

Newsletter, 27. April 2018

„Gun-Jumping“: Hohes Bußgeld der EU-Kommission wegen vorzeitiger Durchführung einer M&A-Transaktion

Die EU-Kommission hat am 24. April 2018 eine Geldbuße in Höhe von EUR 124,5 Mio. gegen Altice verhängt, weil das Unternehmen bereits vor der Freigabe einer Transaktion durch die EU-Kommission einen bestimmenden Einfluss auf das Zielunternehmen genommen und damit gegen das Vollzugsverbot verstoßen hat.

Die jüngste Bußgeldentscheidung der EU-Kommission („Kommission“) gegen das Unternehmen Altice wegen des vorzeitigen Vollzugs („Gun Jumping“) beim Erwerb von PT Portugal zeigt ein weiteres Mal, dass die Verfolgungsaktivitäten der Kartellbehörden in diesem Bereich stetig zunehmen.¹ Von einem vorläufigen Vollzug ist nicht nur dann auszugehen, wenn es zur Übertragung von Unternehmensanteilen oder Vermögenswerten vor der Freigabe durch die Kartellbehörden kommt. Ausreichend ist vielmehr, dass der Erwerber sich im Unternehmenskaufvertrag die Möglichkeit einräumt lässt, bereits vor der Freigabe einen bestimmenden Einfluss auf das Zielunternehmen auszuüben, oder tatsächlich Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens nimmt. Die Trennlinie zwischen vorbereitenden Integrationsmaßnahmen, die vor Freigabe erlaubt sind, und solchen, die den Zusammenschluss zumindest teilweise rechtswidrig vorwegnehmen, verläuft dabei fließend.

Interessenlage und rechtlicher Hintergrund

Der Erwerber eines Unternehmens hat ein zentrales Interesse daran, zeitnah nach der Einigung mit dem Verkäufer damit zu beginnen, das erworbene Unternehmen möglichst schnell in die eigene Konzernstruktur zu integrieren.

In den meisten Fusionskontrollregimen müssen die Zusammenschlussparteien jedoch mit dem Integrationsprozess bis zur Freigabe durch die zuständige Kartellbehörde warten. Solange müssen die beteiligten Unternehmen als unabhängige Einheiten am Markt bestehen bleiben und sich dementsprechend verhalten. Es soll verhindert werden, dass unumkehrbare Auswirkungen eintreten, solange der Zusammenschluss noch nicht im Wege der Fusionskontrolle kartellrechtlich

hinsichtlich seiner Auswirkungen auf das Markt- und Wettbewerbsgeschehen überprüft und freigegeben worden ist.

Diese Maßgabe hat in zweierlei Hinsicht Bedeutung: Verhaltensweisen, die bereits ein gemeinsames strategisches Vorgehen oder Auftreten im Markt mit sich bringen, sind bis zur Freigabe ebenso verboten, wie der Austausch von sensiblen Informationen.

Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann hohe Bußgelder nach sich ziehen, die z.B. in Deutschland und auf EU-Ebene bis zu 10 % des Jahresumsatzes ausmachen können.

Entscheidung der Kommission

Das Unternehmen Altice meldete im Februar 2015 bei der Kommission den Erwerb der alleinigen Kontrolle über PT Portugal an, nachdem der Unternehmenskaufvertrag im Dezember 2014 geschlossen worden war. Die Kommission gab die Transaktion unter Auflagen im April 2015 frei.²

Rund zwei Jahre später, im Mai 2017, richtete die Kommission eine Mitteilung von Beschwerdepunkten an Altice und äußerte in diesen den Verdacht, dass Altice bereits bei der Anmeldung des Zusammenschlusses bei der Kommission und auch zwischen Anmeldung und Freigabe gegen das Vollzugsverbot verstoßen habe.³

Diese Einschätzung stützte die Kommission darauf, dass Altice einen bestimmenden Einfluss auf PT Portugal ausgeübt habe, indem das Unternehmen vor der Anmeldung der Transaktion

¹ Vgl. zu diesem Trend bereits Commeo-Newsletter v. 31. März 2017: [„Gun-Jumping – Antitrust Enforcement in M&A Transactions“](#).

² EU-Kommission, Pressemitteilung v. 18. Mai 2017, [IP/17/1368](#).

³ EU-Kommission, Pressemitteilung v. 24. April 2018, [IP/18/3522](#).

- (i) über den Unternehmenskaufvertrag unter anderem Vetorechte gegen Entscheidungen von PT Portugal erhielt, die der normalen Geschäftstätigkeit („ordinary course of business“) zuzuordnen waren,

sowie zwischen der Anmeldung und der Freigabe der Transaktion

- (ii) tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf PT Portugal ausgeübt habe, wofür beispielhaft Anweisungen zur Durchführung von Werbekampagnen genannt wurden.

Darüber hinaus stellte die Kommission fest, dass Altice

- (iii) detaillierte sensible Geschäftsinformationen von PT Portugal erfragte und auch erhielt.⁴

Die genannten und von der Kommission beußten Verhaltensweisen schärfen insbesondere den Blick für Bestimmungen in Unternehmenskaufverträgen, die bereits nach Vertragsunterzeichnung die Möglichkeit einer Einflussnahme durch den Erwerber mit sich bringen. Allein die Möglichkeit der Beeinflussung der normalen Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens legt den Schluss nahe, dass dieser Einfluss tatsächlich ausgeübt wird. In diesem Fall ist das Zielunternehmen nicht mehr unabhängig im Markt tätig, wie es das aus den Fusionskontrollvorschriften folgende Vollzugsverbot einfordert. Weitere Beispiele für einen vorläufigen Vollzug sind gemeinsame Vertragsverhandlungen mit Geschäftspartnern oder Maßnahmen, die eigentlich nur beherrschende Anteilseigner durchführen können, wie etwa der Austausch der Geschäftsführung.⁵

Ein besonderes Augenmerk verdient zudem die Feststellung der Kommission, dass der Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen der Anmeldung und der Freigabe des Zusammenschlusses gegen das Vollzugsverbot verstößt. Diese Maßgabe gilt weitergehend auch für den Zeitraum zwischen der Freigabe und dem Vollzug der Transaktion. Erst nach dem Vollzug der Transaktion gehören die beiden zunächst unabhängigen Unternehmen einem einzigen Konzern im kartellrechtlichen Sinne an und ein Informationsaustausch ist erst ab diesem Zeitpunkt gänzlich unbedenklich. Das gilt umso mehr, als das die Transaktion auch nach Freigabe noch scheitern kann, die Unternehmen also

weiterhin, anders als zunächst geplant, eigenständige Unternehmen im Markt bleiben.

Kommentar

Das Unternehmen Altice ist ein Wiederholungstäter, gegen den wegen Gun-Jumpings bereits im Jahr 2016 durch die französische Wettbewerbsbehörde ein Bußgeld in Höhe von EUR 80 Mio. verhängt worden ist. Das aktuelle Bußgeld der Kommission dürfte allerdings nicht vor diesem Hintergrund derart hoch ausgefallen sein. So weist die Wettbewerbskommissarin der EU, Margrethe Vestager, ausdrücklich darauf hin, dass durch diesen Fall „andere Unternehmen von Verstößen gegen die Fusionskontrollvorschriften der EU“⁶ abgehalten werden sollen.

Diese Aussage fügt sich nahtlos in den übergeordneten Kontext ein, die Einhaltung der Fusionskontrollvorschriften verstärkt zu überwachen. So hat die Kommission ebenfalls in letzter Zeit gegen mehrere Unternehmen ein Verfahren wegen unrichtiger bzw. irreführender Angaben im Zuge von Fusionskontrollanmeldungen eingeleitet und gegen Facebook anlässlich der Übernahme von WhatsApp bereits eine Geldbuße in Höhe von EUR 110 Mio. aus diesem Grund verhängt.⁷ Es ist eindeutig erkennbar, dass die Kommission verschärft und systematisch Verhaltensweisen, die das System der Fusionskontrolle untergraben, verfolgt und ahndet.



Dr. Christian Ehlenz

Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M.
Dr. Dominique S. Wagener, LL.M.
Dr. Stephanie Pautke, LL.M.
Dr. Johanna Kübler
Isabel Oest, LL.M.
Christoph Weinert, LL.M.
Josefa Billinger, LL.B./LL.M.
Christoph Krüger
Dr. Christian Ehlenz
Damaris Kosack

Commeo LLP ist eine auf die Beratung im Kartellrecht spezialisierte Kanzlei in Frankfurt am Main. Als gewachsenes Team erfahrener Anwälte beraten wir nationale und inter-nationale Mandanten in allen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts.

Commeo LLP
Rechtsanwälte und Notar
Speicherstraße 55
60327 Frankfurt am Main
www.commeo-law.com

⁴ Hierzu u. zum Vorgenannten EU-Kommission, Pressemitteilung v. 24. April 2018, [IP/18/3522](#).

⁵ Vgl. Commeo-Newsletter v. 31. März 2017: „[Gun-Jumping – Antitrust Enforcement in M&A Transactions](#)“ zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 9. und 15. Dezember 2015, [VI-Kart 1/15 \(V\)](#) und [VI-Kart 5/15 \(V\)](#); vgl. a.a.O auch zum mittlerweile vom EuG bestätigten Bußgeld im Fall EuG, Rs. [T-704/14](#) – Marine Harvest ASA, sowie zum noch nicht entschiedenen Fall EuGH, Rs. [C-633/16](#) – Ernst & Young.

Diese Veröffentlichung wurde ausschließlich zu Informationszwecken erstellt. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.

⁶ EU-Kommission, Pressemitteilung v. 24. April 2018, [IP/18/3522](#).

⁷ EU-Kommission, Pressemitteilung v. 18. Mai 2017, [IP/17/1369](#); Pressemitteilung v. 6. Juli 2017, [IP/17/1924](#).