

## DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

31. maj 2018 (\*)

»Præjudiciel forelæggelse – kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser – forordning (EF) nr. 139/2004 – artikel 7, stk. 1 – gennemførelse af en fusion før den er blevet anmeldt til Europa-Kommissionen og erklæret forenelig med fællesmarkedet – forbud – rækkevidde – begrebet »fusion« – en af de fusionerende virksomheders opsigelse af en samarbejdsaftale med en tredjepart«

I sag C-633/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Sø- og Handelsretten ved afgørelse af 25. november 2016, indgået til Domstolen den 7. december 2016, i sagen

**Ernst & Young P/S**

mod

**Konkurrencerådet,**

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, J.L. da Cruz Vilaça, Domstolens vicepræsident, A. Tizzano (refererende dommer), og dommerne A. Borg Barthet, M. Berger og F. Biltgen,

generaladvokat: N. Wahl,

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. november 2017,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Ernst & Young P/S ved advokaterne G. Holtsø og J. Plum,
- den danske regering ved C. Thorning, som befuldmægtiget, bistået af advokat J. Pinborg,
- Europa-Kommissionen ved G. Conte og T. Vecchi, som befuldmægtigede, bistået af advokat H. Peytz,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 18. januar 2018,

afsagt følgende

### Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører artikel 7, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT 2004 L 24, s. 1).
- 2 Denne anmodning er indgivet under et annulationssøgsmål anlagt af Ernst & Young P/S ved Sø- og Handelsretten til prøvelse af en afgørelse truffet af Konkurrencerådet, hvorved denne myndighed

fastslog, at dels Ernst & Young, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited og EYGS LLP (herefter under ét »EY-selskaberne«), dels KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab og KPMG Ejendomme Flintholm K/S (herefter under ét »KPMG DK-selskaberne«) havde overtrådt forbuddet efter konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, mod at gennemføre en fusion, før den er blevet godkendt af Konkurrencerådet (herefter »stand still-forpligtelsen«).

## Retsforskrifter

### *EU-retten*

3 5., 6., 20. og 34. betragtning til forordning nr. 139/2004 er affattet således:

»(5) Det bør [...] sikres, at strukturændringerne ikke på længere sigt skader konkurrencen. Fællesskabsretten bør derfor indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på det fælles marked eller en væsentlig del heraf betydeligt.

(6) Der er derfor behov for en særlig retsakt, der kan muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet, og som skal være den eneste retsakt, der finder anvendelse på sådanne fusioner. [...]

[...]

(20) Det er hensigtsmæssigt at definere fusionsbegrebet på en sådan måde, at det omfatter transaktioner, der medfører en varig ændring i de deltagende virksomheders kontrolforhold og dermed i markedets strukturer. Denne forordnings anvendelsesområde bør derfor omfatte alle joint ventures, der på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner. Endvidere bør transaktioner, der er nært knyttet til hinanden, fordi de er sammenkædet ved en betingelse eller har form af en serie værdipapirhandeler, som finder sted inden for en rimelig kort periode, behandles som én og samme fusion.

[...]

(34) For at sikre en effektiv kontrol bør virksomhederne have pligt til at indgive forudgående anmeldelse af fusioner med fællesskabsdimension, når der foreligger en aftale, offentliggørelse af et overtagelsestilbud eller erhvervelse af en kontrolgivende andel. [...] Gennemførelsen af en fusion bør stilles i bero, indtil der er vedtaget en endelig beslutning af Kommissionen. Det bør imidlertid være muligt at dispensere fra dette krav efter anmodning fra de deltagende virksomheder, når det skønnes hensigtsmæssigt. [...]

4 Denne forordnings artikel 3, der har overskriften »Definition af en fusion«, fastsætter i stk. 1 og 2 følgende:

»1. Der anses at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på,

a) at to eller flere hidtil uafhængige virksomheder eller dele af hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller

b) at en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller en eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.

2. Kontrol over en virksomhed opnås gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold, giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift, særlig ved:

- a) ejendoms- eller brugsret til virksomhedens samlede aktiver eller dele deraf
- b) rettigheder eller aftaler, som sikrer afgørende indflydelse på sammensætningen af virksomhedens organer, deres rådslagninger og afstemninger eller beslutninger.«

5 Den nævnte forordnings artikel 4, der har overskriften »Forudgående anmeldelse af fusioner og henvisning af fusioner før anmeldelse efter anmodning fra de anmeldende parter«, bestemmer i stk. 1, første afsnit, følgende:

»Fusioner med fællesskabsdimension, som er omfattet af denne forordning, skal anmeldes til Kommissionen, før de gennemføres, og så snart fusionsaftalen er indgået, overtagelsestilbuddet offentliggjort eller en kontrollerende andel erhvervet.«

6 Samme forordnings artikel 7, der har overskriften »Udsættelse af en fusions gennemførelse«, fastsætter i stk. 1-3 følgende:

»1. En fusion, der har fællesskabsdimension som defineret i artikel 1, eller som Kommissionen skal behandle efter artikel 4, stk. 5, må ikke gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet ved en beslutning vedtaget i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), eller artikel 8, stk. 1 eller 2, eller på grundlag af en formodning som omhandlet i artikel 10, stk. 6.

2. Stk. 1 er ikke til hinder for gennemførelse af et offentligt overtagelsestilbud eller en serie transaktioner i værdipapirer, herunder sådanne som kan konverteres til andre værdipapirer, der kan omsættes på et marked såsom en børs, hvorved der fra forskellige sælgere erhverves kontrol som omhandlet i artikel 3, når

- a) fusionen omgående anmeldes til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 4, og
- b) erhververen ikke udøver de til de pågældende værdipapirer knyttede stemmerettigheder eller kun gør det for at bevare den fulde værdi af sin investering efter dispensation meddelt af Kommissionen i henhold til stk. 3.

3. Kommissionen kan efter anmodning give dispensation fra de i stk. 1 og 2 omhandlede forpligtelser. Anmodningen om dispensation skal være begrundet. Kommissionens beslutning om denne anmodning træffes bl.a. under hensyn til, hvilke virkninger en suspension vil få for en eller flere af de deltagende virksomheder eller tredjemand, og hvilken trussel fusionen udgør for konkurrencen. Til en sådan dispensation kan knyttes betingelser og påbud med henblik på at sikre en effektiv konkurrence. Der kan anmodes om og meddeles dispensation på ethvert tidspunkt, også før anmeldelsen eller efter transaktionen.«

7 Artikel 21 i forordning nr. 139/2004, der har overskriften »Anvendelse af forordningen og jurisdiktion«, bestemmer i stk. 1 følgende:

»Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3, og Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel [101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1)], (EØF) nr. 1017/68 [...], (EØF) nr. 4056/86 [...] og (EØF) nr. 3975/87 [...] finder ikke anvendelse undtagen på joint ventures uden fællesskabsdimension, hvis oprettelse har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd.«

### **Dansk ret**

8 Konkurrencelovens § 12 c bestemmer følgende:

»1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen træffer afgørelse om, hvorvidt en fusion kan godkendes eller forbydes.

[...]

5. En fusion, der er omfattet af denne lov, må ikke gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har godkendt den i henhold til stk. 1.

[...]

6. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan dispensere fra bestemmelsen i stk. 5 og kan i den forbindelse knytte vilkår eller udstede påbud med henblik på at sikre en effektiv konkurrence.«

9 Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 12 c, at de danske fusionskontrolregler er baseret på bestemmelserne i forordning nr. 139/2004 og skal fortolkes i overensstemmelse hermed både for så vidt angår definitionen og rækkevidden af begrebet en »fusion« og af stand still-forpligtelsen (også kaldet præimplementeringsforbuddet).

### **Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

10 Den 18. november 2013 indgik KPMG DK-selskaberne en fusionsaftale med EY-selskaberne (herefter »fusionsaftalen«).

11 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var KPMG DK- og EY-selskaberne revisionsfirmaer, der leverede revisions- eller regnskabsydelse i Danmark.

12 På datoen for indgåelsen af fusionsaftalen var KPMG DK-selskaberne medlemmer af et internationalt netværk af selvstændige revisionsfirmaer, benævnt KPMG International Cooperative (herefter »KPMG International«). Idet KPMG DK-selskaberne ikke var strukturelt integreret i KPMG International-netværket, var der den 15. februar 2010 blevet indgået en samarbejdsaftale mellem KPMG DK-selskaberne og KPMG International (herefter »samarbejdsaftalen«). I henhold til denne aftale havde KPMG DK-selskaberne eneret til at indgå i KPMG International i Danmark og til i denne medlemsstat at anvende KPMG Internationals varemærker i markedsføringsmæssig henseende.

13 Samarbejdsaftalen indeholdt tillige bestemmelser om allokering af kunder, forpligtelse til at servicere kunder fra andre stater og årlig kompensation for at kunne deltage i samarbejdet. Den forudsatte desuden, at der på intet tidspunkt skulle skabes et partnerskab/joint venture eller lignende med de deltagende revisionsfirmaer. Samarbejdsaftalen etablerede således et frivilligt, men integreret samarbejde mellem de deltagende revisionsfirmaer, hvorved disse arbejdede efter samme standarder og normer og over for kunderne fremstod som et samlet netværk, selv om de enkelte medlemsfirmaer var selvstændige og uafhængige virksomheder i konkurrenceretlig forstand.

14 I henhold til fusionsaftalen skulle KPMG DK-selskaberne umiddelbart efter aftalens underskrivelse afgive opsigelse til KPMG International for med virkning senest fra den 30. september 2014 at kunne udtræde af KPMG International-netværket med henblik på i stedet at fusionere ind i EY-selskaberne. I medfør af samarbejdsaftalen skulle en opsigelse af denne fra en af parterne ske med et varsel på mindst seks måneder før udløbet af KPMG Internationals regnskabsår.

15 Der består enighed mellem parterne i hovedsagen om, at den omhandlede fusion ikke havde fællesskabsdimension som omhandlet i forordning nr. 139/2004, at den skulle anmeldes til de kompetente danske myndigheder, og at dens gennemførelse var betinget af disse myndigheders forudgående godkendelse.

16 Efter at have underskrevet fusionsaftalen den 18. november 2013 opsigte KPMG DK-selskaberne samme dag samarbejdsaftalen med udløb den 30. september 2014. Opsigelsen af samarbejdsaftalen var ikke i sig selv betinget af konkurrencemyndighedernes godkendelse.

17 Fusionsaftalens indgåelse blev offentliggjort den 19. november 2013.

18 Den 20. november 2013 offentliggjorde KPMG International sin hensigt om at forblive på det danske marked, og med henblik herpå etablerede dette selskab den 21. november 2013 en ny revisionsvirksomhed i Danmark, selv om samarbejdsaftalen fortsat var i kraft.

