

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

wussten Sie, dass das Jahr 2016 kartellrechtlich ein Rekordjahr war? Die Europäische Kommission hat mit einer Gesamtsumme von EUR 3,7 Milliarden so hohe Geldbußen gegen Kartelltäter verhängt wie noch nie zuvor.

Auch Verstöße gegen das kartellrechtliche Preisbindungsverbot können teuer werden: Insgesamt EUR 260 Millionen an Geldbußen verhängte das Bundeskartellamt über die Jahre im sog. Vertikalfall des Lebensmitteleinzelhandels. Viel Geld für ein Vertriebsverhalten, das lange Zeit als Kavaliersdelikt angesehen wurde. Doch wo liegt die Grenze des kartellrechtlich Erlaubten? Im Konsultationsentwurf seiner neuen Handreichung zum Preisbindungsverbot versucht sich das Bundeskartellamt an einer Antwort. Dr. Christian Heinichen erläutert den Inhalt und zeigt auf, welche Fragen unbeantwortet bleiben.

2017 könnte auch sonst das Jahr des Vertikalen werden: Führten vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in den letzten Jahren in Brüssel ein Schattendasein, so forciert die Europäische Kommission nunmehr das Projekt des Digitalen Binnenmarkts und ermittelt öffentlichkeitswirksam wegen des Verdachts der Beschränkung des grenzüberschreitenden (Online-) Handels. Ida Dojcinovic gibt einen Überblick über die jüngsten Entwicklungen.



Georg Philipp Cotta, LL.M.
(University of London)
Rechtsanwalt,
Co-Head der Praxisgruppe
Kartellrecht & Beihilfenrecht



Dr. Dietmar O. Reich
Rechtsanwalt,
Co-Head der Praxisgruppe
Kartellrecht & Beihilfenrecht

Inhalt

I. Kurzmeldungen	Seite 1
II. Aktuelles	Seite 3
Drum prüfe, wer seine Händler preislich bindet...	Seite 3
E-Commerce Restrictions under Scrutiny – Recent Developments	Seite 4
III. Ausland	Seite 6
Antimonopoly Compliance in Russia: Status and Suggested Reforms	Seite 6
Veranstaltungshinweise	Seite 7
Veröffentlichungshinweise	Seite 7
Hinweise und Impressum	Seite 8

I. Kurzmeldungen

9. GWB-Novelle vom Bundestag verabschiedet

Der Bundestag hat am 9. März 2017 die [9. GWB-Novelle](#) verabschiedet. Der Bundesrat soll nun am 31. März 2017 über den Gesetzentwurf beschließen. Damit kann die 9. GWB-Novelle voraussichtlich im April in Kraft treten. Die wesentlichen Inhalte der Gesetzesänderung haben wir bereits in unserem [Sonder-Newsletter zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle](#) dargestellt. Die endgültigen Regelungsänderungen werden wir Ihnen in unserem nächsten Newsletter aufbereiten.

Noch höhere Bußgelder für Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Kartellbußen des Bundeskartellamts gegen mehrere Süßwarenhersteller und einen Verband bestätigt und teils sogar noch erhöht. Die Süßwarenhersteller hatten sich jahrelang über ihre Verhandlungen mit Lebensmitteleinzelhändlern und teils auch über künftige Preisentwicklungen ausgetauscht. Damit bestätigt das Gericht, dass auch ein „bloßer“ Informationsaustausch über wettbewerblich sensible Themen gegen das Kartellverbot des § 1 GWB verstoßen kann. Diese Tatsache ist im Markt mitunter wenig präsent oder wird im Alltag zugunsten der Bewältigung von gemeinsamen Herausforderungen wie steigenden Rohstoffpreisen oder marktmächtigen Abnehmern verdrängt. Richtigerweise ist bei Kontakten zu Wettbewerbern immer besondere Vorsicht geboten, um eine Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs zu vermeiden.

Bußgelder für mittelständische Möbelhersteller wegen Preisbindung

Das Bundeskartellamt hat gegen fünf Möbelhersteller und vier Manager Geldbußen wegen vertikaler Preisbindung verhängt. Bei den Möbelherstellern handelt es sich um – überwiegend familiengeführte – Unternehmen aus dem deutschen Mittelstand. Das Bundeskartellamt sanktionierte „klassische“ Verstöße gegen das kartellrechtliche Verbot der Preisbindung wie die Vereinbarung von Mindestverkaufspreisen und Rabattkorridoren. Beschwerden von Händlern hatten das Verfahren ausgelöst.

„Wurststücke“ – Bundeskartellamt stellt Verfahren gegen Tönnies-Gruppe ein

Wegen des Wurstkartells hatte das Bundeskartellamt 2014 Bußgelder in Höhe von insgesamt EUR 128 Millionen gegen zwei Gesellschaften der Zur Mühlen/Tönnies-Gruppe festgesetzt. Nach der Bußgeldentscheidung übertrugen diese beiden Gesellschaften wesentliche Vermögensgegenstände auf andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe. Anschließend erloschen beide Gesellschaften. Das Bundeskartellamt sah sich daher außerstande, den Anspruch auf Zahlung der Kartellbußgelder durchzusetzen. Diese Konstellation

prägte den Begriff der „Wurstlücke“ und diente als Aufhänger für die Regelung der Rechtsnachfolgehaftung in der 9. GWB-Novelle. Das Bundeskartellamt hat das Verfahren nun endgültig eingestellt.

Bundeskartellamt beginnt Sektoruntersuchung Haushaltsabfälle

Angesichts einer wachsenden Konzentration auf den Entsorgungsmärkten und einer abnehmenden Beteiligung an Ausschreibungen will das Bundeskartellamt die dortigen Wettbewerbsbedingungen analysieren. Das Bundeskartellamt plant, gerade auch mittelständische Entsorgungsunternehmen zu befragen. Entsorgungsunternehmen, die einen förmlichen Auskunftsbefehl erhalten, müssen für dessen Beantwortung mit einem erheblichen Aufwand rechnen. Anwaltlicher Rat kann geboten sein.

Kartellfreistellungen für Kooperationen im Versicherungssektor laufen aus

Die Europäische Kommission wird die seit 1992 gültige EU-Gruppenfreistellungsverordnung für den Versicherungssektor nicht über den 31. März 2017 hinaus verlängern. Die Verordnung nimmt bisher bestimmte Kooperationen zwischen Versicherungen in Form von Versicherungspools und gemeinsamen Datenerhebungen vom Kartellverbot aus. Solche Kooperationen sind ab April 2017 zwar nicht automatisch verboten. Sie müssen jedoch – gleich ob neu oder bereits bestehend – im Einzelfall auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin geprüft werden.

Europäisches Gericht spricht erstmals Schadensersatz wegen überlanger Verfahrensdauer zu

Das Europäische Gericht hat die Europäische Union erstmalig verurteilt, Unternehmen wegen überlanger Dauer des gerichtlichen Verfahrens Schadensersatz zu zahlen. Das Gericht urteilte damit über eigenes Fehlverhalten. Konkret sprach es Gascoigne insgesamt knapp EUR 60.000 als Ersatz für Bürgschaftskosten und immaterielle Schäden zu. Kurz darauf hat das Europäische Gericht Kendrion Schadensersatz zugesprochen – ebenfalls wegen eines überlangen gerichtlichen Verfahrens gegen die Kommissionsentscheidung „Industriesäcke“. In diesem Fall muss die Europäische Union dem Unternehmen knapp EUR 600.000 zahlen, um die Kosten einer Banksicherheit und immaterielle Schäden auszugleichen. Einen weiteren Hersteller von Industriesäcken muss die EU mit EUR 150.000 entschädigen. Dagegen hat das Europäische Gericht kürzlich eine weitere Schadensersatzklage abgewiesen, weil die Verfahrensdauer gerechtfertigt gewesen sein soll.

Französische Wettbewerbsbehörde verhängt Rekordbuße für Verstoß gegen fusionskontrollrechtliches Vollzugsverbot

Bis alle Wettbewerbsbehörden einen Unternehmenszusammenschluss freigegeben haben, sind rechtliche und faktische Vollzugsmaßnahmen verboten. Bei Verstößen drohen den beteiligten Unternehmen erhebliche Sanktionen. Das zeigt eine Entscheidung der Autorité de la concurrence: Sie hat kürzlich im Rahmen eines

Vergleichs gegen Altice und den französischen Mobilfunkbetreiber SFR ein Bußgeld in Höhe von EUR 80 Millionen verhängt, weil die Unternehmen ihre Geschäftstätigkeit bereits vor Freigabe ihres Zusammenschlusses abgestimmt hatten. Die Behörde beanstandete unter anderem den Austausch von strategischen Informationen und die Einflussnahme von Altice auf die Preis- und Werbepolitik von SFR. Wettbewerber hatten die Autorité de la concurrence auf einen entsprechenden Verdacht hingewiesen; daraufhin durchsuchte die Behörde die Geschäftsräume von Altice und SFR. Die Entscheidung mahnt fusionierende Unternehmen dazu, ihre Geschäftspolitik auch im Angesicht eines bevorstehenden Zusammenschlusses weiterhin selbständig zu bestimmen. Alle Führungskräfte und in die Transaktionsvorbereitung eingebundenen Mitarbeiter sollten die damit einhergehenden Verhaltensregeln kennen.

Gebrauchsüberlassung kann beim Bundeskartellamt anmeldepflichtig sein

Das Bundeskartellamt hat einen von Lufthansa und Air Berlin vorsorglich angemeldeten sog. Wetlease-Vertrag über 38 Passagierflugzeuge freigegeben. Da das Vorhaben keine wettbewerblichen Bedenken auslöste, konnte das Bundeskartellamt das Bestehen einer Anmeldepflicht dahinstehen lassen. In seiner Entscheidung macht das Amt indes deutlich, dass aus seiner Sicht einiges für eine Anmeldepflicht eines solchen Wetlease-Vertrags spricht: Bei einer längerfristigen Verfügungsmöglichkeit über einen erheblichen Flottenteil nebst Besatzung soll ein Zusammenschluss in Form des Erwerbs eines wesentlichen Vermögensteils oder in Form des Erwerbs von Teilkontrolle naheliegen. Die Entscheidung erinnert damit daran, dass auch bestimmte Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassungen wie z. B. Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsverträge eine Anmeldepflicht beim Bundeskartellamt auslösen können. Für das europäische Fusionskontrollrecht hatte die Europäische Kommission dagegen im Vorfeld eine Anmeldepflicht abgelehnt.

Kommission prüft Ermäßigungen der Kraft-Wärme-Kopplung-Umlage auf Beihilfen

Die Europäische Kommission hat das KWKG 2016 im Grundsatz genehmigt. Gleichzeitig hat sie ein Verfahren eingeleitet, um eingehender zu untersuchen, ob die Ermäßigungen der Kraft-Wärme-Kopplung-Umlage für Letztverbraucher mit hohem Jahresverbrauch und für stromkostenintensive Industrieunternehmen mit den EU-Beihilfevorschriften vereinbar sind. Lesen Sie dazu den [Beitrag von Dr. Maximilian Elspas](#) in unserem Blog.

EuGH: Die Verlängerung einer Beihilfe ist eine neue Beihilfe

Der Europäische Gerichtshof hat klargestellt, dass die Verlängerung der Dauer einer genehmigten Beihilfe eine (genehmigungspflichtige) neue Beihilfe ist. Das gilt selbst dann, wenn der Grund für die Verlängerung eine einstweilige Anordnung eines Gerichts ist. Ein griechischer Aluminiumhersteller hatte mit einem staatlichen griechischen Stromversorger einen langjährigen Stromliefervertrag zum Vorzugstarif geschlossen. Der Stromversorger kündigte den Vertrag zum Laufzeitende. Dagegen klagte der Aluminiumhersteller und hatte damit zwischenzeitlich Erfolg: Das griechische Gericht setzte die Wir-

kungen der Kündigung vorläufig aus. Damit verlängerte das Gericht die Beihilfe. Griechenland muss diese Beihilfe nun zurückfordern.



Christoph Heinrich
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

II. Aktuelles

Drum prüfe, wer seine Händler preislich bindet...

Ein Händler muss frei sein, die Höhe seiner Wiederverkaufspreise für die von ihm angebotenen Waren selbst festzulegen. Mindest- oder Festpreisbindungen durch einen Hersteller sind kartellrechtlich regelmäßig verboten; Höchstpreisbindungen dagegen grundsätzlich erlaubt. Ebenso ist es Herstellern erlaubt, unverbindliche Preisempfehlungen auszusprechen. Dies allerdings nur, soweit sich diese Preisempfehlungen nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreisbindungen auswirken. Soweit der Gesetzestext – in der Praxis besteht jedoch häufig Unsicherheit, wie weit ein Hersteller in seiner Einflussnahme auf Händler gehen kann, ohne dass aus einer zulässigen Preisempfehlung aus Sicht der Kartellbehörden eine unzulässige und bußgeldbedrohte Preisbindung wird.

Das Bundeskartellamt hat am 25. Januar 2017 den Entwurf eines Hinweispapiers zum Preisbindungsverbot veröffentlicht. Er ist an den stationären Lebensmitteleinzelhandel gerichtet. Dem Entwurf lassen sich jedoch viele allgemeingültige Hinweise entnehmen, wie das Bundeskartellamt zukünftig mit Fragen der Preisbindung umgehen wird.

Vereinbarung von Fest- und Mindestpreisen

Vereinbarungen über Fest- oder Mindestpreise eines Händlers sind unzulässig, soweit nicht ausnahmsweise ein Freistellungstatbestand erfüllt ist. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Preisbindung unmittelbar vereinbart oder mittelbar durchgesetzt wird. Mittelbar kann dies durch die Ausübung von Druck (z. B. Drohung mit Lieferstopp, Liefer einschränkungen, sonstigen Nachteilen) oder durch Gewährung von Anreizen (z. B. Preispflegerabatte, Boni, sonstige Vorteile) geschehen. Auch das Einverständnis eines Händlers vermag eine Preisbindung nicht zu rechtfertigen. Der kartellrechtlich unzulässigen Fest- oder Mindestpreisbindung steht es gleich, wenn der Händler es dem Hersteller überlässt, den Wiederverkaufspreis des Händlers (z. B. durch Direkteingabe in dessen Warenwirtschaftssystem) festzusetzen (Rn. 46). Auch Spannaufschläge auf den Einkaufspreis sowie die Mindest- oder Festpreisbindung an den Referenzpreis eines anderen Händlers sind verboten (Rn. 47). Schließlich gilt das Preisbindungsverbot über alle Handelsstufen hinweg, also auch zwischen Hersteller und Großhändler oder zwischen Groß- und Einzelhändler. Ausgenom-

men sind nur konzerninterne Vereinbarungen, wie bei vertikal integrierten Unternehmen, oder echte Handelsvertreterverhältnisse.

Verbot der versuchten Preisbindung

Fest- und Mindestpreisbindung sind nach EU-Kartellrecht nur dann unzulässig, wenn sie auf einer (sei es durch konkludentes Handeln geschlossenen) Vereinbarung oder einer Abstimmung zwischen Hersteller und Händler beruhen. Rein einseitige (erfolglose) Versuche des Herstellers, eine Preisbindung zu erreichen, werden von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfasst. Im Gegensatz dazu untersagt das deutsche Kartellrecht in § 21 Abs. 2 GWB bereits das einseitige Androhen oder Zufügen von Nachteilen und das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen, soweit dies mit dem Ziel erfolgt, einen anderen zu einem kartellrechtlich verbotenen Verhalten zu veranlassen. Anders formuliert: Wer als Hersteller seinem Händler einen Rabatt anbietet, wenn dieser einen bestimmten Mindestpreis nicht unterschreitet, verstößt unabhängig davon gegen deutsches Kartellrecht, ob der Händler diesem Ansinnen nachkommt oder nicht. Exkurs: Höchstpreisbindungen mögen zwar kartellrechtlich grundsätzlich zulässig sein. Wird ein Händler vom Hersteller jedoch durch die Androhung von Nachteilen zu einer solchen zulässigen Höchstpreisbindung gezwungen, kann das einen Verstoß des Herstellers gegen § 21 Abs. 3 Nr. 1 GWB begründen (Verbot des Zwangs zu einem wettbewerbsbeschränkenden, aber kartellrechtlich zulässigen, da freigestellten Verhalten).

Unverbindliche Preisempfehlungen (UVP)

Kartellrechtlich zulässige unverbindliche Preisempfehlungen sind einseitige Äußerungen des Herstellers über die aus seiner Sicht sinnvolle Höhe des Wiederverkaufspreises. Ein Hersteller darf seine UVP auch erläutern, solange diese Erläuterung die Unverbindlichkeit der Empfehlung nicht infrage stellt. Bewegt sich der Hersteller innerhalb dieser Grenzen, kann ein Händler der unverbindlichen Preisempfehlung folgen, ohne dass sein Marktverhalten zum Ausdruck einer Preisbindung wird (Rn. 52).

Spannengarantien/Nachverhandlungen

Spannengarantien und Ausgleichsforderungen bewertet das Bundeskartellamt als potentiell problematisch. Eine Spannengarantie könne ggf. als Zusicherung des Herstellers gewertet werden, dass der übrige Handel bei der Preissetzung gemäß UVP „mitziehe“. Ausgleichsforderungen durch den Händler unter Hinweis auf die Preisgestaltung seiner Mitbewerber seien ggf. Druckausübung auf den Hersteller mit dem Ziel, diesen zur Etablierung oder Aufrechterhaltung eines (höheren) Preisniveaus bei seinen anderen Händlern zu veranlassen (Rn. 78).

Aktionsplanung

Werden die Zeiträume für die vom Hersteller geförderten Verkaufsaaktionen im Rahmen von Jahresgesprächen vorab festgelegt, ist dies auch dann kartellrechtlich zulässig, wenn der Hersteller dabei die Aktionszeiträume anderer Händler berücksichtigt, um sicherzustellen, dass nicht sämtliche Händler gleichzeitig herstellergeforderte Aktionen mit den gleichen Produkten durchführen (Rn. 70). Weitere

Aktionen, die der Händler auf eigene Kosten plant und durchführt, können vom Hersteller jedoch nicht unterbunden werden (Rn. 71).

Datenaustausch zwischen Händlern und Herstellern

Grundsätzlich gilt auch nach Auffassung des Bundeskartellamts: Die Bereitstellung von Absatzdaten durch Händler an Hersteller ist kartellrechtlich zulässig (Rn. 95). Datenlieferungen dürfen allerdings nicht zu einer Abstimmung oder Absprache des Preissetzungsverhaltens des Händlers „missbraucht“ werden.

Rechtfertigung

Preisbindungen sind nach Ansicht des Bundeskartellamts „nur ausnahmsweise“ einer Rechtfertigung mit Effizienzen zugänglich. Genannt werden die aus den Vertikal-Leitlinien der EU-Kommission bereits bekannten Fälle der Markteinführung neuer Produkte (Rn. 31), der kurzfristigen Sonderangebotskampagnen in Franchise- und franchiseähnlichen Vertriebssystemen sowie der Vermeidung von Trittbrettfahrern bei beratungsintensiven Produkten (Rn. 30). In der Praxis wird insbesondere der letztgenannte Ansatz häufig daran scheitern, dass das Bundeskartellamt hohe Hürden für die Erforderlichkeit einer Preisbindung aufstellt.

Bußgeldrisiko?

Das Bundeskartellamt legt sich fest: Eindeutige Verstöße gegen das Preisbindungsverbot, bei denen eine Effizienzrechtfertigung nicht ersichtlich ist, werden im Wege des Bußgeldverfahrens aufgegriffen (Rn. 108). In Zweifelsfällen, in denen unklar ist, ob ein Verstoß gegen das Preisbindungsverbot vorliegt oder eine Effizienzrechtfertigung in Betracht kommt, bleibt es dagegen meist beim Verwaltungsverfahren (Rn. 111).

Offene Fragen/Kritik

Der Entwurf des Hinweispapiers zum Preisbindungsverbot lässt eine Reihe von Fragen unbeantwortet, u. a.: Handelt es sich bei Fest- und Mindestpreisbindung entgegen der aktuellen Entscheidungspraxis des OLG Celle (Urt. v. 7.4.2016, 13 U 124/15 Kart) stets um bezweckte (Rn. 14) und damit spürbare Wettbewerbsbeschränkungen (Rn. 16)? Welche verbotenen vertikalen Preisbindungen sind keine Vereinbarungen, aber abgestimmte Verhaltensweisen? Welche Regeln gelten für den dualen Vertrieb, wenn ein Hersteller seine Produkte auch direkt an Endabnehmer vertreibt und gleichzeitig gegenüber seinen Händlern unverbindliche Preisempfehlungen ausspricht?

Der Entwurf des Hinweispapiers offenbart zudem eine weiterhin (zu) kritische Auffassung des Bundeskartellamts zu vertikalen Preisbindungen, u. a.: Bereits die bloße Rückmeldung eines Händlers, dass er der UVP folgt, soll nach Ansicht des Bundeskartellamts aus einer zulässigen Preisempfehlung eine unzulässige Preisbindung machen können (Rn. 57 f.). Träfe dies zu, würde die als solche zulässige UVP für den Hersteller zum unkalkulierbaren Risiko. Es hinge nur von der Rückäußerung des Händlers und von der kartellbehördlichen Interpretation ab, ob eine Rückäußerung als Zustimmung zu einer angebotenen Preisbindung gewertet wird. Nach Ansicht des Bundeskartellamts verstößt ein Händler bereits durch die bloße Befolgung einer UVP gegen das Preisbindungsverbot, wenn der Hersteller für den Fall

des Unterschreitens dieser UVP Nachteile angedroht hat (Rn. 62 f.). Träfe dies zu, würde ein Händler, der sich allein aus autonomen Erwägungen zur Befolgung der UVP entscheidet, zum Widerspruch gegen den Hersteller gezwungen, obwohl das Gesetz ein solches Widerspruchserfordernis nicht kennt.

Praxisempfehlung

Sensibilisieren Sie Ihren Vertrieb, ohne zulässige Handlungsspielräume aufzugeben. Der Grat zwischen erlaubten unverbindlichen Preisempfehlungen und verbotenen Preisbindungen ist allerdings schmal. Preisbindungspraktiken werden zukünftig noch stärker, d. h. vor allem in einer größeren Breite, in den Fokus der Kartellbehörden geraten. Händlerbeschwerden bei den Kartellbehörden dürften zunehmen. Sie sind aus Händlersicht ein legitimes, in einigen Fällen – folgt man dem Entwurf des Hinweispapiers – sogar ein gebotenes Mittel, um als Händler durch ein der UVP entsprechendes Marktverhalten nicht selbst in den Verdacht eines Verstoßes gegen das Preisbindungsverbot zu kommen. Werden Sie nicht müde, Ihre Händler darauf hinzuweisen, dass sie ungeachtet einer UVP in ihrer Preissetzung frei sind. Ergibt sich die Gelegenheit, dokumentieren Sie dies. Und schließlich, merken Sie sich die endgültige Fassung des Hinweispapiers für eine Anpassung Ihres kartellrechtlichen Compliance-Programms vor.



Dr. Christian Heinichen
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

E-Commerce Restrictions under Scrutiny – Recent Developments

The EU Commission's Digital Single Market Strategy

Today the EU is the largest e-commerce market in the world with Germany convincingly leading. 62 per cent of Germany's retailers are selling via electronic marketplaces while the average in other EU Member States remains under 30 per cent. Therefore, and expecting a further rapid increase in e-commerce sales, the strong interest of the European Commission to tackle potential anticompetitive practices taking place in e-commerce markets is not surprising.

The Juncker Commission promotes its Digital Single Market strategy as one of its flagship initiatives. The Commission aims at improving access to digital goods and services, adapting the legal framework according to the technological developments and incentivizing the industry to maximize its benefits from the digital developments. In that vein, the Commission wants to prevent any partitioning of the EU Single Market. Indeed, the Commission has started working zealously in order to prevent its strategy from merely being an audacious policy attempt.

As part of its Digital Single Market strategy, the Commission has so

far conducted an e-commerce sector inquiry *in extenso* and presented numerous legislative proposals. In this article, we will review the most important recent developments.

The E-Commerce Sector Inquiry

The Commission launched the extensive e-commerce sector inquiry in May 2015 (see the article by Christoph Heinrich in our [July 2015 newsletter](#)). About 1,800 respondents participated in the inquiry and more than 8,000 distribution agreements were examined. The Commission was seeking to understand potential barriers to cross-border online trade in goods and digital content – more specifically geoblocking, online marketplace bans, prohibition of online sales, recommended resale prices, and selective and exclusive distribution systems. These barriers could hinder cross-border trade and prevent customers from benefiting from unfettered competition – greater choice, lower prices and price transparency.

Geoblocking

Geoblocking refers to practices used by online sellers and service providers that result in goods or services being available depending on location, hence partitioning the EU. In its initial findings published in March 2016, the Commission concluded that geoblocking is widespread in the EU. Unlike in the past when many barriers to trade hindering the creation of the EU Single Market were imposed by State intervention, geoblocking is essentially a technical barrier created by private companies. Geoblocking practice can be viewed as discriminating customers based on their nationality or country of residence resulting in different pricing, the denial of access, or different charging of goods, content or services. The partitioning is typically achieved by measures which monitor the user's location (such as IP address, postal code, country of issue of credit card).

According to the Commission's findings, geoblocking may arise either from unilateral business decisions by a company not to sell abroad or from agreements between suppliers and distributors. The latter ones may restrict competition in the EU Single Market while infringing the EU competition law. However, the Commission underlined that these agreements need to be assessed on a case-by-case basis.

The Commission also acknowledged that some companies resort to geoblocking practices for legitimate and procompetitive reasons. Regarding goods, the companies referred to different tax regimes, costs and product demand as well as different competitive pressure. In the field of digital content, an example of such a justification is copyright. It is noteworthy to recall that the Commission is also tackling the issue of online copyright protection and enforcement at the same time, albeit on different legal grounds.

Geoblocking Investigations

In February 2017, the Commission initiated company-specific investigations regarding consumer electronics manufacturing, video games distribution and discriminatory hotel pricing. The hotel price discrimination investigation was initiated following complaints from customers.

In regards to the consumer electronics manufacturing, the Commis-

sion will focus on the retail price agreements and if they in fact amount to fixing the retail price or imposing a minimum sale price software that automatically adapts retail prices to those of leading competitors. In addition, one company is suspected to impose territorial restrictions on its retailers.

In the video games and hotel price discrimination cases, the Commission investigates the possibility of geoblocking that unfairly restricts prices or denies access to the web sites depending on nationality or location. Specifically in the hotel price discrimination investigation, the Commission examines whether the business practices at issue kept customers from seeing the full hotel availability or booking hotel rooms at the best prices depending on their location. Regarding the video game sector, the Commission is examining whether agreements requiring the use of activation keys grant or have granted access to a purchased game only to consumers in a particular EU Member State. The use of the activation key could be necessary, in particular, to confirm whether or not the copy of the game is pirated and therewith allow or deny access.

Online Marketplace Bans

The online marketplace ban relies essentially on a contractual restriction forbidding resellers to place goods on an online platform such as eBay and Amazon. At the time when the Commission adopted its Guidelines on Vertical Restraints in 2010, it did not consider that an absolute marketplace ban amounts to a hard-core competition restriction. It is undisputed that in certain circumstances that ban could lead to EU competition law infringements. The Commission maintains this conclusion in the preliminary report on the e-commerce sector investigation.

However, recently, the OLG Frankfurt am Main referred a question for a preliminary ruling to the European Court of Justice, thus highlighting the scrutiny of online market bans. In the currently pending *Coty* case, the OLG essentially asks whether the online market place ban is a hard-core restriction and whether ensuring a "luxury image" for the goods constitutes an aspect of competition that is compatible with Article 101(1) TFEU. The ECJ's case law is still scarce in this matter. Two previous rulings on related issues, the *Pierre Fabre* and *Pronuptia* cases, allow for different interpretations and the practitioners remain very careful in their interpretation as to the limits of restrictions of online sales. The eagerly awaited *Coty* ruling is expected to elaborate on the court's case law and eventually pave the way for further e-commerce policies pursued by the Commission. These issues have also been discussed by Uwe Wellmann in our [February 2016 newsletter](#).

Forthcoming Legislation on Geoblocking and Content Portability

The Commission has presented 16 legislative initiatives aimed at preventing business practices which partition the digital single market. Most importantly, the Proposal for a regulation on geoblocking aims to remove unjustified geoblocking practices. The Proposal sets forth as a general rule three scenarios in which online traders will not be allowed to discriminate against customers based on their location. These are the following (1) where the trader sells goods and offers

delivery in another Member State or collection at a location agreed upon with the customer; (2) where the trader provides electronically supplied services, other than services of access and use of copyright protected works (audiovisual works, video games); and (3) where the trader provides services in its premises (such as music festivals, hotel accommodation, wellness). In addition, they would not be allowed to deny or limit customers' access to their websites. As regards to the payment, traders will be free to decide which means of payment they accept, but will not be allowed to apply different payment conditions based on the customer's residence. Price differentiation will also be allowed. The Proposal has already been approved by the Council and is now discussed in the Parliament's Committee on the Internal Market and Consumer Protection.

With its Proposal for a regulation on cross-border portability of online content services in the internal market, the Commission plans to ensure that the users can access their online content independent of their location within the EU. Once the Regulation enters into force a subscriber who paid an online content service in its Member State of residence, but is temporarily present (i.e. transient and short stay) in another Member State will have access to that online content service. However, the provider will not have to guarantee the same quality of delivery of the online content service. If the subscription was free of charge, the provider will have a choice to extend or not the access to its service.

At the end of last year, the Commission presented its Proposal for new tax rules regarding e-commerce and online businesses introducing the so-called one-stop-shop for online VAT payments. VAT should be paid in the Member State of the final consumer, a solution that should lead to a fairer distribution of tax revenues.

E-Commerce Regulation – Quo Vadis?

If anything can be concluded for sure, it is that exciting times are ahead for the e-commerce business.

As far as the current investigations are concerned, they could potentially lead to formal indictments and companies, if found breaching the EU competition law, face fines of up to 10 per cent of their global turnover. The Commission also has not excluded the possibility of subsequent investigations. The Final Report on the e-commerce sector inquiry is expected in the first half of 2017.

Furthermore, certain national competition authorities such as the Bundeskartellamt in Germany (*Adidas* case in 2014, *Asics* in 2015) and the Bundeswettbewerbsbehörde in Austria did not shy away from the challenging e-commerce sector in the past and will accelerate their activities and investigations.

Companies with similar agreements in force are invited to review them in the light of new developments to mitigate any potential risks which might arise.

Ida Dojcinovic, LL.M. (College of Europe),
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Brüssel

III. Ausland

Antimonopoly Compliance in Russia: Status and Suggested Reforms

The development and implementation of antimonopoly compliance – an internal corporate system to prevent violations of antimonopoly legislation – is one of the tools available to companies to prevent and mitigate antimonopoly risks.

For the time being, the use of antimonopoly compliance has not been enshrined in Russian legislation, although discourse on the need to do so has been heard over the last few years and is being actively supported by the antimonopoly authority – the Federal Antimonopoly Service of Russia ("FAS"). The goal of the initiatives for legislative regulation of antimonopoly compliance, namely the identification and prevention by companies of violations of antimonopoly legislation, is clear and is not cause for debate. However, there are significant differences in the various proposed incentives for companies to establish such a compliance system. During the discussions both the introduction of a full exemption from liability for a committed violation (especially the exemption of company officials from criminal liability) and various options to limit liability (for example, limiting it to its minimum amount) have been proposed.

On 14 July 2016, a draft law aimed at enshrining the terms and consequences of introduction by Russian companies of an antimonopoly compliance system appeared on the [official website](#) for publication and discussion of draft laws and draft regulations of the Russian Federation. This draft law has already passed the public deliberation stage, and the report on its legislative impact assessment is currently being prepared.

According to the current text of the draft law, antimonopoly compliance is understood to mean the combined legal and organisational measures stipulated by an internal act of a business entity, aimed at ensuring that this business entity complies with antimonopoly legislation and preventing violations of this legislation. The draft law does not compel Russian companies to introduce antimonopoly compliance, with the exception of a number of business entities (in particular, business entities with state participation). If the current version of the draft law is passed, these entities will be required to draft and adopt internal acts on the organisation of an antimonopoly compliance system.

If a decision to introduce antimonopoly compliance is taken, a company (or a group of companies) must adopt an internal act or acts containing provisions such as the requirements on the procedure for assessing the risks of a violation, measures to mitigate these risks, the procedure for making employees aware of the procedure and measures, etc. The draft law establishes a list of these requirements, but does not indicate that the list is exhaustive (the company is entitled to include additional requirements). In the end, the performance of these requirements will be assessed when determining how effective the antimonopoly compliance system was in reality.

The draft law does not require companies that have introduced an antimonopoly compliance system to make its text publicly available,

but the company must place information on the adoption of an internal act or acts on antimonopoly compliance in the internet.

In this regard, all the aforementioned requirements on the organisation of antimonopoly compliance are intended to lessen the liability for a violation by the company of the Russian antimonopoly legislation. For example, the draft law proposes amendments to the Code of Administrative Offences of the Russian Federation pursuant to which the organisation by a company of an antimonopoly compliance system prior to the commission of an administrative violation will be a mitigating factor on administrative liability. The possibility to apply this mitigating factor will extend to the following violations of antimonopoly legislation:

- abuse of a dominant position;
- conclusion of an agreement that limits competition;
- performance of concerted actions that limit competition;
- performance of a forbidden coordination of business activity;
- price manipulation on the markets of electrical energy.

That being said, in the current version of the draft law the organisation of an antimonopoly compliance system alone is not sufficient to reduce liability. This system must actually be functioning, and as of the moment of initiation of a case the violation itself must be already terminated.

Since the draft law on antimonopoly compliance is still in the early stages, one can expect further revisions of its text, the requirements on the antimonopoly compliance system and its correspondence to the assignment of liability on the transgressor. In order to understand the possible ways in which the concept of antimonopoly compliance may be revised, one must pay attention, in particular, to foreign practices.

The attitude to antimonopoly compliance varies greatly in other countries. For example, while recognising the importance of antimonopoly compliance the European Commission does not consider the existence of an established and effective antimonopoly compliance system to be a mitigating factor when considering violations of antimonopoly legislation. The United States hold the same view.

A number of countries establish certain concessions for companies that have implemented an antimonopoly compliance system. Some countries clearly establish the maximum percentage by which the amount of the fine can be reduced when assigning liability (for example, by up to 10 per cent in the United Kingdom and France, and up to 15 per cent in Italy). Other countries establish a general rule that the existence of an effective antimonopoly compliance system may be deemed a circumstance that limits administrative liability during the consideration of violations of antimonopoly legislation, but do not establish clear rules and amounts for this limitation (for example, Australia, Israel and Canada).

The Russian draft law on antimonopoly compliance stands by the countries that take the existence of an antimonopoly compliance system into account during the consideration of violations of anti-

monopoly legislation, but it does not establish specific rules on limiting liability (for example, a certain percentage of the amount of the fine).

At the same time, the draft law does not currently give clear explanations of when an antimonopoly compliance system will be recognised as an actually functioning system, therefore leading to a limitation of liability. This issue will be resolved during the practical application of antimonopoly compliance provisions and, possibly, in the clarifications of the FAS on the version of the law that is actually passed.

Der Beitrag ist ursprünglich in der AEB Business Quarterly, Autumn 2016, S. 28-30, erschienen. Einzelne Stellen wurden geändert, um den aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens widerzuspiegeln.



Anna Klimova, LL.M.
Diplom-Juristin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Moskau

Veranstaltungshinweise

23.03.2017	Vertiefung Kartellrecht – Handlungsempfehlungen & Entscheidungsupdate (Beck Seminare, Frankfurt am Main)	Dr. Christian Heinichen
25.03.2017	Risk & Compliance: Antitrust (Board Academy, München)	Dr. Christian Heinichen
28.04.2017	Compliance-Risiken: Kartellrecht (ZWW Universität Augsburg)	Dr. Christian Heinichen

Veröffentlichungshinweise

Aktuelle Veröffentlichung

Anna Klimova, LL.M. (Moskau)
Antimonopolregelung in der Pharmabranche: Aktuelle Entwicklung, Impuls – Magazin der Deutsch-Russischen Auslandshandelskammer 4/2016, 18.

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an kartellrecht@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<http://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Christoph Heinrich

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-0 • Fax: +49 30 26471-123
Uwe Wellmann • Uwe.Wellmann@bblaw.com

Brüssel • Avenue Louise 489 • 1050 Brüssel
Tel.: +32 2 6390000 • Fax: +32 2 7322353
Dietmar O. Reich • Dietmar.Reich@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1342 • Fax: +49 89 35065-123
Georg Philipp Cotta • Philipp.Cotta@bblaw.com



Weitere interessante Themen und Informationen zum Kartellrecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM