



Datum van inontvangstneming : 24/01/2017

Zaak C-633/16

Samenvatting van een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

7 december 2016

Verwijzende rechter:

Sø- og Handelsretten (Denemarken)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 november 2016

Verzoekende partij:

Ernst & Young P/S

Verwerende partij:

Konkurrencerådet

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

In de zaak voor Sø- og Handelsretten (rechter in maritieme en handelszaken) is de vraag aan de orde of Ernst & Young P/S heeft gehandeld in strijd met de opschortingsregel van §12 c, lid 5, van de Konkurrencelov (Deense mededingingswet), die volgens de voorbereidende werkzaamheden voor die bepaling moet worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, doordat KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, na met een reeks Ernst & Young-ondernemingen een concentratieovereenkomst te hebben gesloten onder meer onder de voorwaarde dat een samenwerkingsovereenkomst met KPMG International Cooperative zou worden beëindigd, laatstgenoemde overeenkomst heeft beëindigd voordat de fusieovereenkomst was goedgekeurd door de Deense mededingingsautoriteiten.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Verzoek op grond van artikel 267, lid 2, VWEU om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van het in het Unierecht neergelegde verbod om een concentratie tot stand te brengen zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard (artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen („EG-concentratieverordening”).

Prejudiciële vragen

1. Aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of het gedrag of het handelen van een onderneming valt onder het verbod van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de opschortingsregel), en veronderstelt een totstandbrengingshandeling in de zin van artikel 7, lid 1, dat het handelen geheel of ten dele, feitelijk of rechtens, deel uitmaakt van de controlewijziging of concentratie van de lopende activiteiten van de deelnemende ondernemingen, waarvoor – indien de drempelwaarden vervuld zijn – de aanmeldingsplicht geldt?
2. Kan de beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst zoals in het onderhavige geval, die wordt gedaan in omstandigheden zoals die omschreven in de verwijzingsbeslissing, een totstandbrengingshandeling vormen waarvoor het verbod van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 van de Raad geldt, en aan de hand van welke criteria moet dat in voorkomend geval worden beoordeeld?
3. Maakt het voor de beantwoording van de tweede vraag verschil of de beëindiging feitelijk heeft geleid tot mededingingsrechtelijk relevante markteffecten?
4. Voor het geval de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord: aan de hand van welke criteria en met welke graad van waarschijnlijkheid moet in het gegeven geval worden bepaald of de beëindiging tot dergelijke markteffecten heeft geleid en in hoeverre het mogelijk is dat die effecten kunnen worden toegeschreven aan andere oorzaken?

Aangevoerde voorschriften van Unierecht

Verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen („EG-concentratieverordening”) (PB 2004, L 24, blz. 1), inzonderheid artikel 7, lid 1.

Arresten van het Gerecht T-332/09, Electrabel (EU:T:2012:672, punten 246-247 en 280), T-411/07, Aer Lingus Group (EU:T:2010:281, punten 79 en 83) en T-3/93, Air France (EU:T:1994:36).

Aangevoerde nationale voorschriften

Konkurrenceloven (lovbekendtgørelse nr. 869 van 8/7/015) (wet op de mededinging, bekendmaking nr. 869 van 8 juli 2015), inzonderheid § 12 c:

„1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelse (Deense mededingingsautoriteit) beslist of een concentratie wordt goedgekeurd of verboden.

2. Een concentratie die de werkelijke mededinging niet op significante wijze belemmert inzonderheid doordat zij een machtspositie in het leven roept of versterkt, moet worden goedgekeurd. Een concentratie die de werkelijke mededinging op significante wijze belemmert inzonderheid doordat zij een machtspositie in het leven roept of versterkt, moet worden verboden.

[...]

5. Een onder de bepalingen van de onderhavige wet vallende concentratie mag pas tot stand worden gebracht nadat zij is aangemeld en goedgekeurd door de mededingingsautoriteit.

[...]”

Blijkens de voorbereidende werkzaamheden voor § 12 c zijn de Deense voorschriften betreffende het toezicht op concentraties gebaseerd op de EG-concentratieverordening en moeten zij dienovereenkomstig worden uitgelegd zowel voor de definitie en de inhoud van het begrip concentratie als voor de regel betreffende de opschorting van de tenuitvoerlegging.

Korte uiteenzetting van de feiten en procedure in het hoofdgeding

- 1 KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab, en KPMG Ejendomme Flintholm K/S (hierna, samen: „KPMG DK”) hebben op 18 november 2013 een concentratieovereenkomst gesloten met Ernst & Young P/S, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited en EYGS LLP (hierna, samen: „EY”) (hierna: „concentratieovereenkomst”).
- 2 Zowel KPMG DK als EY was op dat moment een auditonderneming die audit- en accountancydiensten in Denemarken leverde. Vóór de sluiting van de concentratieovereenkomst was KPMG DK lid van een internationaal netwerk van zelfstandige auditondernemingen: KPMG Internationale Cooperative (hierna: „KPMG International”). KPMG DK was niet in een concern verbonden met of, volgens de opvatting van Ernst & Young P/S, anderszins gecontroleerd door KPMG International in concentratierechtelijke zin. Er bestond tussen KPMG DK

en KPMG International een op 15 februari 2010 gesloten samenwerkingsovereenkomst (hierna: „samenwerkingsovereenkomst”).

- 3 De samenwerkingsovereenkomst geeft de deelnemende ondernemingen onder meer nationaal het uitsluitende recht, in het KPMG-netwerk te worden opgenomen en de warenmerken van KPMG International voor marketingdoeleinden te gebruiken. De samenwerkingsovereenkomst bevat ook bepalingen voor onder meer de toekenning van klanten, de verplichting service te verlenen aan klanten uit het buitenland en de jaarlijkse vergoeding voor deelneming aan de samenwerking. De samenwerkingsovereenkomst stelt als voorwaarde dat er op geen enkel moment een partnerschap/joint venture met de deelnemende auditondernemingen bestaat. De samenwerkingsovereenkomst voorziet dus in vrijwillige, maar geïntegreerde samenwerking tussen de deelnemende auditondernemingen, waaronder deze ondernemingen werken volgens dezelfde standaarden en normen en tegenover de klant een gezamenlijk netwerk vormen, ook al zijn volgens de opvatting van Ernst & Young P/S de individuele leden zelfstandig en onafhankelijke ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht.
- 4 EY was vóór de concentratie en is ook thans nog een internationaal concern van auditondernemingen. Ingevolge de concentratieovereenkomst moest KPMG DK onmiddellijk na het sluiten van de concentratieovereenkomst haar overeenkomst met KPMG International beëindigen, zodat KPMG DK uit de samenwerking met het netwerk KPMG International kon treden met het oog op de concentratie met EY en om lid te worden van het EY-concern.
- 5 Volgens de statuten van KPMG International moest terugtrekking uit de samenwerking uiterlijk plaatsvinden zes maanden voor het einde van het boekhoudjaar voor de overeenkomsten tussen KPMG DK en KPMG International. Indien KPMG DK op het betrokken tijdstip niet had opgezegd, had zij dus in beginsel een half jaar moeten wachten alvorens op te zeggen.
- 6 In het hoofdgeding wordt niet betwist dat de concentratieovereenkomst moest worden aangemeld, daar EY controle kreeg over KPMG DK en de omzet van de deelnemende ondernemingen de in de Deense mededingingswet neergelegde drempelwaarden overschreed.
- 7 Na op 18 november 2013 de concentratieovereenkomst met EY te hebben ondertekend heeft KPMG DK de samenwerkingsovereenkomst opgezegd per 30 september 2014, eerst door telefonisch de voorzitter van de raad van bestuur van KPMG International vooraf in te lichten, en vervolgens per brief van 18 november 2013 aan KPMG International. Voor die opzegging van de samenwerkingsovereenkomst was geen goedkeuring van de mededingingsautoriteit vereist.

- 8 Het sluiten van de concentratieovereenkomst werd op 19 november 2013 bekendgemaakt. Tussen 19 november 2013 en de goedkeuring van de concentratie vonden een aantal veranderingen plaats op de markt.
- 9 Op 20 november 2013 kondigde KPMG International in een artikel in de Deense krant Business.dk aan dat zij voornemens was op de Deense markt te blijven. Het artikel was toegespitst op de wens van KPMG International, haar aanwezigheid op de Deense markt te behouden. KPMG International besloot onmiddellijk na de bekendmaking van de concentratie op 21 november 2013, een nieuwe auditonderneming, KPMG 2014, op de Deense markt te vestigen, terwijl KPMG International ook een samenwerkingsovereenkomst sloot met de belastingadviesonderneming Accura Taks. Dit gebeurde terwijl de samenwerkingsovereenkomst met KPMG DK nog van kracht was, en de samenwerking fungeerde ondanks de opzegging als voorheen.
- 10 Daarnaast besloten enkele auditklanten, waaronder twee van de allergrootste, de Carlsberg-groep en de Maersk-groep, een wijziging van hun audits voor hun algemene vergadering voor te stellen, zodat KPMG International als hun audit voor het boekjaar 2014 zou fungeren. Tegelijkertijd besloten onder meer Simcorp, Brøndby en Synoptik, KPMG DK om te ruilen voor PWC, terwijl Vestfrost, Danske Spil en Kirkbi van KPMG DK overstapten naar Deloitte. Wanneer de grootste Deense ondernemingen van audit veranderen, gebeurt dit ter gelegenheid van de gewone algemene vergadering, die in de meeste gevallen plaatsvindt aan het begin van het voorjaar omdat ondernemingen het kalenderjaar als boekhoudjaar hebben en omdat volgens het vennootschapsrecht audits moeten worden gekozen op de gewone algemene vergadering.
- 11 KPMG DK en EY startten de procedure voor de prenotificatie onmiddellijk na de aankondiging van de concentratieovereenkomst teneinde goedkeuring voor de concentratie te verkrijgen, en de eerste oriënterende contacten met de Deense mededingingsautoriteit (Konkurrence- og Forbrugerstyrelse; hierna: „KFST”) vonden plaats op 21 november 2013.
- 12 De eerste ontwerpaanmelding werd op 13 december 2013 aan KFST gestuurd. De aanmelding werd voltooid op 7 februari 2014, waarna de concentratie werd goedgekeurd met instemming van de Deense raad voor de mededinging (Konkurrencerådet) bij besluit van 28 mei 2014. Nadat de concentratie was goedgekeurd door de mededingingsraad, kwamen KPMG DK en KPMG International overeen, hun samenwerking per 30 juni 2014 te beëindigen.
- 13 Op 17 december 2014 stelde de raad voor de mededinging vast (hierna: „opschortingsbesluit”) dat KPMG DK de opschortingsregel van de mededingingswet had overschreden door overeenkomstig de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst de samenwerkingsovereenkomst met KPMG International op 18 november 2013 te hebben beëindigd voordat de concentratieovereenkomst was goedgekeurd door de raad voor de mededinging.

- 14 Het opschortingsbesluit is gebaseerd op een algehele beoordeling door KFST van de omstandigheden van de zaak, maar KFST heeft bijzondere betekenis toegekend aan de omstandigheid dat de overeenkomst (i) specifiek betrekking had op een concentratie, (ii) onomkeerbaar was en (iii) potentiële markteffecten had in het tijdvak tussen de opzegging en de goedkeuring van de concentratie, zonder dat deze drie factoren echter een volledige opsomming vormen.
- 15 Wat de potentiële markteffecten betreft werd in het opschortingsbesluit vastgesteld dat er meerdere oorzaken konden zijn voor de vastgestelde markteffecten, daaronder begrepen het feit dat het onmogelijk was, concreet de achtergrond van de marktreacties vast te stellen. Aangezien naar het oordeel van de raad voor de mededinging de opzegging als zodanig potentiële markteffecten had en dus als een totstandkomingshandeling kon worden beschouwd, hoefden geen feitelijke effecten van de opzegging te worden aangetoond.
- 16 Ernst & Young P/S is het niet eens met deze uitlegging van de reikwijdte van de opschortingsregel, de grondslag voor het opschortingsbesluit en de betekenis van de opzegging als achtergrond voor de marktreacties. Als gevolg hiervan heeft Ernst & Young P/S zich op 1 juni 2015 tot het Sø- og Handelsret gewend met het verzoek om nietigverklaring van dat besluit. De beslissing in de hoofdzaak is bovendien van betekenis voor de vraag van de eventuele geldboetes, daar de zaak op 11 juni 2015 door KGST naar de Statsanklager for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (afdeling voor ernstige economische en internationale strafbare feiten van het openbaar ministerie) is verwezen voor eventuele strafvervolgning.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 17 Volgens Ernst & Young P/S betreft deze zaak de uitlegging van de opschortingsregel in een situatie die nog niet eerder is beoordeeld door de Europese Commissie, het Gerecht of het Hof van Justitie. In alle eerdere zaken ging het om een controleovergang in eigenlijke zin of een concentratie van de activiteiten van de deelnemende ondernemingen vóór de goedkeuring van de concentratie.
- 18 Ernst & Young heeft de aandacht gevestigd op drie factoren: (1) het opschortingsbesluit is gegeven op basis van een bijzonder ruime opvatting van de opschortingsregel, aangezien de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst geen totstandbrengingshandeling was zoals dit begrip moet worden opgevat gelet op zijn inhoud en de rechtspraak. In dit verband wordt betoogd dat met de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst geen overgang van controle plaatsvond; (2) Niet de opzegging, maar de bekendmaking van de concentratieovereenkomst heeft markteffecten teweeggebracht; (3) hoe dan ook is niet genoegzaam aangetoond dat de opzegging markteffecten heeft gehad.

- 19 Ernst & Young P/S heeft tot slot betoogd dat in gevallen waarin twijfel bestaat tussen meerdere oorzaken voor beperking van de mededinging, aan de onderneming die de adressaat van het besluit is het voordeel van de twijfel moet worden gegund. In een dergelijke situatie moet in het bijzonder rekening worden gehouden met het vermoeden van onschuld zoals neergelegd in artikel 6, lid 2, van het Europees verdrag voor de rechten van de mens. Gelet op de aard van de aan de orde zijnde overtredingen en de aard en de zwaarte van de betrokken sancties, komt aan het vermoeden van onschuld bijzonder gewicht toe in procedures betreffende overtredingen van de mededingingsregels die kunnen leiden tot de oplegging van geldboetes of dwangsommen aan de betrokken ondernemingen.
- 20 Volgens de raad voor de mededinging hebben EY en KPMG DK, doordat KPMG DK op 18 november 2013 de samenwerking met KPMG International heeft beëindigd, wat een voorwaarde was van de concentratieovereenkomst van 18 november 2013, inbreuk heeft gemaakt op het verbod, een concentratie tot stand te brengen voordat deze is goedgekeurd door de raad voor de mededinging (artikel 12 c, lid 5, van de mededingingswet, dat moet worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 7, lid 1, van de EG-concentratieverordening).
- 21 Volgens de raad voor de mededinging moet bij de beoordeling of een handeling onder het totstandbrengingsverbod valt worden overgegaan tot een algehele beoordeling, waarbij bijzondere – maar niet uitsluitende – aandacht moet uitgaan naar de vraag of de handeling (1) specifiek een concentratie betreft, (2) onomkeerbaar is en (3) potentieel markteffecten heeft. In dit verband wordt betoogd dat niet concreet hoeft te worden aangetoond dat een handeling zuiver feitelijk markteffecten teweeg heeft gebracht of wat de omvang daarvan is.
- 22 De Raad voor de mededinging is in het concrete geval, na een algehele beoordeling van alle omstandigheden, tot het oordeel gekomen dat de opzegging door KPMG DK van de samenwerking met KPMG International en de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst met EY een overtreding van de opschortingsregel van § 12 c, lid 5, van de mededingingswet vormt. Daarbij is in het bijzonder gewicht toegekend aan de volgende factoren:
- de opzegging was onvoorwaardelijk en is gedaan vóór de goedkeuring van de concentratie door de raad voor de mededinging;
 - de opzegging en de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst konden door partijen niet worden teruggedraaid (de opzegging was onomkeerbaar);
 - de opzegging en de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst waren in strategisch opzicht beslissend voor de activiteit zou worden voortgezet in de nieuwe EY, en waren dus een voorwaarde voor de voortzetting van de onderneming;

- de opzegging en de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst waren een commercieel-strategisch belangrijke maatregel, die tot grote onzekerheid voor de toekomst van KPMG DK als auditonderneming in Denemarken zou hebben geleid bij uitblijven van de concentratie met EY;
- de opzegging en de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst maakten het mogelijk dat structurele wijzingen op de markt intraden in het tijdvak tussen de opzegging en de goedkeuring van de concentratie;
- er bestaan aanwijzingen dat de opzegging en de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst zuiver feitelijk tot structurele wijzigingen hebben geleid, waardoor de marktsituatie zich ten tijde van het sluiten van de concentratieovereenkomst onmogelijk kon herstellen;
- de opzegging en de voorwaarde dienaangaande in de concentratieovereenkomst brachten dus het gevaar mee dat geen doeltreffende voorafgaande concentratiecontrole kon plaatsvinden, in strijd met het doel dat § 12 c, lid 5, juist beoogt te waarborgen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 23 Partijen zijn het oneens over de uitlegging van de omvang en de inhoud van het totstandbrengingsverbod neergelegd in § 12 c, lid 5, van de Deense mededingingswet, dat moet worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 7, lid 1, van de EG-concentratieverordening en de Europese rechtspraak.
- 24 De onenigheid betreft inzonderheid de vraag, of de beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst in de omstandigheden zoals hierboven omschreven, onder de opschortingsregel kan vallen.
- 25 Partijen verschillen voorts van mening over de vraag of het voor de beoordeling of bovenbedoelde opzegging een overtreding van de opschortingsregel kan vormen verschil maakt of de opzegging feitelijk markteffecten van mededingingsrechtelijke betekenis heeft gehad.
- 26 Deze vragen zijn in de EU-rechtspraak niet definitief beantwoord. In die omstandigheden stelt Sør- og Handelsretten vast dat de uitlegging van artikel 7, lid 1, van de EG-concentratieverordening onzekerheid oproept, zodat de behandeling van de zaak moet worden geschorst teneinde bovenstaande prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie.