ERA-Forum

scripta iuris europaei

I - 2001

CONTENTS

page 1
EDITORIAL.....
Dr. Hartmut Johannes

ARTICLES.....
page 3
The application of Community competition law by the national courts in a directly applicable exception system
Mario Monti

page 6
Coherent application of article 81(3) and the role of the European Court of Justice and the Commission
Kirsten Thorup

page 8
Examen de la proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité Vers l'application de l'article 81, § 3 CE par les juridictions nationales
Guy Canivet

page 12
Towards the Application of Article 81(3) by National Courts (an English perspective)
Francis Ferris

page 15
Towards the Application of Article 81(3) by National Courts (an Irish perspective)
Brian McCracken

page 17
Towards the application of Article 81(3) by national courts in Italy
Marina Tavassi

page 22
Le rôle de l'analyse économique dans l'application de l'article 81 du traité
Guy Canivet

page 25
The reform of Regulation 17 and the problem of legal certainty for undertakings
Antonio Pérez van Kappel

page 32
ERA - INFOS.....

A publication of:
Europäische Rechtsakademie Trier
Academy of European Law Trier
Académie de Droit Européen de Trèves

Editorial

Mit ihrem Weißbuch aus dem Jahr 1999 hat die Europäische Kommission ihre Absicht bekundet, das bisherige Kartellverwaltungsverfahren nach der Verordnung Nr. 17/62 des Ministerrates radikal zu ändern; an die Stelle der bisherigen ex-ante-Kontrolle aufgrund einer Anmeldung soll eine ex-post-Kontrolle verbotener und eventuell freistellungsfähiger Wettbewerbsbeschränkungen treten. Es ist *communis opinio*, daß dies eine Ersetzung der bisherigen Verordnung Nr. 17 durch eine vollkommen neue Verordnung des Ministerrates erfordert, für die die Kommission mit ihrem Dokument COM (2000) 582 final vom 27.9.2000 auch einen detaillierten Entwurf veröffentlicht hat.

Damit soll das Freistellungsmonopol der Kommission für Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 9 Abs. 3 der Verordnung Nr. 17 durch eine Regelung ersetzt werden, die den Gerichten der Mitgliedstaaten nicht nur die – bisher schon bestehende – Möglichkeit der Anwendung des Kartellverbotes des Art. 81 Abs. 1 einräumen soll, sondern auch die Zuständigkeit für eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 (Art. 6 des Entwurfs). Hierzu hat Kommissar Mario Monti am 27. November 2000 bei der ERA in Trier einen sehr, nach Auffassung des Verfassers jedoch allzu optimistischen Vortrag gehalten.

Immer wieder, in zahlreichen Vorträgen von Beamten der Generaldirektion Wettbewerb wie auch jetzt wieder von Monti, wird die Behauptung aufgestellt, in den Vereinigten Staaten existiere seit dem *Sherman Act* von 1890 eine funktionierende ex-post-Kontrolle; dort beruhe die große Mehrzahl der erfolgreichen Anti-trust-Verfahren auf Klagen privater Kläger.

Diese Behauptung trifft tatsächlich zu; trotzdem ist sie im Ergebnis irreführend und gewinnt durch stereotype Wiederholung nicht an Überzeugungskraft. Zwar gibt es auf ein Verfahren des *Department of Justice* oder der *Federal Trade Commission* im langjährigen Durchschnitt etwa zehn oder mehr Klagen privater Dritter; es bestehen in den Vereinigten Staaten aber folgende gravierende Unterschiede zur Europäischen Union:

- In den USA herrscht eine fundamental verschiedene Prozeßkultur; die kein honoriges Unternehmen davon abhält, Kartellsünder mit drastischen Schadensersatzklagen zu überziehen. Es sei nur auf den jüngsten Vitaminfall hingewiesen, in dem in den USA Großabnehmer Millionen-, wenn nicht sogar Milliardensummen einklagen. Obwohl es in Europa eine ähnliche Zahl geschädigter Großabnehmer gibt, ist bisher keine einzige Klage bekannt geworden. In den beteiligten Kreisen sind allenfalls Überlegungen angestellt worden, ob man vielleicht in London klagen sollte, weil englische Gerichte solchen Klagen offener gegenüberstehen und weit höhere Schadensersatzsummen gewähren als kontinentaleuropäische.
- Diese unterschiedliche Prozeßkultur wird auch – entweder bedingt oder bestätigt – durch eine unterschiedliche Einstellung der Anwaltschaft zu solchen Klagen, ausgenommen vielleicht der britischen. Nach 33 Jahren Berufserfahrung in der Generaldirektion Wettbewerb kann der Verfasser an zweimal zehn Fingern die angesehenen Wirtschaftsanwälte aufzählen, die diese Mandate übernehmen, während in den Vereinigten Staaten Anwaltsfirmen stolz darauf sind, solche Schadensersatzprozesse gewonnen zu haben. Von diesen etwa 20 entfällt die Hälfte auf Londoner Anwaltsbüros, obwohl doch das Vereinigte Königreich nur ein Siebtel der Bevölkerung der Gemeinschaft stellt. – Bezeichnend

ist, daß das spanische Kartellopfers im Fall *Repsol/Arco* sich eines angesehenen amerikanischen Anwaltsbüros bedient hat.

Der Verfasser illustriert dies gerne mit der wahren Begebenheit aus der Mitte der siebziger Jahre, in der ein Mandant seinen im Markenrecht hoch angesehenen französischen Anwalt fragte, ob er sich nicht auf das europäische Wettbewerbsrecht berufen könne. Darauf entgegnete der Anwalt: "*Si vous voulez invoquer le droit communautaire, il vous faut chercher un autre avocat.*"

- Etwas blauäugig regelt Art. 2 des Entwurfes die Beweislastverteilung zwischen Kläger und Beklagtem in Verfahren aufgrund von Art. 81 oder 82; jeder Kläger muß die Voraussetzungen einer Verletzung dieser Artikel durch den Beklagten beweisen. Wenn man das mit den amerikanischen *pre-trial discovery proceedings* vergleicht, wo der Kläger nur einen prima-facie-Beweis zu erbringen hat¹, der Beklagte dann aber alle Unterlagen in seinem Besitz offenlegen muß – mit einer Sanktion von zehn Jahren Gefängnis bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung –, verliert der Vergleich mit den Vereinigten Staaten noch mehr an Glaubwürdigkeit.

Untersuchen wir einmal die Artt. 2 und 6 im Lichte des deutschen Zivilprozeßrechts. Wir haben dabei folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

- Im ersten, selteneren Fall versucht der Kläger, sich aus wettbewerbsbeschränkenden Bindungen an den Beklagten zu befreien; er klagt auf Feststellung, daß eine von ihm mit dem Beklagten eingegangene Vereinbarung gegen Art. 81 Abs. 1 verstoße und damit nichtig sei. Der Beklagte bestreitet dies rundweg und macht – allenfalls hilfsweise – geltend, die Vereinbarung, wenn sie wie behauptet bestehe, erfülle die vier Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3.

Der Kläger muß also darlegen und beweisen, daß es eine Vereinbarung gibt und diese eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder mindestens bewirkt, die zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten geeignet ist. Schon für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 setzt dies voraus, daß der Kläger den von der Vereinbarung erfaßten Marktanteil beziffert und gegebenenfalls beweist. Dies gilt umso mehr, als die Kommission im Weißbuch und im Memorandum zum Entwurf einer Verordnung quasi als Nachzüglerin der Chicago School immer wieder betont, sie ziehe der bisherigen legalistischen Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen eine ökonomische vor. Damit erschwert sie die Beweisführung durch einen Kläger aber erheblich und übersieht, daß sie damit den Ast absägt, auf den sie ihre eigene Argumentation stützt.

Der Kläger muß auch behaupten und beweisen, mit welchen Wettbewerbern der Beklagte sich abgestimmt hat und welche Personen dabei beteiligt waren. Dabei erlaubt das deutsche Zivilprozeßrecht nicht, daß der Kläger so etwas einfach behauptet, ohne konkrete Anhaltspunkte zu benennen; sonst handelt es sich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis. Das amerikanische Recht erlaubt und erleichtert dagegen eine solche *Ausforschung* des Beklagten.

- Im zweiten an sich häufigeren Fall ist die Situation eines vom Kartell geschädigten Dritten noch hoffnungsloser; hat er doch nicht einmal den Text der angeblich wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung in Händen. Es sollte nicht vergessen werden, daß es bisher nur einen einzigen Fall vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gegeben hat, in dem ein geschädigter Dritter ohne Hilfe der Kommission das Bestehen eines umfangreichen Kartells der Zementindustrie erfolgreich hat darlegen können (Urteil vom 14.12.1983 - Rs 319/83 *Kerpen & Kerpen*, Slg. 1983,4173).

Nun wird von Beamten der Generaldirektion Wettbewerb

eingewendet, der Kläger könne beantragen, daß das Gericht einen unabhängigen Sachverständigen, also einen Professor des Wissenschaftsrechts, der Wirtschaftswissenschaften oder einen Wirtschaftsprüfer beauftrage. Dabei kennt die Kommission aus dem Fall der Westdeutschen Landesbank die Schwierigkeiten, einen solchen Sachverständigen zu finden, der mit dem betroffenen Unternehmen weder verheiratet noch verschwägert oder verschwägert ist.

Ein solcher Sachverständiger hat jedoch Zugang nur zu den Daten des Klägers, zu allgemein bekannten Tatsachen wie den Statistiken des Statistischen Bundesamtes oder Veröffentlichungen in der Fachpresse, also beispielsweise den Bilanzen. Er hat keinen Anspruch gegen den Beklagten auf die Benennung von Personen, die eventuell an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen teilgenommen haben, oder auf Mitteilung, wo und wann diese Vereinbarungen getroffen worden sind, in einem Hotel in Zürich, Monaco, auf Jersey oder den Bermudas. Er hat auch kein Recht, solche Personen zu hören, geschweige denn sie zur Aussage zu zwingen; all dies im Gegensatz zum amerikanischen *pre-trial discovery*-Verfahren.

Berücksichtigt man van Mierts eindrucksvolle Schilderung, wie die Generaldirektion Wettbewerb zu einer *dawn raid* etwa zehn Inspektoren pro Unternehmen mobilisiert, so kann man sich nur fragen, wie das ein vom Gericht bestellter Sachverständiger bewerkstelligen soll (Markt, Macht, Wettbewerb, DVA 2000, Seite 222).

Zusammenfassend läßt sich feststellen, dass eine ex-post-Kontrolle zusammen mit der Zuständigkeit der Zivilgerichte der Mitgliedstaaten auch für die Anwendung vom Art. 81 Abs. 1 und 3 nur dann funktionieren kann, wenn sich die Kommission dazu durchringt und der Ministerrat dies absegnet, in der neuen Verordnung konkrete Regeln für die Beweislastverteilung zwischen Kläger und Beklagten vorzusehen. Diese müssen eine prima-facie-Beweislastregel zugunsten des Klägers enthalten, damit sie dem amerikanischen *pre-trial discovery*-Verfahren näher kommen.

Weder das Weißbuch noch das Memorandum zum Verordnungsentwurf noch Montis Vortrag erwähnen, daß die Reform des Kartellverwaltungsrechtes in etwa zeitlich mit dem Beitritt mehrerer osteuropäischer Staaten zusammenfallen soll. Hier weiß wohl die rechte Hand nicht, was die linke tut.

Einerseits könnte man verstehen, daß die Kommission eine neue Lawine nicht zu bewältigender Anmeldungen anlässlich des Beitritts vermeiden will, also ihre neue Verordnung vor dem Beitritt in Kraft setzen möchte. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß es für die Unternehmen aus den Beitrittskandidaten ein heilsamer Lernprozeß wäre, sich den Strapazen des bisherigen Anmeldeverfahrens unterziehen zu müssen. Denn viele der dortigen Unternehmen würden damit erstmals zwangsläufig mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft vertraut gemacht.

Es gibt ein bisher nicht veröffentlichtes, an die Regierungen der Mitgliedstaaten gerichtetes Dokument vom 15. Januar 2001 zur Beitrittsproblematik im Wettbewerbsrecht, das in der Financial Times besprochen wurde. Nur liegt dessen Schwerpunkt eindeutig auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen und nicht auf dem der Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.

Es ist wohl richtig, daß die Beseitigung staatlicher Beihilfen in den Beitrittsländern besonders geboten sein wird, weil solche Beihilfen dort bisher zum täglichen Brot der Unternehmen gehört haben. Jedoch ist die Bekämpfung von Beihilfen, die sich nicht verheimlichen lassen, leichter als die der das Tageslicht scheuenden

¹ So wie hier auch Carl Baudenbacher, in: Z.Z. vom 20. 3. 2001, Seite 10 zum vergleichbaren Problem im Entwurf eines neuen Schweizer Kartellgesetzes.

Wettbewerbsbeschränkungen. Und es dürfte in den Beitrittsländern nur sehr, sehr wenige Zivilrichter geben, die von der Wettbewerbsidee überhaupt eine Vorstellung haben. Der von der Kommission im Weißbuch vorgeschlagene Paradigmenwechsel ist für die Beamten und Richter der Beitrittsländer ein Stoß ins eiskalte Wasser, nachdem man ihnen noch nicht einmal das Schwimmen beigebracht hat.

Dr. Hartmut Johannes*, Brüssel ■

Note of the Editors

In this issue the ERA is delighted to publish several contributions made to the conference "Towards the Application of Article 81(3) of the EC Treaty by national courts". This was the first major European-wide conference at which judges from all Member States and candidate countries were invited to join the Commission to discuss its proposed reform of Community competition procedures from the perspective of the national judiciary.

The papers we print here were written by conference panellists representing some Member States. They include answers to questions posed at the conference but in some cases also discuss related topics. Not all the papers are articles in the usual sense. Given the political and legal importance of the Commission's proposals, the ERA nevertheless wishes to present these views in this form to a broader public, as a contribution to the continuing debate.

In addition to the conference contributions, there is a general article on competition law by the conference organiser, Antonio Pérez van Kappel. ■

The application of Community competition law by the national courts in a directly applicable exception system**

Mario Monti ***

The winds of change are blowing across the European landscape of competition law enforcement. Changes that – if the Commission has its way – will enable the national courts to play a much greater role in the application of Articles 81 and 82.

In our view the national courts should indeed play the same important role in the application of the competition rules as they have done for a long time in virtually all other areas of Community law. That is why the Commission has proposed to abolish its monopoly over the exception rule of Article 81(3) and give to the national courts the power to apply Article 81 as a whole. In other words, the Commission proposes to eliminate the current division of competence whereby the national courts are competent to apply Article 81(1) whereas the Commission has exclusive competence to apply Article 81(3).

The present division of competence amounts to telling someone to play chess while giving him only half the pieces. The result is clear: there has in the past been limited application of Article 81(1) by national courts.

We are well aware that our proposal represents a fundamental change. It is therefore only natural that questions are raised: is Article 81(3) suitable for application by the national courts, how will they tackle economic evidence and how do we ensure consistency when the rules are applied by potentially hundreds of courts throughout the

Community. These and other topics will be discussed today by the three panels.

I. The function of the courts in the proposed new system

When designing the proposed reform our principal objective has been to strengthen the enforcement of the Community competition rules.

The present system is essentially based on public enforcement by the Commission. However, in a mature competition law system such as ours, private enforcement should play an important role. Already in 1962 in the groundbreaking judgement in *Van Gend en Loos* the Court of Justice recognised the importance of private enforcement in the field of Community law by holding that Treaty provisions can have direct effect and be invoked by private individuals before the courts. The time has now come to make this possible for Article 81 as a whole. Courts complement the activities of the competition authorities that have as their main task the prosecution of violations of the competition rules. Moreover, private enforcement can compensate for insufficient enforcement by the authorities.

In the US private enforcement plays a substantial role. There are well over 1000 private antitrust suits per year far exceeding the number of cases brought by the authorities¹. The much discussed *Kodak* judgement of the Supreme Court was rooted in a private action. The same is true of that court's more recent judgement in *State Oil vs. Kahn* that overruled the case law that had treated maximum resale price maintenance as a per se violation of the Sherman Act.

I am not saying that we should strive to copy the US system. Far from it. They have treble and punitive damages and other instruments that promote private litigation. In Europe we do not. The US experience demonstrates, however, that private action before the courts can play a significant role in the field of competition law enforcement.

Courts have powers that the competition authorities have not. Only they can decide on the enforceability of contracts and can award damages to parties that have been injured by antitrust violations. Courts can also adopt interim measures more speedily than the authorities.

From an enforcement point of view the power to grant damages is particularly important because it raises the stakes for companies violating the competition rules. It is therefore essential that national procedural and substantive rules applying to actions for damages do not prevent or make claims for damages in competition cases unduly difficult. This is an area that we may have to revisit in the future. I would be very interested in hearing your views on the issue of damages in antitrust cases and whether in your respective legal systems there are particular difficulties and, if so, how they might be overcome.

II. The role of economics

Following our proposal to empower the national courts to apply Article 81 as a whole, we often hear the argument, particularly from industry, that judges are ill equipped to apply economic principles. We disagree. Judges in the US can and do apply economics in competition

* Dr. Hartmut Johannes war 33 Jahre Bediensteter der Europäischen Kommission, zuletzt bis seiner Pensionierung war er Anhörungsbeauftragter in Kartellsachen bei der GD Wettbewerb.

** This paper is the text of a presentation given by the author in the conference "Towards the application of Article 81(3) by National Courts" organised in Trier on the 26-27th of November 2000.

*** Professor Mario Monti, EU Commissioner in charge of Competition, Brussels

¹ See W.F. Shughart II, *The Organisation of Industry*, second edition, 1997, Dame Publications, p. 346.