

Punkt 3: Rådmødet den 17. december 2014

17-12-2014

14/07180

SAM/MAN

/JKK/CWA

OVERTRÆDELSE AF PRÆIMPLEMENTERINGSFORBUDET I FORBINDELSE MED EY'S OVERTAGELSE AF KPMG DANMARK

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**
Erhvervs- og Vækstministeriet

Indholdsfortegnelse

1.	RESUMÉ.....	2
2.	AFGØRELSE.....	4
3.	SAGSFREMSTILLING.....	5
3.1	Indledning	5
3.2	De involverede virksomheder.....	5
3.3	Revisorbranchen	5
3.4	Fusionen mellem EY og KPMG DK.....	6
3.5	KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International	9
3.6	Opsigelsens betydning for behandlingen af fusionen	9
3.7	Parternes bemærkninger og hørings svar.....	11
4.	VURDERING	13
4.1	Retligt grundlag	13
4.2	Præimplementeringsforbuddets formål	13
4.3	Præimplementeringsforbuddets rækkevidde	15
4.3.1	Præimplementeringsforbuddets rækkevidde i litteraturen.....	15
4.3.2	Praksis vedr. præimplementeringsforbuddets rækkevidde	17
4.3.2.1	Praksis vedr. overtrædelse af præimplementeringsforbuddet.....	17
4.3.2.2	Praksis vedr. dispensation fra præimplementeringsforbuddet	19
4.3.2.3	Andre fortolkningsbidrag til præimplementeringsforbuddets rækkevidde	20
4.3.3	Delkonklusion vedrørende præimplementeringsforbuddets rækkevidde.....	22
4.4	Vurdering af KPMG DK's opsigelse af samarbejdsaftalen med KPMG International	22
4.5	Samlet konklusion	27
5.	AFGØRELSE.....	29

1. Resumé

1. Denne sag vedrører fusionsparternes dispositioner i forbindelse med Ernst & Young Europe LLP's (alle involverede EY selskaber, kaldes herefter "*EY*") overtagelse af det danske KPMG (alle involverede KPMG DK selskaber, kaldes herefter "*KPMG DK*"). Fusionen blev godkendt med tilsagn af Konkurrencerådet den 28. maj 2014 og blev gennemført den 1. juli 2014.
2. Sagen drejer sig konkret om KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med det internationale KPMG-netværk (herefter "*KPMG International*"), hvilket var en betingelse i fusionsaftalen af den 18. november 2013 mellem KPMG DK og EY. Samarbejdet blev opsagt den 18. november 2013 og skulle ophøre senest den 30. september 2014. KPMG DK's opsigelse skulle ifølge fusionsaftalen ske øjeblikkeligt og afventede ikke konkurrencemyndighedernes godkendelse af fusionen.
3. Det følger af konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, at en fusion, der er omfattet af konkurrencelovens bestemmelser om fusionskontrol, ikke må gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før Konkurrencerådet har godkendt den. Denne sag er den første, hvor Konkurrencerådet skal tage stilling til, om forbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, er blevet overtrådt.
4. Præimplementeringsforbuddets formål er at sikre en effektiv forudgående fusionskontrol. Forbuddet betyder, at de fusionerende virksomheder ikke må foretage handlinger, der medfører, at kontrollen af de fusionerende virksomheder overgår, inden fusionen er godkendt.
5. Herudover indebærer forbuddet mod præimplementering et forbud mod at foretage dispositioner, der ikke nødvendigvis medfører en kontrolovergang, men som betragtes som en delvis gennemførelse af den pågældende fusion. Vurderingen af, om en sådan disposition er omfattet af præimplementeringsforbuddet, skal foretages ud fra en helhedsvurdering af dispositionen i den konkrete sag.
6. I vurderingen af om en disposition udgør en overtrædelse af forbuddet mod præimplementering efter konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, har praksis og litteraturen bl.a. peget på følgende forhold, der kan tillægges vægt; hvorvidt dispositionen er (i) fusionsspecifik, (ii) irreversibel, og (iii) har potentiale for markedsmæssige virkninger.
7. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International blev foretaget som led i fusionen med EY og var irreversibel.
8. Parterne i denne sag er revisorvirksomheder, der er aktive inden for bl.a. revisions- og regnskabsydelse samt rådgivning vedrørende skatter og afgifter. For at en revisorvirksomhed kan konkurrere om store internationale virksomhedskunder er det nødvendigt at være tilknyttet et internationalt revisornetværk. KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International havde derfor stor betydning for KPMG DK's fremtid på dele af de danske markeder for revisions- og regnskabsydelse samt rådgivning vedrørende skatter og afgifter, da opsigelsen betød, at der var en risiko for, at KPMG DK ville stå uden mulighed for deltagelse i et internationalt netværk, hvis fusionen med EY ikke blev gennemført.
9. KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International og betingelsen herom i fusionsaftalen med EY var derfor en afgørende disposition i forhold til videreførelsen af den

fusionerede virksomhed; nemlig løsrivelsen fra det internationale KPMG netværk, således at den fusionerede enhed kunne fortsætte i det internationale EY-netværk.

10. Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den ubetingede og øjeblikkelige opsigelse af samarbejdet med KPMG International blev foretaget som led i fusionen. Herudover var opsigelsen en strategisk vigtig kommerciel disposition, der førte til stor usikkerhed for KPMG DK's fremtid. Opsigelsen var udtryk for en påvirkning af aktørernes situation og forhandlingsposition, som havde et selvstændigt potentiale for at påvirke konkurrencen og dermed potentialet for strukturelle markedsændringer, der ikke kunne tilbageføres af parterne, såfremt fusionen ikke blev godkendt og dermed ikke kunne gennemføres.
11. Opsigelsen af samarbejdet med KPMG International skulle derfor have afventet konkurrencemyndighedernes godkendelse på samme måde som i forhold til den resterende del af fusionsaftalen.
12. På den baggrund anses opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen for en delvis implementering af den aftalte fusion i strid med præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5.

2. AFGØRELSE

13. Konkurrencerådet træffer følgende afgørelse:
14. Det meddeles den fusionerede enhed, EY, at EY og KPMG DK ved KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International den 18. november 2013, der var indsat som betingelse i fusionsaftalen af 18. november 2013, har overtrådt forbuddet mod at gennemføre en fusion, før den er godkendt af Konkurrencerådet, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 5.

3. SAGSFREMSTILLING

3.1 Indledning

15. Denne sag vedrører spørgsmålet om, hvorvidt KPMG DK og EY har overtrådt præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, hvorefter en fusion ikke må gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før Konkurrencerådet har godkendt den. Dette er den første sag, hvor Konkurrencerådet træffer afgørelse om overtrædelse af konkurrencelovens forbud mod præimplementering.
16. Sagen udspringer af EY's overtagelse¹ af KPMG DK, der blev godkendt med tilsagn af Konkurrencerådet den 28. maj 2014, jf. konkurrencelovens § 12 e, stk. 1, og 2, nr. 3, jf. § 12 c, stk. 1, og 2. De relevante dispositioner i forhold til præimplementering er KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International af 18. november 2013 og betingelsen om opsigelse af samarbejdet i selve fusionsaftalen mellem KPMG DK og EY.

3.2 De involverede virksomheder

17. Parterne² i den relevante fusionssag var EY (alle involverede EY selskaber, kaldes herefter "EY") og KPMG DK (alle involverede KPMG DK selskaber, kaldes herefter "KPMG DK"), der også er parter i denne sag om præimplementering. Den fusionerede virksomhed hedder i dag EY.
18. EY og KPMG DK var hver især forud for fusionen aktive inden for revisions- og regnskabsydelser, rådgivning vedrørende skatter og afgifter samt anden rådgivning,³ hvilket også er området for den fusionerede virksomhed.
19. Både EY og KPMG DK var forud for fusionen medlem af internationale revisornetværk, henholdsvis EY Global og KPMG International.

3.3 Revisorbranchen

20. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedsundersøgelse⁴ i forbindelse med EY's overtagelse af KPMG DK viste blandt andet følgende omkring revisorbranchen:
21. Revisorbranchen var i Danmark karakteriseret ved fire store revisionsvirksomheder, som hver havde tilknytning til et af de fire store globale revisornetværk. De fire huse blev kaldt Big4 og omfattede ud over EY og KPMG DK også Deloitte og PwC. Husene var kendetegnet ved at have omdømme, kapacitet og kompetencer til at kunne betjene både de største og mest internationale kunder såvel som mindre og mellemstore virksomheder i Danmark.
22. For at kunne levere ydelser inden for blandt andet skat og revision til store internationale virksomheder er det nødvendigt for de store internationale revisornetværk at være lokalt repræsenteret i en stor del af verden. Danmark har flere store, internationale virksomheder, som er attraktive kunder for de store internationale revisornetværk, herunder Carlsberg, DSV,

¹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 28. maj 2014, *EY's overtagelse af KPMG Danmark* (Herefter benævnt "fusionsafgørelsen").

² Jf. fusionsafgørelsen, afsnit 3.1., vedrørende Parterne og deres aktiviteter samt parternes fusionsaftale Agreement of 18 November 2013.

³ Jf. fusionsafgørelsen, afsnit 4.1., vedrørende Markedsbeskrivelse.

⁴ Jf. fusionsafgørelsen, afsnit 4.5.

ISS, Mærsk og Rockwool. For at kunne konkurrere om disse virksomheder er det nødvendigt for de store internationale revisornetværk at være repræsenteret lokalt i Danmark.

3.4 Fusionen mellem EY og KPMG DK

23. EY og KPMG DK indgik aftale om at sammenlægge deres aktiviteter i Danmark den 18. november 2013. Samme dag meldte KPMG DK sig ud af KPMG International med virkning fra den 30. september 2014.
24. Sammenlægningen medførte et kontrolskifte og udgjorde dermed en fusion, jf. konkurrencelovens § 12 a, stk. 1, nr. 2.
25. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog den 7. februar 2014 en anmeldelse af EY i Danmarks overtagelse af KPMG DK's aktiviteter, jf. konkurrencelovens § 12 b, stk. 1.
26. Under behandlingen af fusionen gav Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen dispensation efter konkurrencelovens § 12 c, stk. 6, fra præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, ved at tillade, at EY forsynede KPMG DK med en liste over alle EY's revisionskunder og deres datterselskaber og andre koncernforbundne selskaber samt, at KPMG DK internt kunne udarbejde en liste over de EY kunder, som KPMG DK leverede andre rådgivningsydelser og revisionsydelser til, og som efter fusionen ikke længere kunne fastholdes som kunder, uden at de fusionerende parter ville komme i konflikt med reglerne om revisors uafhængighed. Parterne søgte ikke om dispensation til at opsiges samarbejdsaftalen med KPMG International.
27. I vurderingen af fusionen undersøgte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen særligt fusionens virkninger på markederne for revisions- og regnskabsydelser til de største virksomheder i Danmark og rådgivning vedrørende skatter og afgifter til de største virksomheder i Danmark, da det var på disse markeder, at parterne tilsammen havde en position, der kunne give anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder.⁵
28. Set i lyset af de berørte markeders karakteristika vurderede styrelsen, at ikke alene ændringen i koncentrationen på markedet, men også ændringen i antallet af aktører på de berørte markeder havde betydning for den konkurrencemæssige vurdering af fusionen.
29. Styrelsen fandt, at sammenlignet med et scenarie, hvor fusionen ikke fandt sted ("det kontrafaktiske scenarie") kunne fusionen betyde, at der i forbindelse med konkrete opgaver kunne opstå en 4-til-3 situation for de største virksomheder i Danmark, når de skal vælge ny revisionsvirksomhed eller skatterådgiver. Herudover kunne kommende EU-regulering føre til en yderligere reduktion i mulige leverandører, således at der med fusionen kunne opstå en 3-2 situation.
30. Det var derfor styrelsens umiddelbare vurdering, at fusionen ville fjerne et betydeligt konkurrencemæssigt pres på markederne for både levering af revisions- og regnskabsydelser og rådgivning vedrørende skatter og afgifter til de største virksomheder i Danmark, og at fusionen dermed kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 2.
31. På den baggrund tilbød parterne tilsagn, der skulle lette KPMG Internationals etablering på markedet og hjælpe med at sikre, at KPMG International kunne deltage i konkurrencen i

⁵ Jf. fusionsafgørelsen, pkt. 6.

Danmark, så antallet af aktører på markedet ikke blev formindsket. Tilsagnene indebar, at KPMG DK og EY i et vist omfang frigav en række medarbejdere fra opsigelsesvarsler og kundeklausuler.

32. Konkurrencerådet godkendte EY's overtagelse af KPMG DK med tilsagn den 28. maj 2014.
33. Fusionen gennemførtes herefter ved, at EY og KPMG DK sammenlagde deres respektive aktiviteter, aktiver og aktiebesiddelser i Danmark og Grønland. Parterne fortsatte efter fusionen som EY, og de fortsættende aktiviteter var herefter underlagt kontrol fra Ernst & Young Europe LLP (ELLP). Alle fortsættende partnere fra KPMG DK blev medlemmer af ELLP. KPMG DK stoppede samarbejdet med KPMG International den 30. juni 2014.

Boks 1**Relevante datoer: EY's overtagelse af KPMG DK og overtrædelse af præimplementeringsforbuddet**

18. november 2013:	Fusionsaftale indgås mellem EY og KPMG DK og samme dag opsiger KPMG DK samarbejdet med KPMG International
Ultimo november 2013:	Prænotifikation hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
30. januar 2014:	KPMG International indgår samarbejdsaftale med Accura Tax
3. februar 2014:	KPMG International etablerer sig i Danmark med KPMG 2014 P/S
7. februar 2014:	EY og KPMG DK indgiver fusionsanmeldelse inkl. beskrivelse af det kontrafaktiske scenarie til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
7. februar 2014:	EY og KPMG DK anmoder om dispensation efter konkurrencelovens § 12 c, stk. 6.
21. februar 2014:	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen erklærer fusionsanmeldelsen fuldstændig
25. februar 2014:	Dispensationsanmodningen af 7. februar 2014 imødekommes under forudsætning af visse vilkår
28. marts 2014:	EY og KPMG DK indsender notat vedrørende det kontrafaktiske scenarie til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
28. marts 2014:	Fusionen overgår fra fase I til fase II
3. april 2014:	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sender meddelelse om betænkeligheder til EY og KPMG DK
21. maj 2014:	EY og KPMG DK afgiver endeligt tilsagn
28. maj 2014:	Konkurrencerådet godkender med tilsagn EY's overtagelse af KPMG DK
30. juni 2014:	KPMG DK separeres fra samarbejdet med KPMG International (opsigelsen af samarbejdsaftalen træder i kraft)
30. juni 2014:	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sender meddelelse om betænkeligheder vedrørende overtrædelse af præimplementeringsforbuddet til EY og KPMG DK
30. juni 2014:	Første rapport vedrørende tilsagnsimplementering sendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
1. juli 2014:	Fusionen gennemføres
11. juli 2014:	EY og KPMG DK sender skriftlige bemærkninger til meddelelsen om betænkeligheder vedrørende overtrædelse af præimplementeringsforbuddet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
9. september 2014:	EY og KPMG DK sender skriftlig uddybning af forhold vedrørende præimplementering til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
15. september 2014:	Anden rapport vedrørende tilsagnsimplementering sendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
30. september 2014:	Oprindelige tidspunkt hvor KPMG DK skulle separeres fra samarbejdet med KPMG International (opsigelsens oprindelige ikrafttrædelsesdato)
17. oktober 2014:	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremsender klagepunktmeddelelse til parterne vedrørende spørgsmålet om præimplementering
7. november 2014:	EY og KPMG DK fremsender hørings svar vedrørende klagepunktsmeddelelsen

3.5 KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International

34. I EY og KPMG DK's aftale om overtagelse (dvs. fusionsaftalen) af 18. november 2013⁶ fremgår det under overskriften "*2. Termination of participation in KPMG International Cooperative*", at KPMG DK forpligtede sig til øjeblikkeligt at opsige samarbejdet med KPMG International samme dag med virkning fra senest den 30. september 2014:

"2.2 [...]."

35. KPMG DK sendte den 18. november 2013 den aftalte opsigelse til KPMG International. Opsigelsen var ikke betinget af konkurrencemyndighedernes godkendelse af fusionen. Samarbejdet skulle i henhold til opsigelsen ophøre den 30. september 2014.
36. KPMG DK og KPMG International blev imidlertid, efter Konkurrencerådets godkendelse den 28. maj 2014 af fusionen mellem EY og KPMG DK, enige om, at samarbejdet allerede skulle ophøre den 30. juni 2014.
37. KPMG DK's separation fra KPMG International blev således gennemført den 30. juni 2014, og fusionen mellem EY og KPMG DK blev gennemført den 1. juli 2014.
38. Efter KPMG DK's opsigelse af samarbejdet etablerede KPMG International i februar 2014 virksomheden KPMG 2014 for derigennem at genetablere sin tilstedeværelse i Danmark. KPMG 2014 er en del af det internationale KPMG-netværk og udøver revisionsvirksomhed. Derudover har KPMG International/KPMG 2014 indgået et samarbejde med rådgivningsvirksomheden Accura Tax, der har speciale i skatterådgivning.

3.6 Opsigelsens betydning for behandlingen af fusionen

39. I parternes fusionsanmeldelse af 7. februar 2014 vedrørende EY's overtagelse af KPMG DK beskrev parterne det kontrafaktiske scenarie og konstaterede, at dette ikke var status quo i forhold til ex-ante situationen, da opsigelsen af samarbejdet med KPMG International ikke kunne tilbageføres. Parterne understregede derefter, at de fleste kunder hos KPMG DK kræver, at deres revisionselskab kan opfylde en række forudsætninger, herunder international dækning i form af et internationalt netværk. Da KPMG DK uden en gennemførsel af fusionen ville stå uden et internationalt netværk, oplyste parterne to mulige scenarier, hvis EY's overtagelse af KPMG DK ikke blev godkendt; (i) at KPMG DK fusionerende med PwC eller Deloitte eller (ii) at KPMG DK's kunder og medarbejdere blev fordelt mellem PwC, Deloitte, EY og KPMG 2014:

"The counterfactual scenario is not status quo

(217) The following comparison of the outcome of the Transaction with the counterfactual scenario is further supporting the argumentation concerning non-coordinated and coordinated effects of the Transaction, and is thus supporting that the Transaction will not impede effective competition compared to the counterfactual scenario.

⁶ Agreement of 18 November 2013.

(218) Firstly, KPMG DK's termination of its contractual membership of KPMG International is irreversible. KPMG DK will under no circumstances return to KPMG International's network. As a result, the counterfactual scenario is not status quo.

(219) Secondly, as noted above, most of the clients of KPMG DK on the market for audit and accounting services to the top 100 companies in Denmark are requesting services from audit and accounting firms which have most or all of the following characteristics: (i) The necessary reputation in the financial markets, (ii) the geographical breadth to cover the companies' needs internationally, (iii) the depth of expertise in the relevant market, and (iv) significant resources.

(220) Thus, if KPMG DK and EY are not combined, there are only the following realistic alternative scenarios:

KPMG DK can merge with one of the other two audit and accounting firms in Denmark with a sufficient international network and significant resources etc., i.e. PwC or Deloitte (Scenario I), or

*The clients of KPMG DK will be dispersed between PwC, Deloitte, EY and the new entity established by KPMG International in Denmark (Scenario II)."*⁷

40. KPMG International kommenterede indholdet af anmeldelsen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bl.a. i notat af 19. februar 2014. Af notatet fremgår, at KPMG International vurderede, at det var mest sandsynligt, at KPMG DK, hvis fusionen ikke blev gennemført, ville ophøre med at drive virksomhed i Danmark, og at KPMG DK's kunder og medarbejdere ville blive fordelt mellem PwC, Deloitte, EY og KPMG 2014.⁸
41. KPMG International anførte, at det var usandsynligt, at KPMG DK ville kunne få lov til at fusionere med PwC eller Deloitte, hvis fusionen med EY ikke blev godkendt, da både PwC og Deloitte begge havde større markedsandele end EY. KPMG International anførte desuden, at det var usandsynligt, at KPMG DK ville fortsætte som selvstændig revisionsvirksomhed i Danmark og betjene store revisionskunder, da KPMG DK ikke ville have adgang til det nødvendige internationale netværk.
42. I parternes notat af 27. marts 2014 om det kontrafaktiske scenarie⁹ omtalte parterne KPMG DK's adskillelse fra KPMG International. Det fremgår, at:

"The contemplated separation of KPMG DK from KPMG International will be a non-lasting, but rather temporary and transitory change in the market structure and must be considered a specific intermediate stage in the overall merger between KPMG DK and EY. It will be a stage on the way to the execution of the overall merger.

Thus, the separation and the subsequent combination are interdependent and constitute a single concentration for the purpose of the Competition Act, section 12, because they are unitary in nature."

⁷ Anmeldelse af EY's overtagelse af KPMG DK af 7. februar 2014, pkt. 217-220.

⁸ KPMG International's submission on Ernst & Young Denmark's contemplated acquisition of KPMG Denmark af 19. februar 2014, pkt. 48.

⁹ Working document on the legal framework for the determination of the counterfactual scenario af 27. marts 2014, pkt. 25-26, modtaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 28. marts 2014.

43. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurderede, som anført i Konkurrencerådets afgørelse om godkendelse af EY's overtagelse af KPMG DK¹⁰, at KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International relaterede sig specifikt til fusionen, og derfor skulle ses bort fra i det kontrafaktiske scenarie. Sammenligningsgrundlaget ved vurderingen af fusionen var derfor situationen, inden EY og KPMG DK indgik aftale om at fusionere, med situationen efter fusionens gennemførelse.

3.7 Parternes bemærkninger og høringssvar

44. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyste parterne pr. mail den 27. maj 2014, at styrelsen ville undersøge om opsigelsen af aftalen med KPMG International og betingelsen herom i fusionsaftalen med EY var i strid med forbuddet mod præimplementering i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5.
45. Styrelsen sendte herefter den 30. juni 2014 meddelelse om betænkeligheder til parterne, som parterne kommenterede på ved brev af 11. juli 2014. Ved brev af den 9. september 2014 fremsendte parterne yderligere kommentarer til styrelsen.
46. Der blev den 19. august 2014 og den 29. september 2014 afholdt møde mellem styrelsen og parterne, hvor parterne havde lejlighed til at drøfte sagen med styrelsen og uddybe de fremsendte kommentarer.
47. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendte en klagepunktsmeddelelse i sagen i høring hos parterne den 17. oktober 2014. Parterne fremkom med sine bemærkninger hertil den 7. november 2014.
48. Det er parternes opfattelse, at præimplementeringsforbuddet ikke blev overtrådt ved KPMG DK's opsigelse af samarbejdsaftalen med KPMG International og betingelsen herom i fusionsaftalen med EY.
49. Parternes fremfører 4 hovedsynspunkter i høringssvaret til støtte for, at der ikke er tale om præimplementering:
- (i) *De potentielle eller markedsmæssige virkninger, som henføres til opsigelsen, skyldes indgåelsen og offentliggørelsen af fusionsaftalen. Opsigelsen havde derfor ingen markedsmæssige virkninger eller muligheder for at have det.*
 - (ii) *KFST's formålsfortolkning af præimplementeringsforbuddet går videre end konkurrencelovens ordlyd hjemler.*
 - (iii) *Den praksis, der henvises til i klagepunktsmeddelelsen, understøtter ikke fortolkningen af præimplementeringsforbuddets rækkevidde som anført i klagepunktsmeddelelsen.*
 - (iv) *EU-domstolens og Kommissionens praksis viser, at der kan ske afvikling af aktiviteter, som ikke indgår i den fusionerede virksomhed forud for en godkendelse, uden at dette udgør en overtrædelse af præimplementeringsforbuddet.*

¹⁰ Jf. fusionsafgørelsen, pkt. 378-380.

50. Som et femte punkt har parterne anført enkelte faktuelle korrektioner og kommentarer til klagepunktsmeddelelsens indhold.
51. Parternes anbringender og kommentarer er indarbejdet i de enkelte, relevante afsnit i denne afgørelse, ligesom også styrelsens bemærkninger hertil fremgår af de pågældende afsnit.

4. Vurdering

4.1 Retligt grundlag

52. Forbuddet mod præimplementering følger af konkurrencelovens § 12 c, stk. 5:

"Stk. 5. En fusion, der er omfattet af denne lov, må ikke gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før Konkurrencerådet har godkendt den i henhold til stk. 1. ..."

53. Konkurrencelovens § 12 c, stk. 6, indeholder adgang til, at der kan gives dispensation fra forbuddet:

"Stk. 6. Konkurrencerådet 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."

54. Fusionskontrolforordningens art. 7, stk. 1, og 3¹¹ indeholder ligeledes et præimplementeringsforbud og en dispensationsadgang. Det fremgår af konkurrencelovens forarbejder, at bestemmelserne om fusionskontrol og dermed også forbuddet mod præimplementering i den danske konkurrencelov skal fortolkes på baggrund af EU-Kommissionens, Rettens og EU-Domstolens praksis.¹² Praksis vedrørende de europæiske fusionsregler inddrages derfor i fastlæggelsen af indholdet af præimplementeringsforbuddet.

4.2 Præimplementeringsforbuddets formål

55. Det følger af forarbejderne til konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, at:

"Efter bestemmelsen må de deltagende virksomheder ikke gennemføre en fusion, før Konkurrencerådet har godkendt denne. Dette omfatter enhver handling, som har til formål eller til følge at gennemføre en fusion. Herefter kan der ikke ske ændringer i bestyrelse, betaling af købesum eller lignende. Bestemmelsen skal sikre en effektiv forudgående fusionskontrol. Fusionen skal derfor stilles i bero, indtil der er truffet endelig afgørelse om fusionens godkendelse eller forbud."¹³

56. Formålet gentages endvidere i forarbejderne til konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 5 (i dag nr. 7), der fastslår, at en overtrædelse af forbuddet i § 12 c, stk. 5, er bødebelagt:

"Efter lovforslagets nr. 12 (§ 12 c, stk. 5, 1. pkt.) må en fusion ikke gennemføres, før Konkurrencerådet har godkendt denne. Bestemmelsen skal sikre, at rådet kan foretage en effektiv forudgående fusionskontrol. En overtrædelse heraf vil bringe hele formålet med fusionskontrollen i fare, hvilket er baggrunden for, at en overtrædelse af bestemmelsen foreslås bødebelagt."¹⁴

¹¹ Rådets forordning nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EF-fusionsforordningen).

¹² FT 1999-2000, tillæg A, s. 6815, v.sp.

¹³ FT 1999-2000, tillæg A, s. 6826.

¹⁴ FT 1999-2000, tillæg A, s. 6837, h.sp.

57. Formålet med præimplementeringsforbuddet i § 12 c, stk. 5, er således at sikre effektiv forudgående fusionskontrol, hvilket ligeledes støttes i litteraturen, i og med forbuddet udgør en central del af fusionskontrollen og skal forhindre:

*"...at den forudgående kontrol, som kendetegner fusionskontrolreglerne, ikke bliver gjort illusorisk ved, at fusionsparterne i tiden frem til Konkurrencerådets beslutning om godkendelse foreligger, foretager dispositioner, der reelt set umuliggør, at fusionen med mening kan nægtes gennemført."*¹⁵.

58. Konkurrencerådets afgørelse af, om en fusion skal godkendes eller forbydes, sker på baggrund af en vurdering af, om fusionen vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 2. Ved vurderingen af, om fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, foretages der en undersøgelse, som består dels i en analyse af det relevante marked, som det ser ud på tidspunktet for fusionen, dels en analyse af hvorledes markedet fremtidigt må forventes at ville se ud efter gennemførelsen af fusionen.¹⁶
59. Præimplementeringsforbuddet skal sikre, at der ikke foretages dispositioner, som kan forhindre, at den effektive fusionskontrollen kan gennemføres, før Konkurrencerådet har truffet beslutning om, hvorvidt fusionen kan godkendes.
60. Præimplementeringsforbuddets sammenhæng med opretholdelse af den effektive fusionskontrol blev understreget i en sag mod Samsung¹⁷, hvor Samsung havde opnået faktisk kontrol med virksomheden AST, uden fusionen var blevet anmeldt. Her udtalte EU-Kommissionen, at baggrunden for, at overtrædelse af bestemmelsen i art. 7, stk. 1, er bødebelagt efter forordningens art. 14, stk. 2, er, at;

"Sådanne overtrædelser er i strid med det centrale i Fællesskabets fusionskontrolsystem, som søger at forhindre varig skade på konkurrencen forårsaget af strukturændringer under dets anvendelsesområde. For at varetage denne funktion, har Kommissionen bemyndigelse til at behandle fusioner og overtagelser, inden de faktisk gennemføres."

61. I en senere sag mod Electrabel¹⁸, der efterfølgende blev stadfæstet af Retten¹⁹, fastslog Kommission ligeledes vigtigheden af præimplementeringsforbuddets betydning for fusionskontrollen:

"It must be borne in mind that by its nature the infringement at issue breaches the most basic principle of the Community system of merger control, which is ex ante control. Unlike Articles [101] and [102] of the EC Treaty themselves, the Community legislature has expressly conferred on the Commission the sole power to assess concentrations with a Community dimension. To protect this basic principle the

¹⁵ Bergqvist, Christian, m.fl.: *Fusionskontrol i Danmark*, 2012, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 159.

¹⁶ Jf. EU-Domstolens dom af 15. februar 2005 i sag C-12/03 P, *Kommissionen mod Tetra Laval*, præmis. 42-43, samt *Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser* (2004/C 31/03), pkt. 9.

¹⁷ Kommissionens beslutning af 10. februar 1998 i sag IV/M.920, *Samsung/AST* (Artikel 14 procedure).

¹⁸ Kommissionens beslutning af 10. juni 2009 i sag COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*.

¹⁹ Rettens dom af 12. december 2012 i sag T-332/09, *Electrabel mod Europa-Kommissionen*.

legislature has laid down heavy penalties (up to 10% of the turnover of the undertakings concerned) in case of infringement.”²⁰

62. Parterne har i deres høringssvar angivet, at i og med ordlyden af konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, og ordlyden af forarbejderne, begge fokuserer på handlinger, som har til formål eller følge at *”gennemføre”* fusionen, betyder det, at præimplementeringsforbuddet alene omfatter handlinger, der enten (i) medfører kontrolskifte, eller (ii) som indgår som aktivitet i den fremtidige fusionerede virksomhed.
63. Parterne anfører således, at en fortolkning af præimplementeringsforbuddets rækkevidde ud fra formålet om sikring af den effektive fusionskontrol ligger uden for rammerne af den begrænsning, som ordlyden og forarbejderne opstiller for gennemførselsforanstaltninger.
64. Styrelsen har foretaget en sædvanlig fortolkning af bestemmelsen med inddragelse af den foreliggende praksis og litteratur, samt bestemmelsens ordlyd og forarbejder, hvori også en fortolkning af formålet indgår.
65. I og med de danske regler om fusionskontrol, herunder forbuddet mod præimplementering, skal fortolkes i overensstemmelse med de europæiske regler herom²¹, bemærkes det, at det er i overensstemmelse med EU-praksis²², at fortolkning af retsakter skal foretages som en helhed og ud fra den bagvedliggende målsætning.
66. Styrelsen er således enig i, at præimplementeringsforbuddet indebærer dispositioner, der har til formål eller følge at gennemføre fusionen, men mener samtidigt, at dette skal læses i sammenhæng med forbuddets formål om at sikre den effektive forudgående fusionskontrol.

4.3 Præimplementeringsforbuddets rækkevidde

4.3.1 Præimplementeringsforbuddets rækkevidde i litteraturen

67. Som nævnt i pkt. 55 omfatter præimplementeringsforbuddet *”enhver handling, som har til formål eller følge at gennemføre en fusion.”* Det er ikke nærmere defineret i loven eller forarbejderne, hvad begrebet *”gennemføre”* omfatter.
68. Konkurrencelovens fusionsbegreb i § 12 a, er, ligesom i fusionskontrollforordningen, baseret på et princip om kontrolskifte som den afgørende faktor for, om der foreligger en fusion. Det ligger således fast, at præimplementeringsforbuddet i hvert fald indebærer, at et fuldstændigt kontrolskifte ikke må gennemføres, før godkendelsen foreligger.²³
69. Det er imidlertid ikke alle handlinger i forbindelse med fusionen, der omfattes af præimplementeringsforbuddet:

”Implementeringsforbuddet forbyder dog ikke, at virksomhederne foretager visse forberedelseshandlinger med henblik på at forberede implementeringen af fusionen, når og hvis parterne modtager en positiv beslutning fra Konkurrencerådet. Fælles for

²⁰ Kommissionens beslutning af 10. juni 2009 i sag COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, præmis 193.

²¹ Jf. pkt. 54.

²² Domstolens dom af 6. oktober 1982 i sag 283/81 CILFIT, præmis 20.

²³ Se også Bertelsen, Erik, m.fl.: *Dansk fusionskontrol*, 2013, 2. udgave, Karnov Group, s. 266.

at sådanne handlinger kan være lovlige, vil være, om de er interne og betingede af godkendelse, og i øvrigt ikke har markeds-mæssige virkninger.”²⁴

70. Imellem dispositioner vedrørende kontrolskifte og lovlige forberedelseshandlinger omfatter præimplementeringsforbuddet yderligere tilfælde, der ikke nødvendigvis medfører et kontrolskifte, men som kan betragtes som en delvis gennemførsel af fusionen. I forarbejderne nævnes eksemplerne: *”ændringer i bestyrelse, betaling af købesum eller lignende”*,²⁵ som tilfælde, der ikke nødvendigvis omfatter et kontrolskifte, men som alligevel er omfattet af præimplementeringsforbuddet.
71. Af yderligere eksempler, der går ud over rammerne for lovlige forberedelsesskridt, nævnes i litteraturen:

”Enhver form for hel eller delvis sammenlægning af aktiviteter, gennemførelse af ændringer i direktionen, bestyrelse eller ledelse i øvrigt med henblik på at implementere eller foregribe sammenlægningen, nye fælles projekter, herunder afgivelse af fælles bud eller bud, der afviger fra parternes praksis før transaktionsforløbet, enhver form for direkte eller indirekte koordineret adfærd over for kunder, konkurrenter, leverandører eller lignende, anden udveksling af forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger, herunder om aktuelle priser, markedsandele, profitmargin, omkostninger eller påtænkte forretningsstrategier, som ikke snævert vedrører forberedelsesskridt.”²⁶ (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregning)

72. Forbuddet indebærer således ifølge litteraturen, at de fusionerende parter skal afstå fra følgende typer gennemførelsesforanstaltninger:

”...alle juridiske og faktiske aktiviteter i relation til fusionens gennemførelse såvel som alle faktiske handlinger, der vedrører den kommercielle drift af de fusionerende virksomheder (fx. handlinger, der påvirker en overtagen virksomheds strategiske og kommercielle adfærd på markedet).”²⁷ (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregning)

73. Forbuddet mod præimplementering er endvidere behandlet i europæisk konkurrenceretlig litteratur, hvoraf det eksempelvis ligeledes fremgår, at forbuddet omfatter både helt og delvis implementering af fusionen²⁸, og at dette kan omfatte koordinering af kommercielle aktiviteter²⁹. Herudover betragtes Kommissionens fortolkning af forpligtelsen til afvente en fusionens godkendelse som streng:

”The Commission interprets the suspension obligation strictly. For example in Bertelsmann/Kirch/Premiere (1998), it stopped the parties from marketing decoders

²⁴ Bertelsen, Erik, m.fl.: *Dansk fusionskontrol*, 2013, 2. udgave, Karnov Group, s. 267.

²⁵ Jf. ovenfor pkt. 55.

²⁶ Bertelsen, Erik, m.fl.: *Dansk Fusionskontrol*, 2013, 2. udgave, Karnov Group, s. 268.

²⁷ Bergqvist, Christian, m.fl.: *Fusionskontrol i Danmark*, 2012, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 159.

²⁸ Faull, Jonathan, m.fl.: *The EC Law of Competition*, 2007, 2. udgave, Oxford University Press, s. 544

²⁹ Jones, Alison, m.fl.: *EU Competition Law*, 2014, 5. udgave, Oxford University Press, s. 1176

for digitally broadcast channels, considering this activity as a partial implementation of the proposed digital pay TV joint venture.”³⁰

4.3.2 Praksis vedr. præimplementeringsforbuddets rækkevidde

74. Praksis fra såvel Danmark som EU vedrørende både præimplementeringsforbuddet og dispensationsadgangen kan inddrages til at belyse præimplementeringsforbuddets rækkevidde i forhold til dispositionen i denne sag. Dette er den første sag efter den danske konkurrencelov om overtrædelse af præimplementeringsforbuddet.
75. Parterne har i sit høringssvar anført to afgørelser fra EU-praksis³¹, Airtours og Impala, som eksempel på de bevismæssige krav, en afgørelse vedrørende præimplementering skal leve op til ved vurderingen af eventuelle markedsmæssige virkninger. Begge afgørelser forholder sig imidlertid alene til kravene til den materielle vurdering af selve en fusions betydning på markedet og ikke til præimplementeringsforbuddet.
76. Praksis vedrørende konkurrencelovens og EU-reglernes bestemmelser om, hvorvidt en fusion kan godkendes eller ej, er imidlertid efter styrelsens opfattelse ikke relevante for vurderingen af om forbuddet mod præimplementering er overtrådt. Præimplementeringsforbuddet er en beskyttelse af selve fusionsprocessen, og skal fungere som en sikkerhed for, at myndighederne i tide kan stoppe dispositioner, der potentielt skaber en risiko for, at fusionsprocessen kompromitteres.

4.3.2.1 Praksis vedr. overtrædelse af præimplementeringsforbuddet

77. Praksis fra de danske konkurrencemyndigheder og EU-Kommissionen vedrørende forbuddet mod præimplementering i henholdsvis konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, og fusionskontrolforordningens art. 7, stk. 1, er sparsom. Der foreligger ikke konkret praksis for, om en opsigelse af en væsentlig samarbejdsaftale – som det er tilfældet i denne sag – udgør præimplementering.
78. Tidligere vurderinger af præimplementeringsforbuddet kan dog inddrages til illustration af, hvilke dispositioner der tidligere er blevet betragtet som præimplementering i strid med forbuddet.
79. Der findes eksempler i EU-praksis på, at præimplementeringsforbuddet er blevet overtrådt ved, at den fulde kontrol (enten de jure eller de facto) er overgået uden anmeldelse og godkendelse fra EU-Kommissionen. I fx sager mod henholdsvis A.P. Møller-Mærsk³² og Electrabel³³, som nævnt ovenfor, modtog virksomhederne bøder for at have opnået kontrol uden først at indgive anmeldelse og modtage forudgående godkendelse i henhold til fusionskontrolforordningen.
80. I Electrabel fastlagde Retten, at en faktisk indvirkning på konkurrencen ikke er afgørende for om der foreligger en overtrædelse af forbuddet med præimplementering:

³⁰ Bengtsson, Claes, m.fl.: *EU Competition Law, Mergers and Acquisitions*, 2006, Claves & Casteels, s. 513

³¹ T-342/99 Airtours og T-464/04 IMPALA mod Kommissionen (Independent Music Publishers)(senere omstødt af domstolen i C-413/06 Bertelsmann AG and Sony Corporation of America mod IMPALA)

³² Kommissionens beslutning af 10. februar 1999 i sag IV/M.969, A.P. Møller (Artikel 14 procedure)

³³ Kommissionens beslutning af 10. juni 2009 i sag COMP/M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, bekræftet i Rettens dom af 12. december 2012 i sag T-332/09, Electrabel mod Europa-Kommissionen.

*"Det skal i denne forbindelse understreges, at der i den foreliggende sag, uanset spørgsmålet om, hvorvidt den sanktionerede overtrædelse er blevet begået som følge af uagtsomhed og ikke har haft nogen indvirkning på konkurrencen, er tale om en alvorlig overtrædelse, som har skadet effektiviteten af Kommissionens kontrol med fusioner af fællesskabsdimension og som har været meget længe."*³⁴

81. En sag vedrørende Ryanairs³⁵ forsøg på opkøb af konkurrenten Aer Lingus illustrerer, at præimplementeringsforbuddet omfatter mere end blot egentligt kontrolskifte.
82. Sagen drejede sig om et af Ryanair afgivet offentligt overtagelsestilbud på konkurrenten Aer Lingus, der ville indebære en kontrollerhvervelse. Forud herfor havde Ryanair erhvervet en minoritetsaktiepost i Aer Lingus. Fusionen blev imidlertid forbudt af EU-Kommissionen. Aer Lingus anmodede om, at Ryanair blev påbudt at frasælge minoritetsposten, da Aer Lingus mente, dette var præimplementering af den forbudte fusion. Retten kom konkret frem til, at Ryanair ikke kunne påbydes at sælge minoritetsposten.
83. Det følger imidlertid af dommen³⁶, at præimplementeringsforbuddet kan være overtrådt ved gennemførsel af transaktionsskridt, som ikke i sig selv medfører kontrolskifte, men som er en del af en samlet fusion. I sådanne tilfælde kan ingen af transaktionsskridtene gennemføres, før godkendelsen foreligger:

"79 Ovenstående vurdering berøres ikke af, at Kommissionen i forbindelse med undersøgelsesproceduren har fastslået, at det offentlige købstilbuds område skal betragtes som omfattende Ryanairs erhvervelse af aktier på markedet lige før og efter perioden, hvorunder dette tilbud var gældende, idet disse transaktioner ifølge dens udtryk udgjorde »én samlet fusion«. På dette trin, nemlig hvor det drejer sig om undersøgelsesproceduren, er Kommissionens primære interesse således ikke, at »den situation, der bestod forud for fusionens gennemførelse, genoprettes«, i det tilfælde, hvor den har vedtaget en beslutning om uforenelighed, selv om den anmeldte fusion er gennemført. Denne interesse gør sig først gældende fra det tidspunkt, hvor en endelig beslutning er vedtaget, og der bør drages konsekvenser heraf, når det konstateres, at forholdene ikke er i overensstemmelse med beslutningen.

[...]

83 I den forbindelse kan erhvervelsen af en aktiepost, der ikke i sig selv tildeler kontrol i henhold til fusionsforordningens artikel 3, falde inden for anvendelsesområdet for den nævnte forordnings artikel 7. Kommissionens fremgangsmåde skal forstås således, at den anvender begrebet »én samlet fusion« for at begrænse risikoen for at komme i den situation, at en beslutning om uforenelighed nødvendigvis må følges op med en beslutning om opløsning, der skal bringe den kontrol, der er opnået, inden Kommissionen har taget stilling til de konkurrencemæssige følger, til ophør..."

84. En anden præimplementeringssag, der ikke drejede sig om et kontrolskifte, var i fusionen Bertelsmann/Kirch/Premiere.³⁷ Sagen vedrørte et joint venture på det tyske marked for

³⁴ Rettens dom af 12. december 2012 i sag T-332/09, Electrabel mod Europa-Kommissionen, præmis 280.

³⁵ Rettens dom af 6. juli 2010 i sag T-411/07, Aer Lingus Group mod Kommissionen.

³⁶ Ibid, præmis 79 og 83.

³⁷ Kommissionens beslutning af 27. maj 1998 i sag IV/M.993, Bertelsmann/Kirch/Premiere.

digitalt betalings-tv. Joint venture, Premiere, påbegyndte markedsføringen af Kirch's såkaldte d-box dekoder under Kommissionens behandling af fusionen. Premiere havde hidtil anvendt sin egen dekoder.

85. EU-Kommissionen krævede markedsføringen stoppet omgående, da det blev fundet, at præimplementeringsforbuddet i fusionskontrolforordningens art. 7, stk. 1, var blevet overtrådt:

"The partial anticipation of a concentration subject to merger control which will have a decisive impact on future competitive conditions, can therefore not be accepted.

[...]

The use and marketing of the d-box by Premiere are inseparably linked with the intended concentration. As appears from the documents examined by the Commission Premiere's decision to adopt the d-box is the immediate result of the agreement between Bertelsmann and Kirch to merge their digital activities. The use of the d-box by Premiere prior to a decision by the Commission on the concentration is therefore to be considered a partial implementation infringing the suspensive effect provided for in the Merger Control Regulation.

The creation of a decoder infrastructure on the basis of the d-box is one of the substantial competitive consequences of the intended merger. The anticipated use of the d-box by Premiere would create a substantial fait accompli....In this case the establishment of the d-box as the de facto digital standard for the German market could hardly be reversed." ³⁸ (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens understregninger)

86. Der var således ikke tale om implementeringsskridt, der ledte til et egentligt kontrolskifte, men om dispositioner, der kunne ses som førende til *"one of the substantial competitive consequences of the intended merger"*. EU-Kommissionen lagde herudover vægt på, at markedsføringen var fusionsspecifik; *"inseparably linked to the merger"* og *"the immediate result of the agreement"* og irreversibel; *"could hardly be reversed"*. EU-Kommissionen fandt derfor, at der var tale om delvis implementering af fusionen; *"partial implementation"* samt, at det ville medføre en indholdsmæssig fuldbyrdelse *"create a substantial fait accompli"*, i strid med fusionskontrolforordningens præimplementeringsforbud. Bertelsmann og Kirch accepterede at stoppe salget under fusionssagsbehandlingen. Fusionen blev senere forbudt.

4.3.2.2 Praksis vedr. dispensation fra præimplementeringsforbuddet

87. Udover praksis, hvor præimplementeringsforbuddet er blevet overtrådt, vil praksis, hvor der er givet dispensation fra præimplementeringsforbuddet, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 6, og fusionskontrolforordningens art. 7, stk. 3, kunne bidrage til at give et billede af forbuddets rækkevidde. Det fastslås som regel ikke endeligt i sagerne vedrørende dispensation, om en disposition kan betragtes som præimplementering. Sagerne illustrerer imidlertid tilfælde, hvor parterne har bedt om dispensation fra de på gældende konkurrencemyndigheder, førend de pågældende dispositioner blev foretaget.

³⁸ Kommissionens pressemeddelelse IP/97/1062 af 1.12.1997: "Commission warns BERTELSMANN and KIRCH against infringement of European merger control", http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-1062_en.htm

88. Flere sager fra EU-praksis omhandler ikke alene spørgsmålet, om en disposition udgør erhvervelse af egentlig kontrol, men ligeledes om dispositioner, der ikke udgør erhvervelse af kontrol, alligevel kan være omfattet af præimplementeringsforbuddet og dermed kræver opnåelse af dispensation. Disse tilfælde vedrører blandt andet (i) finansiel og teknisk support³⁹, (ii) gennemgang af finansielle risici og aftaleindgåelse med nationale myndigheder i forhold til håndtering af de finansielle risici samt mulighed for at indskyde kapital⁴⁰, (iii) opnåelse af autorisationer, underskrivning af administrative kontrakter samt lejekontrakter med nationale myndigheder⁴¹, (iv) kontakt til og igangsætning af foreløbige forhandlinger med operatører og tekniske udbydere, opsætning af it-infrastruktur, indgåelse af koncessionsaftaler med en national myndighed⁴² og (v) ændringer i aftalegrundlag⁴³.
89. Dispensationsmuligheden i konkurrencelovens § 12 c, stk. 6, er ligeledes udnyttet flere gange i danske fusionssager, hvor det under fusionsbehandlingen har ledt til tilladelse til; (i) indledning af forhandlinger med distributører⁴⁴, (ii) overtagelse af rettigheder og forpligtelser i henhold til en leveringskontrakt i en situation, hvor den ene part var gået i betalingsstandsning⁴⁵, (iii) etablering af joint venture forud for godkendelse samt en række tilhørende dispositioner som fx ansættelse af ledelsen (herunder direktører), forberede ansættelsen af medarbejdere, erhvervelse af udstyr og tilrettelæggelse af it-system og indgåelse af aftaler med leverandører til brug for transport⁴⁶, samt (iv) indgåelse af leverandøraftaler⁴⁷.
90. Der er således i praksis givet dispensation til mange forskellige dispositioner – også i tilfælde, hvor dispositionen ikke nødvendigvis udelukkende kan betegnes som kontrolovergang.

4.3.2.3 Andre fortolkningsbidrag til præimplementeringsforbuddets rækkevidde

91. Parterne har i deres høringssvar endvidere fremlagt to afgørelser til støtte for, at der kan afvikles aktiviteter før godkendelse af en fusion uden at krænke præimplementeringsforbuddet.
92. I sagen Air France⁴⁸ opretholdte Retten Kommissionens beslutning om, at British Airways' køb af virksomheden Dan Air Services, ikke var underlagt fusionskontrol efter EU-fusionskontrollforordningen. Beslutningen var blevet indbragt for Retten af Air France, da Air France, som konkurrent til British Airways, mente, at opkøbet skulle underlægges fusionskontrol. Air France mente ikke, det var korrekt, at Kommissionen ved opgørelsen af parternes omsætning, til brug for vurderingen af om opkøbet var underlagt fusionskontrol,

³⁹ Kommissionens beslutning af 29. maj 2009 i sag COMP/M. 5518, *Fiat/Chrysler*.

⁴⁰ Kommissionens beslutning af 2. juli 2008 i sag COMP/M. 5267, *Sun Capital/SCS Group*.

⁴¹ Kommissionens beslutning af 14. september 2004 i sag COMP/M.3275, *Shell Espana/CEPSA/SIS JV*.

⁴² Kommissionens beslutning af 28. november 2006 i sag COMP/M.4472, *William Hill/Codere/JV*.

⁴³ Kommissionens beslutning af 28. april 2008 i sag COMP/M.5170, *EON/Endesa Europa/Viesgo*.

⁴⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 28. februar 2007, *TV2 Sport*, hvori Konkurrencerådet meddelte dispensation til, at TV2 Denmark A/S og MTG A/S kunne indgå distributionsaftaler, dog betinget af at Konkurrencerådet efterfølgende kunne godkende fusionen, hvilket skete.

⁴⁵ Konkurrencestyrelsens afgørelse af 1. februar 2010, *Konkurrencestyrelsen meddeler DLG og Danish Agro dispensation fra gennemførelsesforbuddet i de danske regler om fusionskontrol*.

⁴⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 30. august 2006, *Stiftelse af joint venture mellem Post Danmark A/S og 365 Media Scandinavia*, og pressemeddelelse af 14. juli 2006, *Post Danmark og 365 Media Scandinavia får dispensation under fusionsbehandlingen*.

⁴⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 18. juni 2008, *Broadcast Service Danmark A/S får dispensation til at indgå leverandøraftaler under fusionsbehandlingen*.

⁴⁸ Rettens dom af 24. marts 1994 i sag T-3/93 *Air France mod Kommissionen*.

ikke havde medregnet omsætningen for en række aktiviteter, som fusionsparterne havde aftalt skulle afhændes inden den endelige fusionsaftale skulle indgås.

93. I sagen Ingersoll-Rand/Clark Equipment⁴⁹ traf Kommissionen beslutning om, at en anmeldt fusion ikke var underlagt fusionskontrol efter fusionskontrollforordningen, da parternes samlede omsætning faldt under de nødvendige tærskler. Kommissionen medregnede ikke omsætningen fra bestemte aktiviteter, der var frasolgt i perioden op til indgåelsen af fusionsaftalen.
94. Parterne anfører, at denne praksis understøtter, at præimplementeringsforbuddet ikke kan udstrækkes til at omfatte andet end gennemførelsehandlinger – enten i form af kontrolskifte eller sammenblanding af de deltagende virksomheders aktiviteter.
95. Parterne har endvidere angivet, at Kommissionens jurisdiktionsmeddelelse⁵⁰, der vedrører de processuelle regler for beregning af omsætning, støtter dette synspunkt, da det her fremgår, at der skal foretages en justering i de reviderede regnskaber, hvis det på grund af erhvervelser eller afhændelser ikke længere er udtryk for de økonomiske realiteter. I forlængelse heraf følger det videre, at omsætningsberegningen skal korrigeres, hvis en sådan afhændelse eller nedlæggelse er en forudsætning for transaktionen.
96. Parternes mener på den baggrund, at

”EU domstolen har anerkendt, at der som led i en fusion kan opstilles betingelser om, at en af fusionsparterne skal foretage en aktiv handling med henblik på at afvikle eller afhænde aktiviteter forud for closing, uden at det kan udledes, at en ellers anmeldelsespligtig fusion blev grebet af præimplementeringsforbuddet forud for closing.”
97. Parterne finder således, at fordi der i praksis er set disse eksempler på, at forudgående betingelser vedrørende afhændelse mv. ikke blev behandlet som præimplementering eller i øvrigt har nævnt spørgsmålet om præimplementering, må konklusionen i den konkrete sag ligeledes være, at der ikke er tale om præimplementering.
98. Styrelsen er ikke enige heri. Vurderingen af om præimplementeringsforbuddet er overtrådt afhænger af en individuel samlet vurdering af sagen og de konkrete omstændigheder. Der kan således være meget konkrete årsager til, at visse dispositioner ikke kan betragtes som præimplementering, eller at Kommissionen ikke har taget spørgsmålet op i det konkrete tilfælde.
99. Det skal endvidere bemærkes, at de ovennævnte sager vedrører *aktiviteter*, der ikke skulle videreføres i den fortsættende virksomhed. I sagen vedrørende KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International og betingelsen herom i fusionsaftalen med EY var der netop tale om en disposition, der var af afgørende betydning for den aktivitet, der skulle videreføres i de nye EY, nemlig revisions- og rådgivningsydelser.
100. Styrelsen bemærker herudover, at parterne i nærværende sag heller ikke selv har behandlet opsigelsen som en disposition, der skal behandles efter de pågældende regler i jurisdiktionsmeddelelsens, idet parterne ved beregningen af omsætningen valgte ikke at

⁴⁹ Kommissionens beslutning af 15. maj 1995 i sag COMP/M. 588, Ingersoll-Rand/Clark Equipment

⁵⁰ Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion efter Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser(2008/C 95/01), pkt. 172

behandle den således. Ved beregningen af KPMG DK's omsætning blev omsætningen henhørende fra det internationale KPMG-netværk, den såkaldte "referred in"-omsætning, netop ikke fratrullet KPMG DK's omsætning.

4.3.3 Delkonklusion vedrørende præimplementeringsforbuddets rækkevidde

101. Vurderingen af om en disposition overtræder forbuddet mod præimplementering i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5, skal foretages ud fra en samlet vurdering af bestemmelsens ordlyd, formål og forarbejder samt den foreliggende litteratur og praksis.
102. Praksis og litteratur har fastslået⁵¹, at egentlige kontrolskifte inden en fusionsgodkendelse er i strid med præimplementeringsforbuddet, men også dispositioner, der kan betegnes som delvis implementering, der forhindrer den effektive fusionskontrol, ligger inden for præimplementeringsforbuddets rækkevidde. Disse dispositioner omfatter navnlig strategisk vigtige kommercielle dispositioner.
103. Som nævnt ovenfor i pkt. 80 er det endvidere fastslået i praksis⁵², at det ikke er afgørende om den pågældende disposition konkret har skadet konkurrencen på markedet, men at det er afgørende om, der er en potentiel indvirkning af konkurrencesituationen, der kan skade den effektive fusionskontrol.
104. Der er i praksis og i litteraturen⁵³ peget på en række forhold, som kan tillægges vægt i vurderingen af, om en disposition udgør en overtrædelse af forbuddet mod præimplementering i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5. Det vil således være relevant for vurderingen, om dispositionen er (i) fusionsspecifik, (ii) irreversibel, og (iii) har potentiale for markedsmæssige virkninger.
105. Parterne har anført, at de er enige i, at disse forhold kan indgå i vurderingen af om præimplementeringsforbuddet er overtrådt, men er uenige i fortolkningen af rækkevidden af disse forholds betydning på det konkrete forhold.
106. Disse forhold kan efter styrelsens opfattelse ikke betragtes som udtømmende eller i alle tilfælde nødvendige, da vurderingen af om præimplementeringsforbuddet er overtrådt vil afhænge af dispositionen i den konkrete sag.
107. Konkurrencerådet skal således ud fra en samlet konkret helhedsvurdering afgøre, om dispositionen har overskredet grænsen for lovlige forberedelseshandlinger og dermed udgør en overtrædelse af præimplementeringsforbuddet.

4.4 Vurdering af KPMG DK's opsigelse af samarbejdsaftalen med KPMG International

108. KPMG DK opsigde i overensstemmelse med fusionsaftalen med EY samarbejdsaftalen med KPMG International, før fusionen blev godkendt.

⁵¹ Som anført ovenfor under pkt. 68 og 79.

⁵² Rettens dom af 12. december 2012 i sag T-332/09, Electrabel mod Europa-Kommissionen, præmis 280.

⁵³ Som anført ovenfor i pkt. 80-86 samt 70-73.

109. Til brug for vurderingen af om opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen er i strid med præimplementeringsforbuddet, skal der derfor foretages en helhedsvurdering med inddragelse af de i pkt. 104 ovennævnte forhold.

(i) Opsigelsen var fusionsspecifik

110. KPMG DK forpligtede sig i fusionsaftalen af 18. november 2013 over for EY til øjeblikkeligt at opsiges samarbejdsaftalen med KPMG International. Opsigelsens betydning og sammenhængen mellem opsigelsen og fusionen er illustreret i fusionsaftalen og parternes separate og fælles drøftelser. Opsigelsen er en betingelse i fusionsaftalen af 18. november 2013, og opsigelsen – og dermed separationen fra KPMG International – var derfor en del af de samme forhandlinger mellem og interne drøftelser hos parterne.
111. Opsigelsen er en direkte følge af betingelsen i fusionsaftalen, og de to dispositioner fremstår som indbyrdes afhængige. Opsigelsen kan derfor ikke karakteriseres som en ensidig disposition foretaget af KPMG DK uafhængigt af fusionsaftalen.
112. Som anført ovenfor i pkt. 42, redegjorde parterne i notat af 27. marts 2014 om det kontrafaktiske scenarie⁵⁴ for, at KPMG DK's adskillelse fra KPMG International var en midlertidig overgangsfase i gennemførelsen af fusionen og at separationen fra KPMG International og den efterfølgende sammenlægning af KPMG DK og EY var indbyrdes afhængige og udgjorde én sammenlægning i konkurrencelovens forstand.
113. Dette illustrerer, at KPMG DK's adskillelse fra KPMG International – også efter parternes egen vurdering – var direkte knyttet til fusionen, at adskillelsen var et midlertidigt stadie *på vejen til* fusionens gennemførelse, og at KPMG DK's adskillelse fra KPMG International og efterfølgende sammenlægning med EY udgjorde én samlet transaktion med henblik på fusion.
114. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder på den baggrund, at KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International var knyttet til fusionsaftalen, og at KPMG DK derfor ikke ville have opsagt samarbejdet uden samtidigt at have indgået fusionsaftalen med EY.

(ii) Opsigelsen var irreversibel

115. KPMG DK opsagde samarbejdet med KPMG International den 18. november 2013 med virkning fra 30. september 2014. Opsigelsen afventede ikke konkurrencemyndighedernes forudgående behandling af fusionen.
116. I og med at opsigelsen var endelig og ubetinget, var det udelukket for KPMG DK på et senere tidspunkt at ensidigt tilbageføre opsigelsen. Derudover ville KPMG DK ikke have haft mulighed for ensidigt og umiddelbart at indgå en ny samarbejdsaftale med KPMG International. Hverken KPMG DK eller EY ville derfor have kunnet tilbageføre opsigelsen og forhindre den kommende separation mellem KPMG DK og KPMG International.
117. Parterne anførte under fusionskontrolprocessen⁵⁵ vedrørende en eventuel tilbageførsel af opsigelsen, at der var tale om:

⁵⁴ Working document on the legal framework for the determination of the counterfactual scenario af 27. marts 2014, pkt. 25-26, modtaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 28. marts 2014.

⁵⁵ Working document on the legal framework for the determination of the counterfactual scenario af 27. marts 2014, pkt. 32, modtaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 28. marts 2014.

"Irreversible transaction specific circumstances in the present case include the fact that it is not an option for KPMG DK to stay with KPMG International".

118. KPMG Internationals etablering af KPMG 2014 i Danmark, inden fusionen mellem KPMG DK og EY blev godkendt, bekræfter endvidere, at et fornyet uændret fremtidigt samarbejde med KPMG DK havde formodningen imod sig.
119. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer derfor, at der er lav sandsynlighed for, at KPMG DK – i uændret form i forhold til sammensætningen på tidspunktet for fusionsaftalens indgåelse – og KPMG International ville have ønsket at etablere et nyt samarbejde, hvis fusionen ikke var blevet gennemført.
120. Sammenfattende var opsigelsen af samarbejdet og betingelsen herom i parternes fusionsaftale irreversibel.

(iii) Opsigelsen havde potentiale for markedsræssige virkninger
121. Opsigelsen af samarbejdsaftalen med KPMG International blev foretaget øjeblikkeligt og samtidigt med fusionsaftalens indgåelse.
122. Parterne har på den baggrund anført, at alene offentliggørelsen af fusionsaftalen skabte reaktioner i markedet eller et eventuelt potentiale herfor, og at opsigelsen af samarbejdet med KPMG International ikke er relevant i forhold til eventuelle markedsreaktioner forud for fusionens godkendelse. Til støtte herfor har parterne fremlagt KPMG DK's og EY's pressemeddelelser samt en lang række avisartikler fra perioden efter offentliggørelsen af fusionen. Størstedelen af disse fokuserer primært på fusionsaftalens indhold og ikke opsigelsen.
123. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er enige i, at selve indgåelsen og offentliggørelsen af en fusionsaftale (der i overensstemmelse med reglerne er anmeldt med henblik på konkurrencemyndighedernes godkendelse), kan føre til en række konsekvenser i markedet – også i perioden mellem offentliggørelsen og myndighedernes godkendelse.
124. Opsigelsen af samarbejdet med KPMG International indebærer imidlertid – efter styrelsens vurdering - en så væsentlig kommerciel strategisk disposition, at handlingen i sig selv indebærer et selvstændigt væsentligt potentiale for markedsræssige virkninger.
125. Betingelsen om opsigelse var indsat i fusionsaftalen og dermed udtryk for koordination mellem de to fusionsparter. Ydermere vedrørte opsigelsen den fremtidige strategi for forholdet til eksterne samarbejdspartnere – i dette tilfælde KPMG International - og kan ikke betegnes som en lovlig forberedelseshandling⁵⁶ i form en intern disposition, der var uegnet til at have markedsræssige virkninger.
126. Som anført ovenfor i afsnit 3.3, antages det at være nødvendigt, at de store internationale revisornetværk er til stede nationalt for at kunne levere ydelser til større internationale virksomheder. Dette understreges også af, at KPMG International efter KPMG DK's opsigelse etablerede en ny revisorvirksomhed på det danske marked. På samme måde var KPMG DK afhængig af at være en del af et internationalt revisionsnetværk, da alle kunder – i de segmenter, hvor fusionen gav anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder – kræver, at deres revisionselskab er en del af et internationalt netværk.

⁵⁶ Se pkt. 69 ovenfor.

127. Det fremgik også af de markedsundersøgelser, der blev lavet i forbindelse med vurderingen af fusionen, at KPMG DK ikke kunne bibeholde sin profil i forhold til de større internationale kunder, hvis KPMG DK i stedet havde indledt et samarbejde med et af de mindre internationale netværk, som eksempelvis Beierholms eller BDO's. Hvis fusionen ikke var blevet gennemført, ville KPMG DK som følge af opsigelsen ikke uden at indgå en ny aftale have haft adgang til et betydeligt internationalt revisorværk.
128. Opsigelsen kunne således i sig selv potentielt have haft stor betydning for KPMG DK's profil og positionering som revisionsvirksomhed i Danmark. KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International førte til, at KPMG DK's fremtid som revisionsvirksomhed i Danmark blev usikker, indtil Konkurrencerådet traf afgørelse.
129. Dette underbygges også af parternes egne synspunkter under fusionsbehandlingen, hvor parterne i fusionsanmeldelsen⁵⁷ selv anførte, at det først og fremmest var den irreversible opsigelse af samarbejdet med KPMG International, der ledte til en ændring af markedsforholdene, der skulle inkluderes i vurderingen af fusionens indvirkning på markedet.
130. Der kan opstilles forskellige scenarier for KPMG DK's udvikling efter opsigelsen og separation fra KPMG International, men uden gennemførsel af kontrolskifte til EY. Parterne har selv i anmeldelsen af 7. februar 2014 oplistet to mulige scenarier, hvis EY's overtagelse af KPMG DK ikke blev godkendt: (i) at KPMG DK fusionerede med PwC eller Deloitte eller (ii) at KPMG DK's kunder og medarbejdere blev fordelt mellem PwC, Deloitte, EY og KPMG 2014.⁵⁸
131. Herudover kunne andre scenarier eksempelvis være, (iii) at KPMG DK eller dele heraf indgik et nyt samarbejde med KPMG International, eller (iv) at KPMG DK måtte ophøre med at drive revisionsvirksomhed i Danmark, hvorved kunder og medarbejdere ville blive spredt ud på de øvrige større eller mindre revisionshuse.
132. De forskellige scenarier varierer i forhold til mange forskellige dimensioner, for eksempel transaktions- eller processtruktur, risiko (inklusive eventuel relevant fusionskontrolproces), attraktivitet for KPMG DK, sandsynlighed og markedseffekter.
133. Hverken forskellene mellem eller sandsynligheden for disse scenarier er imidlertid afgørende for en vurdering af, om præimplementeringsforbuddet er overtrådt. Afgørende er, om KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International skabte usikkerhed om KPMG DK's fremtid som revisions- og rådgivningsvirksomhed i Danmark på dette tidlige tidspunkt og i et omfang, der havde potentiale for at skabe væsentlige strukturelle markedsændringer.
134. Spørgsmålet om de samme potentielle markedsvirkninger kunne have fundet sted, hvis opsigelsen havde afventet fusionens godkendelse, er ikke relevant, når det skal vurderes om opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen var i strid med forbuddet mod præimplementering. Opsigelsen var udtryk for en påvirkning af aktørernes situation og forhandlingsposition, og havde et selvstændigt potentiale for at påvirke konkurrencen – en påvirkning, der lå udover almindelige reaktioner som følge af fusionsaftalens offentliggørelse.
135. Konsekvensen af opsigelsen blev - sammenholdt med andre fusioner – at påvirkningen af markedet blev tidsmæssigt fremrykket i forhold til, hvad der havde været tilfældet uden opsigelsen. Den øjeblikkelige opsigelse betød, at uanset om fusionen blev godkendt eller ej, var visse af aktørerne i markedet allerede på dette tidlige tidspunkt nødsaget til at forholde sig til

⁵⁷ Se pkt. 39 ovenfor.

⁵⁸ Se pkt. 39 ovenfor.

konsekvensen af opsigelsen – at KPMG DK fremover ikke længere ville være en del af KPMG International.

136. Opsigelsen og offentliggørelsen af fusionsaftalen skete samtidigt, og det er således ikke muligt konkret at konkludere baggrunden for reaktionerne hos aktørerne på det pågældende marked. Den tidsmæssige forskydning af opsigelsen som det formelle skridt henimod fusionens gennemførelse set i forhold til fusionens godkendelse bevirkede imidlertid, at der på et tidligere tidspunkt end ved andre fusioner var skabt usikkerhed om KPMG DK's fremtidige position. En usikkerhed, der samtidig reelt påvirkede KPMG Internationals, men også både KPMG DK's og EY's forhandlingspositioner og reaktionsmuligheder. Det er derfor styrelsens opfattelse, at opsigelsen skabte potentiale for markedspåvirkning i et omfang, der lå udover, hvad der normalt kan forventes i en fusionssituation.
137. Opsigelsen havde som minimum betydning for KPMG Internationals, KPMG DK's og EY's position i forhold til den annoncerede fusionsaftale, da opsigelsen ændrede KPMG Internationals, KPMG DK's og EY's position i en forhandling om et eventuelt fremadrettet samarbejde, hvis fusionen ikke var blev gennemført. Parterne anfører specifikt om KPMG Internationals reaktion på opsigelsen, at konsekvenserne havde været de samme som følge af indgåelsen og offentliggørelsen af fusionsaftalen. Parterne baserer deres opfattelse på, at indgåelsen af fusionsaftalen uden samtidig opsigelse af aftalen med KPMG International, ville have medført, at KPMG International havde ophævet samarbejdsaftalen med KPMG DK som følge af misligholdelse.
138. I forhold til spørgsmålet om misligholdelse er det styrelsens opfattelse, at det er spørgsmålet om overtrædelse af forbuddet mod præimplementering uvedkommende, om fusionsaftalen kunne medføre, at KPMG DK kom i misligholdelse overfor KPMG International. Parternes privatretlige forpligtelser ændrer ikke på vurderingen af overtrædelsen af præimplementeringsforbuddet og kan ikke tillægges selvstændig betydning ved vurdering heraf. Præimplementeringsforbuddet kræver i alle anmeldelsespligtige fusioner, at sådanne dispositioner afventer konkurrencemyndighedernes godkendelse på samme måde som den resterende del af fusionen.
139. I denne sag skete en række væsentlige ændringer af markedet i perioden mellem opsigelsen af samarbejdet med KPMG International/fusionsaftalens offentliggørelse og fusionens godkendelse:
140. KPMG International valgte, flere måneder før fusionen blev godkendt, både (i) at etablere en ny revisionsvirksomhed i Danmark, KPMG 2014, der blev medlem af det internationale KPMG-netværk, og (ii) indgå samarbejdsaftale med skatterådgivningsvirksomheden Accura Tax.
141. En række kunder valgte inden Konkurrencerådets godkendelse at skifte revisor⁵⁹. Eksempelvis traf Carlsberg koncernen og A.P. Møller-Mærsk koncernen i første kvartal af 2014 beslutning om at bruge hhv. om at indstille til generalforsamlingen at bruge KPMG International for regnskabsåret 2014. Begge disse kunder var blandt de største revisionskunder i Danmark. På grund af det tidsmæssige sammenfald mellem opsigelsen og fusionsaftalens offentliggørelse er det ikke muligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen med sikkerhed at fastslå i hvilket omfang opsigelsen i sig selv henholdsvis fusionsaftalen har medført disse reaktioner. Som det fremgår ovenfor⁶⁰ er det heller ikke i forhold til

⁵⁹ Jf. fusionsafgørelsen pkt. 519.

⁶⁰ Se pkt. 80

præimplementeringsforbuddet afgørende, at der er fastslået faktiske virkninger; det afgørende er potentialet for markedsmæssige virkninger.

142. Opsigelsen påvirkede reelt markedets aktører, idet den gjorde det uundgåeligt, at et status quo var udelukket selv i tilfælde af et forbud. Dermed skabte opsigelsen i sig selv en øget usikkerhed omkring forholdene på markedet i et omfang, der potentielt kunne umuliggøre at gennemføre en effektiv fusionskontrol, og var dermed tilstrækkelig til at udgøre en overtrædelse af præimplementeringsforbuddet.
143. Konsekvensen af KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International og betingelsen herom i fusionsaftalen mellem KPMG DK og EY medførte endvidere for selve fusionskontrolprocessen, at det kontrafaktiske scenarie i fusionskontrolvurderingen ikke svarede til de faktiske og mest sandsynlige markedsforshold i tilfælde af et forbud. Hvilket er en konsekvens af, at forbuddet mod præimplementering ikke blev iagttaget og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne derfor have været kommet i en situation, hvor det ville være umuligt at gennemføre en effektiv forudgående fusionskontrol.

4.5 Samlet konklusion

144. Det er styrelsens samlede konklusion, at KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International og betingelsen herom i fusionsaftalen med EY på baggrund af en samlet vurdering af alle sagens omstændigheder har været i strid med præimplementeringsforbuddet i konkurrencelovens § 12 c, stk. 5.
145. Opsigelsen var en del af fusionsaftalen og en forudsætning for den fortsættende fusionerede virksomhed, og en beslutning af stor kommerciel strategisk vigtighed. Parterne skulle derfor have afventet konkurrencemyndighedernes godkendelse på samme måde som i forhold til den resterende del af fusionsaftalen.
146. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i sin vurdering særligt lagt vægt på følgende forhold, at;
 - opsigelsen var ubetinget og ikke afventede Konkurrencerådets afgørelse,
 - opsigelsen alene blev foretaget som følge af og som led i fusionen og ikke kan betragtes som en ensidig disposition fra KPMG DK's side,
 - opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen kunne ikke tilbageføres af parterne og dermed var irreversibel,
 - opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen med EY var strategisk afgørende for den aktivitet, der videreførtes i det nye EY og dermed en forudsætning for den fortsatte virksomhed,
 - opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen var en kommerciel strategisk vigtig disposition, der førte til stor usikkerhed for KPMG DK's fremtid som revisionsvirksomhed i Danmark, hvis fusionen med EY ikke blev gennemført,
 - opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen skabte potentiale for strukturelle markedsændringer i perioden mellem opsigelsen og fusionens godkendelse,

- der er indikationer på, at opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen, rent faktisk skabte strukturelle ændringer, som umuliggjorde, at markedssituationen på tidspunktet for fusionsaftalen kunne genoprettes, og at
- opsigelsen og betingelsen herom i fusionsaftalen dermed skabte en risiko for at påvirke den effektive forudgående fusionskontrol.

5. Afgørelse

147. Konkurrencerådet træffer følgende afgørelse:
148. Det meddeles den fusionerede enhed, EY, at EY og KPMG DK ved KPMG DK's opsigelse af samarbejdet med KPMG International den 18. november 2013, der var indsat som betingelse i fusionsaftalen af 18. november 2013, har overtrådt forbuddet mod at gennemføre en fusion, før den er godkendt af Konkurrencerådet, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 5.