



MAYER | BROWN

ILLUMINA / GRAIL

Sandwich-Jurisdiktion? *Quo vadis* nach GA Emiliou?

KartellrechtsForum Frankfurt am Main, 24. April 2024

Dr. Andrea Pomana

VERFAHREN IM ÜBERBLICK

- 21. September 2020: Illumina und Grail machen Fusion publik
- 19. Februar 2021: Kommission teilt den MS den Zusammenschluss mit und fordert sie nach Art. 22 Abs. 5 FKVO auf, einen Antrag nach Abs. 1 zu stellen
- 9. März 2021: Franz. autorité stellt den Verweisungsantrag nach Art. 22 Abs. 1 FKVO
- 11. März 2021: Kommission informiert die Parteien + Vollzugsverbot nach Art. 7 i.V.m. Art. 22 Abs. 4 FKVO („Information Letter“)
- Bis 31. März 2021: BE, GR, IS, NL, NO treten dem Verweisungsantrag bei
- 19. April 2021: Kommission gibt den Verweisungsanträgen statt
- 28. April 2021: Illumina reicht Klage beim Europäischen Gericht ein
- 13. Juli 2022: Europäisches Gericht weist Klage ab
- 22./30. September 2022: Parteien reichen Klage beim EuGH ein
- 21. März 2024: Schlussanträge des GA Emiliou

Zur Erinnerung:

- Umsatzschwellen nicht in der EU oder auf MS-Ebene erreicht → keine Anmeldung
- Grail generierte keinerlei Umsätze in der EU oder weltweit
- Keine gemeinschaftsweite Bedeutung nach Art. 1 FKVO

6. Sept. 2022: Kommission untersagt Fusion

- Behindert die Innovation
- Verringert die Auswahlmöglichkeiten auf dem Markt für blutbasierte Krebsfrüherkennungstests

ART. 22 FKVO – QUINTESSENZ DES STREITS

Gericht

- "Gap filling" and "corrective" objective
- "Killer acquisitions"

→ Weite Auslegung

Generalanwalt

- "Dutch" clause
- One-stop-shop principle
- No gap

→ Enge Auslegung

ART. 22 FKVO – VERWEISUNG AN DIE KOMMISSION

Abs. 1:

“One or more Member States may request the Commission to examine **any** concentration as defined in Article 3 that does **not have a Community dimension** within the meaning of Article 1 **but affects trade between Member States** and threatens to significantly affect competition **within the territory of the Member State or States making the request**.

Such a request shall be made at most within 15 working days of the date on which the concentration was notified, or if no notification is required, otherwise **made known** to the Member State concerned.”

Abs. 5:

“The Commission may inform one or several Member States that it considers a concentration fulfils the criteria in paragraph 1. In such cases, the Commission may invite that Member State or those Member States to make a request pursuant to paragraph 1.”

TEXTAUSLEGUNG

Gericht:

1. Nicht erforderlich, dass der Zusammenschluss in den Anwendungsbereich der nationalen FuKo fällt
2. "Any" concentration – hat eine weite Bedeutung
3. Art. 22 Abs. 1 differenziert nicht zwischen MS mit und ohne FuKo-Regime

Generalanwalt:

1. *Prima facie* vertretbar, aber: "it does not provide a clear-cut answer to the interpretative issue in dispute"
2. Text muss u.a. kontextuell und teleologisch ausgelegt werden, da Zweifel an der reinen Textauslegung bestehen
 - Titel "Verweisung" in Art. 22 impliziert, dass es Prüfungsfälle gibt, die dann verwiesen werden (*nemo dat quod non habet*)
 - Zusammenschlüsse nur prüfen, wenn die MS kein eigenes FuKo-Regime haben → Mehrfachanmeldungen vermeiden ("strengthen the one-stop-shop principle by avoiding multiple filings")
3. Fazit: "It would be absurd to suggest that the Court *should* stop at the examination of the text of the provision" (wie von der Kommission übrigens vorgeschlagen)

HISTORISCHE AUSLEGUNG (1)

Gericht:

Art. 22 Abs. 1 1. UAbs ermöglicht es, unabhängig vom Anwendungsbereich der nationalen FuKo Zusammenschlüsse zu verweisen

Generalanwalt:

1. Gericht stützt sich auf diverse Dokumente der Kommission (1996 Green Paper, 2001 Green Paper, 2003 Commission Proposal und 2009 Staff Working Paper), die von der Kommission selbst und nach der Verabschiedung der FKVO 1989 verfasst wurden
2. Gericht hätte Dokumente des Rates vor FKVO 1989 prüfen sollen
3. Unbestritten, dass
 - Art. 22 von MS mit und ohne FuKo-Regime in Anspruch genommen werden kann
 - der Verweisungsmechanismus im Laufe der Zeit geändert wurde, um seine Ziele zu erweitern und eine häufigere Anwendung zu ermöglichen
4. Entscheidend ist aber: “does it permit a referral from a MS that has a merger control system for cases that do not fall thereunder”
5. O.g. KOM-Dokumente und die *travaux préparatoires* belegen genau das Gegenteil

HISTORISCHE AUSLEGUNG (2)

