

Kapitel 1

Indledning

1. Indledning

Det er over 17 år siden, der blev indført fusionskontrol i Danmark med lov nr. 416 af 31. maj 2000, hvilket skete i kølvandet på Konkurrencerådets ulovhjemlede »fusionsbehandling« af *MD Foods' sammenlægning med Kløver Mælk*¹ og *MD Foods' sammenlægning med Arla Ekonomisk Förening*² samt *Carlsbergs eventuelle overtagelse af Albani*.³ Dansk fusionskontrol har siden da været underlagt en betydelig udvikling og professionalisering godt hjulpet på vej af sit EU-retlige inspirationsgrundlag. Den danske ordning bygger således på principperne og reglerne i EU-fusionskontrolforordningen.⁴ Dette fremgik udtrykkeligt af de oprindelige forarbejder til reglerne om fusionskontrol i konkurrenceloven, og det er blevet fastholdt i forbindelse med de senere tilpasninger.⁵ Både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet og domstole-

-
- 1 Konkurrencerådets afgørelse fra april 1999, *MD Foods' sammenlægning med Kløver Mælk*.
 - 2 Konkurrencerådets afgørelse fra januar 2000, *MD Foods' sammenlægning med Arla Ekonomisk Förening*.
 - 3 Konkurrencerådets afgørelse af 18. august 2000, *Carlsberg eventuelle overtagelse af Albani*.
 - 4 Rådsforordning EØF nr. 4064/89 af 21. december 1989, EF-Tidende 1990 L 257/14 som ændret ved Rådsforordning EF nr. 1310/97 af 30. juni 1997, EF-Tidende 1997 L 180/1, og som ændret senest ved Rådsforordning EF nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»fusionskontrolforordningen«).
 - 5 Fusionskontrolreglerne er blevet ændret adskillige gange, væsentligst i 2005 og 2010 med henholdsvis overgangen fra dominans- til SIEC-testen (Significant Impediment of Effective Competition) i fusionskontrolforordningen og nedsættelsen af de danske tærskelværdier på baggrund af det såkaldte Fusionsudvalgs rapport af 16. december 2008 samt indførelsen af en forenklet sagsbehandling. Det fremgår endvidere af forarbejderne til reglerne om fusionskontrol, at de i vidt omfang er inspireret af fusionskontrolforordningen, jf. FT 1999-2000, Tillæg A, s. 6815, sp. 1, hvorfor fortolkning af reglerne skal ske på baggrund af praksis fra EU. En yderligere væsentlig ændring er indførelsen af anmeldelsesgebyrer, der skete i 2013.

ne anvender i betydeligt omfang den EU-retlige praksis, ikke mindst ved afgørelse af materielt vanskelige fusionssager.⁶

Med virkning pr. 1. januar 2018 er der sket visse ændringer i konkurrenceloven, hvoraf kun enkelte er af relevans for fusionskontrolregimet. Disse behandles kortfattet i de relevante afsnit nedenfor.

Formålet med denne fremstilling er at give en samlet fremstilling af de danske fusionskontrolregler med en praktisk indgangsvinkel. Det er endvidere formålet at give en vejledning i forberedelsen og håndteringen af danske fusionskontrollsager.⁷ Fremstillingen omhandler dansk konkurrenceret og er ikke en EU-retlig fremstilling. Der er derfor primært inddraget dansk praksis og alene medinddraget EU-praksis på udvalgte steder, hvor det er skønnet relevant for fortolkningen og anvendelsen af de danske regler. Endelig beskriver bogen i visse tilfælde de nyeste EU-retlige tendenser, idet disse naturligt vil påvirke dansk praksis.

2. Overblik over fremstillingen

Fremstillingen vil falde i følgende kapitler;

Kapitel 2: Fusionsbegrebet

Ligesom det er tilfældet for fusionskontrolforordningen, omfatter konkurrencelovens fusionsbegreb ikke alene de rene fusioner, hvor der sker selskabsretlige eller økonomiske sammensmeltninger til én enhed, men også virksomhedsovertagelser og etablering af fælles kontrol over joint ventures.

Kapitel 3: Tærskelværdierne

Fusioner er anmeldelsespligtige efter konkurrencelovens regler, når de deltagende parter har en omsætning, som overstiger tærskelværdierne. Efter at tærskelværdierne blev sænket markant i 2010⁸, er antallet af an-

6 Et eksempel herpå er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilgang til vurderingen af koordinerede effekter, som følger praksis i EU-konkurrenceretten. Se eksempelvis Konkurrencerådets afgørelse af 23. februar 2011, *Danish Agro a.m.b.a.'s overtagelse af Nordjysk AndelsGrovvareforening a.m.b.a.*

7 Se i den forbindelse også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Fusionskontrol Vejledning*, januar 2017.

8 Se lovforslag L 109, som vedtaget 29. april 2010.

meldte fusioner steget væsentligt. Det er tidligere i det såkaldte Fusionsudvalgs rapport skønnet, at der efter sænkelsen af tærskelværdierne fremover ville være ca. 40-60 fusioner om året.⁹ Dette skøn har vist sig at holde stik. I 2016 blev der i alt truffet 37 afgørelser under fusionskontrolreglerne, og i 2017 var tallet 50.

Kapitel 4: Den materielle fusionsvurdering

Konkurrencerådet skal træffe afgørelse ud fra kriteriet om, hvorvidt fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, herunder ved at den skaber eller styrker en dominerende stilling.¹⁰ Dette er den danske udgave af den såkaldte »SIEC«-test¹¹, som blev indføjet i fusionskontrolforordningen ved en reform i 2004. Den nævnte reform var en følge af Kommissionens tre markante nederlag ved Retten i sagerne *Airtours*¹², *Tetra Laval*¹³ og *Schneider Legrand*¹⁴ fra 2002.

Fusionskontrol er med indførelsen af SIEC-testen i Danmark i 2005¹⁵ ikke blot en vurdering af de fusionerende virksomheders markedsandele – uanset det stadig indgår som et væsentligt element i § 12 c, stk. 2 – men også mere overordnet en vurdering af, om det må antages, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.¹⁶ Fusionskontrol i Danmark foregår dermed – ganske som i EU – som en mere samlet og overordnet vur-

9 Se Fusionsudvalgets rapport, s. 121, tabel 7.14, estimerer af antal anmeldelser ved seks sæt modeltærskelværdier. At tærskelværdierne endte på det ganske lave niveau, var udtryk for et politisk kompromis. Udvalget blev af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen præsenteret for tre modeller, hvoraf én model indebar reelt uacceptabelt lave tærskler, én model havde de nuværende tærskler og endelig én model indebar højere tærskler i kombination med adgang for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til under visse betingelser at kræve anmeldelse af fusioner også under tærsklerne. Sidstnævnte løsning mødte stor modstand fra de organisationer, som var repræsenteret i udvalget. En tilsvarende model kendes dog fra fx Sverige.

10 Se konkurrencelovens § 12 c, stk. 2.

11 SIEC står for »Significant Impediment on Effective Competition«.

12 Rettens dom af 6. juni 2002 i sag T-342/99 – *Airtours mod Kommissionen*.

13 Rettens dom af 25. oktober 2002 i sag T-80/02 – *Tetra Laval mod Kommissionen*.

14 Rettens dom af 22. oktober 2002 i sag T-77/02 – *Schneider Electric mod Kommissionen*.

15 Se lovforslaget L 63, som vedtaget 16. december 2004.

16 Dette er kriteriet for vurderingen af en fusions tilladelse, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 2, der i sin formulering svarer til fusionskontrolforordningens artikel 2, stk. 2 og 3.

dering af en fusions virkninger end en dominansvurdering efter misbrugsreglen i konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

Overgangen til SIEC-testen har utvivlsomt betydet en udvidelse af myndighedernes indgrebskompetence over for fusionerne, idet der med SIEC-testen er skabt en retlig regulering, som langt hen ad vejen giver basis for, at myndighederne med afsæt i konkurrenceteoretiske overvejelser kan opstille og efterprøve de forskellige »theories of harm«, som de mener, at fusionen kan rejse. Det gælder ikke mindst i forhold til de såkaldte koordinerede virkninger, hvorved forstås risikoen for ikke-aftalt koordinering mellem markedsaktører som følge af en mere koncentreret markedsstruktur (»tacit collusion«).¹⁷ Konsekvensen er blevet et fusionskontrolregime, som kan føre til indgreb mod forhold, som tidligere blev anset for uden reel betydning for konkurrencen, og som er blevet langt mindre gennemslagsligt og forudsigeligt. Dette – kombineret med stadigt skrappe procedureregler – sætter virksomhedernes retssikkerhed under pres.

Kapitel 5: Vilkår, påbud og tilsagn

Hvis en fusion i myndighedernes øjne rejser for mange bekymringer til at kunne godkendes uden videre, indledes sædvanligvis forhandlinger om tilsagn. Tilsagn skal på den ene side, for at blive accepteret, være egnede til at afhjælpe myndighedernes bekymringer. På den anden side har parterne en naturlig kommerciel interesse, i at tilsagnene ikke går videre end påkrævet. Når parterne og myndighederne er nået til enighed om egnede tilsagn, indgår disse som bindende vilkår for en godkendelsesbeslutning, og parterne er således bundet heraf, indtil tilsagnene eventuelt måtte bortfalde eller ekstraordinært ændres/tilsidesættes. Processen er særegen. Fra at være en proces, hvor Konkurrencerådet, i lighed med det som gælder andre forvaltningsområder, om nødvendigt selv måtte fastsætte de vilkår, hvorunder fusionen kunne godkendes, er det nu op til parterne at tilbyde de nødvendige tilsagn, og vurderes de utilstrækkelige, anser myndighederne sig for beføjet til at forbyde fusionen.

Konkurrencerådets hjemmel til at knytte vilkår til en godkendelse af en fusion findes i konkurrencelovens § 12 e.

¹⁷ Indtil denne ændring havde Kommissionen forsøgt at forfølge denne type »oligopol-sager« med en teori om »kollektiv dominans«, hvilket var betydeligt vanskeligere at godtgøre.

Myndighederne har endvidere kompetence til at udstede påbud på fusionskontrolområdet, såfremt fusionsparterne ikke agerer inden for lovens rammer, overholder vedtagne tilsagn eller lignende.

Kapitel 6: Accessoriske begrænsninger

Som det kendes fra europæisk fusionskontrolret, accepteres i dansk ret til en vis grad såkaldte accessoriske begrænsninger i forbindelse med gennemførelsen af godkendte fusioner. Også på dette område lægger dansk ret sig ganske tæt op ad EU-reglerne, hvorfor den primære inspirations- og fortolkningskilde er *Kommissionens meddelelse om accessoriske begrænsninger*.¹⁸

Kapitel 7: Anmeldelse og godkendelse

Konkurrencerådet har hjemmel til at godkende eller forbyde fusioner.¹⁹ Anmeldelsespligtige fusioner skal dog anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som forbereder sagen, undersøger alle relevante forhold og forelægger sagen til Konkurrencerådets afgørelse. Dette gælder dog ikke i sager, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen selv træffer afgørelsen efter Rådets bemyndigelse. Dette sker særligt i sager, der er anmeldt forenklet og umiddelbart vil kunne godkendes uden bekymringer eller mere dybdegående markedsundersøgelser m.v.

Overtrædelse af fusionskontrolreglerne i konkurrenceloven – herunder undladelse af anmeldelse samt præimplementering – er bødebelt.²⁰

Godkendelsesfristerne i konkurrenceloven var oprindeligt kortere end fusionskontrolforordningens frister, men efter lovændringen i 2010²¹ er de stort set identiske med fristerne i fusionskontrolforordningen.²²

Kapitel 8: Anke og opsættende virkning

Konkurrenceankenævnet er også i fusionssager rekursmyndighed for Konkurrencerådets afgørelser. På baggrund af Konkurrenceankenævnets mu-

18 Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner (2005/C 56/03).

19 Konkurrencelovens § 12 c, stk. 2.

20 Konkurrencelovens § 23, stk. 1.

21 Ved L 109 som vedtaget den 29. april 2010.

22 Konkurrencelovens § 12 d og forarbejderne til ændringen i FT 2009-2010, Tillæg A, L 109, s. 17f, der i overensstemmelse med Fusionsudvalgets anbefalinger gav Konkurrencerådet længere tid til undersøgelse af eventuelle skadelige virkninger, særligt i fase 2.

lighed for at fremskynde sagsbehandling og afgørelse, burde dette være en hensigtsmæssig ordning. Særligt i fusionssager er tidsfaktoren afgørende for, om den judicielle prøvelse bliver effektiv. Netop en lang sagsbehandlingstid ved Retten har betydet, at der kun har været en ganske begrænset judicial prøvelse af fusionsbeslutninger i EU-systemet.²³ Konkurrenceankenævnets rolle i fusionskontROLSagerne har hidtil været helt begrænset, og der er fortsat ikke ankenævnsager om den materielle fusionsvurdering.

Som noget særligt dansk, og som en modsætning til EU-reglerne, kan tredjeparter ikke indbringe en sag for Konkurrenceankenævnet. Formentlig kan tredjeparter derimod indbringe en sag for de almindelige domstole under forudsætning af opfyldelse af de almindelige søgsmålsbetingelser i form af retlig interesse. Dette er dog aldrig afprøvet i praksis.

Kapitel 9: Rette myndighed og henvisningsreglerne

Reglerne om fusionskontrol i EU fungerer som »one-stop-shop« i den forstand, at såfremt en fusion anmeldes til Kommissionen, skal der ikke ske anmeldelse i Danmark. Dette følger direkte af fusionskontrollforordningens artikel 21, stk. 3, hvorefter Kommissionen er enekompetent til at behandle fusioner med fællesskabsdimension. Imidlertid vil det ofte være således, at en fusion, der er anmeldelsespligtig i Danmark, også vil kunne være det i en række andre lande, herunder EU-lande, som følge af parternes størrelse (typisk målt ved deres omsætning). Danske fusionsanmeldelser vil derfor oftest skulle koordineres i forbindelse med en såkaldt »multiple filing«, hvor en transaktion skal anmeldes til og godkendes af flere nationale konkurrencemyndigheder.

3. Væsentlige emner i fusionskontrolretten

De danske fusionskontrolregler indebærer forudgående kontrol med fusioner af en vis størrelse og tilknytning til Danmark. Ordningen er udmøntet i en pligt til at anmelde²⁴ og et forbud imod at gennemføre²⁵ fusio-

²³ Tilsvarende praksis kendes på det menneskeretlige område fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor lange sagsbehandlingstider også antages at udgøre en krænkelse af retssikkerheden.

²⁴ Se konkurrencelovens § 12 b, stk. 1.

²⁵ Den oprindelige frist, hvorefter fusionen skulle anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest en uge efter aftalens indgåelse, offentliggørelse af over-

ner, der opfylder de i konkurrenceloven fastsatte tærskelværdier,²⁶ og dermed er omfattet af fusionskontrolreglerne.

Formålet med fusionskontrol

Som det er tilfældet med de europæiske regler, fremgår det af de danske lovforarbejder, at det ikke er formålet med fusionskontrol i sig selv at hindre sammenslutninger af virksomheder: »Formålet er derimod at sikre, at de fordele for de fusionerede virksomheder, der f.eks. ligger i en større styrke på eksportmarkederne, ikke betales af de danske forbrugere eller mindre konkurrenter, som risikerer at blive presset ud af markedet eller slet ikke kan få adgang hertil.«²⁷

Fusionskontrollen »lukkede et hul« i den danske konkurrenceregulering, som ikke var dækket med forbudsreglerne i §§ 6 og 11 på samme vis, som fusionskontrolforordningen »lukkede et hul«, der ikke var dækket af TEUF artikel 101 og 102. »Hullet« i europæisk fusionskontrolret blev inden forordningen indirekte »lukket« af *Continental Can-sagen*²⁸, hvor Kommissionen vurderede en (dominans)fusion under misbrugsreglerne.

Ved sænkningen af tærskelværdierne i 2010 blev det fremhævet, at der havde fundet en række fusioner sted, hvor store virksomheder havde overtaget konkurrenter, uden at dette havde ført til anmeldelse, fordi konkurrenternes omsætning havde ligget under – i nogle tilfælde lige under – de 300 mio. kr., som var den daværende tærskelværdi.²⁹

tagelses- eller ombytningstilbuddet eller erhvervelse af kontrol, blev ophævet ved lovændringen i 2005 parallelt med den tilsvarende ændring i fusionskontrolforordningen i 2004.

26 Se nedenfor i kapitel 3.

27 FT 1999-2000, Tillæg A, s. 6814, sp. 2.

28 Kommissionens afgørelse af 9. december 1971 – *Continental Can*.

29 Af Fusionsudvalgets rapport kan læses, at disse sager med manglende anmeldelse har skabt frustration i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Samtidig kan man dog konstatere, at der i ingen af tilfældene har været tale om, at myndighederne efterfølgende har indledt sager efter de almindelige regler om konkurrencebegrænsende aftaler eller misbrug af dominerende stilling mod de virksomheder, som har fusioneret »under tærskelværdierne«. Man har heller ikke anvendt fusionskontrolforordningens artikel 22, stk. 1 til at anmode Kommissionen om at behandle fusioner, der hverken har fællesskabsdimension eller opfylder de danske tærskelværdier med den begrundelse, at der skulle være »fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den medlemsstat eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen«.

Økonometri

Den internationale udvikling af behandlingen af fusionssager går i retning af en stadig større anvendelse af økonomiske modeller til at vurdere de sandsynlige virkninger af en fusion. Nedenfor i afsnit 9 i kapitel 4, nævnes de væsentligste økonomiske analyseværktøjer, som anvendes af konkurrencemyndighederne i dag. Den øgede anvendelse af økonomiske analyser sammen med indførelse af SIEC-testen frem for den tidligere dominanstest, som indebar en mere mekanisk analyse af markedsandele, har betydet, at det nu er vanskeligere for parterne på forhånd at vurdere udfaldet i de mere vanskelige fusionssager. Tiden har vist, at de økonomiske analyser i stadig stigende grad bliver brugt og bliver anset for at levere afgørende »beviser« for, om fusionen indebærer konkurrencemæssige problemer.

Denne udvikling betyder også, at beviserne i afgørelsesgrundlaget bliver vanskeligere at efterprøve og imødegå af parterne. Det skyldes, at der kan være tale om sofistikerede økonomiske analyser, som fordrer, at parterne og deres advokater råder over den fornødne ekspertise. Beviserne kan fremstå noget uklare, og den økonomiske analyse kan blive et bevis i sig selv. Problemet hermed er, at økonomisk analyse altid hviler på en række forudsætninger, og analysen er derved aldrig stærkere end de nævnte forudsætninger.

Frem for – som der tidligere var en tendens til – blot at fokusere på overlap og den samlede markedsandel, skal parterne i lige så høj grad vurdere, om økonomiske teorier og analysemetoder kan antages at indikere problemer og i givet fald under hvilke forudsætninger. Derved kan adgangen til økonometrisk ekspertise og rådgivning være afgørende for udfaldet af en materielt vanskelig fusionssag.

Retten har med sin afgørelse *GE Honeywell*³⁰ i 2005 udviklet metoden baseret på »det kontrafaktiske scenarie«, hvorefter en fusions mulige konkurrencebegrænsende virkninger skal vurderes på grundlag af en sammenligning med det mest sandsynlige scenarie, hvis transaktionen ikke sker. Europa-Kommissionen har ikke taget metoden til sig i lige så høj grad som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Sidstnævnte synes at benytte metoden i videre og videre udstrækning, og generelt synes at kunne spore en stigende indgrebsintensitet i disse sager.

30 Rettens dom af 14. december 2005 i sag T-209/01 – *Honeywell mod Kommissionen*.

Som et andet udslag af en øget indgrebsintensitet kan fx nævnes Kommissionens nylige forbud mod UPS/TNT³¹-fusionen. Forbuddet blev dog efterfølgende – meget usædvanligt – annulleret af Retten, idet Retten fandt, at Kommissionen havde tilsidesat det kontradiktoriske princip.³² Det er særdeles sjældent, at fusionskontrolafgørelser undergår judicial prøvelse, som det skete i denne sag, og netop derfor er det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, når en forbudsbeslutning (eller processen i øvrigt) baseres på en vurdering af et mere eller mindre sandsynligt, kontrafaktisk, fremadskuende scenarie, eksempelvis om, hvem der ville have købt en targetvirksomhed, hvis den altså ikke nu var blevet købt af anmelderen af fusionen.

Med muligheden for syn og skøn over økonomiske analyser i konkurrencesager i Danmark som følge af Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2012³³ og Højesterets kendelse af 13. oktober 2011³⁴ må det antages, at man i Danmark har et vigtigt instrument til judicial kontrol af grundlaget for Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets afgørelser også i fusionssager. Indtil videre er det ikke set, at syn og skøn er blevet anvendt i en sag for Konkurrenceankenævnet, men det burde være en mulighed. I EU-systemet og visse lande sker prøvelsen af økonomiske analyser ved mulighed for fremlæggelse af ensidigt indhentede rapporter under sagen og/eller førelse af ekspertvidner.³⁵ Endvidere er der pr. 1. juli 2017 indført nye regler for brugen af syn og skøn samt ensidigt indhentede erklæringer i danske retssager.

Fusionskontrol i international kontekst, herunder politiske overvejelser

Politisk var et af argumenterne for at indføre fusionskontrol i 2000, at Danmark var det sidste land i EU, som ikke havde fusionskontrol. Argumentet var dog ikke helt korrekt, da Luxembourg heller ikke havde – og fortsat ikke har – fusionskontrol. Også de senere ændringer af konkur-

31 Kommissionens afgørelse af 30. januar 2013 i sag M.6570 – UPS/TNT.

32 Rettens dom af 7. marts 2017 i sag T-194/13 – United Parcel Service, Inc. (UPS) mod Kommissionen.

33 Sø- og Handelsrettens dom af 27. august 2012 i sag U-2-10, Post Danmark A/S mod 1) Konkurrencerådet, biint. 1) Bring Citymail Denmark A/S.

34 Højesterets kendelse af 13. oktober 2011 i sag 13/2011, *Konkurrencerådet mod DONG Energy A/S (tidligere Elsam A/S)*.

35 I forhold til den danske situation på dette område henvises til Munk Plum, Jens & Vemmelund Jensen, Tilde, *Judicial Review of competition cases – a Danish perspective*, ECLR 2:2017, volume 38, Sweet & Maxwell.

reanceloven har på mange punkter været begrundet i ønsket om at tilpasse retstilstanden i Danmark til EU og EU's øvrige lande, skønt det må konstateres, at flere ændringer paradoksalt er udtryk for dansk særregulering.³⁶

Siden vedtagelsen af fusionskontrollforordningen den 21. december 1989 har stadig flere lande både inden for og uden for EU indført tilsvarende regler, således at der i dag findes fusionskontrol i mere end 140 lande i verden.³⁷

Ved etableringen af det verdensomspændende netværk, *International Competition Network (ICN)*, er der *de facto* iværksat et globalt harmoniseringsarbejde af frivillighedens vej.³⁸ Der har endvidere i ICN-regi været arbejdet med en fælles tilgang til fusionskontrolområdet, hvilket løbende har resulteret i en række guidelines, workbooks, best practices m.v.

I dag har således langt de fleste lande en form for fusionskontrol, som enten minder om EU-systemet eller US-systemet. Samtidig har Kommissionen i stigende grad opbygget et fast samarbejde med særligt de amerikanske konkurrencemyndigheder, *Department of Justice* og *Federal Trade Commission*. Det gælder både om konkrete sager og om udviklingen af konkurrencepolitik, lovgivning og myndighedernes vejledning og praksis. En grundlæggende forskel består dog stadig i, at de amerikanske myndigheder skal anlægge en retssag, hvis de ønsker at forbyde en fusion, hvor Kommissionen selv kan træffe en forbudsbeslutning. I de fleste EU-lande er det ligeledes konkurrencemyndigheden, der træffer forbudsbeslutninger.

Seneste tendenser i EU-fusionskontrolretten

Europa-Kommissionen offentliggjorde i 2014 en hvidbog om opdatering af fusionskontrolregimet. Et centralt fokusområde i hvidbogen er øget effektivitet, og de primære emner, der behandles, er minoritetserhvervelser og sagshenvisning. I forlængelse af hvidbogen har Kommissionen gennemført en offentlig høring, som blev afsluttet i januar 2017, men p.t. er der ikke taget skridt til at revidere fusionskontrollforordningen. Der pågår i skrivende stund overvejelser om, hvordan systemet kan simplificeres,

36 Man kan som eksempel herpå nævne indførelsen af konkurrencelovens §§ 5 a og 10 a om henholdsvis markedsafgrænsning og dominerende virksomheders forretningsbetingelser.

37 Global Competition Review, *Merger Control 2018, Getting the Deal Through*.

38 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/library.aspx>.

samt om der bør indføres alternative tærskelværdier, som skal fange fusioner, der involverer virksomheder, som trods en relativt lav omsætning har stor betydning på et givet marked.³⁹

4. Erfaringer med dansk fusionskontrol

Der har som tidligere nævnt været fusionskontrol i Danmark i over 17 år, og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet har i denne periode (pr. 1. oktober 2017) truffet afgørelse efter fusionskontrolreglerne i 360 sager.⁴⁰ Heraf er alene én blevet forbudt,⁴¹ og i yderligere ét tilfælde er anmeldelsen blevet trukket tilbage efter modtagelse af et negativt udkast til afgørelse. Det reelle antal af fusioner, som er strandet på fusionskontrolreglerne, er i hvert fald fire.⁴² I 25 af sagerne er godkendelsen sket, efter parterne har afgivet tilsagn.

Det er den overordnede erfaring, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er blevet forholdsvis materiel i sin behandling af fusions-sager og følger både procedure- og indholdsmæssigt det, som kendes fra EU. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har da også samlet sin behandling af fusionskontrolsager i ét specifikt center kaldet »Konkurrencecenter for Medier, Tele og Fusioner (MTF)«.

Prænotifikations- og anmeldelsesprocessen er generelt blevet mere struktureret og effektiv. Fusionskontrol i Danmark indebærer to grundlæggende udfordringer for virksomhederne. For det første er langt størstedelen af de anmeldte fusioner helt uinteressante konkurrenceretligt, hvorfor anmeldelsespligten blot indebærer et unødigt bureaukrati. Det samme er tilfældet i alle andre jurisdiktioner med fusionskontrol, herunder EU. Der er tale om en formentlig uundgåelig konsekvens af, at anmeld-

39 Sådanne alternative tærskelværdier (ofte kaldet »value-based filing thresholds«) blev i sommeren 2017 indført i Tyskland, jf. ARC § 35 (1a). En tilsvarende bestemmelse er desuden blevet indført i Østrig og kendes bl.a. også fra USA.

40 I denne opgørelse er ikke medtaget efterfølgende procedurale afgørelser, ankenævnsafgørelser og domme.

41 Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008, *Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen*.

42 Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008, *Lemvigh-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen, JP/Politikkens Hus A/S' køb af Dagbladet Børsen A/S* (opgivet den 24. januar 2017), *Danish Crown/Tican* (opgivet den 10. december 2015) og *Stofa/Canal Digital* (opgivet den 26. juli 2011).

delsespligt fastlægges på et objektivt omsætningsgrundlag i modsætning til fx virksomhedernes markedsandele, der ville være en bedre målestok for markedsstyrke og dermed risikoen for reelle materielle problemstillinger. Da markedsandele imidlertid som regel ikke kan fastlægges med nogen større grad af sikkerhed, er systemet med omsætningsbaserede tærskelværdier stadig at foretrække.

Med indførelsen af de lave omsætningstærskler i 2010⁴³ er man imidlertid gået meget vidt i Danmark. Endvidere er fusionskontrol gennem de sidste 16 år blevet stadig mere kompleks og er dermed materielt uforudsigelig. Det medfører et retssikkerhedsmæssigt problem for virksomhederne, som har vanskeligere ved at vurdere fusionskontrollrisikoen. Det er et problem, fordi det kan føre til, at fusioner ikke gennemføres eller ikke gennemføres mellem de parter, der kan realisere de største effektivitetsgevinster og synergier, af frygt for at fusionen bliver forbudt, eller at der bliver stillet krav om uacceptable tilsagn.

Det er derfor vigtigt, at både politikerne og konkurrencemyndighederne – under hensyntagen til at det grundlæggende formål i konkurrenceovens § 1 er at fremme en »effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse« – skaber størst mulig gennemsigtighed og forudsigelighed i behandlingen af fusionssager. Både under sagernes behandling og i afgørelsen. Dette gælder så meget desto mere, fordi det må antages, at der altid vil være et meget begrænset antal fusionssager, som vil blive indbragt for Konkurrenceankenævnet og domstolene, idet fusioner kun sjældent kan afvente sagsbehandlingstiden forbundet med prøvelse. Den begrænsede judicielle prøvelse stiller derfor større krav til klarhed i lovgivningen og til myndigheden.

I Danmark vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, i det omfang en fusion giver anledning til betænkeligheder, sende en Meddelelse Om Betænkeligheder (MOB) i fase 2-sagerne, som det kendes fra EU.⁴⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indført Meddelelse Om Betænkeligheder og ligeledes en egentlig klagepunktsmeddelelse i de almindelige sager efter §§ 6 og 11, men netop i fusionssagerne er der ikke indført en klagepunktsmeddelelse. Begrundelsen for ikke at indføre en klagepunktsmeddelelse i fusionssagerne er, at disse er undergivet stramme

43 Jf. FT 2009-2010, Tillæg A, til L 109, s. 14.

44 Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Fusionskontrol Vejledning*, januar 2017, pkt. 5.1.

tidsfrister, at der er tæt dialog mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og parterne, og at parterne får udkast til afgørelse i høring.⁴⁵ Kommissionen, som er undergivet de samme frister i fusionsager, har i årevis arbejdet med en klagepunktsmeddelelse.

Endelig er fusionskontrol – som det også er erfaringen fra EU-systemet – reelt kun underlagt judiciel prøvelse i begrænset omfang. Dette er et problem, da al erfaring viser, at judiciel prøvelse er den mest afgørende enkeltfaktor for at højne kvaliteten af forvaltningsafgørelser. Det er da også karakteristisk, at fusionskontrollforordningen blev ændret på afgørende måde som følge af underkendelsen af de tre sager fra 2002, som er nævnt tidligere.⁴⁶ Ikke mindst i takt med at myndighederne sofistikerer deres »theories of harms« ud fra rent konkurrenceøkonomiske antagelser, vokser behovet for den judicielle prøvelse, og her savnes fortsat en retsudvikling. Et nyligt eksempel på, at en fusions sag rent faktisk nåede til en egentlig judiciel prøvelse er Rettens afgørelse i *United Parcel Service*⁴⁷, hvor Retten annullerede Kommissionens afgørelse grundet en tilsidesættelse af det kontradiktoriske princip.

45 Jf. FT 2012-2013 og bemærkningerne til lovforslaget L 41 s. 6, spg. 2, pkt. 2.4 om høring, hvor det fremgår, at: »ændringer i sagsprocessen [ikke] finder anvendelse i fusionsager, hvor der skal træffes afgørelse inden for kort tid. Parterne vil derfor alene blive hørt efter de almindelige regler i forvaltningsloven.«

46 Rettens domme af 6. juni 2002 i sag T-342/99 – *Airtours mod Kommissionen*, af 25. oktober 2002 i sag T-80/02 – *Tetra Laval mod Kommissionen* og af 22. oktober 2002 i sag T-77/02 – *Schneider Electric mod Kommissionen*.

47 Rettens dom af 7. marts 2017 i sag T-194/13 – *United Parcel Service, Inc. (UPS) mod Kommissionen*.

Kapitel 2

Fusionsbegrebet

1. Indledning

Overordnet er to kriterier afgørende for, om en transaktion, der omfatter en virksomhed og sker mellem uafhængige virksomheder, skal anmeldes til og godkendes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, inden fusionen må gennemføres. For det første skal transaktionen anses for en »fusion« i konkurrencelovens forstand. Fusionsbegrebet afviger fra det selskabsretlige fusionsbegreb og er defineret langt bredere i konkurrenceloven, særligt i relation til joint venture-lignende samarbejder. Omvendt er det dog ikke alle aktieoverdragelser m.v., der udgør en konkurrenceretlig fusion. Fusionsbegrebet behandles i nærværende kapitel 2. Forudsat at der er tale om en »fusion«, er det for det andet nødvendigt, at de relevante parterets omsætning er af en sådan størrelse, at konkurrencelovens tærskelværdier er overskredet. Dette kriterium behandles i det efterfølgende kapitel 3.

2. Fusionsbegrebet

Konkurrencelovens fusionsbegreb defineres i lovens § 12 a, der ligesom fusionskontrollforordningen er baseret på et princip om kontrolskifte som den udslagsgivende faktor for, om der foreligger en fusion. § 12 a, stk. 1-3 har følgende ordlyd:

»§ 12 a Ved en fusion forstås i denne lov,

- 1) når to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller
- 2) når en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst én virksomhed eller en eller flere virksomheder ved opkøb 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.

Stk. 2. Oprettelse af et joint venture, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, udgør en fusion efter stk. 1, nr. 2.

Stk. 3. Efter denne lov opnås kontrol over en virksomhed gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift.«

§ 12 a, stk. 1, nr. 1 omfatter primært de deciderede fusioner – såvel såkaldte egentlige som uegentlige fusioner – hvor to (eller flere) uafhængige virksomheder bliver til én, og (mindst) én juridisk enhed ophører med at eksistere. I denne type af fusioner træder spørgsmålet om »kontrol« over virksomheden i baggrunden. § 12 a, stk. 1, nr. 2 vedrører den situation, at én virksomhed gennem en transaktion af den ene eller den anden art opnår kontrol over en anden hidtil uafhængig virksomhed. Endelig vedrører § 12 a, stk. 2, på samme måde som i fusionskontrolforordningen, oprettelsen af joint ventures, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, er omfattet af fusionskontrolreglerne.

3. Fusioner mellem hidtil uafhængige virksomheder

Efter konkurrencelovens § 12 a, stk. 1, nr. 1 foreligger der en fusion:

»... når to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed.«¹

Bestemmelsen omfatter for det første de egentlige fusioner, hvor to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes i en ny juridisk enhed, og de fusionerende virksomheder ophører med at bestå som selvstændige juridiske enheder. Bestemmelsen omfatter også de uegentlige fusioner, hvor en virksomhed overtages af en anden virksomhed, som fortsætter med at bestå, mens den overtagne virksomhed ophører hermed i kraft af fusionen.² I forbindelse med både en egentlig og en uegentlig fusion er det karakteristisk, at der sker en retlig sammensmeltning af virksomhederne. Et eksempel på sidstnævnte ses i *Fusion mellem Investe-*

1 Bestemmelsen svarer indholdsmæssigt til artikel 3, stk. 1, litra a i fusionskontrolforordningen, der definerer anvendelsesområdet som: »at to eller flere hidtil uafhængige virksomheder eller dele af hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed«.

2 Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Fusionskontrol Vejledning*, s. 5.

ringsforeningen Sparinvest og EgnsINVEST³, hvor de to investeringsforeninger sammensmeltedes med Sparinvest som den fortsættende juridiske enhed.⁴

Bestemmelsen i § 12 a, stk. 1 omfatter imidlertid også den form for sammensmeltning af virksomheder, der kan opstå, uden at der i retlig henseende er tale om en fusion. Der tales i så fald om en »økonomisk fusion«, og en sådan vil foreligge, hvor der sker en sammenlægning af to eller flere uafhængige virksomheders aktiviteter på en måde, så der i faktisk henseende opstår en særskilt økonomisk enhed. Et eksempel er *Dansk Shell A/S' overtagelse af kontrol med 66 af YX Energi A/S' tankstationer*⁵, hvor Dansk Shell A/S alene overtog kontrollen med motorbrændstofsølget på tankstationer på kontraktligt grundlag, men ikke overtog andre aktiver eller passiver, se nærmere nedenfor i afsnit 5.3.

Fusionsbegrebet forudsætter generelt, at der sker en varig ændring af de deltagende virksomheders strukturer. En sådan varig ændring kan også opstå, hvor to eller flere virksomheder etablerer en fælles økonomisk ledelse. Hvis den faktiske virkning heraf er, at virksomhederne herefter må betragtes som omfattet af samme økonomiske enhed, foreligger der en fusion. For at der kan foreligge en fælles økonomisk enhed, forudsættes det, at enheden har en samlet permanent ledelse. Andre relevante faktorer ved vurderingen af, om der foreligger en fælles økonomisk enhed, er, om der foregår udligning af over- og underskud mellem virksom-

3 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 4. maj 2011, *Fusion mellem Investeringsforeningen Sparinvest og EgnsINVEST*.

4 Sagen viser i øvrigt, hvordan kontrolspørgsmålet må afgøres konkret. Investeringsforeninger udgør et eksempel på en særlig form for finansiel virksomhed. I praksis varetages den daglige ledelse af investeringsforeninger ofte af forvaltningsselskaber, således at de opgaver, der påhviler en forenings direktør, udføres af investeringsforvaltningsselskabets direktør, jf. lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 27, stk. 3. Investeringsforeninger har ikke mulighed for at uddelegere deres investeringsbeslutningskompetence, da dette anses for en såkaldt »kerneopgave«, jf. lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 39, stk. 2. Se eksempelvis Finanstilsynets afgørelse af 14. marts 2005 om adgangen til at delegere opgaver (<http://www.finanstilsynet.dk/da/Regler-og-praksis/Afgoerelser/Fordelt-paa-virksomhedsomraader/Investeringsforeninger/LIS-39-ID14346.aspx>). Se yderligere kapitel 3 om omsætningsberegningen i sagen som et eksempel på opgørelsen af omsætning for finansielle virksomheder.

5 Konkurrencerådets afgørelse af 31. oktober 2007, *Dansk Shell A/S' overtagelse af kontrol med 66 af YX Energi A/S' tankstationer*.

hederne, og om de udadtil hæfter samlet, ligesom sammensmeltningen kan underbygges af krydsejerskaber mellem virksomhederne.⁶ Rækkevidden af § 12 a, stk. 1, nr. 1 må antages at være begrænset i forhold til fusioner i form af en faktisk sammensmeltning i en særskilt økonomisk enhed, uden at der sker en retlig fusion, og der ses ikke at være danske fusions-sager, der alene har været baseret på en sådan *de facto* økonomisk sammensmeltning.

I praksis er det alene en beskeden del af de anmeldte fusioner, der omfattes af § 12 a, stk. 1, nr. 1, uanset at bestemmelsen principielt dækker over forskellige former for sammensmeltninger. § 12 a, stk. 1, nr. 1 har derfor sin væsentligste betydning i forhold til de retlige fusioner, hvor en eller begge de fusionerende virksomheder ophører med at bestå som selvstændige juridiske enheder.

4. Kontrolerhvervelse

Det i praksis vigtigste kriterium for, om der foreligger en fusion, er, om der sker et kontrolskifte over en virksomhed. Efter konkurrencelovens § 12 a, stk. 1, nr. 2 foreligger der således en fusion:

»... når en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst én virksomhed eller en eller flere virksomheder ved opkøb 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.«

Lidt forsimplet dækker ordlyden over alle de tilfælde, hvor én eller flere virksomheder erhverver kontrol – og dermed adgangen til at fastlægge de forretningsstrategiske beslutninger – over én eller flere andre virksomheder. Derudover omfatter formuleringen også de tilfælde, hvor en fysisk eller juridisk person allerede kontrollerer mindst én virksomhed og erhverver kontrol med (mindst) én virksomhed mere, jf. i øvrigt den nærmere forståelse af virksomhedsbegrebet nedenfor i afsnit 4.2. Det følger heraf, at anmeldelsespligt ikke kan undgås blot ved at lade et holdingselskab eller en fysisk person optræde som den formelle køber, jf. i øvrigt

6 Synspunktet støttes af Kommissionens beslutning af 7. november 1990 i sag M.4 – *Renault/Volvo*, hvor krydsejerskab m.v. blev vurderet i forhold til kontrolbegrebet i fusionskontrolforordningens artikel 3, stk. 1, litra b.

herom også i afsnit 4.3 i kapitel 3 om koncernbetragtningerne i forbindelse med opgørelse af den relevante omsætning. Her som andre steder i konkurrenceretten er udgangspunktet en vurdering af de faktiske realiteter i en transaktion og ikke spørgsmålet om, hvorledes de rent formelle strukturer ser ud.

Kontrol vil foreligge, såfremt der eksisterer en *mulighed* for at udøve afgørende indflydelse på en virksomhed. Det er således ikke nødvendigt, at muligheden rent faktisk udnyttes, for at der opstår kontrol.⁷

Kontrol forekommer grundlæggende i to former; enekontrol og fælles kontrol. Enekontrol er karakteriseret ved, at én virksomhed har kontrol over en anden virksomhed, mens fælles kontrol er karakteriseret ved, at to eller flere virksomheder i fællesskab kontrollerer en anden virksomhed, og dermed i fællesskab skal fastlægge den kontrollerede virksomheds forretningsstrategiske forhold og være enige om beslutninger herom. Enekontrol beskrives i afsnit 5, og fælles kontrol beskrives i afsnit 6, mens nærværende afsnit 4 indeholder nogle generelle bemærkninger til kontrolbegrebet.

I forbindelse med vurderingen af, hvorvidt der i en given sammenhæng foreligger en fusion omfattet af fusionskontrolreglerne, tales ofte om, at det er centralt, om der sker et »kontrolskifte«. Principielt er dette begreb dog ikke lige så retvisende som det, der følger af loven og er »kontrolrhvervelse«, idet kontrolskifte indikerer, at det er en betingelse, at den overtagne virksomhed før transaktionen er kontrolleret af en anden person eller virksomhed, hvilket imidlertid ikke har betydning. Erhverver en person eller virksomhed fremadrettet kontrol over en (anden) virksomhed, er dette således omfattet af fusionsbegrebet, uanset om den overtagne virksomhed forud for transaktionen fx var ejet af en større gruppe af aktionærer, hvoraf ingen havde kontrol over virksomheden.

4.1 Kontrolmidlet

På samme måde som § 12 a, stk. 1, nr. 1 omfatter både *de jure*- og *de facto*-sammensmeltninger, omfatter § 12 a, stk. 1, nr. 2 også enhver kontrolrhvervelse, uanset om den sker på retligt eller faktisk grundlag. I henhold til § 12 a, stk. 3 kan kontrol således opnås:

⁷ Se Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse, pkt. 16.

»... gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift.«

Kontrollerhvervelse sker som oftest ved erhvervelse af stemmerettigheder via opkøb af aktier eller ved erhvervelse af en virksomhed via køb af aktiverne, men andre midler, der medfører indflydelse, kan altså også medføre kontrollerhvervelse og udløse fusionskontrol.⁸ Dette kan fx være baseret på en konkret aftale, der indebærer, at en virksomhed erhverver kontrol over en anden, men også andre ændringer, som fx etablering eller opståen af afhængighedsforhold, kan i særlige tilfælde indebære kontrollerhvervelse, hvilket uddybes i det følgende.

4.2 Kontrollens genstand – virksomhedsbegrebet

Indeholdt i kriteriet om kontrollerhvervelse er også et krav om, at kontrollens genstand – det, der erhverves kontrol over – er at anse som en (eller flere) virksomhed(er) eller en del af en virksomhed.

I de fleste transaktioner vil der ikke være tvivl om, at dette krav er opfyldt, men i tilfælde af overtagelse af blot ét eller nogle af en virksomheds aktiver er spørgsmålet centralt. Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion efter Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (2008/C 95/01) (*»Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse«*) fastslår i den forbindelse:

*»når der erhverves kontrol over aktiver, anses der kun at foreligge en fusion, hvis disse aktiver udgør en virksomhed som helhed eller en del af den, altså et forretningsområde, der har et marked med en klart påviselig markedsomsætning«.*⁹

I realiteten kan det være ganske vanskeligt at vurdere, hvor grænsen går mellem på den ene side en »virksomhed« og på den anden side en ren »aktiverhvervelse«. En virksomheds overtagelse af nogle enkelte maskiner fra en anden virksomhed vil således som det klare udgangspunkt ikke være omfattet af fusionskontrolreglerne, hvorimod overtagelse af en samlet fabrik eller et større produktionsanlæg vil kunne opfylde dette krav, såfremt der meningsfyldt i den konkrete situation kan tales om, at

⁸ Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Fusionskontrol Vejledning*, s. 6.

⁹ Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse, pkt. 24.

disse bærer en omsætning. Det afgørende kriterium er, at der med det pågældende aktiv følger en relevant omsætning eller kan *allokeres* en omsætning til aktivet. Dette kriterium vil relativt let være opfyldt, og dermed træder spørgsmålet om aktivets karakter af »egentlig virksomhed« i baggrunden. I sagen *Finansiel Stabilitet A/S' overtagelse af dele af FIH Erhvervsbank A/S og FIH Kapitalbank A/S' aktiviteter inden for ejendomsudlån*¹⁰ overdrog FIH en låneportefølje, som blev anset for omfattet af virksomhedsbegrebet.¹¹

I forbindelse med etablering af selvstændigt fungerende joint ventures, jf. nedenfor i afsnit 7 er det en betingelse, for at en sådan etablering er omfattet af fusionskontrolreglerne, at joint venturet netop er »selvstændigt fungerende«, hvilket bl.a. indebærer, at det skal varetage en »selvstændig virksomheds samtlige funktioner«. Det har længe været uklart, hvorvidt det samme krav stilles i forbindelse med erhvervelse af kontrol over en allerede eksisterende »virksomhed«, når virksomheden erhverves ved enekontrol eller fælles kontrol. EU-Domstolen har i 2017 afsagt en dom, hvorefter det nu gælder, at en transaktion, hvorved flere virksomheder erhverver fælles kontrol med en anden virksomhed eller dele af den, vil udgøre en fusion, forudsat at virksomheden også efter overtagelsen vil være et selvstændigt fungerende joint venture.¹²

Også overdragelse af ikke-fysiske genstande kan være tilstrækkeligt til at opfylde »virksomhedsbegrebet«. *Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse* nævner som eksempler bl.a. overdragelse af en kundeportefølje eller fx et patent eller et varemærke, forudsat at der kan allokeres en specifik omsætning til de pågældende aktiver. Som eksempel herpå kan nævnes *Arla Foods' overtagelse af Karolines Køkken m.v.*¹³, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen godkendte Arla Foods' overtagelse af vare- og fællesmærkerne »Karolines Køkken« fra Mejeriforeningen. Ud over selve

10 Konkurrencerådets afgørelse af 18. april 2012 *Finansiel Stabilitet A/S' overtagelse af dele af FIH Erhvervsbank A/S' og FIH Kapitalbank A/S' aktiviteter inden for ejendomsudlån*.

11 Efterfølgende har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslået, at enoverdragelse af en ren låneportefølje, hvortil der hverken medfulgte administrationsopgaver eller medarbejdere, ikke ville omfattes af virksomhedsbegrebet og dermed ikke skulle anmeldes.

12 EU-Domstolens dom af 7. september 2017 i sag C-248/16 – *Austria Asphalt GmbH & Co OG vs Bundeskartellanwalt*. Se også afsnit 7.

13 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 27. august 2003, *Arla Foods overtagelse af Karolines Køkken m.v.*

mærkerne blev også overdraget testkøkkener og en kagebogsserie, men i realiteten var genstanden for overdragelsen og den omsætningsbærende aktivitet alene mærkerne.¹⁴ Tilsvarende sagen *DONG E&P A/S' køb af aktiverne i Statoil E&P A/S*¹⁵, hvor DONG E&P overtog to licenser inden for olie og naturgas fra Statoil. Licensandelene ansås også for at være en »virksomhed«, selvom licensandelene kun var grundlaget for udøvelsen af den egentlige virksomhed.

Overdragelse af lejemål kan også udløse anmeldelsespligt. Det kan fx gælde overdragelse af et erhvervslejemål. Eftersom fusionsbegrebet i konkurrenceretlig forstand er markant bredere end i ren selskabsretlig forstand, kan en overdragelse af lejemål under visse betingelser blive anset for overdragelse af en »virksomhed« og dermed være anmeldelsespligtig. Spørgsmålet bliver, om overdragelserne af lejemål og/eller bygninger hver især – eller samlet – udgør overdragelse af et forretningsområde, hvortil der kan knyttes en omsætning, hvilket i sig selv er en konkret vurdering af, om der overtages andet end selve lejemålet, om der må anses for at følge en vis goodwill med m.v. Hvis dette er tilfældet, vil der kunne være tale om en selvstændig virksomhed i konkurrencelovens forstand.

Det følger af pkt. 24 i *Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse*, som er vejledende for omsætningsopgørelse, anmeldelsespligt m.v., at:

»... genstanden for kontrollen [kan] være en eller flere virksomheder samt også dele af virksomheder, der udgør retlige enheder, eller sådanne enheders aktiver eller blot nogle af aktiverne. Når der erhverves kontrol over aktiver, anses der kun at foreligge en fusion, hvis disse aktiver udgør en virksomhed som helhed eller en del af den, altså et forretningsområde, der har et marked med en klart påviselig markedsomsætning.«¹⁶

Der foreligger en afgørelse fra Kommissionen samt et par afgørelser fra den engelske konkurrencemyndighed, som belyser spørgsmålet. I sagen

14 Tilsvarende bør i konkrete situationer overvejes, om en kontraktretlig ret til at udnytte et givent aktiv i en periode, fx en forpagtning, opfylder kriterierne, jf. dog også om varighedskravet umiddelbart herefter.

15 Konkurrencerådets afgørelse af 29. maj 2002, *DONG E&P A/S' køb af aktiverne i Statoil E&P A/S*.

16 Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse, pkt. 24.

Netto/Grocery Store at Armitage Avenue Little Hulton,¹⁷ der omhandlede Morrisons overdragelse af en butiksejendom til Sainsbury og Netto, fandt Kommission ikke, at der var tale om en virksomhed i konkurrenceretlig forstand, idet man særligt lade vægt på:

- i) at der alene var tale om overdragelse af en »tom skal«,
- ii) at der ikke blev overdraget andre materielle eller immaterielle aktiver,
- iii) at der ikke blev overdraget en markant goodwill, da den hidtidige butik blev lukket, og at der var en fem måneders inaktivitetsperiode, samt
- iv) at der ikke blev overdraget medarbejdere under den britiske virksomhedsoverdragelseslov, TUPE.

I efterfølgende afgørelser fra den engelske konkurrencemyndighed er der bl.a. ligeledes blevet lagt vægt på, hvorvidt der blev overdraget goodwill, eller hvorvidt medarbejderne blev overdraget under TUPE.¹⁸

Overtagelse af ejendomme og bygninger, som genererer en omsætning i form af indtægter fra tredjemand, betragtes som en virksomhed. Det er usikkert, om det samme nødvendigvis vil gælde der, hvor køberen i forvejen er lejeren, som genererer lejeomsætningen, jf. herved betragtningerne ovenfor om de rene lejemål.

Særlige spørgsmål kan opstå i forbindelse med outsourcing. I sin grundform, hvor en virksomhed beslutter sig for, at fx virksomhedens kantinedrift, it-systemer eller rengøring skal håndteres af en tredjepart, medfører outsourcing af aktiviteten i udgangspunktet ikke fusionskontrol. Hvis en virksomhed derimod allerede har en gruppe af ansatte, som varetager den eller de pågældende opgaver, opstår spørgsmålet, om der ved overdragelse af de ansatte og eventuelle tilhørende aktiver sker overdragelse af en del af en »virksomhed« fra den fremtidige outsourcingkunde til serviceudbyderen, og om dette sker i et setup, hvor den, som

17 Kommissionens beslutning af 26. februar 2016 i sag M.7940 – *Netto/Grocery Store at Armitage Avenue Little Hulton*.

18 Office of Fair Tradings afgørelse (offentliggjort 17. april 2005) i sag No. ME/1556/05 – *Tesco plc/Property in Redruth*, Office of Fair Tradings afgørelse af 17. marts 2008 i sag No. ME/3390/07 – *Cineworld/Woodgreen*, Office of Fair Tradings afgørelse af 15. april 2008 i sag No. ME/3427/07 – *Home Retail Group*, og Office of Fair Tradings afgørelse af 21. april 2009 i sag No. ME/4081/09 – *Tesco plc/FreshXpress store*. Der foreligger ikke trykt dansk praksis om spørgsmålet, men det konstateres, at der ikke skete nogen fusionsgodkendelse, da Dagrofa i 2017 lukkede sin Kiwi-kæde, og Dansk Supermarked efterfølgende overtog en betydelig del af Kiwi-lejemålene. Se parternes pressemeddelelse af 8. juni 2017.

