

Dansk Forening for Europaret

EU-Konkurrenceretten siden sidst
Webinar - tirsdag den 22. september 2020

Morten Kofmann, partner, Bart Creve, partner,
Sonny Gaarslev, advokat, HD(O)

Agenda

- › Overblik over nye afgørelser og ny regulering
- › Artikel 101: Kartelsager
- › Artikel 101: Generelt
- › Artikel 102: Misbrug
- › Fusionskontrol
- › Erstatningssager
- › Et kig i krystalkuglen

Overblik

Kommissionsafgørelser

Art. 101 - Karteller	Art. 101 - Øvrigt	Art. 102	Fusioner*
• AT.37956, Reinforcing steel bars • AT.40127, Canned vegetables • AT.40410, Ethylene • AT.39913, LED • AT.40629, Services postaux	• AT.39398, Visa MIF • AT.40049, MasterCard II – the inter-regional interchange fees leg • AT.40023, Cross-border access to pay-TV • AT.40432, Character merchandise • AT.40433, Film merchandise • AT.40528, Melia (Holiday Pricing) • AT.40524, REWE/DER (Holiday Pricing) • AT.40525, TUI (Holiday Pricing) • AT.40526, Thomas Cook (Holiday Pricing) • AT.40527, Kuoni (Holiday Pricing)	• AT.40335, Romanian gas interconnectors • AT.40394, Aspen • AT.39913, LED • AT.40498, Polish sands	• M.8713, Tata Steel & Thyssenkrupp • M.8864, Vodafone / Certain Liberty Global Assets • M.8870, E.ON / Innogy • M.8947, Nidec / Whirlpool (Embraco Business) • M.8674, BASF / Solvays EP and P&I Business • M.9014, PKN Orlen / Grupa Lotos • M.9064, Telia Company / Bonnier Broadcasting Holding • M.9076, Novelis / Aleris • M.9434, UTC / Raytheon • M.9274, Glaxosmithkline / Pfizer Consumer Healthcare Business • M.9408, Assa Abloy / Agta Record • M.9449, VAG / Varta (Consumer Battery, Chargers and Portable power and lighting business) • M.9461, Abbvie / Allergan • M.9502, Synthomer / Omnova Solutions • M.9517, Mylan / Upjohn • M.9546, Gategroup / LSG European Business • M.9954, Elanco Animal Health / Bayer Animal Health Division • M.9674, Vodafone Italia / TIM / INWIT JV • M.9744, MasterCard / NETS

Afgørelser fra Retten og Domstolen

Art. 101 - Karteller	Art. 101 - Øvrigt	Art. 102	Fusioner
• C-606/18 P – Nexans France & Nexans v. Commission • C-607/18 P – NKT Verwaltung & NKT v. Commission • C-599/18 P – Silec Cable & General Cable v. Commission • C-596/18 P – LS Cable & Systems v. Commission • C-593/18 – ABB v. Commission • C-591/18 P – Brugg Kabel & Kabelwerke Brugg v. Commission • C-590/18 P – Fujikura v. Commission • C-589/18 P – Furukawa Electric v. Commission • C-582/18 P – Viscas v. Commission • C-403/18 P – Alcogroup & Alcodis v. Commission • T-466/17 – Printeos and Others v. Commission • T-240/17 – Campine & Campine Recycling v. Commission • T-772/15 – Quanta Storage v. Commission • T-8/16 – Toshiba Samsung Storage Technology & Toshiba Samsung Storage Technology Korea v. Commission • T-1/16 – Hitachi-LG Data Storage & Hitachi-LG Data Storage Korea v. Commission • T-763/15 – Sony Optiarc & Sony Optiarc America v. Commission • T-762/15 – Sony & Sony Electronics v Commission • T-582/15 – Silver Plastics & Johannes Reifenhäuser v. Commission (endnu ikke trykt) • T-530/15 – Huhtamäki & Huhtamaki Flexible Packaging Germany v. Commission • T-758/14 – RENV – Infineon Technologies v. Commission • T-79/19 R - Lantmännen	• C-228/18 – Budapest Bank & Others • T-531/18 – LL-Carpenter v. Commission • C-307/18 – Generics (UK) & Others • C-418/ P – Silgan Closures & Silgan Holding v. Commission • T-523/15 – Italmobiliare & Others v. Commission	• C-307/18 – Generics (UK) & Others • C-538/18 P – Ceske drahy v. Commission	• T-399/16 – CK Telecoms UK Investments v. Commission • T-370/17 – KPN v. Commission • C-10/18 – Marine Harvest v. Commission

Revision: Meddelelsen om Det Relevante Marked

Evaluering af meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked

Formålet med evalueringen

Sikre, at meddelelsen stadig er “fit-for-purpose” i takt med udviklingen i globalisering og digitalisering af økonomien

Særligt fokus

- › Hvorvidt meddelelsen har vist sig egnet til at vejlede interessenterne, herunder virksomheder og nationale konkurrencemyndigheder i afgrænsningen af de relevante markeder
- › Sikre at meddelelsen samt dens kriterier og mekanismer fortsat er relevante, når særligt udviklingen i globaliseringen og digitalisering af økonomien siden 1997 tages i betragtning

Status på evalueringen

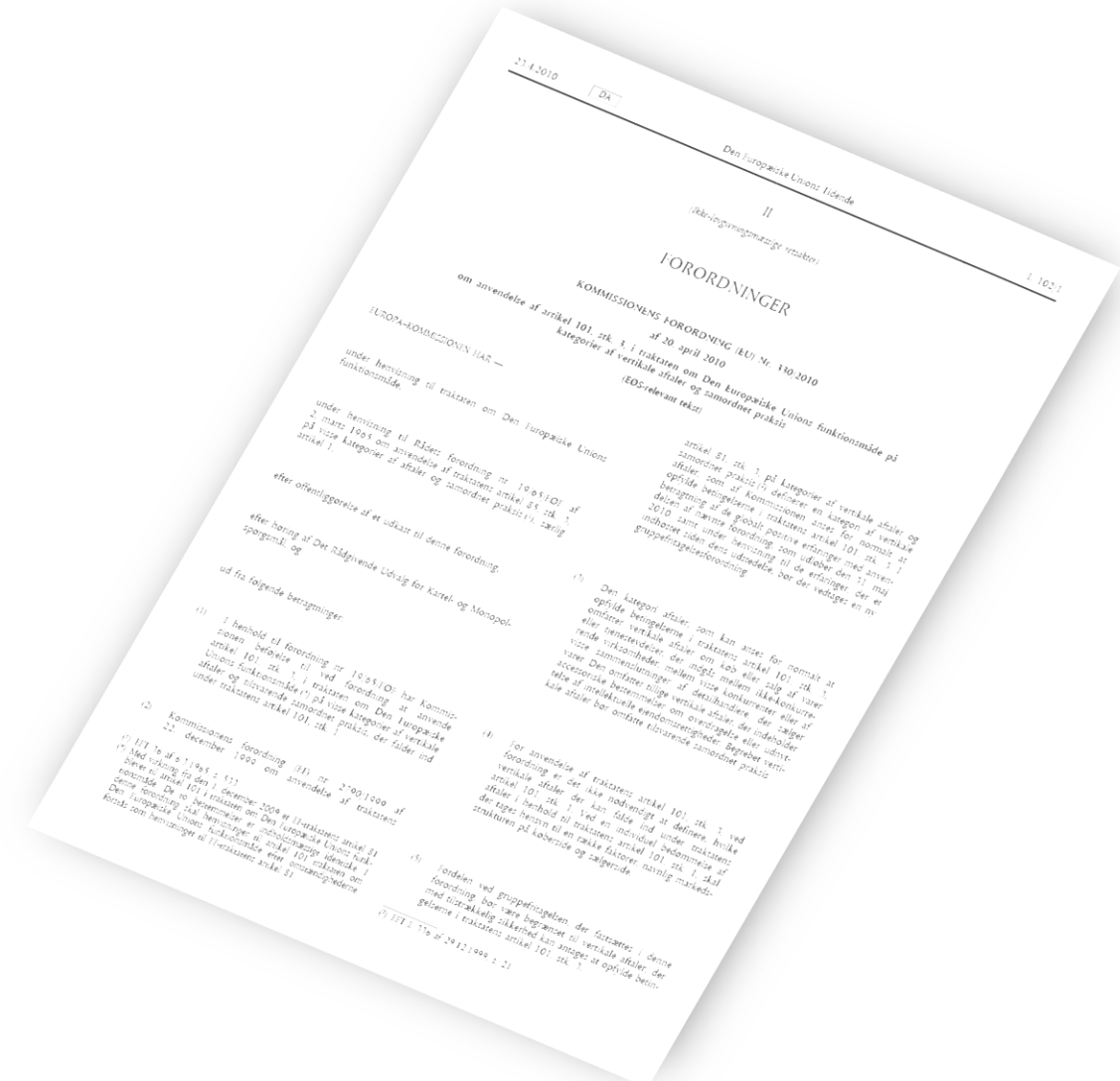
Evalueringen fortsat i offentlig høring – høringsfristen er d. 9. oktober 2020



Revision: Den Vertikale Gruppefritagelsesforordning (1/6)

Historik

- 1965** Den bemyndigende forordning
- 1967** Forordning 1967/67 om eksklusiv distributionsaftaler
- 1983** Forordningerne 1983/83, 1984/83 og 4087/88 om eneforhandlings-, eksklusive købs- og franchiseaftaler
- 1999** Forordning 2790/1999 om vertikale aftaler med retningslinjer
- 2010** Forordning 330/2010 om vertikale aftaler med retningslinjer
- 2021** ...



Revision: Den Vertikale Gruppefritagelsesforordning (2/6)

Elementerne i reformarbejdet

- › Europa-Kommissionens:
 - › *"The Digital Single Market strategy" 2015*
- › E-commerce sector inquiry:
 - › *"Final Report" offentliggjort maj 2017*
- › Public consultation 4. februar - 27. maj 2019:
 - › *"Summary Report" dateret 30. juli 2019*
- › Stakeholder Workshop 14.-15. november 2019:
 - › *"Summary Report of the Stakeholder Workshop" dateret 5. februar 2020*
- › Support Studies for the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation
- › Evaluation Study:
 - › *Rapporter dateret 3. april - 27. maj 2020*
- › The Commission's enforcement actions:
 - › *Amazon, Coty, Pioneer, Denon & Marantz, Philips, Asus, Guess, Nike, Sanrio, NBC Universal, Meliá Hotel Group*
- › NCA Enforcement Actions:
 - › *392 nationale sager*
- › Staff Working Document:
 - › *8. september 2020*

Revision: Den Vertikale Gruppefritagelsesforordning (3/6)

Support studies for the evaluation of the VBER

Formål

“The main objective of the study is to provide qualitative and quantitative evidence on the effectiveness, efficiency and relevance of the VBER and the Vertical Guidelines“

Metoder

- › Comparative legal analysis
- › Stakeholder interviews
- › CATI survey
- › Case studies: Zalando, Uber og Amazon

Blandt konklusionerne

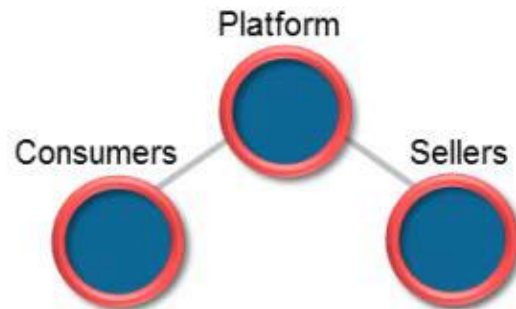
“The past 10 years have seen a rapid expansion in online trade, both on a B2B and B2C level. Existing distribution "models have had to adapt to new market realities”

“The VBER and the Vertical Guidelines remain relevant in the landscape of vertical agreements, but they do not sufficiently cover the latest developments, such as online platforms”

