

Artikel 22-henvisninger, fusioner under omsætningstærsklerne og regeringens tech-udspil ift. fusioner

Søren Bo Rasmussen, kontorchef, Center for Medier og Fusioner
Dansk Forening for Konkurrenceret – 24. februar 2022

Agenda

1. Baggrund
2. Artikel 22 og Kommissionens nye tilgang
3. Illumina/Grail – den første sag
4. Regeringens techudspil og fusioner under omsætningstærsklerne



Baggrund



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Baggrund for øget fokus på fusioner under tærsklerne (1)

- Stigende erkendelse af at problematiske fusioner går under radaren
- Meget forskning på området, viser bl.a.
 - Underenforcement (fx Duso et al, Hovenkamp)
 - Omkring 6 pct. af opkøb i Pharma er killer acquisitions (Cunningham et.al)
 - Killer acquisitions and reverse killer acquisitions (Caffarra et al)
 - Stigende marginer (Valetti et al)
 - Eksperttrapperter fra bl.a. EU, UK, US, AUS (især tech-fokus)



Baggrund for øget fokus på fusioner under tærsklerne (2)

- Forskellige forslag til løsninger i disse rapporter, fx
 - Omvendt bevisbyrde (uden for safe harbors/for særlige fusioner)
 - Opsplitning af gennemførte, konkurrenceskadelige fusioner
 - Øget fokus på begrænsning af potentiel konkurrence i vurderingen
 - Øget fokus på fusionsparters marginer i vurderingen
 - Mere (kritisk) fokus på vertikale fusioner
- Komm. overvejelser ifm. review af fusionsreglerne
 - Sænke tærskler/ Transaktionsbaserede

Baggrund for øget fokus på fusioner under tærsklerne (3)

Danske sager?

- Sager på meget koncentrerede markeder med få spillere og høje adgangsbarrierer

Hvordan sikre

- 1) at det er de rigtige fusioner der undersøges og
- 2) begrænse ressourceforbrug og administrativt bøvvl for virksomheder/myndigheder og
- 3) maksimere forudsigeligheden af reglerne?

Artikel 22 og Kommissionens nye tilgang



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Artikel 22 og Kommissionens nye tilgang

- 11. september 2020 på IBA's konference
- Evaluering af fusionskontrolreglerne
 - Havde kigget på bl.a. om omsætningsbaserede tærskler stadig var fornuftige
 - Transaktionsbaserede? Komplex og svær balancegang
 - Fokuserer på de sager der betyder noget → forudsætter en vis grad af skøn



Hvad siger Artikel 22?

- Fusionsforordningens artikel 22 giver en eller flere medlemsstater mulighed for at anmode Kommissionen om at behandle enhver fusion, der ikke har en EU-dimension, men som påvirker samhandelen mellem medlemsstater, og hvor der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen.
- Ifølge Komm. finder artikel 22 anvendelse på alle fusioner og ikke kun på fusioner, der opfylder de respektive kompetencekriterier, dvs er anmeldelsespligtige i det henvisende land.



Hvad er kriterierne for henvisning?

- De "sædvanlige" ved art. 22-henvisninger, dvs.
 - Påvirke samhandlen mellem medlemsstater mærkbart og
 - Reel risiko for at påvirke konkurrencen betydeligt i det land, der henviser



Hvad lægger Komm i øvrigt vægt på?

Guidance paper (februar 2021)

- 1) **nystartet virksomhed eller en ny virksomhed** med et betydeligt **konkurrencemæssigt potentiale**
- 2) er en **vigtig innovator**
- 3) er en **faktisk eller potentielt vigtig** konkurrencemæssig faktor,
- 4) har **adgang til aktiver** af konkurrencemæssig betydning og/eller
- 5) leverer **vigtige input/komponenter** til andre brancher



Frister mv.

- Udgangspunktet er 15 hverdage efter anmeldelse eller ”gjort bekendt med”.
- Fra sag til sag, men vil Kommissionen vil generelt ikke anse en henvisning for hensigtsmæssig, hvis det er mere end seks måneder siden, at fusionen blev gennemført.
- Mulighed for konsultation med Kommissionen



Illumina/Grail



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

llumina/Grail (1) - henvisningen

- Første sag
- Markedet for cancerdiagnostisering
- 20. september 2020: Det annonceres, at Illumina overtager Grail
- 19. april 2021: Komm. accepterer henvisning fra FRA, BE, NL, GRE, ICE, NO
- April 2021: NL, FR konkurrencemyndigheder sagsøgt for at henvide under tærskler – men Illumina kunne ikke overbevise franske, hollandske domstole
- 28. april Komm henvisningsbeslutning ankes til Retten.



