

Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern

Prof. Dr. Dirk Schroeder
28. März 2009

© 2009 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

CLEARY
GOTTLIEB

Übersicht

- EG-Recht
- Deutsches Recht
- US-amerikanisches Recht

EG-Recht

CLEARY
GOTTLIEB

Einschlägige Entscheidungen

- EuG v. 27.10.1994, Rs. T-35/92 – John Deere, Slg. 1994, II-957
- EuG v. 14.5.1998, Rs. T-338/94 – Finnboard, Slg. 1998, II-1617
- EuGH v. 28.5.1998, Rs. C-7/95 P – John Deere, Slg. 1998, I-3111
- EuGH v. 8.7.1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125
- EuGH v. 2.10.2003, Rs. C-194/99 P – Thyssen Stahl, Slg. 2003, I-10821
- EuGH v. 23.11.2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Slg. 2006, I-11125

Austausch über beabsichtigtes Wettbewerbsverhalten

- Schlussanträge Kokott vom 19.2.2009 in Rs. C-8/08 – T-Mobile Netherlands BV u.a.:
 - Konkrete Auswirkungen der abgestimmten Verhaltensweise brauchen nicht berücksichtigt zu werden, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt (Per-se-Verbot)
 - Insoweit genügt, wenn sie hierzu konkret geeignet ist (Gefährdungsdelikt)
 - Keine Prüfung der konkreten Auswirkungen
 - Austausch von Informationen über in Aussicht genommenes Marktverhalten ist grundsätzlich geeignet (Ungewissheit wird beseitigt – Selbständigkeitspostulat)
 - Einseitige Information genügt
 - (Widerlegliche) Kausalitätsvermutung zwischen Abstimmung und Marktverhalten
 - Jedenfalls in EG-Verfahren
 - In nationalen Verfahren Effektivitätsgrundsatz zu beachten

Bezwecken

- Klar bei Austausch über beabsichtigtes Marktverhalten
 - Bananenkartell, Bußgelder vom 15.10.2008
- Klar, wenn Marktinformationssystem der Überwachung der Umsetzung einer Kartellabsprache dient
- Bezweckt ein MIV eine Wettbewerbsbeschränkung wenn individualisierende Informationen über die Vergangenheit ausgetauscht werden?
 - Keine Vermutung des Bezweckens (nur der Kausalität der Abstimmung)
 - Beabsichtigt normalerweise nicht, die Ungewissheit über zukünftiges Verhalten zu beseitigen
 - Aber immer noch Frage des Bewirkens

Bewirken

- Leitlinien der Kommission für die Anwendung von Art. 81 EG auf Seeverkehrsdienstleistungen (Maritime Transport Guidelines)
 - Beschäftigen sich nur mit der Frage des Bewirkens
 - Prüfung im Einzelfall
 - Struktur des Marktes
 - Merkmale des Informationsaustauschs
 - Tatsächliche und mögliche Folgen des Informationsaustauschs
 - Fällt nur dann unter Art. 81 Abs. 1 EG, wenn er spürbare negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter hat

Bewirken (2)

- Marktstruktur
 - Konzentrationsgrad
 - Anzahl der konkurrierenden Anbieter, Symmetrie und Stabilität der Marktanteile, strukturelle Verbindungen
- Eigenschaften der ausgetauschten Informationen
 - geschäftlich sensible Informationen (Preise, Kapazitäten*, Kosten)
 - unternehmensspezifisch oder aggregiert
 - Alter der Daten (historisch, aktuell, zukunftsgerichtet)
 - Häufigkeit des Austauschs
 - Haben die Abnehmer Zugang zu den Daten?
- Effizienzgewinne (Art. 81 Abs. 3 EG)
 - müssen substantiiert sein
 - an die Kunden weitergegeben werden
 - abgewogen werden

* Spielen im Seeverkehr besondere Rolle

Deutsches Recht

CLEARY
GOTTLIEB

Das deutsche Recht ...

- ... kann wegen Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 nicht zu anderen Ergebnissen kommen als das EG-Recht
 - Es sei denn keine Auswirkungen auf zwischenstaatlichen Handel
- Deshalb Vorgaben des OLG Düsseldorf in Transportbeton Sachsen (B. v. 26.7.2002, WuW/E DE-R 949) nicht unbedingt maßgeblich
 - Dort: mindestens fünf nicht miteinander verbundene Teilnehmer erforderlich
 - Minderheitsbeteiligungen wegen § 51a GmbHG schädlich

Drogerieartikel

- Regelmäßiger Informationsaustausch im Arbeitskreis Körperpflege, Wasch- und Reinigungsmittel des Markenverbandes
 - Austausch über
 - welche zusätzlichen Rabattforderungen die Einzelhändler stellen
 - welche zusätzlichen Rabatte ihnen daraufhin angeboten wurden
 - in welchem Stadium sich die Verhandlungen befinden
 - welche zusätzlichen Rabatte gewährt wurden oder voraussichtlich gewährt werden
 - Keine Nennung der Rabatthöhe
- BKartA stellt Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 81 EG fest und bebußt am 20.2.2008
 - Regelmäßiger Austausch im Rahmen der Verbandssitzungen ist Vereinbarung zwischen Wettbewerbern
 - Beschränkung des Geheimwettbewerbs in Bezug auf die Veränderungen der mit den Einzelhändlern vereinbarten Rabatte bezweckt und bewirkt
 - beschränkt als identifizierendes Marktinformationsverfahren den Geheimwettbewerb in Bezug auf einen wesentlichen Preisbestandteil
 - Gefahr der Koordinierung des Marktverhaltens

Luxuskosmetik - Schlossrunde

- Identifizierendes Marktinformationssystem
 - Vierteljährliche Meldungen von Umsatzzahlen
 - und Informationen über
 - Werbeausgaben
 - Retouren
 - geplante Produktneueinführungen
 - geplante Preisanhebungen
 - Verhalten gegenüber ausgewählten Parfümerien
 - andere marktstrategische Elemente
- Bußgelder vom 10.7.2008

US-amerikanisches Recht

CLEARY
GOTTLIEB

Information exchanges judged under the “rule of reason”

- Balances pro-competitive and anticompetitive effects
- Thus, evidence regarding actual effects is key
 - But information exchange (and contacts between competitors caused by information exchanges) can be used as circumstantial evidence from which a conspiracy can be inferred

Practical risk is mainly from private lawsuits under Sherman Act §1

- Criminal sanctions limited to hard core violations rather than information exchanges, and information exchanges are not at top of DOJ or FTC priority list for civil enforcement
- Private plaintiffs, including class action plaintiffs' counsel, however, use information exchanges and "contacts" among competitors to support broader conspiracy claims
- The more contact required among competitors (in-person, email, etc.) or the more competitively sensitive the information, the greater the risk
- Certain factors increase suspicion: privately announced, no customer need, current data, price data exchanged
- Cost benchmarking often deemed reasonably low risk if competitors receive high-level, historical, aggregated data, especially if aggregated by third party

NEW YORK
WASHINGTON
PARIS
BRUSSELS
LONDON
MOSCOW
FRANKFURT
COLOGNE
ROME
MILAN
HONG KONG
BEIJING

CLEARY GOTTLEB STEEN & HAMILTON LLP

www.clearygottlieb.com