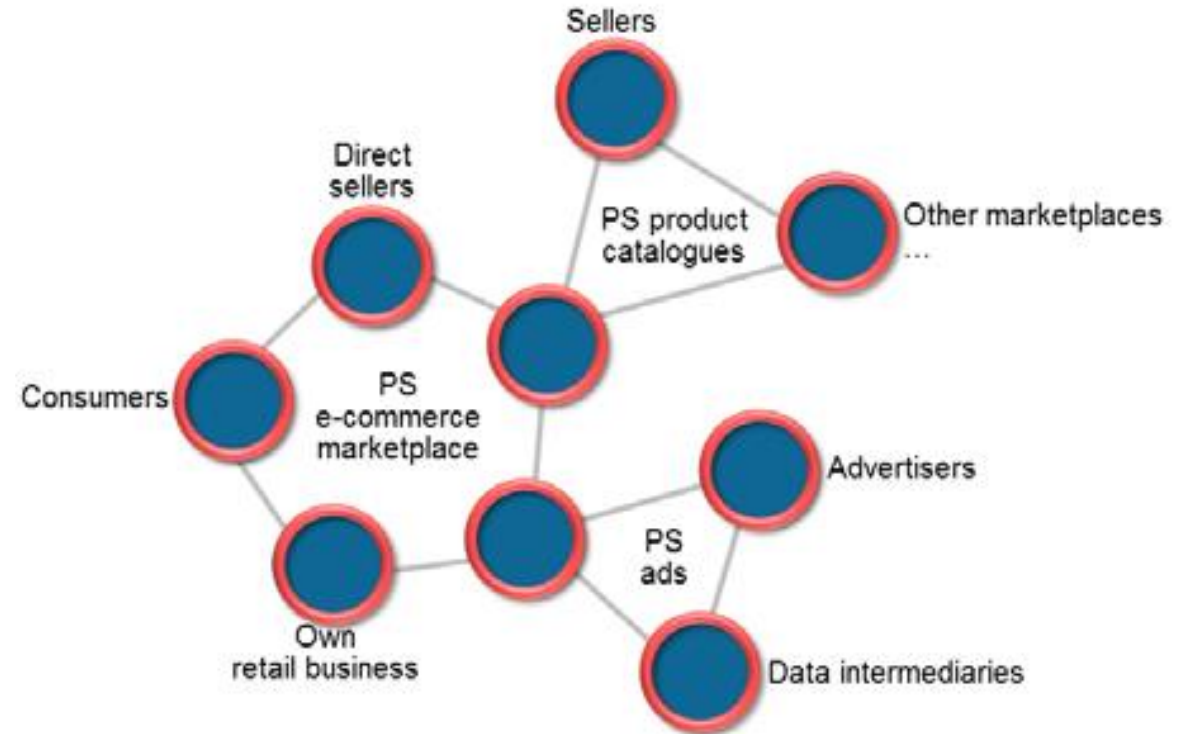


Revision: Den Vertikale Gruppefritagelsesforordning (4/6)

Case study af Zalando: E-commerce
Platforms/Marketplaces and Platform Services ("PS")



Schematic examples of a two-sided vs. ecosystem
approach to the online platform economy



Revision: Den Vertikale Gruppefritagelsesforordning (5/6)

Staff Working Document

Analysis and answers to the evaluation questions

- › Market developments since the adoption of the VBER
- › The main findings of the e-commerce sector inquiry
- › The main findings of the evaluation study
- › The Commission's enforcement action regarding vertical restrictions
- › NCA enforcement and policy actions regarding vertical restrictions

Annex 4

- › Overview of issues identified during the evaluation process



Revision: Den Vertikale Gruppefritagelsesforordning (6/6)

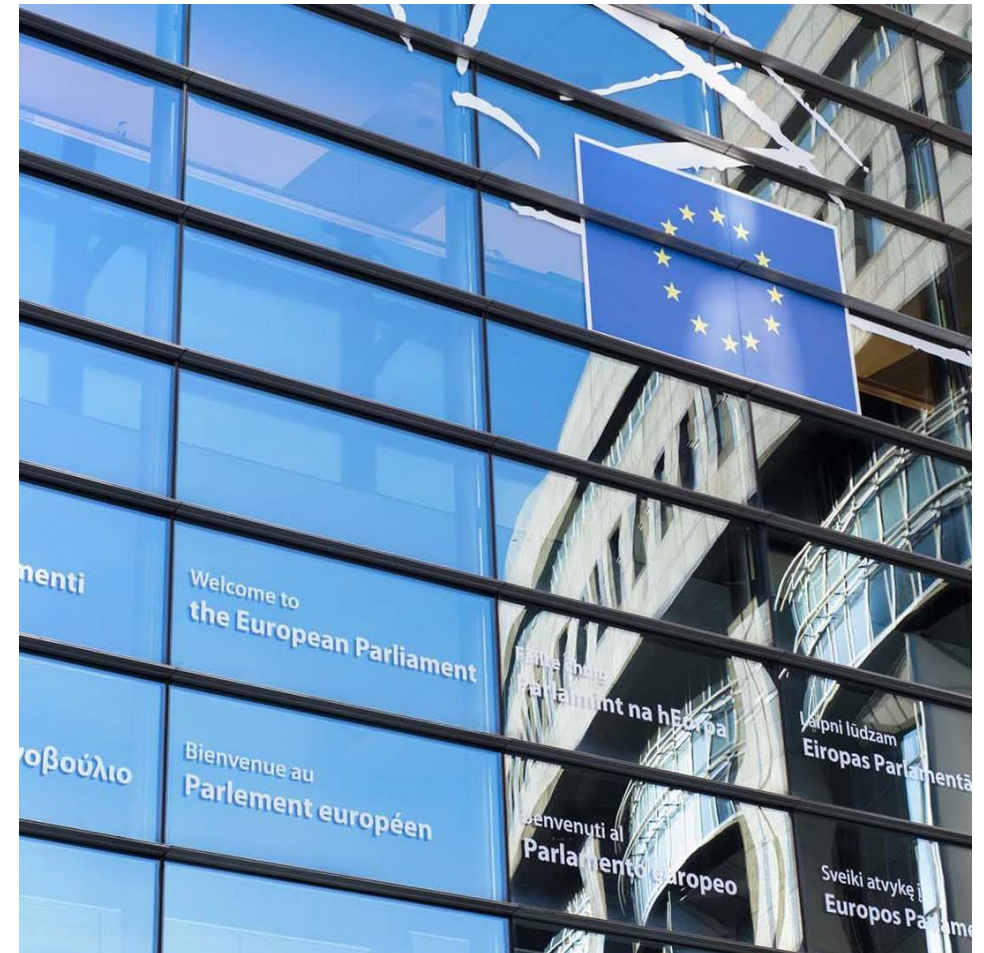
Status

Primære iagttagelser

- › Der er fortsat brug for VBER med tilhørende retningslinjer
- › Markederne har ændret sig markant, siden 2010 (og 1999) – bl.a. som følge af den stigende brug af online platformes væsentlige indvirkning på distributionsmodeller
- › Antallet af kontraktuelle relationer er steget, hvilket har medført et øget antal af vertikale aftaler
- › Forbrugerne forventer en sammenhængende oplevelse af en virksomhed, selvom de integrerer med virksomheder gennem flere forskellige platforme (både online og fysisk)
- › Formålene med VBER og de vertikale guidelines opfyldes ikke længere
- › Sammenlagt er der behov for VBER fortsat og i øget omfang

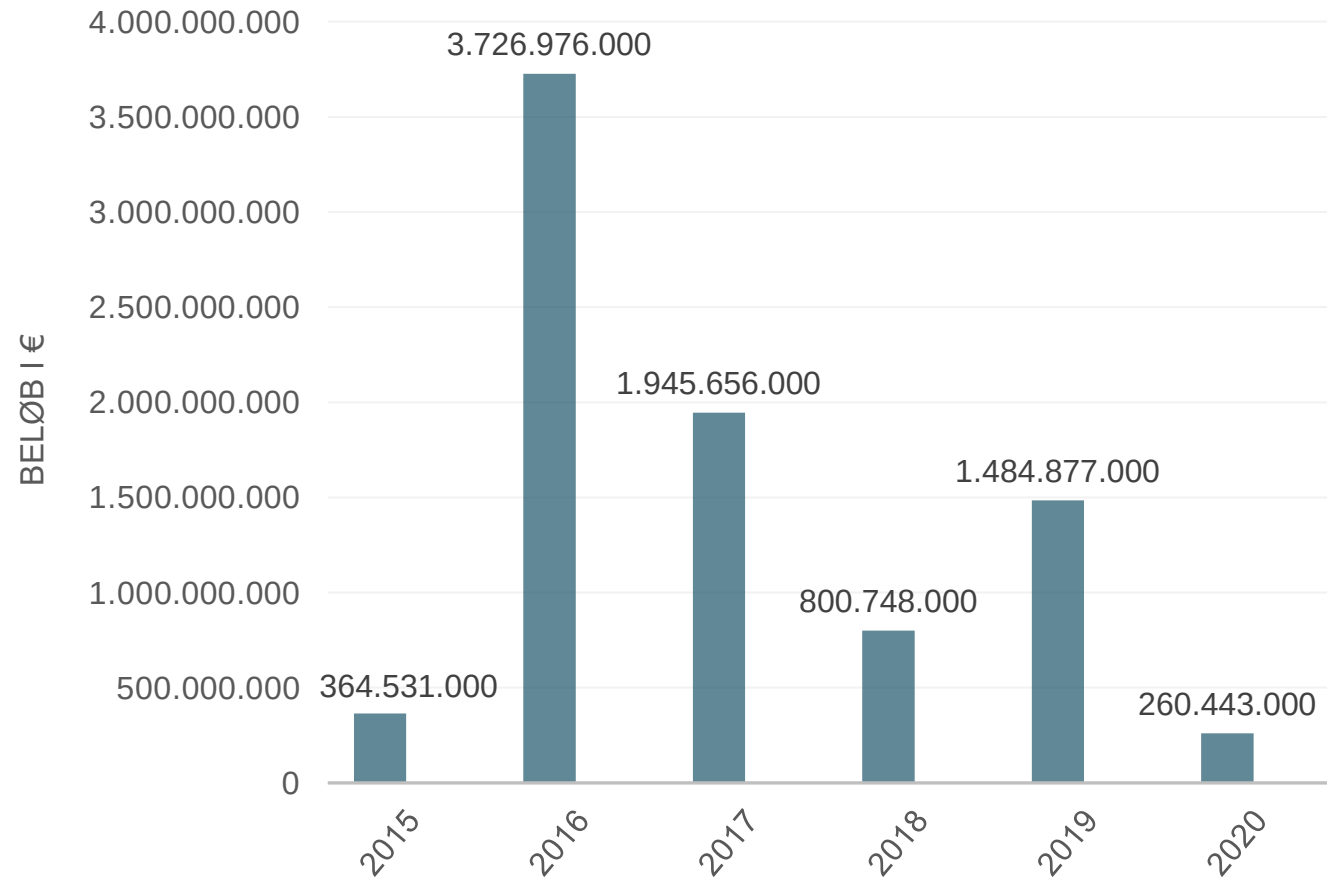
Arbejdet fremadrettet

- › Behov for nye og så vidt muligt fremtidssikrede regler
- › Det er et mål at reducere reglernes kompleksitet, fordi komplekse regler skader forudsigeligheden og besværliggør anvendelsen for SMV'er
- › Divergerende holdninger hos nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole på visse områder har skadet effekten af at udarbejde fælles rammer



Art. 101 - Kartellsager

UDVIKLING – Bøder i kartelsager



År	Beløb i €
2015	364.531.000
2016	3.726.976.000
2017	1.945.656.000
2018	800.748.000
2019	1.484.877.000
2020	260.443.000
Total	8.583.231.000

KOMMISSIONSAFGØRELSER – karteller

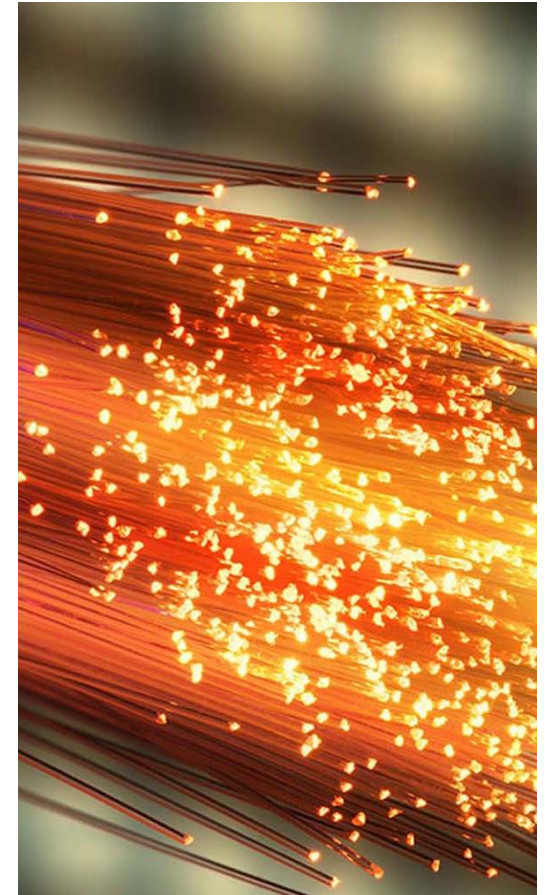
1. juni 2019 – 1. september 2020				
Produkt	Antal virksomheder	Antal givet straflempelse*	Periode	Bøde
Reinforcing steel bars	5	5	6 år	€ 16 mio.
Ethylene	4	4	6 år	€ 260 mio. (forlig)
Canned vegetables	3	2	13 år	€ 31,6 mio. (forlig)