- *Travaux préparatoires* und Dokumente des Rates, die zur Entstehung der FKVO 1989 relevant sind
 - Entscheidend war die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Kommission und den MS
 - **“Dutch” clause** → Kommission kann Zusammenschlüsse für die nationalen Behörden prüfen
 - “Not a single document of the *travaux préparatoires* points out to the argument made by the General Court that Art. 22 has a ‘corrective’ objective”
 - Die Kommission konnte übrigens auf kein einziges Dokument hinweisen, das die Aussage des Gerichts unterstützte
- Selbiges gilt für FKVO 1997
 - Wurde zwar im Hinblick auf Art. 22 erweitert. “However, there is no trace that the changes pursued a gap-filling objective. On the contrary, the purpose was to strengthen the one-stop-shop principle and avoid multiple filings”.
- FKVO 2004
 - Historische Dokumente stützen nicht die Feststellungen des Gerichts, dass Art. 22 angebliche Mängel beheben sollte (starre Schwellenwerte nach Art. 1)
 - Änderungen an Art. 22 sollten das one-stop-shop Prinzip stärken und Mehrfachanmeldungen vermeiden (bestätigt in 2014 White Paper “Towards more effective EU merger control”)

KONTEXTUELLE AUSLEGUNG

Gericht:

- Verweisungsantrag kann unabhängig vom Anwendungsbereich der nationalen FuKo gestellt werden
- "Made known" in Art. 22 Abs. 1 2. UAbs. meint, dass man nicht notwendigerweise in den MS anmelden muss

Generalanwalt:

- Art. 22 FKVO 2004 konsolidiert das Acquis des Art. 22 und stärkt das Prinzip "one-stop-shop"
- Erwägungsgrund 15 FKVO: MS, der die Verweisung vornimmt, muss nach nationalem Recht für die Prüfung zuständig sein
 - "Other MS which are also competent to review the concentration should be able to join the referral request" ... "The Commission should have the power to examine a deal on behalf of a requesting MS"
- Kommissionseinwand, dass sie Zusammenschlüsse prüfen muss, die den Binnenmarkt betreffen, trägt nicht
 - Nicht ersichtlich, wieso dann die Kommission für den MS prüfen würde, also für eine nationale Behörde, die *a fortiori* nicht zuständig wäre
 - FKVO 1989: "the Commission shall take only the measures strictly necessary to maintain or restore effective competition within the territory of the MS *at the request of which it intervenes*"
- Art. 22 war ursprünglich nur temporär konzipiert und sollte obsolet werden → enge Auslegung

TELEOLOGISCHE AUSLEGUNG

Gericht:

- Ziel der FKVO sei es, eine wirksame Kontrolle zu ermöglichen (Erwägungsgründe 6, 11, 24 etc.)
- Erwägungsgrund 11: das Verweisungssystem als wirksames Korrektiv ("effective corrective mechanism")

Generalanwalt:

- "Gap filling objective" nicht erkennbar
- Erwägungsgrund 11 könne nicht isoliert, sondern nur im Kontext und zusammen mit anderen Gründen betrachtet werden
 - Es geht primär um die Allokation von Kompetenzen
 - Erwägungsgrund 11 wurde erst mit der FKVO 2004 eingeführt (Nutzen des Verweisungssystems kam erst ab 1997) und bezieht sich ausschließlich auf die Notwendigkeit, Mehrfachanmeldungen zu vermeiden ("The 2001 Green Paper confirms that Article 22 was introduced to make it operational as a corrective mechanism to the multiple filings problem")
 - "Wirksame Kontrolle" existiert nicht im Vakuum, sondern geht Hand in Hand mit der Verfolgung andere Ziele: (i) klare Allokation der Zuständigkeit, (ii) one-stop-shop, (iii) **efficient and predictable system capable of offering legal certainty**
- FKVO auferlegt eine weltweites Vollzugsverbot
 - Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung und Erfordernisse der Wirtschaft berücksichtigen (EuGH)
 - Keine Sandwich-Jurisdiktion; Subsidiaritätsprinzips (siehe Erwägungsgrund 11)

FAZIT – SCHLUSSANTRÄGE GA EMILIOU

“[The interpretation of the General Court would lead to a] **very significant extension of the scope of the EUMR and of the Commission’s jurisdiction.**

In one fell swoop, by means of an original interpretation of Article 22 EUMR. The Commission gains the power to review almost any concentration, occurring anywhere in the world, regardless of undertakings’ turnover and presence in the European Union and the value of the transaction, and at any moment in time, including well after the completion of the merger.” (Die Kommission bestätigt dies in der Anhörung)

QUO VADIS, OLIVIER?



- Änderung der FKVO?
- Towercast?
- Oder doch: *Sandwich*-Jurisdiktion?
- EuGH – Sonderlösung, und welche?
- ICN recommended practices?

ANNEX: ART. 22 ABS. 3 FKVO 1989 / 1997

Art. 22 (3) ECMR 1989 (Art. 22 (1) EUMR)

“If the Commission finds, at the request of a Member State, that a concentration as defined in Article 3 that has no Community dimension within the meaning of Article 1 creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded within the territory of the Member State concerned it may, insofar as the concentration affects trade between Member States, adopt the decisions provided for in Article 8 (2), second subparagraph, (3) and (4).”

Art. 22 (3) ECMR 1997 (Art. 22 (1) EUMR)

“If the Commission finds, at the request of a Member State or at the joint request of two or more Member States, that a concentration as defined in Article 3 that has no Community dimension within the meaning of Article 1 creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded within the territory of the Member State or States making the joint request, it may, insofar as that concentration affects trade between Member States, adopt the decisions provided for in Article 8 (2), second subparagraph, (3) and (4).”