

DANSK FORENING FOR EUROPARET: EU-KONKURRENCERETEN SIDEN SIDST

1. Juni 2015

Morten Kofmann og Bart Creve

AGENDA

1. Overblik
 - › Reguleringsoversigt
 - › Sagsoversigt
 - › Sanktioner
2. Kommissionens undersøgelsesbeføjelser
3. Art. 101: Kartelsager / Andre sager
 - › Formål eller følge
 - › Distribution
 - › Karteller
4. Art. 102: Misbrug af dominerende stilling
5. Fusionskontrol
6. “Hvad skal vi forvente af det kommende år?”

OVERBLIK

REGULERING – 1. APRIL 2014 – 31. MAJ 2015

Artikel 101

- › Ny *de minimis* meddelelse (tilpasning til *Expedia*-dommen i Sag C-226/11)
- › Vejledning om overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål (25. juni 2014)
- › Forlængelse af gruppefritagelsesforordningen for linjerederier (24. juni 2014)
- › Høring om revidering af gruppefritagelsesforordningen på forsikringsområdet (efteråret 2014)

Fusionskontrol

- › Høring om revision af fusionsforordningen: "En mere effektiv fusionskontrol i EU"

Generelt

- › Erstatningsdirektivet
(Vedtaget den 26. november 2014 med implementeringsfrist 27. december 2016)



KOMMISSIONSAFGØRELSE

KROMANN
REIMERT

Art. 101 - Karteller	Art. 101 - Øvrigt	Art. 102	Fusioner*
• Yen interest rate derivatives (YIRD) • Paper envelopes • Swiss Franc interest rate derivatives • Smart Card Chips • Mushrooms • Euro Interest Rate Derivatives • Steel abrasives • Power cables	• Skyteam (tilsagn) • Irish Distillers • UEFA Financial Fair Play Rules • Refusal to provide payment services (Datacell) • Perindopril (Servier)	• Irish Distillers • UEFA Financial Fair Play Rules • Slovak Telekom • Refusal to provide payment services (Datacell) • Perindopril (Servier) • Motorola - GPRS standard essential patents • Samsung - UMTS standard essential patents	• M.7499 - Altice / PT Portugal • M.7449 - SNCF/ Eurostar International • M.7420 - ZF / TRW • M.7387 - BP / Statoil Fuelland Retail Aviation • M.7379 - MYLAN / ABBOTT EPD-DM • M.7353 - Airbus / Safran/ JV • M.7337 – IMS Health / Cegedim Business • M.7333 - Alitalia / Etihad • M.7326 – Medtronic/Covidien • M.7276 - Glaxosmithkline/ Novartis Vaccines Business (Excl. Influenza) / Novartis Consumer Health Business • M.7275 - Novartis / Glaxosmithkline Oncology Business • M.7268 - CSAV / HGV / Kühne Maritime/ Hapag-LLOYD AG • M.7252 - Holcom/ Lafarge • M.7220 – Chiquita Brands International/ Fyffes • M.7174 – Federal-Mogul Corporation/ Honeywell Friction Materials • M.7155 – SSAB / Rautaruukki • M.7115 - Kuraray/ GLSV Business • M.7292 - DEMB / Mondelez/ Charger OPCO • M.7421 – Orange/ Jazztel • M.7265 - Zimmer/Biomet • M.7194 – Liberty Global/ Corello/ W&W / De Vijver Media • M.7061 – Huntsman Corporation/ Equity Interests Held By Rockwood Holdings • M.7018 – Telefonica Deutschland/ E-Plus • M.7000 Liberty Global/ Ziggo • M.6992 – Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland • M.6905 - INEOS / Solvay/ JV

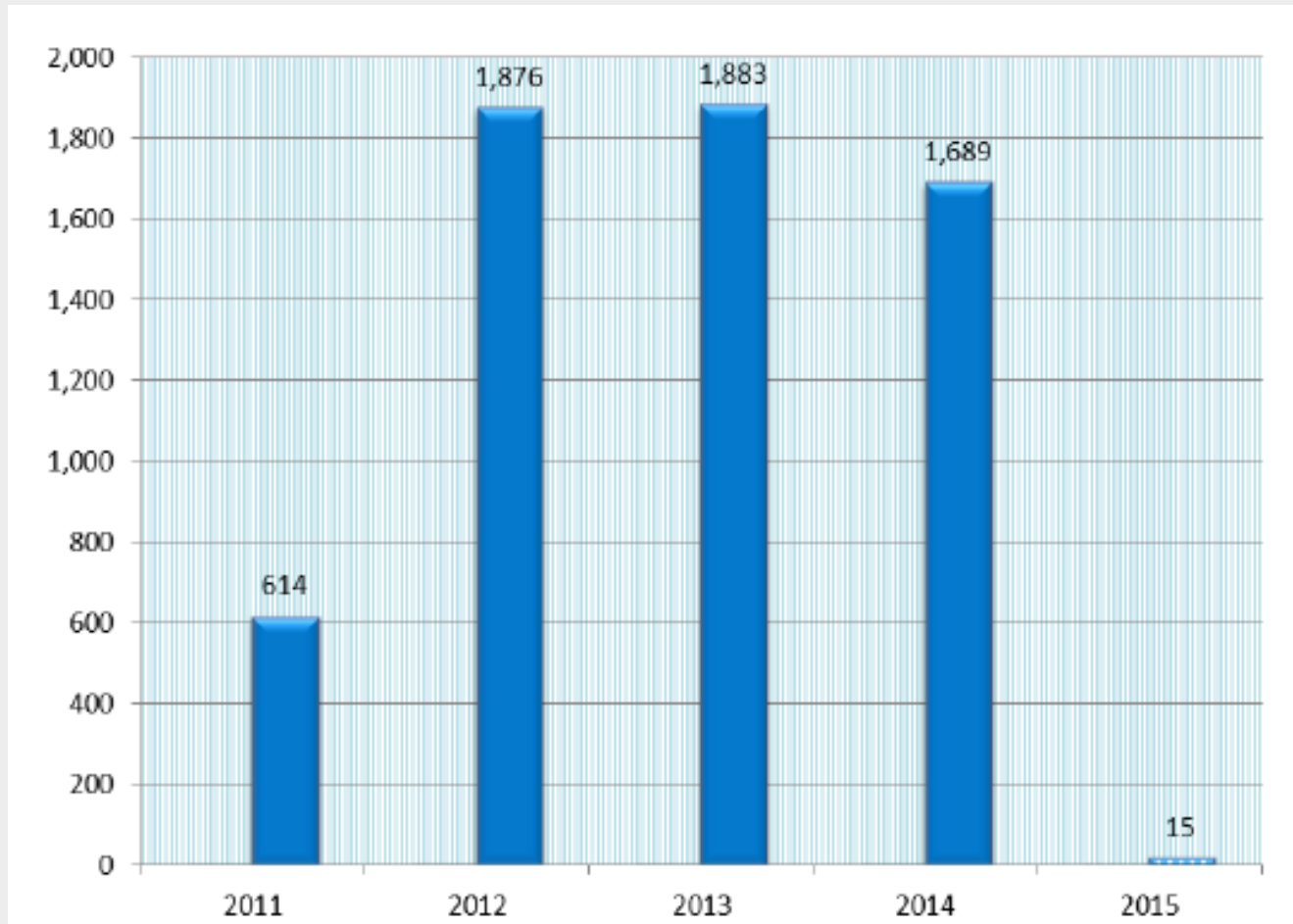
AFGØRELSE FRA RETTEN OG DOMSTOLEN

Art. 101 - Karteller	Art. 101 - Øvrigt	Art. 102	Fusioner
- Banana - Window fitting - Polychloropene - Marine Hose - Car glass - Paraffin-wax - Italian steelmaker - Power transformer - Pre-stressing steel - Flat Glass - Wax - Industrial Bags (herunder FLSmidth) - Italian Tobacco - Calcium Carbide - Heat Stabilizers - Gas insulated switchgear - Zipper - Carbonless paper	- C-384/13 - GALP - C-382/12 – Mastercard - C-67/13 – Groupes Cartes Bancaires - T-90/11 - ONP m.fl.	- T-355/13 Easyjet Airline - T-201/11 SI.Mobil - C-553/12 P – DEI - T-286/09 – Intel	- T-175/12 – Deutsche Börse - C-84/13 – Electrabel - T-279/04 DEP , T-452/04 DEP, T-471/11 - Éditions Odile Jacob mod Kommissionen

KOMMISSIONSAFGØRELSER – KARTELLER

1. april 2014 til 1. juni 2015				
Produkt	Virksomheder	Straflempelse*	Periode	Bøde
Power cables	11	2	10 år	302 mio. €
Ball bearings	6	5	7 år	953 mio. €
Abrasive	4	2	2 år	138 mio. €
Mushrooms	3	2	1 år	32 mio. €
Paper envelopes	5	4	5 år	19,5 mio. €
Swiss Franc interest rate derivatives (Bid Ask Spread)	4	3	5 md	32,3 mio. €
Swiss Franc Interest Rate Derivatives (CHF LIBOR)	2	2	1 år	61,7 mio. €
Smartcard-chips	4	2	2 år	138 mio. €