Power Cables

C-607/18 P, NKT Verwaltung & NKT A/S, C-606/18 P, Nexans France & Nexans, C-599/18 P, Silec Cable & General Cable, C-596/18, LS Cable & Systems, C-593/18 P, ABB, C-591/18 P, Brugg Kabel & Kabelwerke Brugg, C-590/18 P, Fujikura, C-589/18 P, Furukawa, C-582/18 P. Viscas

Sagerne kort

- Den 2. april 2014 pålagde Kommissionen en række selskaber, herunder NKT en bøde på samlet € 301.600.000 for deltagelse i et kartel
 - Ifølge Kommissionen bestod kartellet i, at en række europæiske og asiatiske selskaber på en lang række møder havde aftalt at holde sig ude af hinandens geografiske markeder. Herudover havde parterne fordelt de øvrige geografiske markeder imellem sig, ligesom de havde udvekslet konkurrencefølsomme informationer. Parterne havde ligeledes koordineret priser, således at vinderen af et konkret udbud altid var aftalt på forhånd.
- Karteldeltagerne appellerede Kommissionens afgørelse til Retten, der i sin afgørelse ikke gav appellanterne medhold.
- NKT – C-607/18
 - NKT appellerede herefter Rettens afgørelse til EU-Domstolen
 - I sin dom af 14. maj 2020 tog Domstolen delvist NKTs påstande til følge. Domstolen fandt, at:
 1. Retten ikke skulle have afvist påstanden om, at NKTs ret til forsvar var blevet tilsidesat i henhold til ikke-europæiske projekter
 2. NKT ikke vidste eller kunne have forudset, at kartellet også omfattede en kollektiv "refusal to supply" af tilbehør og service til konkurrenter, som ikke deltog i kartellet
 3. Retten ikke skulle have konkluderet, at NKT deltog i fordelingen af projekter i EØS før 21. november 2002
 4. Bøden skulle nedsættes med €200.000.

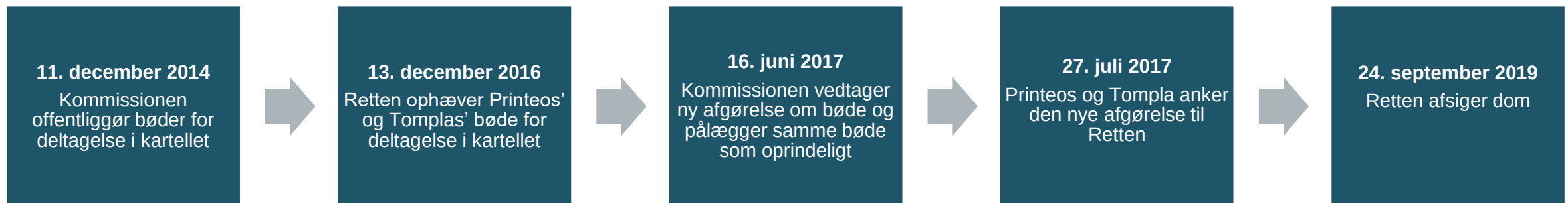


T-466/17, Printeos and Others v. Commission

Sagen kort

- Printeos og Tompla var begge aktive på markedet for konvolutter
- De blev begge idømt en bøde for deltagelse i et kartel vedrørende samordning af priser, fordeling af kunder og udveksling af følsomme kommercielle oplysninger.
- Bøderne blev fastsat til samlet €19.485.000. Bøderne blev nedsat som følge af leniency samt forligsmeddelelsen.

Tidslinje



T-466/17, Printeos and Others v. Commission (fortsat)

Sagen for Retten

- Printeos og Tompla ankede den nye afgørelse til Retten med påstand om, at
 - › Retten skulle annullere den anfægtede afgørelse
 - › Subsidiært: bøden skulle nedsættes
- Printeos og Tomplas hovedanbringender var:
 1. Kommissionen har tilsidesat retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og ne bis in idem
 2. Ligebehandlingsprincippet er tilsidesat ved fastsættelsen af bødens størrelse
 3. Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet, princippet mod forbud om forskelsbehandling samt billighedsprincippet

Rettens afgørelse

1. Det første anbringende forkastes i sin helhed som ubegrundet, idet:
 - › Annulation af en EU-retsakt berører ikke nødvendigvis de forberedende retsakter og indebærer ikke nødvendigvis annulation af hele den procedure, som gik forud for vedtagelsen. Institutionerne kan derfor – medmindre den fastslåede uregelmæssighed medfører, at hele proceduren er ugyldig – med henblik på at vedtage en retsakt, som træder i stedet for den annullerede retsakt, genåbne proceduren på det trin, hvor uregelmæssigheden blev begået
 - › Hvor annulation hviler på en proceduremangel, såsom en utilstrækkelig begrundelse, og Unionens retsinstanser ikke har gjort brug af deres fulde prøvelsesret og ændret den pålagte bøde, er princippet ne bis in idem ikke til hinder for, at Kommissionen vedtager en ny afgørelse, hvorved sagsøgeren pålægges en bøde – princippet forbyder således kun, at der foretages en ny realitetsvurdering af overtrædelsens rigtighed



T-466/17, Printeos and Others v. Commission (fortsat)

Rettens afgørelse

2. Det andet anbringendes andet led og dermed anbringendet i sin helhed forkastes som ugrundet

- › *Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet forudsætter, at de omhandlende situationer er ensartede, henset til samtlige de omstændigheder, som kendetegner dem.*
- › *Ved fastsættelsen af bøden er det den del af den samlede omsætning, der hidrører fra afsætningen af de produkter, der er genstand for overtrædelsen, som er bedst egnet til at afspejle overtrædelsens økonomiske betydning*
- › *Fastsættelsen af bøden for alle de sanktionerede virksomheder, der har deltaget i overtrædelsen, til 10 % af virksomhedernes respektive omsætninger, når denne alene er en følge af anvendelsen af det loft, som er fastsat i artikel 23, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 1/2003, udgør ikke en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet*
- › *Der skal sondres mellem på den ene side den bindende og ligelige fastsættelse af grundbeløbet for de bøder, der pålægges de berørte virksomheder, og på den anden side anvendelsen i forhold til nævnte virksomheder af loftet på 10 %, som kan variere alt efter deres respektive samlede omsætning.*
- › *Retten undersøger, hvorvidt Kommissionen har overholdt ligebehandlingsprincippet i forbindelse med tilpasningen af bødernes grundbeløb – det konkluderer Retten, at de har*

3. Det tredje anbringende forkastes som ugrundet

- › *Sagsøger har ikke påberåbt sig en tilsidesættelse af ne bis in idem, men derimod af proportionalitetsprincippet som fortolket i C-14/68, Walt Wilhelm & Others, som er relevant, selv om ne bis in idem ikke finder anvendelse – det er bl.a. kendt som det generelle billighedskrav*
- › *Når man er inden for anvendelsesområdet for artikel 101, er det ikke længere muligt at antage, at de procedurer, der er indledt af de nationale konkurrencemyndigheder og af Kommissionen forfølger forskellige formål*
- › *Inden for systemet med parallelle kompetencer er en "kumulation af sanktioner" kun mulig i tilfælde af en parallel anvendelse af art. 102 og den tilsvarende nationale ret, som dog er strengere og forbyder og sanktionerer en virksomheds ensidige adfærd, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag*



T-240/17, Campine and Campine Recycling v. Commission

Sagen kort

- Campine og Campine Recycling er belgiske selskaber aktive på markedet for genanvendt bly, blylegeringer og andre produkter
- Kommissionen pålagde Campine og en række andre selskaber en bøde for deltagelse i det såkaldte *“Car battery recycling cartel”*
 - *Deltagerne i kartellerne udvekslede informationer, koordinerede priser, koordinerede hvor meget de købte fra leverandørerne og forsøgte generelt at forværre leverandørernes forhandlingsposition*
- I april 2017 appellerede Campine Kommissionens afgørelse med påstand om, at den pålagte bøde skulle ophæves

Rettens afgørelse

- Campines bøde blev nedsat fra 8 100 000 € til 4 300 000 €, idet:
 - *Kommissionens antagelse om, at Campine havde deltaget i kartellet i en periode på 22 måneder ikke var tilstrækkeligt bevist*
 - *Campines bøde skulle have været nedsat som følge, at de havde en mindre rolle i kartellet*



Optical Disc Drives-kartel

T-772/15, Quanta Storage / T-8/16, Toshiba Samsung Storage Technology / T-1/16, Hitachi-LG Data Storage Technology / T-763/15, Sony Optiarc / T-762/15, Sony & Sony Electric

Sagen kort

- Kommissionen pålagde d. 21. oktober 2015 8 selskaber en bøde på samlet € 116.000.000 for deltagelse i et kartel på markedet for optiske diskdrev (CD, DVD & Blu-ray).
- Selskaberne appellerede afgørelsen til Retten med påstand om hel eller delvis ophævelse af afgørelsen, og hel eller delvis nedsættelse af bøden.

Rettens afgørelse

- Retten forkastede alle selskabernes anbringender, idet:
 - *Forbuddet mod informationsudveksling blandt konkurrenter er i særdeleshed vigtigt, når markedet er karakteriseret ved, at der kun er få aktører.*
 - *Kartellet udgjorde en "single and continuous infringement", hvis koncept forudsætter en praksis tilsluttet af flere aktører med det formål at mindske konkurrencen*
 - *Retten fandt ikke, at bøderne var udregnet forkert*

Videre skridt

- Selskaberne har anket Rettens afgørelse til EU-Domstolen



Emballagebakker til detailvarer

T-582/15, Silver Pastics and Johannes Refifenhäuser, T-530/15, Huhtamaki and Hutamaki Flexible Packaging Germany, T-523/15, Italmobiliare and T-522/15 CCPL and Others

Sagen kort

- Den 24. juni 2015 pålagde Kommissionen en række selskaber aktive på markedet for emballagebakker til detailvarer en bøde på € 115.800.000 for deltagelse i et kartel.
- Den 11. juli 2019 afsagde Retten fire afgørelser vedrørende ophævelse eller nedsættelse af bøderne:
 - *T-582/15 – Silver Plastics*
 - *T-530/15 - Huhtamäki*
 - *T-523/15 – Italmobiliare*
 - *T-522/15 – CCPL*
- CCPL fik delvist medhold - i de øvrige sager blev appellanternes påstande forkastet.
 - *I den oprindelige afgørelse fik CCPL en nedsættelse af bøden på 25%, idet de manglede mulighed for at betale bøden.*
 - *Retten fandt, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde beskrevet, hvorfor nedsættelsen var begrænset til 25%, derfor ophævede Retten Kommissionens afgørelse for så vidt angår det forhold*



T-758/14, Renv – Infineon Technologies

Sagen kort

- Infineon Technologies er et tysk selskab, som er aktiv på markedet for smart card chips
- Den 3. september 2014 pålagde Kommissionen Infineon Technologies en bøde på 138.050.000 € for deltagelse i et kartel
- Infineon og Phillips appellerede Kommissionens afgørelse til Retten, hvor de bestred overtrædelsen, bødernes størrelse samt pålideligheden af de dokumenter, som Kommissionen havde modtaget i medfør af reglerne om leniency – Retten tog ikke deres påstande til følge

EU-Domstolen

- Rettens afgørelse blev appelleret til EU-Domstolen, der traf to separate afgørelser
- Phillips' anke blev afvist, mens Domstolen for så vidt angik Infineon ophævede Rettens afgørelse og hjemsendte sagen til Retten for fornyet behandling, da Retten ikke i fornødent omfang havde behandlet Infineons argumenter om proportionalitet, siden de havde fastsat bøden uden at have taget hensyn til Infineons begrænsede deltagelse i kartellet

Rettens fornyede behandling

- Retten behandlede to spørgsmål: i) hvorvidt Infineon i 6 tilfælde havde udvekslet information med de øvrige deltagere i kartellet (de pågældende 6 episoder blev ikke behandlet i den første sag), og ii) hvorvidt bøden var blevet nedsat i tilstrækkeligt omfang
- Retten fandt, at Infineon kun i 5 af de 6 tilfælde havde taget del i kartellet, ligesom de fandt, at bøden ikke var nedsat tilstrækkeligt - Retten nedsatte derfor bøden med yderligere 5 %



