.com

Lenz & Staehelin

Brandschenkestrasse 24, CH-8027 Zurich



STUDIENVEREINIGUNG
KARTELLRECHT

Roundtable Marktmachtmissbrauch – Quo Vadis?

Arbeitssitzung vom 23. Juni 2023

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition,
Universität Bern