

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Feldmühleplatz 1
D - 40545 Düsseldorf
Postfach 10 17 43
D - 40008 Düsseldorf
www.studienvereinigung-
kartellrecht.de

European Commission
Directorate General For Competition
Place Madou 1
Madou Tower
1210 Brussels
Belgien

Büroanschrift des Vorsitzenden:
Place du Champ de Mars 5
Bastion Tower
B - 1050 Brüssel
Tel: +32 2 504 7021
Fax: +32 2 504 7500
frank.montag@studienvereinigung-
kartellrecht.de

DAC14193527

13. November 2013

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Commission Staff Working Document „Towards more effective EU Merger Control“ vom 25. Juni 2013 (SWD (2013) 239 final)

I.

Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folg.: Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der rund 1.000 Rechtsanwälte aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen im Zusammenhang mit der Anwendung der EU-Fusionskontroll-Verordnung.

Die Studienvereinigung begrüßt es, dass die Kommission derzeit prüft, ob die EU-Fusionskontroll-Verordnung im Lichte der Erfahrungen der letzten Jahre in bestimmten materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Punkten einer Änderung oder Ergänzung bedarf. Sie bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Konsultationspapier vom 25. Juni 2013 „Towards more effective EU Merger Control“ Stellung zu nehmen.

VORSTAND: Dr. Frank Montag (Vorsitz) - MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber - Prof. Dr. Albrecht Bach - Dr. Ingo Brinker - Dr. Wolfgang Deselaers - Dr. Franz Hoffet - Prof. Dr. Dirk Schroeder - Dr. Christoph Stadler - Prof. Dr. Gerhard Wiedemann - Ehrenvorsitzende: Dr. Cornelis Canenbley - Alfred-Carl Gaedertz
Ehrenmitglieder: Oliver Axster † - Prof. Dr. Rainer Bechtold - Jochen Burrichter - Dr. Otfried Lieberknecht

II.

Zu den Fragen betreffend die Erweiterung der EU-Fusionskontrolle auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen („structural links“)

- 1. In your view would it be appropriate to complement the Commission’s toolkit to enable it to investigate the creation of structural links under the Merger Regulation?**
- a) Die Studienvereinigung teilt grundsätzlich die Einschätzung der Kommission, dass es in der Wirtschaftspraxis Fälle geben kann, in denen auch „structural links“ zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb führen. Allerdings ist damit noch nicht gesagt, ob dieser Befund eine Ausweitung der EU-Fusionskontrolle tatsächlich erforderlich macht. Einerseits könnte eine Ausweitung des Zusammenschlussbegriffs der FKVO sinnvoll sein, um die insoweit bestehende Schutzlücke zu schließen. Andererseits könnte ein solcher Schritt angesichts der doch sehr begrenzten Zahl relevanter Fälle und des Bestehens anderer Abhilfemaßnahmen, wie z.B. durch die Anwendung von Art. 101 AEUV sowie durch mitgliedstaatliche Fusionskontrollregime, verzichtbar sein. Da sich für beide Optionen Unterstützung unter den Mitgliedern der Studienvereinigung findet, beschränken wir unsere Kommentare auf einige ausgewählte Fragen der Kommission.“
- b) Einigkeit besteht seitens der Studienvereinigung darüber, dass – wenn die Kommission das Vorhaben umsetzen sollte – als Zusammenschlusstatbestand ggf. nicht auf eine schlichte quantitative Schwelle (z.B. den Erwerb einer Beteiligung i.H.v. 25%), sondern auf ein materielles Kriterium (z.B. wie in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) abgestellt werden sollte. Allerdings weist die Studienvereinigung in diesem Zusammenhang darauf hin, dass – wie die deutschen Erfahrungen zeigen – ein materielles Eingriffskriterium zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei der Auslegung des Zusammenschlusstatbestands führen kann. Es müsste daher der Versuch unternommen werden, durch die Ausgestaltung des Tatbestands bzw. ergänzende Leitlinien dieses Risiko soweit wie möglich zu reduzieren. Vor diesem Hintergrund könnte es sachgerecht sein, eine etwaige Neuregelung durch einen quantitativ definierten „safe harbour“ einzugrenzen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob sich hierfür eine überzeugende Abgrenzung finden lässt.

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

- 2. Do you agree that the substantive test of the Merger Regulation is an appropriate test to assess whether a structural link would lead to competitive harm?**

Wenn die Kommission die Erweiterung der EU-Fusionskontrolle auf nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen vorschlagen sollte, wäre es nach Ansicht der Studienvereinigung sachgerecht, für diesen neuen Zusammenschlusstatbestand den gleichen materiell-rechtlichen Test der Verordnung anzuwenden wie bei kontrollierenden Beteiligungen.

- 3. Which of the three basic systems set out above do you consider the most appropriate way to deal with the competitions issues related to structural links? (...)**

Siehe dazu zunächst unsere Stellungnahme unter 1.

Wenn die Kommission die Möglichkeit einer freiwilligen Anmeldung vorsehen sollte, dürfte es sich zumeist um Fälle handeln, die bereits vollzogen sind. Die Anordnung zusätzlicher Stand still-obligations würde daher leerlaufen und selbst für etwaige noch ausstehende Vollzugsakte nicht zielführend sein. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der von der Kommission in Frage 3 d) selbst genannten Erwägung, dass sich die hier diskutierten Transaktionen leichter entflechten lassen als bei einer vollständigen Integration von Unternehmen kraft Kontrollerwerbs.

Wenn die Kommission vorschlagen sollte, auch nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen der Anwendbarkeit der Fusionskontroll-VO zu unterwerfen, müsste man – um eine Doppelkontrolle nach Art. 101, 102 AEUV zu verhindern – klarstellen, dass auch insoweit die Verordnung Nr. 1/2003 keine Anwendung findet (s. Art. 21 Abs. 1 FKVO).

- 4. In order to specify the information to be provided under the transparency system:**
- a) What information do you consider necessary to enable the Commission and Member states to assess whether a case merits further investigation or to enable a third party to make a complaint (e.g. information describing the parties, their turnover, the transaction, the economic sectors and/or markets concerned)?**

- b) What type of information which could be used by the Commission for the purpose of the transparency system is readily available in undertakings, e.g. because of filing requirements under security laws in case of publicly listed companies? What type of information could be easily gathered?**

Siehe dazu unsere Stellungnahme bei 1.

- 5. For the acquirer of a structural link, please estimate the cost of filing for a full notification (under the selective system in case the Commission decides to investigate a case, or under the notification system). Please indicate whether the costs of a provision of information under the transparency system would be considerably less if the information required were limited to the parties, their turnover, the transaction and the economic sectors involved.**

Siehe dazu die Stellungnahme zu Frage 1.

- 6. Do you consider the turnover thresholds of the Merger Regulation, combined with the possibility of case referrals from Member states to the Commission and vice versa, an appropriate and clear instrument to delineate the competences of the Member states and the Commission?**

Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass die Umsatzschwellenwerte diese Eignung aufweisen.

- 7. Regarding the Commission's powers to examine structural links, in your view, what would be an appropriate definition of a structural link and what would constitute appropriate safe harbours?**

Siehe dazu unsere Stellungnahme zu Frage 1.

- 8. In a self-assessment or a transparency system, would it be beneficial to give the possibility to voluntarily notify a structural link to the Commission? In answering please take into account the aspects of legal certainty, increased transactions costs, possible stand-still obligations as a consequence of the notification, etc.**

Siehe dazu unsere Stellungnahme zu Frage 1.

9. **Should the Commission be subject to a limitation period (maximum time period) after which it can no longer investigate/intervene against a structural link transaction, which has already been completed? If so, what would you consider an appropriate time period for beginning a Commission investigation? And should the length of the time period depend on whether the Commission had been informed by a voluntary notification?**

Wenn die Kommission ein Anmelde- oder Transparenzsystem vorschlagen sollte, hielte die Studienvereinigung eine zeitliche Begrenzung der Prüfungsfrist auf ein Jahr für erforderlich.

III.

Referral of Merger Cases

Die Studienvereinigung verweist vorab auf die – u.E. zutreffende – Aussage der Kommission auf S. 9 des Arbeitspapiers, wonach das Verweisungssystem im Großen und Ganzen gut funktioniert. Allerdings erlauben wir uns den Hinweis, dass das Verweisungssystem insgesamt gewisse Ungleichgewichte aufweist, die in aller Regel zulasten der an einem Anmeldeverfahren beteiligten Unternehmen gehen.

1. Ein Ungleichgewicht ergibt sich u.a. daraus, dass die Voraussetzungen für die Verweisung eines Zusammenschlussvorhabens ohne gemeinschaftsweite Bedeutung von einer oder mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden an die Europäische Kommission unterschiedlich ausgestaltet sind, je nachdem, wer den Antrag stellt. Während die betroffenen Unternehmen nach Art. 4 Abs. 5 FKVO einen Verweisungsantrag vor einer offiziellen Anmeldung nur stellen können, sofern das betreffende Vorhaben nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte, ist eine solche Beschränkung für die mitgliedstaatlichen Behörden nach Art. 22 FKVO nicht vorgesehen. Dies ist eine Ungleichbehandlung, die aus der Sicht der Studienvereinigung nicht gerechtfertigt erscheint. Nach der Auffassung der Studienvereinigung wäre es grundsätzlich sinnvoll, wenn, der Ratio der Aufgreifschwelle der FKVO entsprechend, nur solche Fälle an die Kommission verwiesen werden, die für den Binnenmarkt tatsächlich von erheblicher Bedeutung sind. Kleinere Fälle, wie z.B. solche mit überwiegend regionaler Bedeutung, oder Vorhaben, die nur in wenigen Mitgliedstaaten anzumelden sind, sollten nicht von der Kommission behandelt werden. Deshalb

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

könnte es sich z.B. anbieten, dass es, entsprechend Art. 4 Abs. 5 FKVO, eine Mindest-Zahl von Mitgliedstaaten geben muss, bei denen ein Vorhaben angemeldet wurde und die gemeinsam eine Verweisung an die Europäische Kommission beantragen. Es geht also um die Einführung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle auch auf Ebene der nationalen Behörden, nicht nur für die an einem Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen.

2. Die Studienvereinigung ist irritiert über die von der Kommission in Frage 3 c) und d) zugrundegelegte Rechtsansicht, dass nach geltendem Recht auch Mitgliedstaaten, die für die Prüfung einer nationalen Transaktion nicht „competent“ sind (bei der also die Schwellenwerte für eine nationale Fusionskontrollregelung nicht erfüllt werden), dennoch Anträge nach Art. 22 FKVO stellen können. Wir haben die Regelung in Art. 22 bisher so verstanden, dass sie ein Verweisungsrecht für Mitgliedsstaaten schaffen sollte, die (noch) keine Fusionskontrollregelung haben (daher seinerzeit die Bezeichnung „holländische Klausel“). Wenn sich ein Mitgliedsstaat allerdings für die Einführung eines nationalen Fusionskontrollregimes entschieden hat und dabei Schwellenwerte festlegt, wäre es sinnwidrig, für Fälle, die die Eingriffsschwelle nicht erreichen, ein Verweisungsrecht nach Art. 22 zu bejahen (s. *Wagemann*, in: *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. § 17 Rn. 163 sowie *Bechtold*, *GWB-Kommentar*, 6. Aufl., § 35 Rn. 18 (für das deutsche Recht)).
3. Außerdem stellen sich in der Praxis einige Probleme, die nicht selten auf den unterschiedlichen nationalen Kartellverfahrensrechtsordnungen beruhen.

Ein Problem besteht z.B. darin, dass selbst relativ kleine, auf den ersten Blick rein rechtstechnische Fragen wie der Beginn oder die Hemmung des Laufs von Fristen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. So beginnt in einigen Mitgliedstaaten die gesetzliche Frist für die Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens erst, wenn die zuständige Behörde ergänzende Fragen gestellt und diese aus Sicht der Behörde vollständig beantwortet worden sind. Dabei geht es nicht, um Missverständnisse zu vermeiden, um die Herstellung der Vollständigkeit einer Anmeldung. Im Grunde geht es um eine vor den offiziellen Verfahrensbeginn gezogene Ermittlungstätigkeit der Behörde, die keinem festen Fristenregime unterworfen ist. Ähnlich unterschiedlich sind die nationalen Regeln für den Eintritt der Hemmungswirkung des Fristenlaufs, die zum Teil erheblich voneinander abweichen.

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Dies kann erhebliche Auswirkungen auf die Stellung von Verweisungsanträgen der Mitgliedstaaten nach Art. 22 FKVO haben. Danach muss zwar innerhalb von 15 Arbeitstagen, nachdem ein Zusammenschluss bei einem Mitgliedstaat angemeldet wurde, der Antrag auf Verweisung des Zusammenschlussvorhabens an die Europäische Kommission gestellt werden. Jedoch haben die Spezifika der nationalen Fristenregime erhebliche Auswirkungen auf die Frage, wann die 15-Tages-Frist abläuft. Es sollte an sich selbstverständlich sein, dass diese Anforderung, so wie alle Vorschriften des primären und sekundären europäischen Rechts, autonom europarechtlich auszulegen ist. Die Praxis der Europäischen Kommission scheint jedoch dahin zu gehen, nationale verfahrensrechtliche Besonderheiten, gerade mit Blick auf die Fristenregime, zu akzeptieren. Dies führt zu überraschenden Ergebnissen. Die Unternehmen sollten zu Recht darauf vertrauen dürfen, dass nach Ablauf der 15-Tages-Frist Verweisungsanträge nicht mehr gestellt und von der Kommission auch nicht mehr angenommen werden. Wenn die Kommission jedoch nationale Besonderheiten bei der Anwendung der europarechtlichen Normen berücksichtigt, werden Fälle bisweilen auch noch weit nach Ablauf der 15-Tages-Frist angenommen. Dies ist europarechtlich fragwürdig.