- 19 Flere af KPMG DK-selskabernes kunder valgte at skifte revisor, idet de besluttede at benytte sig af enten KPMG International eller andre aktører.
- 20 KPMG DK- og EY-selskaberne iværksatte prænotifikationsproceduren umiddelbart efter offentliggørelsen af fusionsaftalen, og de første kontakter til de danske myndigheder blev taget den 21. november 2013.
- 21 Transaktionen blev den 13. december 2013 anmeldt til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og fusionen blev godkendt ved Konkurrencerådets afgørelse af 28. maj 2014 med forbehold af nogle tilsagn, som parterne skulle afgive. Efter denne godkendelse blev KPMG DK-selskaberne og KPMG International enige om at bringe samarbejdsaftalen til ophør fra den 30. juni 2014.
- 22 Den 17. december 2014 traf Konkurrencerådet afgørelse (herefter »den anfægtede afgørelse«) om, at KPMG DK-selskaberne ved i henhold til fusionsaftalen at have opsagt samarbejdsaftalen den 18. november 2013, dvs. forud for Konkurrencerådets godkendelse af fusionen, havde overtrådt forbuddet i den danske konkurrencelov mod at gennemføre en fusion forud for denne godkendelse.
- 23 Konkurrencerådet baserede den anfægtede afgørelse på en helhedsvurdering af sagens faktiske omstændigheder, hvorefter opsigelsen af samarbejdsaftalen navnlig var fusionsspecifik, irreversibel og havde potentiale for markedsmæssige virkninger i perioden mellem opsigelsen og fusionens godkendelse. Konkurrencerådet udtalte særligt, at det ikke var nødvendigt at påvise, at den nævnte opsigelse havde haft markedsmæssige virkninger, eftersom det var tilstrækkeligt, at den havde potentiale for sådanne virkninger.
- 24 Ernst & Young har den 1. juni 2015 anlagt annulationssøgsmål ved Sø- og Handelsretten til prøvelse af den anfægtede afgørelse, idet selskabet navnlig har anfægtet den af Konkurrencerådet foretagne fortolkning af rækkevidden af forbuddet mod at gennemføre en fusion inden Konkurrencerådets godkendelse af denne fusion, såvel som grundlaget for den anfægtede afgørelse og de markedsmæssige virkninger, som opsigelsen af samarbejdsaftalen har haft.
- 25 Ernst & Young har i øvrigt fremhævet, at udfaldet af tvisten i hovedsagen er af betydning for spørgsmålet om en eventuel bødestraf, idet sagen den 11. juni 2015 blev oversendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til Statsanklageren for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet med henblik på en strafferetlig vurdering af EY-selskabernes handlinger.
- 26 Idet de danske fusionskontrolregler er baseret på forordning nr. 139/2004, og idet Konkurrencerådet i den anfægtede afgørelse hovedsageligt har henvist til Kommissionens afgørelsespraksis og EU-Domstolens praksis, er den forelæggende ret af den opfattelse, at fortolkningen af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 rejser en række spørgsmål.
- 27 På denne baggrund har Sø- og Handelsretten besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Efter hvilke kriterier skal det vurderes, om en virksomheds adfærd/dispositioner er omfattet af forbuddet i artikel 7, [stk.] 1, i Rådets forordning nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsover[t]agelser ([stand still-forpligtelsen]), og forudsætter en gennemførelseshandling i artikel 7, stk. 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 forelæggelseskendelse[n] [...], udgøre en gennemførelseshandling omfattet af forbuddet i Rådets forordning nr. 139/2004, artikel 7, stk. 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 medført 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?«

### Om Domstolens kompetence

- 28 Kommissionen har udtrykt tvivl om, hvorvidt Domstolen har kompetence til at træffe afgørelse om nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse, i betragtning af, at EU-retten ikke finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, og at der ikke i den relevante lov henvises til EU-retten, idet det alene i forarbejderne til denne lov præciseres, at den skal fortolkes i overensstemmelse med forordning nr. 139/2004 og med praksis fra Den Europæiske Unions Ret og Domstolen.
- 29 Det bemærkes i denne henseende, at Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af traktaterne og af retsakter udstedt af Den Europæiske Unions institutioner. Inden for rammerne af det ved denne artikel indførte samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter tilkommer det udelukkende den nationale ret på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de af de nationale retter forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i EU-retten, er Domstolen derfor i princippet forpligtet til at træffe afgørelse herom (dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).
- 30 Domstolen har i en række afgørelser i henhold til denne praksis erklæret sig kompetent til at træffe afgørelse om anmodninger om præjudicielle afgørelser, der vedrørte bestemmelser i EU-retten, i tilfælde, hvor de faktiske omstændigheder i hovedsagen lå uden for EU-rettens direkte anvendelsesområde, men hvor de pågældende bestemmelser blev gjort anvendelige af national ret, hvori den valgte regulering af rent nationale forhold er tilpasset EU-retten. I sådanne tilfælde er det nemlig afgjort i Unionens interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås (dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
- 31 Hvad angår nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse skal det bemærkes, at den danske konkurrencelov – i modsætning til den italienske konkurrencelov, der var tale om i den sag, der lå til grund for dom af 11. december 2007, ETI m.fl. (C-280/06, EU:C:2007:775, præmis 23 og 24) – ikke foretager en direkte henvisning til de EU-retlige bestemmelser, der ønskes fortolket.
- 32 I modsætning til de bestemmelser i den ungarske konkurrencelov, der var tale om i den sag, der lå til grund for dom af 14. marts 2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 21), gengiver den danske konkurrencelov ligeledes ikke fuldstændigt de tilsvarende bestemmelser i forordning nr. 139/2004.
- 33 Det fremgår imidlertid for det første af de for Domstolen forelagte sagsakter, at forarbejderne til den danske konkurrencelov viser, at den danske lovgiver havde til hensigt at harmonisere den nationale konkurrencelovgivning på fusionskontrolområdet med EU-lovgivningen, idet de nationale bestemmelser i det væsentlige hviler på forordning nr. 139/2004. Den danske konkurrencelovs § 12 c, stk. 5, indfører således et forbud mod at gennemføre enhver fusion, før denne er blevet anmeldt til eller godkendt af de kompetente myndigheder, hvilket forbud i hovedtrækkene er identisk med det, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004.
- 34 For det andet har den forelæggende ret ved sin bedømmelse af de konkrete omstændigheder i den sag, der verserer for den, og særligt af forarbejderne til den gældende nationale lov – som det tilkommer denne ret at fortolke – udtalt, at den danske lovgivning skulle fortolkes i lyset af bl.a. Domstolens praksis.
- 35 Under disse omstændigheder har Domstolen kompetence til at besvare de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet.

**Det første, det andet og det tredje spørgsmål**

- 36 Med det første, det andet og det tredje spørgsmål, der skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at en fusion alene gennemføres ved en transaktion, som helt eller delvist, faktisk eller juridisk, bidrager til en ændring i kontrollen med målvirksomheden. Den forelæggende ret ønsker særligt oplyst, om opsigelsen af en samarbejdsaftale under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende kan anses for at medføre en gennemførelse af en fusion, og om det i denne forbindelse er relevant, hvorvidt en sådan opsigelse har haft markedsmæssige virkninger.
- 37 Med henblik på besvarelsen af disse spørgsmål skal det bemærkes, at artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 begrænser sig til at bestemme, at en fusion hverken må gennemføres, før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet.
- 38 Denne bestemmelse indeholder således ingen angivelse af de betingelser, hvorunder en fusion anses for at være gennemført, og navnlig præciserer den ikke, om gennemførelsen af en fusion kan finde sted efter en transaktion, som ikke bidrager til en ændring i kontrollen med målvirksomheden.
- 39 Det må derfor konstateres, at ordlyden af den nævnte artikel 7 ikke i sig selv giver mulighed for at præcisere rækkevidden af det forbud, som artiklen fastsætter.
- 40 Når der ikke på grundlag af en fortolkning af ordlyden af en EU-retlig bestemmelse kan tages stilling til den nøjagtige rækkevidde heraf, må bestemmelserne fortolkes på grundlag af deres formål og almindelige opbygning (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 For så vidt angår de mål, der forfølges med forordning nr. 139/2004, fremgår det bl.a. af femte betragtning til forordningen, at denne har til formål at sikre, at reorganiseringer i erhvervslivet ikke på længere sigt skader konkurrencen. EU-retten bør derfor indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på det indre marked eller en væsentlig del heraf betydeligt. Ifølge sjette betragtning til den nævnte forordning skal den i dette øjemed muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i EU (jf. i denne retning dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 21).
- 42 Det er netop for at sikre effektiviteten af denne kontrol, at virksomhederne, som det fremgår af 34. betragtning til forordning nr. 139/2004, har pligt til at indgive forudgående anmeldelse af deres fusioner, og at gennemførelsen af disse bør stilles i bero, indtil der er vedtaget en endelig beslutning.
- 43 Det skal dog påpeges, at den nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, med henblik herpå begrænser forbuddet mod gennemførelsen af en fusion til kun at omfatte fusioner, således som defineret i samme forordnings artikel 3, og derved udelukker, at enhver transaktion, der ikke kan anses for at bidrage til gennemførelsen af en fusion, forbydes.
- 44 Det følger heraf, at der ved fastlæggelsen af rækkevidden af artikel 7 i forordning nr. 139/2004 skal tages hensyn til den definition af begrebet fusion, der er indeholdt i den nævnte artikel 3.
- 45 I henhold til denne bestemmelse anses der at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på, at to eller flere hidtil uafhængige virksomheder eller dele af hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller at en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller en eller flere virksomheder erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder, således at forstå, at kontrollen følger af en mulighed, der er givet gennem rettigheder, aftaler eller på anden vis, for at udøve en afgørende indflydelse på en virksomheds drift.
- 46 Det følger heraf, at gennemførelsen af en fusion som omhandlet i den nævnte artikel 7 sker, så snart parterne i en fusion gennemfører transaktioner, der bidrager til varigt at ændre kontrollen med målvirksomheden.

- 47 Den omstændighed, at enhver delvis gennemførelse af en fusion falder ind under anvendelsesområdet for den nævnte artikel, opfylder således kravet om at sikre en effektiv kontrol med fusioner. Såfremt det var parterne i en fusion forbudt at gennemføre en fusion via en enkelt transaktion, men det var dem tilladt at nå frem til det samme resultat via en række successive enkelttransaktioner, ville det således indskrænke den effektive virkning af det forbud, der er fastsat i artikel 7 i forordning nr. 139/2004, og dermed være til fare for den forudgående karakter af den i denne forordning fastsatte kontrol samt varetagelsen af denne forordnings formål.
- 48 Det er ud fra dette samme synspunkt, at det i 20. betragtning til den nævnte forordning er angivet, at transaktioner, der er nært knyttet til hinanden, fordi de er sammenkædet ved en betingelse eller har form af en serie værdipapirhandler, som finder sted inden for en rimelig kort periode, bør behandles som én og samme fusion.
- 49 Imidlertid bemærkes, at når sådanne transaktioner, skønt gennemført inden for rammerne af en fusion, ikke er nødvendige for at opnå en ændring i kontrollen med en virksomhed, der er berørt af denne fusion, er de ikke omfattet af artikel 7 i forordning nr. 139/2004. Selv om disse transaktioner kan være accessoriske eller forberedende i forhold til fusionen, har de således ikke nogen direkte funktionel forbindelse med gennemførelsen heraf, således, at deres gennemførelse i princippet ikke kan være til skade for fusionskontrollernes effektivitet.
- 50 Den omstændighed, at sådanne transaktioner kan have markedsmæssige virkninger, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at begrunde en anderledes fortolkning af den nævnte artikel 7. Dels henhører bedømmelsen af en transaktions markedsmæssige virkninger således under realitetsbehandlingen af fusionen. Den stand still-forpligtelse, der er fastsat i artikel 7 i forordning nr. 139/2004, gælder uafhængigt af, hvorvidt fusionen er eller ikke er forenelig med fællesmarkedet, idet dens formål netop er at sikre en effektiv kontrol fra Kommissionens side med alle fusioner.
- 51 Dels kan det ikke udelukkes, at en transaktion, der ikke har nogen markedsmæssig virkning, ikke desto mindre kan bidrage til en ændring i kontrollen med målvirksomheden, og at den følgerig i det mindste delvist gennemfører fusionen.
- 52 Det følger heraf, at artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004, henset til de med denne forordning forfulgte formål, skal fortolkes således, at bestemmelsen forbyder, at parterne i en fusion gennemfører nogen form for transaktion, der bidrager til en varig ændring i kontrollen med en af de virksomheder, der er berørt af denne fusion.
- 53 En sådan fortolkning af nævnte artikel 7 ligger ligeledes inden for rammerne af den almindelige opbygning af forordning nr. 139/2004.
- 54 Selv om det er korrekt, at den forebyggende kontrol med fusioner, der er indført ved forordningen, ifølge sjette betragtning hertil vedrører indvirkning på konkurrencestrukturen i EU, følger det på ingen måde deraf, at al adfærd fra virksomhedernes side, der ikke har en sådan indvirkning, falder uden for Kommissionens eller de kompetente nationale myndigheders kontrol på konkurrenceområdet (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 30).
- 55 Den pågældende forordning udgør således i lighed med navnlig forordning nr. 1/2003 en del af et lovgivningskompleks, der har til formål at gennemføre artikel 101 TEUF og 102 TEUF samt at oprette et kontrolsystem, der sikrer, at konkurrencen inden for EU's indre marked ikke fordrejes (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 31).
- 56 Som det fremgår af artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004, er denne forordning den eneste, der finder anvendelse på fusioner som defineret i forordningens artikel 3, og på hvilke forordning nr. 1/2003 principielt ikke finder anvendelse (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 32).
- 57 Sidstnævnte forordning finder derimod anvendelse på den adfærd hos virksomheder, som, uden at den udgør en fusion som omhandlet i forordning nr. 139/2004, ikke desto mindre kan føre til en koordinering mellem dem, der er i strid med artikel 101 TEUF, og som af denne grund er undergivet



