

DIE 10. GWB-NOVELLE IM ÜBERBLICK

Die am 19. Januar 2021 in Kraft getretene 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ("**GWB-Digitalisierungsgesetz**") beinhaltet zahlreiche neue Regelungen, insbesondere im Hinblick auf digitale Märkte. Neben der Modernisierung der Missbrauchsaufsicht sind Anpassungen in der formellen Fusionskontrolle, durch die Umsetzung der ECN+-Richtlinie und im Kartellschadensersatzrecht erfolgt. Der vorliegende Newsletter gibt einen Überblick über die wesentlichen Änderungen, die für Unternehmen in der Praxis besonders relevant sind.

MODERNISIERUNG DER MISSBRAUCHS- AUFSICHT

Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht wurden verschiedene neue Regelungen und Änderungen verabschiedet, die insbesondere im Bereich digitaler Märkte relevant sind.

Marktbeherrschung bei sog. Vermittlern

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, soll zukünftig auch berücksichtigt werden, ob es als Vermittler auf mehrseitigen Märkten (typischerweise digitale Plattformen) tätig ist und wie bedeutend diese Vermittlertätigkeit für den Zugang von Unternehmen und privaten Nutzern der Plattform zu Beschaffungs- und Absatzmärkten ist.

Neufassung der "essential facilities doctrine"

Neben der Zugangsverweigerung zu physischen Infrastruktureinrichtungen kann nun auch die Verweigerung des Zugangs zu Plattformen, Schnittstellen, Lizenzierung von Immaterialgüterrechten und der Herausgabe

OVERVIEW OF THE 10TH ARC AMENDMENT

The 10th amendment to the German Act against Restraints of Competition ("**ARC-Digitalization Act**"), adopted on 19 January 2021, contains new provisions that particularly address digital markets. In addition to the modification of provisions on abuse of dominance, there are further amendments in relation to e.g. merger control, the implementation of the European ECN+ Directive and cartel damages. This newsletter provides an overview of the essential changes, which are of a particular relevance for undertakings.

MODERNISATION OF THE PROVISIONS ON ABUSE OF MARKET DOMINANCE

Various new provisions and amendments, most of which relate to the digital economy, have been adopted in relation to provisions on abuse of market dominance.

Market dominance of intermediaries

In the assessment of whether a company is dominant, it will now also be taken into account whether the company is active as an intermediary in multilateral markets (typically digital platforms) and how important this intermediary role is for access to upstream and downstream markets by undertakings and private platform users.

Revision of the "essential facilities doctrine"

In addition to refusal of access to physical infrastructure facilities, a market dominant company's refusal of access to platforms, interfaces and licensing of intellectual property

wettbewerbsrelevanter Daten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen den Missbrauchstatbestand erfüllen.

Missbrauchskontrolle bei Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung

Das Bundeskartellamt kann künftig durch eine Verfügung feststellen, dass ein Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat. Dabei sind insbesondere die marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten, der Zugang zu (finanziellen) Ressourcen, die vertikale Integration, der Zugang zu Daten sowie die Bedeutung für den Zugang Dritter zu vor- und nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen.

Hat das Bundeskartellamt die überragende marktübergreifende Bedeutung festgestellt, kann es dem betroffenen Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen untersagen. Darunter fallen die Selbstbevorzugung gegenüber Wettbewerbern (*self-preferencing*), Behinderungspraktiken durch die einseitige, nicht autorisierte Verarbeitung von wettbewerbsrelevanten Daten ebenso wie die Erhöhung von Lock-in Effekten durch die Erschwerung von Interoperabilität und Portabilität. Darüber hinaus dürfen die Adressaten dieser Vorschrift nicht durch rechtliche oder sonstige Maßnahmen verhindern, dass andere Unternehmen ihre Angebote bewerben und es ihren Nutzern ermöglichen, auf diese Angebote auch über alternative Zugänge zuzugreifen.

Relative Marktmacht

Relative Marktmacht kann zukünftig nicht nur gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen, sondern gegenüber allen Unternehmen, die sich in einer entsprechenden Abhängigkeit zu einem anderen Unternehmen befinden, bestehen. Eine solche Abhängigkeit kann in Zukunft auch darin begründet sein, dass ein Unternehmen für den Zugang zu vor- und nachgelagerten Märkten von der Vermittlungsleistung eines anderen Unternehmens abhängig ist. Gleiches gilt, wenn ein Unternehmen auf den Zugang zu Daten, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, angewiesen ist.

FORMELLE FUSIONS-KONTROLLE

Während die weltweite Umsatzschwelle von EUR 500 Mio. unverändert bleibt, werden die Inlandsumsatzschwellen in der Fusionskontrolle von EUR 25 Mio. auf EUR 50 Mio. und von EUR 5 Mio. auf EUR 17,5 Mio. angehoben. Dadurch wird die Zahl der beim Bundeskartellamt eingereichten Anmeldungen gesenkt und freiwerdende Ressourcen können für komplexe Fälle genutzt werden.