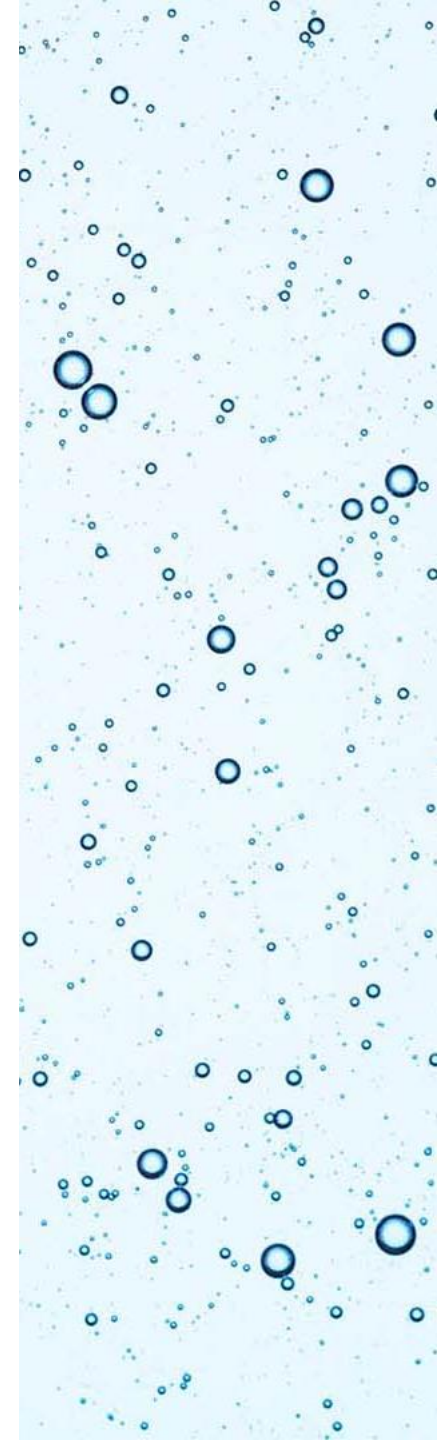
T-79/19 R, Lantmännen

Sagen kort

- D. 7. december 2015 initierede Kommissionen en procedure i AT.40054, Ethanol Benchmarks mod Lantmännen og to andre grupper af selskaber
- D. 16. juli 2018 indgik Lantmännen forligsforhandlinger med Kommissionen, men de to andre grupper var ikke en del af forligsproceduren
- De øvrige grupper af selskaber ønskede adgang til de dokumenter, som var blevet udvekslet mellem Lantmännen og Kommissionen undervejs i forligsproceduren – herunder bl.a. non-papers
- Lantmännen ønskede ikke at udlevere dokumenterne – sagen for Retten angår således, om dokumenterne skal udleveres

Retspræsidentens afgørelse

- Vurderingen af hvorvidt dokumenter skal udleveres skal normalvis behandle følgende momenter:
 - *Informationerne må kun være kendt for en lille kreds af personer*
 - *Offentliggørelse af informationerne vil sandsynligvis påføre dem, som har udarbejdet dokumenterne eller tredjemand, skade*
 - *Interesserne, som skal beskyttes ved hemmeligholdelsen, skal være anerkendelsesværdige*
- Lantmännens påstand kunne ikke tages til følge, da de ikke havde bevist, at det var nødvendigt med en hemmeligholdelse
- De havde ikke bevist, at dokumenterne indeholdte fortrolig information og havde i øvrigt ikke behandlet, at deres forlig allerede var blevet tilgængeligt for de øvrige parter
- De havde ikke produceret de ikke-fortrolige versioner af dokumenterne, som de var blevet pålagt, hvorfor Retten ikke kunne vurdere Lantmännens argumenter.



Art. 101 - Generelt

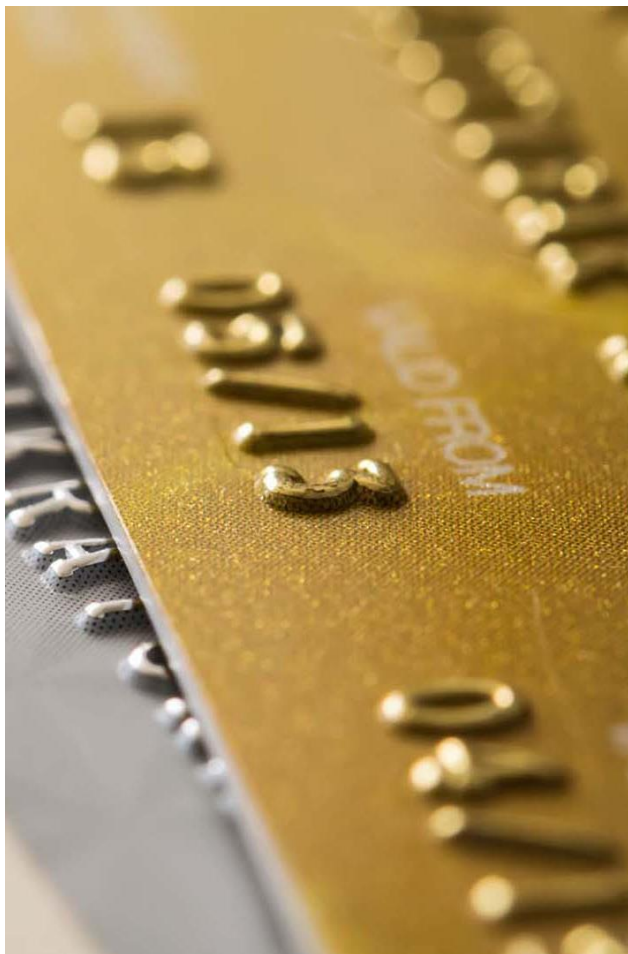
C-228/18 – Budapest Bank & Others

Sagens baggrund

- › Syv banker vedtog i 1996 en aftale om et fælles interbankgebyr
- › Aftalen blev også gældende for kortudstedere som VISA og MasterCard, og flere end de syv banker kom til
- › De ungarske konkurrencemyndigheder fandt i 2008, at de deltagende banker samt VISA og MasterCard havde indgået en konkurrencebegrænsende aftale, som både havde til formål og til følge at begrænse konkurrencen
- › Afgørelsen blev appelleret til en appeldomstol i Budapest, der omgjorde sagen og hjemviste den til fornyet behandling hos Konkurrencemyndighederne
- › Konkurrencemyndighederne indbragte afgørelsen for den ungarske højesteret, som stillede en række **præjudicielle spørgsmål** til EU-Domstolen



C-228/18 – Budapest Bank & Others (fortsat)



EU-Domstolens afgørelse – *præcisering af til formål-overtrædelser*

- › En effektsvurdering er ikke nødvendig, når der foreligger en ”til formål-overtrædelse”
- › ”Til formål” skal fortolkes restriktivt: Forudsætter begrænsninger, som er så tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, at en undersøgelse af deres følger ikke er nødvendig:
- › For at kunne afgøre, om der er et konkurrencebegrænsende formål, skal der foreligge ”**pålidelige og solide erfaringer**”, der beviser, at restriktionen efter sin art er skadelig for konkurrencen [para 76]
- › Der skal foretages en konkret **case-by-case-undersøgelse** af formålet med restriktionen i lyset af den retlige og økonomiske sammenhæng, som restriktionen indgår i – her skal det påvises, at restriktionen **ikke har noget andet plausibelt formål** end at begrænse konkurrencen [para 77]
- › **Det kontrafaktiske scenarie** kan have en betydning i vurderingen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål – en grundig undersøgelse af aftalens følger kan derfor være nødvendig [para 79]
- › Kriterier for - uden at foretage en effektsvurdering – at kunne konstatere en ”til formål-overtrædelse”, og herunder inddragelse af konkurrencefremmende virkninger:
 1. ”**pålidelige og solide erfaringer**” (”sufficiently solid and reliable”) [para 76]
 2. ”**en almindelig og sikker erfaring**” (”sufficiently general and permanent”) [para 79],
 3. ”**stærke indicier**” (”serious indications”) [para 82 og 83]
 4. ”**selvmodsigende eller tvetydige oplysninger**” (”contradictory or ambivalent references”) [para 82].

Til formål-afgørelserne

Beef Industry - Case C-209/07

T-Mobile Netherlands BV - Case C-8/08

GlaxoSmithKline - Case C-501/06 P

Allianz Hungária - C-32/11

Cartes Bancaires - C-67/13P

Toshiba - Case 373/14P

Dole Food Co - Case C-286/13P

Maxima latvija – Case C-345/14

Lundbeck - Case T-472/13

Budapest Bank & Others – Case C-228/18

Commission Staff Working Document - 25.6.2014 SWD(2014) 198 final

”The Chinese menu approach”

| Formålsovertrædelser

”Krisekartel”	Beef Industry
”Koordination af godtgørelser til forhandlere”	T-moblie Netherlands BV
”Hindring af parallelhandel”	GlaxoSmithKline
”Komplicerede gebyrregler for betalingskort”	Cartes Bancaires
”Gentlemen’s agreement om markedsdeling”	Toshiba
””Pre-pricing” informationsudveksling”	Dole Food Co
”Vetoret imod konkurrenter i butikcenter”	Maxima Latvija
”Pay-for-delay”?	Lundbeck + Generics (UK) & Others
Multilateral interchange fees	Budapest Bank & Others



C-307/18 – Generics (UK) Ltd & Others v. CMA

Sagens baggrund

- GlaxoSmithKline (GSK) markedsførte i 1990'erne et patenteret antidepressivt lægemiddel, Seroxat. De havde foruden hovedpatentet på det aktive stof i Seroxat også en række sekundære patenter relateret til forskellige aspekter af fremstillingsprocessen
- Da det originale patent udløb i 1999, lagde en række konkurrenter – heriblandt Generics (UK) – an til påbegynde produktion af kopipræparater
- GSK anlagde sag mod Generics (UK) og de øvrige konkurrenter med påstand om, at kopipræparaterne krænkede GSK's sekundære patenter
- Parterne indgik et forlig, som blandt andet indeholdt betingelser om, at konkurrenterne i en periode – mod betaling – skulle afstå fra at introducere kopipræparater på markedet – en såkaldt ***"pay for delay"-aftale***
- Konkurrencemyndighederne traf i 2016 afgørelse om, at forligsaftalen var en konkurrencebegrænsende aftale, og GSK havde misbrugt deres dominerende stilling. Afgørelsen blev indbragt for ankenævnet, som forelagde EU-Domstolen en række præjudicielle spørgsmål



C-307/18 – Generics (UK) Ltd & Others v. CMA (2)

EU-Domstolens præjudicielle afgørelse

- Domstolen slog ved sin besvarelse af de præjudicielle spørgsmål fast, at:
 - › *[Producenter af originalpræparater og producenter af generiske præparater] befinder sig i en potentiel konkurrencesituation, når der mellem disse producenter er en tvist om, hvorvidt dette patent er gyldigt, eller de pågældende generiske produkter krænker patentet, og når det er fastslået, at producenten af de generiske lægemidler reelt har en fast beslutsomhed og en selvstændig evne til at indtræde på markedet, og der ikke foreligger hindringer, som er uoverstigelige, for denne producents markedsindtræden, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at undersøge..*
 - › *En ”pay-for-delay”-aftale udgør en aftale, som har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen:*
 - *hvis det fremgår af alle de tilgængelige oplysninger, at den positive saldo fra originalmedicinproducentens værdioverførsler til generikaproducenten udelukkende skyldes aftaleparternes forretningsmæssige interesse i ikke at konkurrere på ydelser*
 - *medmindre den pågældende forligsaftale har konstaterede konkurrencefremmende virkninger, som kan give anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt den er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen.*



C-307/18 – Generics (UK) Ltd & Others v. CMA (2)

EU-Domstolens præjudicielle afgørelse

- Domstolen slog ved sin besvarelse af de præjudicielle spørgsmål fast, at:
 - › *Artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at det ikke er en forudsætning for at kunne påvise, at en forligsaftale som de i hovedsagen omhandlede har mærkbare potentielle eller reelle virkninger for konkurrencen og derfor må kvalificeres som havende »konkurrencebegrænsende virkning«, at det er konkluderet, at det, hvis aftalen ikke fandtes, ville have medført, at den generikaproducent, der er part i denne aftale, sandsynligvis ville have fået medhold i sagen vedrørende det omhandlede procespatent, eller at parterne i den nævnte aftale sandsynligvis ville have indgået en mindre begrænsende forligsaftale.*



AT.39398 – Visa MIF og AT.40049 – Mastercard II

Sagerne kort

- I en række klagepunktsmeddelelser konkluderede Kommissionen, at Visa og MasterCards regler for interregionale MIF-gebyrer begrænsede konkurrencen blandt andet fordi:
 - › *MIF-gebyrer udgør en betragtelig del af den pris, der opkræves hos den forretningsdrivende, og de begrænser således indløserens muligheder for at reducere og differentiere sine detailhandelsgebyrer.*
 - › *en sådan prisfastsættelse af natur er konkurrenceskadelig og i sig selv tilstrækkelig skadelig for konkurrencen til at kunne betragtes som »havende til formål« at begrænse konkurrencen.*
- Den 29. april 2019 vedtog Kommissionen to afgørelser, der gjorde tilsagn om en gradvis reduktion af interregionale MIF-gebyrer fra henholdsvis Visa og Mastercard juridisk bindende.
 - › *Ifølge Kommissionen udgør de reducerede niveauer en reduktion på 40 % af de eksisterende niveauer.*
 - › *Reduktionen trådte i kraft seks måneder efter Visa og Mastercard formelt fik meddelt afgørelserne og varer i fem år og seks måneder herefter.*

Sagernes betydning

- Ifølge Kommissionen indebærer afgørelserne en fordel for forretningsdrivende og i sidste instans for forbrugerne i form af MIF-gebyrer, der er betydeligt lavere end det nuværende niveau.
 - › Kommissionen antager altså, at reduktionen vil blive (helt eller delvist) overført på de forretningsdrivende i form af lavere detailhandelsgebyrer, hvilket i sidste ende medfører lavere detailpriser for forbrugerne.



AT.40023 – Cross-border access to pay-TV

Sagen kort

- Sagen vedrørte en række distributionsaftaler mellem nogle af Europas store tv-stationer (BSkyB, Canal +, Sky UK, Sky Deutschland og DTS) og ledende amerikanske filmselskaber (Fox, Warner Bros, Sony, NBCUniversal og Paramount).
- Kommissionen konkluderede, at aftalerne indeholdt bestemmelser om "**absolut territorial beskyttelse**", som var designet til at opdele det indre marked og forhindre eller begrænse konkurrence mellem betalings-TV stationer på tværs af grænserne, idet
 - › *de film, der er licenseret af de amerikanske studios, udelukkende vises i den medlemsstat, hvor hver tv-station opererer via satellit og internettet.*
 - › *filmene kan ikke gøres tilgængelige uden for den pågældende medlemsstat, selv ikke som svar på uopfordrede anmodninger fra potentielle abonnenter i andre medlemsstater (passivt salg).*
- I april 2016 accepterede Kommissionen tilsagn fra Paramount. Efter afgørelsen afsagt d. 7. marts 2019 om tilsagn fra resten af studierne, har alle studierne nu forpligtet sig til:
 - › *ikke at effektuere de eksisterende klausuler og*
 - › *ikke medtage nye og lignende klausuler i fremtidige aftaler med tv-selskaber i EØS.*

Sagens betydning

Forliget mellem Paramount og Kommissionen blev anfægtet af Canal + for Retten (Sag T-873/16). Retten stadfæstede fuldt ud beslutning om at acceptere forpligtelserne og nævnte, at fjernelse af klausulerne ikke ville undergrave investering i film, men tværtimod kunne reducere licensafgifter. Afgørelsen kan derfor ses som afslutningen på betalings-TV sagerne.



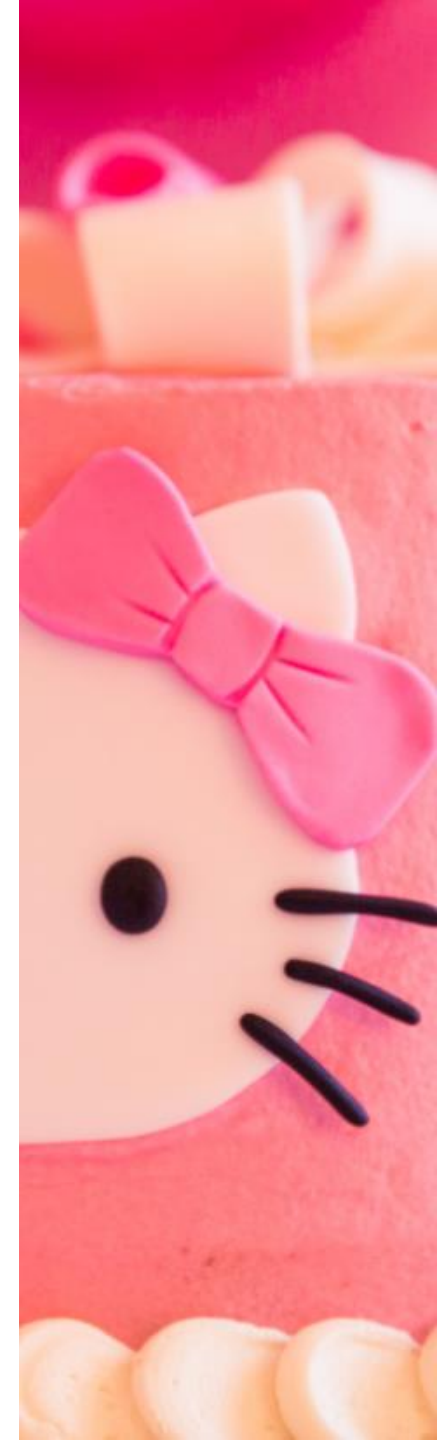
AT.40432 – Character merchandise (Hello Kitty)

Sagen kort

- Sanrio designer, licenserer, producerer og sælger produkter med den japanske kunst- og kulturstilart »kawaii« som omdrejningspunkt. Sanrio meddeler licens på brug af sine karakterer – blandt andet Hello Kitty – til andre virksomheder, der fremstiller og forhandler forskellige merchandiseprodukter.
- Kommissionen fandt, at Sanrio begrænsede aktivt og passivt grænseoverskridende salg af merchandise (både online og offline) på licens.
- Direkte begrænsninger:
 - › Forbud mod hhv. aktivt og passivt salg uden for det tildelte område
 - › Forbud mod onlinesalg uden for det tildelte område
 - › Forpligtelse til at videregive ordrer vedrørende salg uden for det tildelte område til Sanrio
- Indirekte begrænsninger: Omfattede revision og manglende forlængelse af kontrakter
- **Kommissionen konkluderede**, at den samlede og vedvarende overtrædelse har bidraget til at genetablere en opdeling i nationale markeder og kan have ført til et mindre udvalg for forbrugerne og højere priser.
 - Sanrio blev tildelt bøde på 6 220 000 EUR for overtrædelse af Art. 101, stk. 1 TEUF og EØS-aftalens Art. 53.

Sagens betydning

Kommissionen har bekræftet, at hvis en virksomhed tillader ikke-eksklusiv licensering af sine produkter i EØS, kan en sådan licensgiver ikke længere kontrollere, hvor, til hvem og på hvilken måde (online/offline) produkterne kan sælges inden for EØS.



AT.40433 – Film-merchandise

Sagen kort

- Universal videregiver blandt andet sine filmrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder på licens – herunder til de velkendte serier Minions og Jurassic World – til tredjeparter til produktion og distribution.
- Kommissionen fandt, at Universal under ikke-eksklusive licensaftaler, direkte og indirekte begrænsede sine licenstageres salg på tværs af territoriale områder og kundegrupper.
- Direkte begrænsninger:
 - › Forbud mod hhv. aktivt og passivt salg uden for det tildelte område
 - › Forbud mod onlinesalg uden for det tildelte område
 - › Underretningspligt om og forpligtelse til at betale indtægter fra salg uden for det tildelte område.
- Indirekte begrænsninger: Omfattede revision og manglende forlængelse af kontrakter
- **Kommissionen konkluderede**, at den samlede og vedvarende overtrædelse kan have ført til et mindre udvalg for forbrugerne og højere priser som en konsekvens af den begrænsede konkurrence.
 - Universal blev tildelt bøde på 14.327.000 EUR for overtrædelse af Art. 101, stk. 1 TEUF og EØS-aftalens Art. 53.



AT.40528 – Meliá (Holiday Pricing)

AT.40524 – REWE/DER, AT.40525 – TUI, AT.40526 – Thomas Cook og AT.40527 – Kuoni

Sagen kort

- › Meliá er en spansk hotelkæde, der blandt andet indgår aftaler med rejsearrangører om salg af hotelophold på Meliás ferieresortområder, navnlig i Spanien, men også flere andre steder i Europa og verden.
- › I sine standardbetingelser havde Meliá klausuler, der indebar, at aftaler om reservation af hotelværelser hos Meliá kun gjaldt i forhold til kunder, der havde bopæl i et land, som Meliá havde godkendt.
- › Meliá differentierede således mellem europæiske forbrugere på grundlag af deres bopælsland.
- › **Kommissionen konkluderede**, at en begrænsning af rejsearrangørernes evne til frit at sælge hotelophold i alle EØS-lande er i strid med konkurrencereglerne, da begrænsningen kan have ført til en opdeling af de indre marked efter nationale grænse.
- › *Meliá blev tildelt bøde på 6.678.000 EUR for overtrædelse af Art. 101, stk. 1 TEUF og EØS-aftalens Art. 53 (nedsat med 30 % på grund af Meliás samarbejde).*

Sagens betydning

- › Afgørelsen illustrerer endnu engang Kommissionens fokus på at bekæmpe ulovlige passive salgsbegrænsninger og beskytte forbrugernes økonomiske interesser.
- › Foruden hotelkæden Meliá, blev fire store rejsebureauer (REWE, TUI, Thomas Cook og Kuoni) også undersøgt i forbindelse med Holiday Pricing-sagerne, men der blev ikke fundet grundlag for at tildele bøder. Disse sager blev derfor lukket.



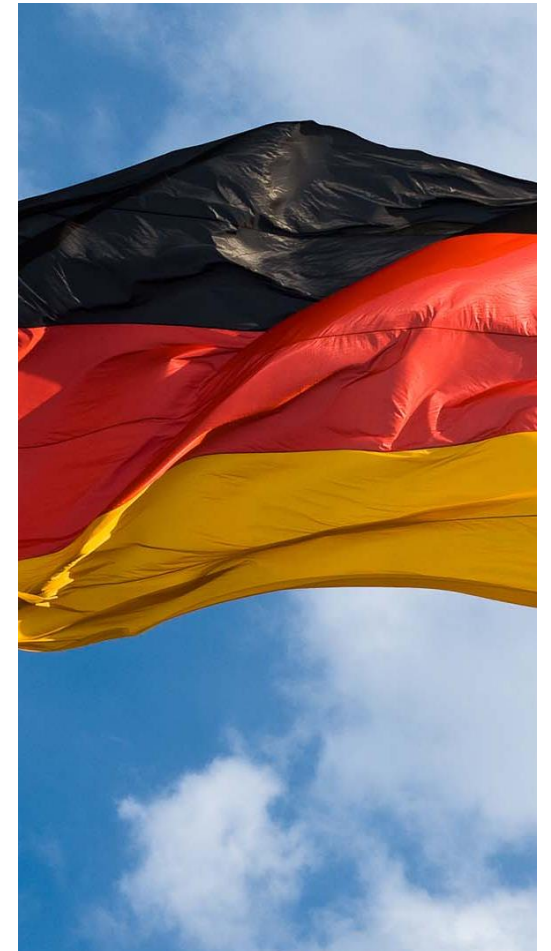
Bundeskartellamt – Intersport Digital GmbH (IDG)

- › IDG er en fælles onlineplatform, som kan benyttes af de enkelte Intersport forhandlere samlet under Intersport-navnet
- › IDG fastsætter prisen på varerne, men de enkelte forhandlere kan fastsætte, til hvilken pris de vil sælge en vare til IDG
- › Slutkunderne køber et produkt på internettet, herefter sender IDG ordren til en af Intersport-forhandlerne for videre ekspedition
- › Så snart kunden køber produktet, bliver en kontrakt mellem IDG og Intersport-forhandleren færdiggjort

Bundeskartellamts vurdering

Salgsmodellen afføder ingen konkurrenceretlige betænkeligheder:

- › *Delingen af platformen har kun minimal indvirkning på konkurrencen mellem Intersport-forhandlerne*
- › *Intersport-forhandlerne sælger kun en lille del af deres varer gennem IDG*
- › *Forhandlerne er primært aktive på markedet for fysiske butikker, som de kan drive uden restriktioner*
- › *Forhandlerne kan frit udbyde deres varer til salg på egne eller andres hjemmesider samtidigt med deres deltagelse på platformen*



”Comfort letter” til Medicines for Europe

- *Medicines for Europe* (generisk lægemiddelforening) modtog et ”comfort letter” den 8. april 2020 vedrørende et specifikt frivilligt samarbejde mellem lægemiddelproducenter:
 - Hurtig og effektiv forøgelse af produktionen og distributionen af nødvendige medicinalprodukter
 - Koordinering mellem lægemiddelproducenter i forhold til kapacitet og beholdning
 - ”Safeguards”: Åbenhed for alle, begrænset informationsudveksling, midlertidig karakter
 - → foreneligt med konkurrencereglerne
- Første eksempel på et ”comfort letter” i næsten 20 år
- Eneste offentliggjorte COVID-19-relaterede eksempel - men vil konceptet muligvis blive ”genoplivet” som redskab?



Art. 102 - Misbrug

AT.40608 – Broadcom

Sagen kort

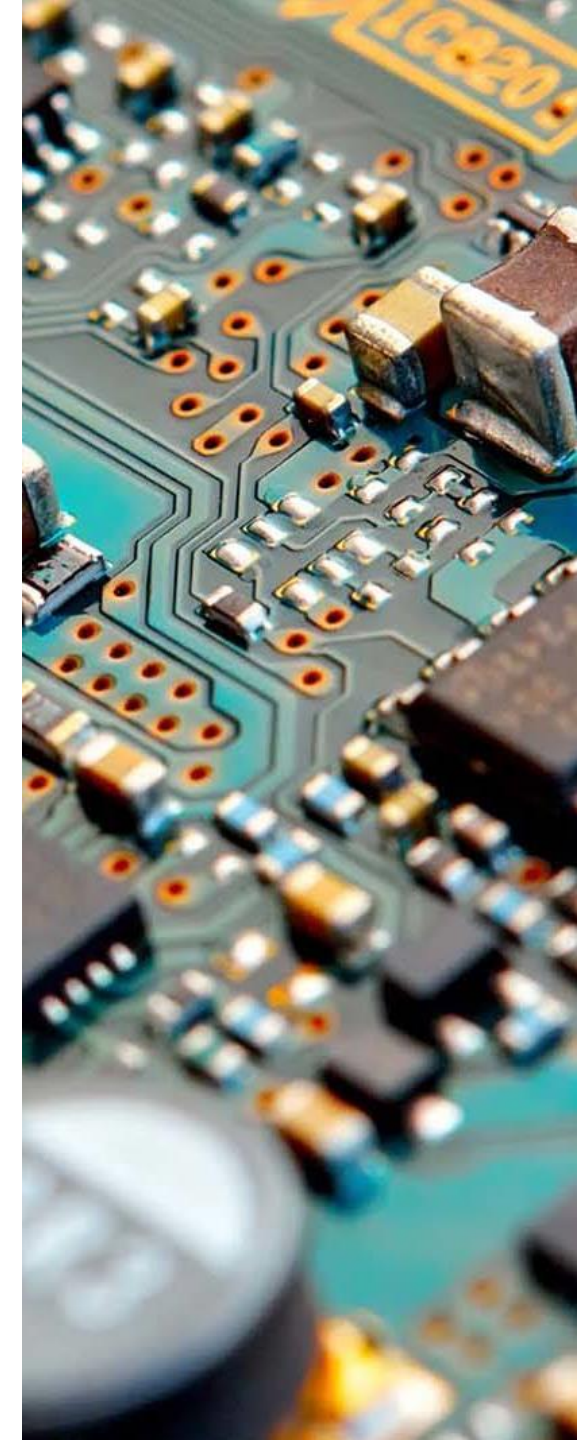
- › Broadcom er en amerikansk virksomhed, der producerer chips, som benyttes i tv-modtagerbokse og modemmer, herunder bl.a. »Systems on a Chip« (»SoC'er«) og »residential gateways« (»RG'er«).
- › Kommissionen fandt på baggrund af en undersøgelse igangsat i oktober 2018, at
 - › *Broadcom besidder en dominerede stilling på markedet*
 - › *Broadcom benytter eksklusive købsforpligtelser og eksklusivitetsskabende incitament i sine aftaler med producenter af originalt udstyr (»OEM'er«)*

Interim measures

- › Kommissionen vedtog en afgørelse om at benytte interim measures, idet Broadcom blev, gældende for tre år eller indtil endelig afgørelse, pålagt straks
 - › *at ophøre med at anvende de bestemmelser, der medførte eksklusivitet*
 - › *at afholde sig fra at lade samme bestemmelser eller bestemmelser med tilsvarende formål eller virkning indgå i eventuelle fremtidige kontrakter*
- › Selvom Broadcom ikke er enig i Kommissionens vurdering har chip-giganten tilbudt at afgive tilsagn, der bl.a. forpligter Broadcom til i en periode på fem år ikke at opretholde eller tilbyde aftaler, hvori det kræves, at en OEM dækker mere end 50 % af sit behov af relevante produkter hos Broadcom.
- › Det forventes at Kommissionen accepterer tilsagnene og erklærer dem for bindende, men interesserede parter har stadig mulighed for at fremsætte bemærkninger til tilsagnene (*markedstest*).

Sagens betydning

- › Sagen er interessant, fordi det er første gang siden 2001, at Kommissionen gør brug af interim measures



AT.40394 – Aspen

Sagen kort

- › Aspen er et globalt farmaceutisk selskab beliggende i Sydafrika, som har en række datterselskaber
- › Kommissionen iværksatte en undersøgelse af Aspens prispolitikker på medicin, som benyttes til at helbrede cancer, idet Kommissionen havde mistanke om, at Aspens priser udgjorde ***excessive pricing***

Tilsagn fra Aspen

- › D. 14 juli 2020 bekendtgjorde Kommissionen, at de behandler tilsagn fra Aspen, som indeholder følgende forpligtigelser:
- › *En reduktion af de europæiske priser på gennemsnitligt 73 %*
- › *Disse priser vil være maksimumpriser for Aspen startende allerede fra oktober 2019*
- › *Aspen garanterer for leveringen af medicin for de næste 5 år, og for en efterfølgende periode på 5 år vil de enten fortsætte med at levere medicinen, alternativt vil de give andre virksomheder autorisation til at udbyde medicinen*

Input fra tredjeparter til tilsagnene

- › Kommissionen afventer input på tilsagnene fra interesserede tredjeparter, som kan fremkomme med kommentarer indtil d. 15. september 2020



AT.40335 – Romanian gas interconnectors

Sagen kort

- › Transgaz er et statsejet selskab, der er den tekniske operatør af den nationale transmission af naturgas i Rumænien.
- › Kommissionen vurderede på baggrund af en undersøgelse, igangsat i juni 2017, at Transgaz' adfærd kan udgøre misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102, idet
 - › Transgaz besidder en dominerende stilling på markedet
 - › Transgaz anvendte en strategi, der hindrer eksport af naturgas fra Rumænien til andre medlemsstater gennem:
 - › Underinvestering eller forsinkelser i opførelsen af infrastruktur for gaseksport
 - › Sammenkoblingstariffer for naturgaseksport der gjorde eksport urentabel
 - › Chikanøse tekniske argumenter som påskud for at begrænse eller retfærdiggøre eksportrestriktioner
- › Kommissionen accepterede i marts 2020 tilsagn fra Transgaz, der bl.a. forpligter Transgaz til at garantere uafbrydelige minimumskapaciteter ved en række sammenkoblingspunkter og afstå fra på andre måder at hindre transporten.

Sagens betydning

- › Transgaz-sagen understøtter Kommissionens bestræbelser på at muliggøre fri gasstrøm til konkurrencedygtige priser og med forbedret forsyningssikkerhed på de central- og østeuropæiske gasmarkeder.



AT.39913 – LED / AT.40498, Polish Sands

Kommissioner afviser klager

AT.39913, LED

- Klageren anførte, at Philips har en dominerende stilling på markedet for LED-produkter, og at betingelserne i Philips “Patent Licensing Program” (PLP) strider imod artikel 101 og 102,
 - *I medfør af PLP skal licenshaverne blandt andet betale royalties, som ikke modsvarer værdien af patentet, ligesom priserne bliver fastsat diskriminatorisk*
 - *PLP indeholder en overdreven rapporteringsforpligtigelse*
 - *Philips har gennem deres patenter en eksklusiv ret til væsentlige opdagelser på markedet*
- Kommissionen afviste klagen, idet:
 - › *Sandsynligheden for at statuere en overtrædelse af art. 101 og/eller 102 synes begrænsede*
 - › *Ressourcerne, som Kommissionen forventer er nødvendige for at udføre en dybdegående undersøgelse af forholdene, er ikke proportionelle ift. sandsynligheden for at statuere en overtrædelse – bl.a. fordi markedsdefinitionen og beskrivelsen af Philips dominerende stilling ikke er tilstrækkelig*

AT.40498, Polish Sands

- Klage over artikel 101 og 102
- Kommissionen afviser klagen på baggrund af prioriteringssynspunkter samt det faktum, at samhandelen mellem medlemsstaterne formentlig ikke er påvirket, og selv hvis den var, måtte påvirkningen af det indre marked anses som begrænset



C-307/18 – Generics (UK) Ltd & Others v. CMA (1)

Om det relevante marked

- › *Artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at der – i en situation, hvor en producent af originale lægemidler, som indeholder et aktivt stof, der ikke længere er patentbeskyttet, men hvor fremstillingsprocessen er omfattet af et procespatent, hvis gyldighed, der er anfægtet, på dette grundlag er til hinder for, at generiske udgaver af dette lægemiddel bringes på markedet – med henblik på afgrænsningen af det relevante produktmarked skal tages hensyn ikke bare til den originale udgave af dette lægemiddel, men også til dets generiske udgaver, selv om det ikke er lovligt at bringe de generiske udgaver på markedet, før det nævnte procespatent er udløbet, såfremt de pågældende producenter af generiske lægemidler er i stand til at trænge ind på det pågældende marked med kort varsel og med tilstrækkelig styrke til at udgøre en alvorlig modvægt til den originalmedicinproducent, der allerede befinder sig på markedet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.*

C-307/18 – Generics (UK) Ltd & Others v. CMA (2)

Om misbrug

- › *Artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at en strategi, der følges af en dominerende virksomhed, som er indehaver af et procespatent for fremstillingen af et aktivt stof, der ikke længere er patentbeskyttet, og hvorefter denne virksomhed enten i forebyggende øjemed eller efter anlæggelse af retssager til prøvelse af det nævnte patents gyldighed indgår en række forligsaftaler, som i hvert fald bevirker, at potentielle konkurrenter, der fremstiller generiske lægemidler ved anvendelse af dette aktive stof, midlertidigt holdes uden for markedet, udgør et misbrug af dominerende stilling i denne artikels forstand, eftersom den nævnte strategi er egnet til at begrænse konkurrencen og navnlig have udelukkelsesvirkninger, som overstiger de konkurrencebegrænsende virkninger, der er forbundet med indgåelsen af de enkelte forligsaftaler i denne strategi, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.*
- › *Denne hensyntagen, bl.a. til effektivitetsgevinsterne ved den pågældende praksis, kan således ikke afhænge af de formål, som den virksomhed, der anvender denne praksis, måtte forfølge, og dermed af spørgsmålet om, hvorvidt den skyldes en bevidst vilje eller tværtimod kun er af tilfældig eller utilsigtet karakter.*

Fusioner

M.9744 - MasterCard / NETS

Sagen kort

- Mastercard vil overtage Nets' "konto til konto"-betalingsservice
- KFST henviser sagen til Kommissionen, da de vurderer, at fusionen kan påvirke konkurrencen i Danmark og i andre EU-lande, ligesom den kan påvirke samhandlen mellem EU-medlemsstaterne
- Kommissionens fandt (ligesom KFST), at fusionen ville kunne hæmme konkurrencen inden for konto-til-konto infrastrukturtjenester

Godkendt med tilsagn

- For at imødekomme Kommissionens konkurrencemæssige bekymringer, tilbød Mastercard og Nets at overdrage en global licens til at distribuere, levere, sælge, udvikle, ændre og opgradere til en passende køber eller på anden vis anvende Nets "Realtime 24/7"-teknologi, idet:
 - › Køberen vil have adgang til den overførte teknologi på eksklusivt grundlag i EØS og uden eksklusivitet uden for EØS
 - › Overdragelsen omfatter alt nødvendigt personale og alle nødvendige tjenester som fx rådgivningstjenester og overgangsstøttetjenester, herunder adgang til alle nødvendige komponenter og al nødvendig kapacitet
- De foreslåede forpligtigelser tackler fuldt ud de konkurrencemæssige problemer, som Kommissionen påpegede, derfor konkluderede Kommissionen, at den planlagte fusion som ændret ikke længere giver anledning til konkurrencemæssige problemer i EØS.



M.8713 - Tata Steel / ThyssenKrupp

Sagen kort

- › Tata Steel er et indisk globalt selskab med aktiviteter indenfor stål byggebranchen
- › ThyssenKrupp er et tysk selskab med aktiviteter inden for industriteknik og stålproduktion
- › Parterne ønskede at samle deres europæiske stålaktiviteter i et joint venture, men det forbød Kommissionen

Tidslinje

25/9-2018 Fusionen anmeldes	30/10-2018 Fusionen overgår til fase 2 behandling	13/9-2018 Fase 2 behandlingen forlænges med 5 dage	fase 2 behandlingen suspenderes fra 30/9-18 til 9/1-19	15/2-19 Kommissionen offentliggør klagepunkts- meddelelse	19/3-2019 Fase 2 behandlingen forlænges med 8 dage	1/4-2019 Parterne foreslår tilsagn	25/4-2019 Fase 2 behandlingen forlænges med 7 dage
--	--	---	--	--	---	--	---

Kommissionens afvisning

Fusionen affødte konkurrenceretlige bekymringer for Kommissionen, idet de frygtede, at fusionen ville medvirke til et fald i udbud og en stigning i pris, idet:

- › *Fusionen ville skabe en markedsleder på markedet for metalbelagte og laminerede produkter*
- › *Fusionen ville have elimineret en vigtig aktør på markedet for varmgalvaniserede stålprodukter til biler, hvor der i forvejen kun er få aktører*
- › *Aftagere af produkter ville ikke i tilstrækkeligt omfang kunne importere varerne fra tredjelande for at kunne imødekomme eventuelle prisstigninger*

De foreslåede tilsagn var ikke tilstrækkelige til at afbøde Kommissionens konkurrenceretlige betænkeligheder

Agenda:

Fusionskontrolretlige formalitetssager

- › T-399/16 - *CK Telecoms mod Kommissionen*
- › M.8436 - *General Electric / LM Wind Power*
- › M.8179 - *Canon / Toshiba*
- › C-10/18 P - *Marine Harvest mod Kommissionen*



T-399/16 - CK Telecoms mod Kommissionen (1/4)

Baggrund

- Horizontal "4:3"-fusion mellem mobilnetværksoperatører i Storbritannien
- CK Hutchison Holdings Ltd skulle (gennem sit datterselskab Hutchison 3G UK Investments Ltd, nu CK Telecoms UK Investments Ltd, "Three") købe Telefónica Europe Plc ("O2")
- Ville skabe markedets største spiller med en markedsandel på 30-40 %
- Sagen gik i fase 2, og undervejs blev en referral request fra Storbritannien afvist

Europa-Kommissionens forbud (11. maj 2016)

- Tre skadestudier vedrørende ikke-koordinerende virkninger på et oligopolistisk marked:
 - *Forringet konkurrence (4:3) → prisforhøjelser og forringende valgmuligheder på retailmarkedet*
 - *Netværksdelingssamarbejder på markedet → forringet kvalitet og udvikling på retailmarkedet*
 - *Forringet konkurrence (4:3 + Three som "important competitive force" + fjernelsen af parternes historiske væsentlige konkurrencepres udøvet mod hinanden / "closeness of competition") → forringet konkurrence på wholesale-markedet*
- Forbuddet baserede sig på en UPP-analyse (GUPPI) og en økonomisk fusionssimulering:
 - *Viste en forventet prisstigning på gennemsnitligt 5,7 %*
 - *Der blev ikke taget hensyn til effektivitetsgevinster, idet det blev fundet, at disse hverken var verificerbare, fusionsspecifikke, og til gavn for forbrugerne*
 - *Der blev heller ikke taget højde for "repositioning and entry"*
- De tilbudte tilsagn blev ikke accepteret



T-399/16 - CK Telecoms mod Kommissionen (2/4)

Rettens dom (28. maj 2020)

- Den første EU-retlige prøvelse af ikke-koordinerende virkninger i et oligopolistisk fusion
- **Generel udtalelse om bevisbyrdespørgsmålet (præmis 118):**
 - *“In the context of an analysis of a significant impediment to effective competition the existence of which is inferred from a body of evidence and indicia, and which is based on several theories of harm, the Commission is required to produce sufficient evidence to demonstrate with a strong probability the existence of significant impediments following the concentration. Thus, the standard of proof applicable in the present case is therefore stricter than that under which a significant impediment to effective competition is ‘more likely than not’, on the basis of a ‘balance of probabilities’, as the Commission maintains. By contrast, it is less strict than a standard of proof based on ‘being beyond all reasonable doubt [...].”*
- **Spørgsmålet om ”important competitive force” (præmis 174):**
 - *“It follows that the Commission made an error of law and an error of assessment in recital 326 of the contested decision, in finding that an ‘important competitive force’ does not need to stand out from its competitors in terms of impact on competition, particularly in so far as such a position would allow it to treat as an ‘important competitive force’ any undertaking in an oligopolistic market exerting competitive pressure.”*
 - Three indtog ingen sådan særlig ”maverick”-rolle



T-399/16 - CK Telecoms mod Kommissionen (3/4)

Rettens dom (28. maj 2020)

- **Spørgsmålet om "closeness of competition" (præmis 241):**
 - "Second, the Court notes that the concept of a 'close competitor' in the Guidelines allows account to be taken of the fact that rivalry between the merging parties is an important source of competition on the market, and may therefore be a central factor in the analysis, as is apparent from paragraph 28 of the Guidelines. Furthermore, it should be borne in mind that the applicability of Article 2(3) of Regulation No 139/2004, read in the light of recital 25 of that regulation, requires the elimination 'of important competitive constraints that the merging parties had exerted upon each other', which constitutes the most direct unilateral effect of a concentration on an oligopolistic market, as the Commission rightly pointed out before the General Court."
 - Alle fire aktører var således "lige tætte" konkurrenter over en bred kam, men Three og O2 var særligt tætte på visse segmenter
- **Spørgsmålet om UPP-analysen og effektivitetsgevinster (præmis 275 og 279):**
 - "Without there being any need to require the Commission to adopt a 'de minimis' rule or 'safe harbour' on price increases in the context of demonstrating the possible anticompetitive effects of a concentration, the Commission must, in any event, establish that increase with a sufficiently high degree of probability. When it decides to use quantitative analyses, such as those in Annex A to the contested decision, for that purpose, it must take into account all the relevant factors which may affect the price level."
 - "The Commission thus confuses two types of efficiencies, namely those referred to in Section VII of the Guidelines and those specific to each concentration. Efficiencies within the meaning of the Guidelines must be taken into account in the overall competitive appraisal of the concentration, in order to ascertain whether they are likely to counteract the restrictive effects of the concentration. However, the category of efficiencies at issue in the present case is merely a component of a quantitative model designed to establish whether a concentration is capable of producing such restrictive effects. It is therefore an evidential matter relating to the existence of restrictive effects which arises prior to the overall competitive appraisal as provided for in paragraph 76 of the Guidelines."
 - Europa-Kommissionen havde ikke indregnet effektivitetsgevinsterne i UPP-analysen
 - De beregnede prisstigninger var lavere end tidligere sammenlignelige "4:3"-fusioner



T-399/16 - *CK Telecoms mod Kommissionen* (4/4)

Key take-aways

- Ingen *de minimis*-tærskel for prisstigninger...
 - ... men: Fusionsspecifikke effektivitetsgevinster skal indregnes i en *UPP*-analyse, mens generelle effektivitetsgevinster (efterfølgende) skal indgå i den overordnede vurdering af fusionen
 - Guidance på, hvad der er "*significant*" i en *SIEC*-kontekst? Næppe, men analyser fra sammenlignelige transaktioner skal tages i betragtning
- Mulig lettet adgang til at angive effektivitetsgevinster - i hvert fald skal de medtages i konkurrencemyndighedernes eventuelle økonomiske analyser, herunder eventuelle indikationer på prisreduktioner
- Ingen automatisk formodning for konkurrenceskadelige virkninger / prisstigninger uden for en konkret stillingtagen til konteksten af fusionen, herunder særligt eventuelle effektivitetsgevinster

Europa-Kommissionens appel (7. august 2020)

- C-376/20 P - oversigt over anbringenderne er endnu ikke offentliggjort



M.8436 - *General Electric / LM Wind Power*

Baggrund

- General Electric Company (GE) indgik aftale om at erhverve LM Wind Power Holding (LM Wind) for € 1,5. mia.
- Fusionen blev anmeldt til Europa-Kommissionen, men efterfølgende tilbagetrukket og anmeldt på ny
- Europa-Kommissionen godkendte den 20. marts 2017 fusionen uden tilsagn efter en fase 1-behandling

Europa-Kommissionens afgørelse (8. april 2019) - urigtige oplysninger i anmeldelsen

- GE markedsførte én havvindmølle med en generatoreffekt på 6 megawatt
- GE oplyste i den oprindelige anmeldelse og ved tilhørende RFIs, at de ikke var i færd med at udvikle andre højeffekts-vindmøller
- Europa-Kommissionen fik efterfølgende oplyst af tredjepart, at GE aktivt tilbød sine kunder en 12 megawatt-vindmølle (som skulle udvikles og markedsføres under det såkaldte *Project Vera*)
- I forlængelse heraf trak GE den oprindelige anmeldelse tilbage - og inkluderede i den nye anmeldelse oplysninger om *Project Vera*
- GE havde derfor afgivet urigtige oplysninger ved ikke at have oplyst om *Project Vera*
- De urigtige oplysninger havde influeret vurderingen af fusionen og vurderingen af fusionen mellem *Siemens* og *Gamesa* (som blev godkendt), som blev undersøgt i samme tidsrum

Bøde

- GE blev pålagt en bøde på € 52 mio.



M.8179 - Canon / Toshiba

Baggrund

- Canon anmeldte sit opkøb af Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC)
- Parterne havde aftalt et *warehousing*-setup, hvor en midlertidig køber erhvervede 95 % af TMSC, mens Canon erhvervede 5 % samt en aktieoption på de resterende 95 %
- Europa-Kommissionen godkendte fusionen, hvorefter Canon udnyttede sin aktieoption og erhvervede den resterende del af TMSC

Europa-Kommissionens afgørelse (27. juni 2019) - manglende anmeldelse og *gun-jumping*

- Det to-trins *warehousing*-setup måtte anses som én samlet transaktion, og kontrolskiftet indtrådte allerede ved den første transaktion
 - Der blev lagt vægt på **(i)** formålet med den første transaktion, **(ii)** formålet med selve etableringen af den midlertidige køber, **(iii)** Canons indflydelse på TMSC i *warehousing*-perioden, **(iv)** Canons risiko ved den første transaktion, og **(v)** at Canon havde betalt den fulde købesum for optionen
- Canon havde derfor ved *warehousing*-setup'et reelt erhvervet TMSC inden fusionsgodkendelsen forelå, jf. *Jurisdiktionsmeddelelsens* pkt. 35
- Canon havde derved hverken overholdt anmeldelsespligten eller præimplementeringsforbuddet

Bøder

- Canon blev pålagt to bøder på hver € 14 mio.

Canons appel (9. september 2019)

- T-609/19 - anbringenderne vedrører både formaliteten og substansen - Retten har afvist at lade Toshiba intervenere



C-10/18 P - *Marine Harvest mod Kommissionen* (1/2)

Baggrund

- Marine Harvest ASA (nu Mowi) erhvervede 48,5 % af Morpol ASA
- Efter opkøbet annoncerede Marine Harvest, at man ville afgive et offentligt overtagelsestilbud på de resterende aktier i Morpol - dette blev gennemført (ad to omgange)
- Selvom tærskelværdierne var opfyldt, anmeldte Marine Harvest ikke det første opkøb til Europa-Kommissionen, idet man forlod sig på *Fusionskontrollforordningens* artikel 7, stk. 2 (undtagelsen om offentlige overtagelsestilbud)
- Marine Harvest anmeldte opkøbet til slut i forløbet og forpligtede sig til ikke at udnytte sine stemmerettigheder, førend godkendelsen forelå
- Europa-Kommissionen godkendte fusionen med tilsagn

Europa-Kommissionens afgørelse (23. juli 2014) - bøder

- Europa-Kommissionen pålagde Marine Harvest **(i)** en bøde på € 10 mio. for ikke at have anmeldt fusionen, og **(ii)** yderligere en bøde på € 10 mio. for at have overtrådt præimplementeringsforbuddet
- Dette til trods for, at Marine Harvest havde notificeret Europa-Kommissionen om det første opkøb, men blot undladt at indgive en reel fusionsanmeldelse
- Europa-Kommissionen fandt, at undtagelsesreglen i *Fusionskontrollforordningens* artikel 7, stk. 2 ikke fandt anvendelse, idet kontrolskiftet var indtruffet allerede ved den første transaktions gennemførelse



C-10/18 P - *Marine Harvest mod Kommissionen* (2/2)

Rettens dom (26. oktober 2017)

- Marine Harvest appellerede Europa-Kommissionens afgørelse til Retten
- Retten tog ikke Marine Harvest's påstand om annullation til følge

EU-Domstolens dom (4. marts 2020)

- Marine Harvest gjorde to hovedanbringender gældende:
 - Rettens fejlfortolkede *Fusionskontrolforordningens* artikel 7, stk. 2 i kontekst af situationen
 - Retten havde forbrudt sig mod forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (*ne bis in idem*) ved at pålægge to separate bøder for **(i)** ikke at have anmeldt fusionen, og **(ii)** ikke at have overholdt præimplementeringsforbuddet
- EU-Domstolen fandt, at:
 - Der var indtrådt et kontrolskifte allerede ved gennemførelsen af den første erhvervelse, og undtagelsen i *Fusionskontrolforordningens* artikel 7, stk. 2 fandt derfor ikke anvendelse
 - Det gjorde i denne henseende ingen forskel, hvorvidt rækken af transaktioner var sammenhængende
 - Princippet om *ne bis in idem* var ikke overførbart til denne sag, da bøderne var pålagt af den samme myndighed i én afgørelse
 - Anmeldelsesforpligtelsen er en positiv forpligtelse, mens præimplementeringsforbuddet er en negativ forpligtelse

Key take-aways

- Både *Fusionskontrolforordningens* artikel 4, stk. 1 og 7, stk. 1 kan overtrædes, hvis der præimplementeres forud for anmeldelse
- Kun *Fusionskontrolforordningens* artikel 7, stk. 1 kan overtrædes, hvis der præimplementeres efter anmeldelse, men før godkendelse



Erstatningssager

C-637/17 – Cogeco Communications

Sagen kort

- Den 14. juni 2013 fastslog den portugisiske konkurrencemyndighed på baggrund af en klage fra Cabovisao, at Sport TV Portugal havde overtrådt artikel 102 og nationale konkurrenceregler i Portugal ved at kræve diskriminerende priser på markedet for premium TV-sportskanaler.
- En appel fastslog, at kun de nationale konkurrenceregler var overtrådt – og således ikke art. 102 – fordi der ikke forelå samhandelspåvirkning
- Den 27. februar 2015 anlagde Cogeco Communicaions (som er aktionær i et portugisisk TV-selskabet, Cabovisao) sag med påstand om erstatning som følge af misbrug af dominerende stilling, idet de to selskaber i 2008 havde indgået en distributionsaftale vedrørende en TV-kanal
- TV Sport Portugal gjorde forældelse gældende, idet der i portugisisk ret for så vidt angår deliktskrav er **et forældelsesfrist på 3 år, som løber fra det tidspunkt, hvor skadelidte fik kendskab til sin ret**
 - *Hvilket ifølge sagsøgte var enten: i) i 2008, da aftalen blev indgået, ii) i 2009 da de indgav klagen til myndighederne, iii) i 2011 da den konkurrencebegrænsende adfærd ophørte, eller ii) i 2012 da Cogeco solgte Cabovisao*
- Cogeco gjorde gældende, at forældelsesfristen først løber fra den dato, hvor konkurrencemyndighederne traf sin afgørelse – dvs. d. 14. juni 2013, idet der før dette tidspunkt alene forelå en mistanke om konkurrencebegrænsende adfærd.



C-637/17 – Cogeco Communications (*fortsat*)

EU-Domstolens præjudicielle afgørelse

- Nationale bestemmelser, der fastsætter den dato, hvorfra forældelsesfristen begynder at løbe, varigheden og reglerne for suspension eller afbrydelse af fristen, skal være tilpasset konkurrencerettens særlige karakter, således at den fulde virkning af art. 102 ikke undermineres.
- Korte forældelsesfrister, som begynder at løbe før den person, der har lidt skade ved en overtrædelse af EU-konkurrenceretten, kan få kendskab til, hvem der har begået overtrædelsen, kan gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve retten til erstatning
- Korte forældelsesfrister, som ikke kan suspenderes eller afbrydes i en sagsbehandlingsperiode, hvori nationale konkurrencemyndigheder træffer afgørelse, kan ligeledes gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve retten til erstatning
- Frister – som dem i den konkrete sag – er således i strid med effektivitetsprincippet



C-435/18, Otis Gesellschaft and Others

Sagen kort

- I 2007 pålagde Kommissionen elevatorfabrikanterne Kone, Otis, Schindler og ThyssenKrupp en bøde på 992 mio. € for at have deltaget i et kartel
- I perioden hvor kartellet var aktivt, havde delstaten Øvre Østrig ydet direkte og indirekte subsidier til boligprojekter i form af støttelån op til en vis procentdel af byggeomkostningerne
- Fordi priserne på elevatorerne var højere, end de ville have været, såfremt kartellet ikke havde eksisteret, rettede delstaten et erstatningskrav mod Otis, Schindler, Kone og ThyssenKrupp. Kravet omfattede
- Retten i Østrig afviste kravet, idet reglerne for erstatning som følge af overtrædelse af konkurrenceretten kun omfattede virksomheder aktive på det pågældende marked.
- › *Selvom delstatens statsstøtte kunne influere markedet, kunne delstaten ikke anses som værende aktiv på markedet*
- Afgørelsen blev appelleret, hvorefter den af den østrigske appeldomstol blev ændret med den begrundelse, at regelsættet også beskytter de finansielle interesser hos virksomheder, som er indirekte aktive på markedet
- Afgørelsen blev af elevatorfabrikanterne anket til den østrigske højesteret, som henviste sagen til EU-Domstolen for at få besvaret præjudicielle spørgsmål
- › *Den østrigske højesteret ønskede at få fastlagt, om art. 101 skulle fortolkes således, at det er muligt for virksomheder, der ikke er aktive på markedet som udbyder eller aftager men som har ydet et lån til en, som er aktiv på det pågældende marked, at få erstatning fra deltagerne i et kartel*



C-435/18, Otis Gesellschaft and Others (fortsat)

Sagen for Domstolen

- **Domstolen slog fast, at enhver skade, som har årsagsforbindelse til en overtrædelse af artikel 101, skal kunne give anledning til erstatning, idet**
 - › Artikel 101 skaber umiddelbare virkninger i forholdet mellem private og fremkalder rettigheder for borgerne, som de nationale retsinstanser skal beskytte
 - › Den fulde effektive virkning af artikel 101 og navnlig den fulde virkning af forbuddet i stk. 1. vil blive bragt i fare, såfremt det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen
 - › Enhver har ret til at kræve erstatning for den påførte skade, når der er årsagsforbindelse mellem den nævnte skade og en aftale eller en praksis, som er forbudt i henhold til artikel 101
 - › Retten til at kræve erstatning forøger virkningen af EU's konkurrenceregler og er egnet til at hindre konkurrencebegrænsende adfærd – derfor må nationale regler ikke skade den effektive anvendelse af denne bestemmelse
- Det er således muligt for delstaten at få erstatning for tabet, såfremt den forelæggende ret finder, at delstaten konkret er blevet påført et tab, og der er årsagsforbindelse mellem dette tab og kartellet

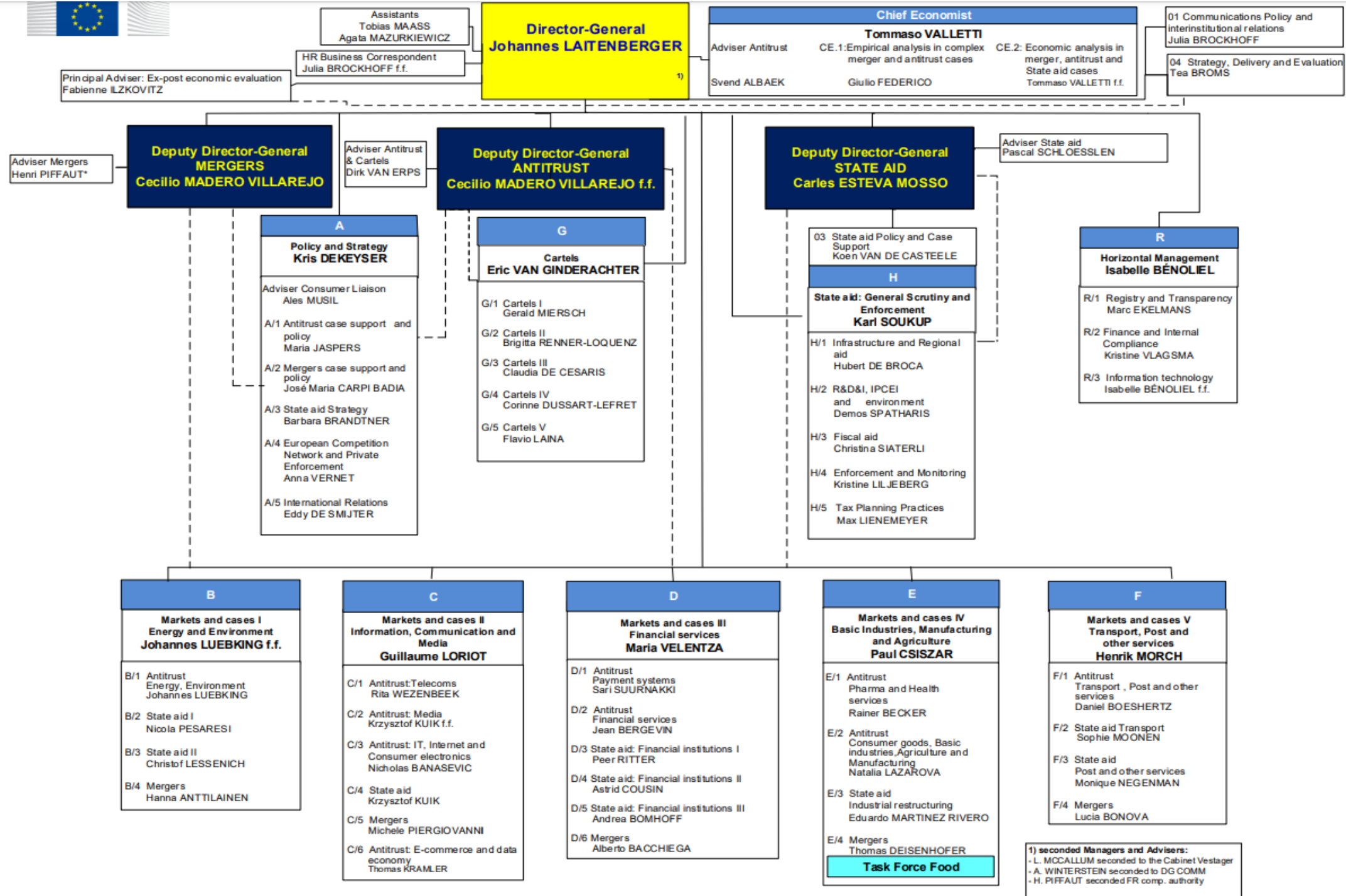


Et kig i krystalkuglen

Et kig i krystalkuglen

- › **Ny regulering**
 - › Meddelelsen om definitionen af det relevante marked
 - › Den vertikale gruppefritagelsesforordning med tilhørende Retningslinjer
- › **Sager**
 - › Kommissionen v/ CK Telecoms (Anke til ECJ af Three UK's 2016-fusion med O2)
 - › Kommissionen v/ Apple, v/ Amazon, v/ ["The rest of the established players"]
- › **Brexit / CMA**





Kontakt



Morten Kofmann
Partner – København

(+45) 38 77 43 35
(+45) 24 86 00 40

mko@kromannreumert.com



Bart Creve
Partner – København

(+45) 38 77 45 47
(+45) 61 61 30 27

bcr@kromannreumert.com



Sonny Gaarslev
Advokat, HD(O) – København

(+45) 38 77 43 62
(+45) 20 19 74 48

sgs@kromannreumert.com



Mette Ladewig
Studertermedhjælper

*Anmodninger om kursusbeviser
sendes til Mette Ladewig

mela@kromannreumert.com