

Tilsagn i fusionssager

Vejledning

August 2020



Tilsagn i fusionssager

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35

2500 Valby

Tlf.: +45 41 71 50 00

E-mail: kfst@kfst.dk

ISBN nr. 978-87-7029-735-6

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

August 2020

Indhold

Kapitel 1	5
Introduktion	5
1.1 Vejledningens formål og indhold	5
Kapitel 2	7
Vejledningens hovedanbefalinger	7
Kapitel 3	8
Grundlæggende krav og principper	8
3.1 Grundlæggende materielle krav til tilsagn	8
3.1.1 Tilsagnet skal fjerne konkurrenceproblemet	9
3.1.2 Tilsagnet skal implementeres rettidigt og effektivt	10
3.1.3 Tilsagnets opfyldelse skal kunne overvåges effektivt	10
3.1.4 Tilsagnet skal være proportionalt	11
3.1.5 Tilsagnet må ikke skabe nye konkurrenceproblemer	11
3.2 Øvrige krav og principper for tilsagn	11
Kapitel 4	15
Typer af tilsagn	15
4.1 Erfaringer med strukturelle og adfærdsmæssige tilsagn	15
4.2 Strukturelle tilsagn	17
4.2.1 Frasalg	17
4.2.1.1 Frasalg af en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed (kriterie I og II)	18
4.2.1.1.1 Frasalg af eksisterende selvstændig virksomhed	20
4.2.1.1.2 Frasalg af udskilte aktiviteter ("carve-outs")	21
4.2.1.1.3 Frasalg af aktiver (især varemærker og licenser)	22
4.2.1.1.4 Alternative frasalgstilsagn og kronjuveler	24
4.2.1.2 Egnede køber (kriterie III)	25
4.2.1.3 Tilsagn der understøtter tilsagn om frasalg	29
4.2.2 Eliminering af strukturelle forbindelser	30
4.3 Adfærdsmæssige tilsagn	31
4.3.1.1 Adgang for tredjeparter	31
4.3.1.2 Ændring af afskærmende aftalevilkår m.v.	36
4.3.1.3 Afståelse fra en bestemt adfærd	37
4.3.1.4 Afskæring af adgang til konkurrencefølsomme oplysninger	39
4.3.1.5 Andre adfærdsmæssige tilsagn	40
Kapitel 5	43
Tidsmæssige aspekter og processuelle forhold	43
5.1 Udformning af tilsagn tager tid	43
5.2 Fusionsparterne kan fremskynde tilsagnsprocessen	43
5.3 Proces og tidsfrister	44
5.4 Markedstest af tilsagn	45

Kapitel 6	47
Regler, links m.v.	47
6.1 Relevante regler, vejledninger, skabeloner m.v.	47

Kapitel 1

Introduktion

1.1 Vejledningens formål og indhold

Når en fusion anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen¹, skal styrelsen vurdere, om fusionen vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt. Hvis styrelsen under sin behandling af fusionen identificerer konkurrenceproblemer² ved fusionen, har fusionsparterne³ mulighed for at afgive tilsagn, der kan fjerne problemerne.

Ved at afgive tilsagn kan parterne ændre forholdene ved en ellers problematisk fusion, så den bevarer eller genskaber betingelserne for en effektiv konkurrence på de relevante markeder. Parterne kan på den måde få godkendt en fusion, der ellers ville være blevet forbudt. Styrelsen behandler ca. 50 fusioner årligt, hvoraf ca. 1-2 løses med tilsagn.⁴

Formålet med denne vejledning er at beskrive de grundlæggende krav og principper, der gælder for tilsagn, og at give eksempler på forskellige typer af tilsagn, som er anvendt i praksis. Vejledningen beskriver derudover de tidsmæssige og processuelle forhold, som er relevante ved afgivelse af tilsagn. Endvidere giver vejledningen en række anbefalinger til, hvordan parterne og deres eventuelle rådgivere bedst griber tilsagnsprocessen an, og hvordan de selv kan optimere den.

Vejledningens eksempler på forskellige typer af tilsagn kan tjene som inspiration for fusionsparterne og deres rådgivere, når de overvejer at afgive tilsagn til styrelsen. Det vil dog altid afhænge af en konkret vurdering af den enkelte fusion, om parternes tilsagn er egnet til at løse det specifikke konkurrenceproblem. Vejledningens indhold kan derfor også blive fraveget på baggrund af de konkrete forhold i de enkelte fusionssager.

Ved udarbejdelsen af vejledningen har styrelsen taget udgangspunkt i Europa-Kommissionens meddelelse om tilsagn⁵, relevant praksis fra Danmark, Kommissionen og udlandet samt danske og udenlandske erfaringer og analyser af tilsagn i tidligere fusionssager.

Det bemærkes, at vejledningen reflekterer styrelsens synspunkter på tidspunktet for offentliggørelsen af vejledningen, og at den kan blive opdateret, når det måtte blive relevant som følge af fx lovændringer, ny praksis m.v.

¹ Når der i følgende henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller styrelsen, omfatter det såvel Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som Konkurrencerådet.

² Med mindre andet er angivet, bruges udtrykket "konkurrenceproblemer" om de konkurrencemæssige betænkeligheder, som en fusion kan give anledning til.

³ Med mindre andet er angivet, henvises der med "fusionsparterne"/"parterne" til de deltagende virksomheder i en fusion.

⁴ Tallene er opgjort for perioden 2015-2019. Opgørelsen medtager ikke fusionsanmeldelser, der er blevet trukket tilbage.

⁵ Kommissionens meddelelse om løsningsforslag, der kan accepteres i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 og Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 ("Kommissionens meddelelse om tilsagn").

Styrelsen henviser i øvrigt til sin generelle vejledning om fusionskontrol, som har til formål at informere fusionsparterne og deres rådgivere om både processen og reglerne for fusionskontrol. Vejledningen "Fusionskontrol" kan findes på www.kfst.dk/konkurrenceforhold/vejledninger

Kapitel 2

Vejledningens hovedanbefalinger

I vejledningen gives løbende en række gode råd og anbefalinger til fusionsparterne, som er baseret på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens erfaringer med tidligere fusionssager. De mest centrale anbefalinger opsummeres her:

Fusionsparternes egne forberedelser kan fremme tilsagnsprocessen

Parterne kan fremskynde en eventuel tilsagnsproces, hvis de, allerede før fusionen anmeldes til styrelsen, selv undersøger, om fusionen umiddelbart vil kunne medføre konkurrenceproblemer, og i så fald overvejer mulige tilsagnsløsninger.

Tidlig dialog om tilsagn gavner processen

Parterne kan med fordel tilkendegive en eventuel interesse i at drøfte tilsagn med styrelsen tidligt i fusionsprocessen. Parterne er ikke bundet heraf og løber derfor ingen risiko herved – men kan optimere processen ved at gøre det i god tid. Konkurrencerådet kan kun acceptere tilsagn, der er proportionale med de identificerede konkurrenceproblemer.

En forståelse af konkurrenceproblemet er vigtig for at finde det rette tilsagn

Parterne bør – via dialog med styrelsen – sikre sig, at de fuldt ud har forstået årsagen til det konkurrenceproblem, som styrelsen har identificeret, før de præsenterer styrelsen for forslag til en løsning på problemet. Hvis parterne ikke har fået den fulde forståelse af årsagen til konkurrenceproblemet, kan de risikere at bruge kostbar tid på at overveje tilsagn, der ikke er egnede til at løse problemet.

Fokus på præcis formulering af tilsagn

Parterne skal udforme tilsagnet så klart og præcist, at det er muligt for styrelsen at forstå og vurdere tilsagnets indhold og fremtidige virkninger. Heri ligger også, at det skal være formuleret utvetydigt, så det ikke er muligt for parterne at omgå tilsagnet. Det er en vigtig og typisk tidskrævende del af processen at få den rette formulering af tilsagnet på plads (sammen med styrelsen), og parterne kan med fordel have fokus på formuleringen fra start.

Tilsagn bliver bedst, når de udtænkes i samspil mellem fusionsparter og deres rådgivere

Parterne bruger ofte rådgivere til at varetage deres interesser og pligter over for styrelsen, herunder udformning af tilsagn. Det anbefales, at centrale medarbejdere fra de fusionerende virksomheder spiller en aktiv rolle i at udtænke tilsagn i samspil med rådgiverne. Det skyldes, at det er fusionsparterne selv, der har det mest indgående kendskab til markedet og deres virksomheder. Jo tidligere fusionsparternes medarbejdere tager del i udtænkningen af tilsagn, desto mere fremmes tilsagnsprocessen.

Strukturelle tilsagn er oftest at foretrække frem for adfærdsmæssige tilsagn

Når parterne skal overveje mulige tilsagnsløsninger, anbefales de at tage udgangspunkt i mulighederne for strukturelle tilsagn, fordi disse ofte har vist sig bedre egnede til at løse konkurrenceproblemer end adfærdsmæssige tilsagn. Det gælder særligt for horisontale konkurrenceproblemer. Hvis det ikke er muligt at finde egnede strukturelle tilsagn, kan parterne overveje, om der i stedet kan findes adfærdsmæssige tilsagn, som er egnede til at løse konkurrenceproblemet – eller som kan supplere et strukturelt tilsagn og dermed gøre det effektivt. Dog egner adfærdsmæssige tilsagn sig normalt bedre til at løse vertikale konkurrenceproblemer.

Kapitel 3

Grundlæggende krav og principper

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen træffer afgørelse om, hvorvidt en anmeldt fusion skal godkendes eller forbydes. En fusion, der ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, skal godkendes, mens en fusion, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, skal forbydes, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 2. Hvis styrelsens undersøgelser peger på, at en fusion vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt, har fusionsparterne mulighed for at afgive tilsagn, som ændrer på forholdene ved fusionen, så den ikke længere er problematisk. Hvis styrelsen kan acceptere parternes tilsagn, vil styrelsen gøre det til et vilkår for fusionens godkendelse, jf. konkurrencelovens § 12 e, stk. 1.

For at styrelsen kan acceptere et tilsagn, skal det opfylde en række grundlæggende krav og principper vedrørende både indhold og formalia. Disse krav og principper gennemgås nedenfor i afsnit 3.1-3.2.

Det er derudover et overordnet krav, at tilsagnet er formuleret klart, præcist og utvetydigt. Dette gælder for alle de enkelte elementer i tilsagnet.⁶ Det skal således være muligt for styrelsen at vurdere tilsagnets præcise indhold og udstrækning samt dets fremtidige virkninger for konkurrencen på de berørte markeder.⁷

Hvis et tilsagn er formuleret uklart, kan det give anledning til både fortolkningstvivel og risiko for omgåelse. Et tilsagn kan ikke forventes at løse konkurrenceproblemet, hvis der er tvivl om fortolkningen af tilsagnet, herunder tvivl om parterne vil kunne omgå det. Det skyldes, at styrelsen i så fald ikke med den fornødne sikkerhed kan afgøre, om tilsagnet vil løse konkurrenceproblemet. Styrelsen vil derfor være nødt til at afvise et tilsagn, der ikke er klart formuleret.

Den præcise formulering er også vigtig, fordi tilsagnet som nævnt vil blive gjort til et vilkår for fusionens godkendelse. Tilsagnet vil dermed fremgå direkte i afgørelsen om fusionen.

3.1 Grundlæggende materielle krav til tilsagn

Der er fem grundlæggende materielle krav til et tilsagn:⁸

1. Tilsagnet skal *fjerne det identificerede konkurrenceproblem* ved fusionen.
2. Tilsagnet skal kunne *implementeres effektivt og rettidigt*.
3. Det skal være muligt *effektivt at overvåge tilsagnets opfyldelse*.
4. Tilsagnet skal være *proportionalt*.
5. Tilsagnet må *ikke skabe nye konkurrenceproblemer*.

⁶ Jf. Rettens dom i sag T-114/02, *BaByliss*, præmis 178.

⁷ Jf. bl.a. Rettens dom i sag T-177/04, *Easyjet*, præmis 189.

⁸ Jf. FT 1999-2000, tillæg A, og FT 2004-05 (1. samling), tillæg A, og Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 9.

Fusionsparter afgiver ofte ikke kun ét men flere tilsagn, der tilsammen skal imødekomme det konkurrenceproblem, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har identificeret. I sådanne tilfælde vil styrelsen vurdere tilsagnene som en helhed.⁹

De ovennævnte materielle krav beskrives i de følgende afsnit.

3.1.1 Tilsagnet skal fjerne konkurrenceproblemet

Det vigtigste materielle krav til et tilsagn er, at det skal fjerne det identificerede konkurrenceproblem, der ville opstå som følge af fusionen. Tilsagnet skal dermed bevare eller genskabe den konkurrence, som fusionen ellers ville hæmme. Det er fusionsparterne, der skal sandsynliggøre over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at tilsagnet vil fjerne konkurrenceproblemet.¹⁰

For at finde den rette løsning på konkurrenceproblemet bør parterne først og fremmest have afklaret årsagen til problemet. Det er således relevant for valget af tilsagnsløsning, om konkurrenceproblemet fx opstår, fordi parterne vil opnå stor markedsstyrke, fordi de er tætte konkurrenter, eller fordi de har kritisk infrastruktur. Hvis styrelsen beslutter at indlede en særskilt undersøgelse af fusionen, så fusionen går i fase II, jf. konkurrencelovens § 12 d, stk. 1¹¹, sender styrelsen en meddelelse om betænkeligheder til parterne. Meddelelsen beskriver de konkurrenceproblemer, som styrelsen umiddelbart vurderer, at fusionen vil kunne medføre. Det vil i denne forbindelse være oplagt, at parterne drøfter årsagen til konkurrenceproblemet med styrelsen, så der ikke hersker unødigt tvivl herom.

Når årsagen til konkurrenceproblemet er afklaret, skal parterne overveje de mulige tilsagnsløsninger, der kan fjerne problemet. Her er det bl.a. relevant at overveje, om problemet skal løses ved at skabe et udefrakommende konkurrencepres eller ved at begrænse de incitament, som forårsager konkurrenceproblemet.

Styrelsen sonderer overordnet mellem to typer af tilsagn; strukturelle tilsagn og adfærdsmæssige tilsagn.¹² Strukturelle tilsagn indebærer, at fusionsparterne frasælger dele af deres aktiviteter eller på anden måde fjerner strukturelle forbindelser, hvorved tilsagnet varigt ændrer på markedsstrukturen. Adfærdsmæssige tilsagn indebærer, at fusionsparterne forpligter sig til at udvise eller afstå fra en bestemt adfærd. Der henvises til kapitel 4 for en nærmere beskrivelse af de to tilsagnskategorier og eksempler på forskellige typer tilsagn.

Parterne skal ved valget af tilsagnsløsningen tage højde for alle de relevante forhold, der gælder for både den konkrete fusion og konkurrencen på det berørte marked. Det indebærer bl.a. parternes og andre aktørers position på markedet, strukturerne på markedet, de relevante konkurrenceparametre og særlige markedskarakteristika. Det kan fx have betydning for valget af tilsagnsløsning, om markedet er i hastig udvikling fx som følge af teknologisk innovation, om forbrugerne er særligt inaktive, eller om der er særlig regulering på markedet.

Ved at tage højde for alle de relevante konkrete forhold ved fusionen og markedet, sikrer parterne, at tilsagnet bliver "skræddersyet" til konkurrenceproblemet. Når styrelsen skal vurdere,

⁹ Der er ikke tiltænkt nogen indholdsmæssig forskel på, om styrelsen i denne vejledning skriver "tilsagnet" eller "tilsagnene".

¹⁰ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 14. maj 2008, *Lemvig-Müllers overtagelse af Brdr. A & O Johansen*.

¹¹ Se nærmere herom i afsnit 5.3.

¹² Dette svarer til den overordnede kategorisering af tilsagn, der også anvendes af Kommissionen og andre nationale konkurrencemyndigheder. Flere andre nationale konkurrencemyndigheder ses dog at foretage en yderligere kategorisering og opererer eksempelvis med "semistrukturelle tilsagn".

om et tilsagn fjerner et identificeret konkurrenceproblem, vil vurderingen ligeledes ske i lyset af de ovennævnte forhold.¹³

Tilsagnet skal ligge inden for rammerne af, hvad parterne faktisk har rådighed over. Det kan derfor ikke omfatte forhold, som fx vedrører tredjeparters aktiver eller lovgivning¹⁴.

3.1.2 Tilsagnet skal implementeres rettidigt og effektivt

Tilsagnet skal implementeres effektivt og hurtigst muligt, så fusionen ikke begrænser konkurrencen unødigt. Det skyldes, at tilsagnet normalt først vil få virkning, når det er blevet implementeret. Parterne skal angive tidspunktet for tilsagnets implementering direkte i tilsagnet.

Det klare udgangspunkt er, at tilsagnet skal kunne implementeres inden eller samtidig med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens godkendelse af fusionen. Styrelsen kan kun acceptere implementering efter fusionsgodkendelsen, hvis det ikke er muligt for parterne at implementere tilsagnet før eller samtidig med fusionsgodkendelsen. Det er hovedsageligt i forhold til strukturelle tilsagn om frasal, at en implementering efter fusionsgodkendelsen kan blive relevant. I sådanne tilfælde skal parterne sætte en frist for, hvornår tilsagnet vil blive implementeret, ligesom de skal skabe den nødvendige sikkerhed for, at tilsagnet faktisk vil blive implementeret inden for denne frist. Styrelsen vil ofte kræve, at fusionen ikke bliver gennemført, før tilsagnet er blevet implementeret. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 4.2.1.2.

3.1.3 Tilsagnets opfyldelse skal kunne overvåges effektivt

Der kan, afhængigt af tilsagnets karakter, være behov for overvågning af dets opfyldelse. Det kan både være relevant med overvågning under selve implementeringen af tilsagnet og med efterfølgende overvågning af tilsagnets fortsatte opfyldelse efter implementeringen. Efterfølgende overvågning skal sikre, at tilsagnets virkninger efter implementeringen ikke mindskes eller helt elimineres.

Tilsagn om frasal kræver typisk overvågning i forbindelse med implementeringen, men vil sjældent kræve efterfølgende overvågning, når først frasalget er gennemført. Omvendt er der ofte behov for efterfølgende overvågning ved adfærdsmæssige tilsagn.

Hvis der er behov for overvågning, skal tilsagnet fastsætte effektive overvågningsmekanismer. Overvågningen skal kunne foregå så let som muligt og med så få ressourcer for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som muligt. Hvis der er behov for efterfølgende overvågning, skal overvågningsmekanismen som udgangspunkt være hele tilsagnets levetid, med mindre overvågningen alene er nødvendig i en midlertidig periode.

Jo mindre effektiv en overvågningsmekanisme er, desto mindre vil parternes incitament til vedvarende at handle i overensstemmelse med tilsagnet være. Effektive overvågningsmekanismer er derfor væsentlige for at sikre tilsagnets fremadrettede effekt – og dermed også for, at styrelsen kan acceptere tilsagnet.

¹³ Jf. bl.a. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 12, og Rettens dom af 25. marts 1999 i sag T-102/96, *Gencor mod Kommissionen*, præmis 320.

¹⁴ Jf. bl.a. Kommissionens afgørelse af 4. december 1996 i M.774, *Saint-Gorban/Wacker Chemie/NOM*, præmis 262.

Når der er tale om tilsagn af kompleks eller omfattende karakter, skal parterne være særligt opmærksomme på overvågningsmekanismen. Hvis styrelsen ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan fastslå, at et tilsagn vil blive opfyldt varigt, kan styrelsen blive nødt til at afvise tilsagnet.¹⁵

3.1.4 Tilsagnet skal være proportionalt

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ved sin vurdering af tilsagn underlagt det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip. Det indebærer, at styrelsen kun kan acceptere et tilsagn, hvis det er proportionalt med det eller de konkurrenceproblemer, som styrelsen har identificeret.

Vurderingen af proportionaliteten afhænger af, hvor i behandlingen fusionen befinder sig. Hvis fusionsparterne fx ønsker at få godkendt fusionen i fase I – dvs. inden der er indledt en særskilt undersøgelse af fusionen – og de derfor tilbyder tilsagn tidligt i fase I, vil styrelsens vurdering af tilsagnets proportionalitet blive foretaget på grundlag af de foreløbige konkurrenceproblemer, som styrelsen har identificeret på dét tidspunkt.¹⁶

Proportionalitetsprincippet indebærer også, at tilsagnet skal være fusionsspecifikt. Det vil sige, at tilsagnet ikke må have til formål at løse konkurrenceproblemer, som ikke er en følge af fusionen.

3.1.5 Tilsagnet må ikke skabe nye konkurrenceproblemer

Tilsagnet vil ligesom selve fusionen resultere i ændrede strukturer eller ændret adfærd på markedet. Parterne skal sikre sig, at tilsagnet ikke derved skaber nye konkurrenceproblemer.

Dette kan være særligt relevant ved tilsagn om frasalg, hvor der enten skabes en ny markedsaktør, eller hvor frasalgsvirksomheden overtages af en eksisterende aktør på markedet. Hvis køberen er en eksisterende markedsaktør, skal det derfor undersøges, om aktøren vil få en for stor markedsstyrke, eller om markedsandelene vil blive for symmetriske, hvilket kan øge risikoen for koordinerede virkninger.¹⁷

Det er derudover en generel erfaring, at tilsagn om prislofter kan have skadelige virkninger for konkurrencen, bl.a. fordi parternes konkurrenter kan tilpasse deres priser herefter. Dette vil kunne svække priskonkurrencen og føre til højere priser, hvilket i sig selv kan skabe nye konkurrenceproblemer. Pristilsagn er derfor kun egnede i helt særlige situationer, hvilket belyses nærmere i afsnit 4.3.1.5.

3.2 Øvrige krav og principper for tilsagn

Konkurrenceloven regulerer ikke, hvordan et tilsagn skal udformes. Nedenfor gennemgås dog en række krav, principper og anbefalinger, som parterne bør tage højde for ved udformningen af deres tilsagn. Det fremgår under de enkelte overskrifter, om der er tale om forhold, som parterne skal eller bør tage stilling til.

Parterne skal sammen med tilsagnet indsende de oplysninger, der er nødvendige for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan vurdere tilsagnet. Parterne skal fx oplyse, hvad tilsagnet

¹⁵ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 14.

¹⁶ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. september 2012, *Arcus-Gruppens overtagelse af Pernod Ricard*.

¹⁷ Jf. fx Konkurrencerådets afgørelse af 26. september 2012, *Arcus-Gruppens overtagelse af Pernod Ricard*.

præcist omfatter, hvordan det fjerner det identificerede konkurrenceproblem, og hvordan det vil blive implementeret. Parterne kan i denne forbindelse tage udgangspunkt i de oplysninger og dokumenter, der fremgår af Kommissionens "RM-formular"¹⁸, med de nødvendige tilpasninger. I kapitel 4 kan parterne se, hvilke yderligere oplysninger der er relevante at indsende i forhold til de forskellige typer tilsagn.

Herudover har styrelsen oversat Kommissionens skabeloner "*Model text for divestiture commitments*" (frasalgstilsagn) og "*Model text for trustee mandate*" (trustee-fuldmagt¹⁹) til dansk²⁰. Skabelonerne er ikke udtømmende, men parterne kan med fordel tage udgangspunkt i både form og indhold, når de skal udforme tilsagn eller trustee-fuldmagt. Den nærmere udformning af tilsagnet skal tilpasses de forhold, der gælder for den konkrete fusion.

Definition af begreber

Tilsagnet skal som nævnt formuleres klart, præcist og utvetydigt. For at undgå tvivl om forståelsen af de begreber m.v., der bruges i tilsagnet, skal tilsagnet indeholde en liste med definitioner af disse.²¹

Parterne kan ligeledes overveje at indføre bestemmelser i tilsagnsdokumentet, der afklarer eventuelle risici for omgåelse og derved mindsker risikoen herfor. Se til inspiration *Trygs køb af Alka*, hvor parterne udtrykkeligt skrev i tilsagnet, at det også skulle gælde uanset eventuelle fremtidige selskabsændringer eller overdragelse til andre selskaber i Tryg-koncernen.²²

Præambel

Det kan være en god ide at indlede tilsagnet med en kort præambel, der fastslår det overordnede formål med tilsagnet og dets rækkevidde. En sådan præambel kan være et nyttigt input ved fortolkning af tilsagnet. Behovet for en præambel er typisk størst, når der er tale om en kombination af flere tilsagn eller ved komplicerede tilsagn. Et eksempel på en præambel kan ses i *Fusion mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*²³

Redegørelse for tilsagnet

Det er parternes ansvar at sandsynliggøre over for styrelsen, at det afgivne tilsagn på tilstrækkelig vis fjerner det identificerede konkurrenceproblem. Når parterne vælger at tilbyde tilsagn til styrelsen, er det derfor en god ide, hvis fusionsparterne samtidig ledsager tilsagnet med en redegørelse for, hvorfor tilsagnet løser konkurrenceproblemet.

Hvis parterne tilbyder flere tilsagn, kan det – som supplement til en redegørelse – være en god ide at lave en tabel, der opsummerer tilsagnenes sammenhæng med de identificerede konkurrenceproblemer og tilsagnenes imødekommelse heraf. En sådan tabel kan være med til at give

¹⁸ Jf. bilag IV til Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0802-20140101&from=EN>

¹⁹ Der kan ved nogle typer tilsagn være behov for en trustee (uafhængig forretningsfører) til at føre tilsyn med tilsagnets implementering, fx processen for et frasalg af en virksomhed, jf. afsnit 4.2.1.2

²⁰ Skabelonerne kan downloades på www.kfst.dk/konkurrenceforhold/vejledninger, og de opdateres løbende.

²¹ Se eksempler herpå i Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2019, *Fusion mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.* og Konkurrencerådets afgørelse af 30. maj 2018, *Global Connects køb af Nianet*.

²² Konkurrencerådets afgørelse af 5. november 2018, *Trygs køb af Alka*, punkt 1198-1199.

²³ Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2019, *Fusion mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*

et overblik for styrelsen, når den skal vurdere tilsagnene. Et eksempel på en sammenfattende tabel kan ses i *Trygs køb af Alka*.²⁴

Klausul mod generhvervelse

For at sikre den vedvarende effekt af et tilsagn om frasalg, skal tilsagnet indeholde en forpligtelse for fusionsparterne til ikke at generhverve indflydelse på eller kontrol over hele eller dele af frasalgsvirksomheden efter fusionens gennemførelse.

Varigheden af en sådan forpligtelse afhænger af den konkrete fusion. Det følger af praksis, at generhvervelsesklausuler typisk gælder for en periode på mindst 10 år fra fusionens gennemførelse.²⁵ Der ses dog også eksempler på længere varigheder på generhvervelsesklausuler, jf. fx *Arcus-Gruppens overtagelse af Pernod Ricard*, hvor tilsagnet blev gjort tidsubegrænset.²⁶

Tilsagnets ikrafttrædelse og varighed

Det skal fremgå af tilsagnet, hvordan og hvornår det vil træde i kraft og dermed få virkninger. Det klare udgangspunkt er, at tilsagnet skal træde i kraft på datoen for styrelsens afgørelse om at godkende fusionen på betingelse af det afgivne tilsagn.

Det gælder for tilsagn, der ikke omfatter frasalg, at tilsagnet som udgangspunkt skal være tidsubegrænset.²⁷ Hvis parterne ønsker at begrænse tilsagnets levetid, skal dette fremgå af tilsagnet og begrundes over for styrelsen. Parterne skal i den forbindelse være opmærksomme på, at tilsagnet skal afværge de konkurrenceskadelige virkninger ved fusionen permanent.²⁸

Tilsagnet skal underskrives af de tegningsberettigede

For at styrelsen kan acceptere et tilsagn, skal det være juridisk bindende for den eller de virksomheder, der afgiver tilsagnet. Parterne skal derfor sørge for, at det endelige tilsagn underskrives af den tegningsberettigede personkreds i de virksomheder, som tilsagnet vedrører. Alternativt skal parterne på anden måde dokumentere, at tilsagnet forpligter dem.

Parternes eventuelle offentliggørelse af tilsagnet

Fusionsparterne skal som udgangspunkt offentliggøre en meddelelse eller lignende, så relevante tredjeparter gøres bekendte med tilsagnet og kan handle i henhold til det. Offentliggørelsen sikrer, at de tilsigtede virkninger med tilsagnet kan opnås, og kan bl.a. være relevant ved tilsagn, hvor parterne giver adgang til infrastruktur m.v. eller ændrer aftalevilkår.

Tilsagnet skal tydeligt fastslå, hvordan, hvornår og til hvem en sådan offentliggørelse skal ske. Både meddelellestekst og kommunikationsmåde skal godkendes af styrelsen. Se til inspiration *Trygs køb af Alka*, hvor vilkårene for parternes offentliggørelse blev beskrevet direkte i tilsagnet.²⁹

²⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 5. november 2018, *Trygs køb af Alka*, punkt 1200 og tabel 5.1.4.

²⁵ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 43, og fx Konkurrencerådets afgørelse af 16. august 2017, *Imerco Holding A/S' erhvervelse af enekontrol over Inspiration A/S*.

²⁶ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. september 2012, *Arcus-Gruppens overtagelse af Pernod Ricard*, punkt 447.

²⁷ Jf. U2014.2663H, *Konkurrencerådet mod Nykredit A/S*, hvor Højesteret udtalte, at tilsagn der danner grundlag for myndighedernes godkendelse af en fusion, efter almindelige forvaltningsretlige regler gælder, så længe godkendelsen varer, med mindre andet er bestemt eller følger af omstændighederne.

²⁸ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 82.

²⁹ *Trygs køb af Alka*, punkt 54, 1204 og 1206.

Ikke-fortrolig version af tilsagnet

Styrelsen vil som udgangspunkt foretage en markedstest af parternes tilsagn.³⁰ Som led i markedstesten vil styrelsen sende tilsagnet til relevante tredjeparter, der skal vurdere tilsagnets virkninger på markedet efter fusionen. Det er udgangspunktet, at tredjeparterne får tilsendt tilsagnet i sin helhed.

Fusionsparterne skal dog tage stilling til, om tilsagnet indeholder oplysninger, som de anser for at være fortrolige, og som de derfor ønsker holdt fortrolige over for tredjeparterne. Hvis det er tilfældet, skal fusionsparterne sammen med det afgivne tilsagn sende en ikke-fortrolig version af tilsagnet til styrelsen. Parterne skal samtidig begrunde ønskerne til fortrolighed over for styrelsen, som herefter vil vurdere, om den er enig i omfanget af fortrolige oplysninger. Den ikke-fortrolige version af tilsagnet vil herefter blive sendt til de tredjeparter, der skal teste tilsagnet.

Det er essentielt, at kun de nødvendige oplysninger fortroligholdes over for tredjeparterne. Hvis der fortroligholdes oplysninger i en sådan grad, at det sætter tredjeparterne ude af stand til at forstå og vurdere tilsagnet, vil det ikke være muligt at foretage en markedstest. Fusionsparterne kan i så fald risikere at havne i en situation, hvor det ikke er muligt for styrelsen at få afklaret eventuel tvivl om det foreslåede tilsagn, og styrelsen dermed ikke med den fornødne sikkerhed kan afgøre, om tilsagnet løser konkurrenceproblemet. I det tilfælde kan styrelsen blive nødt til at afvise tilsagnet. Styrelsen understreger derfor vigtigheden af, at fusionsparterne nøje overvejer, hvilke oplysninger der er fortrolige.

Efterfølgende ændringer af tilsagn

Hvis forholdene på markedet ændrer sig efter fusionens gennemførelse, kan det påvirke tilsagnets fortsatte betydning. Det kan fx være, at tilsagnet har mistet sin betydning, og det derfor ikke længere er nødvendigt at fastholde (dele af) det af hensyn til konkurrencen. I så fald kan der muligvis være grundlag for en ændring eller ophævelse af tilsagnet til gunst for fusionsparterne.

Parternes adgang til at få ændret eller ophævet tilsagn i en fusionsafgørelse afhænger af de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om genoptagelse af afgørelsessager. Parterne kan herefter anmode om at få afgørelsen og deres tilsagn genoptaget, hvis der er nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning for sagen, at afgørelsen med en vis sandsynlighed ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget på afgørelsestidspunktet. Det er derfor ikke nødvendigt, at tilsagnet indeholder en generel revisionsklausul.

Der kan dog foreligge særlige omstændigheder ved en fusion, som kan begrunde en konkret revisionsklausul i tilsagnet. Det kan være tilfældet, hvis det på tidspunktet for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens godkendelse af fusionen er klart, at der vil indtræde specifikke begivenheder efter fusionen, som vil kunne påvirke betydningen af tilsagnet væsentligt. Det kan fx være ny lovgivning eller et forestående udbud, som vil kunne ændre væsentligt på markedstrukturen. En konkret revisionsklausul vil i så fald give parterne mulighed for at anmode styrelsen om genoptagelse af tilsagnet, hvis de angivne begivenheder indtræder. Et eksempel på en fusion, hvor der fandtes at være behov for en konkret revisionsklausul, kan ses i *Fusion mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*³¹

³⁰ Se mere om formålet med en markedstest og processen herfor i afsnit 5.4.

³¹ Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2019, *Fusion mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*, punkt 1386-1390.

Kapitel 4

Typer af tilsagn

4.1 Erfaringer med strukturelle og adfærdsmæssige tilsagn

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inddeler overordnet tilsagn i to hovedkategorier; *strukturelle* tilsagn og *adfærdsmæssige* tilsagn.

Strukturelle tilsagn medfører en varig ændring af strukturerne på markedet og indeholder derfor ofte konstaterbare og umiddelbare ændringer. Strukturelle tilsagn vil som udgangspunkt medføre en permanent løsning på konkurrenceproblemet.

Adfærdsmæssige tilsagn vedrører parternes fremtidige handlinger. De er kendetegnet ved, at fusionsparterne forpligter sig til at udvise eller afstå fra en bestemt fremtidig adfærd på et eller flere markeder.

Sondringen mellem de to hovedkategorier er ikke altid helt skarp. Nogle typer af adfærdsmæssige tilsagn har strukturelle karakteristika, og de betegnes derfor ofte som "semistrukturelle" tilsagn.³² Spørgsmålet om denne kategorisering har dog ikke betydning i sig selv, idet det afgørende er, om det konkrete tilsagn på effektiv vis fjerner de konkrete identificerede konkurrenceproblemer og i øvrigt opfylder de grundlæggende krav, der er gennemgået i kapitel 3.

Nedenfor i afsnit 4.2-4.3 gennemgås en række forskellige typer af strukturelle og adfærdsmæssige tilsagn. Det vil blive beskrevet, hvis der gælder særlige krav for de enkelte typer af tilsagn.

Styrelsens analyse af tidligere tilsagn

Styrelsen fik i 2018 udarbejdet en analyse af tilsagn i en række tidligere fusionssager af konsulenthuset Incentive.³³ Analysen belyser, om tilsagnene effektivt har adresseret de betænkeligheder, som de var rettet mod. Formålet med analysen var at give styrelsen mere viden om, hvilke typer af tilsagn der mest effektivt kan fjerne konkurrenceproblemer.

Analysen konkluderer overordnet, at de strukturelle tilsagn i størstedelen af sagerne har været effektive til at sikre konkurrencen, mens de adfærdsmæssige tilsagn i de udvalgte sager oftest ikke har været effektive. Dette er på linje med konklusionerne i lignende udenlandske studier³⁴ samt Kommissionens studie af tilsagn i fusionssager³⁵. Analysen konkluderer, at den begrænsede effekt af adfærdsmæssige tilsagn skyldes, at de kan være uklare, at de bliver omgået, at de ikke efterspørges af markedet, eller at markedsudviklingen gør dem irrelevante.

³² Jf. bl.a. Competition Bureau Canada, Bulletin, Merger Remedies Study, 2011.

³³ "Ex post-analyse af tilsagn i fusionssager" kan downloades på www.kfst.dk/konkurrenceforhold/analyser

³⁴ Fx Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control, 2017, og CMA Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (UK), 2018.

³⁵ Merger Remedies Study, DG COMP, European Commission, October 2005.

Analysen konkluderer videre, at det kræver et betydeligt markedskendskab at udforme tilsagn, der fungerer efter hensigten. Det gælder bl.a. ved tilsagn om frasalg, hvor parterne skal sammensætte en tilstrækkelig attraktiv "frasalgspakke" og identificere en egnet køber. Analysen understreger, at det er afgørende for frasalgstilsagn, at frasalgsvirksomheden vil være levedygtig, og at der findes den rette køber til den. Disse erfaringer vil blive uddybet nærmere i afsnit 4.2.1.

Herudover fremhæver analysen bl.a. vigtigheden af en præcis udformning af tilsagn, idet upræcise formuleringer kan svække effektiviteten af et tilsagn, bl.a. ved at øge risikoen for omgåelse af det. Analysen fastslår videre, at tidsbegrænsede adfærdsmæssige tilsagn kan skabe usikkerhed for de øvrige aktører på markedet, når tilsagnets udløb nærmer sig, og der ikke er klarhed om, hvilken adfærd der eventuelt skal erstatte tilsagnet. Det kan fx være tilfældet ved tilsagn, hvor parterne giver adgang til deres infrastruktur i en vis periode, og hvor det er uvist, om parterne fortsat vil give adgang efter periodens udløb.

Styrelsen har fokus på de ovennævnte forhold, når den vurderer tilsagn fra parterne. Styrelsen anbefaler derfor parterne at udforme tilsagn, der tager højde for dem.

Konkurrenceproblemer løses normalt bedst med strukturelle tilsagn

Spørgsmålet om, hvilken type tilsagn der er bedst egnet til at løse et konkurrenceproblem, skal vurderes fra sag til sag. Det er dog styrelsens erfaring, at tilsagn om frasalg og andre strukturelle tilsagn normalt har vist sig mere egnede til at løse konkurrenceproblemer end adfærdsmæssige tilsagn – særligt i fusioner, hvor parterne har horisontale overlap.³⁶ Det skyldes flere forhold, som bl.a. baserer sig på den ovennævnte analyse samt styrelsens generelle erfaringer fra fusionsager:

Strukturelle tilsagn indebærer som udgangspunkt en varig ændring af strukturerne på markedet. De vil derfor typisk kunne fjerne de identificerede konkurrenceproblemer permanent og dermed sikre en vedvarende konkurrencemæssig effekt – enten i sig selv eller i kombination med adfærdsmæssige tilsagn.

Derudover er det typisk nemmere at vurdere både indhold og omfang af strukturelle tilsagn, ligesom de forventede virkninger også kan forudsiges med en højere grad af sikkerhed end ved adfærdsmæssige tilsagn. Det gælder især for frasalgstilsagn. Desuden kan strukturelle tilsagn ofte opfyldes hurtigt, ligesom de normalt ikke nødvendiggør et længerevarende behov for efterfølgende overvågning.

Ved adfærdsmæssige tilsagn er der derimod ofte usikkerheder forbundet med at forudsige virkningerne af dem. Man kan derfor risikere, at de får utilsigtede virkninger for den fusionerede enheds adfærd ved fx at forhindre den fusionerede enhed i at reagere effektivt på ændrede markedsforhold eller ved at begrænse dens muligheder for en konkurrencefremmende adfærd. Da adfærdsmæssige tilsagn har til formål at forpligte parterne til en bestemt adfærd, som de ikke ellers ville have incitament til at forfølge, kan denne type tilsagn også medføre højere risiko for omgåelse.

Strukturelle tilsagn har derfor oftest vist sig både mere effektive og mindre ressourcekrævende at overvåge end adfærdsmæssige tilsagn. Parterne bør derfor først overveje, om det er muligt

³⁶ Denne erfaring deles af både Kommissionen og andre konkurrencemyndigheder, jf. bl.a. Merger Remedies Study, DG COMP, European Commission, October 2005, Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control, 2017 og CMA Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (UK), 2018.

at løse et givent konkurrenceproblem med strukturelle tilsagn – særligt hvis der er tale om en fusion med horisontale konkurrenceproblemer. Hvis det ikke er muligt at finde egnede strukturelle tilsagn, kan parterne overveje, om der i stedet kan findes adfærdsmæssige tilsagn, som er egnede til at løse konkurrenceproblemet. Adfærdsmæssige tilsagn egner sig erfaringsmæssigt normalt bedre til at fjerne vertikale konkurrenceproblemer end til at fjerne konkurrenceproblemer, der beror på fusionsparternes horisontale overlap.³⁷

I praksis ses det ofte, at fusionsparter kombinerer flere tilsagn. Et strukturelt tilsagn, der ikke er tilstrækkeligt i sig selv, kan eksempelvis understøttes med et eller flere adfærdsmæssige tilsagn, der bevirker, at tilsagnene tilsammen fjerner konkurrenceproblemet.

Styrelsen anbefaler, at centrale medarbejdere fra fusionsparternes virksomheder spiller en aktiv rolle ved tilsagnsovervejelserne

Fusionsparter bruger ofte rådgivere til at varetage deres interesser og pligter over for styrelsen, herunder udformning af eventuelle tilsagn.

Styrelsen anbefaler i den forbindelse, at centrale medarbejdere fra fusionsparternes virksomheder spiller en aktiv rolle ved overvejelserne om mulige tilsagnsløsninger i samspil med rådgiverne. Det er en fordel, at de centrale medarbejdere tager del i udtænkningen af tilsagn så meget som muligt, fordi det er dem, der kender deres virksomheder og branchen bedst. Det er således parterne, der har det indgående kendskab til deres egen virksomhed, drift, tekniske systemer, infrastrukturer, kontraktforhold m.v., ligesom det er dem, der opererer på markederne og derfor kender de specifikke markedsforhold. Parterne besidder derfor væsentlig viden og vigtige forudsætninger for at vurdere, hvordan et konkurrenceproblem kan fjernes.

Erfaringerne fra tidligere fusionssager viser, at en tidlig inddragelse af de rette medarbejdere fra fusionsparternes virksomheder medvirker til at sikre succesfulde tilsagn og en hurtigere proces. Styrelsen understreger derfor vigtigheden af, at medarbejderne inddrages så meget og så tidligt som muligt i tilsagnsprocessen.

4.2 Strukturelle tilsagn

Strukturelle tilsagn medfører som nævnt en varig ændring af strukturerne på markedet og indeholder derfor ofte konstaterbare og umiddelbare ændringer. Nedenfor gennemgås eksempler på de mest anvendte typer af strukturelle tilsagn, og det beskrives hvilke forhold og eventuelle krav, parterne skal være opmærksomme på.

4.2.1 Frasalg

Hvis en fusion indebærer konkurrenceproblemer som følge af tab af konkurrence mellem fusionsparterne, kan et tilsagn om frasalg af dele af parternes aktiviteter bidrage til at sikre, at konkurrencen på markedet opretholdes. Et frasalgstilsagn kan enten vedrøre frasalg af en eksisterende virksomhed, frasalg af aktiviteter, der udskilles fra en af fusionsparterne, eller frasalg af bestemte aktiver (herefter samlet betegnet "frasalgsvirksomheden").³⁸ Et frasalg kan reducere fusionsparternes markedsandele og bruges til at skabe en ny eller styrke en eksisterende konkurrent på markedet, hvilket derved kan løse konkurrenceproblemet.

³⁷ Se i den retning også Autorité de la concurrence, Les Essentiels, Behavioural Remedies, 2020.

³⁸ Herudover kan frasalg af en brugsret i visse tilfælde have virkninger som et frasalg. Dette var tilfældet i M.3280, *Air France/KLM*, hvor et tilsagn om at frigive forskellige ankomst- og afgangstidspunkter fandtes at have virkning som et frasalg, da parterne forpligtede sig til at opgave brugen af disse ankomst- og afgangstidspunkter på ubestemt tid. Fusionen beskrives nærmere nedenfor i afsnit 4.3.1.1.

Frasalgstilsagnet kan både vedrøre købers aktiviteter eller den overtagne virksomheds ("target-virksomhedens") aktiviteter. Tilsagnet kan omfatte en frasalgsvirksomhed, der er aktiv på samme marked som fusionsparterne, eller en frasalgsvirksomhed, der er aktiv på et marked, som er vertikalt forbundet hermed.

Frasalgsvirksomheden kan udgøre en eksisterende virksomhed (se afsnit 4.2.1.1.1), men styrelsen kan også acceptere frasalg af udskilte aktiviteter fra en af parternes virksomheder (se afsnit 4.2.1.1.2) eller individuelle aktiver (såsom varemærker) (se afsnit 4.2.1.1.3), hvis de vurderes at være egnede. For alle tre variationer gælder dog, at frasalgsvirksomheden normalvis skal:

- (i) udgøre en **rentabel virksomhed** som kan fungere selvstændigt,
- (ii) være **konkurrencedygtig** på et varigt grundlag, og
- (iii) overføres til en **egnet køber**, som er uafhængig af parterne og har incitament og kompetencer til at videreføre frasalgsvirksomheden.³⁹

Disse overordnede kriterier indeholder hver især flere elementer, som skal opfyldes, og som uddybes nærmere i afsnit 4.2.1.1-4.2.1.2.

Ved tilsagn om frasalg kan der være flere risici for, at frasalget ikke effektivt kan løse de identificerede konkurrenceproblemer. Parterne kan derfor ved udformningen af deres tilsagn forsøge at tage hensyn til den usikkerhed, som er forbundet med overdragelse af frasalgsvirksomheden til en ny ejer.⁴⁰

Den type risici, som parterne bør tage højde for, kan fx være:

- *Sammensætningsrisiko*, som omhandler risikoen for, at frasalgspakken ikke indeholder væsentlige elementer som sikrer, at den er levedygtig og konkurrencedygtig.
- *Køberrisiko*, som omhandler risikoen for, at der ikke kan findes en egnet køber til frasalgspakken, eller at der vælges en køber, som ikke er egnet til at drive en konkurrencedygtig virksomhed videre.
- *Aktivrisiko*, som omhandler risikoen for, at frasalgsvirksomheden falder i værdi, inden den frasælges, fx pga. medarbejder- eller kundefrafald eller produktionsproblemer.⁴¹

Parterne kan med fordel søge at mindske disse risici mest muligt ved udformningen af deres tilsagn, da styrelsen vil have fokus på dem ved sin vurdering af tilsagnet.

4.2.1.1 Frasalg af en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed (kriterie I og II)

Frasalgsvirksomheden skal udgøre en *rentabel virksomhed*, som kan *konkurrere effektivt* med den fusionerede enhed *på et varigt grundlag*. Det er vigtigt, at frasalgsvirksomheden er levedygtig, således at den kan lægge et varigt konkurrencepres på den fusionerede enhed. Frasalgsvirksomheden skal derudover frasælges som en *going concern*⁴², dvs. en virksomhed som fortsat vil operere i markedet.⁴³

³⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 23 og 48.

⁴⁰ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 24.

⁴¹ Jf. CMA Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (UK), 2018.

⁴² Der kan dog under visse omstændigheder også blive tale om udskillelse af aktiviteter fra en af parternes virksomheder eller individuelle aktiver.

⁴³ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 23.

En rentabel virksomhed er normalt en enhed, som kan fungere selvstændigt efter overgangsperioden og ikke er afhængig af forbindelser til fusionsparterne,⁴⁴ fx i relation til input såsom råvarer og materialer.

Det er parternes ansvar at godtgøre, at frasalgsvirksomheden vil være rentabel og konkurrencedygtig. Dette er lettere at godtgøre, hvis frasalgsvirksomheden udgør en eksisterende virksomhed, da det dermed er muligt at undersøge, om virksomheden allerede er rentabel og konkurrencedygtig (fordi den netop agerer selvstændigt i markedet). Dette vil omvendt være sværere at godtgøre for udskilte aktiviteter og aktiver, da de ikke tidligere har eksisteret selvstændigt. Styrelsen vil dog kunne acceptere frasalg af udskilte aktiviteter eller aktiver, hvis parterne skaber den fornødne sikkerhed for, at de udgør en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed.

Parterne skal i overgangsperioden videreføre frasalgsvirksomheden og skal sikre en overgang til køberen, som gør, at frasalgsvirksomheden kan fortsætte som en going concern. Det er derfor vigtigt, at parterne opretholder og sikrer frasalgsvirksomhedens levedygtighed, salgbarhed og konkurrencedygtighed, indtil frasalgsvirksomheden overdrages til en egnet køber.

For at sikre frasalgsvirksomhedens rentabilitet og konkurrencedygtighed er det bl.a. vigtigt, at den har tilstrækkelig kapacitet til at kunne udgøre en konkurrent, som vil lægge et reelt konkurrencepres på markedets aktører, herunder på den fusionerede enhed. Hvis kapaciteten er for lille, kan dette både mindske chancen for at finde en egnet køber og påvirke frasalgsvirksomhedens levedygtighed negativt.

Hvis frasalgsvirksomheden skal sælges til en ny aktør på det givne marked, er det vigtigt, at det er muligt for køberen at etablere sig.⁴⁵ Det kan derfor være nødvendigt i en periode at understøtte frasalget med et eller flere adfærdsmæssige tilsagn, som sikrer aktøren fodfæste på markedet (se mere herom i afsnit 4.2.1.3). Det er dog essentielt, at aktøren på sigt kan konkurrere på normale markedsvilkår, uden at være afhængig af parterne eller adfærdsmæssige tilsagn, da dette vil få konsekvenser for, om tilsagnet virker effektivt på sigt.

Hvis tilsagnet vedrører mere end én frasalgsvirksomhed, kan disse i visse tilfælde overføres til mere end én køber. I så fald skal de ovennævnte krav opfyldes for hver frasalgsvirksomhed.

Omfanget af frasalgsvirksomheden

For at frasalgsvirksomheden kan udgøre en rentabel virksomhed, er det vigtigt, at tilsagnet omfatter alle de relevante elementer, som er nødvendige for, at frasalgsvirksomheden samlet set vil være rentabel.⁴⁶ Omfanget skal være nøje defineret i tilsagnet til styrelsen. Beskrivelsen i tilsagnet skal opliste alle de elementer, som er del af frasalgsvirksomheden,⁴⁷ herunder fx:

- **Materielle aktiver** såsom produktions- og distributionsfaciliteter.
- **Immaterielle aktiver** såsom patenter, licenser, varemærker, logoer, forretningskendetegn, vareudstyr, teknologi, produktdesign samt knowhow og goodwill.
- **Licenser, tilladelser og godkendelser** fra statslige instanser, som er nødvendige for at sikre, at virksomheden fortsat kan operere på markedet.

⁴⁴ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 32.

⁴⁵ Jf. bl.a. styrelsens erfaringer som gengivet i Incentive: Ex post analyse af tilsagn i fusionssager (2018), se yderligere i afsnit 4.1.

⁴⁶ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 25.

⁴⁷ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 27.

- **Kontrakter, lejemål og forpligtelser** tilhørende frasalgsvirksomheden (fx kontrakter med relevante kunder og leverandører).
- **Kundekartoteker.**
- **Tilgodehavender og varelagre** osv.
- **Medarbejdere**, som er omfattet af frasalget, skal overordnet beskrives, herunder særligt relevante nøglemedarbejdere.⁴⁸

Herudover skal parterne beskrive eventuelle aftaler om leverancer og tjenesteydelser mellem parterne og frasalgsvirksomheden, som kan være nødvendige at opretholde i en overgangsperiode for at sikre, at frasalgsvirksomheden er rentabel og konkurrencedygtig fra start.⁴⁹

Frasalgsvirksomheden skal samlet set være attraktiv for en potentiel køber – både ud fra et produktionsperspektiv og et strategisk perspektiv. Det er derfor vigtigt, at parterne tager højde for de konkrete markedsforhold, når de sammensætter frasalgspakken.⁵⁰ Dette er essentielt for at kunne tiltrække en kvalificeret køber, som kan drive frasalgsvirksomheden videre og konkurrere effektivt med den fusionerede enhed. Det kan i den forbindelse også være relevant at inkludere elementer i frasalgspakken, som ikke nødvendigvis vedrører de markeder, hvorpå der er påvist konkurrenceproblemer, men som er nødvendige for, at en effektiv konkurrent kan etableres,⁵¹ eller som øger sandsynligheden for, at frasalget gennemføres.

Dette var tilfældet i M.7435, *Merck/Sigma-Aldrich*,⁵² hvor det var essentielt for udformningen af frasalgstilsagnet, at de aktiviteter, som skulle frasælges, indeholdt en bred portefølje af produkter, og ikke blot produkter på markeder, hvor der var identificeret konkurrenceproblemer. Dette var essentielt for at sikre frasalgsvirksomhedens levedygtighed og for at gøre det muligt for en køber at etablere sig på markedet og være konkurrencedygtig.

Et andet eksempel er Bundeskartellamts afgørelse i *Edeka/Tengelmann*⁵³, hvor det i et tilsagn om frasalg af ca. 400 supermarkeder var nødvendigt at inkludere en række butikker, som lå uden for det geografiske marked, hvor der var identificeret konkurrenceproblemer. Dette var nødvendigt for at skabe en passende frasalgs pakke til den potentielle køber.

4.2.1.1.1 Frasalg af eksisterende selvstændig virksomhed

Fusionsparterne kan afgive tilsagn om frasalg af en eksisterende selvstændig virksomhed, som enten kan være en allerede eksisterende virksomhed med selvstændig juridisk status eller en division, der ikke tidligere havde selvstændig juridisk status.⁵⁴

Frasalg af en eksisterende virksomhed har den fordel, at virksomheden allerede har vist sig at være konkurrencedygtig i markedet og kan fungere selvstændigt, hvorfor den normalt vil være bedre egnet som frasalgsvirksomhed sammenlignet med udskilte aktiviteter og aktiver. Dette skyldes blandt andet, at en eksisterende virksomhed oftest består af de relevante elementer og

⁴⁸ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 27.

⁴⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 28.

⁵⁰ Jf. bl.a. styrelsens erfaringer som gengivet i Incentive: Ex post analyse af tilsagn i fusionssager (2018), se nærmere i afsnit 4.1.

⁵¹ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 23.

⁵² Kommissionens afgørelse af 15. juni 2015 i M.7435, *Merck/Sigma-Aldrich*.

⁵³ Jf. Bundeskartellamt, decision of 30.6.2008, B2-333/07 – *Edeka/Tengelmann*, og Bundeskartellamt: Guidance on Remedies in Merger Control, May 2017.

⁵⁴ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 33.

ressourcer, som er nødvendige for, at virksomheden effektivt kan producere og distribuere produkter og tjenesteydelser.⁵⁵ Der er derfor mindre risiko for, at tilsagnet sammensættes forkert, eller at tilsagnet ikke omfatter de tilstrækkelige elementer til, at frasalgsvirksomheden kan udgøre en levedygtig virksomhed. Derved er der større sandsynlighed for, at en egnet køber vil være i stand til at videreføre virksomheden og lægge et konkurrencepres på den fusionerede enhed umiddelbart efter overdragelsen. Sammenlignet med frasalg af udskilte aktiviteter og aktiver indebærer frasalg af en eksisterende virksomhed dermed mindre usikkerhed om virksomhedens konkurrencedygtighed og rentabilitet.

Et eksempel på et frasalg af en eksisterende virksomhed er *GlobalConnects køb af Nianet*.⁵⁶ I denne sag havde fusionsparterne horisontalt overlappende aktiviteter på bl.a. markedet for housing-tjenester i Aarhus-området. Fusionen ville medføre en samlet markedsandel for den fusionerede enhed på 60-80 pct., og Konkurrencerådet vurderede, at fusionen ville hæmme den effektive konkurrence på dette marked betydeligt på grund af risiko for ensidige virkninger. For at eliminere disse konkurrenceproblemer afgav GlobalConnect tilsagn om at frasælge Nianets to datacentre i Aarhus-området, som skulle afhændes som en going concern. Frasalget ville medføre, at hele det horisontale overlap mellem parternes aktiviteter på markedet for housing-tjenester i Aarhus-området ville blive fjernet, og at konkurrencen på dette marked derfor ikke ville blive påvirket af fusionen.

Et andet eksempel er *Vilomix Holding A/S' erhvervelse af enekontrol over A/S Hatting-KS*⁵⁷, hvor der blev afgivet tilsagn om frasalg af A/S Hatting-KS' datterselskab Hatting-Vet. Hatting-Vet var aktiv inden for detailsalg af veterinærmedicin. Virksomheden skulle frasælges til en køber, som ikke i forvejen var aktiv på det pågældende marked, hvorved der skulle skabes en ny konkurrent. Tilsagnet ville derfor ikke medføre ændringer i markedsandele m.v., og konkurrencen ville blive opretholdt.

4.2.1.1.2 Frasalg af udskilte aktiviteter ("carve-outs")

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan acceptere tilsagn om frasalg af udskilte aktiviteter ("carve-outs"), når parterne kan godtgøre, at de udskilte aktiviteter udgør en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed, der er i stand til at fungere selvstændigt.⁵⁸ Det er desuden vigtigt, at køberen af de udskilte aktiviteter ikke er afhængig af fusionsparterne for at kunne konkurrere effektivt.

Det er derudover et krav, at parterne med den fornødne grad af sikkerhed kan betrygge styrelsen i, at de udskilte aktiviteter vil være konkurrencedygtige på et varigt grundlag. De udskilte aktiviteter har ikke tidligere udgjort en selvstændig, rentabel og konkurrencedygtig virksomhed, som det er tilfældet med en eksisterende virksomhed, og der er derfor en øget risiko for, at tilsagnet ikke er effektivt til at imødekomme de identificerede konkurrenceproblemer. Derfor skal parterne være særligt opmærksomme på, at de udskilte aktiviteter indeholder alle de nødvendige og relevante elementer. Parterne skal kunne godtgøre over for styrelsen, dels at omfanget af de udskilte aktiviteter er tilstrækkeligt til, at en køber kan agere effektivt og konkur-

⁵⁵ Jf. ICN Merger Working Group: Merger Remedies Guide, 2016.