Illumina/Grail (2) - henvisningen

Illumina gør ved retten gældende, at

1. Kommissionen ikke har kompetence i medfør af art.22
2. Anmodning om henvisning fra Frankrig kom for sent
3. Ændringen i Komm. politik er i modstrid med Illuminas berettigede forventninger, bl.a. fordi Kommissionen skrev og opfordrede medlemslande til henvisning inden guidance var offentliggjort
4. Fejl i fakta og vurderinger i Komm. brev til medlemslande om evt. henvisning

Høring Luxemburg 16 december. Forventet afgørelse marts/april?

llumina/Grail (3) – den materielle sag

- Anmeldt 16 juni 2021 – Deadline (pt.) **xx april** 2022
- 22 juli 2021 : Kommissionen åbner **fase 2 undersøgelser** af fusionen.
- Stop the clock ad en række omgange.
- 2. november: Illumina har pålagt sig selv “tilsagn” og indgået aftaler med kunder
- 27. januar 2022: Illumina tilbyder formelle tilsagn
- Bliver også undersøgt af US FTC

Illustrina/Grail (4) – gun jumping

- 18. august 2021 bekendtgør Illustrina, at de vil close transaktionen,
- 20. august beslutter Komm at åbne en sag om Gun Jumping
- 20. september udsendes SO
- 29. oktober Afgørelse om interim measures
- 1. December: Illustrina appelerer afgørelsen om interim measures
- 11. januar 22: Grail appelerer afgørelsen om interim measures

Styrelsens position ift. art. 22

- Ser frem til Rettens afgørelse
- Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at: *"Indførelse af fusionskontrol i Danmark vil indebære, at der **kun undtagelsesvis vil være behov for at henvise** en fusion til Europa-Kommissionens behandling efter artikel 22, stk. 3, i fusionskontrolforordningen".*
- KFST har i Microsoft/Navision-sagen (2002) anført, at: *"Det har næppe været meningen, at adgangen til at henvise en fusion til behandling efter fællesskabsreglerne skulle anvendes i tilfælde, hvor ikke engang tærskelværdierne i den nationale lovgivning var opfyldt, **medmindre der forelå helt særlige konkurrencemæssige forhold**, der gjorde en sådan fællesskabsvurdering relevant."*



Regeringens tech-udspil og fusioner under tærsklerne



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Baggrund

Regeringens Platformsudspil fra august 2021:

”Regeringen vil derfor undersøge, om der kan udvikles en model for at kræve potentielt konkurrenceskadelige fusioner anmeldt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, selvom de er under de omsætningsbaserede tærskler. Modellen skal give konkurrencemyndighederne mulighed for at gribe ind, når en fusion skader konkurrencen og forbrugerne, men skal samtidig sikre virksomhedernes retssikkerhed, så de får en rimelig mulighed for at forudsige, om fusioner skal anmeldes eller ej. Derfor skal det blandt andet undersøges, om modellen skal begrænses til visse sektorer eller virksomheder.”



Erfaringer fra andre lande

	Ud af 28 konkurrencemyndigheder
Obligatoriske anmeldelsestærskler – omsætningstærskler	26 konkurrencemyndigheder
Supplerende tærskler – i tillæg til omsætningsbaserede	10 konkurrencemyndigheder
Mulighed for at pålægge anmeldelse af en fusion under anmeldelsestærsklerne	9 konkurrencemyndigheder En række lande overvejer

Overvejelser ifm. valg af model

Kriterier for, hvornår KFST kan pålægge anmeldelse. Fx:

- Der er en risiko for at fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt,
- Fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling,
- Fusionsparterne opnår en samlet markedsandel der overstiger xx pct.,
- Fusionsparterne har en vis omsætning,
- Fusionsparterne har et vist antal ansatte,
- Kombination af markedsandel og samlet omsætning på markedet,
- Andre kriterier?



Overvejelser ifm. valg af model

Processuelle regler:

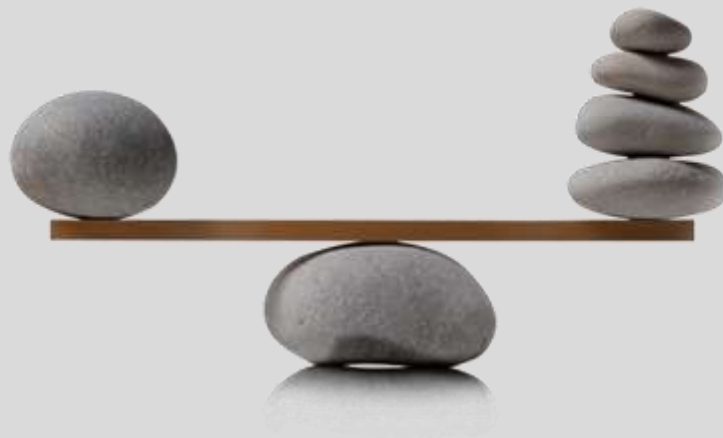
- Tidsfrister (Fx 1 måned, 12 måneder, 2 år, ingen tidsfrist)?
- Hvornår skal fristen igangsættes?
- Implementeringsforbud?
- Hvordan monitoreres fusioner under tærsklerne?
(henvendelser fra markedsaktører, offentlige kilder)
- Oplysningskrav (evt. for visse virksomheder/sektorer)?



Overvejelser ifm. valg af model

Virksomhedernes retssikkerhed/
forudsigelighed af reglerne:

- Konsultationsadgang?
- Vejledninger?
- Høring og klageadgang?
- Frivillige fusionsanmeldelser?





KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Tak for
i dag



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN