



NOTAT

Dato: 13. marts 2017

Sag: KJUR-17/00945-3

Sagsbehandler: /LOB

Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens præjudicielle sag C-633/16, Ernst & Young

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

1. Indledning

Sø- og Handelsretten har ved kendelse af 25. november 2016 forelagt EU-Domstolen fire spørgsmål på det konkurrenceretlige område vedrørende fortolkningen af forbuddet mod præimplementering af fusioner i artikel 7, stk. 1, i Rådets forordning nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsoverdragelser (fusionskontrolsforordningen).

ERHVERVSMINISTERIET

Den konkrete sag for Sø- og Handelsretten handler om, hvorvidt Konkurrencerådets afgørelse af 17. december 2014 i sag 14/07180 skal ophæves. I afgørelsen fastslog Konkurrencerådet, at Ernst & Young P/S og KPMG DK har overtrådt forbuddet mod at gennemføre en fusion, før den er godkendt af konkurrencemyndighederne, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 5.

2. Sagens faktiske omstændigheder og juridiske problemstillinger

Konkurrencerådet har i sin afgørelse af 17. december 2014 fastslået, at Ernst & Young P/S og KPMG DK har overtrådt præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, derved, at KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, efter at have indgået en fusionsaftale med en række Ernst & Young-selskaber betinget af blandt andet opsigelsen af en samarbejdsaftale med KPMG International Cooperative, opsagde sidstnævnte samarbejdsaftale, før selve fusionsaftalen var godkendt af de danske konkurrencemyndigheder.

Ernst & Young P/S er uenig i Konkurrencerådets fortolkning af rækkevidden og indholdet af præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, der ligger til grund for afgørelsen. Ernst & Young P/S indbragte derfor den 1. juni 2015 Konkurrencerådets afgørelse for Sø- og Handelsretten med påstand om ophævelse.

Efter konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, må en fusion, der er omfattet af konkurrencelovens bestemmelser om fusionskontrol, ikke gennemføres, hverken før den er anmeldt, eller før den er godkendt af Konkurrencerådet.

Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, at bestemmelsen forbyder enhver handling, som har til formål eller følge at gennemføre en fusion, før Konkurrencerådets godkendelse af fusionen foreligger.

Efter forarbejderne til konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, skal bestemmelsen fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelser i artikel 7, stk. 1 og 3, i fusionskontrolforordningen.

Begrebet ”fusion” er defineret i fusionskontrolforordningens artikel 3, og af artikel 7 fremgår præimplementeringsforbuddet. Heraf følger, at en fusion ikke må gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet ved en beslutning vedtaget af Kommissionen.

Ernst & Young P/S’ overordnede synspunkter i sagen er, at der ikke er sket en overtrædelse af præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, fordi en gennemførelseshandling for at være omfattet af præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, skal have konkrete markedsmæssige virkninger og medføre et kontrolskifte eller en sammenblanding af de fusionerede virksomheders aktivitet.

Konkurrencerådet er overordnet af den opfattelse, at Ernst & Young P/S og KPMG DK har overtrådt præimplementeringsforbuddet. Det er i den forbindelse Konkurrencerådets synspunkt, at der er en række forhold, som kan indgå i den samlede helhedsvurdering af, om en handling er omfattet af præimplementeringsforbuddet. Det vil navnlig være relevant, om dispositionen er (i) fusionsspecifik, (ii) irreversibel, og (iii) har potentiale for markedsmæssig virkning. Det er ikke et krav, at der er påvist en konkret markedsmæssig virkning, og det er heller ikke en forudsætning, at den konkrete adfærd i sig selv medfører et kontrolskifte eller en sammenblanding af de fusionerede virksomheders aktivitet.

Sø- og Handelsretten anmodede ved kendelse af 25. november 2016 EU-Domstolen om at besvare følgende præjudicielle spørgsmål vedrørende de omtvistede forhold i sagen:

- 1. Efter hvilke kriterier skal det vurderes, om en virksomheds adfærd/dispositioner er omfattet af forbuddet i artikel 7(1) i Rådets forordning nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsoverdragelser (forbuddet mod præimplementering), og forudsætter en gennemførelseshandling i artikel 7(1)’s forstand, at handlingen, helt eller delvist, faktisk eller juridisk, udgør en del af selve det kontrolskifte eller den sammenblanding af de deltagende virksomheders*

fortsættende aktiviteter, som – forudsat at tærskelværdierne er opfyldt – udløser pligten til anmeldelse?

2. *Kan en opsigelse af en samarbejdsaftale som den i sagen foreliggende, som er afgivet under omstændigheder svarende til dem, der er beskrevet i forelæggelseskendelsens pkt. 1-20, udgøre en gennemførelseshandling omfattet af forbuddet i Rådets forordning nr. 139/2004, artikel 7(1), og efter hvilke kriterier skal det i så fald afgøres?*
3. *Gør det ved besvarelsen af spørgsmål 2 nogen forskel, om opsigelsen faktisk har med-ført konkurrenceretligt relevante markedsmæssige virkninger?*
4. *Såfremt spørgsmål 3 besvares bekræftende, bedes det oplyst, efter hvilke kriterier og med hvilken grad af sandsynlighed det i givet fald skal afgøres, om opsigelsen har medført sådanne markedsmæssige virkninger, herunder betydningen af at sådanne virkninger om muligt kunne henføres til andre årsager?*

3. Regeringens interesse i sagen

Formålet med forbuddet mod præimplementering er at sikre en effektiv fusionskontrol. Forbuddet betyder, at de fusionerende virksomheder ikke må foretage handlinger, der gennemfører en anmeldelsespligtig fusion, før fusionen er godkendt. Hermed undgås, at virksomheder foretager handlinger, der reelt gennemfører fusionen, og hvor markedssituationen inden fusionen således ikke vil kunne genskabes, hvis konkurrencemyndighederne forbyder fusionen.

Det er den første danske sag om præimplementering, og EU-praksis på området er sparsom. EU-Domstolens besvarelse af de forelagte spørgsmål forventes at få stor betydning for Konkurrencerådets og domstolens fremtidige fortolkning af forbuddet i konkurrenceloven mod at gennemføre anmeldelsespligtige fusioner, inden de er godkendt.

På den baggrund vil regeringen afgive indlæg i sagen, hvori der – i overensstemmelse med det, Konkurrencerådet har gjort gældende under sagen – argumenteres for, at det ved vurderingen af, om en handling er omfattet af præimplementeringsforbuddet, vil være relevant at lægge vægt på en række forhold, herunder navnlig om handlingen er fusionsspecifik og irreversibel samt, om den har potentiale for markedsmæssig virkning.