

## II

(Meddelelser)

MEDDELELSER FRA DEN EUROPÆISKE UNIONS INSTITUTIONER OG  
ORGANER

## KOMMISSIONEN

**Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion efter Rådets forordning (EF) Nr. 139/2004  
om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser**

(2008/C 95/01)

## INDHOLDSFORTEGNELSE

	<i>Side</i>
A. INDLEDNING .....	4
B. FUSIONSBEGREBET .....	4
I. Fusioner mellem hidtil uafhængige virksomheder .....	5
II. Kontrollerhvervelse .....	5
1. Kontrolbegrebet .....	5
1.1. En persons eller en virksomheds erhvervelse af kontrol .....	5
1.2. Kontrolmiddel .....	7
1.3. Kontrollens genstand .....	9
1.4. Ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag .....	10
1.5. Forbundne transaktioner .....	12
1.5.1. Sammenhængen mellem artikel 3 og artikel 5, stk. 2, andet afsnit .....	12
1.5.2. Forbundne transaktioner efter artikel 3 .....	12
1.5.3. Serier af værdipapirtransaktioner .....	14
1.5.4. Artikel 5, stk. 2, andet afsnit .....	15
1.6. Intern reorganisering .....	15
1.7. Fusioner med deltagelse af statsejede virksomheder .....	15
2. Enekontrol .....	16

	Side
3. Fælles kontrol .....	17
3.1. Ligelig fordeling af stemmerettighederne eller retten til at udpege medlemmerne af de besluttende organer .....	18
3.2. Vetoret .....	18
3.3. Fælles udøvelse af stemmerettigheder .....	19
3.4. Andre betragtninger i relation til fælles kontrol .....	21
III. Ændringer i kontrollens karakter .....	21
1. Nye kontrollerende aktionærs indtræden .....	22
2. Reduktion af antallet af aktionærer .....	23
IV. Joint ventures – begrebet selvstændigt fungerende joint ventures .....	23
1. Tilstrækkelige ressourcer til at operere selvstændigt på et marked .....	24
2. Ikke blot overtagelse af en af moderselskabernes funktioner .....	24
3. Købs-/salgsrelationer med moderselskaberne .....	24
4. Virksomhed på et varigt grundlag .....	26
5. Ændringer i joint venture-virksomhedens aktiviteter .....	27
V. Undtagelser .....	27
VI. Opgivelse af fusioner .....	29
VII. Ændringer i transaktioner efter en godkendelsesbeslutning fra Kommissionen .....	30
C. FÆLLESSKABSDIMENSION .....	30
I. Tærskelværdier .....	30
II. Begrebet deltagende virksomheder .....	31
1. Generelt .....	31
2. Fusioner .....	31
3. Virksomhedsovertagelser (»kontrolhervelse«) .....	31
III. Relevant dato for afgørelse af jurisdiktionsspørgsmålet .....	35
IV. Omsætning .....	35
1. Omsætningsbegrebet .....	35
2. Ordinær drift .....	36
3. »Nettoomsætningen« .....	37
3.1. Fradrag af rabatter samt af skatter og afgifter .....	37
3.2. Behandlingen af »intern« omsætning .....	37
4. Omsætningsberegning og regnskaber .....	37
4.1. Hovedregel .....	37
4.2. Justeringer efter datoen for de seneste reviderede regnskaber .....	38

	<i>Side</i>
5. Omsætningen i koncerner, jf. artikel 5, stk. 4 .....	39
5.1. Afgørelse af, for hvilke virksomheder omsætningen skal medregnes .....	39
5.2. Allokering af de identificerede virksomheders omsætning .....	42
5.3. Allokering af omsætningen i investeringsfonde .....	42
5.4. Allokering af omsætningen i statsejede virksomheder .....	43
V. Geografisk allokering af omsætningen .....	43
VI. Omregning af omsætningen til euro .....	45
VII. Regler for kreditinstitutter og andre finansielle virksomheder samt forsikringselskaber .....	45
1. Anvendelsesområde .....	45
2. Beregning af omsætningen .....	46
2.1. Beregning af omsætningen i kreditinstitutter og finansielle virksomheder (bortset fra finansielle holdingselskaber) .....	46
2.1.1. Generelt .....	46
2.1.2. Omsætningen i leasingvirksomheder .....	46
2.2. Forsikringselskaber .....	47
2.3. Finansielle holdingselskaber .....	47

## A. INDLEDNING

- (1) Formålet med denne meddelelse er at give en vejledning om jurisdiktionsspørgsmål i forbindelse med Rådets forordning (EF) nr. 139/2004, EFT L 24 af 29.1.2003, s. 1 («fusionsforordningen») <sup>(1)</sup>. Denne formelle vejledning skal sætte virksomhederne i stand til hurtigere og før enhver kontakt med Kommissionen at afklare, hvorvidt og i hvilket omfang deres transaktioner falder ind under Fællesskabets fusionskontrol.
- (2) Denne meddelelse erstatter meddelelsen om fusionsbegrebet <sup>(2)</sup>, meddelelsen om selvstændigt fungerende joint ventures <sup>(3)</sup>, meddelelsen om deltagende virksomheder <sup>(4)</sup> og meddelelsen om beregning af omsætning <sup>(5)</sup>.
- (3) Denne meddelelse afklarer, hvad der skal forstås ved en fusion, et selvstændigt fungerende joint venture og ved deltagende virksomheder, og redegør for, hvordan omsætningen skal beregnes jf. fusionsforordningens artikel 1, 3 og 5. Spørgsmål i forbindelse med henvisning af sager behandles i meddelelsen om henvisning af fusioner <sup>(6)</sup>. Kommissionens fortolkning af artikel 1, 3 og 5 i denne meddelelse foregriber ikke den fortolkning, som EF-Domstolen eller Førsteinstansretten måtte anlægge.
- (4) Den vejledning, der gives i denne meddelelse, afspejler de erfaringer, Kommissionen har haft med anvendelsen af den omarbejdede fusionsforordning og den tidligere fusionsforordning, siden denne trådte i kraft den 21. september 1990. De generelle principper, der gælder i de spørgsmål, som behandles i denne meddelelse, har ikke ændret sig efter ikrafttrædelsen af forordning (EF) nr. 139/2004, men i de tilfælde, hvor der er sket ændringer, redegøres der udtrykkeligt for dem i meddelelsen. Principperne i denne meddelelse vil blive fulgt og videreudviklet af Kommissionen i dens behandling af individuelle sager.
- (5) I overensstemmelse med artikel 1 finder fusionsforordningen kun anvendelse på transaktioner, der opfylder to betingelser. For det første skal der være tale om en fusion mellem to eller flere virksomheder som defineret i fusionsforordningens artikel 3. For det andet skal de deltagende virksomheders omsætning beregnet efter reglerne i artikel 5 opfylde de kriterier, der er fastsat i forordningens artikel 1 i form af tærskelværdier. Den første af disse betingelser, der drejer sig om fusionsbegrebet (herunder de særlige krav, der gælder for joint ventures), behandles i Del B, mens definitionen af deltagende virksomheder og beregningen af deres omsætning, som har relevans for den anden betingelse, behandles i Del C.
- (6) Kommissionen fastslår sin jurisdiktion over en fusion i beslutninger truffet efter fusionsforordningens artikel 6 <sup>(7)</sup>.

## B. FUSIONSBEGREBET

- (7) Ifølge fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, er det kun transaktioner, som indebærer en varig ændring i de deltagende virksomheders kontrolforhold, der skal betragtes som fusioner. I betragtning 20 i præambelen til fusionsforordningen forklares det videre, at meningen med fusionsbegrebet er, at det omfatter transaktioner, der medfører en varig ændring i markedets struktur. Da kriteriet i artikel 3 bygger på kontrolbegrebet, er det i vid udstrækning kvalitative frem for kvantitative kriterier, der er afgørende for, om der er tale om en fusion.

<sup>(1)</sup> Hvor det er nødvendigt i denne meddelelse for at sondre mellem forordning (EF) nr. 139/2004 og Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (EFT L 395 af 30.12.1989, berigtiget i EFT L 257 af 21.9.1990, s. 13, som senest ændret ved forordning (EF) nr. 1310/97, EFT L 180 af 9.7.1997, s. 1, korrigendum i EFT L 40 af 13.2.1998, s. 17), vil den førstnævnte forordning blive omtalt som den »omarbejdede fusionsforordning«, mens den sidstnævnte vil blive kaldt den »tidligere fusionsforordning«. Hvor der henvises til en artikel uden angivelse af forordningen, er der tale om den omarbejdede fusionsforordning.

<sup>(2)</sup> EFT C 66 af 2.3.1998, s. 5.

<sup>(3)</sup> EFT C 66 af 2.3.1998, s. 1.

<sup>(4)</sup> EFT C 66 af 2.3.1998, s. 14.

<sup>(5)</sup> EFT C 66 af 2.3.1998, s. 25.

<sup>(6)</sup> EUT C 56 af 5.3.2005, s. 2.

<sup>(7)</sup> Se også generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 26. april 2007 i sag C-202/206, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 56 (endnu ikke offentliggjort).

- (8) Fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, definerer to kategorier af fusioner:
- de fusioner, der opstår ved en fusion mellem hidtil uafhængige virksomheder (litra a)), og
  - de fusioner, der opstår ved en erhvervelse af kontrol (litra b)).

De to kategorier behandles i henholdsvis Afsnit I og II.

#### I. FUSIONER MELLEM HIDTIL UAFHÆNGIGE VIRKSOMHEDER

- (9) En fusion efter fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra a), opstår, når to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes i en ny virksomhed og ophører med at bestå som selvstændige juridiske enheder. En fusion kan også opstå, når en virksomhed opses af en anden, der bevarer sin juridiske identitet, mens den overtagne virksomhed ophører med at bestå som juridisk enhed <sup>(8)</sup>.
- (10) En fusion efter artikel 3, stk. 1, litra a), kan også opstå, hvor der ikke i retlig henseende er tale om en fusion, men hvor en sammenlægning af hidtil uafhængige virksomheders aktiviteter resulterer i, at der opstår en særskilt økonomisk enhed <sup>(9)</sup>. Det kan især være tilfældet, når to eller flere virksomheder — selv om de hver for sig fortsætter med at bestå som juridiske personer — ved fælles aftale etablerer en fælles økonomisk ledelse <sup>(10)</sup> eller en virksomhed med dobbelt børsnotering <sup>(11)</sup>. Hvis dette reelt fører til, at de pågældende virksomheder sammenlægges i en egentlig fælles økonomisk enhed, anses der at foreligge en fusion. En forudsætning for, at der kan antages at bestå en fælles økonomisk enhed, er, at den har én samlet, permanent ledelse. Andre relevante faktorer kan være, om der foregår interne udligninger af overskud og underskud mellem de forskellige koncernvirksomheder, og om de udadtil hæfter samlet. En sådan de facto-sammensmeltning kan være baseret alene på aftaler <sup>(12)</sup> underbygget af krydsejerskab mellem de virksomheder, der indgår i denne økonomiske enhed.

#### II. KONTROLLERHVERVELSE

##### 1. Kontrolbegrebet

###### 1.1. *En persons eller en virksomheds erhvervelse af kontrol*

- (11) I henhold til artikel 3, stk. 1, litra b), er der tale om en fusion, når en virksomhed overtager — »erhverver kontrollen med« — en anden virksomhed. En sådan kontrol kan erhverves af én virksomhed, der handler alene, eller af to eller flere virksomheder, der handler i fællesskab.

<sup>(8)</sup> Se f.eks. beslutning af 13. juni 2000 i sag COMP/M. 1673 — Veba/VIAG; beslutning af 26. juli 2000 i sag COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis, beslutning af 26. januar 2001 i sag COMP/M.2208 — Chevron/Texaco, og beslutning af 29. september 1999 i sag IV/M.1383 — Exxon/Mobil. Der anses ikke at opstå en fusion efter artikel 3, stk. 1, litra a), når en målvirksomhed fusionerer med et datterselskab af den overtagende virksomhed, således at moderselskabet opnår kontrol med målvirksomheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra b), se sag COMP/M.2510 — Cendant/Galileo, beslutning af 24. september 2001.

<sup>(9)</sup> Ved afgørelsen af om der er tale om hidtil uafhængige virksomheder, kan kontrolforholdene spille en vigtig rolle, idet der måske ellers blot er tale om en intern reorganisering inden for koncernen. I den forbindelse vurderes kontrolforholdene også efter de generelle principper, der opstilles nedenfor, og vurderingen omfatter såvel *de jure*- som *de facto*-kontrol.

<sup>(10)</sup> Det gælder f.eks. for den såkaldte »Gleichordnungskonzern« i tysk ret, visse former for »Groupements d'Intérêts Economiques« i fransk ret og visse typer »partnerships«, se f. eks. beslutning af 20. maj 1998 i sag IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers&Lybrand.

<sup>(11)</sup> Beslutning af 7. december 1995 i sag IV/M.660 — RTZ/CRA, beslutning af 24. juli 2002 i sag COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess II.

<sup>(12)</sup> Se beslutning af 20. maj 1998 i sag IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers&Lybrand, beslutning af 27. august 2002 i sag COMP/M.2824 — Ernst & Young/Andersen Germany.

*En person, der kontrollerer en anden virksomhed*

- (12) Kontrol kan også erhverves af en person i tilfælde, hvor den pågældende person allerede (alene eller sammen med andre) kontrollerer mindst én anden virksomhed, eller af en kombination af flere personer (der kontrollerer en anden virksomhed) og/eller virksomheder. Udtrykket »person« dækker i denne forbindelse også offentlige organer <sup>(13)</sup> og private enheder såvel som enkeltpersoner. Fysiske personers erhvervelse af kontrol anses kun at resultere i en varig ændring i de deltagende virksomheders struktur, hvis disse fysiske personer udøver anden økonomisk virksomhed for egen regning eller kontrollerer mindst én anden virksomhed <sup>(14)</sup>.

*Kontrollerhververen*

- (13) Normalt er det dog personer eller virksomheder, der er indehavere af eller ifølge aftaler berettigede til kontrollerende rettigheder (artikel 3, stk. 3, litra a)), der erhverver kontrol. Der kan opstå særlige situationer, hvor den formelle indehaver af en kontrollerende kapitalandel ikke er den samme som den, der rent faktisk har beføjelsen til at udøve de rettigheder, der er knyttet til denne andel. Det kan f.eks. være tilfældet, når en virksomhed benytter en anden person eller virksomhed til at erhverve den kontrollerende andel og udøver sine rettigheder via denne person eller virksomhed, som formelt er rettighedens indehaver, men blot optræder som et mellemlid. I en sådan situation må kontrollen anses for at være erhvervet af den virksomhed, der reelt står bag transaktionen og reelt har kontrollen med den overtagne virksomhed (artikel 3, stk. 3, litra b)). EU's Førsteinstansret har af denne bestemmelse udledt, at handelsvirksomheders kontrol over andre virksomheder kan tilskrives deres eneaktionærer, majoritetsaktionærer eller aktionærer, der har fælles kontrol med handelsvirksomheden, eftersom disse under alle omstændigheder retter sig efter deres beslutninger <sup>(15)</sup>. Er forskellige enheder i en koncern indehavere af en kontrollerende aktiepost, vil den normalt blive tilskrevet den virksomhed, der har kontrol med de forskellige formelle indehavere. I andre tilfælde vil en sådan indirekte kontrol bl.a. kunne udledes af faktorer såsom aktieposter, kontraktlige relationer, finansieringskilder eller familierelationer, eller ved en kombination af disse faktorer, som skal vurderes fra sag til sag <sup>(16)</sup>.

*Investeringsfondes kontrollerhvervelse*

- (14) Der kan opstå særlige spørgsmål, når det er investeringsfonde, der erhverver kontrol. Kommissionen vil analysere strukturerne i forbindelse med investeringsfonde fra sag til sag, men ud fra Kommissionens hidtidige erfaringer kan der skitseres en række generelle træk ved disse strukturer.
- (15) Investeringsfonde er ofte etableret i form af kommanditselskaber, hvor investorerne deltager som kommanditister og normalt ikke hverken hver for sig eller tilsammen udøver nogen kontrol. Investeringsfondene erhverver ofte de aktieposter og stemmerettigheder, der skal til for at give kontrol over de virksomheder, der indgår i deres portefølje. Alt efter omstændighederne udøves kontrollen normalt af det investeringsselskab, der har etableret fonden, eftersom fonden selv typisk blot er det middel, hvorigennem investeringerne foretages — i sjældnere tilfælde er det fonden selv, der udøver kontrollen. Investeringselskabet udøver normalt kontrollen gennem sin organisationsstruktur, dvs. gennem sin kontrol med kommanditselskabets komplementar, via aftaler såsom konsulentaftaler eller en kombination af de to former. Det kan også være tilfældet, selv om investeringsselskabet ikke selv ejer den virksomhed, der optræder som komplementar, hvis virksomhedens aktier ejes af fysiske personer (der kan være knyttet til investeringsselskabet) eller en trust. Aftaler med investeringsselskabet, især

<sup>(13)</sup> Herunder også staten selv — se f.eks. beslutning af 5. oktober 1992 i sag IV/M.157, Air France/Sabena, i relation til den belgiske stat — eller andre offentlige organer såsom Treuhandanstalt i beslutning af 14. december 1993 i sag IV/M.308, Kali und Salz/MDK/Treuhand. Der henvises dog til fusionsforordningens betragtning 22.

<sup>(14)</sup> Beslutning af 16. maj 1991 i sag IV/M.82 — Asko/Jakobs/Adia, hvor en af de deltagende virksomheder var en privatperson, beslutning af 16. juni 2005 i sag COMP/M3762 — Apax/Travelex, hvor en privatperson, der sammen med andre erhvervede fælles kontrol, ikke blev betragtet som en deltagende virksomhed.

<sup>(15)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006, sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 72, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(16)</sup> Se beslutning af 23. april 1997 i sag M.754 — Anglo American Corporation/Lonrho.

konsulent aftaler, vil få endnu større betydning, hvis komplementaren ikke selv har ressourcer og personale til administration af porteføljevirksohederne, men kun har en virksomhedsorganisation, hvor det er personer knyttet til investerings selskabet, der handler. Under disse omstændigheder er der normalt tale om, at investerings selskabet erhverver indirekte kontrol jf. fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), og artikel 3, stk. 3, litra b), og kan udøve de rettigheder, som investeringsfonden er den direkte indehaver af <sup>(17)</sup>.

## 1.2. Kontrolmidde l

- (16) Kontrol defineres i fusionsforordningens artikel 3, stk. 2, som muligheden for at udøve afgørende indflydelse på en virksomhed. Det kræves derfor ikke godtgjort, at denne afgørende indflydelse rent faktisk bliver udøvet. Men muligheden for at udøve den skal være reel <sup>(18)</sup>. Artikel 3, stk. 2, fastsætter videre, at muligheden for at udøve afgørende indflydelse på en virksomhed kan bestå på grundlag af rettigheder eller aftaler eller på ethvert andet grundlag, enten betragtet hver for sig eller tilsammen, og under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen. En fusion kan derfor opstå på et retligt eller et faktisk grundlag. Der kan være tale om enekontrol eller fælles kontrol, og fusionen kan omfatte hele eller dele af en eller flere virksomheder (jf. artikel 3, stk. 1, litra b)).

### *Kontrol gennem erhvervelse af aktier eller aktiver*

- (17) Om en transaktion resulterer i en kontroller erhvervelse, afhænger derfor af en række retlige og/eller faktiske forhold. Den hyppigst forekommende måde at erhverve kontrol på er ved køb af aktier, evt. kombineret med en aktionæraftale, hvis der er tale om fælles kontrol, eller erhvervelse af aktiver.

### *Aftalebaseret kontrol*

- (18) Der kan også være tale om aftalebaseret kontrol. For at en aftale skal kunne resultere i kontrol, må den føre til en kontrol med den anden virksomheds ledelse og ressourcer, der svarer til den kontrol, der opnås gennem erhvervelse af aktier eller aktiver. Ud over at give kontrol med ledelsen og ressourcerne skal sådanne aftaler være meget langvarige (normalt uden mulighed for førtidig opsigelse for den part, der overdrager de aftalebaserede rettigheder). Det er kun sådanne aftaler, der kan resultere i en strukturel ændring på markedet <sup>(19)</sup>. Som eksempler på sådanne aftaler kan nævnes organisatoriske aftaler inden for rammerne af national selskabsret <sup>(20)</sup> og andre typer aftaler, f.eks. forpagtningsaftaler, der giver erhververen kontrol med virksomhedens ledelse og ressourcer, selv om der ikke overføres nogen ejendomsrettigheder eller aktier. I den sammenhæng fastsættes det i artikel 3, stk. 2, litra a), at kontrol også kan bestå i en brugsret til en virksomheds aktiver <sup>(21)</sup>. Sådanne aftaler kan også føre til en situation med fælles kontrol, hvis både aktivernes ejer og den virksomhed, der kontrollerer ledelsen, har vetoret i strategiske forretningsanliggender <sup>(22)</sup>.

<sup>(17)</sup> Denne struktur har også indvirkning på, hvordan omsætningen beregnes, når der er tale om investeringsfonde, se punkt 189 ff.

<sup>(18)</sup> Se Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 58, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(19)</sup> I beslutning af 20. juli 2005 i sag COMP/M.3858 — *Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien*, havde ledelsesaftalerne en varighed på 10-15 år, i beslutning af 11. februar 2002 i sag COMP/M.2632 — *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*, havde aftalen en varighed på 8 år.

<sup>(20)</sup> Som eksempler på sådanne særlige aftaler inden for rammerne af national selskabsret kan nævnes »Beherrschungsvertrag« i tysk ret og »Contrato de subordinação« i portugisisk ret — sådanne aftaler findes ikke i alle medlemsstater.

<sup>(21)</sup> Se beslutning af 12. januar 2001 i sag COMP/M.2060 — *Bosch/Rexroth* angående en kontrolgivende aftale (Beherrschungsvertrag) kombineret med en forpagtning af en virksomhed, beslutning af 5. december 2003 i sag COMP/M.3136 — *GE/Agfa NDT*, angående en særlig aftale om kontrol med iværksætterressourcer, ledelse og risiko, beslutning af 11. februar 2002 i sag COMP/M.2632 — *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV* angående en forpagtning.

<sup>(22)</sup> Beslutning af 20. juli 2005 i sag COMP/M.3858 — *Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien*, se også beslutning af 28. april 1992 i sag IV/M.126 — *Accor/Wagon-Lits* i forbindelse med fusionsforordningens artikel 5, stk. 4, litra b).



*Andre grundlag for kontrol*

- (19) På linje hermed anses franchiseaftaler normalt ikke i sig selv at give franchisegiver kontrol med franchisetageren. Franchisetageren udnytter normalt virksomhedens ressourcer for egen regning, selv om vigtige aktiver kan tilhøre franchisegiveren <sup>(23)</sup>. Desuden udgør rent finansielle aftaler, som f.eks. aftaler om køb og bortforpagtning med tilbagekøb af aktiverne efter aftaleperiodens udløb, normalt ikke en fusion, da de ikke fører til ændringer i kontrollen med ledelsen og ressourcerne.
- (20) Der kan desuden opstå kontrol på andre grundlag. Rent økonomiske relationer kan spille en vigtig rolle og danne basis for kontrol. Under ganske særlige omstændigheder kan en økonomisk afhængigheds-situation resultere i en *de facto*-kontrol, når f.eks. meget betydelige langsigtede leveringsaftaler eller lån ydet af leverandører eller kunder i tilknytning til strukturelle forbindelser giver en afgørende indflydelse <sup>(24)</sup>. I en sådan situation vil Kommissionen omhyggeligt undersøge, om sådanne økonomiske relationer i kombination med andre relationer er tilstrækkelige til at føre til en varig ændring i kontrolforholdene <sup>(25)</sup>.
- (21) Der kan være tale om kontrollerhvervelse, selv om det ikke er parternes erklærede hensigt, eller selv om kontrollerhververen forholder sig passivt og kontrollerhvervelsen udløses af tredjemands handlinger. Som eksempel herpå kan nævnes situationer, hvor ændringen i kontrolforholdene beror på arv efter en afdød aktionær eller på, at en aktionærs udtræden udløser en overgang fra fælles til enekontrol <sup>(26)</sup>. Sådanne situationer dækkes af artikel 3, stk. 1, litra b), idet det præciseres, at kontrol også kan erhverves »på anden vis«.

*Kontrol og national selskabsret*

- (22) Den nationale selskabslovgivning i en medlemsstat kan indeholde særlige regler om sammensætningen af de beslutningstagende organer i en virksomhed. Det kan være, at denne lovgivning tillægger andre end aktionærene — f.eks. medarbejderrepræsentanter — visse kontrolbeføjelser, men fusionsforordningens kontrolbegreb relaterer ikke til sådanne former for indflydelse, idet den alene fokuserer på den afgørende indflydelse, der er baseret på rettigheder, aktiver, aftaler eller tilsvarende faktiske kontrolmidler. Hvis et selskabs vedtægter eller den almindeligt gældende lovgivning indeholder indskrænkende bestemmelser om, hvem der kan sidde i bestyrelsen, f.eks. en bestemmelse om, at der skal udpeges uafhængige bestyrelsesmedlemmer, eller at der ikke må sidde repræsentanter for moderselskaberne i bestyrelsen, udelukker det ikke, at der kan foreligge kontrol, så længe det er aktionærene, der bestemmer, hvordan de beslutningstagende organer skal sammensættes <sup>(27)</sup>. På samme måde gælder, at selv om den nationale lovgivning fastsætter, at alle beslutninger i en virksomhed skal træffes af selskabsorganerne i virksomhedens interesse, har enhver person med stemmeret beføjelse til at træffe disse beslutninger og derfor mulighed for at udøve afgørende indflydelse på virksomheden <sup>(28)</sup>.

<sup>(23)</sup> Sag M.940 — UBS/Mister Minit, i forbindelse med fusionsforordningens artikel 5, stk. 4, litra b). Med hensyn til den konkurrenceretlige vurdering af franchiseforhold henvises til beslutning af 6. juni 2006 i sag COMP/M.4220 — Food Service Project/Tele Pizza. Der må sondres mellem den situation, der forelå ved beslutning af 28. april 1992 i sag IV/M.126 — Accor/Wagon-Lits, og franchiseaftaler. I denne sag — der også relaterede til artikel 5, stk. 4, litra b) — havde hotelselskabet ret til også at drive hoteller, hvori det kun havde minoritetsinteresser, da det havde indgået langfristede aftaler om hoteldrift, der gav det bestemmende indflydelse på disse hotellers daglige drift, herunder også i budgetanliggender.

<sup>(24)</sup> Se beslutning af 22. januar 1997 i sag IV/M.794 — Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, beslutning af 28. juli 1993 i sag IV/ECSC.1031 — US/Sollac/Bamesa, beslutning af 23. august 1995 i sag IV/M.625 — Nordic Capital/Transpool. Hvad kriterierne angår, henvises desuden til beslutning af 27. marts 1996 i sag IV/M.697 — Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation.

<sup>(25)</sup> Se beslutning af 25. september 1992 i sag IV/M.258 — CCIE/GTE, hvor Kommissionen på grund af den midlertidige karakter af de pågældende forretningsaftaler ikke fandt, at der var tale om kontrol.

<sup>(26)</sup> Se beslutning af 12. marts 2004 i sag COMP/M.3330 — RTL/M6, beslutning af 9. juni 1994 i sag COMP/M.452 — Avesta (II).

<sup>(27)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 70, 73 og 74, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(28)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 79, Sml. 2006, s. II-319.



*Kontrol på andre lovgivningsområder*

- (23) Fusionsforordningens kontrolbegreb er ikke nødvendigvis det samme som det kontrolbegreb, der gælder på særlige områder inden for EU-retten eller den nationale lovgivning om f. eks. tilsynsregler, skatter og afgifter, luftfart eller medier. Hvordan kontrolbegrebet fortolkes på andre områder har derfor ikke nødvendigvis nogen afgørende indflydelse på fusionsforordningens kontrolbegreb.

**1.3. Kontrollens genstand**

- (24) Ifølge fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), og stk. 2, kan genstanden for kontrollen være en eller flere virksomheder samt også dele af virksomheder, der udgør retlige enheder, eller sådanne enheders aktiver eller blot nogle af aktiverne. Når der erhverves kontrol over aktiver, anses der kun at foreligge en fusion, hvis disse aktiver udgør en virksomhed som helhed eller en del af den, altså et forretningsområde, der har et marked med en klart påviselig markedsomsætning <sup>(29)</sup>. En overdragelse af en virksomheds kundegrundlag kan opfylde disse kriterier, hvis det er tilstrækkeligt til, at der sker en overdragelse af en virksomhed med en markedsomsætning <sup>(30)</sup>. En transaktion, der udelukkende omfatter immaterielle aktiver såsom varemærker, patenter eller copyrights, vil også kunne blive betragtet som en fusion, hvis disse aktiver udgør et forretningsområde. Under alle omstændigheder vil en overdragelse af licenser på varemærker, patenter eller copyrights uden overførsel af yderligere aktiver kun opfylde disse kriterier, hvis licenserne er eksklusive i hvert fald på nogle områder, og den omsætningsskabende aktivitet overføres sammen med licenserne <sup>(31)</sup>. Ikke-eksklusive licenser kan aldrig i sig selv udgøre en virksomhed, hvortil der er knyttet en markedsomsætning.
- (25) Særlige spørgsmål rejser sig i de sager, hvor en virksomhed outsourcer aktiviteter, som den hidtil selv har varetaget, såsom tjenesteydelses- eller produktionsaktiviteter, til en anden. Der kan typisk være tale om outsourcing af it-tjenester til specialiserede it-firmaer. Outsourcingkontrakter kan antage forskellige former, men de har det til fælles, at den, som aktiviteten outsources til, leverer tjenester til kunden, som denne hidtil selv har udført. Ved en simpel outsourcing overgår der normalt ingen aktiver og intet personale til outsourcing-leverandøren, alle aktiver og alt personale forbliver normalt hos kunden. En sådan outsourcingkontrakt minder meget om en normal servicekontrakt, og selv om outsourcing-leverandøren får ret til at administrere og lede kundens aktiver og personale, er der ikke tale om nogen fusion, hvis disse aktiver og dette personale udelukkende bruges til at betjene kunden.
- (26) Det kan forholde sig anderledes, hvis outsourcing-leverandøren ud over at overtage en bestemt aktivitet, som kunden førhen selv tog sig af, får overført aktiver og/eller medarbejdere til udførelse af opgaven. Der er under disse omstændigheder kun tale om en fusion, hvis aktiverne udgør en hel virksomhed eller en del af den, dvs. et forretningsområde med adgang til markedet. Hertil kræves, at de aktiver, som førhen blev brugt til sælgerens egne aktiviteter, vil sætte outsourcing-leverandøren i stand til at løse opgaver ikke blot for den kunde, der outsourcer denne aktivitet, men også for tredjemand, enten omgående eller kort tid efter overførslen. Det vil være tilfældet, hvis det er en intern virksomhedsenhed eller et datterselskab, der allerede leverede tjenester til tredjemand, der overføres. Er der endnu ikke tale om levering til tredjemand, skal de overførte aktiver, når der er tale om produktionsaktiviteter, omfatte produktionsanlæg og knowhow (det er tilstrækkeligt, at de overførte aktiver åbner mulighed for i nær fremtid at opbygge en sådan knowhow), og hvis der ikke er en eksisterende adgang til et marked, skal køberen være

<sup>(29)</sup> Se f.eks. beslutning af 22. december 2005 i sag COMP/M. 3867 — Vattenfall/Elsam og E2.

<sup>(30)</sup> Beslutning af 23. december 2002 i sag COMP/M.2857 — ECS/IEH.

<sup>(31)</sup> Desuden vil meddelelse af licenser og overdragelse af patentlicenser kun kunne udgøre en fusion, hvis det sker på et varigt grundlag. Her gælder de samme betragtninger som dem, der er anført under punkt 18 i forbindelse med kontrolrhvervelse gennem (langfristede) aftaler.

i stand til på kort tid at udvikle en sådan markedsadgang (bl.a. via eksisterende kontrakter eller varemærker) <sup>(32)</sup>. Hvor det drejer sig om tjenesteydelser, skal de overførte aktiver omfatte den nødvendige knowhow (dvs. de relevante medarbejder og intellektuelle ejendomsrettigheder) og de midler, der skal til for at få adgang til markedet (f.eks. marketing) <sup>(33)</sup>. De aktiver, der overføres, må derfor mindst omfatte de kerneelementer, der vil sætte en køber i stand til at skaffe sig et marked inden for nogenlunde samme tidshorisont som ved opstart af et joint venture, jf. punkt 97 og 100. Ligesom for joint ventures vedkommende vil Kommissionen i sin vurdering heraf tage hensyn til dokumenterede forretningsplaner og generelle markedsforhold.

- (27) Såfremt de overførte aktiver ikke sætter køberen i stand til i det mindste at udvikle en tilstedeværelse på markedet, er der sandsynlighed for, at de alene vil blive brugt til at levere tjenester til outsourcingkunden. Under sådanne omstændigheder vil transaktionen ikke resultere i en varig ændring af markedsstrukturene, og outsourcingkontrakten vil også her kunne sidestilles med en servicekontrakt. Der vil ikke foreligge nogen fusion. De særlige krav, der stilles, for at et joint venture til løsning af outsourcingopgaver skal kunne betragtes som en fusion, behandles nedenfor i afsnittet om selvstændigt fungerende joint ventures.

#### 1.4. *Ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag*

- (28) Fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, definerer kontrolbegrebet på en sådan måde, at det kun dækker transaktioner, der resulterer i en varig ændring af de deltagende virksomheders kontrolforhold og — som det tilføjes i betragtning 20 — i markedsstrukturene. Fusionsforordningen finder derfor ikke anvendelse på transaktioner, der kun resulterer i en midlertidig ændring af kontrolforholdene. Men at de aftaler, der ligger til grund for transaktionen, er indgået for et bestemt tidsrum, udelukker dog ikke, at der kan være tale om en varig ændring af kontrolforholdene, forudsat at disse aftaler kan forlænges. Der kan også være tale om en fusion i tilfælde, hvor aftalerne har en tidsbegrænset løbetid, men hvor denne løbetid er tilstrækkelig lang til, at der sker en varig ændring af de deltagende virksomheders kontrolforhold <sup>(34)</sup>.
- (29) Spørgsmålet om, hvorvidt en transaktion resulterer i en varig ændring i markedets strukturer, er også relevant for vurderingen af flere transaktioner, der gennemføres successivt, hvor den første kun har en overgangskaraktér. Der kan sondres mellem flere forskellige situationer.
- (30) I et af disse scenarier er der tale om transaktioner, der udelukkende tager sigte på overtagelse af en anden virksomhed på grundlag af en aftale om at dele de overtagne aktiver efter en på forhånd opstillet plan umiddelbart efter overtagelsen. Under sådanne omstændigheder er der i første omgang tale om, at en eller flere virksomheder overtager hele målvirksomheden. I anden omgang deles de overtagne aktiver mellem flere virksomheder. Spørgsmålet er da, om den første transaktion skal betragtes som en særskilt fusion med erhvervelse af enekontrol (hvis der kun er én overtagende virksomhed) eller fælleskontrol (når der er flere overtagende virksomheder) med hele målvirksomheden, eller om det kun er de overtagelser, der sker i anden omgang, der udgør fusioner, hvor hver af de overtagende virksomheder overtager sin del af målvirksomheden.

<sup>(32)</sup> Se beslutning af 25. februar 2000 i sag COMP/M.1841 — Celestica/IBM, beslutning af 29. februar 2000 i sag COMP/M.1849 — Solectron/Ericsson, beslutning af 29. juni 2002 i sag COMP/M.2479 — Flextronics/Alcatel, beslutning af 12. november 2001 i sag COMP/M.2629 — Flextronics/Xerox.

<sup>(33)</sup> Se beslutning af 11. maj 1995 i sag IV/M.560 — EDS/Lufthansa, og beslutning af 29. juni 2001 i sag COMP/M.2478 — IBM Italia/Business Solutions/JV, hvor der var tale om joint ventures.

<sup>(34)</sup> Se i relation til joint ventures beslutning af 30. april 2003 i sag COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, hvor en tolvårig periode blev fundet tilstrækkelig, beslutning af 11. februar 2002 i sag COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, hvor aftalen havde en varighed på 8 år. I beslutning af 20. juli 2005 i sag COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien fandt Kommissionen en periode på 10-15 år tilstrækkelig, men ikke en periode på tre år. Kontrolerhvervelse gennem køb af aktier eller aktiver har normalt ikke en tidsbegrænset karakter og formodes derfor at resultere i en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag. Det er kun i de situationer, der er omhandlet under punkt 29 ff., at en kontrolerhvervelse gennem køb af aktier eller aktiver undtagelsesvis kan anses for at have en midlertidig karakter og derfor ikke resulterer i en varig ændring i de pågældende virksomheders kontrolforhold.

- (31) Kommissionen finder, at den første af transaktionerne ikke udgør en fusion, og vil se på den endelige erhververs kontrollerhvervelse, forudsat at en række betingelser er opfyldt: For det første skal de forskellige overtagende virksomheder have aftalt den efterfølgende deling på en juridisk bindende måde. For det andet må der ikke herske nogen usikkerhed om, at det andet skridt — delingen af aktiverne — skal finde sted kort tid efter den første overtagelse. Kommissionen finder, at aktivdelingen normalt bør foregå inden for højst et år <sup>(35)</sup>.
- (32) Hvis begge betingelser er opfyldt, resulterer den første overtagelse ikke i nogen varig strukturændring. Der er ingen reel koncentration af økonomisk styrke mellem de(n) overtagende virksomhed(er) og målvirksomheden som helhed, da de overtagne aktiver ikke forbliver samlet på samme hænder på et varigt grundlag, men kun i den tid, det tager at gennemføre den omgående deling af de overtagne aktiver. I sådanne situationer er det kun overtagelserne af de forskellige dele af virksomheden i den anden omgang, der vil udgøre fusioner, og hver af disse overtagelser foretaget af forskellige købere vil udgøre en særskilt fusion. Det gælder, uanset om den første overtagelse gennemføres af kun én virksomhed <sup>(36)</sup> eller i fællesskab af flere virksomheder, der også deltager i den efterfølgende deling <sup>(37)</sup>. Under alle omstændigheder bemærkes, at den eventuelle godkendelsesbeslutning kun vil omfatte en overtagelse af hele målvirksomheden, hvis delingen kan finde sted kort tid efter, og de forskellige dele af målvirksomheden sælges direkte til den respektive endelige køber.
- (33) Men hvis disse betingelser ikke er opfyldt, og navnlig hvis det ikke er sikkert, at den efterfølgende deling vil finde sted kort tid efter den første overtagelse, vil Kommissionen betragte den første transaktion som en særskilt fusion, omfattende hele målvirksomheden. Det er f.eks. tilfældet, hvis den første transaktion også kan gennemføres uafhængigt af den anden transaktion <sup>(38)</sup>, eller hvis der er brug for en længere overgangsperiode for at dele målvirksomheden <sup>(39)</sup>.
- (34) Et andet scenarie kan være en fusion, der resulterer i en fælles kontrol i opstartfasen, som så i overensstemmelse med juridisk bindende aftaler omdannes til enekontrol med en af aktionærerne som den enekontrollerende. Da situationen med fælles kontrol muligvis ikke udgør en varig ændring af kontrolforholdene, vil hele transaktionen kunne betragtes som en overtagelse af enekontrol. Kommissionen har tidligere accepteret, at en sådan opstartfase kunne vare i op til tre år <sup>(40)</sup>. Et sådant tidsrum forekommer for langt til at udelukke, at situationen med fælles kontrol vil få indvirkning på markedets struktur. Tidsrummet bør derfor ikke være længere end et år, og perioden med fælles kontrol bør kun have karakter af en overgangsperiode <sup>(41)</sup>. Kun med en sådan relativt kort periode er det usandsynligt, at perioden med fælles kontrol vil få mærkbare indvirkninger på markedets struktur, således at der kan anses ikke at opstå en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag.
- (35) I et tredje scenarie kan der være tale om, at en virksomhed »parkeres« hos en midlertidig køber, ofte en bank, på grundlag af en aftale om, at virksomheden senere skal videresælges til en endelig køber. Den midlertidige køber erhverver normalt aktierne »på vegne af« den endelige køber, der ofte bærer hovedparten af de økonomiske risici og måske også får bestemte rettigheder. Under sådanne omstændigheder gennemføres den første transaktion udelukkende for at lette den anden, og den første køber er direkte knyttet til den endelige køber. I modsætning til situationen i det første scenarie i
- 
- <sup>(35)</sup> Se f.eks. beslutning af 24. juni 2005 i sag COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq og beslutning af 10. juni 2005 i sag COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq, hvor aktivdelingen blev antaget at ville finde sted inden for seks måneder efter overtagelsen.
- <sup>(36)</sup> Vedrørende en første overtagelse ved kun en virksomhed se beslutning af 24. juni 2005 i sag COMP/M. 3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, beslutning af 10. juni 2005 i sag COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Richard samt beslutning af 12. januar 2001 i sag COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth af 12. januar 2001.
- <sup>(37)</sup> For fælles overtagelse se beslutning af 18. januar 2000 i sag COMP/M.1630 — Air Liquide/BOC, beslutning af 11. august 2000 i sag COP/M.1922 — Siemens/Bosch/Atecs samt beslutning af 29. august 2000 i sag COMP/M. 2059 — Siemens/Dematic/VDO Sachs.
- <sup>(38)</sup> Se beslutning af 21. november 2001 i sag COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl og beslutning af 21. november 2001 i sag COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum.
- <sup>(39)</sup> Beslutning af 16. marts 2004 i sag COMP/M.3372 — Carlsberg/Holsten.
- <sup>(40)</sup> Beslutning af 28. marts 1994 i sag IV/M.425 — British Telecom/Santander.
- <sup>(41)</sup> Se beslutning af 20. december 2001 i sag M.2389 — Shell/DEA, hvor den virksomhed, der i sidste instans overtog enekontrol, havde en stærk indflydelse på driften i perioden med fælles kontrol, beslutning af 18. november 2002 i sag M.2854 — RAG/Degussa, hvor overgangsperioden havde til formål at lette den interne reorganisering efter fusionen.

punkt 30-33, er der ikke nogen anden endelig erhverver, målvirksomheden forbliver uændret, og det er den endelige erhverver, der foranstalter rækken af transaktioner. Efter vedtagelsen af nærværende meddelelse vil Kommissionen tage stilling til den endelige købers kontrollerhvervelse i overensstemmelse med, hvad parterne har aftalt. Den vil behandle den transaktion, hvorved den midlertidige køber under sådanne omstændigheder erhverver kontrol med virksomheden, som det første skridt i én samlet fusion, der omfatter den endelige købers varige kontrollerhvervelse.

### 1.5. *Forbundne transaktioner*

#### 1.5.1. Sammenhængen mellem artikel 3 og artikel 5, stk. 2, andet afsnit

- (36) Efter fusionsforordningen er der mulighed for at behandle flere transaktioner som én samlet fusion, enten efter den generelle regel i artikel 3 — der drejer sig om transaktioner, der betinger hinanden indbyrdes — eller efter den særlige regel i artikel 5, stk. 2, andet afsnit.
- (37) Artikel 5, stk. 2, andet afsnit, regulerer et helt andet forhold end det, der er omhandlet i fusionsforordningens artikel 3. Artikel 3 indeholder en generel og objektiv definition på, hvornår der foreligger en »fusion«, men regulerer ikke direkte spørgsmålet om Kommissionens kompetence i relation til fusioner. Artikel 5 tager sigte på at præcisere fusionsforordningens anvendelsesområde, specielt ved at definere den omsætning, der skal tages med i betragtning ved afgørelsen af, om en fusion har fællesskabsdimension, og artikel 5, stk. 2, andet afsnit, giver Kommissionen mulighed for at behandle to eller flere transaktioner som én samlet fusion ved beregningen af de deltagende virksomheders omsætning. Vurderingen af, hvorvidt flere transaktioner i medfør af artikel 3 resulterer i én samlet fusion, eller hvorvidt disse transaktioner skal anses for at resultere i flere fusioner, må derfor logisk set foretages forud for afgørelsen af det spørgsmål, det drejer sig om i artikel 5, stk. 2, andet afsnit <sup>(42)</sup>.

#### 1.5.2. Forbundne transaktioner efter artikel 3

- (38) Den generelle, formålsoverrettede definition på en fusion i artikel 3, stk. 1 — at transaktionen resulterer i kontrol med en eller flere virksomheder — indebærer, at det er uden betydning, om denne kontrol blev erhvervet gennem en eller flere retlige transaktioner, når det endelige resultat er, at der opstår én samlet fusion. I relation til artikel 3 udgør to eller flere transaktioner én samlet fusion, hvis de er at betragte som en enhed. Det må derfor afgøres, om transaktionerne resulterer i, at en eller flere virksomheder direkte eller indirekte opnår økonomisk kontrol med en eller flere andre virksomheders aktiviteter. Ved vurderingen heraf er det de økonomiske realiteter bag transaktionerne og dermed det økonomiske formål, parterne forfølger, der skal lægges vægt på. Med henblik på at bedømme de omhandlede transaktioners enhedsmæssige karakter drejer det sig med andre ord om i hvert enkelt tilfælde at vurdere, hvorvidt transaktionerne har en sådan indbyrdes sammenhæng, at den ene ikke ville være blevet foretaget uden den anden <sup>(43)</sup>.
- (39) I den forbindelse anføres det i betragtning 20 til fusionsforordningen, at transaktioner, der er nært knyttet til hinanden, fordi de er sammenkædet ved en betingelse, bør behandles som én og samme fusion. Det krav om, at transaktionerne skal have en indbyrdes sammenhæng, som Førsteinstansretten opstillede i *Cementbouw*-dommen <sup>(44)</sup>, stemmer således overens med, hvad der står i betragtning 20 om sammenkædede transaktioner.
- (40) Denne generelle tilgang afspejler på den ene side, at transaktioner, der betinger hinanden indbyrdes ud fra de økonomiske mål, som parterne forfølger, efter fusionsforordningen også skal behandles samlet. For ændringen af markedsstrukturene forårsages af disse transaktioners samlede virkning. På den anden side gælder, at hvis flere forskellige transaktioner ikke har en sådan indbyrdes sammenhæng, og hvis parterne ville gennemføre en af transaktionerne, selv om de andre ikke føres ud i livet, vil det være mest rigtigt at behandle dem hver for sig efter fusionsforordningen.

<sup>(42)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 113-119, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(43)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 104-109, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(44)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 106-109, Sml. 2006, s. II-319.

