43. FIW-Symposion, Innsbruck

Kartellrechtliche Entflechtungsregelungen im internationalen Vergleich

Rechtsanwalt Dr. Thomas Lübbig, Berlin

19. Februar 2010

Überblick

- Ausdrückliche Entflechtungsregelungen einzelner Staaten
- Exkurs: Die Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht
- Entflechtung im europäischen Wettbewerbsrecht
- Entflechtung im Vereinigten Königreich
- Entflechtung in den Vereinigten Staaten
- Bewertung und Vergleich

The Elephant who became a Tiger

Section 28 des indischen Competition Act (2002/2007)

The Commission may, notwithstanding anything contained in any other law for the time being in force, by order in writing, direct division of an enterprise enjoying dominant position to ensure that such enterprise does not abuse its dominant position.

In particular, [...], the order referred to in sub-section (1) may provide for all or any of the following matters, namely:

(a) the transfer or vesting of property, rights, liabilities or obligations,

(e) the formation or winding up of an enterprise or the amendment of the Memorandum of Association or articles of association or any other instruments regulating the business of any enterprise.

Gütesiegel der OECD: „Next to State of the Art“

Weitere Beispiele:

- Japan
- Polen
- Südafrika

Die Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen nach deutschem Kartellrecht

- Der Fall Nord-KS/Xella (2006/2008)

- Die Entflechtung von Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland (2004)

Tulpengrüße aus Rotterdam

„There is no free lunch.

Banks which have received substantial state aid will have to restructure. Restructuring is necessary, usually meaning turning down operations.“ (Neelie Kroes, 2009).

Entflechtungsverfahren nach der Verordnung 1/2003

- Verfahren nach Art. 9 (Entflechtungszusagen im Energiesektor, kürzlich bestätigt (4. Februar 2010) im Fall ENI (Abgabe von Pipeline-Beteiligungen).
- Art. 7 Abs. 1: Vorrang verhaltensorientierter Abhilfemaßnahmen gegenüber Abhilfemaßnahmen struktureller Art.

Entflechtung im Vereinigten Königreich

The View from the Clapham Omnibus

„If the CC finds an adverse effect on competition, it has a duty to remedy it, and any damage to customers, as comprehensively as is reasonable and practicable, although it has some discretion to protect specific customer benefits. The CC‘s remedy powers are extensive, ranging from the making available of more information to consumers to changing the terms of agreements or the divestment of whole businesses. In developing these remedies, the CC must have regard to the principle of proportionality.“ (Peter Freeman, Chairman of the UK Competition Commission, 2007)

Praktische Fälle aus dem Vereinigten Königreich

- Road-side advertising services (1981)
- The supply of beer (1989)
- BAA (2009): Eine folgenreiche Personalie

Entflechtungsfälle in den Vereinigten Staaten

- Großer Erfahrungsschatz über mehr als 100 Jahre hinweg (aufwendige Gerichtsverfahren mit entweder abschließendem Urteil oder Regelung durch Consent Decree)

<u>Beispiele:</u>

- Standard Oil (1911)
- American Tobacco (1911)
- IBM (1956 bis 1982)
- AT&T (1982)
- Microsoft (1998 bis 2001)

Einzelne Stimmen zur Bewertung der Entflechtung im US-amerikanischen Recht

„Die Erfahrungen in den USA mit Entflechtungsregelungen sind insgesamt enttäuschend. Außer langwierigen Verfahren, die zumeist gerade *nicht* in einer Entflechtung endeten, hat das Instrument in der Praxis keine durchgreifenden Verbesserungen der Wettbewerbsver-hältnisse erbringen können.“ (Otto Graf Lambsdorff, 1987)

„Why has divestiture such a poor overall record as a Sherman Act section 2 remedy? The characteristic delay of antitrust proceedings is part of the reason. Law time is not real time. Often by the time a divestiture decree is entered or can be carried out, the industry has so changed as to make such a decree an irrelevance.“ (Richard A. Posner, 2001)

Einzelne Stimmen zur Bewertung der Entflechtung im US-amerikanischen Recht

„The section two divestiture suit supplies a useful form of antitrust insurance if the prevailing wisdom about the extreme unlikelihood of successful predation, whether by price or non-price strategies proves incorrect, if only in rare but important instances.

A second reason to retain the monopolisation divestiture suit stems from recent merger enforcement policy. The Reagan Administration loosened the Government‘s standards for reviewing horizontal mergers. Not only did the Reagan merger guidelines raise the nominal thresholds, but the Antitrust Division and the FTC also applied the guidelines‘ criteria in ways that created even broader zones of discretion for the business community. [...] <u>If recent enforcement policies erred</u> in allowing transactions that ultimately yield genuine market power, the section two divestiture suit affords a valuable means of correction.“ (William E. Kovacic, 1989)

Einzelne Stimmen zur Bewertung der Entflechtung im US-amerikanischen Recht

„Following these Supreme Court cases, the Government and private parties have successfully challenged unlawful exclusionary conduct that harms consumers and competitors. [...] are strong examples of successful challenges to exclusionary conduct and the Department will look at them in establishing its Section 2 enforcement priorities. In particular, following the B.C. circuit‘s decision in *United States v. Microsoft*, we will need to look closely at both the perceived pro-competitive and anti-competitive aspects of a dominant firm‘s conduct, weigh these factors, and determine whether on balance the net effect of this conduct harms competition and consumers. Going forward, the Department is committed to aggressively pursuing enforcement of Section 2 of the Sherman Act in furtherance of the principles embodied of these cases.“ (Christine A. Varney, 2009)

Ein altbekanntes Parochial-Problem

Auszug aus den Schriftsätzen von Standard Oil:

„[w]e shall have no chance in the competition of the world for trade with a rival like Germany, the most intelligent of them all, which by special legislation fosters the combination which you are asked to condemn as criminal.“

Bewertung

- Keine allgemeine Erfolgsgeschichte als legislatives Vorbild.
- Uneinheitliches Stimmungsbild aus den Vereinigten Staaten.
- Auch im internationalen Vergleich bleibt die kartellrechtliche Entflechtung ein seltenes auf Ultima-Ratio-Fälle beschränktes Eingriffsinstrument.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2010

Diese Informationen sind nicht als umfassende Darstellung gedacht und können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

DAC6734024