



# Herausforderungen der umfangreichen Dokumentenabfrage in (komplexen) EU-Fusionskontrollverfahren

17. Oktober 2018 – KartellrechtsForum Frankfurt

Dechert  
LLP

# Einführung

*„Der Gipfel sei weiter weg als gedacht, der Weg steiler und es seien deutlich mehr Anstrengungen nötig (...). Die Behörden (...) gingen ‚unvorstellbar tief ins Detail‘. Mehr als vier Millionen Seiten an Dokumenten hatte der (...) Konzern den Wettbewerbshütern zur Verfügung gestellt, bis diese schließlich nach 21 Monaten ihr Go für den Deal gaben.“*

*(Für Unternehmen werden Übernahmen immer mehr zu einem Vabanquespiel,  
Handelsblatt v. 20.9.2018)*

# EU-Fusionskontrollprüfung: Detailliert und zeitintensiv

## Phase 1 mit Remedies – von Ankündigung bis Entscheidung



## Phase 2 – von Ankündigung bis Entscheidung



Quelle: Dechert Antitrust Merger Investigation Timing Tracker („Damitt“); European Commission

# Gestiegene Anforderungen an Vorlage interner Dokumente (1)

## ■ Ausgangspunkt

- Abschnitt **5.4 Formblatt CO**
- Auskunftersuchen nach **Art. 11 FKVO**
- Generell weiter **Ermessensspielraum**: „alle erforderlichen Auskünfte“; auch von Dritten

## ■ Erhöhte Anforderungen nach „Merger Simplification Package“ (2013)

- Erweiterter Umfang der 5.4.-Dokumente
- Marktabgrenzung: „**plausible alternative** sachlich und räumlich relevante **Märkte** können (...) mithilfe von Branchenberichten, Marktstudien und internen Unterlagen der Anmelder ermittelt werden.“
- Qualifizierung für „vereinfachtes Verfahren“ bedarf ggf. auch Beleg durch (zahlreiche) Dokumente

# Gestiegene Anforderungen an Vorlage interner Dokumente (2)

## ■ Risiken

- Prozessual: Bußgeld für Unvollständigkeit/irreführende Angaben (aktuell: GE/LM Wind, Merck/Sigma Aldrich), Stop-the-clock, Rücknahme der Anmeldung
- Materiell: Inkonsistenzen von Angaben, negative Bewertung des Vorhabens

## ■ Ankündigung der Kommission

- "Best practice rules on requests for internal documents in merger cases" (2018?)
- Vgl. Guidelines Competition & Markets Authority (Entwurf, 2018)

## ■ Herausforderungen in der Praxis, z.B.

- knappe Bearbeitungsfristen
- Bewältigung von Suchanfragen in IT-Umgebung des Unternehmens
- Durchsicht und Zusammenstellung der Dokumente
- Wahrung des Legal Professional Privilege

# Beispiele für Anfragen der Kommission

- *Please provide **all internal documents**, including briefings, e-mails, memos of meetings, presentations, for the past **two years** . . . , and external documents discussing: [topics 1 to 8] . . .*

(Frage aus Art. 11-Request in Phase II)

- *Please submit for the below mentioned products for the EEA and for the [affected] markets (as indicated in the 6(1)c decision): **All analyses, memorandums, reports, reviews, presentations of any format, performed either internally or by third parties** (such as external consultants or financial institutions), and **used in preparation, in the realization, and follow-up of the decision making process or reporting related to these products.***

(Frage aus Phase II, ohne Zeitraum, Frist: 7 Tage)



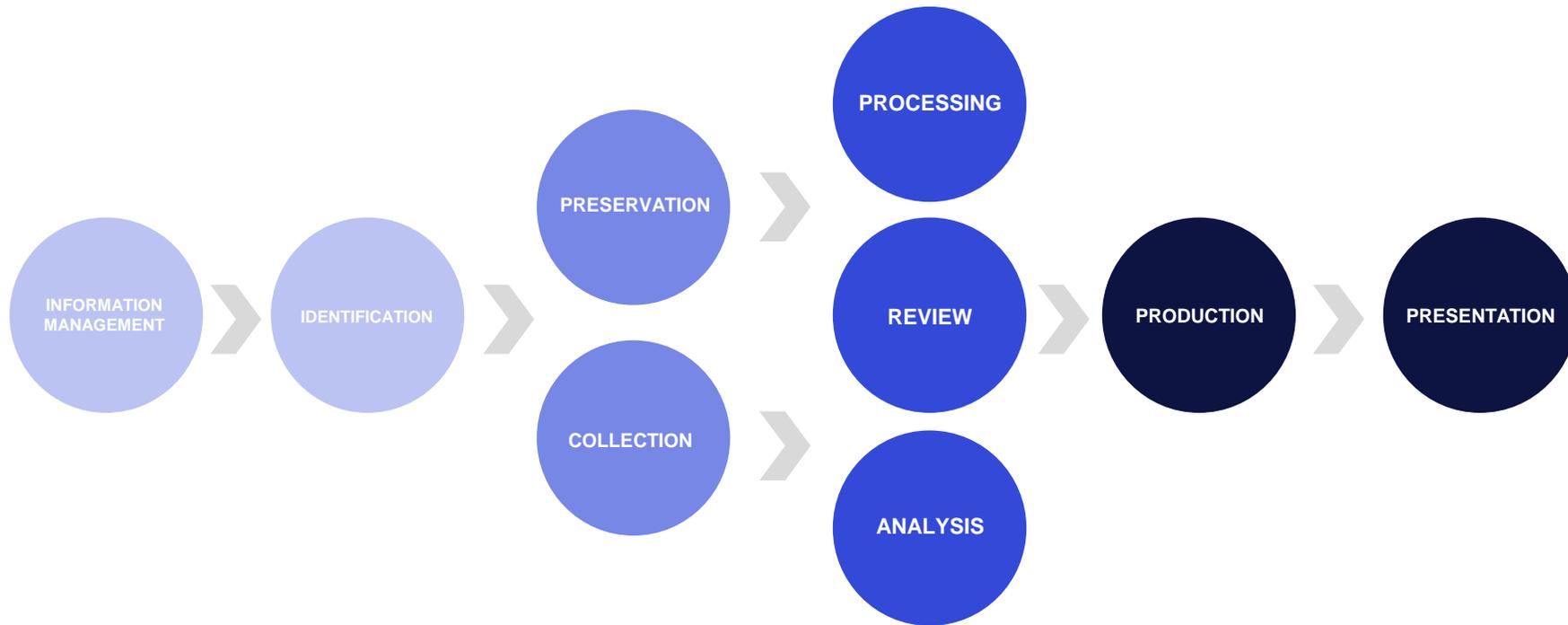
**opentext™**

# Potentiale der E-Discovery bei Fusionskontrollverfahren

Forensic | E-Discovery | Data Protection

17.10.2018 | Franziska Klein | Regional Manager DACH

# E-Discovery - Das EDRM (Electronic Discovery Reference Model)



# Anforderungen der Kommission

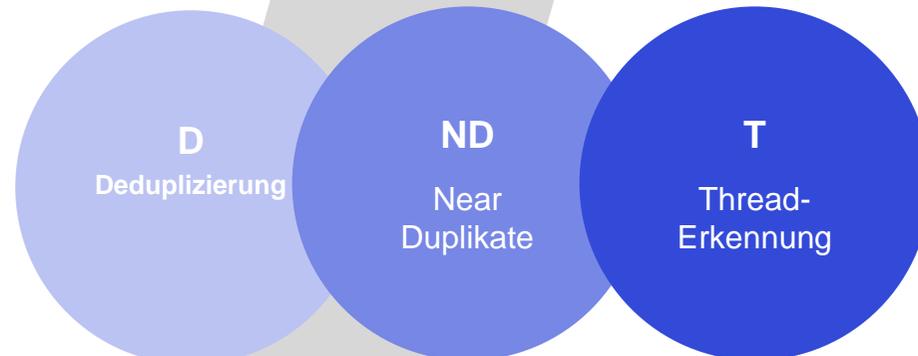
- Oft umfangreiche Suchwortlisten der Kommission
- Enge Zeitlimits
- Viele betroffene Personen

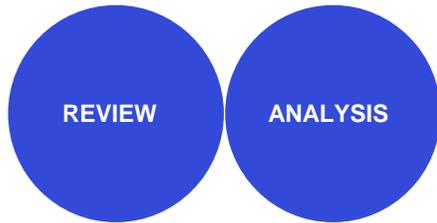
→ Technologische Unterstützung unumgänglich

# Mengenreduktion der Daten

- Daten aus betreffendem bestimmten Zeitraum – irrelevante Dateitypen ausschließen
- **Deduplizierung**  
Unterdrückung aller vielfach im Datenkorpus vorkommenden Dokumente und E-Mails
- **Near - Duplikaterkennung**  
Erkennung und Zusammengruppierung von sehr ähnlichen Dokumenten (85%)
- **Thread - Erkennung**  
Erkennung und Gruppierung von Kommunikationssträngen in Daten.

## Review - Effizienzsteigerung





## Auf das Wesentliche konzentrieren

- Identifikation von privilegierten Dokumenten durch Smart Filter: Domänen, Recipients, Sender (Kommunikation mit Anwaltskanzleien)
- Einsatz von Predictive Coding (TAR), um Review-Prozess enorm zu beschleunigen

# Predictive Coding Workflow

Iteration	Docs suggested & Reviewed	Not Relevant	Relevant	Key Docs
1	165	97 (58,8%)	68 (41,2%)	51

Iteration	Docs suggested & Reviewed	Not Relevant	Relevant	Key Docs
1	165	97 (58,8%)	68 (41,2%)	51
2	314	198 (63,1%)	116 (36,9%)	102
3	998	646 (64,7%)	352 (35,3%)	397
4	1.134	413 (36,4%)	721 (63,6%)	453
5 (40k neue Dok.)	2.236	1.499 (67,0%)	737 (33,0%)	644
6	3.765	2.836 (75,3%)	929 (24,7%)	773
7	4.334	3.772 (87,0%)	562 (13,0%)	386
8	3.756	1.531 (40,8%)	2.225 (59,2%)	464
9	2.043	1.378 (67,4%)	665 (32,6%)	212
10	1.390	879 (63,2%)	511 (36,8%)	215
11	659	514 (78,0%)	145 (22%)	34
12 (42k neue Dok.)	412	310 (75,2%)	102 (24,8%)	37
13	678	529 (78,0%)	149 (22,0%)	14
14	467	443 (94,9%)	24 (5,1%)	3
15	543	542 (99,8%)	1 (0,2%)	0
<b>Results</b>	<b>22.894</b>		<b>7.307</b>	<b>3785</b>
22.894 von 282.000 Dokumenten (=8%) gesichtet		7307 relevante Dokumente = ca. 2,6%		

# opentext™

Thank you



[twitter.com/opentext](https://twitter.com/opentext)



[facebook.com/opentext](https://facebook.com/opentext)



[linkedin.com/company/opentext](https://linkedin.com/company/opentext)

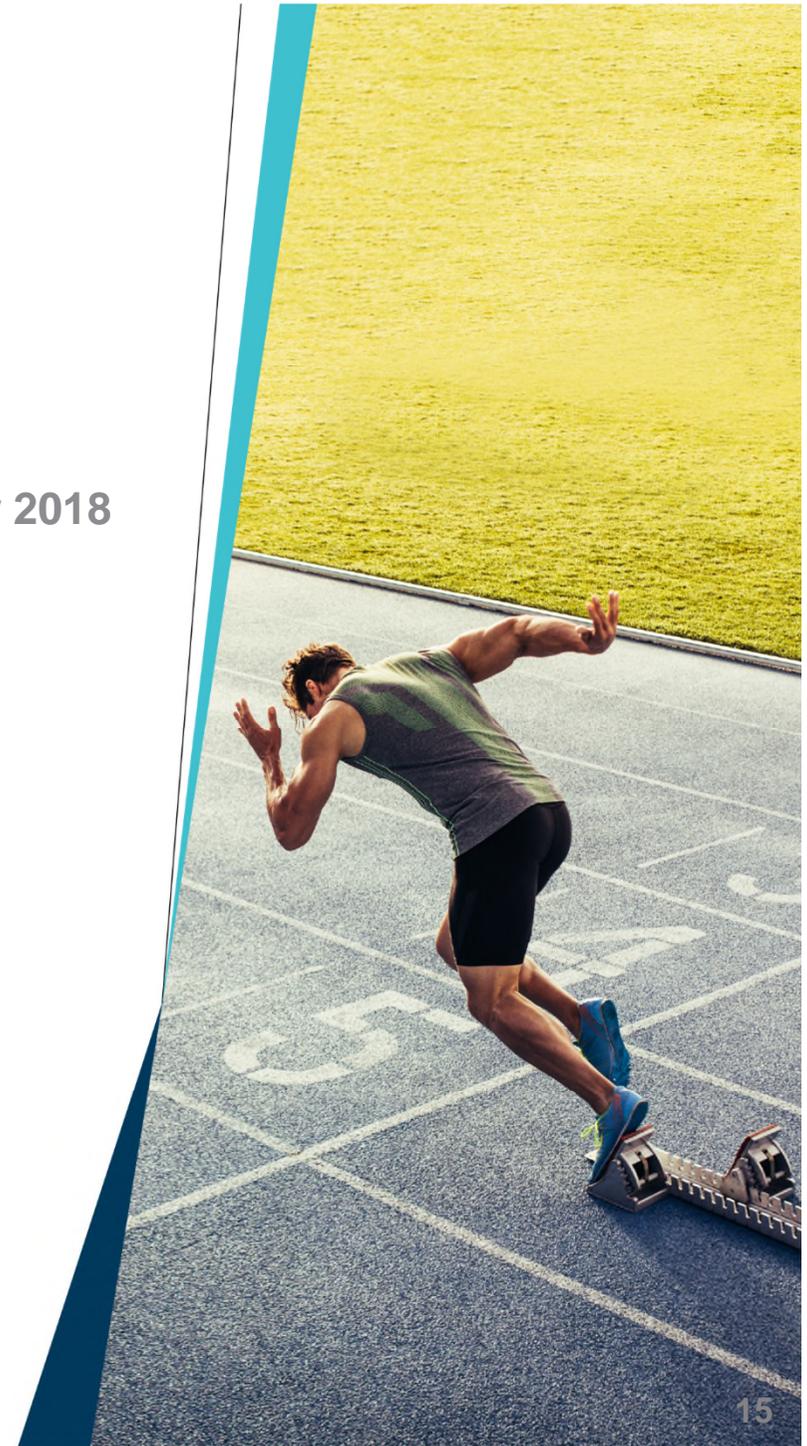
[opentext.com](https://opentext.com)

# Gun-Jumping | Update

KartellrechtsForum Frankfurt a.M. – 17. Oktober 2018

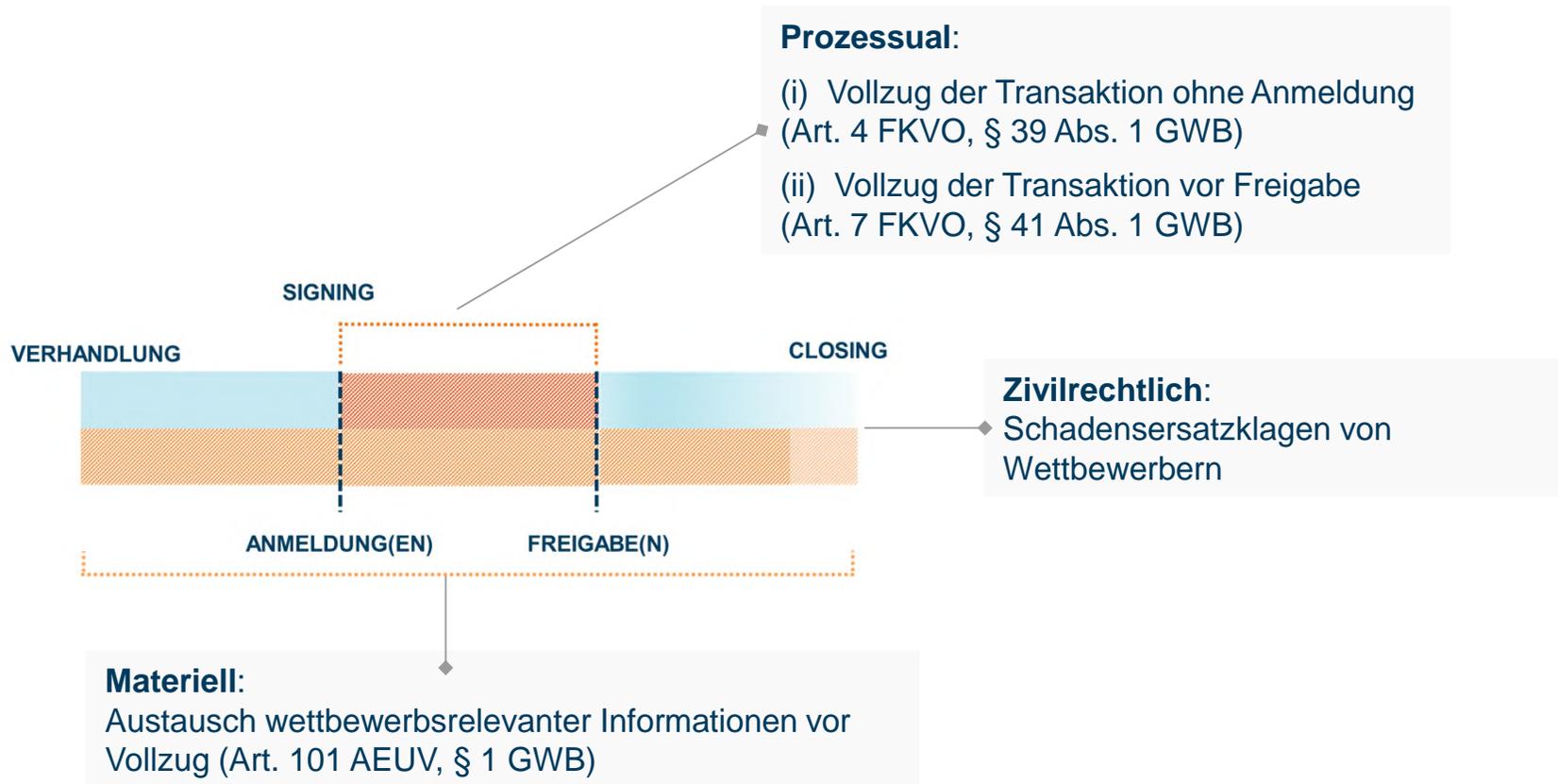
Clemens Graf York und Dr. Laura Stammwitz

Dechert  
LLP



# Erhöhtes Bußgeldrisiko zw. Signing und Closing

## Verstöße gegen Anmelde- und Stillhaltepflicht und Kartellverbot



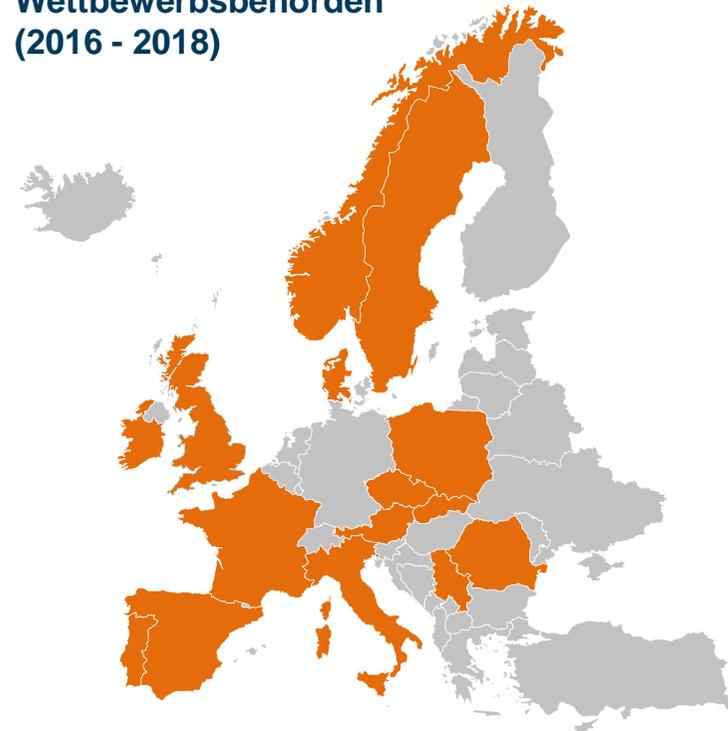
# „Gun Jumping“ im Fokus der Kartellbehörden

## Sanktionen für Missachtung der Stillhaltepflicht nehmen zu

### Bußgelder verhängt durch EU-Kommission

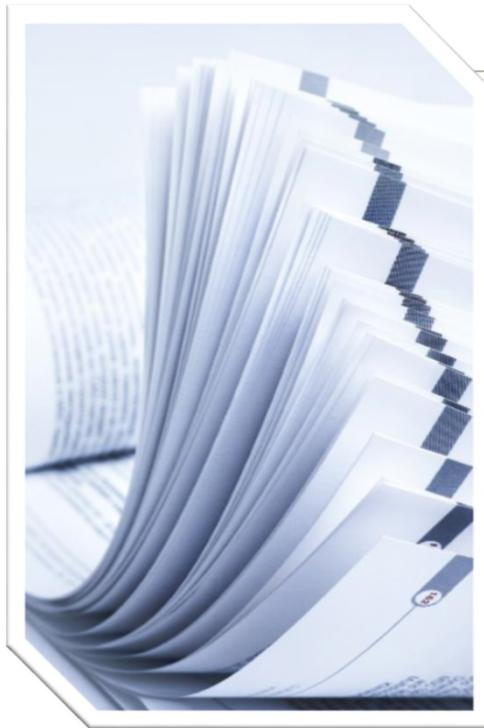
Jahr	Entscheidung	Bußgeld (Mio.)
[2018]	Canon/Toshiba Medical Systems	[?]
2018	Altice/PT Portugal	124,5
2014	Marine Harvest/Morpol (2017 bestätigt durch EuG)	20,0
2009	Electrabel/Compagnie Nationale du Rhone (2014 bestätigt durch EuG)	20,0
1999	A.P. Møller	0,03
1998	Samsung/AST	0,23

### Bußgeld-Aktivität mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden (2016 - 2018)



# Aktuelle Entscheidungen

## Konturen des Vollzugsverbots



- 8.11.2016 – Altice (ADLC)
- 26.10.2017 – Marine Harvest (EuG, Rs. T-704/14)
- 14.11.2017 – Edeka/Kaiser's Tengelmann (BGH, KVR 57/16)
- 24.4.2018 – Altice (Kommission, M.7993)
- 31.5.2018 – Ernst & Young (EuGH, Rs. C-633/16)

# Wie bestimmt sich die Reichweite der Stillhaltepflicht? (EU)

## *Ernst & Young* (EuGH, Urt. v. 31.5.2018, Rs. C-633/16)

- Sachverhalt:
  - Kündigung des Kooperationsvertrages mit KPMG-Netzwerk (als Drittem) vor Anmeldung
  - Einstellung der Zusammenarbeit nach Freigabe v. 28. Mai 2014
  - Wettbewerbsrat stellt Verstoß gegen nat. Vollzugsverbot fest, da (i) pot. Marktauswirkung, (ii) enger Zusammenhang mit Zusammenschluss und (iii) Unumkehrbarkeit
  - Vorlage: Kriterien für Beurteilung von (Vollzugs-)Handlungen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 FKVO
- Entscheidung:
  - Vollzug durch Vorgang, der **ganz oder teilweise, tatsächlich oder rechtlich zu einer Veränderung der Kontrolle über das Zielunternehmen beiträgt**
  - Mögliche Marktauswirkungen können allein nicht als Kriterium dienen
  - Systematik: Anwendungsbereich der FKVO nicht über Gebühr ausgedehnt
  - Ausgangsverfahren: Vollzug verneint
- Conclusio: Restriktive Auslegung des Vollzugsbegriffs

# Vollzug vor Anmeldung und Freigabe „kostet doppelt“

## *Marine Harvest (EuG, Urt. v. 26.10.2017, Rs. T-704/14)*

- Sachverhalt:
  - Dez. 2012: Marine Harvest erwirbt 48,5 % an Morpol von dessen größtem Anteilseigner
  - Anschließend: Aufstockung auf 87,1 % durch öffentliches Übernahmeangebot
  - Aug. 2013: Anmeldung bei der Kommission
  - EUR 20 Mio. Bußgeld: Verstoß gegen Anmeldepflicht und Vollzugsverbot (Art. 14 Abs. 2 FKVO)
- Begründung:
  - Aufgrund geringer Hauptversammlungspräsenz Erwerb von *de facto* Kontrolle bereits durch den Paketerwerb in 2012
  - Keine Ausnahme für Börsenübernahmen ( Art. 7 Abs. 2, 1. Alt. FKVO): Wortlaut deckt nicht Erwerb alleiniger Kontrolle durch privatrechtliches Geschäft, selbst wenn sich öffentliches Übernahmeangebot anschließt
- Rechtsmittel anhängig: (i) einheitlicher Charakter und (ii) *ne bis in idem*
- Conclusio: *De facto* Kontrollmöglichkeit muss im Einzelfall prognostiziert werden

## Wie bestimmt sich die Reichweite der Stillhaltepflicht? (D) *EDEKA/Kaiser's Tengelmann* (BGH, Beschluss v. 14.11.2017, Az. KVR 57/16)

- BKartA: Verbot der Durchführung eines Rahmenvertrages über Warenkauf /Zentralregulierung
- Rechtsbeschwerde vor dem BGH ohne Erfolg
  - Unstreitig: „(...) Verhalten zwar nicht den angemeldeten Zusammenschluss vollständig verwirklicht, aber schon als solches rechtlich oder faktisch einen der in § 37 Abs. 1 GWB aufgeführten Zusammenschlusstatbestände verwirklicht“
  - BGH legt § 41 Abs. 1 GWB weit aus und bejaht Verstoß im konkreten Fall:
    - Erfasst sind auch Maßnahmen **„die, ohne für sich genommen einen Zusammenschlusstatbestand auszufüllen, im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und geeignet sind, dessen Wirkungen zumindest teilweise vorwegzunehmen.“**
    - Bsp. (i) Befugnisse, die sich aus Position als Inhaber der Geschäftsanteile und Gesellschafterrechten ergeben würden, (ii) Maßnahmen, die die mit dem Zusammenschluss erstrebte Integration teilweise vorweg nimmt
  - Beurteilungskriterium: Führt Maßnahme zu einem Verhalten, das bei einem Unternehmen, das selbständig über sein Marktverhalten entscheidet, nicht zu erwarten wäre?
- Vereinbarkeit mit EuGH?

# Kriterien für Gestaltung von Zustimmungsklauseln

*Altice/PT Portugal (KOM, Entsch. v. 24.4.2018, M.7993)*

- Sachverhalt:
  - Bußgeld für Verstoß gegen Anmeldepflicht und Vollzugsverbot (insg. EUR 124,5 Mio.)
  - Zeitraum: Dez. 2014 (Übernahmevertrag) bis April 2015 (Freigabe unter Auflagen)
- Begründung:
  - Übernahmevertrag verlieh Altice Möglichkeit bestimmenden Einfluss auszuüben
  - Kommission kritisiert Einräumung eines **weitreichenden Vetorechts** für Altice
    - Kategorien der erfassten Verträge und Geschäfte war zu weitgehend
    - Monetäre Schwellen zu gering angesetzt und nicht auf Basis objektiver Kriterien festgelegt
    - i.E. Vielzahl der erfassten Verträge war der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zuzuordnen
  - Mithin konnte Erwerberin auch Geschäften / Handlungen widersprechen, die nicht zur Werterhaltung der Zielgesellschaft erforderlich waren
  - Austausch sensibler Informationen **ohne Vertraulichkeitsvereinbarung/Clean Team**
- Conclusio: Zustimmungsvorbehalte anhand obj. Kriterien entwerfen

## Strenge Maßstäbe frz. Wettbewerbsbehörde zur Integrationsplanung *Altice/SFR und OTL (Autorité de la Concurrence, Entsch. v. 8.11.2016)*

- Bußgeld i.H.v. EUR 80 Mio. nach Hinweisen von Wettbewerbern und Durchsuchungen
- Unzulässige Verhaltensweisen:
  - Vorzeitige Kontrolle über **operatives Geschäft** der Zielgesellschaften:
    - SFR: Erwerberin „prüfte“ Ausschreibung / Verträge von strategischer Bedeutung und beendete Rabattaktion
    - OTL: Handlungsfreiheit durch zu niedrige Schwellenwerte in Zustimmungsklauseln beschränkt
  - **Informationsaustausch**: Übernahme von OTL, aktueller/künftiger Geschäftsentwicklung, wöchentliche Berichterstattung
  - **Überschießende Integrationsplanung**:
    - Intensive Vorbereitung eines neuen Breitbandangebots unter SFR-Label als Strategiewechsel im Zusammenhang mit Erwerb
    - Umsetzung erst nach Freigabe, aber mit erheblichen Marktauswirkungen: Wettbewerbsvorsprung
    - Zulässige Vorbereitungshandlung nach EY-Maßstäben?
- Follow-on Problem: Schadensersatzklagen von Wettbewerbern

# Diskussion und Ausblick

## Diskussionsgrundlage

- Divergierende Auslegung des Vollzugsbegriffs
  - EuGH (**restriktiv**): Maßnahme, die zur Kontrollbegründung beiträgt; Bedeutungsgewinn für Kartellverbot bei „zusammenschlussfernen“ Vorgängen
  - BGH (**extensiv**): Maßstab ist der autonome Marktteilnehmer; Problem: kartellrechtlich erlaubte gemeinsame Maßnahmen der Parteien können unter Vollzugsverbot fallen
- Zustimmungsvorbehalte: Bestimmung der **Schwellen** und Zweck der **Werterhaltung**
- Altice: „Commission’s approach to the **clean team arrangements is purely academic** and is not compatible [to] the reality of merger transactions.“

## Ausblick

- Kommission: *Canon/Toshiba Medical Systems* (derzeit: SO) – Warehousing Konstellation
- Rechtsmittel: (1) EuGH, Rs. C-10/18 P – *Marine Harvest*, (2) EuG, Rs. T-425/18 – *Altice*

# Kontakt



**Clemens Graf York von Wartenburg**

**Partner**

Antitrust (Brussels/Frankfurt)

Clemens.York@dechert.com

+49 69 7706194258



**Dr. Laura A. Stammwitz**

**Associate**

Antitrust (Frankfurt)

Laura.Stammwitz@dechert.com

+49 69 7706194231