

<b>AN:</b>	Mandanten	<b>TO:</b>	Clients
<b>VON:</b>	P+P Pöllath + Partners	<b>FROM:</b>	P+P Pöllath + Partners
<b>DATUM:</b>	7. Juli 2016	<b>DATE:</b>	7 July 2016
<b>ZU:</b>	<b>Novellierung des deutschen Kartell- und Fusionskontrollrechts</b>	<b>RE:</b>	<b>Reform of German Competition and Merger Control Law</b>

Am 1. Juli 2016 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen Referentenentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (der “**Entwurf**“) veröffentlicht.

On 1 July 2016, the German Federal Ministry of Economic Affairs and Energy published a draft for a proposed Ninth Amendment of the German Act against Restraints of Competition (the “**Draft**“).

Die wesentlichen Inhalte des Entwurfs sind:

The main contents of the Draft are:

- Eine neue Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle auf Basis des Transaktionswerts
- Spezielle Kriterien für die Bewertung von Marktmacht in (digitalen) mehrseitigen Märkten
- Einführung einer Konzernhaftung und Erweiterung der Rechtsnachfolge bei Bußgeldern
- Die Umsetzung der EU-Kartell-Schadensersatzrichtlinie
- A new merger control notification threshold based on transaction value
- Specific criteria for the appraisal of market power in (digital) multi-sided markets
- Introduction of group liability and a broader successor liability for fines
- Implementation of the EU directive for cartel damages

Interessenvertreter wurden um Stellungnahme bis zum 15. Juli 2016 gebeten. Der Entwurf soll vom Kabinett voraussichtlich Anfang August verabschiedet werden. Er soll – nach Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens – bis zum **27. Dezember 2016** in Kraft treten.

Stakeholders have been invited to submit comments until 15 July 2016. The draft shall be adopted by the German Federal Government in early August. It shall become effective – after completing legislative procedure – no later than **27 December 2016**.

## I. Fusionskontrolle: Neue Aufgreifschwelle

Der Entwurf sieht eine neue Aufgreifschwelle vor. Zusammenschlüsse sollen auch dann anmeldepflichtig sein, wenn die sog. zweite Inlandsumsatzschwelle (in Höhe von 5 Mio. Euro) nicht erfüllt ist, der Transaktionswert aber mehr als 350 Mio. Euro beträgt.

Hierdurch soll eine vermeintliche Lücke im System der Fusionskontrolle geschlossen werden. Die neue Aufgreifschwelle soll dem Bundeskartellamt die Kontrolle von Zusammenschlüssen in der digitalen Wirtschaft ermöglichen, die ansonsten nicht anmeldepflichtig wären. Dies betrifft Zielunternehmen ohne nennenswerten Umsatz, für die aber ein hoher Kaufpreis bezahlt wird. Ein vielzitiertes Beispiel hierfür ist der Erwerb von WhatsApp durch Facebook. Da auch ein hoher Kaufpreis Ausdruck eines erheblichen Wettbewerbspotentials eines Zielunternehmens sein kann, sei eine Überprüfung wünschenswert.

Ein Zusammenschlussvorhaben ist demnach anmeldepflichtig, wenn:

- die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro erzielen (weltweite Umsatzschwelle) und
- ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielt (erste Inlandsumsatzschwelle) und
- ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. Euro erzielt (zweite Inlandsumsatzschwelle) oder
- der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 350 Mio. Euro

## I. Merger Control: A New Filing Threshold

The Draft introduces a new filing threshold, similar to the size-of-transaction test applied in the USA. Transactions shall require notification even if the so-called second domestic turnover threshold (of 5 million Euro) is not met, but the transaction value exceeds 350 million Euro.

The aim is to close a perceived enforcement gap. The new threshold shall enable the German Federal Cartel Office to review transactions in the digital economy that would not have otherwise required notification. This concerns target companies without significant turnover that are purchased for a high purchase price. A frequently quoted example is Facebook's acquisition of WhatsApp. In the Ministry's view, the Federal Cartel Office should be able to review such transactions given that such a high purchase price may be an indication of the competitive potential of a target company.

Therefore, in Germany, notification of a transaction will be required if:

- the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than 500 million Euro (worldwide turnover threshold); and
- the turnover in Germany of one undertaking concerned exceeds 25 million Euro (first domestic turnover threshold); and
- the turnover in Germany of another undertaking concerned exceeds 5 million Euro (second domestic turnover threshold); or
- the value of the consideration for the transaction exceeds 350 million Euro

(Transaktionswertschwelle) beträgt und mindestens ein anderes Unternehmen im Inland tätig ist oder tätig wird.

Die Gegenleistung soll alle Vermögensgegenstände und sonstige geldwerten Leistungen umfassen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss erhält. Auch soll der Wert übernommener Verbindlichkeiten berücksichtigt werden.

Neben dem Unternehmen, das die erste Inlandsumsatzschwelle erfüllt, muss auch ein weiteres Unternehmen im Inland tätig sein oder werden. Nach der Entwurfsbegründung soll hierfür bereits ausreichen, dass Angebote dieses Unternehmens im Inland in Anspruch genommen werden oder hier Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten durchgeführt werden. Es ist fraglich, ob eine derart weite Auslegung dem Erfordernis einer spürbaren Inlandsauswirkung genügt (§ 130 Abs. 2 GWB).

Ferner stellt der Entwurf klar, dass der Ausnahmetatbestand der Anschlussklausel (§ 35 Abs. 2 GWB), der einen fusionskontrollfreien Erwerb von nicht-kontrollierten Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als 10 Millionen Euro ermöglicht, keine Anwendung findet, wenn die Voraussetzungen der Transaktionswertschwelle vorliegen.

## **II. Missbrauchs- und Fusionskontrolle: Markteigenschaft und Kriterien für die Bewertung von Marktmacht**

Auch weitere Ergänzungen im Bereich der Fusions- und auch der Missbrauchskontrolle sollen diese Instrumentarien an die Besonderheiten digitaler Märkte anpassen. Im Vordergrund stehen hier Internetplattformen

(transaction value based threshold) and at least one other undertaking is or will become active in Germany.

The consideration shall include all assets and other payment in kind that the seller receives from the buyer in connection with the transaction. Also, the value of assumed liabilities shall be included.

Besides the undertaking that meets the first domestic turnover threshold, another undertaking must be or become active in Germany. According to the explanatory memorandum, it shall be sufficient if that undertaking engages with customers in Germany or carries out research or development activities in Germany. It appears questionable whether such a broad interpretation satisfies the requirement of appreciable domestic effect (Sec. 130(2) of the German Act against Restraints of Competition, "ARC").

Further, the Draft makes clear that the *de minimis* exception (Sec. 35(2) ARC) does not apply if the transaction value based threshold is met. Pursuant to this exception, the acquisition of a target does not require notification if the target is not controlled by another company and its worldwide turnover is less than 10 million Euro.

## **II. Abuse of Dominance and Merger Control: Market Activity and Criteria for the Assessment of Market Power**

The Draft supplements the merger control and abuse of dominance provisions of the ARC in order to adapt these instruments to the particular business models of the digital economy. A main focus area is internet platforms and

und mehrseitige Märkte, d.h. Märkte auf denen mindestens zwei verschiedenen Nutzergruppen Leistungen angeboten werden. In diesem Bereich liegt auch ein Tätigkeitsschwerpunkt des Bundeskartellamts, wie nicht zuletzt das Verfahren gegen Facebook zeigt (siehe auch unsere Mandanteninformation vom 2. März 2016).

## 1. Märkte und unentgeltliche Leistungen

Der Entwurf stellt zunächst klar, dass ein Markt auch bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen angenommen werden kann. Das Kartellrecht soll somit bei mehrseitigen Märkten auch auf die unentgeltliche Marktseite angewendet werden können. Ein Beispiel für solche mehrseitigen Märkte sind Internetplattformen, die auf der einen Seite ihren Nutzern Leistungen unentgeltlich anbieten und auf der anderen Seite die Nutzerdaten gegenüber Werbekunden vermarkten. Die Frage, ob auch die unentgeltliche Leistung eine Markt-tätigkeit darstellt, auf die das Kartellrecht anwendbar ist, ist bisher nicht abschließend geklärt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte zum Beispiel eine Markteigenschaft der unentgeltlichen Marktseite von Hotelbuchungsportalen verneint.

## 2. Kriterien für die Bewertung von Marktmacht

Der Entwurf enthält einen Katalog an Kriterien, die bei der Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen auf mehrseitigen oder Netzwerkmärkten zu berücksichtigen sind. Bei der Beurteilung, ob eine marktbeherrschende Stellung für Zwecke der Fusionskon-

multi-sided markets, *i.e.*, markets on which services are offered to at least two distinct groups of users. The Federal Cartel Office has made this area one of its enforcement priorities. For instance, it has initiated a proceeding against Facebook (see also our Client Information dated 2 March 2016).

## 1. Markets and Services Free of Charge

The Draft clarifies that services (or goods) provided free of charge, *i.e.*, without payment, may also be considered a market activity (and therefore fall within the scope of the ACR). This clarification seeks to expand the scope of the ACR, in particular to the “free side” of multi-sided markets. An example for such multi-sided markets are internet platforms, which offer their services free of charge to their users on one side of the market and commercialize user data on the other side of the market vis-à-vis advertisers. It is currently not clear whether services provided free of charge constitute a market activity that falls within the scope of the ACR. For instance, the Higher Regional Court of Düsseldorf has denied that free services provided by a hotel booking platform constitute a market activity.

## 2. Criteria for the Assessment of Market Power

The Draft includes specific criteria for the assessment of market positions of companies on multi-sided or network markets. These criteria need to be considered when assessing whether a company holds a dominant market position for purposes of the ACR's merger control and abuse of dominance provisions:

trolle oder der Marktmachtmissbrauchbestimmungen vorliegt, sollen auch die folgenden Kriterien berücksichtigt werden:

- Direkte und indirekte Netzwerkeffekte
- Die parallele Nutzung mehrerer Dienste (Multi-Homing) und der Wechselaufwand für die Nutzer
- Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten
- Zugang zu Daten
- Innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (Möglichkeit von disruptiven Veränderungen).
- Direct and indirect network effects
- Parallel use of networks (multi-homing) by users and switching costs for users
- Economies of scale in connection with network effects
- Access to data
- Innovation-driven competitive pressure (possibility of disruptive changes).

Das Bundeskartellamt hat einige dieser Kriterien bereits in Verfahren angewendet. Zum Beispiel in Fusionskontrollverfahren betreffend Immobilien- und Dating-Internetplattformen. Die betreffenden Zusammenschlüsse wurden vom Bundeskartellamt allesamt freigegeben. Wie bisher ist die Marktstellung eines Unternehmens auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen.

The Federal Cartel Office has already applied some of these criteria in recent proceedings, such as merger control proceedings concerning online real estate and online dating platforms. These transactions were cleared by the Federal Cartel Office. As before, the market position of a company needs to be assessed on the basis of an overall assessment of the relevant circumstances.

### **III. Konzernhaftung und Rechtsnachfolge bei Bußgeldern**

Der Entwurf sieht – mit geringen Abweichungen – eine Übernahme des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffes für die Bußgeldvorschriften des GWB vor (§ 81 GWB). Somit werden auch die unionsrechtlichen Grundsätze der Konzernhaftung und Rechtsnachfolge adaptiert. Hiermit sollen Regelungslücken geschlossen werden, die es Unternehmen bisher erlaubten, sich durch eine Umstrukturierung der Bußgeldhaftung zu entziehen. Dieser Teil des Entwurfs ist besonders umstritten, da die Einführung einer solchen verschuldensunabhängigen Haftung

### **III. Group and Successor Liability for Fines**

The Draft provides for an adaptation of the EU competition law concept of an “undertaking” or “economic unit” for purposes of the ARC’s fining provisions (Sec. 81 ARC) and, as consequence, an adaptation of the EU legal principles of group and successor liability. The aim of this change is to close certain loopholes that permit companies to escape from fines by transferring businesses to another entity. This intended change is particularly controversial because the introduction of such a liability without fault would mean a paradigm shift,

einen – verfassungsrechtlich bedenklichen – Systemwechsel bedeutet.

## 1. Konzernhaftung

Eine Geldbuße soll demnach auch gegen juristische Personen (oder Personenvereinigungen) verhängt werden können, die das tatbeteiligten Unternehmen zum Zeitpunkt des Verstoßes unmittelbar oder mittelbar kontrolliert haben. In der unionsrechtlichen Praxis sind die Voraussetzungen für eine solche Kontrolle relativ gering. Ausreichend ist, wenn sich bei einer Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen ergibt, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf die generelle Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft ausgeübt hat. Bei 100%igen Beteiligungen wird eine solche Kontrolle vermutet.

Eine weitere Voraussetzung ist allerdings wie bisher eine Anknüpfungstat durch eine Leitungsperson des tatbeteiligten Unternehmens.

## 2. Rechtsnachfolge

Eine Geldbuße soll auch gegen bestimmte Gesamtrechtsnachfolger sowie wirtschaftliche Nachfolger festgesetzt werden. Die wirtschaftliche Nachfolge beruht auf dem unionsrechtlichen Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität. Der Grundsatz erlaubt die Bebußung des Erwerbers eines Unternehmens, der dieses fortführt, wenn der ursprünglich haftende Betreiber rechtlich fortfällt oder wirtschaftlich nicht mehr existent ist. Ein Anwendungsfall hierfür können auch konzernexterne Vermögensübertragungen, zum Beispiel Asset Deals, sein.

which also raises concerns in terms of German constitutional law.

## 1. Group Liability

The Draft establishes that a fine may be imposed not only on the legal entity committing the infringement, but also on the entities which directly or indirectly controlled the infringing entity at the time of the infringement. Under EU law, the requirements for establishing such a control relationship are relatively low. It is sufficient if it can be established that the parent company exercised a decisive influence on the commercial policy of its subsidiary, based on an overall assessment of all commercial, organizational, and legal links. For parents of wholly-owned subsidiaries, there is a rebuttable presumption that the parent controls the subsidiary.

As before, it is a further requirement that an infringement has been committed by a representative of the company.

## 2. Successor Liability

Further, a fine may also be imposed on certain legal or economic successors. Economic succession is based on the EU legal principle of economic continuity. According to this principle, a fine may be imposed on the buyer of a business if the original operator of the business ceases to exist legally or economically, and the buyer continues to operate the business. For instance, this principle has been applied to certain asset deal situations in the past.

Im Fall der Nachfolge soll der Nachfolger in die Verfahrensstellung des Vorgängers (zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Nachfolge) eintreten. Werden wegen nur eines Verstoßes Geldbußen gegen mehrere juristische Personen festgesetzt, haften diese als Gesamtschuldner.

#### **IV. Kartellschadensersatz**

Die GWB-Novelle dient auch der Umsetzung der EU-Kartell-Schadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), die Kartell-Schadensersatzklagen erleichtern soll.

##### **1. Anspruchsgegner**

Keine Aussage trifft der Entwurf zu der Frage, ob nur die tatbeteiligte juristische Person oder auch deren Mutterunternehmen Anspruchsgegner von Schadensersatzklagen sein können. Es ist umstritten, ob die Umsetzung der Richtlinie auch eine Adaption des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs (und damit auch der Konzernhaftung) im Kartellschadensersatzrecht verlangt.

Die Frage war bereits Thema einer Diskussion zwischen den Ministerien und auch Grund dafür, dass der bereits für das Frühjahr angekündigte Entwurf erst jetzt veröffentlicht wurde.

Der gefundene Kompromiss lautet nun, dass diese Frage durch die Rechtspraxis beantwortet werden soll.

In case of a succession, the successor shall assume the position of the predecessor in the proceedings. If fines are imposed against several legal entities for the same infringement, these entities are jointly and severally liable.

#### **IV. Cartel Damages**

The Draft also seeks to implement the EU directive for cartel damages (2014/104/EU), which aims to facilitate private enforcement actions.

##### **1. Defendant**

The Draft does not determine whether parent companies may be named as defendants in addition to the legal entity committing the infringement. It is controversial whether the implementation of the directive also necessitates an adaptation of the EU law concept of an undertaking (and group liability) within the area of actions for cartel damages.

This question has already been the subject of a discussion between several ministries and is also the reason why the Draft, which was initially announced for Spring, has only been finalized now.

The agreed approach is that this question shall be ultimately decided by the courts.

## 2. Schaden und Schadensabwälzung

Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Die Vermutung kann insbesondere durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Preiserhöhung und damit der Schaden weitergegeben wurde (Einwand der Schadensabwälzung). Der Beklagte trägt hierfür die Beweislast. Mittelbaren Abnehmern steht es offen, auf sie abgewälzte Schäden geltend zu machen. Für das Vorliegen und dem Umfang der Schadensabwälzung sind sie beweispflichtig. Unter bestimmten Umständen besteht eine Vermutung einer Schadensabwälzung. Zum Beispiel, wenn ein mittelbarer Abnehmer Waren erworben hat, die Gegenstand eines Kartellverstoßes waren, der einen Preisaufschlag zur Folge hatte. Sowohl Beklagte als auch mittelbare Abnehmer als Kläger können in diesem Zusammenhang bestimmte Offenlegungen verlangen.

## 3. Gesamtschuldnerische Haftung

Mitglieder eines Kartells sind als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet. Im Innenverhältnis ist die Verteilung anhand der relativen Verantwortung der Schädiger zu bestimmen. Maßgeblich ist hierbei vor allem das Maß der Verursachung. Im Übrigen gelten die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

## 2. Damages and Passing-On

It shall be presumed that cartel infringements cause harm. This presumption can be rebutted, for instance, by showing that the overcharge resulting from the infringement has been passed on (passing-on defence). The burden of proof is on the defendant. Indirect purchasers may claim damages for a passing-on that occurred to them. The burden of proof in this respect is on the indirect purchaser. An indirect purchaser shall be deemed to have proven that a passing-on occurred to it in certain situations, e.g., if it has purchased goods that were the object of an infringement that has resulted in an overcharge. Claimants and defendants may request certain disclosures in this respect.

## 3. Joint and Several Liability

Members of a cartel shall be jointly and severally liable for the harm caused by the infringement. Among them, the amount of contribution by a cartel member shall be determined in the light of its relative responsibility for the infringement. In particular, its role in causing the infringement shall be relevant. In addition the general rules under the German Civil Code shall apply.

#### 4. Privilegierung von Kronzeugen und KMU

Kronzeugen, denen eine Geldbuße erlassen wurde, und bestimmte kleine und mittlere Unternehmen (KMU) haften grundsätzlich nur auf den Ersatz des Schadens, der ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern entsteht. Der Kronzeuge kann anderen Geschädigten dann zum Ausgleich verpflichtet sein, wenn diese von den übrigen Kartellanten keinen Ersatz erlangen können. Im Innenverhältnis der Gesamtschuldner können die anderen Schuldner auch nur diesen Betrag verlangen.

KMU sind Unternehmen im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der EU-Kommission, z.B. Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von maximal 50 Mio. Euro. Ihre Privilegierung setzt u.a. voraus, dass der Marktanteil des KMU auf dem relevanten Markt weniger als 5% betrug und die Ersatzpflicht seine wirtschaftliche Existenz bedrohen würde.

#### 5. Offenlegung von Beweismitteln

Sowohl für Kläger als auch Beklagte wird ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Auskunft und Herausgabe eingeführt. Eine Herausgabe ist ausgeschlossen, wenn sie unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Bei der Abwägung ist zum Beispiel der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu berücksichtigen. Ausgeschlossen von der Herausgabe sind unter anderem Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen.

#### 4. Privileged Treatment of Leniency Applicants and SME

Leniency applicants who have been granted immunity from fines, and certain small and medium-sized enterprises (“**SME**”) shall be liable only to their direct and indirect purchasers. A leniency applicant may also be liable to other injured parties where full compensation cannot be obtained from other members of the cartel. Among the cartel members, the amount of contribution by such a leniency applicant or SME shall not exceed the amount of harm it caused to its own direct or indirect purchasers.

SMEs are companies as defined in the EU Commission’s recommendation 2003/361/EC, e.g., companies with less than 250 employees and annual revenues of no more than 50 million Euro. A privileged treatment of a SME requires that the SME’s market share on the relevant market was less than 5% and that an application of the normal rules of liability would jeopardize its economic viability.

#### 5. Disclosure of Evidence

Claimants and defendants shall have a substantive legal claim for information and disclosure of evidence, unless such disclosure would be disproportionate. In determining whether a disclosure request is proportionate, courts shall consider, among other things, claims for business secrets. Leniency statements and statements concerning settlements must not be disclosed.

Über den Herausgabeanspruch kann das Gericht durch Zwischenurteil entscheiden. Wurde ein Kartellverstoß durch bindende Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde festgestellt, ist eine vereinfachte Geltendmachung der Ansprüche im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglich.

Besondere Regeln gelten für die Offenlegung aus Behördenakten.

## 6. Weitere Regelungen

Der Entwurf sieht zahlreiche weitere Regelungen vor. Diese betreffen u.a. die Wirkung von Vergleichen, den Verjährungsbeginn, die Verjährungsdauer etc.

Bei Fragen können Sie sich jederzeit gerne an uns wenden.

A court can decide on a disclosure request by means of an interim decision. If an infringement has been found by a final decision of a competition authority, requests for interim legal protection shall be facilitated.

Specific rules apply to requests for access to a competition authority's file.

## 6. Further Elements

The Draft provides for numerous further changes. For instance, these concern the effect of settlements on subsequent actions for damages, the duration and commencement of limitation periods, etc.

Please feel free to contact us with any questions.

**P+P Pöllath + Partners**  
**Rechtsanwälte und Steuerberater mbB**

Daniel Wiedmann  
+49 (69) 247 047 - 70  
daniel.wiedmann@pplaw.com