

NIEDERER KRAFT FREY

Verein für Wettbewerbsökonomik

Diskussion zum Thema

"Wann ist ein Preis ein Preis?"

Nicolas Birkhäuser, NKF

Zürich – 16. November 2023

Inhalt

1. Wettbewerbsabrede: Ein Prüfschema in zwei Schritten
2. Voraussetzungen bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen
3. Faktoren zur Feststellung bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen
4. Rechtsprechung des EuGH
5. Formalistischer Prüfungsansatz in der Schweiz
6. Aktuell: EuGH bestätigt mit "Super Bock" Einzelfallprüfung als Regel
7. Vereinbarung ≠ Abgestimmte Verhaltensweise

NB: Die Diskussion, ob es nach Schweizer Recht bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Wirkungsanalyse gibt, wird in dieser Präsentation bewusst ausgeklammert, um andere Punkte zu erörtern.

1. Wettbewerbsabrede: Ein Prüfschema in zwei Schritten (I)

- **Zuerst: Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG.**
 - Liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (restriction by object) vor?
 - Liegt eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung (restriction by effect) vor?
 - **Ökonomische Prüfung**, ob Abrede bzw. Verhaltensweise pro- oder anti-kompetitiv ist:
 - **Nur wenn anti-kompetitiv**, liegt eine Wettbewerbsbeschränkung und damit eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vor.
 - Ähnlich / analog Nebenabreden (ancillary restraints) im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen. Praxis etabliert.

1. Wettbewerbsabrede: Ein Prüfschema in zwei Schritten (II)

- **Erst danach: Auslegung der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.**
 - Um welche Art von Preisabrede handelt es sich? – Unterscheidung zwischen:
 - "Nur die krassesten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen": direkte Sanktionen.
 - "Jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten": indirekte Sanktionen, sofern sanktionierbar.
 - Das Recht gibt den Rahmen vor. **Die Ökonomie ist relevant bei der Auslegung.**
 - **In jedem Fall: Direkte Sanktionen** von unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumierten Wettbewerbsabreden **nur bei klaren Hardcore Fällen** (d.h. "nur die krassesten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen").
- Literatur: Siehe dazu gut begründet: Roger Zäch, Restriktive Auslegung von Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG, AJP 2023, S. 686.

2. Voraussetzungen bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen

- **Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung setzt voraus:**
 1. Eine Abrede ist nur eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie **schon ihrem Wesen nach schädlich** für den Wettbewerb ist.
 2. Nur klare **schwerwiegendste** Wettbewerbsbeschränkungen sind bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen.
 3. Das Bestehen einer **bezweckten Wettbewerbsbeschränkung** muss **im Einzelfall konkret** dargetan werden.
 4. Es **genügt nicht, eine Wettbewerbsbeschränkung abstrakt anzunehmen** bzw. gestützt auf theoretische Annahmen, wie "objektive Eignung" zur Wettbewerbsbeschränkung.
- **Ökonomische Prüfung**, ob pro- oder anti-kompetitiv und ggf. wie schwerwiegend.

3. Faktoren für Wettbewerbsbeschränkungen gemäss EuGH

- **Für Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung sind u.a. folgende Faktoren zu prüfen** (vgl. EuGH C-67/13 P, *cartes bancaires*, u.a. Rz. 53, 55, 58, 78):
 1. Der Inhalt der Abrede;
 2. Die mit der Abrede verfolgten Ziele;
 3. Der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang, in dem die Abrede steht;
 4. Die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen;
 5. Die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen; und
 6. Die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte.
- **Das Recht gibt den Rahmen vor. Die Ökonomie ist relevant bei der Prüfung.** – Diskussion: Was ist der Rahmen? Insbes. Tatbestände, Tatbestandselemente, Prüfschema, Grundprinzipien. – Wechselwirkung Recht und Ökonomie.

4. Rechtsprechung des EuGH

- **Aufgrund der vorstehend genannten Faktoren:**
 - **Prüfung und Feststellung im Einzelfall**, ob bezweckte Wettbewerbsbeschränkung besteht.
 - Vergleich **Wettbewerbsbedingungen mit und ohne die** untersuchte **Verhaltensweise** (Counterfactual).
 - **Keine theoretischen Verallgemeinerungen** (z.B. "objektive Eignung").
 - Keine Automatismen wie "Preis-, Mengen- und Gebietsabreden bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung".
 - **Es kommt** immer entscheidend **auf den konkreten Sachverhalt an**.
- Das Recht gibt den Rahmen vor. **Die Ökonomie ist relevant bei der Prüfung.**

5. Formalistischer Prüfungsansatz in der Schweiz (I)

- **WEKO und Gerichte legen Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sehr weit aus. – Beispiele:**
 - Einkaufsgemeinschaften (oft pro-kompetitiv; ggf. keine Wettbewerbsbeschränkung).
 - Arbeitsgemeinschaften, Konsortien, Pools, z.B. Mitversicherungsgemeinschaften, Versicherungspools (oft pro-kompetitiv; ggf. keine Wettbewerbsbeschränkung).
 - Gemeinschaftsunternehmen (Preise, zu denen GU die von ihm produzierten Produkte verkauft, müssen festgelegt werden; ggf. keine Wettbewerbsbeschränkung).
 - Preisempfehlungen (auch Folie 10: EuGH C-211/22, Super Bock; ferner z.B. Massimo Motta: "if there is no proof that they have agreed on a particular practice, the very fact that they have followed that practice should not be proof of collusion", in: Competition Policy – Theory and Practice, 2004, S. 188; ggf. keine Wettbewerbsbeschränkung).

5. Formalistischer Prüfungsansatz in der Schweiz (II)

- **WEKO und Gerichte legen Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sehr weit aus. – Beispiele:**
 - Informationsaustausch (Informationsaustausch selbst stellt keine Abstimmung dar; Informationsaustausch muss zu einer Verständigung über das zukünftige Verhalten führen, um eine Abstimmung darzustellen; ggf. keine Wettbewerbsbeschränkung).
 - Bruttopreissenkungen (obwohl sie je nach Fall Bruttopreise kein wesentliches Preiselement sind und Preissenkungen keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sind).
 - Gerne weitere Beispiele / Fragen in der Diskussion.
- **Ökonomische Prüfung nötig.** Das gilt analog bei der Marktbeherrschung bzw. Marktmacht.

6. Aktuell: EuGH bestätigt mit "Super Bock" Einzelfallprüfung als Regel

- **Ende der formalistischen Praxis** (vgl. EuGH C-211/22, Super Bock, Rz. 32-37, 38-39, 41-42):
 - Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (by object) kann nur festgestellt werden, wenn der Inhalt einer Abrede, ihre Ziele und der wirtschaftliche und rechtliche Kontext berücksichtigt w.
 - Pro-kompetitive Wirkungen sind unter Art. 101 Abs. 1 AEUV (d.h. bei Frage, ob Wettbewerbsbeschränkung / ob im Anwendungsbereich) und nicht unter Art. 101 Abs. 3 AEUV (d.h. bei Rechtfertigung) zu prüfen.
 - Analyse einer Abrede muss stets kontextspezifisch sein und kann nicht allein auf die formalen Merkmale einer Abrede gestützt werden. Ausnahmslos. Das gilt allgemein für das EU-Recht.
 - Begriffe "Kernbeschränkung" und "bezweckte Beschränkung" sind begrifflich nicht austauschbar und decken sich nicht. Daher sind Kernbeschränkungen im Einzelfall zu prüfen.
 - Nachzulesen: EuGH C-211/22, Super Bock, sowie zahlreiche weitere Entscheide.
- **Ökonomische Prüfung nötig.** Das gilt analog bei der Marktbeherrschung bzw. Marktmacht.

7. Vereinbarung ≠ Abgestimmte Verhaltensweise

- **Unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen** von Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise:
 - **Vereinbarung**: übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung und daraus folgender Konsens;
 - **Abgestimmte Verhaltensweise**: (i) Abstimmung, (ii) koordiniertes Marktverhalten und (iii) Kausalzusammenhang zwischen beidem.
 - Es muss **entweder** eine **a) Vereinbarung** oder eine **b) abgestimmte Verhaltensweise** vorliegen und nachgewiesen werden.
 - Ob Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, kann deshalb **nicht offengelassen** werden.
- **Prüfung des Sachverhalts nötig.**

Besten Dank



Nicolas Birkhäuser

Partner

D +41 58 800 8476

M +41 79 706 5772

nicolas.birkhaeuser@nkf.ch

Niederer Kraft Frey Ltd

Zürich: Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zürich T +41 58 800 80 00

Genf: Place de l'Université 8 CH-1205 Genf T +41 58 800 85 00 nkf.ch

NKF

Niederer Kraft Frey Ltd

Zürich: Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zürich T +41 58 800 80 00

Genf: Place de l'Université 8 CH-1205 Genf T +41 58 800 85 00 nkf.ch