

Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control

Fields marked with * are mandatory.

Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control

I. Introduction

Preliminary Remark: The following questionnaire has been drafted by the Services of the Directorate General for Competition in order to collect views on some procedural and jurisdictional aspects of EU merger control. The questionnaire does not necessarily reflect the views of the European Commission and does not prejudice its future decisions, if any, on further action on these aspects.

A. Purpose of the consultation

The purpose of the present consultation is to gather information on particular aspects of the performance of EU merger control. This consultation invites citizens, businesses, associations, public authorities and other stakeholders to provide feedback on their experience/knowledge of issues under scrutiny and what action, if any, should be taken in this regard.

Input from stakeholders will be used in a Staff Working Document to evaluate procedural and jurisdictional aspects of EU merger control. The Commission will carefully analyse the outcome of this consultation and previous consultations as well as the findings of the evaluation as a whole before deciding whether it should take further action.

B. Background

Merger control constitutes one of the instruments of EU competition law. Its main objective is to ensure that competition in the internal market is not distorted by corporate reorganisations in the form of concentrations.

In recent years (particularly in 2009 and from 2013 onwards), the European Commission has taken stock and assessed the functioning of different aspects of EU merger control and identified possible areas for refinement, improvement and simplification.

In particular, the European Commission adopted in 2014 the White Paper "Towards More Effective EU Merger Control (the "White Paper", COM(2014) 449 final). The White Paper confirmed that EU merger control works well and that no fundamental overhaul of the system is needed, but envisaged specific amendments in order to make it more effective.

The key proposals of the White Paper were the following:

1. Introducing a light and tailor-made review of acquisitions of non-controlling minority shareholdings which could harm competition;
2. Making case referrals between Member States and the Commission more business-friendly and effective;
3. Making procedures simpler for certain categories of mergers that normally do not raise competition concerns; and
4. Fostering coherence and convergence between Member States with a view to enhance cooperation and to avoid divergent decisions in parallel merger reviews conducted by the competition authorities of several Member States.

Based on the White Paper, the Commission carried out a public consultation. Respondents mostly agreed that the EU merger control system overall works well but welcomed the White Paper's proposals in relation to the streamlining of the case referral system and simplification.

Recently, a debate has emerged among stakeholders and competition experts on a new topic, namely the effectiveness of the current turnover-based jurisdictional thresholds of EU merger control. These jurisdictional thresholds are set out in Article 1 of the Merger Regulation and determine which transactions have a Union dimension and are reviewed, in principle, by the European Commission.

Some stakeholders have raised the question of whether the turnover-based jurisdictional thresholds allow capturing, under EU merger control rules, all transactions which can potentially have an impact in the internal market. This question may be particularly significant for transactions in the digital economy, but also in other industry sectors, such as pharmaceuticals, where acquisition targets may not have always generated substantial turnover yet, but nevertheless are highly valued and constitute, or are likely to become, an important competitive force in the relevant market(s).

Moreover, recent experience in enforcing the EU merger control rules has shown that certain technical aspects of the procedural and investigative framework for the assessment of mergers may merit further evaluation. Some of these aspects had already been identified in the 2014 Commission Staff Working Document accompanying the White Paper.

Scope of the Evaluation

It therefore appears opportune to build upon the work undertaken so far in the context of the White Paper and prior consultations and complement it by evaluating the following procedural and jurisdictional aspects of EU merger control in more detail:

1. Simplification: the treatment of certain categories of cases that do not generally raise competitive concerns, as set out in the Merger Regulation,^[1] the Implementing Regulation,^[2] and the Commission Notice on simplified procedure;^[3]
2. Functioning of the turnover-based jurisdictional thresholds set out in the Merger Regulation in light of highly valued acquisitions of target companies that have not yet generated substantial turnover;
3. Functioning of the case referral mechanisms set out in the Merger Regulation, the Implementing Regulation and the Commission Notice on case referral;
4. Certain technical aspects of the procedural and investigative framework for the assessment of mergers.

[1] Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24, 29.01.2004, p. 1.

[2] Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004, OJ L 133, 30.04.2004, p. 1, as amended.

[3] Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) 139/2004, OJ C 366, 14 December 2013, p.5 and its Corrigendum to the Commission notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, OJ C 011, 15 January 2014, p 6 (the "Commission Notice on simplified procedure").

II. Practical Guide to fill in the questionnaire

Please respond to all questions that you have knowledge about. Feel free to skip those questions that you cannot answer or are unsure about.

Replying to the questions:

- Questions with a radio-button are "single choice": only one option can be chosen.
- Question with a check-box are "multiple choice": several answers can be chosen.
- Questions showing an empty box are free text questions.
- Depending on your answer to a given question, some additional questions may appear automatically asking you to provide further information. This, for example, is the case when the reply "Other" is chosen.
- Please use only the "Previous" and "Next" buttons to navigate through the questionnaire (do not use the backwards or forward button of the browser).

Saving your draft replies

- The questionnaire is split into several sections.
- At the end of each section you have the possibility to either continue replying to the remaining sections of the questionnaire (clicking on "Next") or saving the replies made so far as a draft (clicking on "Save as Draft").
- If you chose "Save as Draft", the system will:
 - show you a message indicating that your draft reply has been saved,
 - give you the link that you will have to use in order to continue replying at a later stage,
 - give you the possibility to send you the link by email (we encourage you to use this option).
- You can then close the application and continue replying to the questionnaire at a later stage by using the said link.

Submitting your final reply

- The submission of the final reply can only be done by clicking the "Submit" button that you will find in the last section "Conclusion and Submission".
- Once you submit your reply, the system will show you a message indicating the case identification number of your reply ("Case Id"). Please keep this Case Id. number as it could be necessary in order to identify your reply in case you want to modify it at a later stage.
- You will also be given the opportunity to either print or download your reply for your own records.

III. About you

Please provide your contact details below:

*1. Are you replying as:

- ☐ a private individual
- ☐ an organisation or a company
- ☒ a public authority or an international organisation

*The name of your organisation/ company/ public authority/ international organisation

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und Bundeskartellamt

*Your full name

Dr. Armin Jungbluth, Leiter des Referats Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik
im BMWi,
Birgit Krueger, Leiterin der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamts,
Dr. Fabian Pape, Leiter des Referats für Deutsche und Europäische Fusionskon-
trolle des Bundeskartellamts.

*Email address

fabian.pape@bundeskartellamt.bund.de

*1.1.1 Please indicate which type of public authority or international organisation it is:

- ☒ EU national competition authority
- ☐ Government or Ministry
- ☐ International or European organisation
- ☐ Regulatory authority (other than a competition authority)
- ☐ Other public body

*1.2 Please provide a brief description of the activities of your organisation.

National Competition Authority

*1.3 Where are you based?

- ☐ Austria
- ☐ Belgium
- ☐ Bulgaria
- ☐ Croatia
- ☐ Cyprus
- ☐ Czech Republic
- ☐ Denmark
- ☐ Estonia
- ☐ Finland
- ☐ France
- ☒ Germany
- ☐ Greece
- ☐ Hungary
- ☐ Iceland
- ☐ Ireland
- ☐ Italy
- ☐ Latvia
- ☐ Liechtenstein
- ☐ Lithuania
- ☐ Luxemburg
- ☐ Malta
- ☐ Netherlands
- ☐ Norway
- ☐ Poland
- ☐ Portugal
- ☐ Romania
- ☐ Slovak Republic
- ☐ Slovenia
- ☐ Spain
- ☐ Sweden
- ☐ United Kingdom
- ☐ Other

*Please specify.

Berlin/Bonn

2. Transparency Register ([Register now](#))

In the interests of transparency, the Commission asks organisations who wish to submit comments in the context of public consultations to provide the Commission and the public at large with information about whom and what they represent by registering in the [Transparency Register](#) and subscribing to its [Code of Conduct](#). If an organisation decides not to provide this information, it is the Commission's stated policy to list the contribution as part of the individual contributions. (Consultation Standards, see COM (2002) 704; Better Regulation guidelines, see SWD(2015)111 final and Communication on ETI Follow-up, see COM (2007) 127).

If you are a registered organisation, please indicate below your Register ID number when replying to the online questionnaire. Your contribution will then be considered as representative of the views of your organisation.

If your organisation is not registered, you have the opportunity to register now, please click on the link in the title. Then you can return to this page, continue replying to the questionnaire and submit your contribution as a registered organisation.

It is important to read the specific privacy statement available on the public consultation website for information on how your personal data and contribution will be used.

For registered organisations: indicate your Register ID number here:

* 3. Please choose from one of the following options on the use of your contribution:

- ☒ My/our contribution can be directly published with my personal/organisation information (I consent to publication of all information in my contribution in whole or in part including my name/the name of my organisation, and I declare that nothing within my response is unlawful or would infringe the rights of any third party in a manner that would prevent publication).
- ☐ My/our contribution can be directly published provided that I/my organisation remain(s) anonymous (I consent to publication of any information in my contribution in whole or in part (which may include quotes or opinions I express) provided that this is done anonymously. I declare that nothing within my response is unlawful or would infringe the rights of any third party in a manner that would prevent publication. I am aware that I am solely responsible if my answer reveals accidentally my identity).
- ☐ My/our contribution cannot be directly published but may be included within statistical data (I understand that my contribution will not be directly published, but that my anonymised responses may be included in published statistical data, for example, to show general trends in the response to this consultation) Note that your answers may be subject to a request for public access to documents under Regulation (EC) No 1049/2001.

*4. Finally, if required, can the Commission services contact you for further details on the information you have submitted?

☒ YES

☐ NO

IV. Questionnaire

IV.1. Simplification

In December 2013, the Commission adopted a package of measures aimed at simplifying procedures to the fullest extent possible without amending the Merger Regulation itself (the so called "Simplification Package"). In particular, the Simplification Package:

- Widened the scope of application of the so-called simplified procedure for non-problematic cases;
- Streamlined and simplified the forms for notifying mergers to the Commission.

Through the Simplification Package, which entered into force on 1 January 2014, the number of cases dealt with under the simplified procedure has increased by 10 percentage points from an average of 59% over the period 2004-2013 to around 69% of all notified transactions over the period January 2014 to September 2016).

According to the Commission Notice on simplified procedure ("the Notice"), the Commission in principle applies the simplified procedure to each of the following categories of concentrations:

- i. Transactions where two or more undertakings acquire joint control of a joint venture, provided that the joint venture has no, or negligible, actual or foreseen activities within the territory of the European Economic Area (EEA); such cases occur where: (i) the turnover of the joint venture and/or the turnover of the contributed activities is less than EUR 100 million in the EEA territory at the time of notification; and (ii) the total value of assets transferred to the joint venture is less than EUR 100 million in the EEA territory at the time of notification (see point 5 (a) of the Notice);
- ii. Transactions where two or more undertakings merge, or one or more undertakings acquire sole or joint control of another undertaking, provided that none of the parties to the concentration are engaged in business activities in the same product and geographic market, or in a product market which is upstream or downstream from a product market in which any other party to the concentration is engaged (see point 5 (b) of the Notice);
- iii. Transactions where two or more undertakings merge, or one or more undertakings acquire sole or joint control of another undertaking and both of the following conditions are fulfilled: (i) the combined market share of all the parties to the concentration that are engaged in business activities in the same product and geographic market (horizontal relationships) is less than 20 %; (ii) the individual or combined market shares of all the parties to the concentration that are engaged in business activities in a product market which is upstream or downstream from a product market in which any other party to the concentration is engaged (vertical relationships) are less than 30 % (see point 5 (c) of the Notice);
- iv. Transactions where a party is to acquire sole control of an undertaking over which it already has joint control (see point 5 (d) of the Notice)
- v. Transactions where two or more undertakings merge, or one or more undertakings acquire sole or joint control of another undertaking, and both of the following conditions are fulfilled: (i) the combined market share of all the parties to the concentration that are in a horizontal relationship is less than 50 %; and (ii) the increment (delta) of the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) resulting from the concentration is below 150 (see point 6 of the Notice).

The Notice sets out a number of safeguards and exclusions from the simplified procedure (see notably points 8 to 21). The Commission may decide not to accept a proposed concentration under the simplified procedure or revert at a later stage to a full assessment under the normal merger procedure.

The 2014 White Paper made further-reaching proposals for amendments to the Merger Regulation that would make procedures simpler:

- This could be achieved for example by excluding certain non-problematic transactions from the scope of the Commission's merger review, such as the creation of joint ventures that will operate outside the European Economic Area (EEA) and have no impact on European markets;
- Moreover, notification requirements for other non-problematic cases - currently dealt with in a 'simplified' procedure - could be further reduced, cutting costs and administrative burden for businesses.

These proposals are still being assessed. Your response to the following questions will contribute to that assessment.

1. The Merger Regulation provides for a one stop shop review of concentrations. Several categories of cases that are generally unlikely to raise competition concerns and falling under point 5 or 6 of the Notice (see above) are treated under a simplified procedure. To what extent do you consider that the one stop shop review at EU level for concentrations falling under the simplified procedure has created added value for businesses and consumers? Please rate on a scale from 1 to 7.

(1 = "did not create much added value"; 7 = "created much added value"):

	1	2	3	4	5	6	7
Your rating	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

Please explain.

Further simplification of the treatment of certain categories of non-problematic cases

2. In your experience, and taking into account in particular the effects of the 2013 Simplification Package, has the fact that the above mentioned categories of merger cases are treated under the simplified procedure contributed to reducing the burden on companies (notably the merging parties) compared to the treatment under the normal procedure?

- (i) Mergers without any horizontal and vertical overlaps within the EEA or relevant geographic markets that comprise the EEA, such as worldwide markets (transactions falling under point 5b of the Notice);

- ☐ YES
☐ NO
☐ OTHER

Please explain

(ii) Mergers leading only to limited combined market shares or limited increments or to vertical relationships with limited shares on the upstream and downstream markets within the EEA or relevant geographic markets that comprise the EEA (transactions falling under point 5c or point 6 of the Notice);

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please explain

(iii) Joint ventures with no or limited activities (actual or foreseen), turnover or assets in the EEA (transactions falling under point 5a of the Notice);

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please explain

(iv) Transactions where a company acquires sole control of a joint venture over which it already has joint control (transactions falling under point 5d of the Notice).

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please explain

3. As indicated, the Commission may decide not to accept a proposed concentration under the simplified procedure or revert at a later stage to a full assessment under the normal merger procedure. Have you dealt with or otherwise been involved in merger cases notified to the European Commission in the last five years that changed from simplified treatment under the Notice to the normal review procedure?

(i) In the pre-notification phase:

- ☐ YES
- ☐ NO

Please explain under which category of simplified cases (listed in question 2 above) it initially fell and the reasons underlying the change to the normal procedure.

(ii) Post notification:

- ☐ YES
☐ NO

Please explain under which category of simplified cases (listed in question 2 above) it initially fell and the reasons underlying the change to the normal procedure.

4. Have you dealt with or otherwise been involved in any merger cases which fell under the relevant categories of cases listed in question 2 and was thus potentially eligible for notification under the simplified procedure but where, from the outset, the parties decided to follow the normal review procedure?

- ☐ YES
☐ NO

Please explain under which category of simplified cases it fell and the reasons why the case was notified under the normal procedure.

5. Based on your experience, do you consider that, beyond the types of cases listed in question 2, there are any other categories of cases that are generally not likely to raise competition concerns but do not currently benefit from the simplified procedure?

- ☐ YES
☐ NO
☐ OTHER

Please explain

6. The main objective of the Merger Regulation is to ensure the review of concentrations with an EU dimension in order to prevent harmful effects on competition in the EEA. Do you consider that the costs (in terms of workload and resources spent) incurred by businesses when notifying the cases that fall under the simplified procedure (listed in question 2 above) have been proportionate in order to achieve this objective of the Merger Regulation?

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please explain your answer with respect to each of the categories of cases listed in question 2 above.

- Transactions falling under point 5a of the Notice:

- ☐ YES
- ☐ NO

Please explain.

- Transactions falling under point 5b of the Notice:

- ☐ YES
- ☐ NO

Please explain.

- Transactions falling under point 5c or point 6 of the Notice:

- ☐ YES
- ☐ NO

Please explain.

- Transactions falling under point 5d of the Notice:

- ☐ YES
- ☐ NO

Please explain.

7. To which extent have such costs (in terms of workload and resources spent) been reduced by the 2013 Simplification Package? Please explain.

8. On the basis of your experience on the functioning of the Merger Regulation, particularly after the changes introduced with the 2013 Simplification Package, and your knowledge of the enforcement practice of the Commission in recent years, do you consider that there is currently scope for further simplification of EU merger control without impairing the Merger Regulation's objective of preventing harmful effects on competition through concentrations?

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☒ OTHER

If you replied yes or other, do you consider that there is scope for further simplification by, in particular:

- 8.1 Exempting one or several categories of the cases listed in question 2 above (and/or any other categories of cases) from the obligation of prior notification to the Commission and from the standstill obligation; in those cases, the Commission would not adopt a decision under the Merger Regulation;

- ☐ YES
- ☒ NO

Please explain.

Bundesregierung und BKartA halten Ausnahmen von der präventiven Anmeldepflicht und vom Vollzugsverbot für die angeführten Fallgruppen nicht für sinnvoll. Eine präventive Prüfung mit Vollzugsverbot ist eine wichtige Voraussetzung für eine wirksame Fusionskontrolle auch in grundsätzlich unproblematisch erscheinenden Fällen. Die Feststellung, ob die Kriterien der Fallgruppen nach der Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren vorliegen, ist für die Unternehmen im Wege der Selbsteinschätzung nicht immer einfach. Die Kommission weist in ihrer Bekanntmachung (Rn. 8, 22) selbst darauf hin, dass auch Fälle, die für das vereinfachte Verfahren in Betracht kommen, komplexe Fragen z.B. bei der Marktabgrenzung aufwerfen. Ferner kann es Zusammenschlüsse geben, die unter eine der Kategorien für das vereinfachte Verfahren fallen, aber dennoch eine eingehendere Prüfung oder einen ausführlicheren Beschluss erforderlich machen (Bekanntmachung Rn. 9). Es sind keine Gründe bekannt, die für eine nunmehr abweichende Beurteilung sprechen, auf die durch eine Anmeldung ermöglichte Überprüfung durch die Kommission zu verzichten. Ohne präventive Anmeldepflicht und Vollzugsverbot entfällt nicht nur die bisher bestehende Möglichkeit, zu einem regulären Fusionskontrollverfahren zurückzukehren, sondern jede Überprüfung des Zusammenschlusses. Als Korrektiv käme allenfalls eine Befugnis der Kommission in Betracht, nachträglich vollzogene Zusammenschlüsse aufzugreifen, soweit sie davon Kenntnis erhält. Wegen der damit verbundenen Nachteile, auch im Hinblick auf entstehende Rechtsunsicherheit für sich zusammenschließende Unternehmen, ist dies keine sachgerechte Alternative. Eine Differenzierung der Ausnahmen von der Anmeldepflicht auf solche Kategorien, deren Kriterien von den Unternehmen zweifelsfrei feststellbar sind, könnte als Lösung des Problems erwogen werden. Jedoch sind solche einfachen Kriterien nicht ersichtlich.

Soweit im Einzelfall ein Abwarten der Freigabe aus besonderen Gründen nicht zumutbar ist, kommt eine Befreiung vom Vollzugsverbot nach Art 7(3) FKVO in Betracht.

Wenn die Auffassung besteht, dass zu viele Fälle ohne gemeinschaftsweite und wirtschaftlich signifikante Bedeutung in den Anwendungsbereich der FKVO fallen, könnte die Kommission über eine Heraufsetzung der Umsatzschwellenwerte für die Anwendbarkeit der FKVO nachdenken.

8.2 Introducing lighter information requirements for certain categories of cases listed in question 2 above (and /or any other categories of cases), notably by replacing the notification form by an initial short information notice; on the basis of this information, the Commission would decide whether or not to examine the case (if the Commission does not to examine the case, no notification would need to be filed and the Commission would not adopt a decision);

- ☐ YES
☒ NO

Please explain.

Der Vorschlag einer Initial Information Notice hat gegenüber einer generellen Ausnahme von der präventiven Anmeldepflicht und vom Vollzugsverbot den Vorteil, dass der Kommission immerhin eine gewisse ex-ante-Prüfung möglich bleibt, ob ein wettbewerblich unproblematischer Fall vorliegt oder eine Anmeldung und Prüfung erforderlich sind. Er wird aber von Bundesregierung und BKartA, zumal es an erforderlichen Konkretisierungen fehlt, nicht als sachgerechte Vereinfachungsmaßnahme angesehen. Offen ist zum einen, welche Informationen angegeben werden müssen und inwieweit die Kommission darauf gestützt eine fundierte Entscheidung treffen kann, ob sie eine Anmeldung verlangen soll oder nicht. Eine Überprüfung der Selbsteinschätzung der Unternehmen durch die Kommission bspw. zur räumlichen oder sachlichen Marktabgrenzung, zur Höhe der Marktanteile oder dass ein wettbewerblich unproblematischer Fall vorliegt, erscheint nur sehr eingeschränkt möglich, wenn sie sich auf eine Initial Information Notice beschränken muss.

Zum anderen sind die berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten und Dritter zu berücksichtigen. Wie bisher in den Fallkategorien des vereinfachten Verfahrens muss die Möglichkeit bestehen, dass die Kommission bei begründeten Bedenken von Mitgliedstaaten oder Dritter ein reguläres Fusionskontrollverfahren durchführt (Rn. 19 der Bekanntmachung). Ebenfalls muss gewährleistet bleiben, dass Mitgliedstaaten einen Verweisungsantrag für den Zusammenschluss nach Art. 9 Fusionskontrollverordnung stellen. Bisher ist die Anwendung schon des vereinfachten Verfahrens in diesen Fällen ausgeschlossen (Rn. 20 Bekanntmachung). Beispielsweise könnten zwei fusionierende Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat in der Initial Information Notice verfehlt von einem EWR-weiten oder weltweiten Markt ausgehen und auf dieser Basis zu niedrigen addierten Marktanteilen kommen. Der Mitgliedstaat muss prüfen können, ob die Märkte nicht national abzugrenzen sind, was zu entsprechend höheren Marktanteilen und möglicherweise zu wettbewerblichen Bedenken auf einem nationalen Markt führen würde. Insbesondere in den unter IV.1 genannten Fällen der Nrn. 2, 3 und 5 (keine horizontale oder vertikale Überschneidung; niedrige Marktanteile; niedriges HHI-Delta) gelten die in der Antwort zu Frage 8.1. erwähnten Bedenken gegen eine Selbsteinschätzung durch die Unternehmen.