Darüber hinaus wird die Bagatellmarktgrenze von EUR 15 Mio. auf EUR 20 Mio. angehoben. Die Frist für das Hauptprüfverfahren (Phase II) wird von vier auf insgesamt fünf Monate verlängert. Die Pflicht zur Vollzugsanzeige von

rights and disclosure of competitively relevant data could be considered to be abusive.

Companies with paramount cross-market importance for competition

The Federal Cartel Office now has the ability to determine that a company has paramount importance for competition across multiple markets. In doing so, it can consider, in particular, the company's dominant position in one or more markets, access to (financial) resources, vertical integration and access to data, as well as the importance for third party access to upstream and downstream markets.

Once the Federal Cartel Office has established a company's paramount cross-market importance for competition, it can prohibit certain practices by the respective company. This includes "self-preferencing" *vis-à-vis* competitors, obstructive practices through the unilateral not authorized processing of competitively-relevant data as well as the increase of lock-in effects by aggravating interoperability and portability. Furthermore, the addressees of the respective provision must not hinder other companies, by virtue of legal or other means, to promote their offerings and enable their users to access those offerings via alternative channels.

Relative market power

In the future, relative market power may exist not only *vis-à-vis* small and medium-sized companies, but also in relation to all companies that are dependent on another company. Such dependency may also be based on the fact that a company is reliant on the intermediary services of another company for access to upstream and downstream markets. The same applies if a company is reliant on access to data controlled by another company.

MERGER CONTROL

While the worldwide merger control revenue threshold of EUR 500m remains unchanged, the domestic revenue thresholds are increased from EUR 25m to EUR 50m and from EUR 5m to EUR 17.5m. This will reduce the number of notifications submitted to the Federal Cartel Office and thereby enable a more targeted use of its resources for complex mergers.

Furthermore, the *de minimis* market threshold will be raised from EUR 15m to EUR 20m. The duration of an in-depth investigation (phase II) will be extended from four to five

angemeldeten und freigegebenen Vorhaben besteht nicht mehr.

Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse

Neu eingeführt wird eine Regelung, die es dem Bundeskartellamt ermöglicht, Unternehmen zur Anmeldung auch solcher Zusammenschlüsse aufzufordern, die unterhalb der regulären Umsatzschwellen liegen. Dies ist allerdings nur unter engen Voraussetzungen möglich, insbesondere wenn bestimmte Umsatzschwellen erfüllt sind, und beschränkt sich zudem auf konkrete Wirtschaftszweige, die vom Bundeskartellamt vorab zu benennen sind.

COMPLIANCE

In der Bußgeldzumessung werden nun neben den Bemühungen zur Implementierung von Compliance-Maßnahmen nach der Zuwiderhandlung auch die vor einem Kartellrechtsverstoß implementierten Compliance-Maßnahmen zugunsten der Unternehmen berücksichtigt. Einschränkung soll dies allerdings nur für "wirksame" Compliance-Maßnahmen gelten, z. B. wenn sie zur "Aufdeckung und Anzeige der Zuwiderhandlung" geführt haben.

UMSETZUNG DER ECN+ RICHTLINIE

Im Rahmen der Umsetzung der ECN+ Richtlinie werden die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden ausgeweitet und durch Vorschriften zur Durchführung mündlicher Anhörungen und zur Akteneinsicht ergänzt.

Neben der systematischen Neuordnung der Bußgeldvorschriften und Verschärfungen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen wird nun auch das bisher nur in den Leitlinien des Bundeskartellamts niedergelegte Kronzeugenprogramm gesetzlich verankert.

KARTELLSCHADENSERSATZ

Zugunsten von Lieferanten und Abnehmern gilt im Rahmen des Kartellschadensersatzrechts in Zukunft die widerlegliche Vermutung der Kartellbetroffenheit aller Rechtsgeschäfte mit kartellbeteiligten Unternehmen über Waren und Dienstleistungen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich des Kartells fallen.

SONSTIGES

Die Novelle sieht zudem eine Möglichkeit vor, bei Kooperationen unter Wettbewerbern eine förmliche Entscheidung des Bundeskartellamts zu verlangen, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Zusätzlich kann das Bundes-

months. The obligation to report the completion of any notified and cleared transactions is waived.

Request for notification of future transactions

A new provision will enable the Federal Cartel Office to require companies to submit notifications for certain transactions even if the transactions fall below the regular thresholds. However, this will be possible only under strict requirements - in particular if certain thresholds are met and the transaction concerns a specific economic sector that has been identified by the Federal Cartel Office prior to the request.

COMPLIANCE

Under the new legislation, compliance measures implemented prior to an infringement are now taken into account in favour of the companies when calculating fines. Previously, this applied only to measures implemented after the infringement. However, the new provision shall only apply where the respective measures are deemed to be "effective", e.g. if they led to the disclosure and notification of the infringement.

IMPLEMENTATION OF THE ECN+ DIRECTIVE

In the context of the implementation of the ECN+ Directive, the powers of competition authorities are expanded and supplemented by regulations on conducting oral hearings and access to file.

In addition to a systematic reorganisation of provisions on fines and stricter requirements for undertakings and associations of undertakings, the leniency programme, which was previously contained in the guidelines of the Federal Cartel Office, has now been incorporated into law.

CARTEL DAMAGES

As a benefit for suppliers and customers seeking cartel damages, the rebuttable presumption of cartel involvement applies now to all agreements on goods and services concluded with cartel members and which fall within the duration, factual and geographical scope of the cartel.

MISCELLANEOUS

The amendment provides an opportunity for competitors to request a formal decision from the Federal Cartel Office that it does not see any reason to initiate a proceeding. In addition, the Federal Cartel Office can refrain from a proceeding after informal discussions with the parties.

kartellamt nach informellen Vorgesprächen davon absehen, ein Verfahren einzuleiten.

Die Anordnung einstweiliger Maßnahmen ist zukünftig unter erleichterten Voraussetzungen möglich. Das Bundeskartellamt kann bei einem mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegenden Verstoß gegen deutsches oder EU-Kartellrecht einstweilige Maßnahmen erlassen, wenn dies zum Schutze des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist.

Weitere Anpassungen betreffen den Bereich der Pressefusionen. Künftig soll für die Bestimmung der Umsatzschwellen statt des 8-fachen des im Pressebereich erzielten Umsatzes nur noch das 4-fache berücksichtigt werden. Außerdem sollen Krankenhausfusionen unter Umständen von der Fusionskontrolle ausgenommen sein.

AUSBLICK

Die 10. GWB-Novelle hat das Ziel, digitale Märkte offen zu halten und wirksamen Wettbewerb sowie Innovationen zu schützen. Zudem soll das Bundeskartellamt bei Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auf digitalen Märkten schneller reagieren können.

Die längst überfällige Erhöhung der inländischen Umsatzschwellen in der Fusionskontrolle ist zu begrüßen, da sie zu einer Entlastung der Unternehmen führen wird.

Die Neuregelung zu der Berücksichtigung von Compliance-Programmen stellt trotz der Einschränkungen einen Paradigmenwechsel dar und dürfte einen wichtigen Anreiz für Unternehmen schaffen, noch nachhaltiger in Compliance-Maßnahmen zu investieren.

The imposition of temporary injunction measures will also be possible under less strict circumstances. If there is a predominantly likely infringement of German or EU anti-trust laws, the Federal Cartel Office can levy temporary injunctions when such injunctions would protect competition or prevent a severe damage to another company.

Further amendments relate to mergers in the print media. Under the new legislation, the multiplication factor for the calculation of revenue thresholds will be decreased from eight to four. In addition, under certain circumstances hospital mergers are exempted from the merger control filing requirement.

OUTLOOK

The 10th amendment aims at keeping digital markets open and protecting effective competition as well as innovation. Furthermore, the Federal Cartel Office shall be enabled to respond more swiftly to restraints of competition in the digital markets.

The increase of the domestic revenue thresholds in merger control will reduce the burden on companies and, therefore, is a step into the right direction.

Taking compliance programmes into account is, despite the narrow scope of the respective provision, a change of paradigm and will encourage companies to further invest in effective compliance measures.

KONTAKTE / CONTACTS



Marc Besen
Partner

T +49 211 4355 5312
E marc.besen
@cliffordchance.com



Dr. Michael Dietrich
Partner

T +49 211 4355 5542
E michael.dietrich
@cliffordchance.com



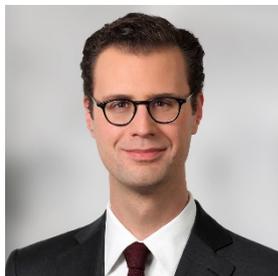
Dr. Joachim Schütze
Partner

T +49 211 4355 5547
E joachim.schuetze
@cliffordchance.com



Dr. Dimitri Slobodnjuk
Counsel

T +49 211 4355 5315
E dimitri.slobodnjuk
@cliffordchance.com



Maximilian Graf Zedtwitz von Armin
Counsel

T +49 211 4355 5746
E maximilian.zedtwitz
@cliffordchance.com



Anne Filzmoser
Senior Associate

T +49 211 4355 5308
E anne.filzmoser
@cliffordchance.com



Dr. Ulrich A. Pfeffer
Senior Associate

T +49 211 4355 5455
E ulrich.pfeffer
@cliffordchance.com



Caroline Scholke
Senior Associate

T +49 211 4355 5311
E caroline.scholke
@cliffordchance.com



Arne Gayk
Senior Associate

T +49 211 4355 5694
E arne.gayk
@cliffordchance.com



Dr. Thurid Koch
Lawyer & Knowledge
Management

T +49 211 4355 5545
E thurid.koch
@cliffordchance.com



Dr. Hendrik Kühn
Associate

T +49 211 4355 5325
E hendrik.kuehn
@cliffordchance.com



Johannes Lür
Associate

T +49 211 4355 5540
E johannes.lueer
@cliffordchance.com



Anna Maurer
Associate

T +49 211 4355 5317
E anna.maurer
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2021

Clifford Chance Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Solicitors · Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 2669

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: www.cliffordchance.com/deuregulatory

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Delhi • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.