UDVIKLING – BØDENIVEAU I KARTELSAGER



KOMMISSIONENS UNDERSØGELSES- BEFØJELSER

KONTROLBESØG – NEXANS

SAG C-37/13 P (NEXANS M.FL. MOD KOMMISSIONEN)

I Sag T-135/09:

- Nexans bestrider den produktmæssige og geografiske rækkevidde af Kommissionens kontrolundersøgelse, fordi Kommissionen er for upræcis
- Retten giver Nexans medhold iht. det produktmæssige, dog ikke iht. det geografiske

EU-Domstolen:

- Retten har tilstrækkeligt begrundet sin afvisning af Nexans' argumenter vedrørende den geografiske rækkevidde af undersøgelsen (Kommissionen har lov til at indsamle materiale vedr. ikke-EU markeder, når der er en formodning om et verdensomspændende kartel)



KONTROLBESØG – ENERGETICKÝ

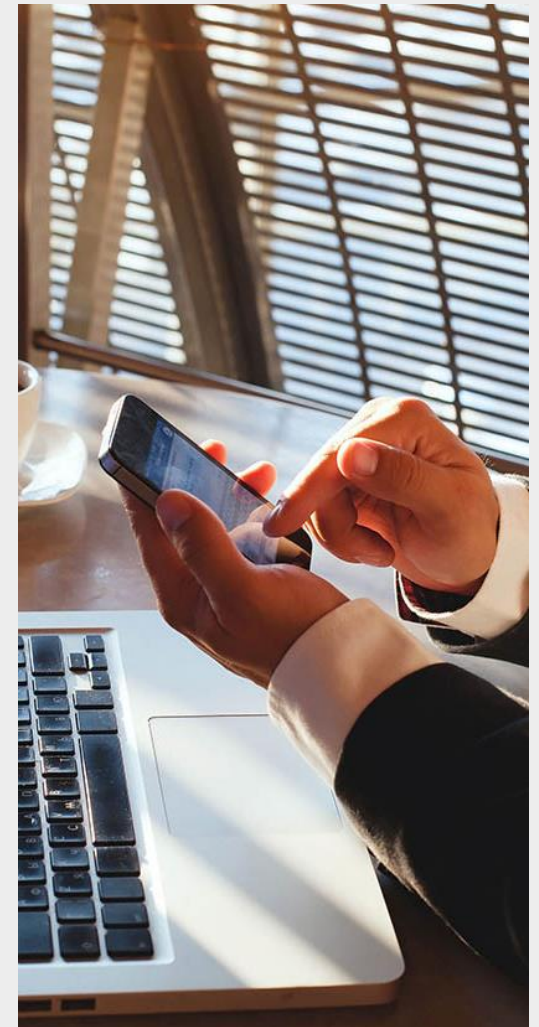
SAG T-272/12 (ENERGETICKÝ M.FL. MOD KOMMISSIONEN)

Kontrolbesøg hos tjekkisk energiselskab, der bruger ekstern IT-leverandør:

- Spærring af 4 mailkonti samt ny adgangskode til Kommissionen
MEN IT-afdeling giver ny adgangskode til 1 medarbejder og omdirigerer indgående mailtrafik til server i stedet for de spærrede mailkonti

Retten frifinder Kommissionen:

- Det er virksomhedens ansvar at få oplyst reglerne til ansatte og eksterne IT-leverandører
- Det gør ingen forskel, at de pågældende dokumenter kunne findes et andet sted.

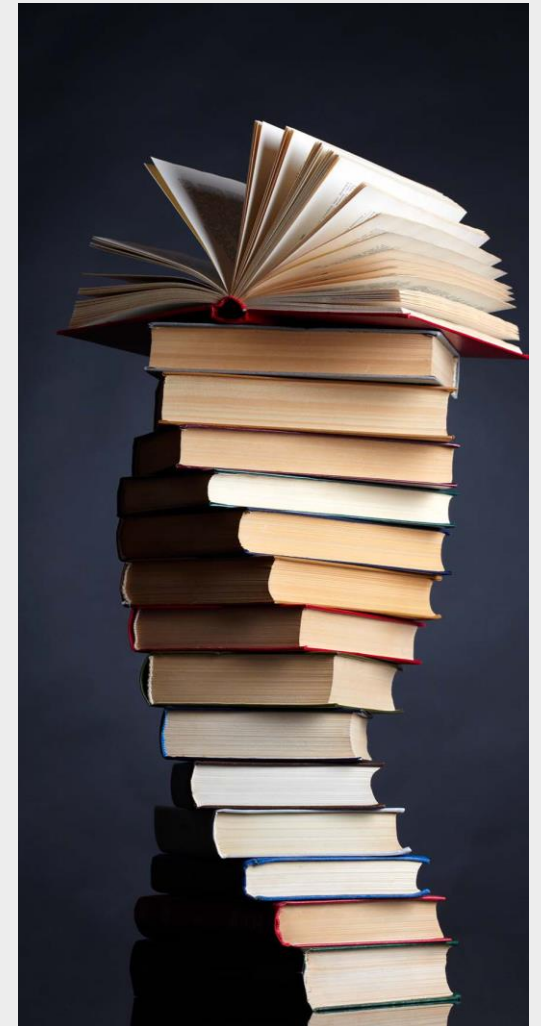


ART. 101 – FORMÅL ELLER FØLGE

ARTIKEL 101(1) TEUF

*"Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har **til formål eller til følge** at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt."*

Fast retspraksis (f.eks. GSK-dommen): "Når det fastslås, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det således ikke nødvendigt at undersøge dens virkninger på konkurrencen"

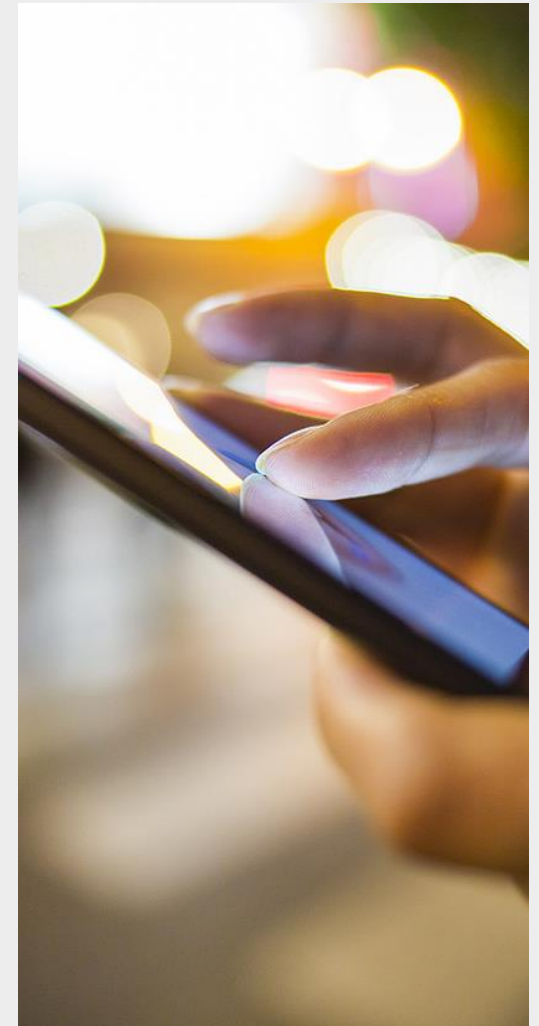


SITUATIONEN FØR CARTES BANCAIRES

- › T-Mobile dommen (T-Mobile Netherlands m.fl. mod Raad van Bestuur Nma, Sag C-8/08)

*“[F]or at en samordnet praksis kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, **er det tilstrækkeligt, at den kan påvirke konkurrencen negativt.***

Med andre ord skal den samordnede praksis blot konkret – dvs. under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng – kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Hvorvidt og i hvilket omfang en sådan konkurrencebegrænsende virkning imidlertid rent faktisk indtræder, kan højst være relevant for udmålingen af eventuelle bøder og bedømmelsen af retten til erstatning, herunder med tillæg af renter.”



KOMMISSIONENS VEJLEDNING AF 25. JUNI

C(2014) 4136 FINAL

Formuleringer fra vejledningen:

“These are restrictions which in the light of the objectives pursued by the Union competition rules have such a high potential for negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 101(1) of the Treaty to demonstrate any actual or likely anti-competitive effects on the market.

This is due to the serious nature of the restriction and experience showing that such restrictions are likely to produce negative effects on the market and to jeopardise the objectives pursued by the EU Union competition rules.”