Aus diesen Gründen ist es erforderlich, dass eine Initial Information Notice die entsprechenden Informationen enthält. Diese müssen insbesondere die Angaben enthalten, die es den Mitgliedstaaten erlauben, ein begründetes Urteil zu treffen, ob sie einen Verweisungsantrag stellen wollen. Soll die Initial Information Notice zunächst die Anmeldung ersetzen, muss sie wie diese veröffentlicht werden und den Mitgliedstaaten rechtzeitig zugehen, um die Wahrnehmung der Rechte zu gewährleisten. Es muss eine angemessene Zeit zur Verfügung stehen, die Informationen zu prüfen. Hier wäre der Zeitrahmen von 15 Arbeitstagen sinnvoll, wie er sich im Verweisungsregime nach Erhalt der Kopie einer Anmeldung gemäß Art. 9 (2) FKVO bewährt hat. Ggf. wäre an Nachfragemöglichkeiten zur Ergänzung der Informationen zu denken.

Zum Schutz des Wettbewerbs und zur Aufrechterhaltung einer wirksamen Fusionskontrolle dürfte ferner die Einführung von Mechanismen nötig sein, die

regeln, welche Folgen beispielsweise fehlerhafte Angaben in einer Initial Information Notice nach sich ziehen. Zwingend ist ferner ein Vollzugsverbot bis die Kommission sich entschieden hat, ob sie in dem Fall eine Anmeldung für erforderlich hält und die Mitgliedstaaten einen möglichen Verweisungsantrag prüfen konnten. Anderenfalls bestünde ggf. die Notwendigkeit, einen bereits vollzogenen Erwerb rückgängig machen zu müssen. Insgesamt erscheint es angesichts der vielen zu bedenkenden Aspekte daher fraglich, ob dieses System zu Erleichterungen für die betroffenen Zusammenschlussbeteiligten führen könnte.

Ein präventives Anmeldesystem mit einer weiteren Reduzierung der Informationsanforderungen im Rahmen der Short Form CO, ggf. ohne Vorgespräche und mit einer formlosen Freigabe, wäre vorzugswürdig. Die Erfahrungen mit den geringen Anmeldevoraussetzungen in der deutschen Fusionskontrolle nach § 39 GWB zeigen, dass das ein gangbarer Weg ist.

8.3 Introducing a self-assessment system for certain categories of cases listed in question 2 above (and/or any other categories of cases); under such system, merging parties would decide whether or not to proceed to notify a transaction, but the Commission would have the possibility to start an investigation on its own initiative or further to a complaint in those cases where it considers it appropriate in so far as they may potentially raise competition concerns;

- ☐ YES
☒ NO

Please explain.

Systeme, bei denen die Anmeldung von Fusionen auf einer Selbsteinschätzung der Unternehmen, insbesondere über das Vorliegen materiell-inhaltlicher Kriterien, wie z.B. Marktanteile, beruht, sind kein geeignetes Instrument zum Schutz des Wettbewerbs. Dies gilt insbesondere für die genannten Fallkategorien. Die Möglichkeit einer freiwilligen vollständigen Anmeldung und ein auf diese Fälle beschränktes Vollzugsverbot sind dafür unzureichend. Unternehmen, die sich bei wettbewerbsschädigenden Zusammenschlüssen gegen eine freiwillige Anmeldung entscheiden, können diese Transaktionen vollziehen. Aufgrund der negativen Erfahrungen in Deutschland mit früher möglichen freiwilligen Anmeldungen für bestimmte nur nachträglich anzeigepflichtige Zusammenschlüsse wurde eine generelle Anmeldepflicht mit Vollzugsverbot eingeführt. Auch in der europäischen Fusionskontrolle hat sich die strikte Begrenzung auf eine ex-ante-Kontrolle (mit den Einschränkungen in Art. 7 (2) und (3) FKVO) bewährt.

Die Möglichkeit des späteren Aufgreifens und der nachträglichen Kontrolle durch die Kommission kann Schutzlücken nicht sicher ausschließen und führt zudem zu einem – wenn auch begrenzten – Zeitraum der Rechtsunsicherheit.

8.4 Other

- ☒ YES
☐ NO

Please explain.

Ein präventives Anmeldesystem mit einer weiteren Reduzierung der Informationsanforderungen im Rahmen der Short Form CO, ggf. ohne Vorgespräche und mit einer formlosen Freigabe wäre vorzugswürdig.

When replying to question 8, please take into account the benefits and potential risks involved in each particular measure. For example, by exempting from notification all cases without horizontal or vertical overlaps [see point (8.1) above], the Commission may not be able to examine certain concentrations that could raise competition concerns, for instance because of potential competition or conglomerate aspects. Conversely, in cases where Parties file only a short information notice [see point (8.2) above], the Commission may not have sufficient information to assess whether the merger should be examined because it could potentially raise competition concerns. Similarly, in a self-assessment system [see point (8.3) above], the Commission may not become aware of mergers that could potentially raise competition concerns; moreover, under such system, the Commission may decide to intervene against a transaction which has already been implemented, which may cause some businesses to notify in any event just to obtain legal certainty.

In case you identify any risks, please explain those and indicate whether you envisage any measure to address / mitigate such risks.

Die angesprochenen Risiken bestehen aus Sicht der Bundesregierung und des BKartA. Weitere sind in den jeweiligen Antworten zu 8.1 bis 8.3 benannt.

Further simplification of the treatment of extra-EEA joint ventures

9. The creation of joint ventures operating outside the EEA and having no effect on competition on markets within the EEA ("extra-EEA joint ventures") can be subject to review by the European Commission. In your experience, has this fact contributed to protecting competition and consumers in Europe?

- ☐ YES
☐ NO
☒ OTHER

Please explain

Weder das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie noch das Bundeskartellamt haben entsprechende Fälle hinsichtlich ihrer Auswirkungen evaluiert.

10. Has this one stop shop review at EU level of extra-EEA joint ventures created added value for businesses and consumers?

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☒ OTHER

Please explain

Die Frage wird dann zu bejahen sein, wenn bei den extra-EEA JVs eine Anmeldung bei der Kommission weniger aufwändig wäre als eine Reihe von sonst erforderlichen Anmeldungen in den Mitgliedstaaten. In Deutschland fallen diese Fälle nicht unter die nationale Fusionskontrolle, da keine Inlandsauswirkungen im Sinne des § 185 Abs. 2 GWB vorliegen; siehe auch Antwort auf Frage 13.

11. Do you consider that the costs (in terms of workload and resources spent) incurred by businesses when notifying extra-EEA joint ventures are adequate and proportionate in order to ensure an appropriate review of concentrations with an EU dimension in order to prevent harmful effects on competition in the EEA?

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please explain

12. To which extent have such costs been reduced by the 2013 Simplification Package? Please explain.

13. On the basis of your experience on the functioning of the Merger Regulation, particularly after the changes introduced with the 2013 Simplification Package, do you consider that the treatment of extra-EEA joint ventures is sufficiently simplified and proportionate in view of the Merger Regulation's objective of preventing harmful effects on competition through concentrations or is there scope for further simplification?

- ☐ The treatment of extra-EEA joint ventures is sufficiently simplified.
- ☒ There is scope for further simplification.

Further simplification could be realised by:

(i) Excluding extra-EEA joint ventures from the scope of the Merger Regulation;

- ☒ YES
- ☐ NO

Please explain your answer taking into account both the scope for cost-savings and the potential risk that the Commission may not have the possibility to examine joint ventures that may impact competition in the EEA in the future (for instance if the scope of activity of the joint venture is expanded at a later stage). Also consider the possibility that these transactions may be subject to control in one or several EU Member States. In case you identify any risks, please indicate whether you envisage any measure to address / dispel such risks.

Aus deutscher Sicht wäre die von der Kommission erwogene Ausnahme von der Anwendbarkeit der EU-Fusionskontrollverordnung für extra-EEA Gemeinschaftsunternehmen, die keine Auswirkungen auf den EWR haben oder erwarten lassen, sinnvoll. Die Kommission hat bereits im Weißbuch vorgeschlagen, dass die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, das vollständig außerhalb des EWR niedergelassen und tätig ist (und keine Auswirkungen auf die Märkte im EWR hat), nicht (mehr) in den Anwendungsbereich der FKVO fallen soll. Ein solches Gemeinschaftsunternehmen müsste dann nicht bei der Kommission angemeldet werden, selbst wenn die Umsatzschwellen des Artikels 1 überschritten sind. Dies ist zu begrüßen. Zu erörtern bleibt, ob es dafür einer Änderung der Fusionskontrollverordnung bedarf. Nach hiesiger Einschätzung dürfte die Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung bereits aufgrund des im europäischen Wettbewerbsrecht anerkannten völkerrechtlich zu beachtenden Auswirkungsprinzips und der entsprechenden Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union (EuG) im Gencor-Fall (T-102/96, Tz. 90 ff.) ausgeschlossen sein. In der genannten Entscheidung legt das EuG dar, dass die Anwendung der Fusionskontrollverordnung auf Zusammenschlüsse völkerrechtlich zulässig ist, wenn vorhersehbar ist, dass der geplante Zusammenschluss unmittelbare und beträchtliche Auswirkungen („immediate and substantial effect“) in der Gemeinschaft hat. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Anwendung nicht zulässig wäre, wenn diese Auswirkungen in der EU bzw. im EWR fehlen. Anders als im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das in seiner Inlandsauswirkungsklausel in § 185 Abs. 2 GWB diesen völkerrechtlichen Grundsatz kodifiziert und an dem das Bundeskartellamt bei der Auslegung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften als eigenständiges Prüfungskriterium neben den nationalen Umsatzschwellenwerten festhält, enthält die Fusionskontrollverordnung keine solche Anwendungsbeschränkung. Im Interesse der Rechtssicherheit für die Unternehmen wäre daher jedenfalls eine Verlautbarung erforderlich, in welchen Fällen die Kommission eine Anwendung der FKVO aus völkerrechtlichen Gründen unterbleibt. Ansätze hierfür finden sich in Rn. 5 a) der Mitteilung über ein vereinfachtes Verfahren. Aus ähnlichen Erwägungen hat das Bundeskartellamt ein „Merkblatt Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“ veröffentlicht.

(ii) Introducing, for the treatment of extra-EEA joint ventures, an exemption from notification, or a light information system, or a self-assessment or any other system?

- ☒ YES
☐ NO

Please explain your answer, taking into account both the scope for cost-savings and any potential risk. In case you identify any risks, please indicate whether you envisage any measure to address/ dispel such risks.

Entsprechend der Antwort zu Frage 13 (i) könnte eine Ausnahme von der Anmeldepflicht, soweit rechtlich ohne Änderung der FKVO zulässig, erwogen werden.

(iii) Other.

Please explain.

IV.2. Jurisdictional thresholds

The Merger Regulation only applies to concentrations of a Union dimension, which are those where the undertakings concerned meet the different relevant turnover thresholds set out in Article 1 of the Merger Regulation.

Article 1 of the Merger Regulation

Scope

1. Without prejudice to Article 4(5) and Article 22, this Regulation shall apply to all concentrations with a Union dimension as defined in this Article.

2. A concentration has a Union dimension where:

(a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 5 000 million; and

(b) the aggregate Union-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 250 million,

unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Union-wide turnover within one and the same Member State.

3. A concentration that does not meet the thresholds laid down in paragraph 2 has a Union dimension where:

(a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 2 500 million;

(b) in each of at least three Member States, the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 100 million;

(c) in each of at least three Member States included for the purpose of point (b), the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 25 million; and

(d) the aggregate Union-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 100 million,

unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Union-wide turnover within one and the same Member State.

4. [...]

5. [...]

Recently, a debate has emerged on the effectiveness of these turnover-based jurisdictional thresholds, specifically on whether they allow capturing all transactions which can potentially have an impact on the internal market. This may be particularly significant in the digital economy, where services are regularly launched to build up a significant user base before a business model is determined that would result in significant revenues. With significant numbers of users, these services may play a competitive role. Moreover, relevant business models may involve collecting and analysing large inventories of data that do not yet generate significant turnover (at least in an initial period). Therefore, players in the digital economy may have considerable actual or potential market impact that may be reflected in high acquisition values, although they may not yet generate any or only little turnover. Acquisitions of such companies with no substantial turnover are likely not captured under the current turnover-based thresholds triggering a notification under the EU Merger Regulation, even in cases where the acquired company already plays a competitive role, holds commercially valuable data, or has a considerable market potential for other reasons. It has been suggested to complement the existing turnover-based jurisdictional thresholds of the EU Merger Regulation by additional notification requirements based on alternative criteria, such as the transaction value. The perceived legal gap may not only concern the digital industry, but also other industry sectors, such as the pharmaceutical industry. There have been indeed a number of highly valued acquisitions, by major pharmaceutical companies, of small biotechnology companies, which predominantly research and develop new treatments that may have high commercial potential, and do not yet generate any or only little turnover.

Moreover, the question of whether there is a legal gap needs to be assessed in the context of the case referral system in EU merger control. Even in instances where a merger does not have Union dimension based on the turnover of the merging parties, the Commission may obtain jurisdiction through a referral. According to Article 4(5) of the Merger Regulation, the parties to a merger may ask for referral of a case from the level of Member States to the Commission before it is notified, if the case is notifiable under the national merger control laws in at least three Member States and if the additional criteria set out in Article 4(5) of the Merger Regulation are met. Also, according to Article 22 of the Merger Regulation, national competition authorities may request the referral of a case to the Commission after notification, if the specific conditions of Article 22 of the Merger Regulation are met.

This section of the questionnaire gathers your views on the existence of a possible enforcement gap of EU merger control, and what would be its possible dimension and relevance. Moreover, this section also requests your views on possible policy responses, if such were to be warranted.

14. In your experience, have you encountered competitively significant transactions **in the digital economy in the past 5 years** which had a cross-border effect in the EEA but were not captured by the current turnover thresholds set out in Article 1 of the Merger Regulation and thus fell outside the Commission's jurisdiction? [1]

[1] A well-known example of these transactions is the acquisition in 2014 of WhatsApp by Facebook, which fell outside the thresholds of Article 1 of the Merger Regulation but was ultimately referred to the Commission pursuant to Article 4(5) thereof. Information on merger cases reviewed by the European Commission is accessible via the search function on DG COMP's website at http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2.

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☒ OTHER

- **If yes**, please describe the characteristics of such transactions.

- **If yes**, please give concrete examples.

- **If yes**, please estimate how many of those transactions take place per year.

- **If yes**, do you consider that those transactions would typically qualify for a pre-notification referral under Article 4(5) of the Merger Regulation or a post-notification referral under Article 22 of the Merger Regulation? Please explain.

- **If no or other**, please explain your answer.

Weder das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie noch das Bundeskartellamt führen entsprechende Marktbeobachtungen durch. Bekannt wurde jedoch der Fall Facebook/WhatsApp, auf den auch in der Fußnote zu Frage 14 der Konsultation hingewiesen wird. Wegen der niedrigen Umsatzerlöse von WhatsApp war dieser Fall weder nach der FKVO noch in Deutschland oder anderen Mitgliedstaaten mit reinen Umsatzschwellen als Aufgreifkriterien anmeldepflichtig.

15. In your experience, have you encountered competitively significant transactions **in the pharmaceutical industry in the past 5 years** which had a cross-border effect in the EEA but were not captured by the current turnover thresholds set out in Article 1 of the Merger Regulation and thus fell outside the Commission's jurisdiction? [1]

[1] An example of such transactions is the 2015 acquisition of Pharmacyclis by AbbVie.

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☒ OTHER

- **If yes**, please describe the characteristics of such transactions.

- **If yes**, please give concrete examples.

- **If yes**, please estimate how many of those transactions take place per year.

- **If yes**, do you consider that those transactions would typically qualify for a pre-notification referral under Article 4(5) of the Merger Regulation or a post-notification referral under Article 22 of the Merger Regulation? Please explain.

- **If no or other**, please explain your answer.

Weder das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie noch das Bundeskartellamt führen entsprechende Marktbeobachtungen durch.

16. In your experience, have you encountered competitively significant transactions **in other industries than the digital and pharmaceutical sectors in the past 5 years** which had a cross-border effect in the EEA but were not captured by the current turnover thresholds set out in Article 1 of the Merger Regulation?

- ☒ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

- **If yes**, please describe the characteristics of such transactions.

Charakteristisch für solche Transaktionen ist der Umstand, dass das Erfordernis der sog. doppelten Inlandsumsatzschwelle nicht erreicht wird, d. h. die Voraussetzungen an gemeinschaftsweite Umsätze und Umsätze aus den Mitgliedstaaten gemäß Art. 1 (2) und (3) FKVO nicht erfüllt sind. Bei einem Zusammenschluss von zwei Unternehmen, die auf einem ggf. weltweit abzugrenzenden Markt tätig sind, der Mitgliedstaaten der EU umfasst, werden aufgrund der komplementären geographischen Verteilung der Geschäftstätigkeit der Zusammenschlussbeteiligten die Umsätze in einzelnen Mitgliedstaaten ggf. nicht erfüllt, etwa dann wenn eine der fusionierenden Parteien im Wesentlichen außerhalb des EWR tätig ist.

- **If yes**, please give concrete examples.

Der Fall von Potash Corporation of Saskatchewan, Kanada, / Kali + Salz AG, Deutschland, könnte der beschriebenen Konstellation entsprochen haben. Der Zusammenschluss wurde jedoch nicht verwirklicht, so dass keine abschließende Prüfung der Anmeldevoraussetzungen erfolgte und auch keine gesicherten Informationen über die Höhe der Unternehmensumsätze und deren geographische Verteilung vorliegen. Der Fall betraf zwei auf ihren Märkten führende Unternehmen. Das Vorhaben hätte den Weltkalimarkt betroffen, der durch ein Oligopol gekennzeichnet ist, wobei die Kaliproduzenten zudem teilweise in Vertriebskartellen organisiert sind. Zumindest K + S verfügt über eine wesentliche Marktposition in Deutschland und Europa.

- **If yes**, please estimate how many of those transactions take place per year.

Weder das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie noch das Bundeskartellamt führen entsprechende Untersuchungen durch.

- **If yes**, do you consider that those transactions would typically qualify for a pre-notification referral under Article 4(5) of the Merger Regulation or a post-notification referral under Article 22 of the Merger Regulation? Please explain.

Eine generelle Beurteilung kann hier nicht erfolgen. Solche Fälle bedürfen einer einzelfallabhängigen Prüfung der Verweisungsvoraussetzungen von Artikel 4 (5) FKVO oder Artikel 22 FKVO sowie der Kriterien der Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionssachen. Bei Fällen, in denen eines der fusionierenden Unternehmen nicht oder nur mit geringen Umsätzen im EWR tätig ist, ist zweifelhaft, ob eine Verweisung an die Kommission in Betracht kommt. In dem erwähnten Fall Potash Corporation of Saskatchewan etwa wäre es fraglich, ob der Fall in drei Mitgliedstaaten unter die Regeln der nationalen Fusionskontrolle fällt; eine Verweisung nach Art. 4 (5) FKVO käme daher wohl nicht in Betracht. Eine Verweisung nach Art. 22 FKVO wäre zwar möglich, aber die Kommission wäre in diesem Fall nur für den- oder diejenigen Mitgliedstaaten zuständig, die den Fall verwiesen haben.

- **If no or other**, please explain your answer.

17. In your experience and in light of your responses to the previous questions (14 to 16), are the possible shortcomings of the current turnover-based jurisdictional thresholds of Article 1 of the Merger Regulation (in terms of possibly not capturing all competitively significant transactions having a cross-border effect in the EEA) sufficiently addressed by the current case referral system (including the pre-notification referrals to the Commission under Article 4(5) of the Merger Regulation and the post-notification referral to the Commission under Article 22 of the Merger Regulation)?

- ☐ YES
- ☒ NO
- ☐ OTHER

Please explain.

Das Verweisungssystem bietet keinen hinreichenden Ausgleichsmechanismus, der eine Zuständigkeit der Kommission in Fällen sicherstellen kann, die wettbewerblich erheblich sind und den Handel innerhalb des EWR beeinträchtigen können.

Eine Verweisung nach Art. 4 (5) FKVO wird oft daran scheitern, dass der Fall nicht in drei Mitgliedstaaten anzumelden bzw. prüffähig ist. Auch müsste gesichert sein, dass es dauerhaft mindestens drei Mitgliedstaaten gibt, die nicht umsatzbezogene Aufgreifschwelle anwenden. Insoweit ist auch zweifelhaft, ob ein Fall wie Facebook/WhatsApp in Zukunft noch in drei Mitgliedstaaten prüffähig ist. Zudem hängt eine Verweisung an die Kommission nach Art. 4 (5) davon ab, dass die Unternehmen eine Prüfung durch die Kommission beantragen.

Eine Verweisung nach Art. 22 FKVO ist zwar auch dann möglich, wenn der Fall lediglich in einem Mitgliedstaat geprüft wird. Hier ist jedoch ein Verweisungsantrag des entsprechenden Mitgliedstaates notwendig, und außerdem ist hier die Kommission nur für den oder die Mitgliedstaaten zuständig, die eine Verweisung beantragt haben.

18. Do you consider that the current absence, in the Merger Regulation, of complementary jurisdictional criteria (i.e. criteria not based exclusively on the turnover of the undertakings concerned) impairs the goal of ensuring that all competitively significant transactions with a cross-border effect in the EEA are subject to merger control at EU level?

- ☒ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

- **If yes**, please also indicate which are, in your opinion, the complementary jurisdictional criteria whose absence may impair the above-mentioned goal. Please also take into account, in your reply, the Commission's objective of not imposing undue burdens on businesses.

Aus hiesiger Sicht besteht eine Schutzlücke. Es droht eine Gefahr, dass ohne eine systemkonforme Weiterentwicklung des gegenwärtigen Rechtsrahmens für die präventive Kontrolle von Fusionskontrollvorhaben die Strukturkontrolle mit den immer schnelleren wirtschaftlichen Zyklen, z.B. im Zusammenhang mit der steigenden Digitalisierung und Vernetzung von Wirtschaft und Gesellschaft, nicht Schritt halten könnte. Das bestehende Anmeldesystem vermag keine Zusammenschlüsse im Kontext von Geschäftsmodellen zu erfassen, die mit der Bildung von kommerziell wertvollen Vermögensgegenständen einhergehen, ohne dass diese sich bereits in nennenswerten Umsätzen niedergeschlagen hätten. So zeichnen sich Märkte in der digitalen Wirtschaft, insbesondere mehrseitige Märkte, häufig dadurch aus, dass die Einführung von Entgelten erst mit zeitlicher Verzögerung zur Markteinführung erfolgt. Erst später werden dann zunächst für einzelne Funktionalitäten oder ab einer hinreichenden Nutzerzahl Entgelte eingeführt. In dieser Phase erzielen Unternehmen dementsprechend keine oder nur sehr geringe Umsätze.

Auch der Erwerb junger Unternehmen in den verschiedenen Bereichen des Technologiesektors, die zwar ein erhebliches Marktpotential, bisher aber nur geringe Umsatzerlöse haben, kann kontrollfrei erfolgen.

Das gilt selbst dann, wenn das erworbene Unternehmen über kommerziell für den Erwerber wertvolle Vermögensgegenstände verfügt, deren Erwerb sich erheblich auf die Marktposition des Erwerbers auswirkt und auch dann, wenn der Erwerber ein Weltmarktführer mit Milliardenumsätzen ist.

Ein markantes Beispiel war der Erwerb des Messengerdienstes WhatsApp Inc., der ursprünglich weder der europäischen noch der deutschen Fusionskontrolle unterlag, als das Unternehmen im Jahr 2014 für einen Kaufpreis von etwa 19 Milliarden US-Dollar von Facebook Inc. übernommen wurde.

Marktführende Unternehmen können aufstrebende Konkurrenten durch den Aufkauf in einem frühen Entwicklungsstadium vollständig ins eigene Geschäft integrieren, die ursprüngliche Tätigkeit des erworbenen Unternehmens verändern oder sogar gänzlich einstellen. Geschieht dies, bevor das erworbene Unternehmen zu einem ernstzunehmenden Wettbewerber heranwachsen konnte, stellt dies eine faktische Markteintrittsbarriere dar. Solche Erwerbsvorgänge können aus wettbewerbspolitischer Sicht eine fusionsrechtliche Prüfung erfordern, insbesondere im Hinblick auf den Schutz von Innovationspotentialen vor allem in Technologiemarkten. Die Fusionskontrolle ist gerade in dynamischen Märkten ein wichtiges Instrument, um eine innovationsfeindliche Verfestigung der Marktstruktur zu verhindern, da sie neben Erwerben von direkten Wettbewerbern auch Zusammenschlüsse entlang der Wertschöpfungskette sowie mit Unternehmen in direkt benachbarten oder sonstigen Märkten erfasst.

Die Entwicklung, insbesondere der digitalen Wirtschaft sowie in Wirtschaftszweigen, in denen Forschung und Entwicklung eine besondere Rolle spielen, mit erkennbaren Konzentrationstendenzen in bestimmten Bereichen lässt daher erwarten, dass ohne ein zusätzliches Aufgreifkriterium

wettbewerblich relevante Transaktionen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen im EWR der Fusionskontrolle auf Ebene der EU entzogen bleiben.

Als ergänzende Aufgreifkriterien kommen solche in Betracht, die an Stelle des Umsatzes die wirtschaftliche und wettbewerbliche Bedeutung des Zusammenschlusses widerspiegeln und bei denen das Vorliegen ihrer Voraussetzungen für die anmeldepflichtigen Unternehmen leicht zu ermitteln ist. So kann die Fusionskontrolle auf wichtige Fälle beschränkt bleiben und die Unternehmen werden nicht unverhältnismäßig belastet. Aus hiesiger Sicht erscheint ein hoher Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss ein geeignetes zusätzliches Kriterium. Er reflektiert die Bedeutung, die der Erwerber dem Zusammenschluss beimisst, obwohl sich die Marktbedeutung des erworbenen Unternehmens noch nicht in Umsätzen realisiert hat. Wesentlich ist eine klare Definition dieses oder eines vergleichbaren Begriffs, die den Anforderungen an einen formalen Aufgreiftatbestand gerecht wird.

- **If no or other**, please explain.

19. In particular, do you consider that the current absence, in the Merger Regulation, of a complementary jurisdictional threshold based on the value of the transaction ("deal size threshold") impairs the goal of ensuring that all competitively significant transactions with a cross-border effect in the EEA are subject to merger control at EU level?

- ☒ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please explain.

Eine ergänzende Aufgreifschwelle, die am Wert der Transaktion anknüpft, wird für geeignet gehalten. Der Gesetzentwurf der 9. GWB-Novelle sieht die Einführung des Werts der Gegenleistung für den Zusammenschluss subsidiär zu den bisherigen Aufgreiftatbeständen als Kriterium vor, um die Lücke in den Fällen zu schließen, in denen das wettbewerbliche Potenzial eines Unternehmens in den bisher erzielten Umsätzen nicht zuverlässig reflektiert wird. Die auf nationaler Ebene angestellten Überlegungen, können auf eine fortentwickelte EU-Fusionskontrolle übertragen werden. Auch die Monopolkommission hatte entsprechendes in ihrem 68. Sondergutachten im Jahr 2014 schon vorgeschlagen. Eine bereits erlangte Marktposition bzw. das wettbewerbliche Potential eines Unternehmens kommt in der hierfür erbrachten Gegenleistung, im einfachsten Fall also in dem Kaufpreis für einen Zusammenschluss, unter Umständen besser zum Ausdruck als in dem in der Vergangenheit erzielten Umsatz. Gesprächen des Bundeskartellamts mit den amerikanischen Wettbewerbsbehörden, in deren Fusionskontrollsystem der Transaktionswert eine maßgebliche Rolle für die Anmeldepflicht spielt, zufolge, werden in den U.S.A. Transaktionen weit überwiegend in Form von Barverkäufen abgewickelt, deren Wertermittlung im Regelfall keinen großen Problemen begegnet. Auch eine Auswertung einer Datenbank der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht deutet darauf hin, dass in nur wenigen Fällen die Gegenleistung nicht in Barzahlungen besteht. Hierfür wurden 93 Übernahmefälle der Jahre 2012 bis 2015 ausgewertet. Bei 86 handelte es sich um Barangebote. Der Aufgreiftatbestand wäre klar und verständlich, würde auf objektiv quantifizierbaren Kriterien und auf Informationen basieren, die für Zusammenschlussparteien leicht verfügbar sind. Somit würde auch den Empfehlungen des International Competition Networks Rechnung tragen. Eine gesetzliche Definition des Wertes der Gegenleistung und seiner Ermittlung könnte zudem hilfreich sein. In der 9. GWB-Novelle ist dies geregelt.

Das ergänzende Kriterium des Wertes der Gegenleistung bzw. der deal size threshold sollte sich in das System der bisherigen Schwellenwerte und den zugrundeliegenden wettbewerbspolitischen Erwägungen einfügen. Deshalb muss die Wertgrenze möglichst so bemessen sein, dass die Wahrscheinlichkeit, dass das erworbene Unternehmen oder dessen Vermögen eine große wirtschaftliche Bedeutung für den Erwerber hat, hoch ist (siehe Antwort auf Frage 20, des Weiteren Antwort auf Frage 21).

20. If you replied yes to question 19, which level of transaction value would you consider to be appropriate for a deal size threshold? Please explain your answer.

Die Höhe des Wertes des neuen Aufgreifkriteriums Transaktionswert muss hinreichend Spielräume im Spannungsfeld zwischen Innovationsförderung und notwendigem Schutz vor einer Vermachtung von Märkten bieten. Die Schwellenhöhe ist dabei einerseits so niedrig anzusetzen, dass sie den beabsichtigten, erweiterten Schutz des potentiell beeinträchtigten Wettbewerbs sinnvoll ermöglicht und andererseits hoch genug, um die Kontrollpflicht auf gesamtwirtschaftlich bedeutsame Fälle von gemeinschaftsweiter Relevanz im EWR-Raum zu beschränken. Die Festlegung der Höhe betrifft insoweit auch das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis der Fusionskontrolle durch die Kommission zu der Fusionskontrolle der Mitgliedstaaten, das gewahrt bleiben muss. Die bisherigen umsatzbasierten Schwellenwerte in Artikel 1 (2) und (3) FKVO sind entsprechend beizubehalten bzw. anzupassen. (Dazu auch Antwort auf Frage 21).

Die Festlegung der Höhe ist dabei nicht einfach. Fusionskontrollregime, die an einen Transaktionswert anknüpfen, sind weltweit selten, so dass wenige Vergleichsmöglichkeiten bestehen. In den Vereinigten Staaten von Amerika greift die Fusionskontrolle bei einem relativ niedrigen Transaktionswert und erfasst damit tendenziell eine Reihe wirtschaftlich weniger bedeutende Zusammenschlussvorhaben. Gleichzeitig gelten aber viele Ausnahmenvorschriften, insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis eines Inlandsbezugs.

Die geplante neue Aufgreifschwelle in der 9. GWB-Novelle enthält einen vergleichsweise hohen Wert von 400 Millionen Euro. Hintergrund war auch der Umstand, dass für Deutschland derzeit generell keine zuverlässigen statistischen Angaben über den Wert der Gegenleistung bei Unternehmenszusammenschlüssen vorliegen, unabhängig davon, ob die Zusammenschlüsse der bisherigen Fusionskontrolle unterliegen oder nicht. Der Wert der Gegenleistung ist in Deutschland nicht meldepflichtig und wird als wichtiges und sensibles Geschäftsgeheimnis in den meisten Fällen nicht in der Öffentlichkeit preisgegeben. Möglicherweise besteht für die Europäische Kommission die Möglichkeit, auf die Angaben zum Transaktionswert in Fusionsanmeldungen nach Abschnitt 3.3 Formblatt CO zurückzugreifen, um Maßstäbe zu ermitteln. Dieser Wert wird ein zentraler Bestandteil der vorgesehenen Evaluierung der neuen Regelung im deutschen Recht sein.

Ein denkbarer Ansatz wäre eine Orientierung an den nach Art. 1 (2) (a) FKVO vorausgesetzten weltweiten Gesamtumsatzerlösen von 5 Mrd. Euro abzuleiten. Hinter dieser Schwelle steht die Annahme, dass jedenfalls dann, wenn sie erreicht ist, eine hinreichende wirtschaftliche Bedeutung eines Zusammenschlusses gegeben ist. Da die Möglichkeit besteht, mit Hilfe von sog. Umsatzmultiplikatoren zu schätzen, wie hoch der Wert eines Unternehmens abhängig von seinem Umsatz ist, könnte umgekehrt die Umsatzschwelle i.H.v. 5 Mrd. Euro näherungsweise in eine Transaktionswertschwelle „übersetzt“ werden. Bei Zugrundelegung eines geschätzten Umsatzmultiplikatorwertes von 1 und unter Außerachtlassung weiterer Einflussfaktoren ergäbe sich ein Transaktionswert von 5 Mrd. Euro. Auch im Rahmen der 9. Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Regierungsentwurf vom 21.09.2016) wurde eine vergleichbare Überlegung angestellt. Es wurde ein anderer Wert festgelegt, da der Gesamtumsatz der Unternehmen nach der Ausgestaltung des neuen Aufgreiftatbestandes weiterhin vorausgesetzt wird und ein zusätzlicher, ebenso hoch angesetzter Wert für die Gegenleistung eine insgesamt zu hohe Schwelle dargestellt hätte.