⁵⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 30. maj 2018, *GlobalConnects køb af Nianet*.

⁵⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 23. oktober 2013, *Vilomix Holding A/S' erhvervelse af enekontrol over A/S Hatting-KS*.

⁵⁸ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 36.

rencedygtigt på markedet, og dels hvordan køberen kan inkorporere aktiviteterne i sin forretning. Parterne skal tillige begrunde over for styrelsen, hvis der er relevante aktiviteter, som er udeladt af tilsagnet, og godtgøre, hvordan køberen har mulighed for at agere uden disse.⁵⁹ Dette kan fx være tilfældet, hvis en potentiel køber allerede er i besiddelse af tilsvarende aktiviteter eller er i stand til at erhverve dem uden vanskeligheder.

Styrelsen vil ofte gennemføre en markedstest for at sikre, at de udskilte aktiviteter udgør en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed. Styrelsens markedstest kan være med til at af-dække, om potentielle købere ser de frasolgte aktiviteter som attraktive.⁶⁰

I M.7555, *Staples/Office Depot*⁶¹ var parterne aktive som leverandører af kontorartikler til både private kunder og virksomheder. Parterne afgav bl.a. tilsagn om at frasælge Office Depots aktiviteter i forhold til distributionsaftaler i EØS og Schweiz vedrørende salg af kontorartikler. Disse aktiviteter skulle udskilles fra den øvrige forretning, hvilket indebærer en række implementeringsrisici. For at imødekomme disse risici samt sikre, at tilsagnene ville virke effektivt, specificerede fusionsparterne i deres tilsagn bl.a. følgende: (i) krav om up-front køber, (ii) mulighed for at indgå aftaler med Staples i overgangsperioden, som bl.a. vedrørte adgang til services i forhold til indkøb, supply chain services samt it- og markedsføringsupport, og (iii) købers ret til at kræve, at frasalgsvirksomheden skulle omfatte specifikt personale fra Office Depot eller passende erstatninger hertil, som var nødvendige for at sikre de udskilte aktiviteters rentabilitet og konkurrencedygtighed.

4.2.1.1.3 Frasalg af aktiver (især varemærker og licenser)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan i visse tilfælde acceptere tilsagn om frasalg af aktiver såsom varemærker, hvis aktiverne kan anses for at udgøre en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed.⁶² Frasalg af aktiver er forbundet med flere usikkerhedsmomenter sammenlignet med frasalg af en selvstændig virksomhed, og fusionsparterne skal derfor have fokus på at sandsynliggøre, at frasalget af de pågældende aktiver er tilstrækkeligt til at imødekomme de identificerede konkurrenceproblemer.

Det er generelt en fordel, at de frasolgte aktiver hidrører fra den ene *eller* den anden fusionspart i stedet for en kombination af aktiver fra begge parter (såkaldt "*mix-and-match*"-løsning). Det skyldes, at en kombination af aktiver fra begge parter indebærer stor usikkerhed, om hvorvidt disse samlet kan udgøre en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed. Der er således begrænset sikkerhed for, at parternes respektive aktiver kan integreres i en virksomhed, som vil være funktionsdygtig samlet set.⁶³

Frasalg af fx varemærke kan under nogle omstændigheder udgøre et effektivt frasalgstilsagn. Det kan være tilfældet, når der er tale om så stærkt et brand, at det kan stå alene fra eventuelt øvrige produkter, som fusionsparterne råder over. Herudover er det centralt, at varemærket er

⁵⁹ Jf. ICN Merger Working Group: Merger Remedies Guide, 2016.

⁶⁰ Læs mere om markedstest i afsnit 5.4.

⁶¹ Kommissionens afgørelse af 10. februar 2016 i M.7555, *Staples/Office Depot*.

⁶² Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 37.

⁶³ Jf. Bundeskartellamt: Guidance on Remedies in Merger Control, May 2017.

i stand til at skabe eller opretholde et stærkt konkurrencepres på den fusionerede enheds øvrige produkter på det/de markeder, hvor der er identificeret konkurrenceproblemer.⁶⁴

Det er i den forbindelse endvidere nødvendigt at sikre, at det er muligt for køberen at producere de produkter eller tjenesteydelser, som varemærket vedrører. Dette kan parterne tage højde for ved at sikre, at alle nødvendige aktiver omfattes i frasalgs pakken, og at køber er egnet. Parterne kan også afsøge mulighederne for at finde en køber, som allerede har de fornødne produktions- og distributionsfaciliteter m.v. til at producere de relevante produkter. Dette er særligt relevant i situationer, hvor frasalget kun vedrører visse aktiver, og der ikke er tale om frasalget af en eksisterende selvstændig virksomhed.

I Arcus-Gruppen Holding A/S' overtagelse af Pernod Ricard Denmark A/S⁶⁵ ville fusionen medføre en yderligere koncentration på allerede koncentrerede markeder. Arcus-Gruppen Holding A/S afgav derfor tilsagn om at frasælge akvavitmærket Brøndums, som inden fusionen var ejet af Pernod Ricard Denmark A/S. Rettigheden til akvavitmærket skulle uigenkaldeligt overføres eksklusivt og endeligt til en egnet køber. Overdragelse af mærket bestod bl.a. af samtlige registrerede og uregistrerede immaterielle ejendomsrettigheder, opskrifter og knowhow til brug for fremstilling af produkterne og et eventuelt varelager. Markedstesten af tilsagnet bekræftede, at akvavitmærket Brøndums ville være rentabel som et selvstændigt mærke. Det blev vurderet, at tilsagnet var tilstrækkeligt til at fjerne de konkurrencebegrænsende virkninger af fusionen ved at opretholde konkurrencesituationen på det danske akvavitmarked, ligesom det reducerede koncentrationsniveauet på to af de væsentligste markeder identificeret i fusionsbehandlingen. Incentive-analysen viser, at frasalget har været effektivt i forhold til at sikre en stærk konkurrence.⁶⁶

I M.5086, BAT/Skandinavisk Tobakskompagni⁶⁷, fandt Kommissionen, at et tilsagn om at frasælge otte tobaksmærker ville være effektivt til at løse de identificerede konkurrenceproblemer. Tilsagnet omfattede alle materielle og immaterielle aktiver, herunder immaterielle rettigheder, som knyttede sig til den daværende drift af de pågældende mærker og som var nødvendige for, at de frasolgte aktiver ville være rentable og konkurrencedygtige. Frasalget af nogle af de otte brands blev endvidere understøttet af, at køberen fik mulighed for at få support til fremstilling, markedsføring og salg af produkterne af BAT i en overgangsperiode efter fusionens gennemførelse, som derved kunne sikre, at køber kunne videreføre de frasolgte mærker.

Det kan i særlige tilfælde være en mulighed, at parterne alene giver licens til en underliggende teknologi eller rettighed, som en immateriel rettighed vedrører, frem for at frasælge disse underliggende teknologier eller rettigheder.⁶⁸ Der er dog ofte flere usikkerhedsmomenter forbundet med licenser, bl.a. i forhold til, om licenstageren har en fortsat forbindelse til parterne, og et egentligt frasalget af teknologierne eller rettighederne vil derfor typisk være mere egnet end licens hertil. Hvis det findes egnet med licens frem for frasalget af teknologierne eller rettighederne, er det bl.a. væsentligt, at licenstageren sættes i stand til at konkurrere effektivt med parterne på samme måde, som hvis parterne havde frasalget disse aktiver. Herudover vil licensen

⁶⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 26. september 2012, *Arcus-Gruppen Holding AS' overtagelse af Pernod Ricard Denmark A/S*.

⁶⁵ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 26. september 2012, *Arcus-Gruppen Holding AS' overtagelse af Pernod Ricard Denmark A/S*.

⁶⁶ Jf. Incentive: Ex post analyse af tilsagn i fusionssager (2018), se yderligere under afsnit 4.1.

⁶⁷ Jf. Kommissionens afgørelse af 27. juni 2008 i M.5086, *BAT/Skandinavisk Tobakskompagni*.

⁶⁸ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 38.

normalt skulle være eksklusiv og uden begrænsninger i forhold til anvendelsesformål og geografisk rækkevidde.⁶⁹

Som alternativ til frasalg af et varemærke, kan tilsagn om tidsbegrænsede varemærkelicenser helt ekstraordinært accepteres, hvor licenstagere dermed får mulighed for at etablere sit eget varemærke for produktet og rebrande det inden for den givne periode.⁷⁰

4.2.1.1.4 Alternative frasalgstilsagn og kronjuveler

I nogle tilfælde kan der være usikkerhed om den frasalgsvirksomhed, som parterne tilbyder at frasælge. Der kan fx være usikkerhed omkring overførslen af centrale kontrakter eller immaterielle rettigheder eller usikkerhed om, hvorvidt frasalgsvirksomheden vil kunne overføres til en egnet køber i tide. Det kan i sådanne tilfælde være nødvendigt, at parterne tilbyder at frasælge en alternativ frasalgsvirksomhed, hvis den "primære" frasalgsvirksomhed ikke kan frasælges.⁷¹ Et sådant alternativt frasalgstilsagn vil normalt skulle være en "kronjuvel", dvs. en frasalgsvirksomhed, som er mindst ligeså attraktiv som den primære frasalgsvirksomhed og opfylder kravene om at være rentabel og konkurrencedygtig. Det primære og alternative frasalgstilsagn skal afgives samtidigt.

Et alternativt frasalgstilsagn kan bestå af en anden frasalgsvirksomhed, end det primære frasalgstilsagn består af. Det kan også bestå i en udvidelse af den primære frasalgsvirksomhed, dvs. yderligere aktiviteter eller aktiver. Der skal med det alternative frasalgstilsagn være stor sikkerhed for frasalgets gennemførelse samt være sikkerhed for, at frasalget kan gennemføres hurtigt.⁷² Dette giver styrelsen en sikkerhed for, at tilsagnet vil være effektivt og vil lykkes med at opretholde den effektive konkurrence på markedet. Det skaber samtidig et incitament for parterne til at søge at få den primære, og parternes foretrukne, frasalgsvirksomhed frasolgt.⁷³

Et alternativt frasalgstilsagn kan fx være relevant, hvis det er usikkert, om der kan findes en egnet køber til frasalgsvirksomheden. Det kan også være relevant, hvis der er usikkerhed om, hvorvidt frasalgsvirksomheden er salgbar, samt i sager, hvor tiden er en vigtig faktor, fx for at sikre, at frasalgsvirksomheden ikke falder i værdi.

I *Fusionen mellem Danish Crown og Steff Houlberg*⁷⁴ blev der afgivet tilsagn om at frasælge et slagteri med slagte- og opskæringskapacitet på 10.000 svin pr. år til højeste opnåelige pris. Parterne gav endvidere et alternativt frasalgstilsagn, som indebar, at såfremt slagteriet ikke kunne frasælges til en egnet køber inden for den fastsatte frist, ville parterne skulle frasælge et eller evt. flere opskæringsanlæg. Det alternative frasalgstilsagn skulle i første omgang søges at blive afsat på kommercielle vilkår, men hvis dette ikke var muligt, skulle virksomheden herefter sælges til højest opnåelige pris. Frasalget skulle varetages af en uafhængig trustee.

⁶⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 38.

⁷⁰ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 39.

⁷¹ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 44.

⁷² Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 45.

⁷³ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 45.

⁷⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002, *Fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg*.

4.2.1.2 Egned køber (kriterie III)

Det er et krav, at frasalgsvirksomheden overføres til en egned køber. Det skyldes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal finde det sandsynligt, at tilsagnet vil fjerne det identificerede konkurrenceproblem og få de tilsigtede virkninger. Dette er et vigtigt kriterium, som skal sikre, at frasalgsvirksomheden fortsat kan udgøre en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed. Det er derfor ikke tilstrækkeligt kun at sikre, at frasalgspakken består af de rette elementer, da indholdet af frasalgspakken er uden betydning, hvis den overføres til en uegnet køber, som ikke er i stand til at drive frasalgsvirksomheden videre. Tilsagnet skal indeholde krav, der definerer denne egnethed, som styrelsen kan inddrage i sin vurdering af tilsagnet.⁷⁵

Krav til køber

Parterne skal formulere en række rammer og kriterier, som køberens egnethed skal vurderes ud fra. Hvorvidt kravene er opfyldt, afhænger af en konkret vurdering i den enkelte sag. Hvis der er udpeget en trustee, vil denne typisk vurdere, om kravene er opfyldt. Der stilles normalt følgende standardkrav til køberen:⁷⁶

- (i) Køberen skal være uafhængig af parterne.
- (ii) Køberen skal være i besiddelse af de finansielle midler, den dokumenterede sagskundskab og det incitament, der skal til for at bevare og udvikle frasalgsvirksomheden som en rentabel og aktiv konkurrent til parterne og andre aktører på markedet.
- (iii) Køberens overtagelse af frasalgsvirksomheden må hverken kunne skabe nye konkurrenceproblemer eller føre til en risiko for, at tilsagnets opfyldelse vil blive forsinket. Den foreslåede køber skal med rimelighed forventes at kunne opnå alle nødvendige godkendelser fra de relevante myndigheder til overtagelse af frasalgsvirksomheden.

For at sikre køberens egnethed kan det alt efter den konkrete sag være nødvendigt at supplere eller præcisere krav til køberen. Det kan fx være relevant at stille krav om, at køberen opererer inden for en bestemt branche eller industri, således at køberen har de nødvendige evner til at videreføre og videreudvikle frasalgsvirksomheden som en effektiv og rentabel konkurrent. Det kan også være nødvendigt, at køberen har oparbejdet en vis goodwill på markedet, ligesom der kan stilles krav om at sikre køberens incitament til at bevare og videreudvikle frasalgsvirksomheden.

I sagen M.2621, *SEB/Moulinex*⁷⁷ blev der stillet krav om, at køberen skulle være en industri-virksomhed og ikke en finansiel virksomhed. Tilsagnene drejede sig her om, at licenstageren skulle have sit eget varemærke i den pågældende sektor.

Et andet eksempel på yderligere krav til køber ses i M.8797, *Thales/Gemalto*⁷⁸ hvor der i forlængelse af kravet om, at køberen skulle have betydelig erfaring inden for *hardware security modules* eller et område tæt relateret hertil, også blev stillet krav om, at køberen skulle have en høj grad af tillid samt et godt ry blandt EØS-kunder.

⁷⁵ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 47.

⁷⁶ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 48.

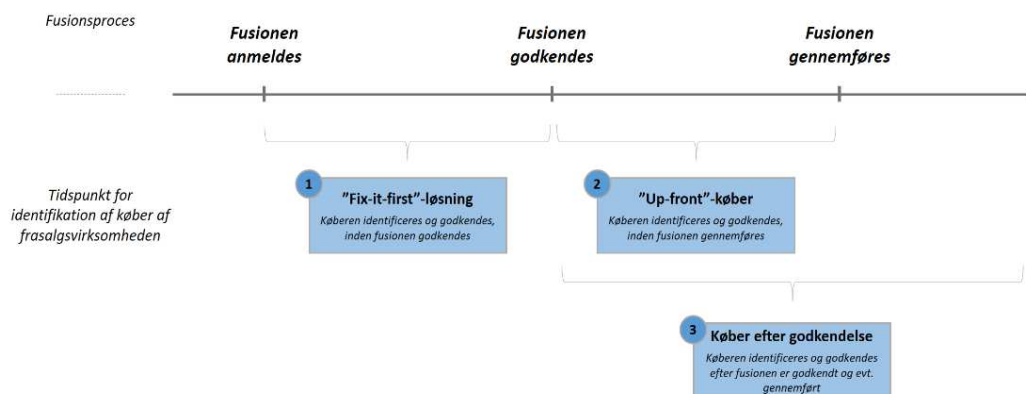
⁷⁷ Jf. tilsagnene i Kommissionens beslutning af 8. januar 2002 i M.2621, *SEB/Moulinex*, der drejede sig om, at licenstageren skulle have sit eget varemærke i den pågældende sektor, jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 49.

⁷⁸ Jf. Kommissionens afgørelse af 11. december 2018 i M.8797, *Thales/Gemalto*.

Identifikation af en egnet køber

Der kan anvendes tre forskellige fremgangsmåder til at sikre, at frasalgsvirksomheden sælges til en egnet køber. Disse fremgangsmåder varierer i forhold til hvornår i fusionsprocessen, der skal skabes sikkerhed for, at en egnet køber kan identificeres, og de skal ses i tæt sammenhæng med udformningen af den øvrige del af tilsagnspakken. De tre måder indebærer:

- 1) Køber identificeres, *inden fusionen godkendes* (såkaldt "fix-it-first"-løsning). Ved denne løsning skal køberen identificeres og godkendes af styrelsen, inden fusionen kan godkendes.
- 2) Køber identificeres, *efter fusionen er godkendt, og inden den gennemføres* (såkaldt "up-front"-køber). Ved denne løsning skal køberen identificeres og godkendes af styrelsen, inden fusionen må gennemføres⁷⁹. Køberen kendes altså ikke på tidspunktet for fusionsgodkendelsen, men skal identificeres inden for en fastsat tidsfrist herefter.
- 3) Køber identificeres, *efter fusionen er godkendt og eventuelt gennemført*. Ved denne løsning skal køberen identificeres og godkendes af styrelsen, efter fusionen er godkendt, og der er ikke krav om, at køberen skal identificeres, inden fusionen må gennemføres. Køberen skal dog identificeres og godkendes inden for en nærmere fastsat tidsfrist efter fusionens gennemførelse.



Valget af fremgangsmåde afhænger af forholdene ved den konkrete fusion, og parterne skal derfor tage højde for de risici og usikkerhedsmomenter, der er forbundet med den. Herudover skal parterne tage højde for, om styrelsen ved den valgte fremgangsmåde kan konkludere – med den fornødne grad af sikkerhed – at tilsagnet vil blive opfyldt.⁸⁰ Dette vil afhænge af arten og omfanget af frasalgsvirksomheden, risikoen for forringelse af frasalgsvirksomhedens værdi i overgangsperioden frem til frasalget samt sandsynligheden for at finde en egnet køber.⁸¹

Styrelsen vurderer tilsagnet som en samlet kombination af den pågældende frasalgs pakke og den valgte fremgangsmåde i forhold til at finde en køber. Hvis der er usikkerhed om, hvorvidt frasalgs pakken er tilstrækkeligt attraktiv, kan usikkerheden fx imødekommes ved at anvende

⁷⁹ Dvs. inden "closing".

⁸⁰ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 51.

⁸¹ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 51.

en "fix-it-first"-løsning. "Fix-it-first"-løsningen vil generelt give styrelsen den højeste grad af sikkerhed for, at frasalgsvirksomheden overføres til en egnet køber, og at tilsagnet dermed kan virke som tilsigtet. De andre fremgangsmåder kan anvendes, hvis styrelsen i den konkrete sag kan betrygges i, at der kan findes en egnet køber efter fusionsgodkendelsen. Herudover skal det kunne godtgøres, at det ikke er problematisk, at parterne ejer frasalgsvirksomheden i en overgangsperiode. Hvis styrelsen betrygges i tilstrækkelig grad, vil løsningen, hvor køber identificeres efter fusionen er godkendt og eventuelt gennemført, kunne anvendes.

De tre fremgangsmåder gennemgås nærmere nedenfor, og det uddybes nærmere under hvilke omstændigheder, de hver især kan være egnede.

Køber identificeres, inden fusionen godkendes ("fix-it-first"-løsning)

Denne fremgangsmåde indebærer, at køberen skal identificeres, inden fusionen godkendes. Det vil sige, at fusionsparterne skal have indgået en bindende aftale med køber inden fusionsgodkendelsen. Denne fremgangsmåde kan bl.a. anvendes, hvis tilsagnet er særligt afhængig af køberens identitet for at kunne virke effektivt. Dette kan være tilfældet i sager, hvor omstændigheder bevirker, at der kun er få potentielle købere, der kan anses for at være egnede, især fordi den virksomhed, der afhændes, ikke i sig selv er rentabel, men kun vil blive det i kraft af særlige aktiver, som køberen kan tilføre, eller hvis der må stilles særlige krav til køberen for, at tilsagnet kan fjerne konkurrenceproblemerne.⁸² Fremgangsmåden giver styrelsen den højeste grad af sikkerhed for, at tilsagnet vil fjerne de identificerede konkurrenceproblemer. Styrelsen godkender køberen som en del af den samlede tilsagnspakke. En måde hvorpå styrelsen kan betrygges i, at det er den rette køber, er ved at styrelsen forelægges den potentielle købers strategi og forretningsplan med beskrivelse af, hvordan køberen påtænker at anvende frasalgsvirksomheden. Dette kan bidrage til at betrygge styrelsen i, at køberen er i stand til at videreføre frasalgsvirksomheden.

I *Danish Agro a.m.b.a.'s erhvervelse af enekontrol over Dan Agro Holding A/S*⁸³ blev der også anvendt en "fix-it-first"-løsning, hvor der blev fundet to købere til to foderfabrikker. Til brug for styrelsens vurdering af, om køberne kunne godkendes, havde køberne indsendt forretningsplaner, som dannede grundlag for styrelsens godkendelse. Incentive-analysen omhandlede bl.a. denne fusion og konkluderer, at frasalg af fabrikkerne var effektivt. Analysen peger imidlertid også på, at forskellige kompetencer hos de to købere kan have medført, at de hver især ikke nødvendigvis har haft samme betydning for konkurrencen på markedet.⁸⁴

I *Vilomix Holding A/S' erhvervelse af enekontrol over A/S Hatting-KS*⁸⁵ blev der afgivet tilsagn om frasalg af datterselskabet Hatting-Vet. Styrelsen havde betænkeligheder ved, om der kunne findes en egnet køber, som kunne drive virksomheden videre og lægge et tilstrækkeligt konkurrencepres på de resterende aktører. Køberens identitet var derfor afgørende for et vellykket tilsagn, således at Hatting-Vet fortsat ville være en konkurrent på markedet for detailsalg af veterinærmedicin til produktionsdyr. På baggrund af disse betænkeligheder blev der i tilsagnet valgt en "fix-it-first"-løsning, hvor der blev indgået en bindende aftale med køber inden fusionsgodkendelsen.

⁸² Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 57.

⁸³ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Danish Agro a.m.b.a.'s erhvervelse af enekontrol over Dan Agro Holding A/S*.

⁸⁴ Jf. Incentive: Ex post analyse af tilsagn i fusionssager (2018), se yderligere under afsnit 4.1.

⁸⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 23. oktober 2013, *Vilomix Holding A/S' erhvervelse af enekontrol over A/S Hatting-KS*.

Køber identificeres, efter fusionen er godkendt, og inden den gennemføres (såkaldt "up-front"-køber)

Denne fremgangsmåde indebærer, at køberen skal identificeres, inden fusionen gennemføres, og at der skal indgås en bindende aftale med køber forud for gennemførelsen. Denne fremgangsmåde kan være relevant, når der er usikkerhed forbundet med, om der kan findes en egnet køber, eller der er betydelige hindringer i vejen for et frasalgsforbud.⁸⁶ Det kan også være relevant, såfremt der er betydelig risiko for, at konkurrencedygtigheden og salgbarheden af den virksomhed, der skal afhændes, vil blive forringet i overgangsperioden frem til afhændelsen. Dette kan bl.a. være tilfældet, hvis der er risiko for tab af nøglemedarbejdere.⁸⁷ Den identificerede køber skal godkendes af styrelsen på baggrund af de i tilsagnet opstillede krav til en egnet køber.

I M.8084, *Bayer/Monsanto*⁸⁸ blev der i parternes ene frasalgstilsagn angivet en potentiel køber, som skulle overtage de udskilte aktiviteter. Kommissionen kunne på baggrund af de angivne oplysninger ikke godkende køberen, da Kommissionen manglede dokumentation for, at køberen havde den fornødne sagkundskab og incitament til at videreføre de udskilte aktiviteter. Kommissionen valgte derfor at godkende fusionen med en betingelse om, at fusionen ikke måtte gennemføres, før parterne havde godtgjort over for Kommissionen, at der var tale om en egnet køber, og køberen var godkendt af Kommissionen.

Køber identificeres, efter fusionen er godkendt og eventuelt gennemført

Denne fremgangsmåde indebærer, at frasalgsvirksomheden skal overføres til en egnet køber inden for en fastlagt tidsfrist, efter fusionen er godkendt. Fusionsparterne må i mellemtiden gerne gennemføre fusionen. Denne fremgangsmåde kan anvendes, hvor der vurderes at være en række egnede og interesserede købere til frasalgsvirksomheden, som sandsynliggør, at frasalget vil forløbe planmæssigt.⁸⁹ Styrelsen skal inden frasalget godkende køberen på baggrund af de krav, der er opstillet til køberen.

Det er op til parterne at skabe den nødvendige sikkerhed for implementeringen, således at styrelsen kan acceptere tilsagnet. Parterne skal overveje, hvordan de kan afværge risici ved frasalget, herunder at der ikke findes en egnet køber i tide, eller at aktivernes værdi bliver forringet i mellemtiden. Der vil ofte være behov for at få en trustee til at føre tilsyn med, at værdien af frasalgsvirksomheden bevares, indtil frasalget er gennemført.

En trustee kan også blive tildelt ansvaret for at frasælge frasalgsvirksomheden, hvilket kan give styrelsen en højere grad af sikkerhed for, at frasalget gennemføres. En trustee kan anvendes til at varetage frasalget enten ved at blive tildelt fuldmagt fra start⁹⁰, eller efter parterne selv har forsøgt at sælge frasalgsvirksomheden, men ikke er lykkedes hermed inden for en given frist.⁹¹ I sidstnævnte tilfælde får parterne i første omgang mulighed for at sikre, at frasalget sker på de vilkår og til den pris, som er mest favorabel for parterne, og de har samtidigt incitament til at sikre, at frasalget sker inden den givne frist.

⁸⁶ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 54.

⁸⁷ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 55.

⁸⁸ Kommissionens afgørelse af 21. marts 2018 i M.8084, *Bayer/Monsanto*.

⁸⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 52.

⁹⁰ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002, *Fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg*.

⁹¹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 30. maj 2018, *GlobalConnects køb af Nianet*, hvor trustee ville få fuldmagt til at frasælge virksomheden, såfremt GlobalConnect ikke lykkedes inden den fastsatte frist.

I *GlobalConnects køb af Nianet*⁹² afgav parterne tilsagn om frasalg af to datacentre. Datacentrene skulle frasælges inden for en nærmere fastsat frist, og parterne skulle efter fusionens godkendelse identificere en køber ud fra de opstillede krav. Parterne forpligtede sig til ikke at gennemføre fusionen, før der var fundet en uafhængig trustee, som kunne føre tilsyn med frasalget. Såfremt parterne ikke lykkedes med at finde en køber inden for en nærmere fastsat frist, skulle en frasalgstrustee tildeles en eksklusiv fuldmagt til at sælge frasalgsvirksomheden uden en mindstepris inden for en fastsat frist.

4.2.1.3 Tilsagn der understøtter tilsagn om frasalg

Det kan i visse tilfælde være nødvendigt at supplere et tilsagn om frasalg med et eller flere adfærdsmæssige tilsagn for at sikre, at frasalget får den ønskede effekt på markedet og konkurrencen. De understøttende tilsagn kan være nødvendige for at sikre, at frasalgsvirksomheden er levedygtig. Dette kan bl.a. være tilfældet, såfremt et bestemt input i form af produkter eller tjenesteydelser er nødvendigt i en overgangsperiode, for at frasalgsvirksomheden kan blive etableret på markedet og udgøre en egentlig konkurrent. Der kan også være behov for understøttende adfærdsmæssige tilsagn, fx hvis der er behov for, at parterne aftager produkter/services fra frasalgsvirksomheden, hvis parterne tildeler en licens, hvis der er behov for support i forhold til knowhow, eller hvor frasalget indebærer særlige it-systemer, som kræver it-support. I alle tilfælde er det vigtigt, at køberen efter overgangsperioden har mulighed for at agere selvstændigt i markedet og kan klare sig på egen hånd.

I *Danish Agro a.m.b.a.'s erhvervelse af enekontrol over Dan Agro Holding A/S*⁹³ blev der afgivet en række adfærdsmæssige tilsagn, som skulle understøtte tilsagnet om frasalget af to foderfabrikker. De understøttende tilsagn vedrørte bl.a. knowhow og en øget kundebase, og ville sammen med tilsagnet om frasalg give køberne mulighed for at etablere sig på markedet for salg af fjerkræfoder og sikre et tilstrækkeligt konkurrencemæssigt pres på markedet.

I *Fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg*⁹⁴ blev et tilsagn om frasalg af et slagteri/opskæringskapacitet suppleret med adfærdsmæssige tilsagn, herunder tilsagn om, at Danish Crown skulle forsyne køberen af de frasolgte aktiviteter med op til 5.000 svin pr. uge i 4 år efter frasalget samt tildele en pulje på samlet 24 mio. kr., som løbende blev stillet til rådighed for køberen til dækning af omkostninger til investeringer. Disse investeringer kunne være i forhold til anlæg og driftsmateriel, ny teknologi m.v., miljø og arbejdsmiljøforbedringer samt medarbejderuddannelse eller til at dække et eventuelt underskud. Køberen blev endvidere sikret op til 2.000 timers bistand i form af konsulenthjælp, som skulle ydes af enten Danish Crown eller uafhængige eksperter. Danish Crown forpligtede sig endvidere til at tilbagekøbe opskårne delstykker fra køberen, såfremt disse ikke blev afsat til tredjemand. Disse yderligere tilsagn skulle understøtte og sikre, at slagteriet/opskæringsfabrikken var funktionsdygtigt fra start samt levedygtigt. Køberen holdt frasalgsvirksomheden i drift i 11 år efter fusionens godkendelse, men gik konkurs efter Danish Crowns forpligtelse til at levere et antal ugentlige slagtesvin ophørte. Dette kunne tyde på, at slagteriet ikke kunne konkurrere på markedsvilkår uden tilstedeværelsen af de adfærdsmæssige tilsagn.⁹⁵

⁹² Konkurrencerådets afgørelse af 30. maj 2018, *GlobalConnects køb af Nianet*.

⁹³ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Danish Agro a.m.b.a.'s erhvervelse af enekontrol over Dan Agro Holding A/S*.

⁹⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002, *Fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg*.

⁹⁵ Jf. Incentive: Ex post analyse af tilsagn i fusionssager (2018), se yderligere i afsnit 4.1.

4.2.2 Eliminering af strukturelle forbindelser

I fusionsager, hvor konkurrenceproblemet beror på strukturelle eller kontraktuelle forbindelser mellem fusionsparterne og deres konkurrenter eller andre markedsaktører, kan fusionsparterne overveje tilsagn, der fjerner eller begrænser disse forbindelser. Sådanne tilsagn kan karakteriseres som strukturelle i det omfang, at de varigt fjerner forbindelserne og dermed også varigt ændrer strukturerne på markedet.

I situationer hvor en eller flere af parterne har aktieposter i en konkurrerende virksomhed eller en kundevirksomhed, kan det eksempelvis være en løsning på konkurrenceproblemet, hvis parterne frasælger disse aktieposter.

I M.1673, *VEBA/VIAG*⁹⁶, fandt Kommissionen, at fusionen ville skabe et duopol på markedet for elektricitetsforsyning. Parterne afgav tilsagn om at sælge deres aktieposter i konkurrerende virksomheder, som producerede elektricitet. Kommissionen vurderede, at frasalget var med til at skabe en uafhængig udbyder på markedet og dermed øge antallet af konkurrenter. Frasalget medførte derfor, at markedsconcentrationen reelt ikke blev væsentligt forøget med fusionen.⁹⁷

I *Grovvarefusionen*⁹⁸ fandt Konkurrencerådet, at fusionen ville medføre, at DLG ville blive dominerende på en række markeder. DLG afgav derfor bl.a. tilsagn om at frasælge sin aktiepost i Hedegaard, som var DLG's største konkurrent i Nordjylland.

Et konkurrenceproblem, der beror på strukturelle forbindelser, kan også fjernes ved, at fusionsparterne træder ud af et bestemt samarbejde eller joint venture.

I *Arcus-Gruppens overtagelse af Pernod Ricard*⁹⁹ ville fusionen øge koncentrationen på en række markeder, og Arcus ville få en dominerende stilling på flere markeder. Arcus afgav tilsagn om at frasælge akvavitmærket Brøndums og afvikle en række eksisterende aftaler med konkurrenten Altia (som i øvrigt fandtes at være en mulig køber af Brøndums og også endte med at købe Brøndums). Tilsagnet fandtes at mindske gennemsigtigheden mellem konkurrenterne på markedet betydeligt.¹⁰⁰

I M.4730, *Yara/Kemira Growhow*¹⁰¹, fandt Kommissionen, at parterne ud over at få en høj markedsandel også ville opnå kontrol over de to hoveddistributionskanaler for gødning i Danmark. Yara deltog før fusionen i et joint venture, FertiSupply, med konkurrenterne DLG og Agro Denmark. FertiSupply havde status som eneforhandler af Yaras produkter på det danske marked. Yara afgav tilsagn om at ophøre med at deltage i FertiSupply og om ikke at indgå nogen eksklusive leveringsaftaler om gødning med DLG og Agro Denmark i en periode på fem år efter Kommissionens afgørelse.

Tilsagn om eliminering af strukturelle forbindelser kan også gå ud på, at fusionsparterne forpligter sig til ikke at overtage dele af target-virksomheden, fx bestemte aktiver, aktieposter eller

⁹⁶ Kommissionens afgørelse af 13. juni 2000 i M.1673, *VEBA/VIAG*.

⁹⁷ Kommissionens afgørelse af 13. juni 2000 i M.1673, *VEBA/VIAG*, præmis 226-233.

⁹⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 27. november 2002, *Grovvarefusionen*.

⁹⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 26. september 2012, *Arcus-Gruppens overtagelse af Pernod Ricard*.

¹⁰⁰ Konkurrencerådets afgørelse af 26. september 2012, *Arcus-Gruppens overtagelse af Pernod Ricard*, punkt 29.

¹⁰¹ Kommissionens afgørelse af 21. september 2007 i M.4730, *Yara/Kemira Growhow*, præmis 54-59.

ejerandele. Herved fjerner fusionsparterne strukturelle forbindelser, som fusionen ellers ville have medført. Denne type tilsagn vil i sagens natur kun kunne accepteres, hvis de tilbageværende enheder kan overleve på stand alone-basis efter fusionen.

I *Grovvarefusionen* skulle DLG overtage en række aktiviteter i Korn- og Foderstofkompagniet ("KFK"), bl.a. KFK's aktiviteter på kulmarkedet. Konkurrencerådet fandt, at DLG ville blive dominerende på kulmarkedet, og at aftagerne af kul reelt ikke ville have nogen alternativer til DLG. Også på markedet for tørret grønt ville DLG blive dominerende, da DLG i forvejen var mere end dobbelt så stor som de tre øvrige aktører på markedet, herunder target-virksomheden Alfax. DLG afgav derfor tilsagn om ikke at overtage hverken KFK's kulaktiviteter eller KFK's ejerandele i Alfax.

4.3 Adfærdsmæssige tilsagn

Adfærdsmæssige tilsagn er tilsagn, der vedrører fusionsparternes fremtidige handlinger. De er kendetegnet ved, at parterne forpligter sig til at udvise eller afstå fra en bestemt fremtidig adfærd på et eller flere markeder.

Parterne kan tilbyde adfærdsmæssige tilsagn, som er tidsbegrænsede eller tidsubegrænsede. Det er udgangspunktet, at et tilsagn skal gælde tidsubegrænset, med mindre der foreligger helt særlige forhold. Det skyldes, at fusionen skaber en varig strukturel ændring på markedet, hvorfor tilsagnet som udgangspunkt også skal gælde varigt, dvs. tidsubegrænset. Hvis der foreligger særlige forhold (fx på markedet), som efter parternes opfattelse medfører, at tilsagnet ikke behøver at være tidsubegrænset, skal parterne begrunde dette over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Styrelsen vil inddrage tilsagnets varighed som et forhold i vurderingen af, om tilsagnet løser konkurrenceproblemet.

Nedenfor gennemgås en række eksempler på de adfærdsmæssige tilsagn, som er blevet anvendt i praksis, og det beskrives, hvilke forhold parterne skal være særligt opmærksomme på.

4.3.1.1 Adgang for tredjeparter

En klassisk kategori af adfærdsmæssige tilsagn er tilsagn, som indebærer, at fusionsparterne giver tredjeparter adgang til deres infrastruktur, teknologier eller lignende. Ved denne type tilsagn beholder fusionsparterne dermed ejerskabet til deres aktiver og rettigheder men forpligter sig til at gøre dem tilgængelige for andre.

Adgangstilsagn har til formål at "åbne op" for konkurrencen fra enten nye eller eksisterende konkurrenter ved at lempe eller undlade at skabe adgangs- eller ekspansionsbarrierer på markedet. Tilsagnet skal enten øge sandsynligheden for, at der indtræder nye aktører på markedet, eller for at eksisterende markedsaktører ikke stilles dårligere i konkurrencen som følge af fusionen.¹⁰² Ved at give andre aktører adgang til et væsentligt input hos parterne, kan tilsagnet fjerne risikoen for inputafskærmende virkninger ved en fusion.

Adgangstilsagn er typisk mest relevante for fusioner på markeder, hvor infrastruktur m.v. har stor betydning for konkurrenceforholdene og virksomhedernes konkurrenceevne, eller hvor fusionsparterne er uomgængelige samhandelspartnere. Der har eksempelvis ofte været anvendt adgangstilsagn på tele-, it-, kommunikations- og energimarkederne. Adgangstilsagn har

¹⁰² Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 63.

også ofte været anvendt i vertikale fusioner, hvor konkurrenter på downstream-markedet er afhængige af parternes infrastruktur m.v. som et væsentligt input til deres aktiviteter, og hvor der er risiko for, at konkurrenterne vil blive afskærmet fra markedet, hvis de ikke får adgang hertil.

Spørgsmålet om, hvad tilsagnet skal give adgang til, afhænger af det konkrete konkurrenceproblem og de specifikke markedsforhold. Adgangstilsagn kan eksempelvis omfatte adgang til hele eller dele af fusionsparternes infrastruktur, produktionsapparat, netværker, teknologier, immaterielle rettigheder, specifikke oplysninger om parternes produkter m.v. samt adgang til at benytte parternes udstyr.