overtager outsourcingopgaven, får sådanne muligheder for at drive anden virksomhed – også for andre kunder – at outsourcingen må sidestilles med et kontrolskifte.¹⁹ Opfyldes disse kriterier, vil det som udgangspunkt være omfattet af fusionskontrolreglerne.²⁰

I dansk praksis har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med en outsourcing af FDM's forsikringsportefølje til Tryg antaget, at forholdet kunne betragtes som en ikke-anmeldelsespligtig outsourcingaftale. Derimod blev FDM's hjemtagelse af kontrollen over portefølje fra LB Forsikring A/S anset for anmeldelsespligtig i sagen *FDM's erhvervelse af enekontrol med alle forsikringer tegnet af FDM's medlemmer i LB Forsikring A/S*.²¹

4.3 Varig ændring af kontrolforholdene

For så vidt angår etablering af selvstændigt fungerende joint ventures følger det direkte af konkurrencelovens § 12 a, stk. 2, at der opereres med et krav om, at dette skal fungere på »varigt grundlag«, hvilket beskrives nærmere nedenfor i afsnit 7.3. Også i forhold til fusioner efter § 12 a, stk. 1 er det imidlertid en betingelse, at en kontrollerhvervelse er af varig karakter.

I praksis har denne betingelse som oftest ikke den store selvstændige betydning, da de fleste virksomhedsoverdragelser er permanente i den forstand, at en overdragelse af enekontrol i sin natur indebærer en varig ændring af kontrolforholdene over en virksomhed. Et andet aspekt af varigheden er, at det – igen i overensstemmelse med det konkurrenceretlige realitetsprincip – også er afgørende for fusionsvurderingen, at man ser på, hvad der bliver den endelige strukturelle forandring i markedet. Det kan således forekomme, at to eller flere virksomheder i fællesskab køber

19 Dansk praksis har endnu ikke udtalt sig herom, men se *Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse, pkt. 25-27*, hvor det angives, at man skal sondre mellem, om outsourcingaftalen skal anses for en normal servicekontrakt – hvilket kan være tilfældet, selvom leverandøren kan lede kundens personale – eller snarere en overtagelse af en egentlig aktivitet, der også rettes mod tredjemand. Det beror i høj grad på indholdet af de konkrete aftaler og begrænsningerne på leverandøren, om der således opstår en situation, som vil være omfattet af fusionskontrol.

20 Se også herom Christian Bergqvist m.fl., *Fusionskontrol i Danmark, 2012*, 1. udgave, s. 58-59.

21 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 12. juni 2017, *FDM's erhvervelse af enekontrol med alle forsikringer tegnet af FDM's medlemmer i LB Forsikring A/S*.

en tredje virksomhed med henblik på at splitte denne op mellem sig eller med henblik på, at alene den ene af de to købende virksomheder på sigt skal være ejer af den overtagne virksomhed. I så fald skal man se på, hvordan slutresultatet af transaktionen bliver, hvilket kan føre til, at der ikke foreligger én, men flere selvstændige fusioner, hvis anmeldelsespligt må vurderes selvstændigt.²² En sådan situation dannede baggrund for Konkurrencerådets afgørelse i sagen *Grovvarefusionen*.²³ Baggrunden var, at et konsortium på otte virksomheder købte aktiverne af Korn- og Foderstofkompagniet (KFK) med henblik på en efterfølgende opdeling af aktiverne. Dette ansås som otte forskellige fusioner, og da det alene var fusionen, hvor DLG var køber, der overskred tærskelværdierne, var det alene DLG's overtagelse af den respektive del af KFK, der blev vurderet. Det samme gjorde sig gældende i sagen *Dansk Landbrugs Grovvareselskab a.m.b.a.'s og Danish Agro a.m.b.a.'s overtagelse af Aarhusegnens Andel a.m.b.a.*,²⁴ hvor der var tale om to selvstændige fusioner, som blev behandlet parallelt, men i én afgørelse.

I nogle transaktioner forekommer det også, at parterne har aftalt, at der alene i en midlertidig periode skal være fælles kontrol over virksomheden, dog således at sælger successivt eller på én gang afstår sin tilbageværende aktiepost. Dette kan forretningsmæssigt være begrundet med, at sælger skal bistå køber med at drive virksomheden og eksempelvis klarlægge denne til videresalg. Dette er ofte forekommet i forbindelse med salg til finansielle eller institutionelle investorer.²⁵ *Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse* bekræfter, at såfremt der etableres sådanne midlertidige ejerstrukturer, er det alene den endelige struktur, der skal danne grundlag for vurderingen af fusionskontrollen, forudsat at »videreoverdragelsen« sker inden for ét år efter den midlertidige overdragelse, og forudsat at der er retligt bindende aftaler på plads herfor allerede på tidspunktet for indgåelse af aftalen om den midlertidige placering af den

22 Således tages i forhold til omsætningsallokering udgangspunkt i hver enkelt køber og dennes andel af det overtagne.

23 Konkurrencerådets afgørelse af 27. november 2002, *Grovvarefusionen*.

24 Konkurrencerådets afgørelse af 26. februar 2010, *Dansk Landbrugs Grovvareselskab a.m.b.a.'s og Danish Agro a.m.b.a.'s overtagelse af Aarhusegnens Andel a.m.b.a.*

25 Se imidlertid også Kommissionens beslutning af 3. april 2008 i sag M.4999 – *Heineken/Scottish & Newcastle assets*, jf. også Kommissionens beslutning af 8. marts 2008 i sag M.4952 – *Carlsberg/Scottish & Newcastle assets*.

overtagne virksomhed.²⁶ Hvis disse kriterier ikke opfyldes, vil også den midlertidige overdragelse i udgangspunktet være genstand for en selvstændig fusionskontrolvurdering. Det bemærkes, at Kommissionen tidligere generelt accepterede, at den midlertidige periode kunne være op til 3 år, men i de seneste år har indtaget en skærpet holdning hertil.²⁷ *Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse* anfører, at aktivdelingen normalt bør foregå inden for højst et år.²⁸ Selvom der i *Kommissionens Konsoliderede Jurisdiktionsmeddelelse* pkt. 31 anføres, at den første transaktion i dette scenarie ikke vil udgøre en anmeldelsespligtig fusion, vil det kunne være i strid med forbuddet imod præimplementering at gennemføre den første del af overtagelsen, inden der foreligger godkendelse af de endelige og anmeldelsespligtige transaktioner.

5. Enekontrol

Konkurrencelovens § 12 a, stk. 1, nr. 2 omfatter enhver transaktion, som vil indebære, at der erhverves enekontrol. De væsentligste midler til erhvervelse af enekontrol gennemgås i det følgende.

5.1 Aktieerhvervelser

Ifølge *Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse* pkt. 56 erhverves enekontrol ved, at en virksomhed overtager flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed. Ifølge meddelelsen er det for så vidt uden betydning, om det er 50 % af aktierne plus 1 eller 100 %, der erhverves, så længe der med overgangen af stemmerettighederne er tale om, at muligheden for at udøve kontrollen med virksomheden skifter. Som det også påpeges i *Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse*, må der ved vurderingen dog ses på samtlige retlige og faktiske omstændigheder. Kræver således virksomhedens vedtægter en særlig majoritet for at træffe strategiske beslutninger, er det ikke nødvendigvis sikkert, at erhvervelsen af aktiemajoriteten medfører enekontrol.

²⁶ Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse, pkt. 28-35.

²⁷ Se også om betydningen af aktieoptioner nedenfor i afsnit 5.1.

²⁸ Kommissionens konsoliderede jurisdiktionsmeddelelse, pkt. 31.