21. If you replied yes to question 19, what solutions do you consider appropriate to ensure that only transactions that have a significant economic link with the EEA ("local nexus") would be covered by such a complementary threshold? In responding, please consider that the purpose of this deal size threshold would be to capture acquisitions of highly valued target companies that do not (yet) generate any substantial turnover.

- ☒ A general clause stipulating that concentrations which meet the deal size threshold are only notifiable if they are likely to produce a measurable impact within the EEA, complemented by specific explanatory guidance.
- ☐ Industry specific criteria to ensure a local nexus.
- ☐ Other

Please explain your response and provide examples where appropriate.

Ein relevanter Local Nexus zum EWR ist zwingend erforderlich. Dieser ließe sich am ehesten kumulativ durch eine Umsatzschwelle für den Erwerber auch im EWR und einen Bezug auf eine Tätigkeit des Zielunternehmens im EWR von einem erheblichen Umfang herstellen.

Auch bei einer neuen Aufgreifschwelle sollte der Anwendungsbereich der FKVO zunächst auf Fälle beschränkt sein, bei denen die beteiligten Unternehmen zusammen die weltweite Umsatzschwelle von 5 Mrd. € überschreiten. Das stellt sicher, dass zumindest ein umsatzstarkes, mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits am Markt etabliertes Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt ist. Im Ergebnis würde der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle damit nur moderat erweitert und insbesondere den Erwerb von neuen, bislang umsatzschwachen Wettbewerbern durch relativ große, umsatzstarke Unternehmen erfassen.

Voraussetzungen für eine Anwendung der FKVO wären also:

- ein weltweiter Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen (wie Art. 1 (2) (a) FKVO) von 5 Mrd. €,
- ein gemeinschaftsweiter Umsatz eines der beteiligten Unternehmen, (des Erwerbers) von 250 Mio. € (wie in Art. 1 (2) (b) FKVO),
- ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz der anderen beteiligten Unternehmen oder des zu erwerbenden Unternehmens von weniger als 250 Mio. € (oder anderer Wert),
- ein Transaktionswert z.B. in Höhe von 5 Mrd. € (siehe Antwort zu Frage 21),
- eine signifikante marktbezogene Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens im EWR.

Das gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Eine entsprechende Modifizierung mit Blick auf die Voraussetzungen von Artikel 1 (3) FKVO müsste ebenfalls erfolgen.

Das Erfordernis einer erheblichen und marktbezogenen Tätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens würde dem international geltenden Grundsatz Rechnung tragen, wonach eine Wettbewerbsbehörde nur dann die Zuständigkeit für eine Fusionskontrollrechtliche Prüfung für sich beanspruchen sollte, wenn die Fusion einen hinreichenden Local Nexus im Geltungsbereich der jeweiligen Fusionskontrolle aufweist. Dies kommt insbesondere in den Empfehlungen des ICN zum Ausdruck, die eine Anknüpfung an eine Inlandstätigkeit des erworbenen Unternehmens (oder von zwei an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen) anraten. Dann würden auch weiterhin nur Zusammenschlüsse mit einem ausreichenden Inlandsbezug der Anmeldepflicht unterliegen. Bei der Inlandstätigkeit sollte es sich um eine marktbezogene Tätigkeit handeln, z.B. wenn ein Unternehmen Nutzer im Inland hat oder marktbezogene FuE-Tätigkeiten im Inland durchführt, die zwar ein erhebliches Marktpotential, bisher aber keine oder nur geringe Umsatzerlöse generieren. Auch eine unentgeltlich angebotene Leistung ist relevant, so dass erforderlich wäre, dass die europäische Fusionskontrolle auch sachliche Märkte erfasst, auf denen der wirtschaftliche Austausch nicht (allein) monetär ist.

Die räumliche Zuordnung von Transaktionswerten oder Unternehmensaktiva zur Bestimmung eines Local Nexus ist hierfür ungeeignet. Das gilt insbesondere für eine geographische Zuordnung des Kaufpreises zum EWR. Ein entsprechender Bezug lässt sich nur schwer konkretisieren. Die Ermittlung und Angabe des EWR-Bezugs eines Transaktionsvolumens könnte für die Zusammenschlussbeteiligten mit größerem Aufwand verbunden sein und ließe sich nur schwer verifizieren. Hingegen bereitet es den Zusammenschlussbeteiligten wenig Schwierigkeiten zu beurteilen, ob das zu erwerbende Unternehmen im EWR tätig ist oder ob es dort Umsätze erzielt. Die Tätigkeit eines Unternehmens ist dem Ort zuzurechnen, an dem sich der Kunde befindet, also wo dieser seinen Standort hat. Denn dort findet i.d.R. der Wettbewerb mit alternativen Anbietern statt. Entscheidend ist der Ort der bestimmungsgemäßen Nutzung. Dieser Ort ist i.d.R. derjenige, an dem die charakteristische Handlung des fraglichen Rechtsverhältnisses durchgeführt wird, also an dem bspw. die Dienstleistungen tatsächlich erbracht oder die Waren tatsächlich ausgeliefert werden.

Eine räumliche Zuordnung von Unternehmensaktiva ist demgegenüber einfacher. Eine ergänzende Berücksichtigung könnte berücksichtigt werden. Der wettbewerbliche Bezug ist bei der Unternehmenstätigkeit jedoch stärker und sollte deshalb im Zweifel ausschlaggebend sein.

Industriespezifische Kriterien sind abzulehnen. Es ist nicht erkennbar, wie diese Kriterien konkret ausgestaltet werden könnten. Eine klare Abgrenzung der Anwendung der Fusionskontrolle auf spezifische Industrien erscheint zudem angesichts der dynamischen Entwicklung internetbasierter Geschäftsmodelle nicht sachgerecht.

Insgesamt sollte für eine neue Aufgreifschwelle – auch im Sinne der Vermeidung unnötiger bürokratischer Belastungen der Unternehmen – nach 3–4 Jahren eine Evaluierung vorgesehen werden. Dann wird auch klar sein, wie viele Fälle unter die neue Regelung fallen und welche wettbewerbliche Bedeutung diese Fälle haben.

22. If you replied yes to question 19, would you see a need for additional criteria limiting the scope of application of this deal size threshold in order to ensure a smooth and cost-effective system of EU merger control?

- ☒ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

- Please state if any of the following criteria would be appropriate to ensure the desired efficiency [multiple answers are possible]:

- ☒ A minimum level of aggregate worldwide turnover of all undertakings concerned.
- ☒ A minimum level of aggregate Union-wide turnover of at least one of the undertakings concerned.
- ☒ A maximum level of the worldwide turnover of the target business, in cases where the latter does not meet the Union-wide turnover thresholds (with the aim of only covering highly valued transactions where the target has a strong potential for instance to drive future sales but not cases where the target already generates significant turnover but outside of the EEA).
- ☐ The requirement that the ratio between the value of the transaction and the worldwide turnover of the target exceeds a certain multiple. (Example: transaction value = EUR 1 billion, worldwide turnover of the target = EUR 100 million, ratio/ multiple = 10. The aim of this requirement would be to identify transactions where the valuation of the target company exceeds its annual revenues by several multiples, which could signal high market potential of the target.).
- ☐ Other.

Please explain your answer.

Vgl. hierzu auch bereits Antwort zu Frage 21. Eine aggregierte weltweite Mindestumsatzschwelle stellt sicher, dass zumindest ein umsatzstarkes, mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits am Markt etabliertes Unternehmen an dem anzumeldenden Zusammenschluss beteiligt ist. Ferner wird damit sichergestellt, dass sich die Anmeldungen auf gesamtwirtschaftlich bedeutende Fälle beschränken.

Eine aggregierte EU-weite Umsatzschwelle stellt sicher, dass zumindest ein Unternehmen, typischerweise der Erwerber, bereits in nennenswertem Umfang in der EU tätig ist. Dies wäre ein leicht zu ermittelnder erster Baustein zur Sicherstellung eines Local Nexus.

Ein Höchstwert für den weltweiten Gesamtumsatz des Zielunternehmens, wenn dieses die EU-weiten Umsatzschwellenwerte nicht überschreitet, ist diskussionswürdig.

Ein Quotient zwischen Transaktionswert und Umsatz erscheint hingegen nicht erforderlich. Aus Transaktionswert und Höchstumsatz ergibt sich implizit ein solcher Wert.

IV.3. Referrals

The division of competence between the Commission and the EU Member States is based on the application of the turnover thresholds set out in Article 1 of the Merger Regulation and includes three corrective mechanisms.

The first corrective mechanism is the so-called "two-thirds rule". Pursuant to this rule, notification under the Merger Regulation is not required if each of the parties concerned realises more than two thirds of its EU-wide turnover in one and the same Member State, even if the general thresholds under Articles 1(2) and 1(3) of the Merger Regulation are met. The objective of this rule is to exclude from the Commission's jurisdiction certain cases which contain a clear national nexus to one Member State.

The second corrective mechanism is the pre-notification referral system introduced in 2004. This mechanism allows for the re-allocation of jurisdiction to the Member States under Article 4(4) of the Merger Regulation or to the Commission under Article 4(5) if certain conditions are fulfilled. The initiative for requesting such a referral prior to notification lies in the hands of the parties. However, pre-notification referrals are subject to approval by the Member States and the Commission under Article 4(4) and by the Member States under Article 4(5) of the Merger Regulation.

The third corrective mechanism is the post-notification referral system whereby one or more Member States can request that the Commission assess mergers that fall below the thresholds of the Merger Regulation under certain conditions (Article 22 of the Merger Regulation). Conversely, a Member State may, in cases that have been notified under the Merger Regulation, request the transfer of competence to the national competition authorities under certain conditions (Article 9 of the Merger Regulation).

In relation to the current case referral mechanism foreseen by the Merger Regulation, the White Paper proposals aimed at making case referrals between Member States and the Commission more business-friendly and effective.

Those proposals essentially consist of:

1. Abolishing the two step procedure under Article 4(5) of the Merger Regulation, which requires that parties first file a Form RS and then the Form CO, if they would like the Commission to deal with a case that is notifiable in at least three Member States, but does not meet the jurisdictional thresholds of the Merger Regulation;
2. Specific modifications concerning the post-notification referrals from Member States to the Commission under Article 22 of the Merger Regulation, namely
 - an expansion of the Commission's jurisdiction to the entire EEA if it accepts a referral request under Article 22 of the Merger Regulation (currently the Commission only obtains jurisdiction in those Member States that join the referral request),
 - and a renouncement of jurisdiction over the entire EEA, if one or several Member States oppose the referral request, and

3. The removal of the requirement under Article 4(4) of the Merger Regulation pursuant to which parties have to assert that the transaction may "significantly affect competition in a market" in order for a case to qualify for a referral. Showing that the transaction is likely to have its main impact in a distinct market in the Member State in question would suffice. Removing the perceived "element of self-incrimination" may lead to an increase in the number of Article 4(4) requests.

23. Do you consider that the current case referral mechanism (i.e. Articles 4(4), 4(5), 9, and 22 of the Merger Regulation) contributes to allocating merger cases to the more appropriate competition authority without placing unnecessary burden on businesses?

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☒ OTHER

Please explain.

Weder das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie noch das Bundeskartellamt evaluieren den Aufwand für Unternehmen im Zusammenhang mit den genannten Verweisungsmechanismen systematisch.

Eine Vereinfachung der genannten Vorschriften ist jedoch generell zu begrüßen. Das betrifft sowohl Verweisungen von der nationalen auf die europäische Ebene (nach Art. 4 (5) FKVO und Art. 22 FKVO) als auch Verweisungen von der Kommission an nationale Wettbewerbsbehörden (nach Art. 4 (4) FKVO und Art. 9 FKVO). Von einer Vereinfachung wäre entsprechend auch eine Reduktion des Verwaltungsaufwands für Unternehmen zu erwarten.

Insbesondere wird eine Beschleunigung von Verweisungen nach Art. 4 (4) FKVO und nach Art. 4 (5) FKVO durch eine Überführung in ein einstufiges Verfahren als Möglichkeit zur Vereinfachung unterstützt. Im Falle von Verweisungen nach Art. 4 (5) FKVO ist jedoch das Vetorecht der betroffenen Mitgliedstaaten beizubehalten (ohne Begründungserfordernis). Das gilt auch für die Mindestanzahl von drei Mitgliedstaaten. Eine Verringerung wäre nicht akzeptabel.

Zu einer solchen Vereinfachung gehört auch, dass die Kommission eingereichte Notifizierungen an die Mitgliedstaaten bzw. an die betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden unverzüglich weiterreicht, ebenso wie erste, von Zusammenschlussparteien eingereichte Unterlagen („initial briefing papers“) und ein sog. Case Allocation Request.

Gleichermaßen sollten alle relevanten weiteren im Prozess der Pränotifizierung eingereichten Unterlagen umgehend an die Mitgliedstaaten bzw. an die nationalen Wettbewerbsbehörden weitergegeben werden.

Hinsichtlich Verweisungen an die Kommission nach Art. 22 FKVO ist es sachgerecht, dass die Kommission, nach einer Zustimmung ihrerseits, für die Prüfung im gesamten EWR zuständig ist. Hierfür ist es allerdings auch unerlässlich, dass Mitgliedstaaten, bei denen der Zusammenschluss geprüft werden könnte, ein Vetorecht (ohne Begründungserfordernis) hinsichtlich einer Verweisung behalten, wie von der Kommission vorgeschlagen. Die vorgeschlagene Regelung würde das Verfahren bei Verweisungsanträgen von mehreren Mitgliedstaaten im selben Fusionsfall deutlich erleichtern. Nach einem ersten Verweisungsantrag würde es für einen „Anschluss“ daran genügen, dass die anderen Mitgliedstaaten kein Veto einlegen. Es entfielen das geltende Erfordernis, dass jeder Mitgliedstaat seinen Verweisungsantrag mit wettbewerblichen Auswirkungen auf sein Staatsgebiet begründen muss. Die Kommission bräuchte nicht mehr für jeden Mitgliedstaat eine eigene Verweisungsentscheidung zu verfassen. Das kann das Verfahren beschleunigen, daher sollte die Kommission darüber nachdenken, ob eine Verkürzung der Fristen für ihre Entscheidung über einen Verweisungsantrag möglich ist. Sollte ein Mitgliedsstaat ein Vorhaben bereits freigegeben haben, bevor Verweisungsanträge nach Art. 22 gestellt wurden, sieht das Weißbuch vor, dass die Freigabeentscheidung in Kraft bleibt und die Verweisung nur die übrigen Mitgliedstaaten betrifft. Auch wenn es sachgerecht ist, dass nach erfolgten Verweisungen an die Kommission nach Art. 22 FKVO die Kommission für die Prüfung im gesamten EWR zuständig ist, ist diese Regelung zu begrüßen.

24. If you consider that the current system is not optimal, do you consider that the proposals made by the White Paper would contribute to better allocating merger cases to the more appropriate competition authority and/or reducing burden on businesses?

- ☐ YES
☐ NO
☒ OTHER

Please explain.

Die positiv bewerteten Vorschläge zur Verbesserung der Fallallokation und /oder zur Reduzierung des Verwaltungsaufwands wurden in der Antwort auf Frage 23 genannt.

Nicht sämtliche Vorschläge im Weißbuch lassen jedoch eine Verbesserung der Allokation und/oder Reduzierung des Verwaltungsaufwands erwarten.

So wird keine Notwendigkeit für ein zusätzliches Fallinformationssystem und parallele Ermittlungsbefugnisse der Kommission im Vorfeld von Verweisungsanträgen nach Art. 22 FKVO gesehen.

Die Vorschläge zur gegenseitigen Information nationaler Behörden (NCAs) über Anmeldungen und Verweisungsinteresse (Rn. 153ff. des Commission Staff Working Documents) sind überschießend, da den NCAs bereits seit mehr als 10 Jahren durch die ECA Mitteilungen eine ausreichende Informationsgrundlage zur Verfügung steht. Es geht dabei um Mitteilungen über Mehrfachnotifizierungen, die keine Geschäftsgeheimnisse enthalten und daher keiner gesonderten Rechtsgrundlage bedürfen.

Die bestehenden ECA Mitteilungen (per E-Mail) sind effizient, schnell, schlank und zielgerichtet. Sie sollten nicht durch ein aufwändigeres formelles Fallinformationssystem nach dem Muster der VO 1/2003 ersetzt werden. Eine Information über beabsichtigte Verweisungsanträge der NCAs ist seit 2004 im Rahmen der ECA Principles ebenfalls vorgesehen und wird in den meisten Fällen auch so praktiziert. Dort ist auch eine Information der Kommission vorgesehen. Dieser Teil der Zusammenarbeit funktioniert in der Praxis in aller Regel auch sehr gut.

Parallele Ermittlungen durch NCAs und die Kommission vor der Stellung eines Verweisungsantrags werden nicht für notwendig gehalten. Sie tragen nicht zum Ziel, einer Verbesserung der Allokation und/oder Reduzierung des Verwaltungsaufwands bei. Im neuen Kontext von Verweisungen nach Art. 22 ist die Kommission nach einer Verweisung ohnehin für die Auswirkungen des verwiesenen Zusammenschlusses in der gesamten Europäischen Union zuständig. Eine Ermittlung der Wettbewerbsverhältnisse in verschiedenen Mitgliedstaaten, in denen es zum Zeitpunkt des ersten Verweisungsantrags noch keine Anmeldung gegeben hat, erübrigt sich daher. Die notwendigen Ermittlungen können nach der Verweisung des Falls an die Kommission vorgenommen werden.

Das von der Kommission vorgeschlagene Informationssystem würde demgegenüber einen zusätzlichen und unnötigen Verwaltungsaufwand für Unternehmen und NCAs erzeugen:

- Der Aufwand der bereitzustellenden Informationen für die anmeldenden

Unternehmen würde erheblich erhöht werden.

- Die im Rahmen des Vorschlags der Kommission einzuholenden Informationen über Zusammenschlussvorhaben übersteigen die Anzeige- und Anmeldepflicht nach deutschem Recht.

- Der Verwaltungsaufwand für NCAs würde erheblich ausgeweitet.

- Um über ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben gehaltvolle Informationen über Märkte anderer

Mitgliedstaaten als Deutschland zu erhalten, müsste regelmäßig die Kommission selbst diese Informationen von den Zusammenschlussparteien einfordern, wie in Rn. 158 des Commission Staff Working Documents dargelegt. Dies wiederum widerspräche dem verfolgten One-Stop-Shop-Prinzip. Es würde Mehrfachnotifizierungen von vorneherein prohibitiv aufwändig gestalten. Derzeit können Mehrfachnotifizierungen abhängig von der Anzahl der beteiligten Unternehmen in zahlreichen Fällen mit weniger Aufwand für die Behörden und die Unternehmen durchgeführt werden, als das bei einer EU-Anmeldung der Fall ist.

Diese Nachteile und dieser zusätzliche Aufwand, der mit jeder Anmeldung für Unternehmen und NCAs einhergeht, müssen der geringen Fallzahl der Verweisungen nach Art. 22 FKVO gegenübergestellt werden. In Rn. 143 des Commission Staff Working Documents gibt die Kommission hierzu an, dass seit 2004 lediglich 23 Verweisungsanträge gemäß Art. 22 FKVO gestellt wurden. Dass mit einer gegenseitigen Unterrichtung ein Aussetzen nationaler Prüfungsfristen einhergehen soll, geht ebenfalls über das Ziel hinaus. Dies gilt auch für die vorgeschlagenen Fristhemmungen bei Verweisungen, die auf einer Anregung der Kommission nach Art. 22 (5) FKVO beruhen. Aus der Sicht von Deutschland ist die bestehende Fristhemmung nach der Stellung eines Verweisungsantrags ausreichend.

Der Vorschlag zur Ausweitung der Prüfungsfrist der Kommission für eine Verweisung nach Art. 9 FKVO, wie in Rn. 174 des Commission Staff Working Documents dargelegt, kann ebenfalls nicht als Element zur Vereinfachung betrachtet werden. Die Frist für eine Verweisungsentscheidung von 65 Tagen nach der Anmeldung auf 65 Tage nach Eintritt in die zweite Phase auszuweiten ist nicht sachgerecht. Die Begründung für diesen Vorschlag ist nicht nachzuvollziehen. In seinen Auswirkungen läuft der Vorschlag dem erklärten Ziel der Reform, einer Vereinfachung des Verfahrens, vielmehr zuwider. Zudem wird so die Phase der Rechtsunsicherheit für die Unternehmen verlängert, in denen diese nicht endgültig wissen, bei welcher Behörde ihr Zusammenschluss schließlich geprüft werden wird.

25. Do you consider that there is scope to make the referral system (i.e. Articles 4(4), 4(5), 9, and 22 of the Merger Regulation) even more business friendly and effective, beyond the White Paper's proposals?

- ☒ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please explain.

Anträge auf Verweisung an eine nationale Wettbewerbsbehörde nach Art. 4 (4) FKVO sollten in entsprechender Weise wie Anträge nach Art. 4 (5) FKVO erleichtert werden. Hierfür gelten spiegelbildlich dieselben Argumente. Die Überführung in ein einstufiges Verfahren mit der Möglichkeit, den Zusammenschluss unmittelbar bei der nationalen Behörde anzumelden, verbunden mit dem Antrag auf Verweisung (durch die Kommission), erscheint sinnvoll, fehlt aber bislang im Weißbuch. Die Zusammenschlussbeteiligten (oder die nationale Behörde) würden die Kommission durch Übermittlung der Anmeldung informieren; die Kommission würde die Anmeldung (oder ein anderes geeignetes Dokument) an alle Mitgliedstaaten übermitteln. Die Kommission behielte ein Vetorecht, über dessen Ausübung sie parallel zur Prüfung durch die nationale Behörde entscheiden kann. Das entspricht spiegelbildlich der Situation für das von der Kommission angestrebte Verfahren bei Art. 4 (5) FKVO. Man könnte darüber nachdenken, die gleichzeitige Übermittlung eines eigenständigen Verweisungsantrags durch die Unternehmen an die Kommission vorzusehen. Um unnötige Verzögerungen zu vermeiden, wäre es allerdings sinnvoll, wenn die Kommission in diesem Kontext auf ein Pränotifizierungsverfahren verzichten würde. Dies wäre sichergestellt, wenn es ausreicht, dass die nationalen Behörden die Anmeldung (in der gleichzeitig eine Verweisung beantragt wird) an die Kommission weiterleiten.

Die Anmeldung (bzw. andere Informationsdokumente) müsste Angaben enthalten, die dem von den Zusammenschlussbeteiligten benannten Mitgliedstaat, der Kommission sowie den anderen Mitgliedstaaten die Prüfung ermöglichen, ob die beantragte Verweisung sinnvoll ist. Das betrifft Angaben u.a. zu den Aktivitäten der Zusammenschlussbeteiligten in den anderen betroffenen Mitgliedstaaten.

Es wird begrüßt, dass in dem Weißbuch eine Absenkung der materiellen Anforderungen für Verweisungsanträge nach Art. 4 (4) FKVO vorgesehen ist („Zusammenschluss [wirkt sich] vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerblich [aus]“). Das ist sachgerecht und vermeidet einen „chilling effect“, d.h. dass Unternehmen von einem sinnvollen Verweisungsantrag an die nationale Wettbewerbsbehörde durch den Wortlaut der Formulierung der Anforderungen an eine Verweisung nach Art. 4 (4) FKVO abgeschreckt werden. Im Sinne einer Vereinfachung des Verweisungsregimes erscheint es sachgerecht, auch Verweisungen nach Art. 9 FKVO zu erleichtern. Bislang ist das die einzige Verweisungskonstellation, die im Weißbuch von einer Überarbeitung ausgenommen wird.

Bei Art. 9 FKVO sollten ebenfalls Erleichterungen für die Verweisung von der Kommission an nationale Wettbewerbsbehörden realisiert werden. Wie zu Art. 4 (4) FKVO vorgeschlagen, sollten auch hier die materiellen Anforderungen an eine Verweisung abgesenkt werden. Es wäre an dieser Stelle konsequent, wenn auch hier, wie für eine Verweisung nach Art. 4 (4) FKVO, das Kriterium festgelegt würde, dass sich „der Zusammenschluss vor allem in einem Mitgliedstaat wettbewerblich auswirkt“.

Ferner wird zu Art. 9 FKVO vorgeschlagen, dass die Kommission, wenn sie einem Verweisungsantrag eines Mitgliedstaats nicht folgt und den Zusammenschluss selbst untersucht, begründet, warum sie von der Verweisung abgesehen hat. Dies könnte in der Prüfentscheidung oder einer eigenständigen Entscheidung geschehen. Eine eigenständige Entscheidung wäre aber vorzugswürdig, weil sie zeitnäher zum Verweisungsantrag zu begründen wäre.

IV.4. Technical aspects

The 2014 Commission Staff Working Document (2014 SWD) accompanying the White Paper identified additional technical aspects of the procedural and investigative framework for the assessment of mergers where experience has shown that improvement may be possible. The SWD included the following proposals:

- Modifying Article 4(1) of the Merger Regulation in order to provide more flexibility for the notification of mergers that are executed through share acquisitions on a stock exchange without a public takeover bid.
- Amending Article 5(4) of the Merger Regulation to clarify the methodology for turnover calculation of joint ventures.
- Introducing additional flexibility regarding the investigation time limits, in particular in Phase II merger cases.
- Modifying Article 8(4) of the Merger Regulation to align the scope of the Commission's power to require dissolution of partially implemented transactions incompatible with the internal market with the scope of the suspension obligation (Article 7(4) of the Merger Regulation).
- Tailoring the scope of Article 5(2)(2) to capture only cases of real circumvention of the EU merger control rules by artificially dividing transactions and to address the situation where the first transaction was notified and cleared by a national competition authority.
- Clarification that "parking transactions" should be assessed as part of the acquisition of control by the ultimate acquirer.
- Amending the Merger Regulation to allow appropriate sanctions against parties and third parties that receive access to non-public commercial information about other undertakings for the exclusive purpose of the proceeding but disclose it or use it for other purposes.
- Amending the Merger Regulation to clarify that referral decisions based on deceit or false information, for which one of the parties is responsible, can also be revoked.

26. Do you consider that there is currently scope to improve the EU merger control system and that each of the proposals contained in the 2014 SWD would contribute to achieving this purpose?

Zu den weiteren technischen Vorschlägen ist Folgendes zu sagen:
Die in der Stellungnahme zum Weißbuch abgegebenen Wertungen werden ausdrücklich aufrecht erhalten. Das gilt insbesondere für die Ablehnung einer Ausnahme von der Anmeldepflicht für bestimmte in der Regel wettbewerblich unbedenkliche Zusammenschlüsse. (vgl. auch oben Antworten zu Fragen 8.1 bis 8.3)

1. Informationsaustausch

Ein Informationsaustausch zwischen Kommission und nationalen Behörden in Verweisungsfällen ist sinnvoll, weil so eine doppelte Erhebung von Informationen und damit unnötiger Aufwand für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden vermieden werden kann. Dies umfasst auch Informationen aus Pränotifizierungsphasen, wie in Rn. 181 des Commission Staff Working Documents dargelegt.

2. Börsentransaktionen

Gegen eine Ausweitung der Anmeldefähigkeit von Börsentransaktionen auf den Zeitpunkt, zu dem der Erwerber eine Kaufabsicht glaubhaft machen kann („good faith intention“), bestehen keine Bedenken.

3. Entflechtungen

Bei Entflechtungen von Zusammenschlüssen erscheint es sachgerecht, auch die Rückgängigmachung des (kontrollfreien) Teilerwerbs einzubeziehen, um auf diese Weise die ursprüngliche Wettbewerbssituation wiederherzustellen.

4. Parking Transactions

Eine Klarstellung in der FKVO zu der Behandlung von „parking transactions“ im Sinne der Auslegung der FKVO durch die konsolidierte Mitteilung über Zuständigkeitsfragen ist in der Sache sinnvoll und erhöht die Rechtssicherheit.

5. Sanktionierung von Informationsmissbrauch

Das Anliegen der Kommission, zu verhindern, dass Verfahrensbeteiligte eines Fusionskontrollverfahrens nicht-öffentliche Informationen über andere Unternehmen veröffentlichen oder weitergeben, ist nachvollziehbar. Die Verwendung dieser Informationen sollte darauf beschränkt werden, die Verfahrensrechte im Fusionskontrollverfahren auszuüben. Dass eine Zuwiderhandlung gegen diesen Grundsatz sanktioniert werden kann, wie in Rn. 199 des Commission Staff Working Documents dargelegt, erscheint sachgerecht.

6. Widerruf von Entscheidungen nach Art. 4 (4) FKVO

In Rn. 200 des Commission Staff Working Documents schlägt die Kommission vor, Verweisungen nach Art. 4 (4) FKVO auch nachträglich widerrufen zu können, falls sie auf falschen oder vorgetäuschten Informationen seitens der Anmelder beruhen. Dieser Vorschlag weist keine zeitliche Limitierung auf. Eine Umsetzung dieses Vorschlags kann somit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bezüglich der Prüfung, der Freigabe oder Untersagung eines Zusammenschlusses führen. Bei Falschangaben bieten sich der Kommission weitreichende Sanktionen an, die eine ausreichende Abschreckung darstellen sollten. Der Vorschlag ist daher abzulehnen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch den Mitgliedstaaten bei einer Nichtausübung ihres Vetorechts gegen einen Verweisungsantrag nach Art. 4 (5) FKVO keine Möglichkeit eröffnet ist, einen Widerruf der Verweisung zu erreichen.

27. Based on your experience, are there any other possible shortcomings of a technical nature in the current Merger Regulation? Do you have any suggestions to address the shortcomings you identified?

28. One of the proposals contained in the 2014 SWD relates to the possibility of introducing additional flexibility regarding the investigation time limits. In this regard, have you experienced any particularly significant time constraints during a Phase 2 merger investigation, in particular in those cases where a Statement of Objections had been adopted (for example, for remedy discussions following the adoption of the Statement of Objections)?

- ☒ YES
- ☐ NO
- ☐ OTHER

Please consider, inter alia, the time needed for the Commission to carry out its investigation and for the notifying parties to make legal and economic submissions, exercise their rights of defence and to propose and discuss commitments.

In jüngerer Vergangenheit zeigte sich, dass der Anmeldung von komplexen Fusionsfällen, für die eine Phase-2-Prüfung absehbar ist, bei der Kommission langwierige Pränotifizierungsverfahren vorausgegangen sind, die bereits zum intensiven Informationsaustausch genutzt wurden. Hieraus können sich Probleme für die Mitgliedstaaten ergeben. Zum einen verfügen sie über keine ausreichende Informationslage zum Verfahrens- und Sachstand solange ein Verfahren nicht zur Anmeldung kam. Dies wiegt umso schwerer, wenn im Rahmen der Pränotifizierungsphase ein Fall bereits so weit bearbeitet wurde, dass er in der ersten Phase mit Nebenbestimmungen freigegeben werden soll. Zum anderen beschränken sich Ermittlungen während Pränotifizierungsverfahren im Wesentlichen auf Informationen der Zusammenschlussbeteiligten. Zur Wahrung der Vertraulichkeit von Pränotifizierungsgesprächen ist die Einbeziehung weiterer Marktteilnehmer in die Ermittlungen erst nach erfolgter Anmeldung möglich. Hierdurch können wertvolle Informationen und Bedenken der Marktteilnehmer ggf. zu spät in die Ermittlungen einfließen.

29. In the light of your reply to question 28 above, do you consider that the current distinction between remedies presented before or after working day 55 since the opening of phase II proceedings, on which depends the extension of the procedure by 15 additional working days, is working well in practice?

- ☐ YES
- ☐ NO
- ☒ OTHER

Please explain.

Die Unterscheidung scheint gut zu funktionieren. Gegen eine generelle Verlängerung um 15 Werktagen bei Einreichung von Zusagenvorschlägen spricht jedoch nichts, sofern dies nicht zu zusätzlichem Verwaltungsaufwand für die betroffenen Unternehmen führt.

V. Submission of additional information

Please feel free to upload a concise document, such as a position paper, explaining your views in more detail or including additional information and data. The maximal file size is 1MB. Please note that the uploaded document will be published alongside your response to the questionnaire which is the essential input to this open public consultation. The document is an optional complement and serves as additional background reading to better understand your position.

ed5b7c27-a5f9-4960-97c3-2459a601ad38/Schreiben_zu_Stellungnahme_BMWi__BKartA.pdf

Contact

COMP-A2-MAIL@ec.europa.eu
