

Ein Treffen ist eins zu viel! Der Europäische Gerichtshof setzt strikte kartellrechtliche Maßstäbe für zulässigen Informationsaustausch unter Wettbewerbern

One meeting may be one too many! The European Court of Justice sets a strict antitrust standard for information exchanges between competitors

Am 4. Juni 2009 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) ein wichtiges Urteil¹ zur kartellrechtlichen Zulässigkeit des Informationsaustausches unter Wettbewerbern erlassen. Der EuGH formuliert strenge Maßstäbe, nach denen ein Treffen, in dem ein Unternehmen ein wettbewerblich relevantes Detail bekannt gab, einen kartellrechtlichen Verstoß begründen kann.

Hintergrund

Die niederländische Wettbewerbsbehörde fand heraus, dass fünf Vertreter von in den Niederlanden tätigen Mobilfunkbetreibern ein Treffen abgehalten hatten, in dem ein Unternehmensvertreter die Kürzung von Standardvertragshändlerprovisionen für Postpaid-Verträge bekannt gab. Die Vertreter diskutierten dies und waren sich einig, dass eine Kürzung wünschenswert wäre. Die Wettbewerbsbehörde befand, dass die fünf Unternehmen eine Vereinbarung miteinander geschlossen bzw. ihre Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hatten. Die Behörde verhängte wegen des Verstoßes gegen niederländisches Kartellrecht Geldbußen von insgesamt 88 Millionen EUR.²

Die Vorschrift des niederländischen Kartellrechts entspricht Artikel 81 Abs. 1 EG. Nach Artikel 81 Abs. 1 EG sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, welche geeignet sind, den Handel

On June 4, 2009, the European Court of Justice (“ECJ”) rendered an important judgment¹ on the permissibility of information exchanges between competitors. The ECJ has concluded that a single meeting at which one company discloses a single piece of information capable of removing uncertainties in the market may be sufficient to establish an infringement under the Community Competition Laws.

Background

Representatives of five operators offering mobile telecommunication services in The Netherlands held a meeting at which one of the representatives communicated the reduction of standard dealer remunerations for postpaid subscriptions by his company. The operators discussed this and agreed that it was desirable for the payments to be adjusted downwards. The Netherlands Competition Authority found that the five companies had concluded an agreement or had entered into a concerted practice. The Dutch authority imposed a fine totalling EUR 88 million after finding a violation of a provision of the Dutch Cartel Act.²

The provision in the National Cartel Act is similar to Article 81 EC Treaty. Article 81(1) EC Treaty prohibits all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices, which may affect trade between Member States and which have as their object, or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market.

zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Streitfragen

Die behördliche Entscheidung wurde angefochten. Ein niederländisches Gericht erachtete bestimmte europarechtliche Punkte für entscheidungsrelevant und legte dem EuGH folgende Streitfragen zur Vorabentscheidung vor:

- Klarstellung des Tatbestandsmerkmals „abgestimmte Verhaltensweisen“, insbesondere der bei der Analyse anzuwendenden Kriterien, ob eine abgestimmte Verhaltensweise eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt;
- Klarstellung der Kausalitätsvermutung zwischen abgestimmter Verhaltensweise und Marktverhalten;
- Klarstellung über den Inhalt der Kausalitätsvermutung, insbesondere, ob die Vermutung eingreift, wenn die Abstimmung *einmalig* erfolgt ist.

Urteil des EuGH

Abgestimmte Verhaltensweisen und bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Die Frage, ob eine abgestimmte Verhaltensweise wettbewerbsbeschränkend ist, muss nach Auffassung des EuGH im Lichte der objektiven Ziele, die sie zu erreichen sucht, sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs festgestellt werden. Während die Absicht der Beteiligten kein notwendiges Element dieser Feststellung sei, könne sie dennoch berücksichtigt werden. Der EuGH wiederholt seine bisherige Rechtsprechung, nach der die tatsächlichen Auswirkungen abgestimmter Verhaltensweisen nicht in Betracht gezogen werden bräuchten, wenn sich ergebe, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wurde.