WAHLS FORSLAG TIL AFGØRELSE AF 27. MARTS

C-67/13 P (GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES MOD KOMMISSIONEN)

Bekræfter udtrykkeligt, at det handler om en bevisregel:

"Den sondring, der skal foretages, er først og fremmest baseret på proceduremæssige overvejelser i forbindelse med bevisførelsen i tilknytning til de konkurrencebegrænsende virkninger, som den påklagede adfærd har." (præmis 30)



WAHLS FORSLAG TIL AFGØRELSE AF 27. MARTS

C-67/13 P (GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES MOD KOMMISSIONEN)

Forklarer "fejlen" i *T-Mobile* dommen uden at nævne dommen:

"Domstolen præciserede i denne forbindelse meget tidligt, at vurderingen af, om en kontrakt har et konkurrencebegrænsende formål, bør ses i den økonomiske og juridiske sammenhæng, som aftaleparterne er gået ud fra." (præmis 41)

*"Hensyntagen til sammenhængen ved påvisningen af det konkurrencebegrænsende formål kan kun underbygge eller ophæve undersøgelsen af selve indholdet af den formodede praksis. **Den kan på ingen måde kompensere for den manglende faktiske påvisning af et konkurrencebegrænsende formål ved at påvise potentielle virkninger af pågældende foranstaltninger.**" (præmis 44)*

WAHLS FORSLAG TIL AFGØRELSE AF 27. MARTS

C-67/13 P (GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES MOD KOMMISSIONEN)

Fremhæver de ”store konsekvenser” af bevisreglen:

*”For det første er påvisningen af et »konkurrencebegrænsende formål« baseret på en formalistisk tilgang [...] Denne formalistiske tilgang kan således kun anvendes, når der er tale om adfærd, der indebærer en iboende risiko for en særligt alvorlig skadelig virkning, eller adfærd, i forbindelse med hvilken det kan konkluderes, at de skadelige virkninger på konkurrencen er større end de konkurrencefremmende virkninger. [...] Efter min mening er det **kun i de tilfælde, hvor erfaringen viser**, at en begrænsning i henhold til den økonomiske analyse altid er forbudt, at det er rimeligt at sanktionere den direkte af procesøkonomiske hensyn.” (præmis 54-55)*

WAHLS FORSLAG TIL AFGØRELSE AF 27. MARTS

C-67/13 P (GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES MOD KOMMISSIONEN)

”En ukontrolleret udvidelse af adfærd, der henhører under konkurrencebegrænsende formål, er farlig i lyset af de principper, der generelt skal ligge til grund for bevisførelsen og bevisbyrden i forbindelse med konkurrencebegrænsende adfærd.” (præmis 57)

*”Til trods for, at listen over former for adfærd, der vil kunne betragtes som konkurrencebegrænsende på grund af deres formål, er åben, foreslås det, at der fortsat indtages **en ret forsigtig holdning** i forbindelse med konstateringen af et konkurrencebegrænsende formål.” (præmis 58)*

”En sådan forsigtighed er endnu vigtigere, fordi den analyseramme, som Domstolen fastlægger, vil gælde for såvel Kommissionen som de nationale konkurrencemyndigheder, hvis modtagelighed og ekspertiseniveau er baseret på forskellige parametre.” (præmis 59)

DOMSTOLENS AFGØRELSE AF 11. SEPTEMBER

C-67/13 P (*GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES MOD KOMMISSIONEN*)

Fastslår princippet om "full review" (jf. *Menarini-dommen*)

"Det fremgår således af praksis fra Unionens retsinstanser, at Retten, når der i henhold til artikel 263 TEUF indbringes et søgsmål med påstand om annulation af en afgørelse om anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF, generelt på grundlag af de oplysninger, som sagsøgeren har indgivet til støtte for dennes anbringender, skal foretage en fuldstændig prøvelse af, om betingelserne for at anvende denne bestemmelse er opfyldt eller ej."
(præmis 44)

*"I forbindelse med denne kontrol kan Retten **ikke støtte sig på den skønsmargen, som Kommissionen har i medfør af den rolle, som den er tillagt, på det konkurrencepolitiske område, ved EU-traktaten og EUF-traktaten, for at afvise at udøve en tilbundsgående kontrol af både retlige og faktiske omstændigheder**"* (præmis 55)

DOMSTOLENS AFGØRELSE AF 11. SEPTEMBER

C-67/13 P (*GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES MOD KOMMISSIONEN*)

Anerkender implicit, at T-Mobile dommen gik for langt:

*”[V]isse former for samordning mellem virksomheder [kan] **efter deres art** betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår” (præmis 50)*

*”[V]isse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er uforholdende at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet. **Erfaringen** viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne.” (præmis 51)*

DOMSTOLENS AFGØRELSE AF 11. SEPTEMBER

C-67/13 P (*GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES MOD KOMMISSIONEN*)

Men det er Rettens fejl:

”Det må konstateres, at Retten herved, delvist, så bort fra Domstolens praksis, og dermed begik en retlig fejl hvad angår definitionen af de retlige kriterier, som er relevante for at bedømme et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.”
(præmis 56)

- › Retten har undladt at henvise til Domstolens faste praksis: samordningen må **i sig selv** være tilstrækkeligt skadelig (præmis 57)
- › Skal fortolkes indskrænkende (ellers risiko, at Kommissionen fritages for sin pligt at bevise virkninger) (præmis 58)

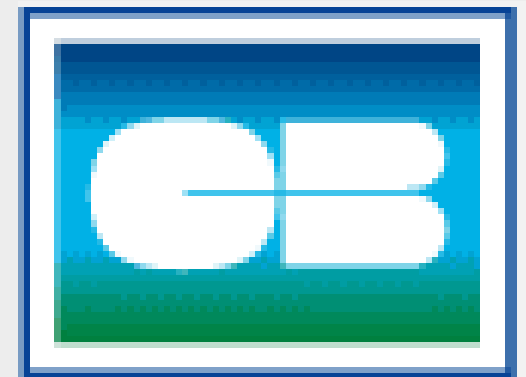
CARTES BANCAIRES – KONKRET

C-67/13 P (CB MOD KOMMISSIONEN)

Den konkrete aftale: gebyrformler

- Retten: gebyrformlerne medfører, at nytilkomne medlemmer enten begrænser deres udstedelsesaktivitet eller betaler et gebyr (der udbetales til de andre medlemmer)
- Domstolen: Dette er en "virkning", ikke "et formål". Formålet med formlerne er derimod at pålægge CB medlemmer, der drager fordel af den indsats, andre medlemmer har gjort i forbindelse med indløsningsaktiviteten, at betale et økonomisk bidrag.

Konsekvenser for andre sager? Pay-for-delay?



ART. 101 – DISTRIBUTION

E-COMMERCE

- › Consumer Electronics - Kontrolbesøg:
 - Media-Saturn (Metro), Philips og Samsung (5. december 2013)
 - Redcoon (Metro) (follow-up 10 marts 2015)
- › Nationale sager:
 - Bosch Siemens (prisdifferentiering)
 - Gardena (prisdifferentiering)
 - Dornbracht (prisdifferentiering)
 - Amazon e-book (pricing)
 - Booking.com (price parity clauses)
 - Adidas / Asics (price comparison sites etc.)
 - Scout (tredjemands platform)
 - Sennheiser (tredjemands platform)



E-COMMERCE SEKTORUNDERSØGELSE

Toledet strategi:

- › Digital Single Market Strategy
- › Sektorundersøgelse

Retsgrundlag:

- › Artikel 17 i forordning 1/2003

Fokus:

- › Potentielle kunstige barrierer for grænseoverskridende handel, særligt inden for elektronik, beklædning og sko samt digitalt indhold.



E-COMMERCE: EMNERNE

1. “Online sales restrictions”:

“Higher consumer prices or the unavailability of products through certain online sales channels”:

- Prisdifferenciering
- Online-salgsbegrænsninger (sortiment)

2. Forbud imod anvendelse af tredjemandsplatform

eBay, Amazon, etc. – jfr. Retningslinjernes pkt. 54

3. “Price parity”- eller “best price”-klausuler



HOTELS.COM – OTA'ER HVAD ER PROBLEMET?

“Price Parity Clauses” / “Best Price Clauses”

- › “Lægger en dæmper på priskonkurrence”
- › “Begrænser adgangen til markedet for lavpriskonkurrence”
- › “Afskærer konkurrerende OTA'er adgang til markedet”
- › “Forhindrer hotellerne i at give bedre priser fx ved:
 - Afbestillinger
 - Sidste øjeblikks reservationer”

“Price parity clauses” også problem i andre brancher:

- › Amazon.com
- › Assis og Addidas



HVEM UNDERSØGER HVAD?

- Tyskland
- England
- Frankrig
- Italien
- Sverige
- Schweiz
- Østrig
- Irland
- Norge
- Danmark
- Europa-Kommissionen



HVILKE OTA'ER ER INVOLVERET?

HRS / Robert Ragge

- › Tyskland, Schweiz

Expedia

- › England, Frankrig, Italien, Sverige, Schweiz, ...

Booking.com

- › England, Frankrig, Italien, Sverige, Schweiz, ...