Kommissionens eller de nationale konkurrencemyndigheders kontrol (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 33).

- 58 En udvidelse af anvendelsesområdet for artikel 7 i forordning nr. 139/2004 til transaktioner, der ikke bidrager til gennemførelsen af fusion, ville følgelig ikke blot – som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 68 i forslaget til afgørelse – indebære en udvidelse af denne forordnings anvendelsesområde i strid med dennes artikel 1, men tillige en tilsvarende indskrænkning af anvendelsesområdet for forordning nr. 1/2003, som i så fald ikke længere ville finde anvendelse på sådanne transaktioner, selv om disse vil kunne medføre en samordning mellem virksomheder som omhandlet i artikel 101 TEUF.
- 59 På baggrund af det ovenstående må det konkluderes, at artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at en fusion alene gennemføres ved en transaktion, som helt eller delvist, faktisk eller juridisk, bidrager til en ændring i kontrollen med målvirksomheden.
- 60 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt opsigelsen af en samarbejdsaftale under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende kan anses for at medføre en gennemførelse af en fusion, skal det bemærkes, at det fremgår af de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i anmodningen om præjudiciel afgørelse, og som det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, at selv om denne opsigelse er sammenkædet ved en betingelse med den omhandlede fusion og kan tænkes at have en accessorisk og forberedende karakter i forhold til fusionen, forholder det sig ikke desto mindre således, at opsigelsen – til trods for de markedsmæssige virkninger, den kan have haft – ikke som sådan bidrager til en ændring i den varige kontrol med målvirksomheden.
- 61 Ud over den omstændighed, at der er tale om en transaktion vedrørende en enkelt af parterne i fusionen og en tredjepart, nemlig KPMG International, har EY-selskaberne således ikke ved denne opsigelse fået mulighed for at udøve nogen form for indflydelse på KPMG DK-selskaberne, hvilke selskaber – som det fremgår af nærværende doms præmis 12 og 13 – i konkurrenceretlig forstand var uafhængige såvel før som efter den nævnte opsigelse.
- 62 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første, det andet og det tredje spørgsmål besvares med, at artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at en fusion alene gennemføres ved en transaktion, som helt eller delvist, faktisk eller juridisk, bidrager til en ændring i kontrollen med målvirksomheden. Opsigelsen af en samarbejdsaftale under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende – som det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve – kan ikke anses for at medføre en gennemførelse af en fusion, og det uafhængigt af, hvorvidt denne opsigelse har haft markedsmæssige virkninger.

#### **Det fjerde spørgsmål**

- 63 Henset til besvarelsen af det første, det andet og det tredje spørgsmål er det uforment at besvare det fjerde spørgsmål.

#### **Sagsomkostninger**

- 64 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling) for ret:

**Artikel 7, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) skal fortolkes således, at en fusion alene gennemføres ved en transaktion, som helt eller delvist, faktisk eller juridisk, bidrager til en ændring i kontrollen med målvirksomheden. Opsigelsen af en samarbejdsaftale**

**under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende – som det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve – kan ikke anses for at medføre en gennemførelse af en fusion, og det uafhængigt af, hvorvidt denne opsigelse har haft markedsmæssige virkninger.**

Da Cruz Vilaça

Tizzano

Borg Barthet

Berger

Biltgen

Således bestemt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 31. maj 2018.

A. Calot Escobar

J.L. da Cruz Vilaça

Justitssekretær

Formand for Femte  
Afdeling

---

\* Processprog: dansk.