

Das Gericht erster Instanz der Europäischen Union nahm in seinem Urteil vom 12.06.2002 die Kommissionsentscheidung, die Fusion von *Airtours* und *First Choice* im Jahre 1999 zu untersagen, förensisch auseinander.<sup>1</sup> Das Urteil wird als ein Wendepunkt in der europäischen Fusionspolitik angesehen werden. Das Gericht akzeptierte nahezu sämtliche von *Airtours* vorgebrachten Argumente, übte schwere Kritik an der Analyse der Kommission und kam zu dem Schluss, dass die Entscheidung „nicht auf eindeutige Beweise gestützt“ war und „eine Reihe von Beurteilungsfehlern“ aufwies. Der wichtigste Aspekt des Urteils für zukünftige Fusionen ist das Setzen klarer Richtlinien für die Bewertung von Fusionen in Oligopolmärkten.

### Klarstellung des Tests

Das Urteil macht unmissverständlich klar, dass die Analyse von kollektiver Marktbeherrschung eine Untersuchung von stillschweigender Koordination (*tacit coordination*) beinhaltet. *Airtours* vertrat diese Auffassung von Anfang an und brachte als einen der Hauptpunkte in der Berufung vor, dass die Kommission im Fall *Airtours/First Choice* von ihrem Ansatz zu kollektiver Marktbeherrschung in früheren Fällen abgewichen war.<sup>2</sup> Das Gericht benennt drei notwendige Bedingungen für kollektive Marktbeherrschung:

- Erstens muss der Markt hinreichend transparent sein. Jede Firma des Oligopols muss das Verhalten der anderen Oligopolisten in Erfahrung bringen können, um zu beurteilen, ob sich die anderen Firmen an die stillschweigend vereinbarte „einheitliche Strategie“ überhöhter Preise oder niedriger Absatzmengen halten.
- Zweitens ist ein Sanktions- oder Abschreckungsmechanismus für die Durchsetzung dieses „einheitlichen Vorgehens“ notwendig, um dem individuellen Anreiz der Firmen entgegenzuwirken, von diesem Vorgehen abzuweichen („Regelverstöße“).
- Drittens muss weiterhin gezeigt werden, dass die erwarteten Vorteile aus einem „einheitlichen Vorgehen“ nicht durch Reaktionen von Wettbewerbern oder Konsumenten untergraben werden. (In diesem Fall beinhaltete dies im wesentlichen die Analyse von Markteintrittsbarrieren.)

Das Gericht betonte ausdrücklich, dass die Kommission zum Verbot einer Fusion aufgrund von kollektiver Marktbeherrschung überzeugende Beweise vorlegen muss, dass alle drei Bedingungen erfüllt sind.

Die Wettbewerbsintensität des Marktes zum Zeitpunkt der Benachrichtigung wurde vom Gericht ebenfalls als „entscheidender Umstand“ bei der Beurteilung der Entstehung kollektiver Marktbeherrschung durch die Transaktion angesehen. Diesbezüglich hielt das Gericht die Beschreibung der Wettbewerbssituation im Markt für Auslandspauschalreisen (APR) vor der Fusion durch die Kommission für „besonders knapp gehalten“. Die Kommission behauptete in ihren Schriftsätzen aber auch nicht, dass kollektive Marktbeherrschung zum Zeitpunkt der Benachrichtigung bereits vorlag. Folglich hätte die

Kommission zeigen müssen, dass die Fusion zu einer *Begründung* von kollektiver Marktbeherrschung geführt hätte und nicht nur zu einer *Verstärkung* einer bereits existierenden Marktbeherrschung.

Ein Hauptargument der Kommission in Bezug auf die Wettbewerbssituation vor der Fusion war, dass die großen Firmen im Markt bei der Festlegung ihrer Kapazitäten „vorsichtig“ vorgegangen seien. Das Gericht lehnte dies mit der Begründung ab, dass die Parteien das Recht hätten, „sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen“. Diese Feststellung war von zentraler Bedeutung, da ein weiteres Hauptargument von *Airtours* war, die Kommission verwechsle in ihrer Entscheidung „akzeptable“ oligopolistische Interaktion mit stillschweigender Koordination.

### Notwendigkeit des Sanktionsmechanismus

Darüber hinaus beendet das Urteil ein für alle mal die Debatte, ob ein Sanktionsmechanismus für die Beurteilung von kollektiver Marktbeherrschung notwendig ist. Die Kommission hat nach Ansicht des Gerichts in der Entscheidung einen „nicht ganz eindeutigen Standpunkt eingenommen“. Sie sah in „straffen Sanktionsmöglichkeiten“ keine notwendige Voraussetzung für die Existenz eines Oligopols im vorliegenden Fall und behauptete, dass das Vorliegen starker Anreize zu einer Reduzierung des Wettbewerbs einen Abschreckungsmechanismus möglicherweise unnötig mache. Zugleich aber widersprach die Kommission der Behauptung, dass es im APR Markt keinen Raum für Sanktionen gäbe.<sup>3</sup> Das Gericht räumt jedoch jeglichen Zweifel aus indem es den Konsens in der ökonomischen Theorie bestätigt, dass ein glaubwürdiger Sanktionsmechanismus, der den individuellen Anreizen von Firmen zu Regelverstößen entgegenwirkt, ein zwingender Bestandteil für erfolgreiche stillschweigende Koordination ist.

Weiterhin untersuchte das Gericht systematisch jede in der Entscheidung aufgeführte Abschreckungsmaßnahme und kam zu dem Schluss, dass keine davon einen glaubwürdigen Sanktionsmechanismus darstellt. Zwei Aussagen des Gerichts sind für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Sanktionen in zukünftigen Fällen besonders sachdienlich. Erstens verwarf das Gericht die Folgerung der Kommission, dass die bloße Möglichkeit eines Angebotsüberschusses (wie dies 1995 aufgrund einer Fehleinschätzung der Nachfrage nach APR der Fall war) als Sanktion ausreichend wäre. Zweitens befand das Gericht, dass auch wenn die Kommission nicht notwendigerweise die Möglichkeit für einen spezifischen Sanktionsmechanismus mit einem bestimmten Grad an Strenge nachweisen muss, so muss sie trotzdem beweisen, dass ausreichende Abschreckungsmethoden existieren. Zusammen betrachtet, liefern diese beiden Punkte Erkenntnisse über den Beweisstandard in zukünftigen Fällen: Die Kommission muss die Existenz eines glaubwürdigen Sanktionsmechanismus nachweisen, ohne dabei bis in die letzte Einzelheit erklären zu müssen, wie die Abschreckung funktionieren würde. Dies scheint ein vernünftiger Kompromiss zu sein.

<sup>1</sup> Lexecon Ltd agierte als ökonomischer Berater für *Airtours* im ursprünglichen Fall und während des gesamten Berufungsprozesses.

<sup>2</sup> Für eine genauere Diskussion zu diesem Punkt siehe *Lexecon Competition Memo 'The Airtours Case'*, November 1999.

<sup>3</sup> Vgl. Absätze 150 und 151 der ursprünglichen Entscheidung.

## Faktische Analyse des Falls Airtours

*Airtours* argumentierte im Berufungsverfahren, dass die ursprüngliche Entscheidung ein „forced fit“ war, da die Merkmale des APR-Markts für einen Markt mit stillschweigender Koordination untypisch sind. Das Gericht teilte diese Meinung und übte an den von der Kommission durchgeführten empirischen und theoretischen Untersuchungen scharfe Kritik. Beispiele hierfür umfassen:

- Die Kommission wies nicht nach, dass der Markt hinreichend transparent war, um den Oligopolisten ein Beobachten der Kapazitäten der Konkurrenz zum Zeitpunkt der eigenen Kapazitätsentscheidungen zu ermöglichen.
- Die Kommission argumentierte fälschlicherweise, dass die Fusionen seit 1997 dazu führten, dass der Bericht der britischen „Monopolies and Merger Commission“ aus dem Jahre 1997 ignoriert werden könnten. In diesem wurden Wettbewerbssituation im APR-Markt positiv bewertet.
- Die Behauptung der Kommission, Marktanteile in der Industrie wären relativ stabil, da Marktanteilsverschiebungen durch Fusionen nicht berücksichtigt werden müssten, ist falsch.
- Auch bei der Untersuchung des Nachfragewachstums und der Nachfrageschwankungen wurden fundamentale Fehler begangen.
- Schließlich legte die Kommission nicht genügend Gewicht auf Reaktionen kleinerer Firmen und Konsumenten auf die behaupteten Angebotsreduzierungen und Preiserhöhungen.

Das Gericht ging dabei äußerst streng mit der Kommission um. Zum Beispiel stützte sich die Kommission bei ihrer Feststellung eines „relativ niedrigen“ Nachfragewachstums im APR-Markt auf einen einseitigen Auszug eines Dokuments einer Werbeagentur. Das Gericht bemerkte, dass selbst eine „einfache Analyse dieses Dokuments ergibt, dass die Kommission es nicht korrekt verstanden hat“. Tatsächlich betonte „der Verfasser des Auszugs den starken Anstieg des Absatzes von Auslandsreisen in den letzten zwanzig Jahren“.

Mit gleicher Schärfe verwarf das Gericht die Interpretation der ökonomischen Theorie durch die Kommission. Zum Beispiel konzidierte die Kommission in ihren Schriftsätzen das Argument von *Airtours*, dass ökonomische Theorie eindeutig zeigt, dass Nachfrageschwankungen stillschweigende Koordination erschweren, da Volatilität das Erkennen von Regelverstößen erschwert. Die Kommission argumentierte jedoch, dass die ökonomische Theorie im vorliegenden Fall „nicht greift“, was das Gericht aufgrund mangelnder Begründung zurückwies.

Über Fragen der kollektiven Marktbeherrschung hinaus kommt der ausführlichen Prüfung der faktischen Grundlagen der Entscheidung durch das Gericht eine hohe Bedeutung zu. Das Gericht hat klare Richtlinien für die Qualität der ökonomischen Analyse in Fusionsfällen gesetzt: Fakten müssen sorgfältig überprüft und im Lichte der ökonomischen Argumente beurteilt werden.

## Konsequenzen für zukünftige Fälle

Seit der *Airtours* Entscheidung vor drei Jahren hat sich die Stellung der Kommission zu kollektiver Marktbeherrschung weiterentwickelt und ist in einigen Fällen verfeinert worden.

Allerdings war diese Entwicklung nicht systematisch und die Haltung der Kommission von Fall zu Fall unberechenbar.

In einigen Fällen ging die Kommission weiterhin mechanisch nach ihrer „Checkliste“ vor. Wenn der Methodik des Gerichts Rechnung getragen wird, so ist dieser Ansatz nicht mehr tragbar. Die Kommission muss nun genau erklären, weshalb Punkte auf ihrer Checkliste im vorliegenden Fall eine stillschweigende Koordination erleichtern. Obwohl das Gerichtsurteil nicht alle Schwierigkeiten bei der Vorhersage der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Koordination beseitigt, so stellt es zumindest klar, was unter dem Konzept der kollektiven Marktbeherrschung zu verstehen ist, und welche Richtung Untersuchungen einschlagen müssen. Der im Urteil dargelegte klare Test sollte die zu begrüßende Konsequenz haben, dass die Untersuchung kollektiver Marktbeherrschung durch die Kommission in Zukunft berechenbarer wird, und sich weiter von der mechanischen Anwendung der „Checkliste“ entfernt.

Vieles wird nun von der Reaktion der Kommission abhängen. Erste Anzeichen sind nicht ermutigend. Die Kommission argumentierte, der Fall zeige, dass ihre Entscheidungen einer rigorosen unabhängigen gerichtlichen Kontrolle unterworfen seien. Sie übersieht dabei jedoch die Zeitspanne von drei Jahren zwischen der Entscheidung und dem Urteil. Die meisten Firmen werden weiterhin der Ansicht sein, dass unabhängig von der Stärke der Kommissionsargumente ein sofortiger Kompromiss zur Genehmigung einer Transaktion einem mehr oder weniger grandiosen Sieg drei Jahre später vorzuziehen ist.

Die neue „beschleunigte“ Prozedur stellt hier nur eine geringe Verbesserung dar, da sie weiterhin signifikante Verzögerungen mit sich bringt, nicht automatisch angewandt wird und signifikante Einschränkungen der Bereiche erfordert, die vom Gericht untersucht werden können. Vor diesem Hintergrund ist die gegenwärtige Debatte, ob sich die EU Fusionskontrolle vom Ansatz der „Dominanztests“ verabschieden und zu einem Test der „signifikanten Schwächung des Wettbewerbs“ im US amerikanischen Stil übergehen sollte, von sekundärer Bedeutung. Wichtiger ist, dass Kommissionentscheidungen wesentlich schneller einer unabhängigen gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind. Die Behauptung der Kommission, sie wäre durch mögliche Berufungsverfahren ausreichend diszipliniert, ist nur schwer mit der Qualität ihrer Analyse im Fall *Airtours* zu vereinbaren.

## Schlussfolgerung

*Airtours* (jetzt *MyTravel*) mag aus dem überwältigenden Sieg nur geringen direkten Nutzen ziehen. Das Urteil im Berufungsverfahren hat jedoch weitreichendere positive Auswirkungen: Erstens stellt das Urteil den Test kollektiver Marktbeherrschung so klar, dass zukünftige Fälle berechenbarer werden. Zweitens kann die Strenge mit der das Gericht die Entscheidung kritisierte nur als ein „Weckruf“ für die Kommission interpretiert werden, dessen Bedeutung über kollektive Marktbeherrschung hinaus geht. Das Urteil unterstreicht die Notwendigkeit größerer Transparenz und Verantwortlichkeit der Kommissionsentscheidungen.

Alan Overd

Juni 2002

© CRA International (vor dem Erwerb von Lexecon Ltd durch CRA ursprünglich veröffentlicht von Lexecon Ltd)