IHG / InterContinental Hotels Group

- › England

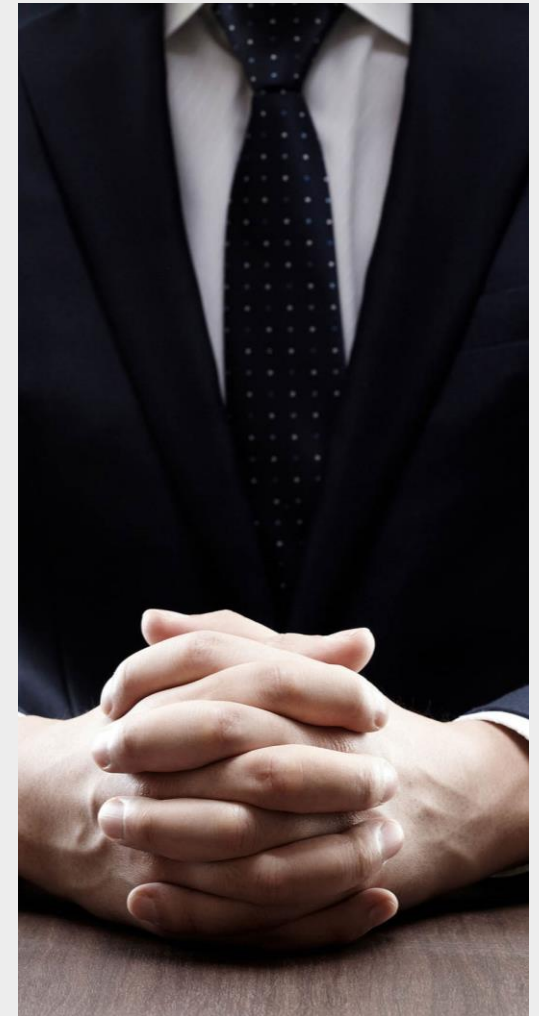
Der er ingen sager imod deltagende hoteller



TYSKLAND

Bundeskartellamt – December 2013,

- › *Andreas Mundt:*
“HRS is by far the most important booking site in Germany. The best price clause prevents other booking sites from getting a foot in the door by providing better offers. That is why these kinds of clauses are a threat to competition.”
- › **Oberlandesgericht Düsseldorf – 9. januar 2015**
- › *Opretholder Bundeskartellamt’s afgørelse:*
“The pricing clauses restricted competition. Hotels don’t have the freedom to offer different prices or conditions to other booking platforms.”
- › *HRS meddelte den 23. februar 2015, at man ikke anker.*



ENGLAND

Competition and Market Authority – 28. januar 2014

- › *Accepterede tilsagn fra Expedia, Booking.com og InterContinental Hotels Group*

Competition Appeals Tribunal – 26. september 2014

- › *Tilsagnsafgørelsen appelleret af Skyscanner.*
- › *Appelinstansen – CAT eller Competition Appeals Tribunal - hjemviste sagen til at gå om.*
- › *CMA havde ikke foretaget en ordentlig behandling af Skyscanners klagepunkter*

Competition and Market Authority - Opdateret 23. marts 2015:

- › *“CMA consideration of next steps in the investigation in light of the CAT judgment and market developments, including developments in the investigations of other European competition authorities”*



EUROPA-KOMMISSIONEN

Lidt af en hovedpine: Hvilken rolle skulle man indtage?

- › Kom for sent i gang til at sætte sig på det hele
- › Ville ikke “pull rank” og trække undersøgelserne til sig
- › Er endt i en koordinerende og aktivt støttende rolle især i forhold til:
 - Frankrig
 - Italien
 - Sverige



FRANKRIG, ITALIEN OG SVERIGE

Booking.com: Koordineret tilsagnsløsning – 15. december 2014

- › “*Booking.com proposes to remove the pricing parity clause which forbids hotels which use the services provided by Booking.com to offer rooms at a lower price on the other competing online booking platforms.*

The commitments proposed should enable the hotels to referenced on booking.com to be free to propose rooms at different prices according to the platform used. They may be able to vary the prices depending on the conditions applied to them.

Booking.com proposes to extend that commitment to all EEA countries. Seven competition authorities in Europe (in France, Germany, Sweden, UK, Italy, Austria, Ireland) have opened cases concerning online booking platforms. Under the aegis of the European Commission, national authorities have set up closed cooperation in order to harmonize the handling of these issues.”



FRANKRIG, ITALIEN OG SVERIGE ... MEN HVAD MED TYSKLAND?

Expedia fulgte efter – 13. marts 2015

- › *“Expedia is understood to be in discussions with regulators in France, Sweden and Italy to bring an end to antitrust investigations of contracts that govern the pricing of hotel rooms on its online reservation platform.*

The move follows a provisional deal between Booking.com and the same three regulators, who have been consulting on possible changes to the contracts.

Although Booking.com took part in the settlement talks, Expedia declined at the time. The company is now in similar talks aimed at negotiating an end to the investigation.”

Ser ud som løsning for hele EU/EØS, men Tyskland? – 8. maj 2015

“Not a drama’ that national regulators take different tacks in hotel cases, Mundt says. In this area, we speak clearly of distinct markets ...”



GALP - EKSKLUVITET

C-384/13 (ESTACIÓN DE SERVICIO POZUELO 4 SL MOD GALP)

- › Udgør del af den spanske tankstation-saga om Forordning Nr. 1984/83
- › Spansk tankstation forsøger at komme udenom en **45-årig** eksklusiv købsforpligtelse over for en portugisisk olieselskab
- › EU-Domstolen: ingen mærkbar begrænsning af konkurrence!
 - Leverandør har kun en markedsandel på mindre end 3 %, hvorimod de tre store spanske olieselskaber har en samlet markedsandel på 70% (henvisning til *Völk*-dommen)
 - Varigheden på 45 år er ikke "manifestement excessive" sammenlignet med andre kontrakter (som regel 30 år)



ART. 101 – KARTELLER

SCI – ER GRÆNSEN NÅET?

T-68/09 (SOLIVER MOD KOMMISSIONEN)

- › En samlet og vedværende overtrædelse ("*En for alle, alle for en*")

Hvis virksomhed ikke har deltaget i alle forhold, der udgør kartellet, kan virksomheden alligevel holdes ansvarlig for hele kartellet (geografisk, produktmæssigt), såfremt Kommissionen kan bevise:

- virksomheden har haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til kartellets fælles mål; og
- virksomheden kendte eller burde have kendt til den ulovlige adfærd, som de øvrige karteldeltagere har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje.

SCI – ER GRÆNSEN NÅET?

T-68/09 (*SOLIVER MOD KOMMISSIONEN*)

- › Retten fandt, at Soliver ikke kendte til det overordnede kartel:
 - Soliver deltog i bilaterale, konkurrencebegrænsende kontakter, men ikke i møderne
 - Soliver blev ikke nævnt af leniency-ansøger; og
 - Soliver blev ikke nævnt i tabeller, som karteldeltagerne havde stillet op.

- › Retten kunne ikke delvis opretholde beslutningen:
 - Beslutningen kvalificerede ikke selvstændigt Solivers deltagelse i de bilaterale kontakter som en overtrædelse af artikel 101(1) TEUF (jf. sag C-287/11 P, *Kommissionen mod Aalberts Industries*)

SOLIDARISK HÆFTELSE

FORENEDE SAGER SAG C-231/11 P – C-233/11 P (SIEMENS)

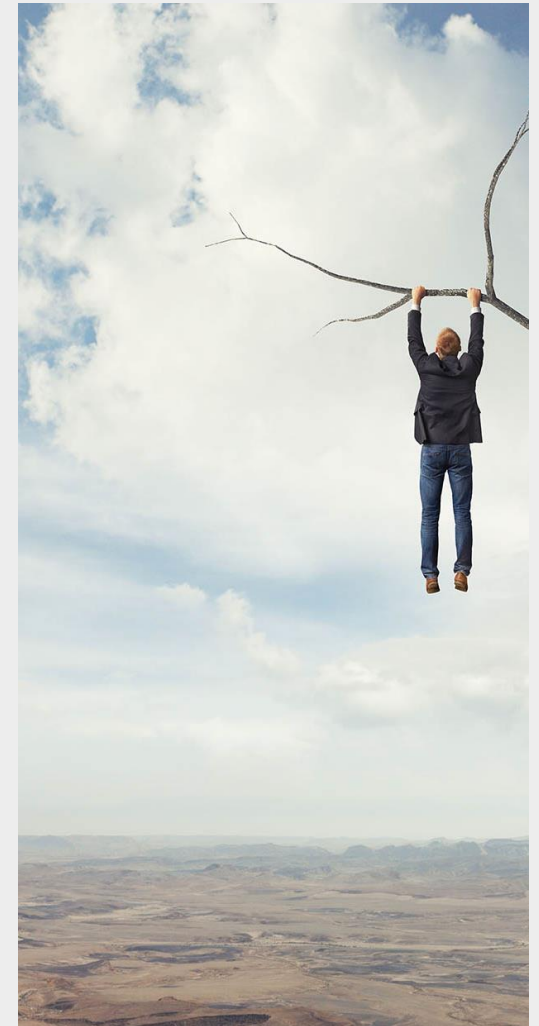
- › Retten i forenede sager T-122/07 – T-124/07: Kommissionen, ikke de nationale domstole skal fastsætte de forskellige selskabers respektive kvoteandele af de beløb, som de er blevet pålagt solidarisk
- › Domstolen: Rettens dom ophæves
 - Kvoteandele tjener ikke det dobbelt formål af solidaritetsordningen (effektiv inddrivelse af bøder samt afskrækkelse)
 - EU-retten indeholder ikke nogen bestemmelser, der kan afgøre tvisten om indbyrdes fordeling af bødebeløbet
 - Kompetence/problem for nationale domstoler...



TO SETTLE OR NOT TO SETTLE

SAG T-456/10 (*TIMAB MOD KOMMISSIONEN*)

- › Kartel (fosfater til dyrefoder)
- › Forligsforhandlinger med alle 6 karteldeltagere:
 - Accepteret af 5 deltagere
 - Ikke accepteret af Timab
- › Under forligsforhandlinger et maksimumbeløb på € 40-45 mio., mens endelige bøde blev ca. € 60 mio...
- › Ingen magtfordrejning: Kommissionen er ikke bundet af et forslag givet under en forligsprocedure og åbning af den normale procedure kan medføre, at nye beviser tages i betragtning
- › Bekræftelse af ligebehandlingsprincippet



”UMBRELLA EFFECT”

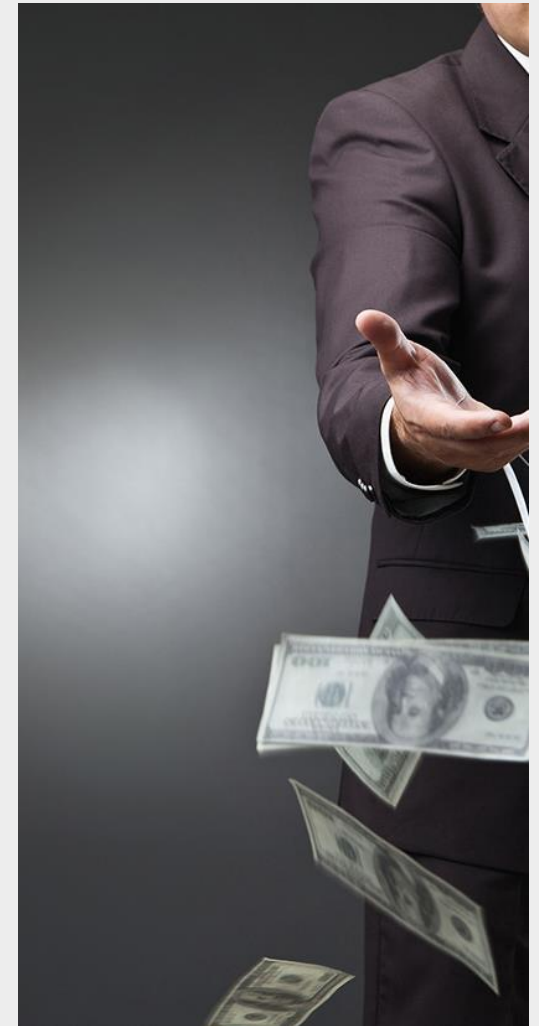
SAG C-557/12 (KONE M.FL. MOD ÖBB-INFRASTRUKTUR AG)

Østrigsk elevatorkartel

- › Erstatningskrav iht. køb fra ikke-karteldeltagere, idet kartellet påstås at have påvirket markedsprisen i sin helhed (*umbrella effect*)

Østrigske domstol:

- › Kategorisk udelukkelse af ret på erstatning efter østrigsk ret, idet årsagsforbindelsen anses for at være afbrudt ved den selvstændige beslutning af virksomheden, som ikke deltog i kartellet
- › Er denne kategoriske udelukkelse forenelig med ækvivalens- og effektivitetsprincipperne?



”UMBRELLA EFFECT”

SAG C-557/12 (KONE M.FL. MOD ÖBB-INFRASTRUKTUR AG)

- › Når der ikke findes EU-regulering, gælder national ret bl.a. regler om anvendelse af begrebet ”årsagsforbindelse”
- › En kategorisk udelukkelse af krav baseret på *umbrella effect* strider med effektivitetsprincippet
- › Kumulative betingelser for mulig krav baseret på *umbrella effect*, som skal efterprøves af den nationale ret:
 - Kunne kartellet i det konkrete tilfælde, herunder de særlige forhold på det omhandlede marked, have den konsekvens, at selvstændigt handlende tredjeparter har anvendt umbrella pricing?
 - Kunne disse omstændigheder og særlige forhold ikke ignoreres af medlemmerne af nævnte kartel?

ART. 102 - MISBRUG

INTEL

SAG T-286/09 (INTEL MOD KOMMISSIONEN)

Hvor er vi i processen?

- › 12 jul. 2005 Dawn raid
- › 13. maj 2009 Kommissionen vedtager afgørelse med bøde på EUR 1 mia.
- › 22. jul. 2009 Intel anker til EU-Retten
- › 3-6. jul. 2012 Høring ved EU-Retten
- › 12. jun. 2014 EU-Retten afsiger sin dom som stort set opretholder Kommissionens afgørelse
- › 28. aug. 2014 Intel anker til EU-Domstolen



INTEL

SAG T-286/09 (INTEL MOD KOMMISSIONEN)

Marked

- › Globalt marked for x86 CPU – dominans uanset segmentering desktop, server mv.

Misbrug

- › "One single and continuous infringement ... by implementing a strategy aimed at foreclosing AMD":
 - Loyalitetsrabatter:
Aftaler med Lenovo, Dell, HP, NEC om køb af mindst 100%, 90% og 80% af behov (eksklusivitets/semieksklusivitet).
 - "Naked restrictions":
Betaling mod udskydelse/afvikling af introduktion af produkter med AMD-chip, samt betaling til HP for ikke at lagere produkter hos forhandlere samt forhindret distribution.



RABATTERNE – INTEL

SAG T-286/09 (INTEL MOD KOMMISSIONEN)

Hovedspørgsmålet i sagen – ”Egnet til” misbrug?”

EU-Retten: Generelt findes **tre kategorier** af rabatter:

1. Kvantumsrabatter, alene relateret til volumen – videregive økonomisk fordel.
→ Uproblematiske.
2. Rabatter betinget af at kunden køber hele/dele af behov - ”exclusivity rebates”.
→ Uforenelige, medmindre der helt undtagelsesvis videregives en fordel (Tomra, Michelin mv.).
3. Rabat ikke direkte betinget af eksklusivitet/semi-eksklusivitet formelt/økonomisk), men hvor: ”mechanisme for granting may have loyalty-building effect” - individuelle salgsmål, men ingen ”forpligtelse”.
→ Kræver undersøgelse af samtlige omstændigheder, særligt kriterier og regler



RABATTERNE – INTEL

SAG T-286/09 (INTEL MOD KOMMISSIONEN)

- › Kategori (2)-eksklusivitetsrabatter
 - Kræver ingen nærmere analyse af omstændighederne
 - Intet krav om påvisning af effekt
 - Afviser at Post DK/Deutsche Telecom er relevant præjudikat for effektsvurdering, allerede fordi de sager vedrører priser.
- › Kategori (3)-rabatter kræver efter retspraksis nærmere undersøgelse af "alle omstændigheder", og i den forbindelse:
 - Foreclosure effekt dækker ikke kun en udelukkelse af konkurrencen, men formentlig også at konkurrencen besværliggøres.
 - Muligt at begrunde sagligt.



RABATTERNE – INTEL

SAG T-286/09 (INTEL MOD KOMMISSIONEN)

- › Prissager og rabattsager er forskellige, eftersom en pris aldrig i sig selv kan være ulovlig – alt afhænger af omstændighederne.
- › Post DK vedr. selektivt lave priser – ikke eksklusivitetsrabatter!
- › Ved kategori (2) – eksklusivitetsrabatterne gælder intet krav om effekt eller årsagsforbindelse. EU-Retten afviser
 - Bagatelargument om rabattens ringe størrelse
 - Bagatelargument om at kun mindre dele af markedet var omfattet
 - Bagatelargument om at rabatterne kun dækkede en mindre del af OEM-kunders samlede CPU behov
 - Argumenter om, at AMD faktisk havde udviklet sig positivt



RABATTERNE – INTEL

SAG T-286/09 (INTEL MOD KOMMISSIONEN)

As efficient competitor test

Kvantificering af rabbattens priseffekt – påvise omkostningsdækning

- › Positiv pris = intet problem, negativ pris = problem
- › Hvis rabat er en kategori (2)-"eksklusivitetsrabat" følger allerede heraf, at der ikke skal undersøges alle omstændigheder
- › Hvis kategori (3)-rabat og krav om undersøgelse:
 - Michelin – intet krav om kvantificering for at fastslå foreclosure-effekter
 - Tomra: Konkurrencebegrænsende effekter afhænger ikke af om prisen er negativ
 - → "loyalitetsmekanismen nok"
- › AEC-testen viser kun om konkurrencen er blevet udelukket (negativ pris), og ikke om bare "besværliggjort"



RABATTERNE - STATUS EFTER INTEL

Vurderingen er en samlet vurdering ud fra

- › Omkostningselement
- › Rabatgrundlagets omfang
- › Progression
- › Mål
- › Referenceperiode
- › Objektivitet
- › Niveau



RABATTERNE - STATUS EFTER INTEL

- › Loyalitetsskabende og ekskluderende rabatter er misbrug, hvis der ikke foreligger en objektiv og saglig begrundelse.
- › Vurdering er et mix af form/økonomi – ingen simpel formel.
- › Retroaktive trappe-, mål-, indeks- sortimentsrabatter og lignende er stadig udtryk for misbrug.
- › Mængdebindinger, ”noget for noget”-forståelser af listing fees eller store tilskud, som ikke er sagligt begrundet vil kunne være misbrug.
- › Rabatter som er betinget af en enestående placering, foretrukket leverandør, eksklusiv status eller særlig status, som fortrænger konkurrenter er også udtryk for misbrug.



POST DANMARK – DIRECT MAIL

PRÆJUDICIEL FORELÆGGELSE – C-23/14

En sag om et rabatsystem karakteriserede ved:

- › Progressive og retroaktive rabatter på 6-16%
- › En referenceperiode på ét år
- › Objektive og ikke-individualiserede kriterier
- › Markedsandel på 95% - 70% af forsendelser omfattet af eneret

Spørgsmål forelagt af Sø- og Handelsretten i "substanssagen":

- › Er det retligt påkrævet at foretage en "As Efficient Competitor"-test for at fastslå misbrug af dominerende stilling?
- › Gælder der en mærkbarhedstærskel (bagatelgrænse) ved vurderingen af et rebatsystems eventuelle ekskluderende virkning?

Generaladvokat Kokott af 21 maj. 2015 (medens vi venter)



POST DANMARK – GENERALADVOKAT KOKOTT

Ildevarslende indledning:

› [Para. 4 – lettere omskrevet citat]

”I en tid hvor kravet om en mere økonomisk orienteret tilgang ... bliver stadig tydeligere... og da besvarelsen vil have signalværdi langt ud over det foreliggende tilfælde ... bør Domstolen ikke lade sig påvirke af tidsånden eller forgængelige modefænomener, men snarere falde tilbage på de retsgrundlag, som det EU-retlige forbud om misbrug af dominerende stilling hviler på.”

- Michelin er nævnt 22 gange
- Hoffmann-La Roche er nævnt 8 gange
- Tomra er nævnt 16 gange



POST DANMARK – GENERALADVOKAT KOKOTT

Ildevarslende indledning:

› [Para. 4 – lettere omskrevet citat]

”I en tid hvor kravet om en mere økonomisk orienteret tilgang ... bliver stadig tydeligere... og da besvarelsen vil have signalværdi langt ud over det foreliggende tilfælde ... bør Domstolen ikke lade sig påvirke af tidsånden eller forgængelige modefænomener, men snarere falde tilbage på de retsgrundlag, som det EU-retlige forbud om misbrug af dominerende stilling hviler på.”

- Michelin er nævnt 22 gange
- Hoffmann-La Roche er nævnt 8 gange
- Tomra er nævnt 16 gange



POST DANMARK – GENERALADVOKAT KOKOTT

Nogle observationer ...

- › [Para. 28]
 - ”Flade” mængde rabatter er OK.
 - Loyalitetsrabatter og målrabatter er misbrug.

- › [Para. 35]
 - ”Ifølge fast retspraksis skal der navnlig tages hensyn til de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet”.

- › [Para. 36/37]
 - Taler for misbrug hvis systemet ikke har rent progressiv virkning, så en ny tærskel ikke kun betyder prisnedslag for nye ordrer, men også for allerede afgivne ordrer inden for referenceperioden.



POST DANMARK – GENERALADVOKAT KOKOTT

Nogle flere observationer ...

› [Para. 41]

”Endelig udgør opkrævningen af ”negative priser”, dvs. priser under kostprisen, hos kunderne *ikke* en forudgående betingelse for at fastslå, at en dominerende virksomheds ordning med rabatter med tilbagevirkende kraft har karakter af misbrug.”

”Den dominerende virksomhed kan nemlig som følge af sin mærkbart højere omsætning som regel få dækket sine omkostninger, selv om den yder betragtelige rabatter.”

› [Para. 46]

”... Post Danmark ... var en uomgængelig forretningspartner ... og de af virksomheden anvendte rabatter havde et betydeligt ekskluderende potentiale.”



POST DANMARK – GENERALADVOKAT KOKOTT

Endnu flere observationer ...

- › [Para. 60 og 61]
"Kommissionens [prioriteringspapir fra 9. december 2009] ikke bindende for nationale konkurrencemyndigheder og retter."
- › "Efter min opfattelse kan der *ikke* ... udledes en retlig forpligtelse til altid at støtte sig på en undersøgelse af priser og omkostninger såsom "As efficient competitor"-testen ved konstateringen af, om en dominerende virksomheds rabatsystem udgør misbrug."
- › [Para. 74]
"Det er følgelig forbudt i henhold til artikel 82 EF at foretage en "As efficient competitor"-test på et marked, hvor det, henset til markedsstrukturen, er udelukket, at der kan findes en virksomhed, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed."



POST DANMARK – GENERALADVOKAT KOKOTT

De afsluttende observationer ... Korrigenda til Post Danmark 2012!

› [Para. 90]

”På denne baggrund må udtrykkene »mærkbare virkninger« og »eliminerende virkning« i Post Danmark-dommen fra 2012 ikke misforstås således, at der skulle gælde en form for mærkbarhedstærskel eller bagatelgrænse for dominerende virksomheders rabatsystemer.”

”Dominerende virksomheders rabatsystemer skal derimod anses for at udgøre misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, såfremt de kan skabe en ekskluderende virkning, og dette gælder ikke kun de rabatsystemer, hvis virkninger på konkurrencen er eller kan være »alvorlige« eller »mærkbare«.”



EDEKA – KØBERMAGT

Bundeskartellamt pressemeddel. 3. juli 2014

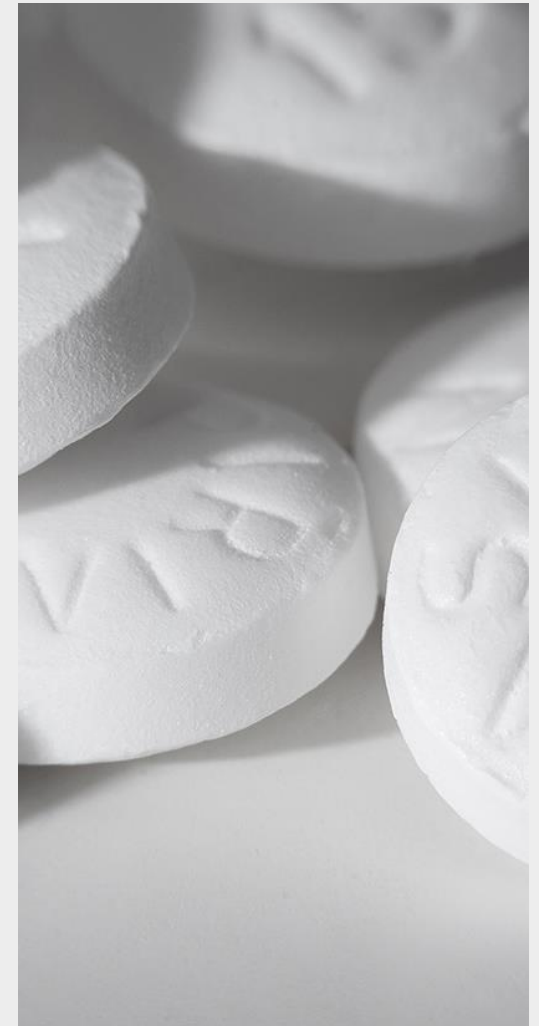
- › Efter fusionen i 2009 med Plus-markederne "cherrypick'ede" EDEKA de bedste leverandørvilkår og krævede "vikårlige" rabater ("uden objektiv begrundelse").
- › Fandtes at udgøre en overtrædelse af det særlige, tyske "anzapfverbot" eller misbrug af købermagt.
- › Forudgående klagepunktsmeddelelse (Bundeskartellamt pressemeddelelse af 24. juli 2013).
- › EDEKA har anket afgørelsen.



PAY-FOR-DELAY – GENERELT

Større perspektiv:

- › originalproducent er udsat for konkurrence efter udløb af patentet på den aktive stof (molekyle)
- › Risiko for ulovlige tiltag:
 - Påvirkning af offentlige myndigheder: fx *AstraZeneca* - uberettiget forlængelse af patentbeskyttelse på grund af forkerte oplysninger
 - Påvirkning af distribution: fx *Arrow* (Frankrig)
 - Påvirkning af kopiproducenter/-distributører (*Lundbeck*, *J&J*, *Servier*)



SERVIER - FORLIGSAFTALER

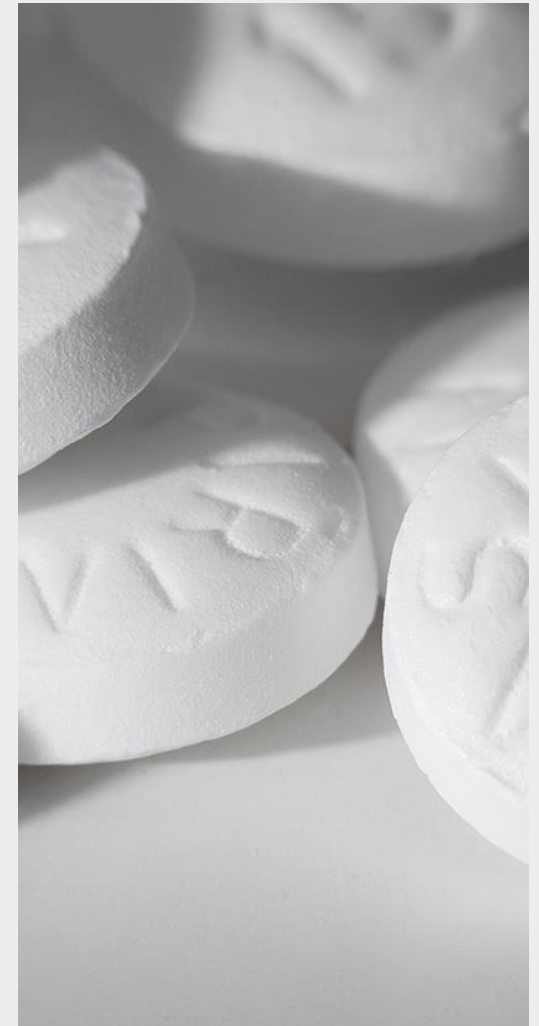
SAG AT.39612 (*PERINDOPRIL*)

Afgørelse af 9. juli 2014

- › Fem patentforligsaftaler samt køb af kritisk teknologi
- › Bøder:
 - Servier: 331 mio. EUR
 - Kopiproducenter/distributører: 10-40 mio. EUR

Overtrædelse af både artikel 101 og artikel 102 TFEU

- › Serviers ekskluderende strategi (inkl. køb af teknologi og patentforligsaftaler): artikel 102 TFEU
- › Patentforligsaftaler: artikel 101 TFEU



SERVIER – ”LESSONS LEARNT”

SAG AT.39612 (PERINDOPRIL)

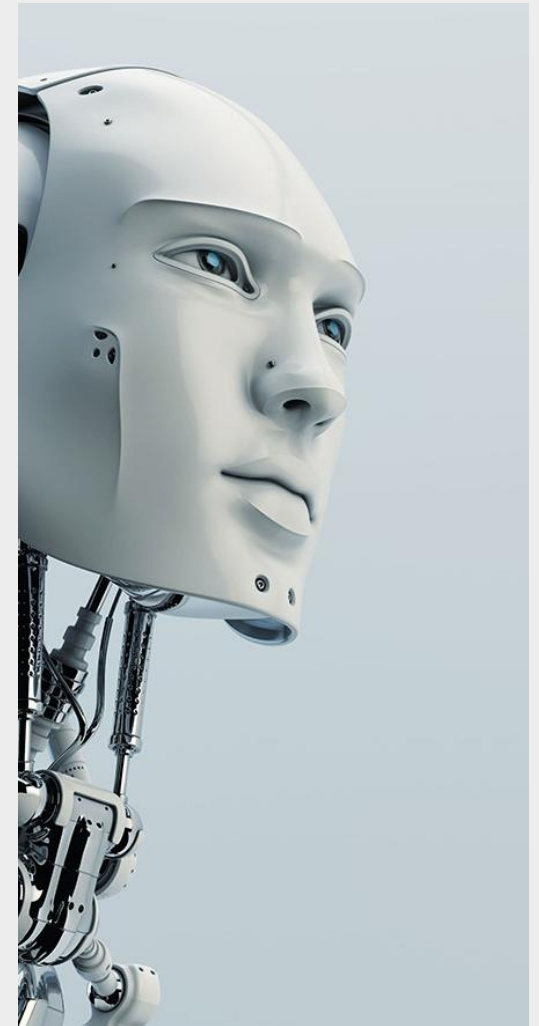
- › Ingen legal privilege for juridisk rådgivning, der bliver meddelt til andre end klienten
- › Fokus på formelle aftaler udarbejdet af advokater
- › Men baseret på intern korrespondance:
 - ”bought out of perindopril”*
 - ”pile of cash”*
 - ”sacrifice”* other markets
 - ”dairy cow”*
- › Manglende objektiv og saglig begrundelse for adfærd: købt teknologi blev aldrig anvendt



RETSHÅNDHÆVELSE

SAG AT.39985 (MOTOROLA) OG SAG AT.39939 (SAMSUNG)

- › Enhver virksomhed, også dominerende, har ret til at håndhæve rettigheder, med mindre (i) retshåndhævelsen alene er chikanøst og (ii) foregår som led i forsøg på at eliminere konkurrencen – *ITT/Promedia-dommen*
- › Specifik situation for ”*Standard Essential Patents*” (SEPs): patenter, der indgår i en teknologisk standard
 - Løsning: standardiseringsorganisationer accepterer kun teknologier, såfremt de relevante patentindehavere accepterer at meddele licens på FRAND-vilkår (*”Fair, Reasonable And Non-Discriminatory”*)
 - Nyt problem: Hvad sker der, hvis parterne ikke kan enes om FRAND-vilkår?



MOTOROLA OG SAMSUNG

SAG AT.39985 (MOTOROLA) OG SAG AT.39939 (SAMSUNG)

- › Motorolas GPRS-teknologi og Samsungs UMTS-teknologi er SEPs i ETSI-regi
- › *Smart phone wars*: Motorola og Samsung havde fået nedlagt forbud mod Apple i flere Medlemsstater, mens Apple var villig til at indgå en licensaftale på FRAND-vilkår
- › Motorola: krævede en "no challenge" klausul og anerkendelse af brug de licenserede SEPs for specifikke produkter, kun accepteret ved 6. tilbud – misbrug ifølge Kommissionen
 - GA i Sag C-170/13, *Huawei mod ZTE*: modstand mod "no challenge clause" ≠ uvillig
- › Samsung: afgav tilsagn med henblik på at beskytte den "villige licenstagere": Forhandlingsperiode på 12 måneder inklusive opfordringer til at forhandle
 - Mulighed for en tredjeparts fastsættelse af FRAND-vilkårene (voldgift eller domstol)

FUSIONER

CISCO SYSTEMS – MICROSOFT VINDER!

- › Anke af Kommissionens godkendelse af fusionen mellem Microsoft og Skype
- › Samlet markedsandel på 80 – 90 % på markedet for privat videokommunikation
 - Markedet er stærkt innovativt og markedsandelene er flygtige
 - Netværksvirkninger opretter ikke adgangsbarrierer
 - Produktet er gratis; ingen beviser på skadevirkninger
- › Konglomeratvirkninger på markedet for erhvervskommunikation: ikke bevist
 - → Retten stadfæstede Kommissionens beslutning

REVISION AF FUSIONS- FORORDNINGEN

- › Forslag fra Europa-Kommissionen om ændring af Fusionsforordningen
- › Hvidbog af 9. juli 2014 – "En mere effektiv fusionskontrol i EU"
- › Høring 9. juli – 3. oktober 2014
- › Forslag hidtil kun tidsfæstet til "2015"
- › Kommissæren i Studienvereinigung Kartellrecht 12. marts 2015:

"The European Commission will take a fresh look at whether to change its merger rules to increase scrutiny on companies taking minority stakes in other companies!"



VISSE STEDER I EU ALLEREDE NU: KONTROL UDEN KONTROLERHVERVELSE

Tyskland:

- › Minoritetserhvervelser på 25 % eller mere
- › Selv under 25 % hvis "væsentlig konkurrencemæssig indflydelse" ("competitively significant influence") (uden undergrænse men nok ca. 15 %)

Østrig:

- › Minoritetserhvervelser på 25 % eller mere

Storbritanien:

- › "Væsentlig indflydelse" ("material influence" – muligvis allerede fra 5-10 %)

SKADETEORIER

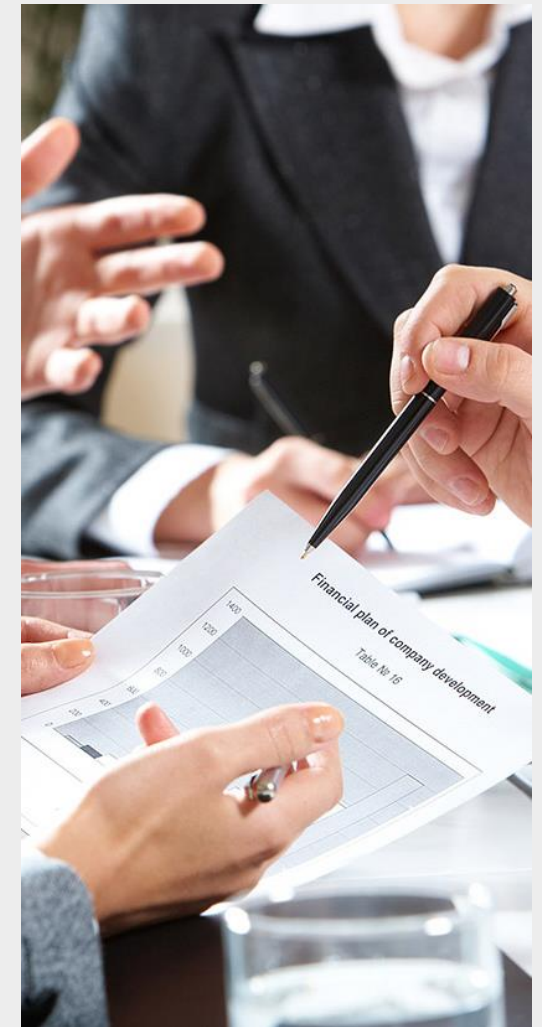
Kan opstå både ved "passive" og "aktive" minoritetsinteresser

› "Passive" - Ikke-koordinerede effekter:

- Incitament for erhververen til at hæve egne priser eller indskrænke produktionen – Man er jo sikret en andel af det, der går til konkurrenten ("internalisere" konkurrentens gevinst).

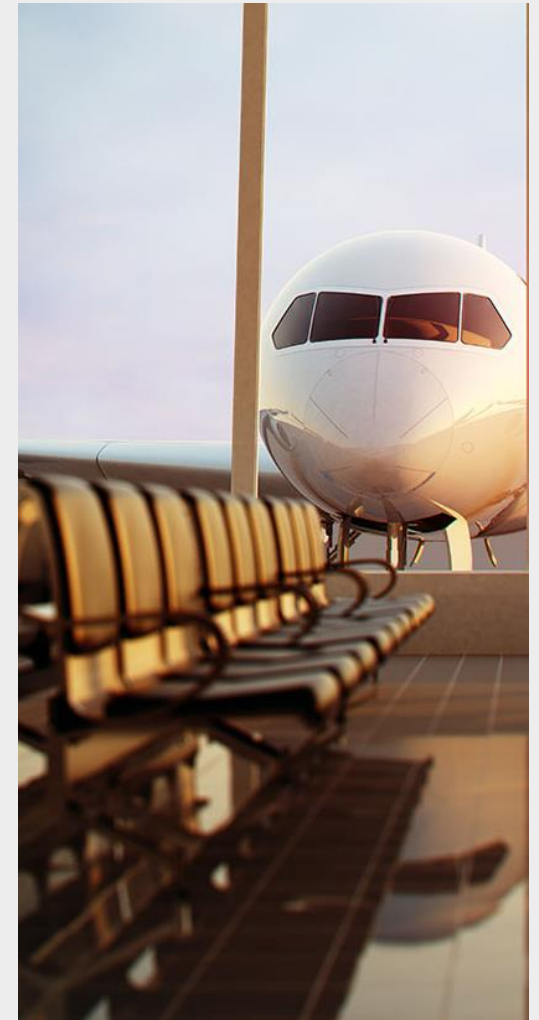
› "Aktive"

- Erhververen udnytter sin position til at begrænse target-virksomhedens konkurrencestrategier og dermed svækker dens stilling i konkurrencen
- Informationsflow den ene eller begge veje



EX. RYANAIR / AIR LINGUS

- › Kommissionen har to gange – i 2007 og 2013 - forbudt Ryanair's anmeldte fusioner med Air Lingus.
- › Kommissionen kunne dog ikke undersøge Ryanair's 30 % minoritetspost i Air Lingus.
- › Competition Appeal Tribunal i Storbritannien forbød den 28. august 2013 Ryanair at opretholde sin 30 %-besiddelse og påbød en reduktion til 5 %.¹
- › Ryanair's anke endelig afvist af Court of Appeal 12 februar 2015
- › 12. maj 2015 får Ryanair endnu et påbud om straks at sælge.
- › Ryanair fastholder at beslutningen er "totally and hopelessly wrong!".



3 MULIGHEDER, MEN ...

Kommissionen opstillede tre muligheder for den fremtidige ordning:

- › Anmeldelsessystem
- › Transparenssystem
- › Selvevalueringssystem

... og pegede på: »et "målrettet" transparensystem«

- › "Konkurrencemæssig væsentlig forbindelse" i form af minoritetsinteresser i en konkurrerende eller vertikalt forbundet virksomhed
- › "Ca. 20 % eller
- › "Mellem 5 % og ca. 20 % hvis yderligere faktorer som "de facto"-blokerende minoritet, sæde i bestyrelsen eller adgang til kommercielt følsomme oplysninger i virksomheden

Men nu tænker man altså videre over proportioner ...



ALLEREDE NU !

Tyskland:

- › Minoritetserhvervelser på 25 % eller mere
- › Selv under 25 % (uden undergrænse men nok ca. 15 %) hvis "væsentlig konkurrencemæssig indflydelse" ("competitively significant influence")

Østrig:

- › Minoritetserhvervelser på 25 % eller mere

Storbritanien:

- › "Væsentlig indflydelse" ("material influence" – muligvis allerede fra 5-10 %)

Hele EU:

- › "Aktive minoritetsposter": Artikel 101 (TEUF)
- › Habilitet, informationsflow → Compliance og evt. aftaleregulering

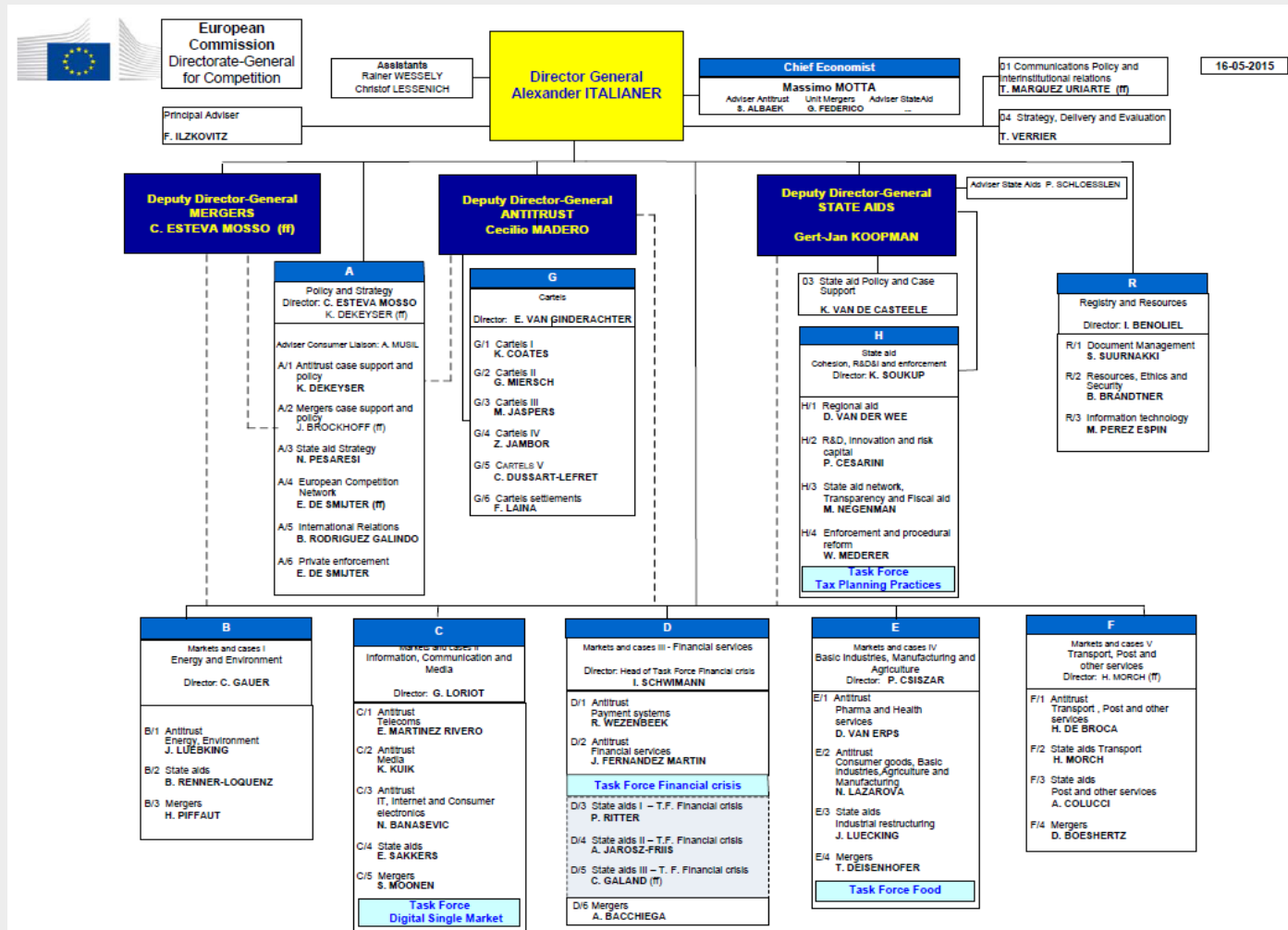
ET KIG I KRYSTALKUGLEN

NÆSTE ÅR – 2015/2016

- › Implementering af erstatningsdirektivet
- › Udvikling af praksis vedrørende erstatningssager
- › Artikel 101/karteller
 - Store kartelbøder i Trucks, Banks, Biler
 - Vigtige domme (e.g. *Innolux* (territorial jurisdiktion), luftfragt (jurisdiktion, SCI, *state action defence*))
- › Artikel 102
 - Afgørelser i Google, Gazprom?
 - Vigtige domme (e.g. *Post Danmark*, *Huawei*)
- › Fusioner
 - Ny forordning?



DG COMP'S ORGANISATIONSDIAGRAM



KONTAKT



Morten Kofmann
Partner

Mobil + 45 24 86 00 40
Telefon +45 38 77 43 35
mko@kromannreumert.com



Bart Creve
Partner

Telefon +45 38 77 45 47
Mobil +45 61 61 30 27
bcr@kromannreumert.com