- (41) Men selv om flere transaktioner er indbyrdes betinget af hinanden, kan de kun behandles som én samlet fusion, hvis det i sidste instans er de(n) samme virksomhed(er), der erhverver kontrollen. Kun hvis det er tilfældet, kan to eller flere transaktioner anses at udgøre én samlet fusion i relation til bestemmelserne i artikel 3<sup>(45)</sup>. Dermed udelukkes de opløsninger af joint ventures, hvor forskellige dele af en virksomhed splittes op mellem de tidligere moderselskaber. Kommissionen vil behandle sådanne transaktioner som særskilte fusioner<sup>(46)</sup>. Det samme gælder i de tilfælde, hvor to (eller flere) virksomheder udveksler aktiver i forbindelse med opløsning af et joint venture eller swaptransaktioner. Selv om parterne normalt vil opfatte sådanne transaktioner som værende indbyrdes sammenhængende, er det ud fra fusionsforordningens sigte nødvendigt at foretage en særskilt vurdering af resultaterne af hver af disse transaktioner: Flere virksomheder erhverver kontrol med forskellige aktiver, hver af de erhvervende virksomheder opnår derved en særskilt kombination af aktiver, og der må derfor efter fusionsforordningen foretages en særskilt vurdering af, hvilke virkninger hver af disse erhvervelser har på markedet.
- (42) Det rejser særlige spørgsmål, når der erhverves forskellige former for kontrol (f.eks. fælles kontrol med en virksomhed og enekontrol med en anden virksomhed). En transaktion, hvor der erhverves fælles kontrol med en del af en virksomhed og enekontrol med en anden del, betragtes i princippet efter fusionsforordningen som to særskilte fusioner<sup>(47)</sup>. Disse transaktioner udgør kun fusioner, hvis de er betinget af hinanden, og hvis den virksomhed, der erhverver enekontrol, også erhverver fælleskontrol sammen med andre. Under alle omstændigheder anses der at foreligge én fusion, når der er tale om overtagelse af en virksomhed, hvori såvel den enkontrollerede og den fælleskontrollerede virksomhed indgår. På grundlag af den fortolkning, der gives i betragtning 20, skal en situation, hvor samme virksomhed erhverver enekontrol og fælleskontrol med andre virksomheder på basis af aftaler, der betinger hinanden indbyrdes, ikke behandles anderledes. Så hvis der er en sådan indbyrdes sammenhæng mellem disse transaktioner, udgør de derfor én fusion.

*Krav til indbyrdes afhængighed mellem transaktioner*

- (43) Den krævede indbyrdes afhængighed betyder, at ingen af transaktionerne vil blive gennemført uden de andre, og at de derfor udgør én samlet transaktion<sup>(48)</sup>. Det er normalt klart, at der foreligger en sådan indbyrdes afhængighed, hvis transaktionerne er sammenkædet *de jure*, dvs. at selve aftalerne er knyttet sammen ved at betinge hinanden. Hvis der er tilstrækkeligt belæg for *de facto*-afhængighed, kan det også være nok til, at transaktionerne behandles som én samlet fusion. Dette kræver en økonomisk vurdering af, om hver enkelt transaktion er betinget af, at de andre transaktioner gennemføres<sup>(49)</sup>. Andre tegn på, at flere transaktioner er indbyrdes afhængige, kan være udtalelser fra parterne selv eller samtidig indgåelse af de relevante aftaler. Det vil være vanskeligt at konkludere, at flere transaktioner *de facto* er indbyrdes afhængige, hvis de ikke foregår samtidigt. På samme måde kan det rejse tvivl om den indbyrdes afhængighed mellem transaktioner, som *de jure* betinger hinanden, hvis de tydeligvis ikke er indgået samtidigt.
- (44) Princippet om, at flere transaktioner på de ovennævnte betingelser kan behandles som én samlet fusion, gælder kun, hvis de resulterer i, at det er de(n) samme person(er) eller virksomhed(er), der erhverver kontrollen med en eller flere virksomheder. Det kan for det første være tilfældet ved overtagelse af én virksomhed eller ét forretningsområde gennem flere retlige transaktioner. For det andet kan også erhvervelse af kontrol med flere virksomheder — der i sig selv kunne udgøre fusioner — være sammenkædet på en sådan måde, at der er tale om én samlet fusion. Efter fusionsforordningen er det imidlertid ikke muligt at sammenkæde flere forskellige retlige transaktioner, der ganske vist går ud på at

<sup>(45)</sup> Det omfatter også situationer, hvor en virksomhed sælger et forretningsområde til en køber og derefter overtager denne køber med samt det afhændede forretningsområde, se beslutning af 26. februar 2007 i sag COMP/M.4521 — LGI/Telenet.

<sup>(46)</sup> Se beslutninger af 20. november 2003 i de parallelle sager COMP/M.3293 — Shell/BEB og COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB, beslutning af 30. april 1992 i sag IV/M.197 — Solvay/Laporte.

<sup>(47)</sup> Se beslutning af 9. marts 1994 i sag IV/M.409 ABB/Renault Automation.

<sup>(48)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen* (endnu ikke offentliggjort), præmis 127 ff.

<sup>(49)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, præmis 131 ff., Sml. 2006, s. II-319. Se beslutning af 26. februar 2007 i sag COMP/M.4521 — LGI/Telenet, hvor den indbyrdes afhængighed var baseret på, at to transaktioner blev aftalt og gennemført samtidigt, og at ingen af dem ud fra parternes økonomiske målsætninger ville være blevet gennemført uden den anden.



erhverve kontrol med andre virksomheder, men samtidig også drejer sig om erhvervelse af andre aktiver, såsom ikke-kontrolgivende minoritetsinteresser. Det ville ikke stemme overens med fusionsforordningens overordnede struktur og formål, hvis forskellige transaktioner, der er indbyrdes afhængige, blev vurderet under ét efter fusionsforordningen, når kun nogle af dem fører til en ændring i en given virksomheds kontrolforhold.

#### *Overtagelse af ét forretningsområde*

- (45) Der kan derfor være tale om én samlet fusion, hvis den eller de samme køber(e) erhverver kontrollen med et enkelt forretningsområde, dvs. en enkelt økonomisk enhed, via flere retlige transaktioner, hvis disse er indbyrdes afhængige. Det gælder, uanset om der er tale om erhvervelse af et forretningsområde inden for en selskabsstruktur bestående af en eller flere virksomheder, eller af forskellige aktiver, der udgør et forretningsområde, dvs. en økonomisk enhed med et fælles forretningsformål, hvortil alle aktiver bidrager. Et sådant forretningsområde kan omfatte majoritets- og minoritetsinteresser i virksomheder såvel som materielle og immaterielle aktiver. Hvis det er nødvendigt at gennemføre flere retlige transaktioner, der er indbyrdes afhængige, for at kunne overtage et sådant forretningsområde, udgør disse transaktioner én samlet fusion <sup>(50)</sup>.

#### *Parallelle og successive kontrollerhvervelser*

- (46) I sin hidtidige beslutningspraksis har Kommissionen i flere sager behandlet flere kontrollerhvervelser som én samlet fusion. I et af disse tilfælde var der tale om parallel kontrollerhvervelse — virksomhed A erhverver parallelt kontrol med virksomhed B og C fra forskellige virksomheder på den betingelse, at A ikke er forpligtet til at købe nogen af dem, og ingen af sælgerne er forpligtede til at sælge, medmindre begge transaktioner føres ud i livet <sup>(51)</sup>. Et andet scenarie er en successiv kontrollerhvervelse — virksomhed A erhverver kontrol med virksomhed B på betingelse af, at B forinden eller samtidig erhverver kontrol med virksomhed C, sådan som det skete i Kingfisher-sagen <sup>(52)</sup>.

#### *Successiv erhvervelse af enekontrol/fælleskontrol*

- (47) Kommissionen anlægger samme betragtninger som i Kingfisher-sagen i sager, hvor en virksomhed gennem successive transaktioner først erhverver enekontrol med en virksomhed med intentioner om at sælge dele af de overtagne interesser direkte til en anden virksomhed, således at de to erhververe i sidste instans kommer til at kontrollere målvirksomheden i fællesskab. Hvis de to transaktioner er indbyrdes afhængige, udgør de én samlet fusion, og det er kun erhvervelsen af fælleskontrol, som Kommissionen vil behandle, fordi den er det endelige resultat af transaktionerne <sup>(53)</sup>.

### 1.5.3. Serier af værdipapirtransaktioner

- (48) I betragtning 20 til fusionsforordningen forklares det videre, at transaktioner, hvor kontrollen erhverves gennem en serie værdiopkøb fra en eller flere sælgere, som finder sted inden for en rimelig kort periode, behandles som én og samme fusion. I disse situationer drejer fusionen sig ikke blot om erhvervelse af »den afgørende aktie«, men omfatter alle de værdipapirerhvervelser, der finder sted inden for en rimelig kort periode.

<sup>(50)</sup> Se beslutning af 29. august 1994 i sag IV/M.470 — Gencor/Shell, beslutning af 8. oktober 2004 i sag COMP/M.3410 — Total/Gaz de France, beslutning af 19. september 1997 i sag IV/M.957 — L'Oreal/Procas/Cosmetique Iberica/Albesa, beslutning af 18. december 1996 i sag IV/M.861 — Textron/Kautex, hvor alle aktiverne også blev anvendt på det samme produktmarked. Det samme gælder, hvis flere virksomheder etablerer et joint venture, der udgør et samlet forretningsområde, se beslutning af 12. juni 2006 i sag M.4048 — Sonae Industria/Tarkett, hvor det ud fra den indbyrdes afhængighed mellem transaktioner, hvorved der blev etableret henholdsvis et produktions- og et distributions-jointventure, blev fundet, at der forelå én samlet fusion, der ville resultere i et selvstændigt fungerende joint venture.

<sup>(51)</sup> Beslutning af 16. september 2002 i sag COMP/M.2926 — EQT/H&R/Dragoco, det samme gælder i relation til spørgsmålet om, hvorvidt flere fusioner udgør én fusion efter artikel 3, stk. 1, litra a), se beslutning af 27. august 2002 i sag COMP/M. 2824 — Ernst & Young/Andersen Germany.

<sup>(52)</sup> Beslutning af 18. juni 1998 i sag IV/M.1188 — Kingfisher/Wegert/ProMarkt, beslutning af 26. juni 2002 i sag COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK).

<sup>(53)</sup> Beslutning af 30. oktober 2001 i sag COMP/M.2420 — Mitsui/CVRD/Caemi.

## 1.5.4. Artikel 5, stk. 2, andet afsnit

- (49) Artikel 5, stk. 2, andet afsnit, indeholder en særlig regel, der giver Kommissionen mulighed for at behandle successive transaktioner, der finder sted inden for et bestemt tidsrum, som én samlet fusion ved beregning af de deltagende virksomheders omsætning. Formålet med denne regel er at sikre, at de samme personer ikke splitter en transaktion op på flere forskellige aktivafhændelser gennem en periode for derved at undgå, at Kommissionen får den kompetence, fusionsforordningen giver den <sup>(54)</sup>.
- (50) Hvis to eller flere transaktioner (som hver især resulterer i en kontrollerhvervelse) finder sted inden for to år mellem de samme personer eller virksomheder, skal de betragtes som én samlet fusion <sup>(55)</sup>, uanset om disse transaktioner drejer sig om dele af samme virksomhed eller samme sektor eller ej. Denne regel gælder ikke, hvis der ud over de samme personer eller virksomheder også deltager andre personer eller virksomheder i blot nogle af disse transaktioner. Det er tilstrækkeligt, at transaktionerne, selv om de måske ikke gennemføres mellem de samme virksomheder, gennemføres mellem virksomheder tilhørende samme koncerner. Reglen gælder også for to eller flere transaktioner mellem de samme personer eller virksomheder, hvis de gennemføres samtidigt. Når sådanne samtidige transaktioner mellem de samme parter fører til, at den kontrollen erhverves af den samme virksomhed, foreligger der én samlet fusion, også selv om de ikke er indbyrdes afhængige <sup>(56)</sup>. Bestemmelserne i artikel 5, stk. 2, andet afsnit, finder imidlertid nok ikke anvendelse på forskellige transaktioner, hvis der ud over de samme deltagere også er en anden deltager i blot den ene af disse transaktioner. Er der tale om to transaktioner, hvoraf den ene resulterer i enekontrol og den anden i fælles kontrol, finder artikel 5, stk. 2, andet afsnit, derfor ikke anvendelse, medmindre det ved den sidstnævnte transaktion er den eller de andre moderselskaber, der er sælgeren af de interesser, der giver køberen enekontrol.

1.6. **Intern reorganisering**

- (51) En fusion i fusionsforordningens forstand er alene baseret på ændringer i kontrolforholdene. En intern reorganisering inden for en koncern udgør ikke nogen fusion. Det gælder f.eks., hvis aktieposter øges, uden at dette ledsages af nogen ændring i kontrolforholdene, eller for omstruktureringer i form af en fusion, hvor et dobbeltnoteret selskab omdannes til en enkelt retlig enhed eller ved fusioner mellem datterselskaber. Der kan kun være tale om en fusion, hvis transaktionen fører til en ændring i kontrollen med en virksomhed og derfor ikke længere er rent intern.

1.7. **Fusioner med deltagelse af statsejede virksomheder**

- (52) En særlig situation opstår, når både den overtagende og den overtagne virksomhed er ejet af den samme stat (eller samme offentlige organ eller kommune). Om transaktionen i så fald skal betragtes som en intern reorganisering eller ej afhænger da af, hvorvidt begge virksomheder førhen indgik i samme økonomiske enhed eller ej. Hvis de førhen indgik i forskellige økonomiske enheder med selvstændig beslutningskompetence, vil transaktionen blive betragtet som en fusion og ikke en intern reorganisering <sup>(57)</sup>. Men hvis de forskellige økonomiske enheder bevarer en selvstændig beslutningskompetence også efter transaktionen, skal den kun betragtes som en intern reorganisering, også selv om det er én enkelt enhed, såsom et rent holdingselskab, der ejer aktierne i de forskellige økonomiske enheder <sup>(58)</sup>.

<sup>(54)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar i sag T-282/02, Cementbouw mod Kommissionen, præmis 118, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(55)</sup> Se beslutning af 13. juni 2003 i sag COMP/M.3173 — E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry. Det gælder også i situationer med erhvervelse af enekontrol, hvor kun dele af den overtagne virksomhed førhen blev kontrolleret af den overtagende virksomhed i forening med andre, jf. beslutning af 20. december 2001 i sag COMP/M. 2679 — EdF/TXU/Europe/24 Seven.

<sup>(56)</sup> Beslutning af 24. august 1998 i sag IV/M.1283 — Volkswagen/Rolls Royce/Cosworth.

<sup>(57)</sup> Beslutning af 24. juni 1991 i sag IV/M.097 — Péchiney/Usinor, beslutning af 22. februar 1993 i sag IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson, beslutning af 2. juni 1998 i sag IV/M.931 — Neste/IVO. Se også betragtning 22 til fusionsforordningen.

<sup>(58)</sup> Særlige spørgsmål i forbindelse med beregning af omsætningen i statsejede virksomheder behandles under punkt 192-194.



- (53) De prærogativer, staten som offentlig myndighed har sammenlignet med en almindelig aktionær, udgør dog, for så vidt de er begrænset til at tilgodese den offentlige interesse, ikke nogen kontrol i fusionsforordningens forstand i det omfang, hvor de ikke hverken tilsigter eller bevirker, at staten får mulighed for at øve afgørende indflydelse på virksomhedens aktiviteter <sup>(59)</sup>.

## 2. Enekontrol

- (54) Der er tale om enekontrol, hvis en enkelt virksomhed alene kan udøve afgørende indflydelse på en virksomhed. Der kan generelt sondres mellem to typiske situationer, hvor en virksomhed har enekontrol. For det første den situation, hvor den enekontrollerende virksomhed kan fastlægge den anden virksomheds strategiske forretningsbeslutninger. Denne mulighed opnås typisk ved at erhverve flertallet af stemmerettighederne i en virksomhed. Den anden situation, hvor der også er tale om erhvervelse af enekontrol, drejer sig om de tilfælde, hvor der kun er én aktionær, der kan nedlægge veto mod strategiske beslutninger i en virksomhed, men ikke på egen hånd kan gennemtvinge sådanne beslutninger (der tales her om negativ enekontrol). I en sådan situation har denne enkelte aktionær den samme grad af indflydelse, som en aktionær, der sammen med andre har fælles kontrol med en virksomhed, vil have, nemlig muligheden for at blokere for strategiske beslutninger. I modsætning til, hvad der er tilfældet i en virksomhed underlagt fælles kontrol, er der ingen andre aktionærer, der har samme grad af indflydelse, og aktionæren med negativ enekontrol behøver ikke nødvendigvis at samarbejde med bestemte andre aktionærer om fastlæggelse af den kontrollerede virksomheds strategiske adfærd. Eftersom den pågældende aktionær er i stand til at blokere for enhver beslutning, har vedkommende afgørende indflydelse på virksomheden som omhandlet i artikel 3, stk. 2, og udøver derfor kontrol med den i fusionsforordningens forstand <sup>(60)</sup>.
- (55) Enekontrol kan erhverves på et *de jure*- og/eller et *de facto*-grundlag.

### *De jure-enekontrol*

- (56) Enekontrol opstår normalt på et retligt grundlag, ved at en virksomhed overtager flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed. Medmindre andre forhold spiller ind, vil der normalt ikke være tale om erhvervelse af kontrol, hvis ikke flertallet af stemmerettighederne erhverves, heller ikke selv om den pågældende virksomhed overtager aktiemajoriteten. Hvis virksomhedens vedtægter kræver et særligt stort flertal ved vedtagelsen af strategiske beslutninger, vil erhvervelsen af et simpelt flertal af stemmerettighederne muligvis ikke give mulighed for at afgøre strategiske beslutninger, men kan være nok til at give erhververen et blokerende flertal og dermed negativ enekontrol.
- (57) Selv hvor der er tale om en aktieminoritet, kan der opstå enekontrol på et retligt grundlag, når der er knyttet særlige rettigheder til minoritets-aktieposten. Det kan f.eks. være præferenceaktier, der giver særlige rettigheder, således at minoritetsaktionæren kan få afgørende indflydelse på den overtagne virksomheds forretningspolitik, f.eks. ret til at udpege mere end halvdelen af bestyrelses- eller direktionsmedlemmerne. Der kan også være tale om enekontrol udøvet af en minoritetsaktionær, hvis denne i kraft af virksomhedens organisatoriske struktur har ret til at lede virksomhedens drift og fastlægge dens forretningspolitik (f.eks. som komplementar i et kommanditselskab, hvor der ofte slet ikke har er nogen aktionærer).
- (58) En typisk form for enekontrol er den situation, hvor en aktionær har 50 % af aktierne i en virksomhed, mens de resterende 50 % er i hænderne på flere andre aktionærer (hvor dette ikke resulterer i egentlig enekontrol), eller hvor der kræves et særligt stort flertal ved strategiske beslutninger, hvilket reelt giver den pågældende aktionær en vetoret, uanset om vedkommende er majoritets- eller minoritetsaktionær <sup>(61)</sup>.

<sup>(59)</sup> Beslutning af 1. september 1994 i sag IV/M.493 — Tractebel/Distrigaz II.

<sup>(60)</sup> Eftersom denne aktionær er den eneste, der erhverver en kontrollerende indflydelse, er det også kun denne aktionær, der har pligt til at indgive anmeldelse efter fusionsforordningen.

<sup>(61)</sup> Se beslutning af 20. august 2004 i sag COMP/M.3537 — BBVA/BNL og beslutning af 27. april 2005 i sag M.3768 — BBVA/BNL, beslutning af 29. juli 2003 i sag M.3198 — VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentrum, beslutning af 8. maj 2002 i sag COMP/M.2777 — Cinven Limited/Angel Street Holdings, beslutning af 25. september 1992 i sag IV/M.258 — CCIE/GTE. I beslutning af 30. september 2005 i sag COMP/M.3876 — Diester Industrie/Bunge/JV forelå der den særlige situation, at et joint venture havde interesser i en virksomhed, som gav det negativ enekontrol med virksomheden.

*De facto-enekontrol*

- (59) En minoritetsaktionær vil også kunne anses for at have erhvervet enekontrol på et *de facto*-grundlag. Det er f.eks. tilfældet, når der er stor sandsynlighed for, at den pågældende aktionær vil kunne samle et flertal på generalforsamlingen i kraft af aktiepostens størrelse og i lyset af det hidtidige aktionærfremmøde på generalforsamlingerne <sup>(62)</sup>. På grundlag af de hidtidige afstemningsmønstre vil Kommissionen foretage en prospektiv analyse og tage hensyn til de ændringer i aktionærfremmødet, der kan ventes at ville ske i fremtiden efter transaktionen <sup>(63)</sup>. Kommissionen vil desuden analysere aktionærernes indstilling og vurdere, hvilken rolle de spiller. Blandt de kriterier, der lægges til grund, vil navnlig være spørgsmålet om, hvor stor spredning der er i de resterende aktier, om andre store aktionærer har strukturelle eller økonomiske relationer eller familiebånd til den store minoritetsaktionær, eller om andre aktionærer har en strategisk eller rent økonomisk interesse i målvirksomheden, og alt dette vil blive vurderet fra sag til sag <sup>(64)</sup>. Hvis en stor minoritetsaktionær ud fra aktiepostens størrelse, de hidtidige afstemningsmønstre på generalforsamlingerne og andre aktionærers stilling kan antages at kunne samle et sikkert flertal af stemmerne på generalforsamlingerne, vil denne minoritetsaktionær blive anset for at have enekontrol <sup>(65)</sup>.
- (60) En option på køb eller konvertering af aktier kan ikke i sig selv anses for at resultere i enekontrol, medmindre denne optionsret vil blive udøvet i nær fremtid i henhold til retligt bindende aftaler <sup>(66)</sup>. Under visse særlige omstændigheder vil en optionsret sammen med andre elementer kunne danne grundlag for at konkludere, at der foreligger *de facto*-enekontrol <sup>(67)</sup>.

*Enekontrol erhvervet på anden vis end gennem stemmerettigheder*

- (61) Bortset fra erhvervelse af enekontrol på basis af stemmerettigheder finder det, der blev anført i afsnit 1.2 om enekontrol erhvervet gennem køb af aktiver, aftaler eller på anden vis, også anvendelse.

**3. Fælles kontrol**

- (62) Fælles kontrol foreligger, når to eller flere virksomheder eller personer har mulighed for at udøve afgørende indflydelse på en anden virksomhed. Med afgørende indflydelse menes her normalt muligheden for at blokere for dispositioner, der er bestemmende for en virksomheds forretningspolitik. I modsætning til enekontrol, hvor en bestemt aktionær får mulighed for at øve afgørende indflydelse på strategiske beslutninger i en virksomhed, er fælles kontrol karakteriseret ved muligheden for, at en foreslået strategisk beslutning kan blive blokeret som følge af, at to eller flere moderselskaber har magt til at forkaste den. Heraf følger, at disse aktionærer må nå til enighed om joint venture-virksomhedens forretningspolitik og er nødt til at samarbejde <sup>(68)</sup>.
- (63) Ligesom for enekontrol gælder det, at fælles kontrol kan erhverves på et *de jure*- eller et *de facto*-grundlag. Der foreligger fælles kontrol, når aktionærerne (moderselskaberne) er nødt til at nå til enighed i vigtige anliggender angående den af dem kontrollerede virksomhed (joint venture).

<sup>(62)</sup> Beslutning af 3. august 1993 i sag IV/M.343 — Société Générale de Belgique/Générale de Banque, beslutning af 12. marts 2004 i sag COMP/M.3330 — RTL/M6, beslutning af 19. december 1991 i sag IV/M.159 — Mediobanca/Generali.

<sup>(63)</sup> Beslutning af 20. december 2006 i sag COMP/M.4336 — MAN/Scania, med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt Volkswagen havde erhvervet kontrol med MAN.

<sup>(64)</sup> Beslutning af 23. april 1997 i sag IV/M.754 — Anglo American/Lonrho, beslutning af 10. februar 1990 i sag IV/M.025 — Arjomari/Wiggins Teape.

<sup>(65)</sup> Se tillige beslutning af 20. september 2001 i sag COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, beslutning af 12. maj 1999 i sag IV/M.1519 — Renault/Nissan.

<sup>(66)</sup> Dom i sag T 2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. 1994, s. II-323. Selv om en option normalt ikke i sig selv resulterer i en fusion, kan der tages hensyn til dens eksistens ved den materielle vurdering af en fusion, se beslutning af 21. december 2005 i sag COMP/M.3696 — E.ON/MOL, nr. 12-14, 480 og 762 ff.

<sup>(67)</sup> Beslutning af 7. marts 1994 i sag IV/M.397 — Ford/Hertz.

<sup>(68)</sup> Se også Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, Cementbouw mod Kommissionen, præmis 42, 52 og 67, Sml. 2006, s. II-319.

### 3.1. *Ligelig fordeling af stemmerettighederne eller retten til at udpege medlemmerne af de besluttede organer*

- (64) Den mest åbenbare form for fælles kontrol er den form, hvor der kun findes to moderselskaber, der deler stemmerettighederne i deres joint venture ligeligt indbyrdes. I så fald er det ikke nødvendigt med nogen formel aftale mellem dem. Hvis der findes en formel aftale, må den imidlertid ikke være i strid med princippet om parternes ligestilling — den kan således fastsætte, at de hver især f.eks. har ret til samme antal repræsentanter i de ledende organer, og at ingen af dem har en udslaggivende stemme<sup>(69)</sup>. En sådan ligestilling kan også foreligge, hvis begge moderselskaber har ret til at udpege lige mange medlemmer af joint venture-virksomhedens besluttede organer.

### 3.2. *Vetoret*

- (65) Der kan godt foreligge fælles kontrol, selv om de to moderselskaber ikke har samme antal stemmer eller ikke er ligeligt repræsenteret i de besluttede organer, og selv om der er mere end to moderselskaber. Det er tilfældet, hvor minoritetsaktionærer har særlige rettigheder, der giver dem vetoret i beslutninger af afgørende betydning for joint venture-virksomhedens forretningsstrategi<sup>(70)</sup>. En sådan vetoret kan være nedfældet i joint venture-virksomhedens vedtægter eller bero på en aftale mellem moderselskaberne. Den kan være baseret på særlige regler om, at der skal være et bestemt antal til stede på generalforsamlingen eller på bestyrelsesmøderne, i det omfang hvor moderselskaberne er repræsenteret i bestyrelsen, for at generalforsamlingen eller bestyrelsen er beslutningsdygtig. Der kan også være tale om, at beslutninger af strategisk betydning skal godkendes af et organ, f.eks. bestyrelsen, hvori minoritetsaktionærerne er til stede og indgår i det beslutningsdygtige flertal, der kræves for sådanne beslutninger.
- (66) Disse vetorettigheder må desuden dreje sig om strategiske beslutninger angående joint venture-virksomhedens forretningspolitik. De må være mere omfattende end den vetoret, der normalt tillægges minoritetsaktionærer for at beskytte deres økonomiske interesser som investorer i virksomheden. Den normale minoritetsbeskyttelse gælder beslutninger af afgørende betydning for joint venture-virksomheden såsom vedtægtsændringer, kapitalforhøjelse eller -nedsættelse eller likvidation. F.eks. bevirker en ret til at nedlægge veto mod afhændelse eller lukning af joint venture-virksomheden ikke, at den pågældende minoritetsaktionær kan antages at deltage i en fælles kontrol<sup>(71)</sup>.
- (67) De former for vetoret, der afspejler deltagelse i fælles kontrol, omfatter derimod typisk vetoret i beslutninger angående budget, driftsplan, større investeringer eller udpegelse af den øverste ledelse. Den pågældende behøver imidlertid ikke at kunne udøve en afgørende indflydelse på den daglige drift af virksomheden. Det afgørende element er, om vetoret er tilstrækkelig til at sætte moderselskaberne i stand til at udøve en sådan indflydelse på beslutninger angående joint venture-virksomhedens strategiske forretningsadfærd. Det er heller ikke nødvendigt at kunne fastslå, at en virksomhed, der erhverver deltagelse i fælles kontrol med joint venture-virksomheden, rent faktisk vil gøre brug af en sådan afgørende indflydelse. Muligheden herfor og altså selve vetorettens eksistens er nok.
- (68) En minoritetsaktionær behøver ikke at besidde alle de ovennævnte vetorettigheder for at kunne antages at deltage i en fælles kontrol. Det kan være tilstrækkeligt, at han kun har nogle — eller måske kun en enkelt — af disse rettigheder. Hvorvidt det er tilfældet, afhænger af det konkrete indhold af selve vetoret og dens betydning i relation til joint venture-virksomhedens særlige aktiviteter.

<sup>(69)</sup> Beslutning af 12. marts 2003 i sag COMP/M.3097 — Maersk Data/Eurogate IT/Global Transport Solutions JV, beslutning af 17. marts 1993 i sag IV/M.272 — Matra/CAP Gemini Sogeti.

<sup>(70)</sup> Dom i sag T 2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. 1994, s. II-323, beslutning af 3. maj 1991 i sag IV/M.010 — Conagra/Idea.

<sup>(71)</sup> Beslutning af 30. juli 1991 i sag IV/M.062 — Eridania/ISI.

*Udpegelse af ledelsen og vedtagelse af budget*

- (69) Vetoret i beslutninger om udpegelse af virksomhedens ledelse og dens budget har stor betydning. Muligheden for at være med til at fastlægge virksomhedens ledelsesstruktur og normalt udpege ledelsen, f.eks. bestyrelsesmedlemmerne, giver normalt mulighed for at udøve afgørende indflydelse på dens forretningspolitik. Det samme gælder beslutninger om fastlæggelse af virksomhedens budget, da budgettet er afgørende for, hvilke aktiviteter virksomheden kan udøve, og specielt hvilke investeringer det kan foretage.

*Driftsplan*

- (70) Driftsplanen indeholder normalt nærmere angivelser om virksomhedens formål samt de midler, der skal bringes i anvendelse for at virkeliggøre disse formål. En veto i beslutninger om fastlæggelsen af en sådan driftsplan kan være tilstrækkeligt til at give del i fælles kontrol, også selv om vedkommende ikke har veto i andre anliggender. Hvis driftsplanen derimod kun indeholder generelle erklæringer om joint venture- virksomhedens driftsmål, vil eksistensen af en veto kun indgå som ét blandt andre elementer ved vurderingen af, om der foreligger fælles kontrol, men vil ikke i sig selv være tilstrækkelig til at give indehaveren del i fælles kontrol.

*Investeringer*

- (71) Hvilken betydning der tillægges en veto i beslutninger angående investeringer, afhænger for det første af, hvilken størrelsesorden investeringer skal have, for at de skal godkendes af moderselskaberne, og for det andet af, hvor stor betydning investeringer har på det marked, joint venture-virksomheden opererer på. Med hensyn til det førstnævnte kriterium gælder, at hvis kun særligt store investeringer skal godkendes af moderselskaberne, må denne veto betragtes som led i en normal minoritetsbeskyttelse snarere end en ret, der giver dens indehaver del i en fælles kontrol med joint venture-virksomhedens forretningspolitik. Med hensyn til det andet kriterium gælder, at en virksomheds investeringspolitik normalt indgår som et vigtigt led i vurderingen af, om der er tale om fælles kontrol eller ej. Der kan dog være nogle markeder, hvor investeringer ikke spiller nogen større rolle for en virksomheds markedsadfærd.

*Markedsspecifikke rettigheder*

- (72) Ud over de ovennævnte, typiske former for veto rettigheder findes der mange andre veto rettigheder vedrørende specielle beslutninger, der er vigtige i forbindelse med det særlige marked, den pågældende joint venture-virksomhed opererer på. Som eksempel herpå kan nævnes veto i beslutninger om, hvilken teknologi der skal benyttes af joint ventures, for hvem teknologi er et nøgleelement i deres aktiviteter. Et andet eksempel kan være joint ventures, der er aktive på markeder præget af produkt differentiering og en høj grad af innovation. På sådanne markeder kan en veto i beslutninger angående joint venture-virksomhedens udvikling af nye produkter også indgå som et vigtigt element i vurderingen af, om der foreligger fælles kontrol.

*Den overordnede sammenhæng*

- (73) I de tilfælde, hvor der er tale om flere veto rettigheder, kan deres relative betydning ikke vurderes isoleret hver for sig. Tværtimod må afgørelsen af, om der foreligger fælles kontrol eller ej, foretages på basis af en samlet vurdering af alle sådanne rettigheder. En veto, der ikke er knyttet til beslutninger angående hverken forretningspolitik, budget eller driftsplan, kan dog ikke anses for at give dens indehaver del i en fælles kontrol <sup>(72)</sup>.

**3.3. Fælles udøvelse af stemmerettigheder**

- (74) Selv i tilfælde, hvor der ikke findes nogen konkret veto, kan to eller flere virksomheders erhvervelse af minoritetsinteresser i en anden virksomhed give dem fælles kontrol med denne virksomhed. Det kan være tilfældet, når minoritetsinteresserne tilsammen giver dem mulighed for at kontrollere den overtagne virksomhed. Det kræver, at minoritetsaktionærerne tilsammen kommer til at besidde et stemmeflertal,

<sup>(72)</sup> Beslutning af 19. marts 1993 i sag IV/M.295 — SITA-RPC/SCORI.

og at de vil udøve deres stemmeret i fællesskab. Dette kan være en følge af en retligt bindende aftale herom eller fastslås på et *de facto*-grundlag.

- (75) Det retlige middel til sikring af den fælles udøvelse af stemmerettighederne kan være et holdingselskab (der kontrolleres i fællesskab), hvortil de pågældende minoritetsaktionærer har overført deres rettigheder, eller en aftale, hvorved de forpligter sig til at optræde sammen (en såkaldt »pooling«-aftale).
- (76) I ganske særlige tilfælde kan der også være tale om kollektiv optræden på et *de facto*-grundlag, når de pågældende minoritetsaktionærer har så stærke fælles interesser, at de ved udøvelsen af deres rettigheder i joint venture-virksomheden ikke vil gå imod hinanden. Men desto flere moderselskaber, der deltager i et sådant joint venture, desto mindre sandsynligt er det, at en sådan situation vil opstå.
- (77) Tegn på et sådant interesserefællesskab kan være en høj grad af gensidig afhængighed mellem moderselskaberne med hensyn til at nå joint venture-virksomhedernes mål. Det er specielt tilfældet, hvis hvert moderselskab yder et bidrag til joint venture-virksomheden, som har afgørende betydning for dens drift (f.eks. i form af en særlig teknologi, lokal knowhow eller leveringsaftaler) <sup>(73)</sup>. Under sådanne omstændigheder kan moderselskaberne være i stand til at blokere for strategiske beslutninger i joint venture-virksomheden, og joint venture-virksomhedens succes afhænger derfor af, at de kan enes om de strategiske beslutninger, også selv om der måske ikke er nogen udtrykkelig bestemmelse om en vetoet. Moderselskaberne vil derfor være nødt til at samarbejde <sup>(74)</sup>. Andre faktorer, der kan have betydning, er, hvis beslutningsprocessen er sådan indrettet, at moderselskaberne kan udøve fælles kontrol, selv om der ikke er nogen udtrykkelige aftaler om vetoet eller andre forbindelser mellem minoritetsaktionærerne i relation til joint venture-virksomheden <sup>(75)</sup>.
- (78) En sådan situation kan ikke blot opstå, hvor to eller flere minoritetsaktionærer tilsammen har en *de facto*-kontrol med en virksomhed, men også hvor en majoritetsaktionær er stærkt afhængig af en minoritetsaktionær. Det kan være tilfældet, hvis joint venture-virksomheden økonomisk og finansielt er afhængig af minoritetsaktionæren, eller hvis det kun er minoritetsaktionæren, der er i besiddelse af den fornødne knowhow og spiller en vigtig rolle i joint venture-virksomhedens drift, mens majoritetsaktionæren udelukkende er en finansiell investor <sup>(76)</sup>. Under sådanne omstændigheder vil majoritetsaktionæren ikke være i stand til at gennemtvinge sine synspunkter, men vil kunne blokere for strategiske beslutninger, således at begge moderselskaber vil være nødt til permanent at samarbejde. Det resulterer i en situation med *de facto*-kontrol, som vil blive tillagt større vægt end en ren *de jure*-betragtning, der kunne danne grundlag for en antagelse om, at majoritetsaktionæren havde enekontrol.
- (79) Disse kriterier gælder, hvor der er tale om etablering af et nyt joint venture, såvel som ved erhvervelser af minoritetsinteresser, der tilsammen resulterer i fælles kontrol. Ved aktieopkøb er der større sandsynlighed for et interesserefællesskab, hvis aktierne erhverves ved en samordnet aktion. Men at der er erhvervet aktier ved en samordnet aktion, er ikke i sig selv nok til, at der antages at foreligge en *de facto*-fælleskontrol. Generelt betragtes finansielle investorer (eller kreditorers) fælles interesse i et investeringsafkast ikke som et interesserefællesskab, der gør, at der anses at være tale om *de facto*-fælleskontrol.

<sup>(73)</sup> Beslutning af 3. juli 2001 i sag COMP/JV.55 Hutchison/RCPM/ECT, se også beslutning af 20. september 1995 i sag IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol.

<sup>(74)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, Cementbouw mod Kommissionen, præmis 42, 52 og 67, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(75)</sup> Beslutning af 3. juli 2001 i sag COMP/JV.55 Hutchison/RCPM/ECT. Se tillige beslutning af 20. september 1995 i sag IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol.

<sup>(76)</sup> Beslutning af 22. september 1997 i sag IV/M. 967 — KLM/Air UK, beslutning af 13. februar 2006 i sag COMP/M.4085 — Arcelor/Oyak/Erdemir.

- (80) Når der ikke foreligger så stærke fælles interesser som de ovenfor beskrevne, vil muligheden for en ændring af koalitionerne mellem minoritetsaktionærer normalt udelukke, at der kan være tale om fælles kontrol. Når der ikke kan antages at bestå et fast flertal i beslutningsprocessen, og når flertallet ved hver enkelt lejlighed kan være sammensat af forskellige kombinationer mellem minoritetsaktionærerne, kan disse ikke antages at udøve fælles kontrol med virksomheden <sup>(77)</sup>. I den forbindelse er det ikke nok, at der består aftaler mellem to eller flere parter med lige store aktieposter, der giver samme rettigheder og samme indflydelse i virksomheden, når der ikke er vetoret i strategiske beslutninger. I en virksomhed, hvor tre aktionærer besidder hver en tredjedel af aktiekapitalen og hver udpeger en tredjedel af ledelsens medlemmer, udøver de f.eks. ikke fælles kontrol, når beslutningerne skal træffes ved simpelt flertal.

### 3.4. Andre betragtninger i relation til fælles kontrol

#### *Ulige rollefordeling mellem moderselskaberne*

- (81) At et af moderselskaberne har særligt kendskab til og særlige erfaringer med joint venture-virksomhedens aktiviteter, udelukker ikke, at der kan foreligge fælles kontrol. I et sådant tilfælde spiller det andet moderselskab måske kun en beskeden rolle eller slet ingen rolle i joint venture-virksomhedens daglige drift, idet dets tilstedeværelse skyldes andre årsager, f.eks. finansielt betonede årsager, langsigtet strategi, mærke-image eller generelle strategiske overvejelser. Men det må altid bevare en reel mulighed for at anfægte de beslutninger, der træffes af det andet moderselskab, enten i kraft samme antal stemmerettigheder eller ret til udpegelse af virksomhedens ledelse eller vetoret i strategiske anliggender. I modsat fald ville der være tale om enekontrol.

#### *Udslaggivende stemme*

- (82) For at der kan være tale om fælles kontrol, må et af moderselskaberne ikke have det afgørende ord. Der kan dog foreligge fælles kontrol, når denne udslaggivende stemme i praksis har ringe betydning og virkning. Det kan være tilfældet, hvis den udslaggivende stemme først kan udøves efter en række forsøg på mægling eller opnåelse af enighed eller kun på meget begrænsede områder, eller hvis afgivelsen af en udslaggivende stemme udløser en put-option, der repræsenterer en stor finansiell byrde, eller hvis den gensidige afhængighed mellem moderselskaberne gør det usandsynligt, at den udslaggivende stemme vil blive udnyttet <sup>(78)</sup>.

### III. ÆNDRINGER I KONTROLLENS KARAKTER

- (83) Fusionsforordningen finder anvendelse på transaktioner, der resulterer i erhvervelse af enekontrol eller fælles kontrol, herunder også transaktioner, der resulterer i ændringer af kontrollens karakter. For det første er der tale om en ændring i kontrolforholdene, som resulterer i en fusion, hvis der sker en overgang fra enekontrol til fælles kontrol. For det andet foreligger der en ændring i kontrolforholdene mellem forskellige situationer med fælleskontrol før og efter transaktionen, hvis der sker en forøgelse af antallet af kontrollerende aktionærer eller en ændring i, hvem de kontrollerende aktionærer er. Der er imidlertid ikke tale om nogen ændring i kontrolforholdene, hvis en negativ enekontrol ændres til en positiv enekontrol. En sådan ændring har hverken nogen indvirkning på incitamenterne hos den aktionær, der hidtil havde negativ enekontrol, på kontrollens struktur, da den kontrollerende aktionær ikke nødvendigvis var nødt til at samarbejde med bestemte aktionærer, da han havde negativ enekontrol. Under alle omstændigheder foreligger der ikke en ændring i kontrolforholdene og dermed ingen anmeldelsespligtig transaktion, hvis der blot er tale om en ændring i de samme kontrollerende aktionærers aktieposter, uden at der sker nogen ændring i de beføjelser, de har i virksomheden, og i virksomhedens kontrolstrukturer.

<sup>(77)</sup> Beslutning af 22. december 1998 i sag IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola.

<sup>(78)</sup> Beslutning af 20. september 2001 i sag COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, beslutning af 20. september 1995 i sag IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, beslutning af 28. marts 1994 i sag IV/M.425 — British Telecom/Banco Santander.



- (84) Behandlingen af disse ændringer i kontrolforholdene vil blive opdelt i to kategorier: Først behandles de tilfælde, hvor en eller flere nye aktionærer kommer til, uanset om de træder i stedet for hidtidige kontrollerende aktionærer eller ej, og dernæst de tilfælde, hvor antallet af kontrollerende aktionærer reduceres.

### 1. Nye kontrollerende aktionærers indtræden

- (85) Når en ny kontrollerende aktionær indtræder med det resultat, at der opstår en situation med fælles kontrol, kan det enten bero på en overgang fra enekontrol til fælles kontrol, eller på, at en ny aktionær træder ind i stedet for en hidtidig aktionær i en virksomhed, der i forvejen er underlagt fælles kontrol.
- (86) En overgang fra enekontrol til fælles kontrol betragtes som en anmeldelsespligtig transaktion, da den indebærer en ændring i joint venture-virksomhedens kontrolforhold. For det første er der tale om en ny kontrolerhvervelse for den aktionær, der træder ind i virksomheden. For det andet er det udelukkende den nye kontrolerhvervelse, der gør virksomheden til et joint venture, hvilket efter fusionsforordningen også indebærer en afgørende ændring i situationen for den tilbageværende kontrollerende virksomhed — i fremtiden vil denne være nødt til at tage hensyn til en eller flere andre kontrollerende aktionærer og samarbejde permanent med den eller de nye aktionærer. Førhen kunne den enten på egen hånd bestemme den kontrollerede virksomheds strategiske adfærd (hvis der forelå enekontrol), eller den var ikke tvunget til at tage hensyn til bestemte andre aktionærer eller til at samarbejde med dem permanent.
- (87) Når en ny aktionær træder ind i en virksomhed underlagt fælles kontrol — enten ud over de i forvejen kontrollerende aktionærer eller i stedet for en af dem — er transaktionen også anmeldelsespligtig, selv om virksomheden både før og efter transaktionen var underlagt fælles kontrol <sup>(79)</sup>. For det første er der i den situation også tale om en ny aktionær, der får del i kontrollen med joint venture-virksomheden. For det andet beror joint venture-virksomhedens kontrolforhold på, hvem alle de kontrollerende aktionærer er. Ved fælles kontrol forholder det sig i sagens natur sådan, at eftersom hver aktionær på egen hånd kan blokere for strategiske beslutning, er alle de kontrollerende aktionærer nødt til at tage hensyn til hverandres interesser, når de skal fastlægge joint venture-virksomhedens strategiske adfærd <sup>(80)</sup>. Om der foreligger fælles kontrol, beror derfor ikke udelukkende på en rent matematisk sammenlægning af de blokerende rettigheder, som flere aktionærer måtte have, men afhænger derimod af, hvem de aktionærer, der kontrollerer virksomheden i fællesskab, er. Et af de mest entydige eksempler på en afgørende ændring i kontrolforholdene i en virksomhed underlagt fælles kontrol drejer sig om en joint venture-virksomhed, som kontrolleres af en konkurrent til virksomheden og en finansiel investor, hvor den finansielle investor erstattes af en anden konkurrent. I dette tilfælde kan virksomhedens kontrolforhold og incitamenter blive fuldstændigt ændret, ikke blot fordi en ny kontrollerende aktionær træder ind, men også på grund af ændringen i den tilbageværende aktionærs adfærd. Når en kontrollerende aktionær erstattes med en anden, eller en ny aktionær træder ind i en virksomhed underlagt fælles kontrol, er der derfor tale om en ændring af kontrollens karakter <sup>(81)</sup>.

<sup>(79)</sup> Se f.eks. beslutning af 9. december 2004 i sag COMP/M.3440 — ENI/EDP/GdP.

<sup>(80)</sup> Førsteinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, Cementbouw mod Kommissionen, præmis 67, Sml. 2006, s. II-319.

<sup>(81)</sup> Det bemærkes generelt, at Kommissionen ikke vil betragte en indirekte udskiftning af en kontrollerende aktionær i en virksomhed underlagt fælles kontrol, der sker gennem erhvervelse af kontrol med en af dens moderselskaber, som en særskilt fusion. Kommissionen vil tage stilling til alle ændringer i joint venture-virksomhedens konkurrencesituation inden for rammerne af den overordnede kontrolerhvervelse med dens moderselskab. Under disse omstændigheder vil de andre kontrollerende aktionærer i joint venture-virksomheden derfor ikke være deltagende virksomheder i den fusion, hvori virksomhedens moderselskab deltager.



- (88) Nye aktionærs indtræden bevirker imidlertid kun, at der bliver tale om en anmeldelsespligtig fusion, hvis en eller flere aktionærer erhverver enekontrol eller fælles kontrol i kraft af transaktionen. Når nye aktionærer træder ind, kan det resultere i en situation, hvor det hverken på *de jure*- eller et *de facto*-grundlag kan fastslås, at der foreligger fælles kontrol, fordi den nye aktionærs indtræden gør det muligt, at der sker ændringer i koalitionerne mellem minoritetsaktionærer <sup>(82)</sup>.

## 2. Reduktion af antallet af aktionærer

- (89) Når antallet af kontrollerende aktionærer mindskes, foreligger der en ændring i kontrollens karakter, og der foreligger derfor en fusion, hvis en eller flere kontrollerende aktionærs udtræden resulterer i en overgang fra fælles kontrol til enekontrol. Der er betydelig forskel på, om den afgørende indflydelse udøves på egen hånd eller sammen med andre, eftersom de fælleskontrollerende aktionærer i det sidstnævnte tilfælde er nødt til at tage hensyn til den eller de andre involverede parter potentielt afvigende interesser <sup>(83)</sup>.
- (90) Når transaktionen medfører en reduktion i antallet af aktionærer med fælles kontrol, uden at det medfører overgang fra fælles kontrol til enekontrol, vil den normalt ikke resultere i en anmeldelsespligtig fusion.

## IV. JOINT VENTURES — BEGREBET SELVSTÆNDIGT FUNGERENDE JOINT VENTURES

- (91) I henhold til artikel 3, stk. 1, litra b), foreligger der en fusion, når *en eller flere* virksomheder erhverver kontrol med det hele eller dele af andre virksomheder. Når flere virksomheder i fællesskab erhverver kontrol med en anden virksomhed, er der derfor efter fusionsforordningen tale om en fusion. Ligesom ved erhvervelse af enekontrol med en virksomhed, vil en sådan kontrolerhvervelse resultere i en ændring af markedets struktur, selv om den overtagne virksomhed ifølge erhververnes planer ikke længere vil kunne betragtes som selvstændigt fungerende efter transaktionen (f.eks. fordi den fremover udelukkende vil levere til sine moderselskaber). En transaktion, hvorved flere virksomheder erhverver fælles kontrol med en anden virksomhed eller dele af den, og som opfylder kriterierne i punkt 24, vil derfor udgøre en fusion efter artikel 3, stk. 1, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om der er tale om et selvstændigt fungerende joint venture eller ej <sup>(84)</sup>.
- (92) Artikel 3, stk. 4, fastsætter tillige, at oprettelse af joint ventures, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner (et såkaldt selvstændigt fungerende joint venture) udgør en fusion efter fusionsforordningen. Det er derfor kriteriet angående selvstændigt funktion, der er afgørende for, om fusionsforordningen finder anvendelse på etablering af joint ventures, uanset om der er tale om et helt nyt joint venture, der startes fra grunden, eller om parterne overfører aktiver til et joint venture, som de førhen selv kontrollerede. Under disse omstændigheder skal et joint venture opfylde kriteriet angående selvstændigt funktion for at udgøre en fusion.
- (93) At et joint venture er et selvstændigt fungerende foretagende og derfor rent funktionsmæssigt er økonomisk uafhængigt, betyder ikke, at det skal være fuldt selvstændigt i relation til vedtagelsen af strategiske beslutninger. I så fald kunne en virksomhed underlagt fælles kontrol aldrig blive anset for at være selvstændigt fungerende, og betingelsen i artikel 3, stk. 4, ville aldrig være opfyldt <sup>(85)</sup>. For opfyldelsen af kriteriet angående selvstændigt funktion er det derfor tilstrækkeligt, at et joint venture har en funktionsmæssig selvstændighed.

<sup>(82)</sup> Beslutning af 22. december 1998 i sag IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola.

<sup>(83)</sup> Se beslutning af 28. november 1990 9i sag IV/M023 — ICI/Tioxide, se også punkt 5 (d) i Kommissionens meddelelse om en forenklet procedure ved behandling af visse fusioner efter Rådets forordning (EF) nr. 139/2004.

<sup>(84)</sup> Disse betragtninger gælder ikke på samme måde i relation til artikel 2, stk. 4. Mens fortolkningen af artikel 3, stk. 1 og 4, relaterer til fusionsforordningens anvendelse på joint ventures, drejer artikel 2, stk. 4, sig om den materielle vurdering af joint ventures. Når der i artikel 2, stk. 4, tales om »etablering af et joint venture, som udgør en fusion efter artikel 3«, omfatter det også erhvervelse af fælles kontrol efter artikel 3, stk. 1 og 4.

<sup>(85)</sup> Førstinstansrettens dom af 23. februar 2006 i sag T-282/02, Cementbouw mod Kommissionen, præmis 62, Sml. 2006, s. II-319.

### 1. Tilstrækkelige ressourcer til at operere selvstændigt på et marked

- (94) Selvstændig funktion indebærer i alt væsentligt, at et joint venture må være aktivt på et marked, hvor det varetager de funktioner, der normalt varetages af andre virksomheder, som opererer på det samme marked. Med henblik herpå må joint venture-virksomheden dels have en ledelse, der helliger sig virksomhedens daglige aktiviteter, dels have adgang til tilstrækkelige ressourcer, herunder finansielle midler, personale og aktiver (materielle og immaterielle) for derved at kunne udøve sine forretningsmæssige aktiviteter på et varigt grundlag på det område, der er foreskrevet i joint venture-aftalen<sup>(86)</sup>. Personalet skal ikke nødvendigvis være ansat af joint venture-virksomheden selv. Hvis det stemmer overens med almindelig praksis i den branche, joint venture-virksomheden opererer i, kan det være tilstrækkeligt, at personalet tilvejebringes af tredjemand inden for rammerne af en driftsaftale, eller at personalet kommer fra et vikarbureau. Det kan også være tilstrækkeligt, at moderselskaberne udstationerer personale, hvis det enten kun sker i joint venture-virksomhedens opstartfase, eller hvis joint venture-virksomheden har de samme relationer til sine moderselskaber som til tredjeparter. I sidstnævnte tilfælde kræves det, at joint venture-virksomhedens relationer med moderselskaberne foregår efter arm's length-princippet, og at joint venture-virksomheden også frit kan rekruttere egne ansatte eller skaffe personale fra tredjemand.

### 2. Ikke blot overtagelse af en af moderselskabernes funktioner

- (95) Et joint venture er ikke selvstændigt fungerende, hvis det blot overtager en enkelt af moderselskabernes funktioner uden selv at have adgang til eller operere på markedet. Dette er bl.a. tilfældet, når et joint venture alene skal beskæftige sig med forskning og udvikling eller produktion. Sådanne joint ventures varetager kun en hjælpefunktion for deres moderselskaber. Det er også tilfældet, når et joint venture hovedsagelig kun skal tage sig af distribution eller salg af moderselskabernes produkter og således primært fungerer som et salgsagentur. At et joint venture benytter et eller flere moderselskabers distributionsnet eller afsætningskanaler, er imidlertid normalt ikke ensbetydende med, at det ikke kan være selvstændigt fungerende, så længe moderselskaberne kun optræder som agenter for deres joint venture<sup>(87)</sup>.
- (96) Dette spørgsmål rejser sig hyppigt i tilfælde, hvor et joint venture fungerer som holdingselskab for fast ejendom og typisk er etableret ud fra skatte- eller andre økonomiske hensyn. Så længe joint venture-virksomheden udelukkende har til opgave at erhverve og/eller besidde fast ejendom for moderselskaberne og udelukkende får tilført økonomiske ressourcer fra moderselskaberne, vil det normalt ikke blive anset for at være selvstændigt fungerende, eftersom det ikke på et varigt grundlag opererer selvstændigt på markedet og typisk heller ikke vil have de ressourcer, der skal til for at operere selvstændigt. Der må sondres mellem denne situation og den situation, hvor et joint venture aktivt administrerer en ejendomsportefølje og opererer selvstændigt på markedet, hvilket er en typisk indikation på selvstændig funktion<sup>(88)</sup>.

### 3. Købs-/salgsrelationer med moderselskaberne

- (97) Hvis moderselskaberne i markant grad er til stede på markeder på tidligere eller senere omsætningstrin, er det en faktor, der må tages med i betragtning ved vurderingen af et joint ventures karakter af selvstændigt fungerende virksomhed, når det resulterer i omfattende salg eller køb mellem moderselskaberne og deres joint venture. Hvis det kun er i opstartfasen, at et joint venture så godt som

<sup>(86)</sup> Beslutning af 2. december 1994 i sag IV/M.527 — Thomson CSF/Deutsche Aerospace angående intellektuelle ejendomsrettigheder, beslutning af 11. maj 1995 i sag IV/M.560 EDS/Lufthansa angående outsourcing, beslutning af 7. september 1995 i sag IV/M.585 — Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd angående et joint ventures ret til at få overført yderligere ekspertise og personale fra moderselskaberne, beslutning af 5. februar 1996 i sag IV/M.686 — Nokia/Autoliv angående et joint venture med ret til at opsiges »serviceaftaler« med moderselskab og flytte fra det af moderselskabet valgte sted, beslutning af 7. oktober 1996 i sag IV/M.791 — British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd, hvor de aktiver, et joint venture skulle have tilført, skulle overføres til et leasingselskab og leases af joint venture-virksomheden.

<sup>(87)</sup> Beslutning af 2. december 1991 i sag IV/M.102 — TNT/Canada Post etc.

<sup>(88)</sup> Se beslutning af 23. juni 1997 i sag IV/M.929 — DIA/Veba Immobilien/Deutschbau, beslutning af 23. januar 2004 i sag COMP/M. 3325 — Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf.

udelukkende er afhængigt af at skulle sælge til eller købe hos sine moderselskaber, vil dette normalt ikke bevirke, at det ikke vil blive betragtet som en selvstændigt fungerende enhed. En sådan opstartfase kan være nødvendig for at få joint venture-virksomheden indkørt på markedet. Dens varighed vil normalt ikke overstige tre år, afhængigt af de særlige forhold, der gør sig gældende på det konkrete marked <sup>(89)</sup>.

#### *Salg til moderselskaberne*

- (98) Er det derimod meningen, at joint venture-virksomheden skal sælge til moderselskaberne på et varigt grundlag, er det afgørende spørgsmål, hvorvidt joint venture-virksomheden uanset dette salg er indrettet til at spille en aktiv rolle på markedet og kan anses for rent funktionsmæssigt at være økonomisk selvstændigt. En vigtig faktor i den sammenhæng er, hvor stor en del af joint venture-virksomhedens samlede produktion dette salg til moderselskaberne tegner sig for. Der kan være særlige forhold, der gør sig gældende i de enkelte tilfælde, og det er derfor ikke muligt at lægge sig fast på en nærmere bestemt andel, som kan være afgørende for, om der er tale om et selvstændigt fungerende joint venture eller ej. Hvis joint venture-virksomheden har over 50 % af sin omsætning med tredjemand, vil det typisk indikere, at den er selvstændigt fungerende. Under denne vejledende tærskel må der foretages en indgående vurdering fra sag til sag, og for at der skal kunne anses at være tale om selvstændig funktion, må forholdet mellem joint venture-virksomheden og dens moderselskaber være rent forretningsmæssigt. Det skal i den forbindelse godtgøres, at joint venture-virksomheden vil levere sine varer og tjenester til den køber, der vil betale mest for dem, og at den også vil handle med sine moderselskaber på normale forretningsvilkår («arm's length») <sup>(90)</sup>. Under disse omstændigheder, hvor joint venture-virksomheden vil behandle sine moderselskaber på samme vilkår som tredjemand, kan det være tilstrækkeligt, at mindst 20 % af joint venture-virksomhedens forventede salg går til tredjemand. Men jo større en andel af salget der må ventes at ville gå til moderselskaberne, desto større krav må der stilles til et klart belæg for, at forholdet til moderselskaberne er baseret på forretningsmæssige vilkår.
- (99) Ved afgørelsen af, hvor stor en del af salget der vil gå til henholdsvis moderselskaberne og tredjemand, vil Kommissionen tage hensyn til det hidtidige salg og dokumenterede driftsplaner. Men i særdeleshed hvor det ikke er indlysende, at der bliver tale om et betydeligt salg til tredjemand, vil Kommissionen også se på de overordnede strukturer på markedet. De kan også være relevante ved vurderingen af, hvorvidt joint venture-virksomheden vil handle med sine moderselskaber på normale forretningsvilkår eller ej.
- (100) Disse spørgsmål rejser sig hyppigt, når der er tale om outsourcing-aftaler, hvor en virksomhed etablerer et joint venture sammen med en tjenesteudbyder <sup>(91)</sup>, der skal varetage opgaver, som virksomheden hidtil selv varetog. Joint venture-virksomheden kan typisk ikke anses for at være selvstændigt fungerende, hvis det udelukkende leverer tjenester til denne kunde og i den forbindelse er afhængig af input fra tjenesteudbyderen. Selv om joint venture-virksomhedens driftsplan måske ikke udelukker, at den kan levere tjenester til tredjemand, ændrer det intet ved denne vurdering, for i den typiske outsourcing-situation må enhver tredjemand anses for at have underordnet betydning for joint venture-virksomhedens hovedaktiviteter for klientvirksomheden. Denne generelle regel udelukker dog ikke, at der kan være situationer, hvor joint venture-partnerne f.eks. for at opnå stordriftsfordele etablerer et joint venture ud fra intentioner om, at det skal operere aktivt på markedet. Det kunne bevirke, at joint venture-virksomheden får karakter af en selvstændigt fungerende virksomhed, hvis den kan forventes at sælge betydelige mængder til tredjemand, og hvis relationerne mellem joint venture-virksomhederne og dens moderselskaber er rent forretningsmæssige og foregår på basis af normale forretningsvilkår.

<sup>(89)</sup> Beslutning af 11. maj 1995 i sag IV/M.560 — EDS/Lufthansa, beslutning af 5. februar 1996 i sag IV/M.686 Nokia/Autoliv — i modsætning hertil beslutning af 2. april 1997 i sag IV/M.904 — RSB/Tenex/Fuel Logistics og beslutning af 1. oktober 1997 i sag IV/M.979 — Preussag/Voest-Alpine. En særlig situation opstår, hvis joint venture-virksomhedens salg til sit moderselskab beror på et lovmæssigt monopol i et senere led i forhold til joint venture-virksomheden, se beslutning af 17. februar 1995 i sag IV/M.468 — Siemens/Italtel, eller hvis salget til et moderselskab består af biprodukter uden større betydning for joint venture-virksomheden, se beslutning af 13. marts 1995 i sag IV/M.550 — Union Carbide/Enichem.

<sup>(90)</sup> Beslutning af 9. april 1996 i sag IV/M.556 — Zeneca/Vanderhave, beslutning af 3. juli 1996 i sag IV/M.751 — Bayer/Hüls.

<sup>(91)</sup> Spørgsmålet om, hvornår en outsourcing-aftale opfylder betingelserne for at blive behandlet som en fusion, behandles under punkt 25 ff. i denne meddelelse.

*Køb fra moderselskaberne*

- (101) Hvad angår leverancer fra moderselskaberne til deres joint venture, kan der især herske tvivl om joint venture-virksomhedens karakter af selvstændigt fungerende virksomhed, hvis den ikke selv tilfører de pågældende varer eller ydelser nogen større værditilvækst. I sådanne tilfælde må den nok snarere anses for at være et fælles salgsgentur.

*Handelsmarkeder*

- (102) I modsætning hertil vil et joint venture, der opererer aktivt på et handelsmarked og varetager de funktioner, som en handelsvirksomhed på dette marked sædvanligvis varetager, normalt ikke blot fungere som et salgsselskab for moderselskaberne, men derimod optræde som et selvstændigt fungerende joint venture. Et handelsmarked er normalt karakteriseret ved, at der ved siden af vertikalt integrerede virksomheder også findes virksomheder, der specialiserer sig i salg og distribution uden at være integreret, og at der findes flere forskellige forsyningskilder til de konkrete produkter. Desuden er det på mange handelsmarkeder nødvendigt at investere i særlige faciliteter som f.eks. forretninger, lagerfaciliteter, pakhuse, depoter, lastbiler og salgspersonale. For at et joint venture på et handelsmarked kan betragtes som en selvstændigt fungerende virksomhed, må virksomheden råde over de fornødne faciliteter og være i stand til at skaffe sig en væsentlig del af sine forsyninger ikke alene fra moderselskaberne, men også fra konkurrerende kilder<sup>(92)</sup>.

**4. Virksomhed på et varigt grundlag**

- (103) Desuden må det være hensigten, at det pågældende joint venture skal drive virksomhed på et varigt grundlag. Det vil normalt blive antaget at være tilfældet, når moderselskaberne udstyrer deres joint venture med de ovennævnte ressourcer. I aftalen om oprettelsen af et joint venture er der desuden ofte taget højde for visse situationer, som f.eks. at joint venture-projektet slår fejl, eller at der opstår fundamentale uoverensstemmelser mellem moderselskaberne<sup>(93)</sup>. Det kan ske ved at indføre bestemmelser om, under hvilke omstændigheder selve joint venture-virksomheden opløses, eller hvornår et eller flere af moderselskaberne kan trække sig ud af det. Denne type bestemmelser betyder ikke, at et joint venture ikke kan anses at fungere på et varigt grundlag. Det samme gælder normalt, når aftalen fastsætter nærmere bestemmelser om, hvor længe joint venture-virksomheden skal bestå, når dette tidsrum er tilstrækkeligt langt til, at det indebærer en varig ændring af de deltagende virksomheders struktur<sup>(94)</sup>, eller når det er fastsat i aftalen, at joint venture-virksomheden også kan fortsætte med at bestå efter udløbet af dette tidsrum.
- (104) Derimod vil et joint venture ikke kunne antages at operere på et varigt grundlag, hvis det er oprettet for et kort, afgrænset tidsrum. Det kan være tilfældet, hvis et joint venture oprettes med det formål at gennemføre et bestemt projekt, f.eks. opførelse af et kraftværk, men ikke skal deltage i driften af kraftværket, når først det er opført.
- (105) Et joint venture opfylder heller ikke kriteriet angående virksomhed på et varigt grundlag, hvis igangsætningen af joint venture-virksomhedens aktiviteter afhænger af beslutninger, som en tredjemand endnu ikke har truffet. Dette er kun tilfældet, hvor der er tale om beslutninger om andet og mere end formaliteter, og hvis udfald er uvist. Som eksempel kan nævnes beslutninger om tildeling af en kontrakt (f.eks. ved offentlige udbud), licenser (f.eks. i telesektoren) eller adgangsrettigheder (f.eks. udvindingsrettigheder til olie og gas). Indtil disse beslutninger er truffet, er det uvist, om joint venture-virksomheden overhovedet kommer i gang. På dette stadium kan joint venture-virksomheden derfor ikke anses for at fungere som en selvstændig virksomhed på et varigt grundlag og opfylder derfor ikke kriterierne

<sup>(92)</sup> Beslutning af 3. september 1996 i sag IV/M.788 — AgrEVO/Marubeni.

<sup>(93)</sup> Beslutning af 23. april 1997 i sag IV/M.891 — Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith.

<sup>(94)</sup> Se beslutning af 30. april 2003 i sag COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, hvor en tolvårig periode blev fundet tilstrækkelig, beslutning af 11. februar 2002 i sag COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, hvor der var tale om 8 år. I beslutning af 20. juli 2005 i sag COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien fandt Kommissionen en periode på mindst 10-15 år tilstrækkelig, men ikke en periode på 3 år.

angående selvstændig funktion. Men når først der er truffet en beslutning til fordel for igangsætning af joint venture-virksomheden, er dette kriterium opfyldt, og der foreligger en fusion <sup>(95)</sup>.

#### 5. Ændringer i joint venture-virksomhedens aktiviteter

- (106) Moderselskaberne kan beslutte at udvide joint venture-virksomhedens aktiviteter i løbet af dens levetid. Det vil blive betragtet som en ny fusion, der kan udløse anmeldelsespligt, hvis denne udvidelse indebærer overtagelse af en anden virksomhed eller dele af den fra moderselskaberne, og denne overtagelse i sig selv opfylder betingelserne for at udgøre en fusion som beskrevet under punkt 24 ovenfor <sup>(96)</sup>.
- (107) Der kan også opstå en fusion, hvis moderselskaberne overfører betydelige yderligere aktiver, kontrakter, knowhow eller andre rettigheder til deres joint venture, og disse aktiver og rettigheder udgør grundlaget for eller kernen i joint venture-virksomhedens ekspansion til andre produkt- eller geografiske markeder, hvor det hidtil ikke har været aktivt, og i den forbindelse opererer som en selvstændigt fungerende virksomhed. Da overførslen af aktiver eller rettigheder viser, at det er moderselskaberne, der er de reelle aktører bag udvidelsen af joint venture-virksomhedens aktiviteter, kan denne aktivitetsudvidelse anskues på samme måde, som hvis der blev etableret et nyt joint venture som omhandlet i artikel 3, stk. 4 <sup>(97)</sup>.
- (108) Hvis et joint venture udvides, uden at det får overført yderligere aktiver, kontrakter, knowhow eller rettigheder, vil der ikke foreligge nogen fusion.
- (109) Der foreligger en fusion, hvis en ændring i et eksisterende, ikke-selvstændigt fungerende joint venture bevirker, at det bliver til et selvstændigt fungerende joint venture, jf. artikel 3, stk. 4. Som eksempler herpå kan nævnes joint ventures, hvis organisatoriske struktur ændres, således at de derefter opfylder kriteriet angående selvstændig funktion <sup>(98)</sup>, joint ventures, som førhen kun leverede til moderselskaberne, men nu i større omfang går ud på markedet, eller nogle af de scenarier, der er beskrevet under punkt 105 ovenfor, hvor et joint venture først kan gå i gang med sin virksomhed, når det råder over det nødvendige input (som f.eks. en godkendelse, hvor der er tale om et joint venture i telesektoren). En sådan ændring i en joint ventures aktivitet vil ofte kræve en beslutning truffet af aktionærerne eller ledelsen. Når først den beslutning, der bevirker, at virksomheden opfylder kravet angående selvstændig funktion, er truffet, foreligger der en fusion.

#### V. UNDTAGELSER

- (110) Artikel 3, stk. 5, omhandler tre ekstraordinære situationer, hvor erhvervelsen af en kontrollerende andel ikke udgør nogen fusion efter fusionsforordningen.
- (111) For det første hvis en værdipapirerhvervelse foretages af virksomheder, hvis sædvanlige virksomhed indbefatter transaktioner og handel med værdipapirer for egen eller fremmed regning, anses der ikke at foreligge en fusion, hvis denne erhvervelse sker som led i denne sædvanlige virksomhed, og værdipapirerne kun besiddes på et midlertidig grundlag (jf. artikel 3, stk. 5, litra a)). For at kunne falde ind under denne undtagelse, skal transaktionen opfylde følgende betingelser:

- den erhvervende virksomhed skal være et kreditinstitut eller anden finansiel virksomhed eller et forsikringselskab med en sædvanlig virksomhed som beskrevet ovenfor

<sup>(95)</sup> Forudsat af de andre kriterier, der er nævnt i dette afsnit i meddelelsen, også er opfyldt.

<sup>(96)</sup> Se beslutning af 30. januar 2003 i sag COMP/M.3039 — Soprol/Céréol/Lesieur.

<sup>(97)</sup> Den begivenhed, der i så fald udløser anmeldelsespligt, vil være den aftale eller anden retsakt, der ligger til grund for overførslen af aktiver, kontrakter, knowhow eller andre rettigheder.

<sup>(98)</sup> Beslutning af 27. september 2001 i sag COMP/M.2276 — The Coca-Cola Company/Nestlé/JV.



- værdipapirerne skal være erhvervet med henblik på videresalg
  - den erhvervende virksomhed må ikke udøve stemmerettighederne med det formål at bestemme målvirksomhedens strategiske forretningsadfærd og må kun udøve disse rettigheder med henblik på at forberede en hel eller delvis afhændelse af virksomheden, dens aktiver eller værdipapirer
  - den erhvervende virksomhed skal afhænde sine kontrollerende interesser inden et år efter erhvervelsen, dvs. den skal inden for denne etårsfrist i det mindste reducere sin aktiepost til et niveau, der ikke længere giver den nogen kontrol. Kommissionen kan efter anmodning forlænge denne frist, hvis kreditinstituttet, den finansielle virksomhed eller forsikringselskabet godtgør, at der ikke har været rimelig mulighed for at foretage afhændelsen inden for denne etårsfrist.
- (112) For det andet er der ikke tale om nogen ændring i kontrolforholdene, og dermed heller ikke om nogen fusion i fusionsforordningens forstand, hvor kontrollen erhverves af en person, der af myndighederne i en medlemsstat er befuldmægtiget i henhold til denne stats lovgivning om likvidation, konkurs, insolvens, betalingsstandsning, akkord eller lignende (artikel 3, stk. 5, litra b)).
- (113) For det tredje opstår der ikke nogen fusion, hvis det er et finansielt holdingselskab som defineret i artikel 5, stk. 3, i Rådets direktiv 78/660/EØF<sup>(99)</sup>, der erhverver kontrol. Begrebet »finansielt holdingselskab« dækker således kun virksomheder, der alene har til formål at erhverve interesser i andre virksomheder uden selv at blande sig direkte eller indirekte i ledelsen af disse virksomheder, medmindre det sker som led i udøvelsen af deres aktionærrettigheder. Disse investeringsselskaber skal være organiseret på en sådan måde, at en administrativ eller retlig myndighed kan føre tilsyn med, at de overholder disse begrænsninger. I fusionsforordningen stilles en yderligere betingelse for, at denne undtagelse finder anvendelse — disse selskaber må kun udnytte deres stemmerettigheder i andre virksomheder til at bevare investeringernes fulde værdi og ikke til direkte eller indirekte at bestemme den kontrollerede virksomheds forretningsstrategi.
- (114) Undtagelserne i fusionsforordningens artikel 3, stk. 5, har et meget afgrænset anvendelsesområde. For det første gælder de kun, hvis transaktionen ellers i sig selv ville være en fusion, men ikke hvis den indgår som led i en større, samlet fusion, hvor den endelige kontrollererhverver ikke ville falde ind under artikel 3, stk. 5 (se f.eks. punkt 35 ovenfor). For det andet kan undtagelserne i artikel 3, stk. 5, litra a) og c), kun finde anvendelse på kontrollerhvervelser, der sker gennem køb af værdipapirer og ikke gennem køb af aktiver.
- (115) Undtagelsesbestemmelserne finder ikke anvendelse på typiske investeringsfonde. Det ligger normalt i selve disse fondes formål, at de ikke kun udøver stemmerettigheder, men også vil træffe beslutninger om udpegelse af medlemmerne af virksomhedens ledelse og selskabsorganer eller måske reorganisere den pågældende virksomhed. Det ville ikke stemme overens med kravene i både litra a) og c) i artikel 3, stk. 5, om at de erhvervende virksomheder ikke må udøve deres stemmerettigheder med det formål at bestemme den anden virksomheds konkurrenceadfærd<sup>(100)</sup>.
- (116) Der kan rejse sig det spørgsmål, hvorvidt en transaktion gående ud på at redde en virksomhed fra konkurs udgør en fusion efter fusionsforordningen. Ved en sådan redningsaktion er der typisk tale om, at den eksisterende gæld konverteres til en ny virksomhed, i forbindelse hvormed et bankkonsortium måske erhverver fælles kontrol med den pågældende virksomhed. Hvis en sådan transaktion opfylder de

<sup>(99)</sup> Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer, EFT L 222 af 14.8.1978, s. 11, som senest ændret ved direktiv 2003/51/EF af 18. juni 2003, EUT L 178 af 17.7.2003, s. 16. Dette direktivs artikel 5, stk. 3, definerer finansielle holdingselskaber som »selskaber, der alene har til formål at besidde kapitalinteresser i andre virksomheder samt forvalte og udnytte disse interesser uden direkte eller indirekte at blande sig i administrationen af nævnte virksomheder, med forbehold af de rettigheder, som holdingselskaber besidder i sin egenskab af aktionær eller deltager. En retlig eller administrativ myndighed skal kunne føre tilsyn med overholdelsen af de begrænsninger, der gælder for disse selskabers virksomhed«.

<sup>(100)</sup> Beslutning af 11. december 1995 i sag IV/M.669 — Charterhouse/Porterbrook.

ovenfor opstillede kriterier angående fælles kontrol, vil den normalt blive betragtet som en fusion <sup>(101)</sup>. Selv om bankernes primære intention er at omlægge finansieringen af den pågældende virksomhed med henblik på efterfølgende afhændelse, finder undtagelsen i artikel 3, stk. 5, litra a), normalt ikke anvendelse på en sådan transaktion. På samme måde som for investeringsfondes vedkommende kræver reorganiseringen normalt, at de kontrollerende banker fastlægger forretningsstrategien for den virksomhed, de har reddet fra konkurs. Desuden vil det normalt ikke være realistisk at omdanne en konkurstruet virksomhed til en rentabel virksomhed og derefter afhænde den inden for den tilladte etårsperiode. Endvidere vil der normalt være så stor usikkerhed om, hvor lang tid det vil tage, at det vil være vanskeligt at indrømme en forlængelse af afhændelsesfristen.

## VI. OPGIVELSE AF FUSIONER

- (117) En fusion ophører med at bestå, og fusionsforordningen ophører med at gælde, hvis de deltagende virksomheder opgiver fusionen.
- (118) I den forbindelse blev der i den omarbejdede fusionsforordning (EF) nr. 139/2004 indføjet en ny bestemmelse angående afslutning af fusionskontrolprocedurer uden nogen endelig beslutning, efter at Kommissionen har indledt procedure efter artikel 6, stk. 1, litra c), første punktum. I denne bestemmelse hedder det videre, at »medmindre de deltagende virksomheder har godtgjort over for Kommissionen, at de har opgivet fusionen, afsluttes enhver sådan procedure med en beslutning vedtaget i henhold til artikel 8, stk. 1 til 4, jf. dog artikel 9«. Er der endnu ikke indledt procedure i sagen, gælder disse krav ikke.
- (119) Som hovedregel kræves det, at beviset for fusionens opgivelse i relation til juridisk form, beviskraft osv. skal svare til den handling, der oprindeligt blev anset for at gøre fusionen anmeldelsespligtig. Såfremt parterne efter denne indledende handling styrker deres kontraktlige forbindelser under procedureforløbet, f.eks. ved at indgå en bindende aftale, efter at transaktionen blev anmeldt på grundlag af en hensigtserklæring, må det bevis, der kræves for fusionens opgivelse, også svare til denne hensigtserklæring.
- (120) I overensstemmelse hermed gælder, at hvis fusionen er blevet gennemført, før Kommissionen har givet sin godkendelse, skal det godtgøres, at *status quo ante*, dvs. situationen før fusionen, er blevet genoprettet. At anmeldelsen blot trækkes tilbage, betragtes ikke som et tilstrækkeligt bevis på, at fusionen er opgivet efter artikel 6, stk. 1, litra c). På samme måde gælder, at mindre ændringer i fusionen uden nogen ændring i kontrollen eller kontrolforholdene ikke kan betragtes som en opgivelse af den oprindelige fusion <sup>(102)</sup>.
- Bindende aftale: Der vil blive krævet et bevis for en retligt bindende aftale om aftalens opsigelse, der har samme form som den oprindelige aftale (dvs. normalt et dokument underskrevet af alle parterne). Hensigtserklæringer om at opsigse aftalen eller undlade at implementere den anmeldte fusion samt ensidige erklæringer fra parterne (eller en af dem) vil ikke blive anset for tilstrækkelige <sup>(103)</sup>.
  - Hensigtserklæring om at indgå en aftale: Er der tale om en hensigtserklæring eller et aftalememorandum, hvori en sådan intention tilkendegives, vil der blive krævet dokumenter, der beviser, at den pågældende erklæring er blevet ophævet. Er sådanne hensigtstilkendegivelser afgivet under andre former, skal disse tilkendegivelser tilbagekaldes på en måde og under en form, der svarer til den oprindelige hensigtstilkendegivelse.
  - Offentlig overtagelsestilbud eller tilkendegivelse af en hensigt om at afgive et offentligt tilbud: Der vil blive krævet en offentlig tilkendegivelse af, at tilbuddet er tilbagetrukket, eller af, at intentionen om at afgive tilbud er opgivet. Dette skal tilkendegives under samme form og med samme rækkevidde i offentligheden som den oprindelige tilkendegivelse.

<sup>(101)</sup> Beslutning af 28. august 1991 i sag IV/M.116 — Kelt/American Express.

<sup>(102)</sup> Dette har ingen indflydelse på, hvorvidt denne ændring indebærer, at der skal fremsendes yderligere oplysninger til Kommissionen efter artikel 5, stk. 3, i forordning (EF) nr. 802/2004.

<sup>(103)</sup> Se beslutning af 10. maj 2007 i sag COMP7M.4381 — JCI/VB/FIAMM, nr. 15, hvor kun en af parterne ikke længere ønskede at implementere aftalen, mens den anden stadigvæk opfattede aftalen som bindende.



- Allerede gennemførte fusioner: Hvis fusionen er blevet gennemført forud for en kommissionsbeslutning, vil det blive krævet, at parterne godtgør, at den situation, der bestod før fusionens implementering, er blevet genoprettet.

(121) Det er op til parterne at fremlægge den dokumentation, der skal til for at bevise, at kravene er opfyldt, i rette tid.

#### VII. ÆNDRINGER I TRANSAKTIONER EFTER EN GODKENDELSESBEVLUTNING FRA KOMMISSIONEN

(122) Det kan ske, at parterne ikke ønsker at implementere fusionen i den planlagte form, efter at de har opnået Kommissionens godkendelse. Spørgsmålet er da, om Kommissionens godkendelsesbeslutning stadigvæk gælder efter ændringen af transaktionen.

(123) Groft sagt gælder, at hvis transaktionens struktur før implementeringen af en godkendt fusion ændres fra en kontrollerhvervelse, der falder ind under artikel 3, stk. 1, litra b), til en fusion efter artikel 3, stk. 1, litra a), eller omvendt, så betragtes denne ændring i transaktionens struktur som en anden fusion efter fusionsforordningen, og der skal indgives en ny anmeldelse<sup>(104)</sup>. Mindre væsentlige ændringer af transaktionen, f.eks. mindre ændringer i de relative aktieposter, som ikke giver anledning til nogen ændring i kontrolforholdene eller kontrollens karakter, ændringer i den tilbudte pris ved offentlige overtagelsestilbud eller ændringer i strukturen i transaktionen uden nogen indvirkninger på kontrolforholdene efter fusionsforordningen, anses for at være dækket af Kommissionens godkendelse.

### C. FÆLLESSKABSDIMENSION

#### I. TÆRSKELVÆRDIER

(124) Der er to kriterier for, hvornår fusionsforordningen finder anvendelse. Det første er, at transaktionen skal være en fusion som defineret i artikel 3. Det andet drejer sig om omsætningstærsklerne i artikel 1, der tager sigte på at identificere de transaktioner, der har indvirkning på Fællesskabet og kan anses for at have »fællesskabsdimension«. Det er omsætningen, der bruges som målestok for de økonomiske ressourcer, der samles ved en fusion, og den allokeres geografisk for at afspejle disse ressourcers geografiske fordeling.

(125) I artikel 1 fastsættes der to sæt tærskelværdier til afklaring af, om en transaktion har fællesskabsdimension. Artikel 1, stk. 2, opstiller tre forskellige betingelser: Tærskelværdien for den verdensomspændende omsætning tager sigte på måling af de deltagende virksomheders samlede størrelse, tærsklen for fællesskabsomsætningen bruges til at afgøre, om der er tale om et mindstemål af aktiviteter inden for Fællesskabet, og totredjedelsreglen tager sigte på at udelukke rent nationale transaktioner fra Fællesskabets jurisdiktion.

(126) Det andet sæt af tærskelværdier i artikel 1, stk. 3, er beregnet på at fange de transaktioner, der ikke har fællesskabsdimension efter artikel 1, stk. 2, men som vil have betydelige indvirkninger i mindst tre medlemsstater, hvilket bevirker, at de skulle anmeldes til de nationale konkurrencemyndigheder i hvert fald i disse tre medlemsstater (såkaldte »multiple anmeldelser«). Med dette formål for øje indeholder artikel 1, stk. 3, lavere omsætningsgrænser både på verdensplan og EF-plan for de deltagende virksomheder, og et mindsteniveau for de deltagende virksomheders aktiviteter, såvel tilsammen som hver for sig, i mindst tre medlemsstater. Ligesom artikel 1, stk. 2, indeholder artikel 1, stk. 3, også en totredjedelsregel, således at fortrinsvis nationale fusioner udelukkes<sup>(105)</sup>.

<sup>(104)</sup> Se beslutning af 11. april 2002 i sag COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess og beslutning af 10. februar 2003 i sag COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess. Under sådanne omstændigheder er der tale om en ændring af de anmeldende parter identitet, eftersom det ved en egentlig fusion er begge fusionsparter, der skal anmelde, mens det ved en kontrollerhvervelse kun er den kontrollerhervende part, der skal gøre det. Men hvis parterne gennemfører en kontrollerhvervelse og først derefter beslutter at fusionere med deres nyhvervede dattervirksomhed, vil det blive betragtet som en intern reorganisering, der ikke giver anledning til nogen ændring i kontrolforholdene, og som derfor ikke falder ind under fusionsforordningens artikel 3.

<sup>(105)</sup> En fusion anses desuden for at have fællesskabsdimension, hvis den henvises til Kommissionen efter fusionsforordningens artikel 4, stk. 5. Disse sager behandles i Kommissionens meddelelse om henvisning af fusioner, EUT C 56 af 5.3.2005, s. 2.

- (127) Formålet med tærsklerne er at fastlægge, hvem der har jurisdiktion, og ikke at vurdere fusionsparternes markedsstilling eller fusionens virkninger. De gælder derfor for parternes omsætning og anvendte ressourcer på alle deres aktivitetsområder og ikke blot på de områder, der berøres direkte af fusionen. Tærsklerne er rent kvantitative, idet de kun er baseret på omsætning og ikke på markedsandel eller andre kriterier. De har til formål at skabe en enkel og objektiv mekanisme, som de virksomheder, der er involveret i en fusion, let kan anvende, når de skal afgøre, om deres transaktion har fællesskabsdimension og derfor skal anmeldes.
- (128) Mens artikel 1 fastsætter de numeriske tærskler for jurisdiktion, tager artikel 5 sigte på at forklare, hvordan omsætningen skal beregnes, for derved at sikre, at de tal, der fremkommer, giver et korrekt billede af de økonomiske realiteter.

## II. BEGREBET DELTAGENDE VIRKSOMHEDER

### 1. Generelt

- (129) Med henblik på afgørelse af jurisdiktionsspørgsmålet er de deltagende virksomheder de virksomheder, der deltager i en fusion eller virksomhedsovertagelse som omhandlet i artikel 3, stk. 1. Det er disse virksomheders individuelle omsætning og deres omsætning tilsammen, der er afgørende for, om man når op over tærsklerne.
- (130) Når først man har identificeret de deltagende virksomheder i en given transaktion, skal deres omsætning beregnes efter reglerne i artikel 5 med henblik på at afklare jurisdiktionsspørgsmålet. Artikel 5, stk. 4, indeholder detaljerede kriterier til identificering af de andre virksomheder, hvis omsætning kan tilregnes de deltagende virksomheder på grund af visse direkte eller indirekte forbindelser til den. Det var lovgiverens hensigt at fastsætte konkrete regler, der i deres helhed bevirker, at det er hele koncernen, hvis omsætning skal lægges til grund i relation til omsætningstærsklerne i fusionsforordningen. Udtrykket »koncern« benyttes i de følgende afsnit udelukkende til at betegne en samling af virksomheder, hvis relationer til en deltagende virksomhed falder ind under et eller flere afsnit i fusionsforordningens artikel 5, stk. 4.
- (131) Når man omtaler de forskellige virksomheder, der kan være impliceret i en fusionssag, er det vigtigt, at man ikke forveksler begrebet »deltagende virksomhed« i artikel 1 og 5 med andre udtryk, som anvendes i fusionsforordningen og i Kommissionens forordning (EF) nr. 807/2004 af 7. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (i det følgende benævnt »gennemførelsesforordningen«) <sup>(106)</sup>, når der henvises til de forskellige virksomheder, der kan være involveret i en sag. Disse øvrige begreber relaterer til de anmeldende parter, andre berørte parter, tredjemand og parter, der kan få pålagt bøder og tvangsbøder, og de er defineret i gennemførelsesforordningens kapitel IV sammen med deres respektive rettigheder og forpligtelser.

### 2. Fusioner

- (132) I en egentlig fusion er det fusionsparterne, der er de deltagende virksomheder.

### 3. Virksomhedsovertagelser (»kontrol erhvervelse«)

- (133) I de øvrige tilfælde er det begrebet »kontrol erhvervelse«, der er afgørende for, hvem der er de deltagende virksomheder. Der kan være tale om en eller flere virksomheder, der erhverver kontrollen. Og der kan erhverves kontrol med en eller flere virksomheder eller dele af dem. Som hovedregel vil hver af disse virksomheder være en deltagende virksomhed i fusionsforordningens forstand.

#### *Enekontrol*

- (134) De tilfælde, hvor der erhverves ene kontrol med én hel virksomhed, er den simpleste form for overtagelse af kontrol. De deltagende virksomheder vil være den overtagende og den overtagne virksomhed.

<sup>(106)</sup> EUT L 133 af 30.4.2004, s. 1.

- (135) Hvis en virksomhed overtages af en koncern via en af denne koncerns dattervirksomheder, er det målvirksomheden og den overtagende dattervirksomhed, der er de deltagende virksomheder, medmindre sidstnævnte udelukkende er etableret til et sådant formål. Men selv om denne dattervirksomhed normalt er den deltagende virksomhed i relation til omsætningsberegningen, skal der ved beregning af omsætningstærsklerne tages hensyn til omsætningen i alle de virksomheder, hvormed den deltagende virksomhed har de forbindelser, der er beskrevet i artikel 5, stk. 4. I den sammenhæng betragtes koncernen som én samlet økonomisk enhed, og de forskellige virksomheder, der indgår i koncernen, kan ikke betragtes som forskellige deltagende virksomheder ved afgørelsen af jurisdiktionsspørgsmålet efter fusionsforordningen. Den konkrete anmeldelse kan indgives af den pågældende dattervirksomhed eller dens moderselskab.

*Overtagelse af dele af en virksomhed og opdelte transaktioner — artikel 5, stk. 2*

- (136) Hvis fusionen går ud på overtagelse af dele af en eller flere virksomheder, tages der efter fusionsforordningens artikel 5, stk. 2, første afsnit, for sælgerens vedkommende kun hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de overtagne aktiver. Hvilke virkninger transaktionen vil få på markedet, vil udelukkende afhænge af sammenlægningen mellem de overtagne økonomiske og finansielle ressourcer og den overtagende virksomheds ressourcer og ikke af de ressourcer, der bliver tilbage hos sælger. I dette tilfælde vil de deltagende virksomheder være den eller de overtagende virksomheder og de overtagne dele af målvirksomheden, men der skal ikke tages hensyn til de aktiviteter, der forbliver hos sælger efter overtagelsen.
- (137) Andet afsnit i artikel 5, stk. 2, indeholder en særlig bestemmelse om opdelte transaktioner eller opfølgende transaktioner. Hvis der inden for to år efter en fusion eller flere fusioner finder en ny transaktion sted mellem de samme parter, skal den anmeldes, forudsat at der er tale om en fusion i fusionsforordningens forstand, og at omsætningskriterierne er opfyldt enten for en eller flere af transaktionerne for sig eller for alle transaktioner tilsammen. I dette tilfælde er de deltagende virksomheder den eller de overtagende virksomheder og de forskellige overtagne dele af den anden virksomhed betraget som helhed.

*Overgang fra fælles kontrol til enekontrol*

- (138) Hvis kontrollerhvervelsen sker i form af en overgang fra fælles kontrol til enekontrol, er der normalt tale om, at en aktionær overtager interesser, der førhen var i hænderne på en eller flere andre aktionærer. I denne situation er de deltagende virksomheder den erhvervende aktionær samt joint venturevirksomheden. Ligesom det er tilfældet med enhver anden sælger, er den »udtrædende« aktionær ikke en deltagende virksomhed<sup>(107)</sup>.

*Erhvervelse af fælles kontrol*

- (139) Ved erhvervelse af fælles kontrol med en nyetableret virksomhed er de deltagende virksomheder hver af de virksomheder, der erhverver kontrol med det nyoprettede joint venture (der ikke kan betragtes som en deltagende virksomhed, da det endnu ikke eksisterer og heller ikke har nogen omsætning endnu). Samme regel gælder, hvis en af virksomhederne tilføjer et nyetableret joint venture et af sine eksisterende datterselskaber eller forretningsområder (som den hidtil har haft enekontrol med). Under disse omstændigheder betragtes hver af de virksomheder, der har del i den fælles kontrol, som deltagende virksomheder, hvorimod virksomheder eller forretningsområder tilført det nye joint venture ikke er deltagende virksomheder, og deres omsætning indgår i det oprindelige moderselskabs omsætning.
- (140) Det forholder sig anderledes, hvis der er tale om erhvervelse af kontrol i en virksomhed, der allerede består. I så fald er de deltagende virksomheder hver af de kontrollerhvervende virksomheder såvel som den allerede eksisterende virksomhed, der nu overtages.
- (141) Er der tale om overtagelse af en virksomhed med det formål omgående at dele dens aktiver, er der som forklaret ovenfor under punkt 32 normalt ikke tale om erhvervelse af fælles kontrol med hele målvirksomheden, men derimod om, at hver af de virksomheder, der i sidste instans kommer til at kontrollere de respektive dele af målvirksomheden, erhverver enekontrol med disse dele. På linje med, hvad der blev anført angående erhvervelse af enekontrol, er det ved hver af transaktionerne de overtagende virksomheder og de overtagne dele, der er de deltagende virksomheder.

<sup>(107)</sup> Beslutning af 28. november 1990 i sag IV/M.023 — ICI/Tioxide.

*Ændringer angående de kontrollerende aktionærer ved fælles kontrol med et eksisterende joint venture*

- (142) Som forklaret ovenfor, kan der opstå en anmeldelsespligtig fusion, hvis der i en situation med fælles kontrol sker en ændring i kontrollens karakter som følge af indtræden af nye kontrollerende aktionærer, uanset om de træder ind i stedet for hidtil kontrollerende aktionærer eller ej.
- (143) Såfremt en eller flere aktionærer erhverver kontrol, enten fordi en eller flere nye aktionærer træder ind, måske i stedet for hidtidige aktionærer, i en virksomhed, der var underlagt fælles kontrol både før og efter denne transaktion, er det de aktionærer (både hidtidige og nye), der har del i den fælles kontrol, samt selve joint venture-virksomheden, der er de deltagende virksomheder<sup>(108)</sup>. På den ene side kan joint venture-virksomheden selv ligesom ved erhvervelse af fælles kontrol i en eksisterende virksomhed betragtes som en deltagende virksomhed, da den jo allerede eksisterede. På den anden side indebærer en ny aktionærs indtræden som beskrevet ovenfor ikke alene i sig selv en ny kontrolerhvervelse, men resulterer tillige i en ændring i kontrollens karakter for de resterende kontrollerende aktionærer, eftersom kontrollens karakter afhænger af, hvem de kontrollerende aktionærer er, og dermed også af forholdet mellem dem. Desuden betragtes et joint venture i fusionsforordningen som en sammenlægning af moderselskabernes økonomiske ressourcer, sammen med joint venture-virksomheden selv, hvis den allerede har en omsætning på markedet. De indtrædende kontrollerende aktionærer er derfor deltagende virksomheder, sammen med de resterende aktionærer. På grund af den ændring i kontrollens karakter, der herved sker, anses de alle sammen for at foretage en kontrolerhvervelse.
- (144) Da fusionsforordningens artikel 4, stk. 2, første punktum, fastsætter, at alle erhvervelser af fælles kontrol skal anmeldes i fællesskab af de kontrolerhervende parter, har eksisterende og nye aktionærer i princippet pligt til at anmelde fusioner, der opstår ved sådanne ændringer i den fælles kontrol, i fællesskab.

*Et joint ventures erhvervelse af kontrol*

- (145) I transaktioner, hvor et joint venture erhverver kontrol med en anden virksomhed, opstår spørgsmålet, om dette joint venture bør betragtes som den deltagende virksomhed (hvis omsætning omfatter moderselskabernes omsætning), eller om det er dets moderselskaber, der hver især skal betragtes som deltagende virksomheder. Dette spørgsmål kan være afgørende for, hvem der har jurisdiktionen<sup>(109)</sup>. Mens det principielt er joint venture-virksomheden, der som den direkte deltager i overtagelsen må være den deltagende virksomhed, kan der dog være tilfælde, hvor der er tale om etablering af »tomme selskaber«, hvor det er moderselskaberne, der hver især må betragtes som de deltagende virksomheder. I denne type situationer vil Kommissionen undersøge de økonomiske realiteter omkring transaktionen for at afgøre, hvem der er de deltagende virksomheder.
- (146) Hvis overtagelsen gennemføres af et selvstændigt fungerende joint venture med de ovenfor beskrevne egenskaber, som allerede opererer på det samme marked, vil Kommissionen normalt betragte selve joint venture-virksomheden og den virksomhed, der søges overtaget, som de deltagende virksomheder (og ikke joint venture-virksomhedens moderselskaber).

<sup>(108)</sup> Se beslutning af 22. oktober 1993 i sag IV/M.376 — Synthomer/Yule Catto.

<sup>(109)</sup> Man kunne forestille sig følgende scenarie: Målvirksomheden har en samlet EU-omsætning på under 250 mio. EUR, og den overtages af to (eller flere) virksomheder, der hver især har en EU-omsætning på over 250 mio. EUR. Overtages målvirksomheden af et »tomt« selskab etableret mellem de overtagende virksomheder, vil der kun være én virksomhed (det tomme selskab) med en EU-omsætning på over 250 mio. EUR, og de kumulative tærskelkriterier for EU-jurisdiktion — nemlig at der skal være mindst to virksomheder med en EU-omsætning på over 250 mio. EUR — vil ikke være opfyldt. Hvis de overtagende virksomheder derimod i stedet for at gå gennem et »tomt« selskab selv overtager målvirksomheden, ville omsætningskriteriet være opfyldt, og fusionsforordningen ville finde anvendelse på transaktionen. Det samme gælder for de i artikel 1, stk. 3, omhandlede nationale omsætningstærskler.

- (147) Hvis joint venture-virksomheden derimod må anses for blot at blive anvendt af moderselskaberne som et middel til at gennemføre en overtagelse, vil Kommissionen ikke betragte joint venture-virksomheden, men derimod hvert af moderselskaberne samt målvirksomheden som de deltagende virksomheder. Dette er især tilfældet, hvis joint venture-virksomheden er oprettet specielt med henblik på at overtage en anden virksomhed, hvis den endnu ikke udøver nogen virksomhed, hvis et eksisterende joint venture ikke er nogen selvstændigt fungerende virksomhed som omhandlet ovenfor, eller hvis det er en sammenslutning af virksomheder. Det samme gælder, når der er elementer, der viser, at moderselskaberne i realiteten er transaktionens egentlige bagmænd. Disse elementer kan bestå i, at moderselskaberne selv er stærkt involveret i initiativet til og i tilrettelæggelsen og finansieringen af transaktionen. I sådanne tilfælde vil de deltagende virksomheder blive anset for at være moderselskaberne.

#### *Opløsning af joint ventures og deling af aktiver*

- (148) Hvis to (eller flere) virksomheder opløser et joint venture og deler aktiverne (som udgør forretningsområder) mellem sig, vil der normalt blive antaget at foreligge mere end én kontrolhvervelse, jf. ovenfor under punkt 41. Eksempelvis kan nævnes en situation, hvor virksomhederne A og B etablerer et joint venture og derefter opløser det, med en ny aktivkonstellation. Opløsningen af dette joint venture indebærer en overgang fra fælles kontrol med alle joint venture-virksomhedens aktiver til enekontrol med de aktiver, der fordeles mellem hver af de erhvervende virksomheder <sup>(110)</sup>.

- (149) For hver opløsningstransaktion gælder på linje med, hvad der blev anført angående erhvervelse af enekontrol, at de deltagende virksomheder vil være dels den overtagende part og dels de aktiver, der overtages.

- (150) En situation, der minder meget om en sådan opløsning, er den situation, hvor to (eller flere) virksomheder udveksler aktiver, der hver især udgør et forretningsområde. I dette tilfælde betragtes enhver kontrolhvervelse som en uafhængig erhvervelse af enekontrol. De deltagende virksomheder vil for hver transaktion være den eller de overtagende virksomheder og den overtagne virksomhed eller de overtagne aktiver.

#### *Privatpersoners erhvervelse af kontrol*

- (151) Efter fusionsforordningens artikel 3 kan det også være privatpersoner, der erhverver kontrol, hvis disse personer selv udøver anden økonomisk virksomhed (og derfor selv kan klassificeres som erhvervsforetagender), eller hvis de kontrollerer et eller flere erhvervsforetagender. I en sådan situation er de deltagende virksomheder målvirksomheden og den overtagende privatperson (omsætningen i den eller de virksomheder, denne person kontrollerer, skal medregnes ved beregning af dennes omsætning, i det omfang kriterierne i artikel 5, stk. 4, er opfyldt) <sup>(111)</sup>.

- (152) Er det en virksomheds ledelse, der overtager virksomheden, er der også tale om en overtagelse foretaget af privatpersoner, og det under punkt 151 anførte finder også anvendelse her. Disse ledere kan dog samle deres interesser i et »formidlende selskab« for at kunne optræde enstemmigt og for også at lette beslutningsprocessen. En sådan formidlende virksomhed kan være en deltagende virksomhed, men er det ikke nødvendigvis. De generelle regler under punkt 145-147 om et joint ventures erhvervelse af kontrol finder også anvendelse i dette tilfælde.

<sup>(110)</sup> Se de parallelle beslutninger af 20. november 2003 i sag COMP/M.3293 — Shell/BEB og COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB, beslutning af 30. april 1992 i sag IV/M.197 — Solvay/Laporte.

<sup>(111)</sup> Se beslutning af 16. maj 1991 i sag IV/M.082 — Asko/Jacobs/Adia, hvor en privatperson med anden økonomisk virksomhed erhvervede fælles kontrol i en virksomhed og blev betragtet som en deltagende virksomhed.

*En statsejet virksomheds erhvervelse af kontrol*

- (153) Som beskrevet ovenfor, kan en fusion eller overtagelse mellem to virksomheder ejet af den samme stat (eller det samme statslige organ) udgøre en fusion, hvis de to virksomheder førhen indgik i forskellige økonomiske enheder med hver deres selvstændige beslutningsbeføjelse. Er det tilfældet, vil de begge blive betragtet som deltagende virksomheder, selv om de begge ejes af den samme stat <sup>(112)</sup>.

## III. RELEVANT DATO FOR AFGØRELSE AF JURISDIKTIONSSPØRGSMÅLET

- (154) Med hensyn til fastlæggelse af Kommissionens jurisdiktion har retstilstanden ændret sig med den omarbejdede fusionsforordning. Efter den tidligere fusionsforordning beroede den relevante dato på den begivenhed, der udløser anmeldelsespligt efter denne forordnings artikel 4, stk. 1 — indgåelse af en endelig aftale, afgivelse af et offentligt overtagelsestilbud eller erhvervelse af en kontrollerende interesse — eller senest på det tidspunkt, hvor parterne skulle anmelde (dvs. en uge efter den begivenhed, der udløste anmeldelsespligt) <sup>(113)</sup>.
- (155) Efter den omarbejdede fusionsforordning har parterne ikke længere nogen pligt til at indgive anmeldelse inden for en bestemt frist (forudsat at de ikke implementerer deres fusion før anmeldelsen). I henhold til artikel 4, stk. 1, andet afsnit, gælder desuden, at de deltagende virksomheder allerede kan indgive anmeldelse, når de i god tro har til hensigt at indgå en aftale, og hvis der er tale om et offentligt overtagelsestilbud, når de allerede offentligt har tilkendegivet en hensigt om at afgive et bud. Senest på anmeldelsestidspunktet må Kommissionen — ligesom de nationale konkurrencemyndigheder — være i stand til at afgøre, hvem der har jurisdiktion. Fusionsforordningens artikel 4, stk. 1, første afsnit, fastsætter generelt, at fusioner skal anmeldes, så snart fusionsaftalen er indgået, overtagelsestilbuddet offentliggjort eller en kontrollerende andel erhvervet. Datoen for disse begivenheder er derfor fortsat efter den omarbejdede fusionsforordning afgørende for, hvad der er den relevante dato for fastlæggelse af jurisdiktionen, hvis en anmeldelse ikke indgives forinden på basis af en hensigt i god tro eller en offentliggjort hensigt <sup>(114)</sup>.
- (156) Den relevante dato for fastlæggelse af EU's jurisdiktion for en fusion, er derfor den dato, hvor den bindende aftale blev indgået, overtagelsestilbuddet afgivet eller den kontrollerende interesse blev erhvervet, alt efter hvad der sker først <sup>(115)</sup>. Hvad anmeldelsesdatoen angår, er datoen for en anmeldelse til enten Kommissionen eller en medlemsstat relevant. Den relevante dato har navnlig betydning for spørgsmålet om, hvorvidt erhvervelser eller afhændelser, der finder sted efter den periode, den pågældende beregning dækker, men før den relevante dato, gør det nødvendigt at justere beregningerne efter de principper, der er beskrevet under punkt 172 og 173.

## IV. OMSÆTNING

## 1. Omsætningsbegrebet

- (157) Omsætningsbegrebet i fusionsforordningens artikel 5 er baseret på »[...] provenu fra salg af varer og præstering af tjenesteydelser«. Dette provenu optræder normalt i virksomhedernes regnskaber under »salg«. Hvor der er tale om varer, er der ingen problemer med at beregne omsætningen, for det kan gøres ved at identificere alle de kommercielle dispositioner, der medfører overdragelse af ejendomsret.

<sup>(112)</sup> Se betragtning 22 i fusionsforordningen, der direkte omhandler beregning af omsætningen i en deltagende statsejet virksomhed i relation til artikel 5, stk. 4.

<sup>(113)</sup> Se beslutning af 28. juni 2000 i sag COMP/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint.

<sup>(114)</sup> Den alternative mulighed, nemlig at omsætningen beregnes på den seneste dato inden anmeldelsesfristens udløb (syv dage efter den begivenhed, der udløser anmeldelsespligt efter den tidligere fusionsforordning), gælder ikke efter den omarbejdede fusionsforordning, fordi den ikke fastsætter nogen anmeldelsesfrist.

<sup>(115)</sup> Se også generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 26. april 2007 i sag C-202/06, Cementbouw mod Kommissionen, præmis 46 (endnu ikke offentliggjort). Det var først den omarbejdede fusionsforordning, der åbnede mulighed for at tage hensyn til den første anmeldelse, hvis den blev indgivet før indgåelsen af en bindende retlig aftale, et offentligt overtagelsestilbud eller erhvervelsen af en kontrollerende interesse, jf. fodnote 35 i generaladvokatens forslag.



- (158) For tjenesteydelsers vedkommende adskiller metoden for beregning af omsætningen sig generelt ikke fra den, der anvendes til beregning af vareomsætning, idet Kommissionen også her tager det samlede salgsprovenu i betragtning. Men det kan være mere kompliceret at beregne omsætningen af tjenesteydelser, fordi beregningen afhænger af, hvilken tjenesteydelse der er tale om, og af de juridiske og økonomiske forhold, der gør sig gældende i den pågældende sektor. Når den virksomhed, der præsterer tjenesteydelsen, sælger den direkte til kunderne, består den pågældende virksomheds omsætning af det samlede provenu af salget af tjenesteydelser i det sidste regnskabsår.
- (159) På andre områder vil dette generelle princip undertiden skulle tilpasses efter de særlige forhold, der gør sig gældende for den konkrete tjenesteydelse. Inden for visse erhvervssektorer (f.eks. pakkerejser, reklamevirksomhed osv.) sælges tjenesteydelsen ofte gennem mellemmand (<sup>116</sup>). Selv om det er mellemmanden, der fakturerer den endelige kunde hele beløbet, består omsætningen i den virksomhed, der optræder som mellemmand, udelukkende af dens provision. For pakkerejsers vedkommende må hele det beløb, som den endelige kunde betaler, derfor tilregnes den rejsearrangør, der benytter et rejsebureau til distributionen af sine rejser. I reklamesektoren er det kun de indgåede beløb (uden provisioner), der anses for at udgøre tv-kanalens eller dagbladets omsætning, eftersom de medieagenturer, der optræder som mellemmand, ikke varetager distributionen for de virksomheder, der sælger reklameplads, men vælges af kunderne, dvs. de virksomheder, der ønsker at annoncere.
- (160) De ovennævnte eksempler viser, at der på grund af tjenesteydelsernes forskelligartethed kan opstå mange forskellige situationer, og man må derfor se nærmere på de underliggende retlige og økonomiske forhold. På samme måde kan der opstå særlige situationer inden for kredit-, bank- og forsikringssektoren. Disse spørgsmål vil blive behandlet i Afsnit VI.

## 2. Ordinær drift

- (161) Efter artikel 5, stk. 1, er det de deltagende virksomheders provenu i forbindelse med den »ordinære drift«, der skal tages i betragtning ved beregningen af omsætningen. Der er altså tale om omsætningen af salget af varer og tjenesteydelser inden for rammerne af den normale drift. Det bevirker normalt, at de beløb, der i virksomhedens regnskaber er opført under posterne »finansielle indtægter« eller »ekstraordinære indtægter« ikke medregnes. Sådanne ekstraordinære indtægter kan stamme fra salg af aktiviteter eller faste aktiver. Men virksomhedernes regnskaber afgrænser ikke nødvendigvis altid indtægterne af den ordinære drift på den måde, der kræves til beregning af omsætningen efter fusionsforordningen. I nogle tilfælde vil det være nødvendigt at tilpasse betegnelsen af posterne i regnskaberne til de krav, der stilles i fusionsforordningen (<sup>117</sup>).
- (162) Indtægterne skal ikke nødvendigvis komme fra kunderne til de pågældende varer eller tjenester. Hvad angår støtte til virksomheder fra det offentlige gælder, at enhver form for støtte skal medregnes ved beregningen af omsætningen, hvis det er virksomheden selv, der er støttemodtageren, og hvis støtten er direkte knyttet til virksomhedens salg af varer og præstering af tjenesteydelser og dermed afspejles i prisen. Støtten er derfor en indtægt, virksomheden har af salg af varer eller tjenester, ud over den pris, kunden betaler (<sup>118</sup>).
- (163) Særlige spørgsmål kan rejse sig i forbindelse med beregning af omsætningen i en virksomhed, der førhen kun havde interne indtægter. Der kan især være tale om transaktioner i forbindelse med outsourcing af tjenesteydelser gennem overførsel af et forretningsområde. Hvis sådanne transaktioner udgør en fusion ud fra de principper, der er beskrevet ovenfor under punkt 25 ff, følger Kommissionen normalt den praksis at beregne omsætningen på basis af den hidtil interne omsætning eller offentligt noterede priser,

<sup>(116)</sup> En virksomhed optræder normalt ikke som mellemmand, hvis den sælger produkter via en handelsmæssig transaktion, der indebærer overførsel af ejendomsret, jf. Førsteinstansrettens dom af 14. juli 2006 i sag T-417/05, Endesa mod Kommissionen, præmis 213, Sml. 2006, s. II-2533.

<sup>(117)</sup> I beslutning af 28. april 1992 i sag IV/M.126 — Accor/Wagons-Lits besluttede Kommissionen at betragte visse indtægter af biludlejning som indtægter af ordinær drift, selv om de i Wagons-Lits' resultatopgørelse var opført under »andre driftsindtægter«.

<sup>(118)</sup> Se beslutning af 27. november 1991 i sag IV/M.156 — Cereol/Continental Italiana. Kommissionen undlod her at medregne EU-støtte ved beregningen af omsætningen, fordi der ikke var tale om støtte til salg af varer fremstillet af en af de deltagende virksomheder, men til producenter af de råmaterialer (korn), som blev benyttet af virksomheden, der havde specialiseret sig i maling af korn.



hvis der findes en sådan offentlig notering (f.eks. i oliebranchen). Hvis den hidtil interne omsætning ikke forekommer at stemme overens med en markedsvurdering af de pågældende aktiviteter (og dermed den forventede fremtidige omsætning på markedet), kan det være mest hensigtsmæssigt at lægge de forventede indtægter baseret på en aftale med det tidligere moderselskab til grund.

### 3. »Nettoomsætningen«

- (164) Den omsætning, der skal tages i betragtning, er nettoomsætningen, efter fradrag af en række elementer, der udtrykkeligt er nævnt i forordningen. Det drejer sig for Kommissionens vedkommende om at justere omsætningen således, at den kommer til at afspejle virksomhedens reelle økonomiske styrke.

#### 3.1. *Fradrag af rabatter samt af skatter og afgifter*

- (165) Efter artikel 5, stk. 1, skal der foretages »fradrag af prisnedslag . . . samt af merværdiafgift og anden skat, der er direkte forbundet med salget«. Udtrykket »prisnedslag« omfatter alle rabatter og nedslag, som virksomhederne yder deres kunder, og som har direkte indflydelse på salgets omfang.
- (166) Med hensyn til fradrag af skatter og afgifter henviser forordningen til merværdiafgiften og til »anden skat, der er direkte forbundet med salget«. Begrebet »skat, der er direkte forbundet med salget« relaterer til indirekte skatter knyttet til omsætning, som f.eks. afgifter på alkoholholdige drikkevarer eller cigaretter.

#### 3.2. *Behandlingen af »intern« omsætning*

- (167) I artikel 5, stk. 1, første afsnit, fastsættes det, at »den samlede omsætning i en af de deltagende virksomheder omfatter ikke transaktioner mellem de virksomheder, der er nævnt i stk. 4 i nærværende artikel«, dvs. den koncern, som den deltagende virksomhed indgår i. Formålet er at udelukke medregning af provenuet af forretninger foretaget inden for en koncern og sikre, at det er den enkelte enheds reelle økonomiske vægt, der lægges til grund i form af dens omsætning på markedet. Det »beløb«, der er omhandlet i forordningen, afspejler således udelukkende alle transaktioner mellem koncernen på den ene side og tredjemand på den anden side.
- (168) Bestemmelserne i fusionsforordningens artikel 5, stk. 5, litra a), tager sigte på at undgå dobbeltmedregninger især i de situationer, hvor to eller flere virksomheder, der deltager i en fusion, i forening har de rettigheder i en anden virksomhed, der er omhandlet i artikel 5, stk. 4, litra b). Omsætningen fra salg af varer eller tjenesteydelser mellem joint venture-virksomheden og hver af de deltagende virksomheder (eller enhver anden virksomhed, der er knyttet til en af dem som omhandlet i artikel 5, stk. 4) skal ikke medregnes. For joint ventures mellem deltagende virksomheder og en tredjepart gælder, at i det omfang hvor deres omsætning medregnes efter reglerne i artikel 5, stk. 4, litra b), jf. punkt 181 nedenfor, skal omsætningen fra salg mellem dette joint venture og den deltagende virksomhed (samt virksomheder forbundet med denne efter kriterierne i artikel 5, stk. 4) ikke medregnes, jf. artikel 5, stk. 1.

### 4. Omsætningsberegning og regnskaber

#### 4.1. *Hovedregel*

- (169) Kommissionen søger at anvende de mest nøjagtige og pålidelige tal, der foreligger. Den vil generelt basere sig på regnskaber, som omfatter det regnskabsår, der ligger tættest op ad transaktionens gennemførelse, og som er revideret i overensstemmelse med de regnskabsstandarder, der gælder for den pågældende virksomhed og er obligatoriske for det relevante regnskabsår<sup>(119)</sup>. Der bør kun foretages en justering af de reviderede tal, hvis fusionsforordningens regler kræver det, bl.a. i de tilfælde, der gennemgås mere indgående under punkt 172.

<sup>(119)</sup> Se beslutning af 15. november 2005 i sag COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa, stadfæstet ved dom af 14. juli 2006 i sag T-417/05, Endesa mod Kommissionen, præmis 128 og 131, Sml. 2006, s. II-2533.

- (170) Kommissionen er tilbageholdende med at anvende interne regnskaber eller enhver anden form for foreløbige regnskaber, medmindre der er tale om ekstraordinære omstændigheder <sup>(120)</sup>. Hvis en fusion finder sted i årets første måneder, og der endnu ikke foreligger reviderede regnskaber for det seneste regnskabsår, anvendes tallene for det foregående år. Hvis der er større uoverensstemmelser mellem de to sæt regnskaber, og især hvis det endelige regnskabsudkast for det seneste år er blevet godkendt af bestyrelsen, kan Kommissionen beslutte at anvende dette udkast.
- (171) Uanset denne hovedregel, vil Kommissionen i tilfælde af større forskelle mellem regnskabsstandarderne i EU og regnskabsstandarderne i et tredjeland kunne finde det nødvendigt at justere omsætningstallene i disse regnskaber efter EU-standarderne.