Das skizzierte Beispiel illustriert das grundsätzliche Problem, mit dem Unternehmen im Zusammenhang mit dem Verweisungsregime konfrontiert sind. Sowohl Anträge auf Verweisung eines Zusammenschlussvorhabens von der Europäischen Kommission an eine mitgliedstaatliche Kartellbehörde als auch umgekehrt die Verweisung eines Zusammenschlussvorhabens ohne gemeinschaftsweite Bedeutung an die Europäische Kommission verlängern die Verfahrensdauer zum Teil ganz erheblich. Die Dauer fusionskontrollrechtlicher Prüfungsverfahren ist aber nicht nur im Hinblick auf den für Unternehmen bestehenden Schwebezustand belastend. Auch die Finanzierungskosten einer Transaktion können bei zusätzlichen Verzögerungen dramatisch in die Höhe schnellen.

IV.

Miscellaneous

In diesem Abschnitt spricht die Kommission verschiedene Regelungspunkte an, mit denen die Funktionsweise der geltenden Verordnung verbessert werden könnte. Die Meinung der Studienvereinigung ist dazu wie folgt:

- 1. How could the jurisdictional rules of the Merger Regulation be modified in order to ensure that joint-ventures with activities exclusively outside the EEA and not affecting competition within the EEA do not have to be notified to the Commission? Please take into account the need for jurisdictional rules to be clear and easy to apply.**

Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn in die EU-Fusionskontrollverordnung eine entsprechende Regelung aufgenommen würde. Zur Begründung genügt der Hinweis, dass die Durchführung eines (aufwändigen) Anmeldeverfahrens wettbewerbspolitisch überflüssig ist, wenn und soweit feststeht, dass eine Transaktion keine oder praktisch keine Auswirkung im EWR hat.

Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass im Schrifttum von Anfang an von mehreren Stimmen die Auffassung vertreten wurde, dass die Verordnung im Lichte des Auswirkungsprinzips bzw. des Völkerrechts so auszulegen ist, dass sie – ebenso wie bei Art. 101, 102 AEUV – nur solche Sachverhalte erfasst, die auch spürbare Auswirkungen in der Gemeinschaft/Union haben. Da die Kommission – nach anfänglichem Zögern – inzwischen die gegenteilige Auffassung vertritt, hat sie ein Problem geschaffen, das nunmehr in dem o.g. Sinn gelöst werden sollte. (Einfacher wäre es, wenn die Kommission klarstellen würde, dass sie schon de lege lata auf das Auswirkungsprinzip abstellt.)

Was die Frage nach der Klarheit der Anwendungskriterien hinsichtlich der (fehlenden) Auswirkung in der Union angeht, kann wiederum auf die deutschen Erfahrungen verwiesen werden (s. dazu § 130 Abs. 2 GWB). Das BKartA hat dazu Auslegungsgrundsätze veröffentlicht, die dem Vernehmen nach derzeit überarbeitet werden. Im Großen und Ganzen kann gesagt werden, dass die Handhabung auf dieser Basis in der Praxis keine unlösbaren Probleme aufgeworfen hat.

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

2. **Would you recommend any other amendments to the Merger Regulation? Please elaborate.**

- a) Die von der Kommission erwogene Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 4 Abs. 1 der Fusionskontroll-VO betreffend Anteilserwerbsvorgänge über Börsen *ohne ein öffentliches Übernahmeangebot* halten wir für zweckmäßig.
- b) Die weiter erwogene Ergänzung von Art. 5 Abs. 4 der Verordnung im Hinblick auf die ausdrückliche Aufnahme von *Regelungen betreffend die Kalkulation der Umsatzerlöse bei Gemeinschaftsunternehmen* halten wir ebenfalls für zweckmäßig. Wenn wir die Frage der Kommission richtig verstehen, handelt es sich allerdings nur um eine klarstellende Regelung, die die Leitlinien aus der Jurisdictional Notice in den Verordnungstext übernehmen würde.
- c) Der Vorschlag betreffend eine Änderung von Art. 8 Abs. 4 der Fusionskontroll-VO betreffend die Auflösung/Entflechtung von nur teilweise vollzogenen Transaktionen, die von der Kommission untersagt worden sind, scheint uns dagegen problematisch zu sein. Wenn wir das Arbeitspapier richtig verstehen, bedeutet der diskutierte Vorschlag, dass die Kommission in Fällen nach Art von *Ryanair/Aer Lingus* die Befugnis erhalten soll, den Erwerber auch zur Veräußerung der (Minderheits-)Beteiligung zu verpflichten, die nach einer Untersagungsverfügung und Abschluss dieses Verfahrens betreffend eines Kontrollerwerbs weiterhin gehalten wird. Richtig ist sicher der Hinweis, dass eine diesbezügliche neue Regelung konsistent mit einem etwaigen Vorschlag für die Kontrolle nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen sein muss. Die Studienvereinigung gibt allerdings zu bedenken, dass es nicht zweckmäßig wäre, die Entflechtung/Veräußerung von Minderheitsbeteiligungen anzuordnen, die anschließend fusionskontrollfrei wieder erworben werden könnten.
- d) Für sinnvoll hält die Studienvereinigung die von der Kommission erwogene Änderung, wonach die Fusionskontroll-Verordnung ergänzt werden sollte durch Sanktionen für Verstöße gegen die Verpflichtung, vertrauliche Informationen nicht für andere Zwecke als für die Beteiligung (der Dritten) am Fusionskontrollverfahren zu nutzen oder offenzulegen.
- e) Die Studienvereinigung regt außerdem eine inhaltliche Eingrenzung der Zusammenrechnungsklausel (Umgehungsregelung) des Art. 5 UA 2 FKVO an. Diese Anregung

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

gründet sich zum einen auf die rechtspolitischen Entwicklungen in den Mitgliedsstaaten seit Einführung der FKVO, d.h. die Ergänzung der nationalen Fusionskontrollregimes zu einem flächendeckenden System in Ergänzung zur FKVO. Zum Anderen hat die Praxis gezeigt, dass die Umgehungsregelung eine „überschießende“ Tendenz aufweist, die dazu führt, dass die Kommission auch solche zusammengesetzten Transaktionen prüfen muss, bei denen die erste Transaktion bereits Gegenstand eines Verfahrens nach der FKVO gewesen ist (so z.B. in den Fällen M.261 – *Volvo/Lex*; M.832 – *Norsk Hydro/Enichem Agricoltura – Terni (II)* und M.5164 – *MSREF/Crowne Plaza Wiesbaden Hotel*). In diesen Fällen müssen also bereits freigegebene Zusammenschlüsse erneut angemeldet und erneut von der Kommission geprüft werden. Nach dem Wortlaut der Regelung könnte es auch Fälle geben, in denen sowohl die erste als auch die zweite Transaktion unter die FKVO fallen und sodann eine erneute Anmeldung und Kontrolle auch der alten (bereits freigegebenen) Transaktion erfolgen müsste.

Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass der Zweck der Regelung, eine künstliche Aufspaltung größerer Transaktionen in mehrere kleine fusionskontrollfreie Transaktionen zu vermeiden, eine so weite Fassung der Umgehungsklausel nicht erfordert. Insbesondere sollte keine nachträgliche Doppelkontrolle bereits geprüfter und freigegebener Zusammenschlüsse erfolgen. Bei einer innerhalb von zwei Jahren nachfolgenden kleineren Transaktion (unterhalb der Schwellenwerte des Art. 1 FKVO) könnte diese entweder der Kontrolle durch die nationalen Fusionskontrollregimes überlassen bleiben oder die Anwendung der FKVO müsste auf die neue (kleine) Transaktion beschränkt werden. Wir verweisen hierzu ergänzend auf die (neue) parallele Regelung in der deutschen Fusionskontrolle (§ 38 Abs. 5 Satz 3 GWB, n.F.: „... werden als ein einziger Zusammenschluss behandelt, wenn dadurch *erstmal*s die Umsatzschwellen des § 35 erreicht werden“). Damit soll eine Doppelkontrolle möglichst vermieden werden.

- f) Abschließend regen wir an, in Art. 2 Abs. 5, 1. Spiegelstrich der deutschen Fassung der Fusionskontroll-VO ein Redaktionsversehen zu korrigieren. Der Wortlaut der deutschen Fassung lautet:

„(...) auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem benachbarten *oder* eng mit ihm

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

verknüpften Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt;“

Ein Vergleich mit der englischen und französischen Fassung zeigt, dass das vierte „oder“ (hinter benachbarten) als „und“ zu lesen ist, die „enge Verknüpfung“ also keine eigenständige Sachverhaltsalternative darstellt.

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

Der Vorstand