

C-633/16, EY/KPMG og præimplementering

Medlemsmøde, Dansk Forening for Konkurrenceret, 23. oktober 2018

Advokat Gitte Holtsø, Plesner og advokat Jens Munk Plum, Kromann Reumert



KROMANN
REUMERT

PLESNER

C-633/16, EY/KPMG – Konkurrencerådets afgørelse af 17. december 2014



01

Konkurrencerådet anvendte tre kriterier ved vurderingen af, om opsigelsen udgjorde præimplementering:

1. Opsigelsen var fusionsspecifik, idet den var en direkte følge af betingelsen herom i fusionsaftalen og ikke ville have fundet sted uafhængigt af fusionsaftalen
2. Opsigelsen var irreversibel, idet den var endelig og ubetinget
3. Opsigelsen havde potentiale for markedsmæssige virkninger:
 - Der var visse reaktioner i markedet efter opsigelsen, men forud for godkendelse af fusionen
 - Påvirkningen af markedet blev tidsmæssigt fremrykket i forhold til, hvad der havde været tilfældet uden opsigelsen
 - Det var ikke afgørende, hvorvidt disse markedsmæssige virkninger var et resultat af selve opsigelsen eller blot offentliggørelsen af fusionsaftalen, idet opsigelsen havde *potentiale* for markedsmæssige virkninger

02

EY indbragte Konkurrencerådets afgørelse for Sø- og Handelsretten den 1. juni 2015

03

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oversendte sagen til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet den 11. juni 2015

C-633/16, Sø- og Handelsrettens præjudicielle forelæggelse



Sø- og Handelsretten forelagde EU-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 virksomhedsovertagelser (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 forelæggelseskendelsens punkt 1-20, 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 markeds-mæssige 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 markeds-mæssige virkninger, herunder betydningen af at sådanne virkninger om muligt kunne henføres til andre årsager?

C-633/16, EY/KPMG – GA Wahls forslag til afgørelse af 18. januar 2018



Wahl afviste Konkurrencerådets tre kriterier:

- **Fusions specifikt** er ikke et kriterium, men derimod en forudsætning for anvendelsen af præimplementeringsforbuddet, og det tilføjer derfor ingen merværdi i forhold afgrænsningen af forbuddets rækkevidde (præmis 48-49)
- **Irreversibel** er irrelevant i forhold til præimplementeringsforbuddet. Det medfører spekulation og adskiller præimplementeringsforbuddet fra selve fusionen. Herudover forekommer kriteriet selvmodsigende, når Kommissionens beføjelse til at ophæve – og dermed reversere – en præimplementeret fusion efter artikel 8, stk. 5, litra a) og c) i forordning nr. 139/2004 tages i betragtning (præmis 50-52)
- **Potentiale for markedsmæssige virkninger** er også værdiløst ved fastlæggelsen af præimplementeringsforbuddets rækkevidde. Kriteriet overlapper med den materielle vurdering af fusionen og bortser fra kompleksiteten heraf. Herudover har kommercielle tiltag næsten altid visse effekter på markedet (præmis 53-56)



- Fusionsbegrebet – og derved kontrolskiftet – skal være omdrejningspunkt og afgørende faktor i forhold til fastlæggelsen af præimplementeringsforbuddets rækkevidde (præmis 62)
- KPMG DK's opsigelse af samarbejdsaftalen med KPMG International bidrog ikke til et skifte i kontrollen mellem KPMG DK og EY og udgjorde således ikke præimplementering af fusionen (præmis 85)
- NB! Wahl bemærkede at "*mangel på domstolsprøvelse synes at have gjort det muligt for Kommissionen at fortsætte sine overvågningsaktiviteter ukontrolleret*" (præmis 43)

C-633/16, EY/KPMG – EU-Domstolens dom af 31. maj 2018



EU-Domstolen var enig i, at Konkurrencerådets tre kriterier ikke var relevante:

- EU-Domstolen afviste eksplicit kriteriet om potentiale for markedsræssige virkninger: Præimplementeringsforbuddet finder anvendelse på alle fusioner omfattet af forordning nr. 139/2004, desuagtet om de har potentiale for at skabe markedsræssige virkninger. Også dispositioner, som ikke har potentiale for markedsræssige virkninger, kan derfor være i strid med præimplementeringsforbuddet (præmis 50-51)

EU-Domstolen var også enig i, at kontrolskiftet skal være afgørende i forhold til fastlæggelsen af præimplementeringsforbuddets rækkevidde:

- *"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."* (præmis 62)

C-633/16, EY/KPMG – EU-Domstolens dom af 31. maj 2018



Præimplementeringsforbuddet omfatter både fuldstændig og delvis gennemførelse:

EU-Domstolens (og Wahls) eksempel på delvis gennemførelse: Indbyrdes forbundne transaktioner, der er nært knyttet til hinanden, fordi de er sammenkædet ved en betingelse (præmis 47-48)

- En gennemførelse af indbyrdes forbundne transaktioner udgør præimplementering når – men ikke før – den bidrager til et kontrolskifte (*de facto* eller *de jure*): *"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."* (præmis 49)

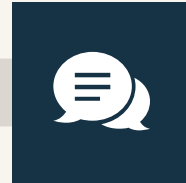
Dispositioner, der ikke bidrager til et kontrolskifte, kan eventuelt vurderes i henhold til TEUF artikel 101

C-633/16, EY/KPMG – EU-Domstolens dom af 31. maj 2018

Specifikt i forhold til KPMG DK's opsigelse af samarbejdsaftalen med KPMG International:

" 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 markeds-mæssige virkninger, den kan have haft – ikke som sådan bidrager til en ændring i den varige kontrol med målvirksomheden." (præmis 60)

Præimplementering fremadrettet også efter M.7993, Altice / PT Portugal



Fokus på kontrolskiftet – bekræftet i Altice-sagen pkt. 42 (anket)

Transaktionsstrukturen

- Handlinger, som ikke har direkte funktionel sammenhæng med overtagelse af kontrol, er tilladt
 - Target/køber aftaler om frasalg af andre aktiviteter
 - Opsigelse af aftaler, som ikke er elementer i fusionerende virksomhed fremadrettet

Informationsudveksling

- Bedømmes i fusionssammenhæng
- Frem til beslutning om at indgå aftale (Signing)
 - Fuld adgang og almindelig due diligence nødvendig for at vurdere virksomhed
 - Sikre dokumentation: Begrænset personkreds / NDA / begrænset formål for anvendelse af oplysninger
- Efter aftaleindgåelsen (mellem Signing og Closing)
 - Begrænset adgang – absolut nødvendigt for værdibevarelse?
 - Større krav til sikring af processer og informationsadgang
 - Ikke udveksling af detaljerede oplysninger om driftsforhold, men kun i aggregeret form og i forhold til emner, som berettiget kræver købers indblanding
 - Omfattende informationsudveksling kan i sig selv være udtryk for præimplementering, jf. Altice

Business pending Closing

- Køber må i udgangspunktet ikke have indflydelse på "*ordinary course of business*", med mindre det vedrører forhold, som er meget væsentlige og har direkte værdipåvirkende indflydelse
- Krav om samtykke kun tilladt, hvis det konkret kan påvises, at et forhold er meget væsentligt og har en direkte værdipåvirkende indflydelse
- For forhold uden for "*ordinary course of business*" og har en værdipåvirkende effekt af en vis betydning, kan der indsættes krav om samtykke (fx køb og salg af fast ejendom, ændring af formål og forretningsområder mv.)
- Generelt set sikre bevægelsesfrihed, men gerne justere købesum og indsætte MAC clause (Material Adverse Effects)

Forberedelseshandlinger

- Hvis de ikke vedrører den fremadrettede virksomheds aktiviteter, kan de gennemføres
- Vedrører de fremtidige aktiviteter, kan de kun forberedes enten helt ensidigt, eller fælles i NDA / clean team-miljø med fornødne safeguards
- Retsstillingen er uændret for fælles, fremtidige aktiviteter

Plesner

Amerika Plads 37
2100 København Ø
Tlf.: +45 33 12 11 33
Fax: +45 33 12 00 14
E-mail: plesner@plesner.com
CVR-nummer: 38 47 79 35

Kromann Reumert

Sundkrogsgade 5
2100 København Ø
Tlf.: +45 70 12 12 11
Fax: +45 70 12 13 11
E-mail: mail@kromannreumert.com
CVR-nummer: 62 60 67 11