

Newsletter, 22. Dezember 2023

„Gun Jumping“: Vollzugsverbot in der EU-Fusionskontrolle

Das jüngste EuGH-Urteil *Altice* sowie das im Sommer 2023 verhängte Rekordbußgeld der EU-Kommission in der Rechtssache *Illumina / Grail* verdeutlichen die Relevanz von Kartellrechts-Compliance im Rahmen von M&A-Transaktionen

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 9. November 2023¹ ein von der EU-Kommission verhängtes Bußgeld gegen das Unternehmen Altice wegen vorzeitigen Vollzugs einer Transaktion weitgehend aufrechterhalten und damit ein weiteres Mal den EU-Wettbewerbsbehörden in ihrer strikten Verfolgung von Verstößen in diesem Bereich den Rücken gestärkt. Bereits im Juli 2023 hatte die EU-Kommission in der Rechtssache *Illumina/Grail*² ein Rekordbußgeld in Höhe von EUR 432 Mio. gegen das Unternehmen Illumina wegen eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot verhängt und auch erstmalig das Zielunternehmen (Grail) mit einem (symbolischen) Bußgeld belegt.

Vollzugsverbot in der EU-Fusionskontrolle

Nach Art. 4 Abs. 1 der EU Fusionskontrollverordnung³ sind Zusammenschlüsse, bei denen die Parteien die Umsatzschwellen der FKVO erfüllen, vor ihrem Vollzug bei der EU-Kommission anzumelden (Anmeldegebot). Zusätzlich besagt das sog. Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 1 FKVO, dass anmeldepflichtige Zusammenschlüsse ohne eine Freigabeentscheidung der Behörde von den Parteien nicht vollzogen werden dürfen. Bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften (sog. „Gun Jumping“) drohen den Parteien, wie die beiden jüngsten Entscheidungen in Sachen *Altice* und *Illumina/Grail* zeigen, empfindliche Bußgelder, die bis zu 10% des Jahresumsatzes der Unternehmen erreichen können.

Rechtssache *Altice*

Altice meldete im Februar 2015 bei der EU-Kommission den Erwerb der alleinigen Kontrolle

über PT Portugal an, nachdem der Unternehmenskaufvertrag (SPA) im Dezember 2014 geschlossen worden war. Die Kommission gab die Transaktion unter Auflagen im April 2015 frei.

Rund drei Jahre später verhängte die EU-Kommission ein Bußgeld in Höhe von insgesamt EUR 124,5 Mio. gegen Altice⁴. Nach den Feststellungen der EU-Kommission hatte Altice gegen Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 FKVO verstoßen, da bestimmte Klauseln des SPA Altice bereits vor Freigabe ein Vetorecht gegen geschäftspolitische Entscheidungen von PT Portugal verschafften und Altice in den täglichen Betrieb von PT Portugal einbezogen gewesen sei. Der Umstand, dass Altice und PT Portugal sich über sensible Informationen ausgetauscht haben, belege zudem, dass Altice vor der Freigabeentscheidung durch die EU-Kommission einen bestimmenden Einfluss über das Zielunternehmen ausgeübt habe.⁵

Das EuG bestätigte im Jahr 2021⁶ den von der EU-Kommission festgestellten Gun Jumping Verstoß, reduzierte aber den Teil der Geldbuße wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 FKVO um ca. 10% auf rund EUR 56 Mio. In seinem Urteil aus November 2023 bestätigte der EuGH die Entscheidungen von EU-Kommission und EuG, reduzierte aber erneut das Bußgeld wegen des Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 FKVO auf nunmehr rund EUR 53 Mio. Das Bußgeld wegen Verstoß gegen das Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 1 FKVO hielt der EuGH, wie zuvor auch schon das EuG, unverändert aufrecht.

Bußgeldentscheidung *Illumina/Grail*

In einer in dieser Konstellation sicher einzigartigen Rechtssache verhängte die EU-Kommission im Juli 2023 gegen das Gentechnik-Unternehmen Illumina ein Rekordbußgeld in

¹ EuGH, Urte. v. 9.11.2023, C-746/21 P – *Altice Europe v Commission*.

² EU-Kommission, Entsch. v. 12.7.2023, Fall M.10483 – *Illumina / Grail*.

³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 4.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO“).

⁴ EU-Kommission, Entsch. v. 24.4.2018, Fall M.7993 – *Altice / PT Portugal*.

⁵ Siehe zum Ausgangsfall der EU-Kommission auch den [COMMEO Newsletter](#) 04/2018.

⁶ EuG, Urte. v. 22.9.2021, T-425/18 – *Altice Europe v Commission*.

Höhe von EUR 432 Mio. wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot. Illumina hatte im August 2021 den Erwerb des Krebsforschungsunternehmens Grail vollzogen, während ein Fusionskontrollverfahren vor der EU-Kommission noch in vollem Gange war. Die Entscheidung von Illumina zum Vollzug vor Freigabe wurde einerseits durch eine sehr hohe *break-up fee* von USD 300 Mio. geleitet, die bei Rücktritt vom SPA zu zahlen gewesen wäre. Andererseits bestritt Illumina parallel (und bis heute) im gerichtlichen Verfahren⁷ die Kompetenz der EU-Kommission, den Zusammenschluss überhaupt fusionskontrollrechtlich aufgreifen zu können.⁸ Die in Abwägung der finanziellen Risiken gegen ein Abwarten des Erhalt der Freigabe bewusst getroffene Entscheidung Illuminas, die Transaktion zu vollziehen, wertete die Kommission als schwerwiegenden Verstoß und schöpfte daher den Bußgeldrahmen voll aus.

Von Bedeutung ist auch das Bußgeld in Höhe von EUR 1.000 gegen Grail, das nach Ansicht der EU-Kommission eine aktive Rolle bei dem Verstoß spielte. Da hier die EU-Kommission erstmalig ein Bußgeld gegen eine Zielgesellschaft verhängte, beschränkte sich die Behörde auf ein der Höhe nach symbolisches Bußgeld. Künftig können Zielunternehmen in vergleichbaren Fällen wohl höhere Bußgelder erwarten.

Wichtige Takeaways zum Vollzugsverbot in der Vorbereitung von M&A Transaktionen

Die jüngsten Entscheidungen auf europäischer Ebene zum Gun Jumping geben Anlass, die wichtigsten Grundregeln zur Kartellrechts-Compliance bei der Vorbereitung und Durchführungen von M&A Transaktionen festzuhalten:

- Verstöße gegen das Anmeldegebot sowie gegen das Vollzugsverbot werden von der EU-Kommission mit **hohen Bußgeldern** geahndet, die den Erwerber und das Zielunternehmen treffen können.
- Ein **Teilvollzug** eines Zusammenschlusses kann bereits dann vorliegen, wenn die Parteien **Handlungen vornehmen, die dazu beitragen, die Kontrolle über das Zielunternehmen dauerhaft zu verändern**. Auch zeitlich begrenzte Handlungen, die nicht zwingend erforderlich sind, um die Kontrolle dauerhaft zu verändern, können bereits zum (Teil)Vollzug beitragen.

- Vollzugsverbot und „**Conduct of Business**“-**Klauseln im SPA**, die den Erhalt des Zielunternehmens zwischen *signing* und *closing* regeln sollen, stehen häufig in einem Spannungsverhältnis. Hierbei ist es grundsätzlich zulässig, bestimmte Maßnahmen der Zielgesellschaft z.B. durch Zustimmungsvorbehalte zu begrenzen, solange diese dem **Erwerber keine Einflussnahme auf das strategische oder operative Verhalten der Zielgesellschaft** ermöglichen. In *Altice* hat der EuGH klargestellt, dass allein die Möglichkeit, durch Vetorechte oder vergleichbare vertragliche Konstellationen bestimmenden Einfluss auf die Zielgesellschaft ausüben zu können, ausreicht.
- Ein **Informationsaustausch** zwischen Anmeldung und Freigabe eines Zusammenschlusses kann als Nachweis für einen Gun Jumping Verstoß herangezogen werden. **Clean Team Vereinbarungen** sowie Richtlinien zur Integrationsplanung können verhindern, dass durch Informationsaustausch kartellrechtliche Pflichten verletzt werden.
- Eine besonders gründliche Prüfung ist auch bei Zusammenschlüssen geboten, deren Vollzug in mehrere Teilschritte aufgeteilt ist, z.B. durch sog. *warehousing* Strukturen, bei denen der Erwerb des Zielunternehmens in **mehreren Transaktionsschritten** abläuft.⁹



Franziska Lange-Schlüter



Christoph Weinert

COMMEO Rechtsanwälte PartGmbH

Rechtsanwälte und Notar
Speicherstraße 55 | D-60327 Frankfurt am Main
www.commeo-law.com

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

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.

⁷ Derzeit beim EuGH anhängiges Verfahren in der Rs. C-611/22 P – *Illumina v Commission*.

⁸ Siehe zu der dem Fusionskontrollverfahren zugrundeliegende Verweisungsnorm des Art. 22 FKVO den [COMMEO Newsletter](#) 04/2021.

⁹ Siehe hierzu die die EuG-Entscheidung T-609/19 – *Canon* aus 2022, in der das EuG die Bußgeldentscheidung der EU-Kommission gegen das Unternehmen Canon wegen eines Gun Jumping Verstoßes durch bestimmte *warehousing* Konstruktionen bestätigte, vgl. [COMMEO Newsletter](#) 08/2022.