Det klare udgangspunkt er, at adgangen skal gives på et *rimeligt, ikke-diskriminerende og gennemsigtigt* grundlag (de såkaldte "FRAND"-vilkår¹⁰³).¹⁰⁴ I de tilfælde, hvor tilsagnet sigter mod at give adgang til en ubestemt kreds af virksomheder, skal adgangen således kunne opnås på lige vilkår. Hvis parterne mener, at det kun er bestemte typer af tredjeparter, der skal kunne benytte sig af tilsagnet, skal de begrunde dette over for styrelsen. Adgangen kan fx gives gennem tildelelse af licenser til tredjeparter.

Det er væsentligt, at adgangstilsagnet indeholder nøjagtige bestemmelser om både vilkårene for adgangen og den procedure, som tredjeparter skal følge for at opnå adgangen.¹⁰⁵ Tilsagnet skal desuden angive, hvornår tredjeparter vil kunne få adgang.¹⁰⁶

Adgangstilsagn er kun effektive, hvis de kommunikerer ud til de relevante tredjeparter, der kan gøre brug af tilsagnet. Det kan fx være fusionsparternes konkurrenter og kunder. Fusionsparterne skal tage stilling til, hvordan denne kommunikation skal ske, og styrelsen skal godkende meddelelsetekst og kommunikationsmåde.

Praksis fra både Konkurrencerådet og Kommissionen indeholder flere eksempler på tilsagn, hvor fusionsparterne har givet adgang til infrastruktur.

I *Omdannelse af Broadcast Service Danmark A/S til et selvstændigt fungerende joint venture*¹⁰⁷ udvidede DR og TV2 forretningsområdet for deres joint venture, Broadcast Service Danmark (BSD) til også at omfatte udlejning af antennepositioner til tredjeparter. Konkurrencerådet fandt, at DR's og TV2's master var en uomgængelig infrastrukturfacilitet for alle, der skulle udsende tv-signaler via DTT-nettet, og at BSD derfor var dominerende og ville kunne opkræve høje eller ulige priser, som bl.a. ville kunne svække gatekeeperen på DTT-nettet, Boxer. Fusionsparterne afgav tilsagn om at udleje antennepositioner på lige, ikke-diskriminerende og gennemsigtige priser og vilkår samt at give brugerne adgang til dels at benytte tilknyttet udstyr og dels selv installere eget udstyr.

I *Fusionen mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*¹⁰⁸ var parterne begge aktive på en række markeder. Konkurrencerådet fandt, at fusionen medførte risiko for ensidig inputafskærm-

¹⁰³ Fair, reasonable and non-discriminating terms.

¹⁰⁴ Jf. bl.a. Retten i Første Instans' dom af 25. marts 1999 i sag T-102/96, *Gencor mod Kommissionen*, præmis 319 og Kommissionens pressemeddelelse af 12. november 2019 i M.9064, *Telia Company/Bonnier Broadcasting Holding*.

¹⁰⁵ Kommissionens meddelelse om tilsagn, punkt 66.

¹⁰⁶ Jf. fx Kommissionens afgørelse af 18. januar 2018 i M. 8306, *Qualcomm/NXP*, præmis 1029 og 1063.

¹⁰⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 7. juli 2008, *Omdannelse af Broadcast Service Danmark A/S til et selvstændigt fungerende joint venture*.

¹⁰⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2019, *Fusion mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*

ning af konkurrerende service providere fra adgang til fibernet i de geografiske områder, hvor Eniig havde anlagt fiberinfrastruktur. Inputafskærmningen ville kunne ske ved, at parterne bl.a. kunne begrænse eller forsinke den planlagte åbning af især Eniigs fiberinfrastruktur for eksternt engrossalg. Parterne afgav derfor bl.a. tilsagn om dels at effektuere Eniigs tidligere indgåede aftaler om konkret adgang til parternes fibernet for tre bestemte service providere, dels at give generel adgang til parternes fibernet for andre service providere på rimelige og ikke-diskriminerende vilkår.

I M.2876, *NewsCorp/Telepiù*¹⁰⁹ købte amerikanske NewsCorp de to italienske DTH-udbydere, Telepiù og Stream, hvis forretninger skulle sammenlægges. Kommissionen fandt, at fusionen ville skabe et DTH-monopol i Italien og øge adgangsbarriererne til markedet. NewsCorp afgav tilsagn om at give alle tredjeparter adgang til deres DTH-plattform og tilhørende systemer m.v. på ikke-diskriminerende og ikke-eksklusive vilkår.

I M.7421, *Orange/Jazztel*¹¹⁰ ville fusionen reducere antallet af landsdækkende teleudbydere i Spanien fra fire til tre. Parterne var begge væsentlige udbydere af internet via fastnet til forbrugere. Kommissionen vurderede, at fusionen ville medføre højere priser på internet via fastnet og ville gøre det mere vanskeligt for potentielle konkurrenter at etablere sig på markedet. Orange afgav tilsagn om at frasælge et FTTH-netværk og give køberen af netværket engrosadgang til Jazztels landsdækkende ADSL-netværk i op til otte år.

I *Fusionen mellem Danske Bank og RealDanmark*¹¹¹ ville parterne få en betydelig markedsstyrke, idet Danske Bank ville blive den største aktør på de i forvejen koncentrerede bank- og realkreditinstitutmarkeder. Danske Bank afgav bl.a. tilsagn om at lade andre pengeinstitutter og deres kunder bruge Danske Banks infrastruktur, herunder hæveautomater, mod et rimeligt gebyr. Tilsagnet var nødvendigt for at sikre etablering af nye pengeinstitutter og vækst af eksisterende pengeinstitutter, som ofte havde få filialer og var afhængige af at sikre sig attraktive placeringer til sine filialer. Da det var en adgangsbarriere til markedet at opnå attraktive filialplaceringer for pengeinstitutter, forpligtede Danske Bank sig også til at udbyde de ejendomme, som Danske Bank fremover måtte lukke sine filialer i, til salg. Tilsagnet ville derved give konkurrenter mulighed for at byde ind på attraktive adresser og lette adgangsbarriererne til markedet.

I *Dong Naturgas A/S' overtagelse af Naturgas Sjælland I/S*¹¹² fandt Konkurrencerådet, at fusionen ville kunne mindske den potentielle konkurrence fra nye konkurrenter på markedet. DONG forpligtede sig derfor til bl.a. at give tredjeparter adgang til at "leje" ledig kapacitet på DONG's naturgaslagre. DONG skulle stille minimum 50 mio. m³ lagerplads til rådighed for tredjeparter, som kunne benytte lagerpladsen til at lagre deres egen gas.

M.3280, *Air France/KLM*¹¹³ omhandlede en fusion mellem luftfartsselskaberne Air France og KLM, som ville få en dominerende stilling på en række flyruter. Parterne afgav et tidsubegrænset tilsagn om at frigive brugsretten til forskellige ankomst- og afgangstidspunkter i en række angivne byer uden at få økonomisk kompensation herfor. Brugsretten til de pågældende ankomst- og afgangstidspunkter blev dermed stillet til rådighed for andre luftfartsselskaber, samtidig med at parterne forpligtede sig til ikke selv at bruge dem. Kommissionen fandt, at dette adgangstilsagn reelt havde samme virkninger som et frasalg og derfor kunne karakteriseres som et strukturelt tilsagn. Det skyldtes, at tilsagnet var tidsubegrænset, og parterne derfor ville være afskåret fra at bruge de pågældende ankomst-

¹⁰⁹ Kommissionens afgørelse af 2. april 2004 i M.2876, *NewsCorp/Telepiù*.

¹¹⁰ Kommissionens afgørelse af 19. maj 2015 i M.7421, *Orange/Jazztel*.

¹¹¹ Konkurrencerådets afgørelse af 28. november 2000, *Fusionen mellem Danske Bank og RealDanmark*.

¹¹² Konkurrencerådets afgørelse af 28. februar 2001, *DONG Naturgas A/S' overtagelse af Naturgas Sjælland I/S*.

¹¹³ Kommissionens afgørelse af 11. februar 2004 i M.3280, *Air France/KLM*.

og afgangstidspunkter igen.¹¹⁴ Retten i Første Instans nåede frem til samme vurdering ved sin prøvelse af sagen.¹¹⁵

Praksis indeholder ligeledes eksempler på tilsagn, hvor fusionsparter har givet adgang til immaterielle rettigheder.

I *Etableringen af FAS*¹¹⁶ etablerede Politiken, Jyllands-Posten og Berlingske Tidende en fælles nyhedsdatabase, "FAS", hvor de sammenlagde deres respektive arkivdatabaser. FAS skulle bl.a. tilbyde elektroniske presseklip, som på det tidspunkt var et relativt nyt og ikke særlig udbredt produkt i Danmark. Konkurrencerådet havde betænkeligheder ved, at FAS var tillagt en eneret til elektronisk at bruge nyhedsartikler fra moderselskabernes dagblade i tre år efter sin stiftelse, da de derved kunne udelukke konkurrenter fra at få adgang til disse artikler i elektronisk form. Moderselskaberne afgav derfor tilsagn om, at FAS alene ville have eneret til artiklerne i en periode på 18 måneder, hvorefter konkurrenter også ville blive tilbudt adgang til dem på ikke-diskriminerende vilkår. Cirka syv år efter fusionsgodkendelsen modtog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en klage fra konkurrenten Infopaq, som mente, at JP/Politikens Hus og Berlingske Tidende ikke overholdt tilsagnet om at sælge nyhedsartikler på ikke-diskriminerende vilkår. Klagesagen¹¹⁷ blev afgjort ved, at JP/Politikens Hus og Berlingske Tidende afgav nye tilsagn for Infomedia (tidligere FAS), som præciserede og udvidede de oprindelige tilsagn. Det indebar bl.a., at JP/Politikens Hus og Berlingske Tidende ikke måtte stille vilkår over for Infomedias konkurrenter, som ville stille dem ringere i konkurrencen på markedet for medieovervågning. Tilsagnet udvidede også selve adgangspligten til at omfatte dybe links og en række andre publikationer.

M.7194, *Liberty Global/De Vijver Media*¹¹⁸ omhandlede en vertikal fusion mellem en tv-distributør og en tv-kanalejer, der havde to populære tv-kanaler. Med fusionen ville fusionsparterne kunne beholde distributionen af de to tv-kanaler for dem selv, hvilket ville have en afskærmende virkning på konkurrenterne. Fusionsparterne afgav tilsagn om at give konkurrenter adgang til at distribuere tv-kanalerne på rimelige og ikke-diskriminerende vilkår.

Praksis indeholder derudover eksempler på tilsagn, hvor fusionsparterne har givet andre virksomheder adgang til at blive medlemmer af fusionsparternes virksomhed, fx en forening. Denne variant af adgangstilsagn indebærer dermed en form for "optagepligt", hvis formål er at modvirke adgangsbarrierer.

I *Fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg*¹¹⁹ ville fusionsparterne opnå en samlet markedsandel på ca. 90 pct. af markedet for indkøb af slagtesvin i Danmark, mens den næststørste konkurrent, Tican, ville have en markedsandel på 5 pct. af markedet. Danish Crown ville desuden blive dominerende inden for produktion og salg af fersk svinekød til supermarkeder, idet Steff-Houlberg (target-virksomheden) inden fusionen var den eneste anden virksomhed, som reelt kunne konkurrere med Danish Crown om at være hovedleverandør

¹¹⁴ Kommissionens afgørelse af 11. februar 2004 i M.3280, *Air France/KLM*, præmis 161-162.

¹¹⁵ Retten i Første Instans' dom af 4. juli 2006 i sag T-177/04, *EasyJet Airline Co. Ltd mod Kommissionen*, præmis 183.

¹¹⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 25. september 2002, *Etableringen af FAS*.

¹¹⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 26. juni 2013, *Berlingske Media A/S og JP/Politikens Hus A/S' adfærd på markedet for rettigheder til nyhedsartikler m.v.*

¹¹⁸ Kommissionens afgørelse af 24. februar 2015 i M.7194, *Liberty Global/De Vijver Media*.

¹¹⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 24. april 2002, *Fusionen mellem Danish Crown og Steff-Houlberg*.

til supermarkedskæderne. Grundet de særlige markedskarakteristika var der kun lille sandsynlighed for, at nye aktører ville etablere sig på markederne. Parterne afgav derfor bl.a. tilsagn om at optage uafhængige svineproducenter som andelshavere samt at aftage levende svin fra ikke-andelshavere på ikke-diskriminerende vilkår. Formålet med tilsagnene var, at nye svineproducenter på markedet fik sikkerhed for at kunne få afsat deres produktion.

En anden, særlig variant af adgangstilsagn er de tilsagn, hvor fusionsparterne forpligter sig til at give tredjeparter adgang til specifikke tekniske oplysninger om fusionsparternes produkter med henblik på at sikre interoperabilitet mellem produkterne, dvs. at produkterne kan "tale sammen". Denne type tilsagn ses typisk brugt i fusioner mellem teknologivirksomheder, hvor det har været nødvendigt for konkurrenter at få udleveret tekniske oplysninger om fusionsparternes produkter, for at kunne gøre deres egne produkter kompatible med dem. Kommissionen har behandlet en række fusioner, hvor sådanne tilsagn om interoperabilitet har været anvendt.

I M.5984, *Intel/McAfee*¹²⁰ var der ikke nogen horisontale eller vertikale forbindelser mellem parterne, men deres produkter og ydelser var i vidt omfang komplementære eller nært beslægtede, idet Intel var den førende producent af CPU'er (processorer), og McAfee solgte it-sikkerhedsløsninger. Fusionen kunne derfor medføre konglomerate virkninger, fordi Intel ville kunne forhindre konkurrerende udbydere af it-sikkerhedsløsninger i at være kompatible med Intels CPU'er, hvilket ville kunne besværliggøre eller hindre konkurrenter i at udbyde it-sikkerhedsløsninger på computere med Intels CPU'er. Kommissionen fandt desuden, at der kunne være risiko for teknisk tying (koblingssalg) mellem Intels hardware og McAfees it-sikkerhedsløsninger. Intel afgav en række tilsagn, som skulle gøre det lettere for konkurrerende udbydere af it-sikkerhedsløsninger at tilbyde deres løsninger til brugere med Intel-hardware efter fusionen. Intel forpligtede sig bl.a. til at tilbyde konkurrenterne adgang til alle de tekniske oplysninger, som var nødvendige for at sikre interoperabilitet mellem deres it-sikkerhedsløsninger og Intels hardware.

I M.8124, *Microsoft/LinkedIn*¹²¹ var der tale om en konglomerat fusion, som ifølge Kommissionen kunne begrænse konkurrencen på markedet for professionelle sociale netværk (PSN), som LinkedIn var aktiv på. Kommissionen fandt, at bl.a. den præinstallerede LinkedIn-app på Windows-pc'ere og de integrerede LinkedIn-funktioner i Office-programmerne ville afskærme fusionsparternes konkurrenter. Microsoft forpligtede sig til at give andre PSN-udbydere adgang til en lang række informationer og værktøjer, som ville gøre dem i stand til at gøre deres egne PSN-produkter kompatible med Office-produkterne. Derved ville fusionen ikke afskærme LinkedIns konkurrenter på PSN-markedet.

I M.8306, *Qualcomm/NXP*¹²² afgav parterne tilsagn om at give tredjeparter licenser til en særlig teknologi og varemærke samt at opretholde det eksisterende niveau for interoperabilitet mellem deres egne og konkurrenternes produkter. Kommissionen vurderede, at tilsagnene ville gøre det muligt for konkurrenter at tilbyde selvstændige produkter, som ville kunne interagere med fusionsparternes produkter. Tilsagnene var begrænset til en periode på otte år, som fandtes at være tilstrækkelig lang til, at tredjeparter ville kunne drage fordel af tilsagnet, set i forhold til bl.a. udviklingen og levetiden for de omhandlede produkter.

¹²⁰ Kommissionens afgørelse af 26. januar 2011 i M.5984, *Intel/McAfee*.

¹²¹ Kommissionens afgørelse af 6. december 2016 i M.8124, *Microsoft/LinkedIn*.

¹²² Kommissionens afgørelse af 18. januar 2018 i M. 8306, *Qualcomm/NXP*.

Qualcomm/NXP-afgørelsen er i øvrigt et godt eksempel på de krav, der stilles til et tilsagns formulering og detaljeringsgrad for at sikre, at det er tilstrækkeligt og ikke kan omgås. Qualcomm havde nemlig i første omgang udformet tilsagn, som efter Kommissionens opfattelse var mangelfulde, fordi de ikke beskrev tilstrækkeligt præcist, hvilke oplysninger tredjeparter ville have krav på, inden for hvilken tidsramme de skulle udleveres, og hvilke tredjeparter der ville kunne benytte sig af tilsagnet.¹²³ Qualcomm præciserede de mangelfulde forhold i tilsagnet, som Kommissionen efterfølgende accepterede.¹²⁴

4.3.1.2 Ændring af afskærmende aftalevilkår m.v.

I nogle fusioner kan det fjerne eller minimere konkurrenceproblemet, hvis fusionsparterne afgiver tilsagn om at ændre et eller flere af deres vilkår i aftaler med markedsaktører, som har ekskluderende eller restriktive virkninger. Parterne kan fx have indgået eksklusiv eller langsigtede leverings- eller samarbejdsaftaler, som fastholder deres kunder, og derved kan have afskærmende virkninger, fordi de blokerer for konkurrenternes muligheder for at konkurrere om kunderne.

Egnede løsninger til at fjerne sådanne konkurrenceproblemer kan fx gå ud på at ophæve eksklusivitetsvilkår, forkorte løbetiden af en aftale, fjerne konkurrenceklausuler eller ændre på andre aftalevilkår, der afskærmer konkurrenter.

Tilsagn om ændring af aftalevilkår kan særligt være relevante i vertikale fusioner, fx hvor den fusionerede enhed vil kontrollere et væsentligt input, som dens konkurrenter er afhængige af, for at være i stand til at konkurrere på markedet.

Et tilsagn om ændring af aftalevilkår er kun effektivt, hvis det kommunikerer ud til de relevante tredjeparter, der kan gøre brug af tilsagnet, fx parternes aktuelle eller potentielle kunder. Parterne skal tage stilling til, hvordan denne kommunikation skal ske, og styrelsen skal godkende meddelelsetekst og kommunikationsmåde.

Der ses fra praksis flere sager, hvor fusionsparterne har afgivet tilsagn om at fjerne eller ændre vilkår i aftaler med deres kunder eller brugere.

I *Trygs køb af Alka*¹²⁵ fandt Konkurrencerådet, at Tryg ville have både mulighed for og incitament til at hæve priserne på sine egne og Alkas produkter efter fusionen. Det skyldtes bl.a., at Alka havde spillet en betydeligt større rolle for konkurrencen på markedet, end hvad Alkas markedsandele gav udtryk for, idet Alka bl.a. havde medvirket til at øge mobiliteten i markedet. Fusionen ville derfor fjerne et konkurrencepres på Tryg. Tryg forpligtede sig bl.a. til at ophæve eksklusivitetsforpligtelser i alle Alkas aftaler med fagforeninger og en række af Trygs partneraftaler samt til ikke at opkræve nogen former for gebyrer ved privatkunders opsigelser. Tilsagnene var begrænset til at gælde i fem år. Konkurrencerådet vurderede bl.a., at perioden på fem år var tilstrækkelig lang til, at de pågældende foreninger ville kunne undersøge mulighederne for at bruge andre forsikringselskaber og indgå aftaler med dem.

¹²³ Kommissionens afgørelse af 18. januar 2018 i M. 8306, *Qualcomm/NXP*, præmis 1027-1033.

¹²⁴ Kommissionens afgørelse af 18. januar 2018 i M. 8306, *Qualcomm/NXP*, præmis 1061-1063, 1098-1111.

¹²⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 5. november 2018, *Trygs køb af Alka*.

I *Omdannelsen af Broadcast Service Danmark A/S til et selvstændigt fungerende joint venture*¹²⁶ forpligtede Broadcast Service Danmark A/S (BSD) sig til at begrænse sine kunders opsigelsesfrister til at være på maksimalt ét år. Tilsagnet indebar også, at opsigelse og afvikling af aftalerne skulle ske på lige og ikke-diskriminerende vilkår. Tilsagnet var tidsubegrænset.

I *Dong Naturgas A/S' overtagelse af Naturgas Sjælland I/S*¹²⁷ forpligtede DONG sig til at tilbyde sine elværkskunder at afkorte løbetiden for de såkaldte "take-or-pay"-kontrakter om levering af naturgas. Aftalerne var oprindeligt indgået for en 20-årig periode og forpligtede elværkerne til at aftage bestemte mængder af naturgas fra DONG i hele løbetiden. DONG's potentielle konkurrenter blev derved afskåret fra at konkurrere med DONG om at sælge naturgas til de pågældende to elværker i den periode. Med tilsagnet blev løbetiden afkortet med 10 år, hvilket sikrede en hurtigere åbning af markedet end ellers.

Et tilsagn kan også gå ud på at fjerne eller ændre aftalevilkår over for fusionsparternes medarbejdere, så disse ikke låses fast til deres ansættelse hos parterne og dermed får lettere adgang til at skifte arbejdsplads til fx en konkurrerende virksomhed. Det kan især være relevant, hvis markedet er kendetegnet ved, at medarbejdere er en kritisk ressource og har stor betydning for virksomhedernes levedygtighed og konkurrenceevne.

I *EY's overtagelse af KPMG Danmark*¹²⁸ fandt Konkurrencerådet, at fusionen ville begrænse konkurrencen på flere markeder. Revisionsbranchen var kendetegnet ved fire store revisionshuse, som hver især var tilknyttet et af de fire store globale revisionsnetværk. En forestående EU-regulering ville betyde, at ét af de fire store revisionshuse ofte ville blive forhindret i at byde på konkrete opgaver, idet der blev indført regler om skift af revisor hvert tiende år. Fusionen ville derfor medføre, at antallet af reelle konkurrenter ville falde fra tre til to, hvilket ville reducere både konkurrencepresset og kundernes valgmuligheder samt medføre risiko for prisstigninger. Derudover havde KPMG International efter offentliggørelsen af den planlagte fusion etableret en ny revisionsvirksomhed i Danmark, KPMG 2014/Accura Tax ("KPMG 2014"), som arbejdede hen mod at blive en reel konkurrent til de store danske revisionshuse og dermed ville kunne lægge et konkurrencepres på fusionsparterne. Konkurrencerådet vurderede dog, at der var væsentlige usikkerheder forbundet med KPMG 2014's etablering på det danske marked, og at det var afgørende for KPMG 2014 at kunne rekruttere kvalificerede medarbejdere. For at lette KPMG 2014's adgang til at etablere sig på det danske marked, afgav fusionsparterne tilsagn om, at en række af deres medarbejdere helt eller delvist skulle frigøres fra deres eventuelle kunde- og konkurrenceklausuler, opsigelsesvarsler og bestemmelser om non-solicitation. Konkurrencerådet fandt, at tilsagnene gjorde det muligt for KPMG 2014 at kunne rekruttere medarbejdere og på tilstrækkeligt kort sigt etablere sig på markedet, hvilket ville kunne kompensere for det tab af konkurrencepres, som fusionen ellers ville medføre.

4.3.1.3 Afståelse fra en bestemt adfærd

De ovenfor beskrevne tilsagn består i, at parterne forpligter sig til fremover at agere på en bestemt måde. Fusionsparterne kan omvendt også forpligte sig til at *afstå* fra en bestemt adfærd

¹²⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 7. juli 2008, *Omdannelse af Broadcast Service Danmark A/S til et selvstændigt fungerende joint venture*.

¹²⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 28. februar 2001, *DONG Naturgas A/S' overtagelse af Naturgas Sjælland I/S*.

¹²⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 28. maj 2014, *EY's overtagelse af KPMG Danmark*.

på markedet. Det kan netop være, at fusionen vil sætte parterne i stand til at udnytte deres forøgede markedsstyrke til at forfølge en bestemt adfærd, som kan virke konkurrencebegrænsende. Formålet med et "afståelsestilsagn" er at undgå denne bestemte adfærd.

Afståelsestilsagn kan dog være uhensigtsmæssige, fordi de afholder parterne fra en bestemt adfærd, som i takt med udviklingen på markedet kan vise sig ikke at være problematisk alligevel eller kan skabe nye konkurrenceproblemer. Det er derfor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at sådanne tilsagn kun kan bruges i særlige situationer.

Fra praksis ses accepteret afståelsestilsagn, hvorefter parterne forpligter sig til ikke at sammenkoble salg af deres produkter eller ydelser i form af *bundling* eller *tying*.

I *SE's køb af Boxer*¹²⁹ medførte fusionen øgede markedsandele på markedet for detaildistribution af tv-kanaler og markedet for salg af bredbånd via fastnet. Konkurrencerådet vurderede, at SE efter fusionen ville have både mulighed for og incitament til at betinge salg af Boxers tv-produkter (via DTT-nettet) med salg af SE's bredbånd. En sådan tying af tv- og bredbåndsprодукter ville kunne afskærme SE's konkurrenter fra at kunne tilbyde Boxerkunder et konkurrencedygtigt bredbåndsprодукt. SE forpligtede sig derfor til ikke at betinge salg af tv-produkter via DTT-nettet med salg af bredbånd. Tilsagnet var tidsbegrænset og løb fra tidspunktet for Konkurrencerådets godkendelse i 2017 og frem til april 2020, hvor Boxers sendetilladelse for distribution af tv-produkter via DTT-nettet ville udløbe.

Afståelsestilsagn kan også indebære, at fusionsparterne forpligter sig til ikke at købe bestemte produkter eller ydelser fra bestemte markedsaktører.

I M.6541, *Glencore/Xstrata*¹³⁰ fandt Kommissionen, at fusionen gav anledning til betænkeligheder på markedet for udbud af zinkmetal i Europa. Det skyldtes, at Glencore ville blive den største spiller på markedet for forsyning af zinkmetal i EØS og kun have få konkurrenter. Kommissionen vurderede desuden, at den fusionerede enheds markedsstyrke sandsynligvis var endnu højere, end markedsandelen antydede, hvilket bl.a. skyldtes en eksklusiv aftale mellem Glencore og den næststørste spiller på markedet, Nyrstar. Eksklusivaftalen medførte, at Nyrstar ikke kunne markedsføre sig på markedet uafhængigt af Glencore, og at Nyrstar som den største konkurrent til Glencore dermed kontraktmæssigt var udelukket fra markedet. Som følge af begrænset produktionskapacitet hos konkurrenterne og eksklusiv aftalen mellem Nyrstar og Glencore ville Glencore efter fusionen besidde så stor en del af markedet, at der kun ville være 7 pct. af den samlede kapacitet på markedet tilbage til konkurrenterne. Glencore afgav tilsagn om at opsigte eksklusiv aftalen med Nyrstar og forpligtede sig derudover til i en 10-årig periode ikke at købe zinkmetal af Nyrstar, hverken direkte eller indirekte. Det fremgår i øvrigt af afgørelsen, at tilsagnet ifølge Kommissionens opfattelse havde strukturel karakter, idet det påvirkede markedet på en måde, der var sammenlignelig med virkningerne af et frasal.¹³¹

¹²⁹ Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2017, *SE's køb af Boxer*.

¹³⁰ Kommissionens afgørelse af 22. november 2012 i M.6541, *Glencore/Xstrata*.

¹³¹ Jf. Kommissionens afgørelse af 22. november 2012 i M.6541, *Glencore/Xstrata*, præmis 528.

Fra praksis ses derudover accepteret tilsagn, hvorefter fusionsparterne forpligtede sig til at afstå fra at indgå eksklusivaftaler og benytte konkurrenceklausuler med visse samhandelspartnere.

I *CVC's overtagelse af Matas*¹³² forpligtede CVC sig til (i) ikke at indgå eksklusivaftaler med leverandører af high end-kosmetik, (ii) ikke at hindre konkurrenters adgang til lejemål gennem eksklusivaftaler med udlejere og (iii) ikke at pålægge visse butiksindehavere konkurrenceklausuler. Tilsagnene sikrede, at fusionen ikke ville få afskærmende virkninger over for parternes konkurrenter.

4.3.1.4 Afskæring af adgang til konkurrencefølsomme oplysninger

Der har i praksis været anvendt tilsagn, som afskærer fusionsparterne fra at få adgang til konkurrencefølsomme oplysninger. Denne type tilsagn betegnes typisk som "Chinese Walls". Formålet med dem er at forhindre spredningen af konkurrencefølsomme oplysninger, så oplysningerne ikke kan bruges til at begrænse konkurrencen.

Chinese Walls har typisk været anvendt ved etableringen af joint ventures, hvor der kan være risiko for deling af konkurrencefølsomme oplysninger mellem joint venturet og moderselskaberne. Det samme gælder for vertikale fusioner mellem upstream- og downstream-virksomheder, der har adgang til konkurrencefølsomme oplysninger om hinandens konkurrenter.

Udfordringen med disse tilsagn er dog, at deres effektivitet er tvivlsom. Dels afhænger deres effektivitet i høj grad af parternes og deres medarbejders incitament til at opfylde tilsagnet, dels er det vanskeligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at overvåge dem.

Styrelsen er derfor generelt tilbageholdende med at acceptere sådanne tilsagn, med mindre særlige forhold gør sig gældende. Dette er på linje med praksis fra både Kommissionen¹³³ og en række andre konkurrencemyndigheder¹³⁴. Styrelsen har i praksis kun accepteret tilsagn om afskæring af konkurrencefølsomme oplysninger, når de har været anvendt til at supplere andre tilsagn.

I *Etableringen af TV 2 Sport*¹³⁵ fandt Konkurrencerådet, at der kunne være risiko for koordinering og udveksling af konkurrencefølsomme oplysninger mellem de to moderselskaber TV 2 og MTG, og mellem moderselskaberne og joint venturet TV 2 Sport. TV 2 og MTG afgav derfor en række tilsagn, der vedrørte deres rolle i TV 2 Sport. De forpligtede sig således til at sammensætte en uafhængig bestyrelse og direktion i TV 2 Sport, ligesom de begrænsede deres indflydelse på TV 2 Sports generalforsamling. Tilsagnet indskrænkede dermed TV 2's og MTG's mulighed for at involvere sig i den strategiske og kommercielle drift af TV 2 Sport. Tilsagnet forhindrede ligeledes de to moderselskaber i at udveksle konkurrencefølsomme oplysninger gennem TV 2 Sport.

¹³² Konkurrencerådets afgørelse af 31. januar 2007, *CVC's overtagelse af Matas A/S og en række Matas-butikker*.

¹³³ Jf. bl.a. EU-Kommissionens bidrag til en OECD roundtable om fusionstilsagn: "OECD, Remedies in Merger Cases, DAF/COMP(2011)13, 30-Jul-2012" (side 237), som er tilgængelig her: <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>.

¹³⁴ Fx Bundeskartellamt, *Guidance on Remedies in Merger Control*, 2017.

¹³⁵ Konkurrencerådets afgørelse af 11. april 2007, *Etableringen af TV 2 Sport*.

I *Danish Agro a.m.b.a.'s erhvervelse af enekontrol over Dan Agro Holding A/S*¹³⁶ afgav parterne tilsagn om Chinese Walls, som skulle supplere nogle af de øvrige tilsagn. Tilsagnet gik ud på at etablere Chinese Walls mellem upstream-organisationen i indkøbsselskabet DLA og downstream-organisationen i Danish Agro, hvilket skulle modvirke udveksling eller videregivelse af konkurrencefølsomme oplysninger. Danish Agro ville dermed blive afskåret fra viden om konkurrenternes indkøb gennem DLA, hvilket ville opretholde den effektive konkurrence på downstream-markedet på niveauet før fusionen.

I *Fusionen mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*¹³⁷ blev SE og Eniig sammensmeltet til én virksomhed, Norlys. Eniig havde før fusionen engrosselskabet "OpenNet", hvorigennem fiberselskaber kunne udleje deres fibernet til service providere inden for bredbånd og tv. Konkurrencerådet fandt bl.a., at ejerskabet af OpenNet kunne medføre, at Norlys ville få adgang til konkurrencefølsomme oplysninger om konkurrenter både på markedet for engrossalg af bredbåndsforbindelser og på markederne for detailsalg af tv-kanaler og bredbåndsforbindelser via fibernet. Fusionsparterne forpligtede sig til at etablere og opretholde Chinese Walls mellem Norlys og OpenNet, således at Norlys ikke gennem OpenNet ville få adgang til fortrolige oplysninger om konkurrerende virksomheder. Derudover forpligtede parterne sig til at sikre, at OpenNet som udgangspunkt ikke ville deltage i kommercielle forhandlinger mellem eksterne service providere og eksterne netejere, ligesom der ikke måtte være personsammenfald mellem medarbejdere i OpenNet og Norlys. Medarbejdere skulle derfor underskrive en tidsubegrænset tavshedspligt om fortrolige oplysninger. Parterne forpligtede sig endvidere til at anvende forskellige it-systemer i virksomhederne, til at destruere fortrolige oplysninger om konkurrerende virksomheder og til at opretholde adgangskontrol til OpenNets lokaler. Alle de konkurrerende virksomheder, som havde adgang til parternes fibernet gennem OpenNet-plattformen, fik adgang til at overvåge tilsagnets overholdelse gennem uafhængige audits.

4.3.1.5 Andre adfærdsmæssige tilsagn

Både Konkurrencerådet, Kommissionen og udenlandske konkurrencemyndigheder har accepteret adfærdsmæssige tilsagn, der ligger uden for de ovennævnte kategorier. Nedenfor er der en række eksempler på disse tilsagnstyper.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens erfaring, at det kan være svært at forudse virkningerne af flere af de nedenstående eksempler, ligesom de kan risikere at lægge et utilsigtet bånd på fusionsparterne. Det er derfor styrelsens opfattelse, at de generelt skal bruges med forsigtighed og kun kan accepteres, når særlige forhold gør sig gældende. Det kan fx være tilfældet, hvis konkurrenceproblemet kun er aktuelt i en kort periode, eller hvis markedet er præget af regulering eller andre særlige karakteristika.

Tilsagn vedrørende øget gennemsigtighed

Fra praksis ses tilsagn, som har til formål at skabe øget gennemsigtighed for forbrugerne på et marked. Et sådant tilsagn kan være særligt relevant på markeder, hvor virksomhedernes varer eller ydelser har en kompleks karakter og er svære for forbrugerne at sammenligne.

¹³⁶ Konkurrencerådets afgørelse af 24. juni 2015, *Danish Agro a.m.b.a.'s erhvervelse af enekontrol over Dan Agro Holding A/S*.

¹³⁷ Konkurrencerådets afgørelse af 25. juni 2019, *Fusion mellem SE a.m.b.a. og Eniig a.m.b.a.*

I *Trygs køb af Alka*¹³⁸ forpligtede fusionsparterne sig til i en periode på fem år at betale et årligt beløb på fem mio. kr. til Forsikringsguiden, som er et samarbejde mellem Forsikring & Pension og Forbrugerrådet Tænk. Det økonomiske tilskud var øremærket til markedsføring og forbedring af guiden. Konkurrencerådet vurderede, at tilsagnet kunne bidrage til at styrke konkurrencen på forsikringsmarkedet gennem bl.a. øget fokus på pris som en parameter for forsikringskundernes valg af forsikring. Tilsagnet fandtes at være med til at opveje det tab af en vigtig konkurrenceskabende faktor, som fusionen ville medføre. Konkurrencerådet lagde særlig vægt på, at den økonomiske støtte til Forsikringsguiden var af en betydelig størrelse i forhold til Forsikringsguidens samlede budget. Tilsagnet var derudover ét element i en samlet tilsagnspakke, som tilsammen fjernede konkurrenceproblemet.

I M.3099, *Areva/Urenco/ETC JV*¹³⁹ forpligtede parterne sig til ved efterspørgsel at give oplysninger om deres nuværende og fremtidige kontrakter til ESA (Eurotom Supply Agency), som er et EU-organ under Kommissionens tilsyn. Oplysningerne kunne omfatte kontraktvilkår, priser, betalingsvilkår m.v., men var ikke begrænset hertil, idet tilsagnet gav ESA ret til at kræve alle relevante oplysninger om parternes kontrakter. Med tilsagnet fik ESA bl.a. mulighed for at overvåge udviklingen i parternes priser på beriget uran tæt.

Tilsagn vedrørende leverings- og købsforpligtelser

Fra praksis ses også tilsagn, der indeholder en pligt for fusionsparterne til enten at udbyde, levere eller aftage visse produkter eller ydelser. Pligten kan fx bestå i at opretholde udbuddet af et produkt, som er væsentligt for forbrugerne, eller at opretholde leveringen af et produkt, som er et essentielt input for virksomheder på downstream-markedet. Omvendt kan et tilsagn også bestå i, at parterne forpligter sig til at købe produkter fra en anden virksomhed på markedet, for at sikre dennes levedygtighed på markedet.

Leverings- og købsforpligtelser er i praksis både accepteret som selvstændige og supplerende tilsagn. Hvis parterne afgiver tilsagn om frasalget af en virksomhed, kan det fx være nødvendigt at understøtte frasalget med et tilsagn om en midlertidig leverings- eller købsforpligtelse, som skal sikre, at den frasolgte virksomhed forbliver levedygtig. Dette er dog kun nødvendigt, hvis den frasolgte virksomhed er afhængig af fusionsparternes produkter eller ydelser, eller af at have parterne som kunder.

Styrelsen er generelt varsom med at acceptere tilsagn, der indeholder leverings- og købsforpligtelser. Det skyldes, at de indeholder en risiko for, at parternes handlemuligheder hæmmes, hvis markedet ændrer sig. Parterne kan fx blive hindret i at tilpasse deres produktudbud og forretning, hvis efterspørgselsmønstrene skifter. Dette kan være uhensigtsmæssigt for både parterne, konkurrencen og i sidste ende forbrugerne. Derudover skal det holdes for øje, at det overordnede formål med tilsagn er at beskytte konkurrencen, ikke konkurrenterne. Tilsagn om leverings- og købspligt kan derfor kun accepteres under særlige omstændigheder.

¹³⁸ Konkurrencerådets afgørelse af 5. november 2018, *Trygs køb af Alka*.

¹³⁹ Kommissionens afgørelse af 6. oktober 2004 i M.3099, *Areva/Urenco/ETC JV*.

I *SE's køb af Boxer*¹⁴⁰ afgav SE tilsagn om, at Boxer i en periode på ca. tre år efter fusionen skulle opretholde sit udbud af frit valg-produkter til tv-forbrugerne i et omfang, der svarede til udbuddet på fusionstidspunktet. Konkurrencerådet lagde i sin afgørelse særlig vægt på frit valg-produkternes betydning på tv-markedet, og at tilsagnet alene skulle gælde i en kortere periode på ca. tre år frem til udløbet af Boxers sendetilladelse.

I M.1673, *VEBA/VIAG*¹⁴¹ forpligtede fusionsparterne sig til dels at frasælge deres respektive aktieposter i virksomheden VEAG, dels at vedblive med at købe elektricitet fra VEAG i en periode på syv år. Omfanget af købsforpligtelsen blev gradvist nedsat i perioden. Tilsagnet havde til formål at sikre VEAG's fortsatte eksistens på markedet.

Tilsagn vedrørende prissætning

I praksis ses i særlige tilfælde anvendt tilsagn, der angår fusionsparternes fremtidige prissætning. Sådanne tilsagn kan eksempelvis gå ud på, at parterne forpligter sig til en bestemt pris eller et prisloft for visse produkter eller tjenesteydelser, hvad enten det er i form af et beløb eller en procentsats. Styrelsen er ligesom flere andre konkurrencemyndigheder¹⁴² særdeles varsom med at acceptere sådanne tilsagn, da de bl.a. kan få skadelige virkninger for konkurrencen, herunder hvis parternes konkurrenter fx tilpasser deres priser herefter, så priskonkurrencen svækkes. Nogle konkurrencemyndigheder har endda som generelt standpunkt, at de ikke accepterer pristilsagn.¹⁴³

Pristilsagn anses således generelt for at være vidtgående og for at kunne hæmme parternes muligheder for at operere effektivt på markedet, hvis det ændrer sig. Derudover kan pristilsagn omgås ved, at parterne mindsker kvaliteten af den vare eller tjenesteydelse, som tilsagnet omfatter, til skade for kunderne. Pristilsagn kan desuden være svære og ressourcekrævende for styrelsen at overvåge. Det er derfor styrelsens generelle holdning, at der skal foreligge helt særlige omstændigheder for at regulere priser via tilsagn.

I den tidligere nævnte *SE's køb af Boxer*¹⁴⁴, afgav SE et tidsbegrænset tilsagn om priser og vilkår for Boxers frit valg-produkter på tv-markedet. Med tilsagnet forpligtede SE sig til ikke at hæve priserne på Boxers frit valg-produkter. Tilsagnet udstrakte i princippet blot den regulering, som Boxer allerede var underlagt på sine tv-pakker i medfør af sin sendetilladelse fra Radio- og Tv-nævnet, til også at omfatte Boxers frit valg-produkter. Tilsagnet var endvidere tidsbegrænset til en kortere periode på ca. tre år frem til udløbet af Boxers sendetilladelse.

¹⁴⁰ Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2017, *SE's køb af Boxer*.

¹⁴¹ Kommissionens afgørelse af 13. juni 2000 i M.1673, *VEBA/VIAG*.

¹⁴² Jf. Fx Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, U.S. Department of Justice, Antitrust Division, June 2011 og CMA Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (UK), 2018.

¹⁴³ Jf. Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control, 2017, side 14.

¹⁴⁴ Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2017, *SE's køb af Boxer*.

Kapitel 5

Tidsmæssige aspekter og processuelle forhold

5.1 Udformning af tilsagn tager tid

Det er fusionsparterne, der vurderer, om de vil afgive tilsagn, og det er parternes ansvar at formulere tilsagnene. Tilsagn skal afgives, før Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen træffer afgørelse om fusionen.

Det kan være en tidskrævende opgave at udtænke og udforme tilsagn. Når først fusionen er anmeldt, og tidsfristerne løber, kan en tilsagnsproces derfor hurtigt blive tidspresset. Varigheden af tilsagnsprocessen afhænger i høj grad af, hvor beredte parterne er på at afgive de nødvendige tilsagn, og hvor gennemarbejdede tilsagnene er, når styrelsen modtager dem.

Erfaringerne fra styrelsens behandling af fusionssager viser, at det i de fleste sager har taget minimum 1-2 måneder – og oftest længere – fra styrelsen har modtaget det første skriftlige tilsagnsudkast fra parterne, til tilsagnet har foreligget i endelig form godkendt af styrelsen. Det gælder også i fusionssager, hvor tilsagnets indhold har været afklaret tidligt, men hvor det har taget tid at få formuleret tilsagnet tilstrækkeligt præcist.

Når en tilsagnsproces ofte er tidskrævende, er det fordi, den i praksis indebærer en række trin og involverer en række forskellige aktører. De mange trin skyldes, at det er helt afgørende, at tilsagnene er så præcist og detaljeret beskrevet, at de kan håndhæves i praksis.

Først er der en intern proces hos parterne, hvor der overvejes mulige tilsagnsløsninger. Herefter vil parterne typisk præsentere styrelsen mundtligt for deres forslag til tilsagn, og styrelsen og parterne vil have en dialog herom. På den baggrund vil parterne udarbejde et første skriftligt udkast til tilsagn, som sendes til styrelsen. Styrelsen gennemgår tilsagnsudkastet og giver bemærkninger til det, hvilket oftest vil gentage sig flere gange – afhængig af hvor gennemarbejdet tilsagnsudkastet er. Når der herefter foreligger et endeligt tilsagn fra parterne, vil styrelsen som udgangspunkt foretage en ekstern marketest af tilsagnet (se afsnit 5.4 nedenfor). Undervejs i processen vil tilsagnsudkastet blive drøftet på Konkurrencerådets møder, og styrelsen videregiver rådets eventuelle bemærkninger og spørgsmål til parterne.

Det er vigtigt, at parterne afsætter god tid til en eventuel tilsagnsproces, så tilsagnet kan nå at komme på plads inden for de formelle tidsfrister, som gennemgås nedenfor i afsnit 5.3. Hvis fusionen viser sig at medføre konkurrenceproblemer, opfordrer styrelsen derfor parterne til både at overveje, foreslå og afgive tilsagn i god tid inden fristernes udløb. Parterne anbefales desuden at tilkendegive en eventuel interesse i at drøfte tilsagn over for styrelsen tidligt, så tilsagnsprocessen kan blive tilrettelagt så hensigtsmæssigt som muligt.

5.2 Fusionsparterne kan fremskynde tilsagnsprocessen

Fusionsparterne kan allerede før anmeldelse af fusionen undersøge og overveje tilsagn

Fusionsparterne og deres rådgivere kan i høj grad selv medvirke til at fremskynde en eventuel tilsagnsproces. Parterne kan fx allerede før anmeldelse af fusionen undersøge, om fusionen umiddelbart vil kunne medføre konkurrenceproblemer, og i så fald overveje mulige tilsagnsløsninger herpå.

Parterne kan eksempelvis undersøge praksis om det relevante marked, som kan vise, om tidligere fusioner på markedet har givet anledning til konkurrenceproblemer og i så fald hvilke. Praksis kan også vise, hvilke tilsagn der har løst konkurrenceproblemerne. Hvis parterne er konkurrenter, kan de derudover undersøge konkurrencepresset mellem dem for derved at få en ide om, hvorvidt de er tætte konkurrenter. Hvis de er tætte konkurrenter, kan det øge sandsynligheden for, at der identificeres konkurrenceproblemer ved fusionen. Det kan fx ske ved at beregne diversion ratios mellem parterne.¹⁴⁵

Hvis parternes interne undersøgelser peger i retning af, at fusionen kan medføre konkurrenceproblemer, er det en god ide, hvis parterne også allerede på dette tidspunkt gør sig overvejelser om mulige tilsagnsløsninger. Overvejelserne kan ske med udgangspunkt i de forhold, der blev nævnt i afsnit 3.1.1, og de eksempler på tilsagn, der blev gennemgået i kapitel 4. Ved at overveje mulige tilsagnsløsninger inden anmeldelse af fusionen, kan parterne optimere en eventuel senere tilsagnsproces.

Fusionsparterne kan bruge tilsagnsovervejelserne senere i fusionsprocessen

Når parterne har anmeldt fusionen til styrelsen, vil styrelsen undersøge hvilke virkninger, fusionen kan forventes at få for konkurrencen. Hvis styrelsen vurderer, at der skal indledes en særskilt undersøgelse af fusionen, vil fusionsbehandlingen overgå til fase II, jf. afsnit 5.3 nedenfor.

Hvis fusionen overgår til fase II, vil styrelsen sende parterne en meddelelse om betænkeligheder. Meddelelsen beskriver de konkurrenceproblemer, som styrelsen umiddelbart vurderer, at fusionen vil kunne medføre. Parterne bliver dermed skriftligt bekendt med de konkurrenceproblemer, som styrelsen umiddelbart har identificeret. Meddelelsen om betænkeligheder giver samtidig parterne et grundlag at overveje tilsagnsløsninger ud fra.

Styrelsen anbefaler, at parterne umiddelbart efter modtagelsen af meddelelsen om betænkeligheder (gen)overvejer mulige tilsagnsløsninger og starter en dialog med styrelsen herom.

Det bemærkes i den forbindelse, at parternes forslag til eller afgivelse af tilsagn ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at parterne er enige i styrelsens foreløbige vurdering af fusionen og de identificerede konkurrenceproblemer. Det bemærkes derudover, at styrelsen som nævnt er underlagt det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip.¹⁴⁶

5.3 Proces og tidsfrister

Konkurrenceloven fastsætter ikke nogen særlig proces for afgivelse af tilsagn, og processen afhænger derfor af den enkelte fusionssag. Det er typisk mest hensigtsmæssigt, både i forhold til tid og ressourcer, hvis fusionsparterne starter med at drøfte et oplæg til tilsagn mundtligt med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, før de formulerer tilsagn på skrift. Af de samme grunde anbefales parterne også at vente med at afgive underskrevne tilsagn, indtil både indholdet og formuleringen af dem er afstemt med styrelsen.

Behandlingen af en fusionssag er opdelt i to faser: fase I og fase II. Herudover er der ofte en prænotifikationsfase, som ligger forud for fase I.

¹⁴⁵ For mere info om diversion ratios se fx Konkurrencerådets afgørelse 27. september 2017, *SE's køb af Boxer*, og Konkurrencerådets afgørelse af 5. november 2018, *Trygs køb af Alka*.

¹⁴⁶ Læs nærmere herom i afsnit 3.2.4.

Prænotifikationsfasen er en frivillig fase, hvor der ikke gælder nogen frister, og hvor fusionsparterne ofte sender et udkast til anmeldelse af fusionen til styrelsen. Denne fase ophører, når parterne sender en endelig anmeldelse af fusionen til styrelsen.

Fase I begynder at løbe, når 1) anmeldelsen er fuldstændig, og 2) styrelsen har modtaget dokumentation for betaling af anmeldelsesgebyret. Fristen i fase I er på 25 hverdage, jf. konkurrencelovens § 12 d, stk. 1. Hvis de undersøgelser, som styrelsen foretager i fase I, viser, at fusionen ikke vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt, vil fusionen blive godkendt i fase I.

Hvis styrelsen derimod er nødt til at foretage yderligere undersøgelser af fusionen, fx markedsundersøgelser, og disse undersøgelser ikke kan afsluttes i fase I, overgår fusionsbehandlingen til fase II. Her begynder en ny frist for styrelsens videre behandling af fusionen, idet styrelsen efter konkurrencelovens § 12 d, stk. 2, skal afgøre fusionen senest 90 hverdage fra beslutningen om at indlede den særskilte undersøgelse af fusionen (fase II-beslutningen).

Parterne kan afgive tilsagn i både prænotifikationsfasen, fase I og fase II. Hvis parterne tilbyder tilsagn i *fase I*, kan fristen på 25 hverdage forlænges til 35 hverdage, jf. konkurrencelovens § 12 d, stk. 1, 2. pkt. Hvis parterne tilbyder tilsagn i *fase II*, og der er forløbet 70 hverdage eller mere fra beslutningen om at indlede en særskilt undersøgelse af fusionen, vil fristen på 90 hverdage blive forlænget med 20 hverdage, jf. konkurrencelovens § 12 d, stk. 3. De nævnte frister forlænges, uanset om parterne tilbyder nye eller reviderede tilsagn.

Tilsagn skal dog under alle omstændigheder være kommet frem til styrelsen senest 90 hverdage fra beslutningen om at indlede en særskilt undersøgelse, jf. konkurrencelovens § 12 d, stk. 5. Det er dermed ikke muligt for parterne at afgive hverken nye eller reviderede tilsagn efter udløbet af fristen på 90 hverdage. Det gælder uanset, at fristen er blevet forlænget efter konkurrencelovens § 12 d, stk. 3 eller 4, og derfor endnu ikke er udløbet.

Styrelsen kan dog i særlige tilfælde vurdere ændringer i allerede afgivne tilsagn, der kommer frem til styrelsen efter udløbet af de 90 hverdage, og hvor fristen er blevet forlænget, jf. konkurrencelovens § 12 d, stk. 5, 2. pkt. Det kan fx være tilfældet, hvis en markedstest har peget på, at det afgivne tilsagn ikke er egnet til at løse konkurrenceproblemet. Hvis styrelsen finder det muligt og hensigtsmæssigt, kan styrelsen i sådanne særlige tilfælde acceptere parternes mindre justeringer i tilsagnet som følge heraf, selvom det reviderede tilsagn dermed først kommer frem til styrelsen efter udløbet af de 90 hverdage (men inden for fristforlængelsesperioden).

5.4 Markedstest af tilsagn

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil som udgangspunkt få afprøvet parternes tilsagn hos relevante markedsaktører via en markedstest.¹⁴⁷ De relevante markedsaktører er tredjeparter og vil ofte være konkurrenter, kunder og leverandører, men kan også være andre markedsaktører med indsigt i branchen.

Styrelsens formål med markedstesten er at få belyst tilsagnets forventede effekt på markedet og dermed vurdere, om tilsagnet er tilstrækkeligt til at eliminere de identificerede konkurrenceproblemer. Ved at teste tilsagnet hos markedsaktører med markedskendskab sikrer styrelsen også, at der kommer en "markedsvinkel" på tilsagnet, som kan gøre styrelsen opmærksom på

¹⁴⁷ Styrelsen kan undlade at markedsteste tilsagn, hvis det skønnes unødvendigt, fx fordi styrelsen vurderer, at tilsagnet ikke afhjælper de identificerede konkurrenceproblemer.

eventuelle mangler, uklarheder, omgåelsesmuligheder eller andre uhensigtsmæssigheder ved tilsagnet. Markedstesten er derfor ofte et væsentligt input, når styrelsen skal vurdere tilsagn.

Markedstesten udføres som hovedregel ved, at styrelsen sender tilsagnet direkte i høring til de relevante markedsaktører sammen med eventuelle spørgsmål.¹⁴⁸ Styrelsen kan også vælge at offentliggøre tilsagnet på sin hjemmeside og samtidig opfordre markedsaktører til at komme med deres bemærkninger hertil. Styrelsen giver markedsaktørerne en rimelig svarfrist og vil herefter tage de indkomne svar i betragtning. Hvis der kommer kritiske svar, kan styrelsen finde det nødvendigt at afholde opfølgende møder med de relevante markedsaktører.

Styrelsen orienterer parterne om resultaterne af markedstesten og meddeler dem, hvis styrelsen på baggrund af markedstesten vurderer, at tilsagnet ikke er tilfredsstillende. Hvis parterne ønsker at imødekomme kritikken i markedstesten, kan de ændre tilsagnet, forudsat at dette er muligt inden for de lovfastsatte frister som nævnt ovenfor. Parterne kan også vælge at foreslå et nyt tilsagn. Hvis parterne fremlægger sådanne ændrede eller nye tilsagn, kan der blive behov for en ny markedstest.

Styrelsen kan derudover finde det nødvendigt at få testet tilsagnet af uafhængige fagfolk med særlig ekspertise, fx investeringsrådgivere.¹⁴⁹ Det kan fx være relevant, hvis parterne afgiver frasalgstilsagn, og styrelsen har brug for bistand til at vurdere den frasalgte enheds levedygtighed.

Processen med at teste tilsagn er typisk tidskrævende, da den dels involverer tredjeparter, som skal have rimelig tid til at afgive svar, og dels kan give anledning til, at parterne skal revidere tilsagnet.

¹⁴⁸ Styrelsen kan i medfør af konkurrencelovens § 15 e, offentliggøre dokumenter, der indgår i sagsbehandlingen, og hvortil der er behov for tredjeparters bemærkninger.

¹⁴⁹ Jf. fx Konkurrencerådets afgørelse af 16. august 2017, *Imerco Holding A/S' erhvervelse af enekontrol over Inspiration A/S*.

Kapitel 6

Regler, links m.v.

6.1 Relevante regler, vejledninger, skabeloner m.v.

Regler og forarbejder

De danske regler om fusionskontrol fremgår af kapitel 4 i konkurrenceloven¹⁵⁰. De specifikke bestemmelser om fusionstilsagn fremgår af konkurrencelovens § 12 e. De relevante lovforarbejder om tilsagn findes i FT 1999-2000, tillæg A, og FT 2004-05 (1. samling), tillæg A.

De EU-retlige regler om fusionskontrol fremgår af fusionsforordningen¹⁵¹. De specifikke bestemmelser om fusionstilsagn fremgår af fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, og artikel 8, stk. 2.

Kommissionens meddelelse om tilsagn

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer tilsagn, sker det bl.a. i lyset af praksis fra Kommissionen og Den Europæiske Unions Domstol (Retten og Domstolen), som er vejledende for styrelsen. Kommissionens praksis er bl.a. udtrykt i dens meddelelse om tilsagn¹⁵².

Styrelsens analyse af tilsagn i fusionssager

Styrelsen har som nævnt fået udarbejdet en analyse af tilsagn i en række tidligere fusionssager¹⁵³. Analysen er udarbejdet af konsulenthuset Incentive, som har analyseret erfaringerne med tilsagn i seks udvalgte fusionssager fra Danmark. Konklusionerne fra analysen er gennemgået ovenfor i kapitel 4.

Skabeloner for strukturelle tilsagn og trustee-fuldmagt

For at lette fusionsparternes arbejde med at udforme tilsagn har styrelsen oversat Kommissionens skabeloner "*Model text for divestiture commitments*" og "*Model text for trustee mandate*" til dansk¹⁵⁴. Skabelonerne er ikke udtømmende, men parterne kan tage udgangspunkt i både form og indhold, når de skal udforme tilsagn. Den nærmere udformning af tilsagnet skal tilpasses de forhold, der gælder for den konkrete fusion.

Vejledning om fusionskontrol

Styrelsen har udarbejdet en generel vejledning om fusionskontrol¹⁵⁵, som har til formål at informere fusionsparter og deres rådgivere om processen for en fusionssag samt at give et overblik over reglerne om fusionskontrol. Styrelsen anbefaler parterne at læse vejledningen, før de anmelder en fusion til styrelsen.

¹⁵⁰ Lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. marts 2018.

¹⁵¹ Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser.

¹⁵² Kommissionens meddelelse om løsningsforslag, der kan accepteres i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 og Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 ("Kommissionens tilsagnsmeddelelse"). Tilsagnsmeddelelsen kan downloades på op.europa.eu/da/publication-detail/-/publication/c955f744-19dc-4bf6-8c29-5b6bc1a8875c/

¹⁵³ "Ex post-analyse af tilsagn i fusionssager" kan downloades på www.kfst.dk/konkurrenceforhold/analyser

¹⁵⁴ Skabelonerne kan downloades på www.kfst.dk/konkurrenceforhold/vejledninger

¹⁵⁵ Vejledningen "Fusionskontrol" kan downloades på www.kfst.dk/konkurrenceforhold/vejledninger