Der EuGH macht deutlich, dass eine abgestimmte Verhaltensweise bereits dann einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck verfolge, wenn sie das Potential hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu

Issues

The authority's decision was appealed. The Dutch Appellate Court agreed that interpretative points on EU law arose and asked the ECJ to address the following issues:

- *Clarification of the notion of “concerted practice”, in particular, the criteria that must be applied when analyzing whether a concerted practice has as an anti-competitive object;*
- *Clarification of the presumption of causal connection between concerted practice and market conduct;*
- *Clarification of the extent of such presumption, in particular, whether the presumption applies if the concerted practice is based only on a single meeting between competitors.*

ECJ Judgment

Concerted practice and object

The question whether a “concerted practice” is anti-competitive has to be analyzed in the light of its objective and the economic and legal context. While the intention itself is not an essential element, it can be taken into account. The ECJ judgment reiterates the position of law: it is not necessary to consider the actual effects of a concerted practice, where the objectives are apparently anti-competitive. The rationale behind this principle is that certain forms of collusion can be seen, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition.

The ECJ judgment confirms the view that a concerted practice already pursues an anti-competitive object if it has the potential of having negative effects on competition, or, in other words it is capable of being anti-competitive. It is not necessary to prove an actual prevention, restriction or distortion of competition.

entfalten oder – in anderen Worten – wenn sie konkret geeignet sei, zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen. Eine tatsächliche Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs müsse nicht nachgewiesen werden.

Soweit nun ein Informationsaustausch unter Wettbewerbern betroffen ist, erinnert der EuGH daran, dass jeder Marktteilnehmer seine Unternehmenspolitik im Gemeinsamen Markt selbständig bestimmen müsse. Das Gericht konzidiert, dass dieses Postulat Unternehmen nicht das Recht nehme, sich dem festgestellten oder zu erwartenden Verhalten der Konkurrenz anzupassen. Allerdings verbiete Artikel 81 EG jeden direkten oder indirekten Kontakt zu Wettbewerbern, der geeignet ist, das Marktverhalten eines (potentiellen) Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über eigene Verhalten und Entscheidungen zu informieren, sofern diese Kontakte zu unnormalen Wettbewerbsbedingungen führten. Das Gericht schlussfolgert, dass der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern gegen Kartellrechtsnormen verstoße, wenn er im Lichte der Marktstruktur den Grad der Ungewissheit verringert oder beseitigt und dadurch zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe.

Die Tatsache, dass der Informationsaustausch nicht Verbraucherpreise betraf, spielt für das Gericht keine Rolle. Sofern wettbewerblich sensitive Parameter Gegenstand des Austauschs sind, kann eine abgestimmte Verhaltensweise gegen Artikel 81 EG verstoßen, auch wenn kein direkter Zusammenhang mit Verbraucherpreisen besteht. Der EuGH überlässt dem vorlegenden Gericht die Prüfung, ob die ausgetauschten Informationen die Unsicherheit auf dem Markt beseitigt hatten.

Abgestimmte Verhaltensweisen und Marktverhalten

Gemäß der Entscheidungspraxis der Europäischen Gerichte existiert eine Vermutung der Ursächlichkeit zwischen abgestimmtem Verhalten und Marktverhalten der beteiligten Unternehmen, falls diese weiterhin auf dem Markt tätig sind. Diese Vermutung ist nach Auffassung des EuGH integraler Bestandteil des Merkmals „abgestimmte Verhaltensweisen“ im Sinne des Artikel 81 Abs. 1 EG.

As far as information exchanges between competitors are concerned, the ECJ reiterated that each operator in the market must independently determine the policy which it adopts. The ECJ points out that economic operators are expected to adapt themselves intelligently to their competitors' existing or anticipated conduct. However, Article 81 EC Treaty strictly precludes any direct or indirect contact between competitors, which might influence them or might disclose their intentions or decisions about their own conduct on the market where the object or effect of such contacts do not correspond to normal market conditions. The ECJ concludes that the exchange of information between competitors would infringe competition rules if, in the light of the market structure, it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted.

The fact that the information exchanged did not regard end consumer prices was found to be irrelevant. The ECJ held that a concerted practice can infringe competition rules by object, if the subject-matter of the information exchanged concerned competitively relevant parameters, even if there is no direct connection between that practice and consumer prices. The question as to whether the information exchanged in the meeting would by itself remove the uncertainty in the market was left to be decided by the national authority.

Concerted practice and market conduct

According to the decisional practice of Community Courts there is a presumption of casual connection between a concerted practice and market conduct of the participating companies, where the companies remain active on the market. This presumption is an integral part of the notion of “concerted practice” within the meaning of Article 81 (1) EC Treaty.

Der EuGH stellt fest, dass die Interpretation von Gemeinschaftsrecht durch Gemeinschaftsgerichte für alle nationalen Gerichte und Behörden bindend sei, und daher die Kausalitätsvermutung bei der Feststellung der abgestimmten Verhaltensweisen anzuwenden sei. Daraus folgt – so das Gericht –, dass Unternehmen, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei ihrer weiteren Tätigkeit auf dem Markt berücksichtigt hätten, sofern die Unternehmen den ihnen obliegenden Gegenbeweis nicht geführt haben.

Abgestimmte Verhaltensweisen und ein einziges Treffen

Einige der Unternehmen hatten argumentiert, dass die Ursächlichkeit nur dann vermutet werden könne, wenn Unternehmen regelmäßig in dem Bewusstsein zusammen kommen, dass vertrauliche Informationen ausgetauscht werden. Es sei „irrational“ anzunehmen, dass Unternehmen ihr Marktverhalten auf Informationen stützten, die während eines – im Übrigen legitimen – Treffens ausgetauscht worden sind.

Den EuGH überzeugte dieses Argument nicht. Das Gericht stellt explizit fest, dass ein einziges Treffen ausreichend sei, um ein Marktverhalten zu koordinieren. Wesentlich sei weniger die Anzahl der Treffen als die Frage, ob die Kontakte den Unternehmen ermöglicht hätten, die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens zu berücksichtigen, und dadurch die praktische Zusammenarbeit an die Stelle der mit Wettbewerb verbundenen Risiken getreten sei.

The ECJ has declared that since the interpretation of Community Law by the Community Courts is binding on all National Courts, they are obliged to apply this presumption of a casual connection in cases involving concerted practices. Companies taking part in a concerted practice are presumed to take account of the information exchanged with their competitors, unless they are able to prove the contrary with sufficient evidence.

Concerted practice and single meeting

Some of the companies argued that a casual connection can only be presumed where they have met regularly with the knowledge that confidential information has been exchanged. It would be “irrational” to assume that a company would base its market conduct on information exchanged during the course of just one meeting, in particular, where the meeting otherwise had a legitimate purpose.

The ECJ, however, did not agree with this contention and concludes that a single meeting may be sufficient for the participating companies to align their market conduct. According to the ECJ, what matters is not so much the number of meetings but whether the meeting(s) afford the opportunity to take account of the information exchanged with their competitors in order to determine their conduct on the market and knowingly substitute practical cooperation between them for the risks of competition.

Bedeutung des Urteils

Der EuGH setzt strenge Maßstäbe für einen zulässigen Informationsaustausch unter Wettbewerbern. Das Urteil zeigt deutlich, dass der Informationsaustausch als solcher – und nicht nur als notwendiger Begleiter von schwerwiegenden Kartellen – kartellrechtlich problematisch sein kann. Insofern erfahren auch nationale Behörden Unterstützung für ihre entsprechende Verfolgungstätigkeit, wie sie z. B. das Bundeskartellamt im Schlossrundenfall³ demonstriert hat. Das Urteil sollte Unternehmen daran erinnern, ihre Richtlinien in Bezug auf Kontakte mit Wettbewerbern sorgfältig zu prüfen und deren Implementierung zu überwachen. Folgende Elemente sollten diese Richtlinien berücksichtigen:

- eine abgestimmte Verhaltensweise kann einen Kartellrechtsverstoß bezwecken, d. h. es ist nicht notwendig, die tatsächlichen Auswirkungen zu untersuchen;
- die möglicherweise fehlende Absicht der Unternehmen, gegen Kartellrecht zu verstoßen, ist unbeachtlich;
- ein Kartellverstoß kann auch dann vorliegen, wenn kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen abgestimmten Verhaltensweisen und Endverbraucherpreisen besteht;
- ein Kartellrechtsverstoß kann vorliegen, wenn Gegenstand des Informationsaustausches wettbewerblich erhebliche Parameter sind, und der Austausch Unsicherheiten am Markt ausräumt;
- es wird vermutet, dass Unternehmen, die in dieser Form an abgestimmten Verhaltensweisen teilnehmen, die ausgetauschten Informationen für ihr Marktverhalten berücksichtigen sofern sie nicht das Gegenteil beweisen können;
- ein einziges Treffen kann ausreichen, um diese Vermutung entstehen zu lassen.

Conclusion

The ECJ judgment sets a strict standard for information exchanges. It clearly shows that information exchanges as such are capable of infringing Article 81 (1) EC Treaty. It also endorses enforcement activities of national competition authorities when applying national provisions similar to Article 81 (1) EC Treaty. The judgment should remind companies to check and monitor their policy in relation to contacts with competitors:

- *a concerted practice can infringe competition rules by object i.e. it is not necessary to consider the actual effects of the practice;*
- *the intention of the companies itself is not an essential element;*
- *it is irrelevant whether or not there is a direct connection between the concerted practice and consumer prices;*
- *an infringement of the competition rules can occur if the subject-matter of the information exchanged concerns competition relevant parameters and removes uncertainties in the market;*
- *it will be assumed that companies taking part in a concerted practice take account of the information exchanged with their competitors, unless they are able to prove the contrary with sufficient evidence;*
- *a single meeting may be sufficient to establish such presumption.*

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an einen der folgenden Ansprechpartner:

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact one of the lawyers listed below:

Dr. Jens Peter Schmidt

Partner, Brussels

T: +32 2 502 5517

jpschmidt@mayerbrown.com

Margarita Peristeraki

Associate, Brussels

T: +32 2 551 5983

mperisteraki@mayerbrown.com

¹ Urteil des Gerichtshofs (Dritte Kammer) vom 4. Juni 2009; Rechtssache C 8/08. Das Urteil folgt weitgehend den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott vom 19. Februar 2009.

² Entscheidung des Generaldirektion der Niederländischen Wettbewerbsbehörde gemäß Abschnitt 62 (1) des Wettbewerbsgesetzes vom 30. Dezember 2002; Fallnummer 2658-344.

³ http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2008/2008_07_10.php.

¹ Judgment of the Court (Third Chamber) dated June 4, 2009, Case C 8/08 The judgment follows largely the opinion of Advocate General Kokott, delivered on February 19, 2009.

² Decision of the Director-General of the Netherlands Competition Authority, as referred to in Section 62 (1) of the Competition Act of December 30, 2002, Case No. 2658-344.

Mayer Brown is a leading global law firm with approximately 1,000 lawyers in the Americas, 300 in Asia and 500 in Europe. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest investment banks. We provide legal services in areas such as Supreme Court and appellate; litigation; corporate and securities; finance; real estate; tax; intellectual property; government and global trade; restructuring, bankruptcy and insolvency; and environmental.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, São Paulo, Washington
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai
EUROPE: Berlin, Brussels, Cologne, Frankfurt, London, Paris

ALLIANCE LAW FIRMS Mexico (Jáuregui, Navarrete y Nader); Spain (Ramón & Cajal); Italy and Eastern Europe (Tonucci & Partners)

Please visit our website for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

www.mayerbrown.com

This Mayer Brown LLP publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

© 2009. Mayer Brown LLP, Mayer Brown International LLP, and/or JSM. All rights reserved.

Mayer Brown LLP is a limited liability partnership established under the laws of the State of Illinois, U.S.A.