#### 4.2. *Justeringer efter datoen for de seneste reviderede regnskaber*

- (172) På trods af hvad der er anført i det foregående punkt, skal der altid foretages en justering, hvis der er sket permanente ændringer i de økonomiske realiteter, der ligger til grund for de deltagende virksomheder, f.eks. grund af erhvervelser eller afhændelser, der ikke eller ikke fuldstændigt er afspejlet i de reviderede regnskaber. Det er nødvendigt at tage hensyn til sådanne ændringer for at kunne fastslå, hvor store ressourcer der rent faktisk indgår i fusionen, og for at kunne få et korrekt billede af de deltagende virksomheders økonomiske stilling. Sådanne justeringer er rent selektive og rækker ikke ved princippet om, at der må være en enkel og objektiv mekanisme til afgørelse af, om Kommissionen har jurisdiktion, eftersom de ikke kræver en fuldstændig revision af de reviderede regnskaber <sup>(121)</sup>. En sådan justering foretages for det første, hvis den deltagende virksomhed foretager erhvervelser, afhændelser eller nedlæggelse af et forretningsområde efter datoen for de reviderede regnskaber. Det har relevans, hvis en virksomhed afslutter en transaktion i forbindelse med afhændelse og nedlæggelse af en del af sin virksomhed på noget tidspunkt forud for den relevante dato for afklaring af jurisdiktionsspørgsmålet (se punkt 154), eller hvis en sådan afhændelse eller nedlæggelse er en forudsætning for transaktionen <sup>(122)</sup>. I så fald skal den del af omsætningen, der tilregnes den pågældende del af virksomheden, fratrækkes i den anmeldende parts omsætning, som fremgår af de seneste reviderede regnskaber. Hvis der er undertegnet en aftale om salg af en del af virksomheden, men denne afhændelse endnu ikke er afsluttet (med andre ord, hvis den juridiske implementering og overførsel af ejendomsretten til aktierne eller aktiverne endnu ikke har fundet sted), tages der ikke hensyn til en sådan ændring <sup>(123)</sup>, medmindre salget er en forudsætning for den anmeldte transaktion. Derimod skal omsætning, der tilregnes aktiver, hvormed der er erhvervet kontrol efter udarbejdelsen af de seneste reviderede regnskaber, lægges til virksomhedens omsætning ved anmeldelsen.
- (173) For det andet kan det også være nødvendigt at foretage en justering, hvis der i løbet af det regnskabsår, for hvilket der foreligger reviderede regnskaber, sker erhvervelser, afhændelser eller nedlæggelser af dele af virksomheden. I så fald vil ændringerne i de økonomiske ressourcer måske være ufuldstændigt afspejlet i den deltagende virksomheds reviderede regnskaber. Da de overtagne virksomheders omsætning måske først indgår i regnskaberne fra overtagelsestidspunktet, afspejler de formentlig ikke den overtagne virksomheds fulde årsomsætning. Omvendt kan det ske, at omsætningen i afhændede eller nedlagte forretningsområder stadigvæk indgår i de reviderede regnskaber frem til det faktiske afhændelses- eller nedlæggelsestidspunkt. I disse tilfælde må der foretages justeringer for at rense de reviderede regnskaber for omsætningen ved de afhændede eller nedlagte aktiviteter indtil det tidspunkt, hvor de ikke længere indgår i regnskaberne, og lægge den omsætning til, som de overtagne aktiviteter har genereret i det pågældende år, indtil de blev medtaget i regnskaberne. Hele omsætningen i de afhændede eller nedlagte aktiviteter skal altså fradrages, og hele årsomsætningen i de overtagne aktiviteter skal indregnes.

<sup>(120)</sup> Se beslutning af 15. november 2005 i sag COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa, stadfæstet ved dom af 14. juli 2006 i sag T-417/05, Endesa mod Kommissionen, præmis 176 og 179, Sml. 2006, s. II-2533.

<sup>(121)</sup> Førsteinstansrettens dom af 14. juli 2006 i sag T-417/05, Endesa mod Kommissionen, præmis 209, Sml. 2006, s. II-2433.

<sup>(122)</sup> Se Førsteinstansrettens dom i sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, Sml. 1994, s. II-121, præmis 100 ff. i relation til sag IV/M.278 — British Airways/Dan Air, sag IV/M.588 — Ingersoll-Rand/Clark Equipment.

<sup>(123)</sup> Beslutning af 21. september 1995 i sag IV/M.632 — Rhône Poulenc Rorer/Fisons, beslutning af 28. juni 2000 i sag COMP/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint.

- (174) Andre faktorer, der kan påvirke omsætningen midlertidigt, såsom et fald i ordretilgangen eller en opbremsning af produktionsprocessen i perioden før transaktionen, vil ikke blive taget i betragtning ved beregningen af omsætningen. Der bliver ikke tale om at justere de endelige regnskaber for at tage hensyn til sådanne faktorer.

## 5. Omsætningen i koncerner, jf. artikel 5, stk. 4

### 5.1. Afgørelse af, for hvilke virksomheder omsætningen skal medregnes

- (175) Når en virksomhed, der deltager i en fusion, tilhører en koncern, er det ikke alene hele koncernens omsætning, der skal tages i betragtning, men det kræves i fusionsforordningen, at der også tages hensyn til omsætningen i de virksomheder, som den deltagende virksomhed har forbindelser til i form af de i artikel 5, stk. 4, nævnte rettigheder eller beføjelser, når det skal afgøres, om omsætningskriterierne i fusionsforordningens artikel 1 er opfyldt. Formålet er igen at få medregnet alle de økonomiske ressourcer, der indgår i transaktionen, uanset om de økonomiske aktiviteter udøves direkte af den deltagende virksomhed eller indirekte via virksomheder, hvormed den deltagende virksomheder har de i artikel 5, stk. 4, beskrevne forbindelser.

- (176) Forordningen fastlægger ikke en enkelt, abstrakt definition på koncernbegrebet, men fokuserer i artikel 5, stk. 4, litra b), på bestemte rettigheder eller beføjelser. Hvis en deltagende virksomhed direkte eller indirekte har sådanne forbindelser med andre virksomheder, skal disse virksomheder ved omsætningsberegningen efter fusionsforordningen anses for at indgå i den koncern, den deltagende virksomhed tilhører.

- (177) I fusionsforordningens artikel 5, stk. 4, fastsættes følgende:

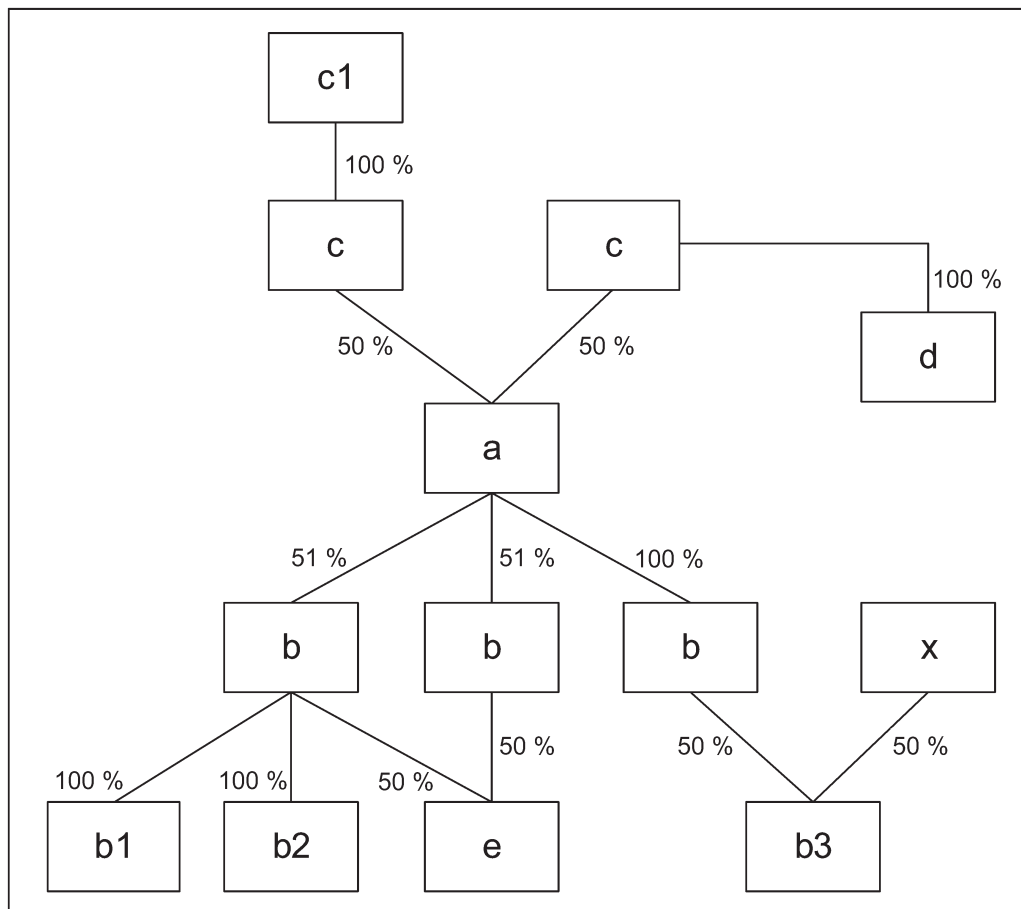
»Med forbehold af stk. 2 [delvis erhvervelse af virksomheder] beregnes omsætningen for en deltagende virksomhed, jf. artikel 1, stk. 2 og 3, som summen af omsætningen:

- a) i den deltagende virksomhed
- b) i virksomheder, hvori den deltagende virksomhed direkte eller indirekte
  - (i) besidder mere end halvdelen af kapitalen eller driftsformuen, eller
  - (ii) kan udøve mere end halvdelen af stemmerettighederne, eller
  - (iii) kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i tilsyns- eller administrationsorganet eller et andet repræsentativt organ i henhold til loven, eller
  - (iv) har ret til at lede virksomhedens forretninger
- c) i virksomheder, der direkte eller indirekte besidder de under litra b) nævnte rettigheder eller beføjelser i en deltagende virksomhed
- d) i virksomheder, hvori en under litra c) omhandlet virksomhed direkte eller indirekte besidder de under litra b) nævnte rettigheder eller beføjelser
- e) virksomheder, hvori flere virksomheder, som er omhandlet under litra a)-d), i fællesskab besidder de under litra b) nævnte rettigheder eller beføjelser.«

En virksomhed, der har de i artikel 5, stk. 4, litra b), nævnte rettigheder og beføjelser i en anden virksomhed, vil i denne del af denne meddelelse, der omhandler beregning af omsætningen, blive omtalt som denne anden virksomheds »moderselskab«, og den anden virksomhed vil blive benævnt »datterselskab«. Bestemmelserne i artikel 5, stk. 4, går derfor kort sagt ud på, at der i den deltagende virksomheds omsætning (litra a)) skal medregnes virksomhedens datterselskaber (litra b)), dens moderselskaber (litra c)), de øvrige datterselskaber af dens moderselskaber (litra d)) samt ethvert andet datterselskab, som to eller flere af de under litra a)-d) omhandlede virksomheder måtte have (litra e)).

(178) Det kan illustreres med følgende diagram:

Den deltagende virksomhed og dens koncern:



- a: Den deltagende virksomhed <sup>(124)</sup>
- b: Dens datterselskaber, de virksomheder, som den kontrollerer sammen med andre virksomheder (b3) og disses datterselskaber (b1 og b2)
- c: Dens moderselskaber og disses moderselskaber (c1)
- d: Andre datterselskaber af den deltagende virksomheds moderselskaber
- e: Virksomheder, som to (eller flere) virksomheder i koncernen kontrollerer i fællesskab
- x: Tredjemand

NB: Bogstaverne a-e svarer til de relevante litraer i artikel 5, stk. 4. De i diagrammet angivne procentdele angiver det respektive moderselskabs procentvise andel af stemmerettighederne.

(179) De rettigheder eller beføjelser, der er nævnt i artikel 5, stk. 4, litra b), nr. i)-iii), kan identificeres ret entydigt, eftersom der er tale om kvantitative kriterier. Disse kriterier er opfyldt, hvis den deltagende virksomhed ejer over halvdelen af andre virksomheders kapital eller aktiver, råder over halvdelen af stemmerettighederne eller har beføjelse til at udpege over halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne i andre virksomheder. Kriterierne er imidlertid også opfyldt, hvis den deltagende virksomhed *de facto* kan udøve over halvdelen af stemmerettighederne på generalforsamlingerne eller udpege over halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne i andre virksomheder <sup>(125)</sup>.

<sup>(124)</sup> I diagrammet antages det, at det er selve joint venture-virksomheden, der er den deltagende virksomhed efter kriterierne i punkt 146 (den overtagende virksomhed er et selvstændigt fungerende joint venture, der opererer på det samme marked).

<sup>(125)</sup> Beslutning af 2. marts 1992 i sag IV/M.187 — Ifint/Exor, beslutning af 30. juli 1991 i sag IV/M.062 — Eridania/ISI.

- (180) Bestemmelsen i artikel 5, stk. 4, litra b), nr. (iv), drejer sig om retten til at lede virksomhedens forretninger. Der kan være tale om en selskabsretlig ret baseret på organisatoriske kontrakter som f.eks. »Beherschungsvertrag« efter tysk ret, forpagtningskontrakter eller den organisatoriske struktur for komplementaren i et kommanditselskab<sup>(126)</sup>. Men »retten til at lede« kan også bero på besiddelse af stemmerettigheder (eventuelt i kombination med kontraktlige arrangementer såsom aktionæraftaler), der på et stabilt *de jure*-grundlag giver mulighed for at bestemme en virksomheds forretningsstrategi.
- (181) Retten til at lede dækker også situationer, hvor den deltagende virksomhed har ret til at lede en virksomheds forretninger i forening med tredjemand<sup>(127)</sup>. Det beror på, at de virksomheder, der har fælles kontrol, i forening har retten til at lede den kontrollerede virksomheds forretninger, også selv om de rettigheder, de hver især har, kun har negativ karakter i form af en veto. I ovenstående eksempel medregnes virksomhed (b3), der kontrolleres af den deltagende virksomhed (a) sammen med en tredjepart (x), da både (a) og (x) har vetorettigheder i (b3), da de har lige store aktieposter i (b3)<sup>(128)</sup>. Efter artikel 5, stk. 4, litra b), nr. (iv), tager Kommissionen kun hensyn til de joint ventures, hvori den deltagende virksomhed og tredjemand har *de jure*-rettigheder, der giver dem en klar ret til at lede deres forretninger. Joint ventures medregnes derfor kun i de tilfælde, hvor den deltagende virksomhed sammen med tredjepart har en fælles ret til at lede joint venture-virksomheden på grundlag af en aftale, f.eks. en aktionæraftale, eller hvor den deltagende virksomhed og en tredjepart har samme stemmerettigheder, idet de kan udpege samme antal bestyrelsesmedlemmer i joint venture-virksomheden.
- (182) På samme måde gælder, at når to eller flere virksomheder i fællesskab kontrollerer den deltagende virksomhed i den forstand, at de alle skal være enige, for at man kan lede virksomhedens forretninger, skal omsætningen i dem alle medregnes. I eksemplet vil den deltagende virksomheds (a) to moderselskaber (c) samt disses moderselskaber (c1) blive medregnet. At reglerne skal fortolkes sådan, beror på, at der i artikel 5, stk. 4, litra c), henvises til artikel 5, stk. 4, litra b), der gælder for virksomheder underlagt fælles kontrol som omhandlet i det forrige punkt.
- (183) Hvis nogen af de virksomheder, der er identificeret på grundlag af artikel 5, stk. 4, også har de i artikel 5, stk. 4, omhandlede forbindelser til andre virksomheder, skal de også medregnes. I ovenstående eksempel har et af den deltagende virksomhed a's datterselskaber (b) selv egne datterselskaber b1 og b2, og et af moderselskaberne (c) har sit eget datterselskab (d).
- (184) Artikel 5, stk. 4, indeholder særlige kriterier for identificering af de virksomheder, hvis omsætning kan tilregnes den deltagende virksomhed. Disse kriterier, herunder også kriterierne angående retten til at lede virksomhedens forretninger, svarer ikke til kontrolbegrebet efter artikel 3, stk. 2. Der er væsentlige forskelle mellem artikel 3 og artikel 5, da bestemmelserne ikke har det samme sigte. Forskellen vil være mest iøjnefaldende, når der er tale om *de facto*-kontrol. Mens selv en økonomisk afhængighedssituation efter artikel 3, stk. 2, kan resultere i en *de facto*-kontrol (se nærmere ovenfor), medregnes et datterselskab underlagt enekontrol kun på et *de facto*-grundlag efter artikel 5, stk. 4, litra b), hvis det klart kan godtgøres, at den deltagende virksomhed kan udøve over halvdelen af stemmerettighederne eller udpege over halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne i den. Hvad situationer med fælles kontrol angår, omfatter artikel 5, stk. 4, litra b), (iv), de situationer, hvor de kontrollerende virksomheder har en fælles ret til at lede virksomheden på grundlag af de vetorettigheder, de hver især besidder. Men artikel 5, stk. 4, vil ikke finde anvendelse i situationer, hvor denne fælles kontrol opstår på et *de facto*-grundlag på grund af et stærkt interessefællesskab mellem forskellige minoritetsaktionærer i joint venture-virksomheder i lyset af aktionærfremmødet. Forskellen afspejles i, at artikel 5, stk. 4, litra b), (iv), henviser til *retten* til at lede, og ikke *beføjelsen* til at lede (som i afsnit (b),(ii) og (iii)), og skyldes behovet for klare og præcise kriterier for beregning af omsætningen, således at jurisdiktionsspørgsmålet lettere kan afklares. Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en fusion eller ej, kan undersøges langt mere indgående efter bestemmelserne i

<sup>(126)</sup> Beslutning af 28. april 1992 i sag IV/M.126 — Accor/WagonLits.

<sup>(127)</sup> Sag COMP/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint, sag IV/M. 187 — Ifint/Exor, sag IV/M.1046 — Ameritech/Tele Danmark.

<sup>(128)</sup> Men det er kun halvdelen af b3's omsætning, der medregnes, jf. punkt 187.

artikel 3, stk. 3. Desuden vil kriterierne kun under ekstraordinære omstændigheder være opfyldt i situationer med negativ enekontrol, hvis betingelserne i artikel 5, stk. 4, litra b), (i)-(iii), er opfyldt i den konkrete sag; »retten til at lede forretningerne« efter artikel 5, stk. 4, litra b), (iv), finder ikke anvendelse i situationer med negativ kontrol. Endelig tager f.eks. artikel 5, stk. 4, litra b), (i), højde for situationer, hvor der måske ikke foreligger »kontrol« efter artikel 3, stk. 2.

### 5.2. *Allokering af de identificerede virksomheders omsætning*

- (185) Generelt gælder, at så længe kriterierne i artikel 5, stk. 4, litra b), er opfyldt, vil hele omsætningen i det pågældende datterselskab blive medregnet, uanset hvor stor en aktiepost den deltagende virksomhed har i sit datterselskab. I diagrammet medregnes hele omsætningen i de deltagende virksomheders datterselskaber (kaldet b).
- (186) Fusionsforordningen indeholder imidlertid særlige regler for joint ventures. Artikel 5, stk. 5, litra b), fastsætter, at for joint ventures mellem to eller flere deltagende virksomheder, skal joint venture-virksomhedens omsætning (i det omfang hvor der er tale om omsætning fra aktiviteter med tredjemand, jf. punkt 168) henføres til de deltagende virksomheder med en lige stor del til hver, uanset hvor stor en andel de har i kapitalen eller stemmerettighederne.
- (187) Princippet i artikel 5, stk. 5, litra b), følges analogt ved allokering af omsætningen i joint ventures mellem deltagende virksomheder og tredjeparter, hvis deres omsætning medregnes efter artikel 5, stk. 4, litra b), som anført ovenfor under punkt 181. Kommissionen har fulgt den praksis, at den har tilregnet joint venture-virksomhedens omsætning til den deltagende virksomhed på et per capita-grundlag, alt efter hvor mange virksomheder der har del i den fælles kontrol. I eksemplet ovenfor medregnes halvdelen af omsætningen i b3.
- (188) Reglerne i artikel 5, stk. 4, må også tilpasses i situationer, hvor der sker en overgang fra fælles kontrol til enekontrol, således at man undgår at medregne joint venture-virksomhedens omsætning to gange. Selv om den overtagende virksomhed har rettigheder eller beføjelser i joint venture-virksomheden, der opfylder kravene i artikel 5, stk. 4, skal den overtagende aktionærs omsætning beregnes uden hensyn til joint venture-virksomhedens omsætning, og joint venture-virksomhedens omsætning skal beregnes uden hensyntagen til den overtagende aktionærs.

### 5.3. *Allokering af omsætningen i investeringsfonde*

- (189) Som beskrevet ovenfor under punkt 15 overtager investeringselskaber normalt indirekte kontrol med de virksomheder, de har interesser i. På samme måde kan investeringselskabet anses for indirekte at have de rettigheder og beføjelser, der er nævnt i artikel 5, stk. 4, litra b), især hvad angår udøvelse af investeringsfondens stemmerettigheder i de virksomheder, der indgår i deres portefølje.
- (190) Samme betragtninger som anført ovenfor i relation til artikel 3 (punkt 15) kan også gøre sig gældende, hvis et investeringselskab etablerer flere forskellige investeringsfonde, eventuelt med forskellige investorer. På basis af den organisatoriske struktur, især hvor investeringselskabet har forbindelser til komplementarerne i investeringsfonde oprettet som kommanditselskaber, eller på basis af kontraktlige arrangementer, især rådgivningskontrakter mellem komplementaren eller investeringsfonden og investeringselskabet, vil situationen typisk være den, at investeringselskabet indirekte vil kunne udøve investeringsfondens stemmerettigheder i de virksomheder, der indgår i dens portefølje, eller indirekte kunne udøve en af de andre beføjelser eller rettigheder, der er nævnt i artikel 5, stk. 4, litra b). Investeringselskabet vil i så fald få del i en fælles kontrol med de forskellige fonde, det har etableret, og de forskellige fonde vil ofte blive drevet under samme mærke som udtryk for, at de ledes af investeringselskabet.



- (191) Den måde, hvorpå investeringsselskabet har tilrettelagt organisationen af de forskellige investeringsfonde, kan derfor resultere i, at omsætningen i alle de virksomheder, der indgår i deres portefølje, medregnes ved vurderingen af, om omsætningskriterierne i artikel 1 er opfyldt, hvis investeringsselskabet erhverver indirekte kontrol med en sådan virksomhed via en af fondene.

#### 5.4. Allokering af omsætningen i statsejede virksomheder

- (192) Med hensyn til beregning af omsætning i statsejede virksomheder skal artikel 5, stk. 4, læses i sammenhæng med betragtning 22 i fusionsforordningen. I denne betragtning er det med det formål at undgå forskelsbehandling mellem den offentlige og den private sektor anført, at der »ved beregning af omsætningen i en virksomhed i den offentlige sektor, der deltager i en fusion, derfor skal tages hensyn til de virksomheder, der tilsammen udgør en økonomisk enhed med selvstændig beslutningsbeføjelse, uanset deres ejerforhold eller de administrative tilsynsregler, der gælder for dem«<sup>(129)</sup>.
- (193) Denne betragtning slår fast, at medlemsstaterne (eller andre offentlige organer) ikke betragtes som »virksomheder« efter artikel 5, stk. 4, blot fordi de har interesser i andre virksomheder, der opfylder betingelserne i artikel 5, stk. 4. Ved beregning af statsejede virksomheders omsætning tages der derfor kun hensyn til de virksomheder, der indgår i den samme økonomiske enhed, som har den samme selvstændige beslutningsbeføjelse.
- (194) Hvis et statsejet selskab ikke er underlagt nogen samordning med andre statsejede interesser, bør det derfor behandles som en selvstændig enhed i relation til artikel 5, og andre statsejede virksomheders omsætning skal ikke medregnes. Men hvis flere statsejede virksomheder er underlagt den samme selvstændige beslutningstagende myndighed, skal disse virksomheders omsætning anses at indgå i den deltagende virksomheds koncern i relation til artikel 5.

#### V. GEOGRAFISK ALLOKERING AF OMSÆTNINGEN

- (195) Tærsklerne for EU-omsætningen og den nationale omsætning i artikel 1, stk. 2 og 3, har til formål at indkredse de tilfælde, hvor omsætningen inden for EU er tilstrækkelig stor til, at transaktionen har fællesskabsinteresse, og hvor der fortrinsvis er tale om grænseoverskridende aktiviteter. Disse tærskler kræver, at der foretages en geografisk allokering af omsætningen mellem EU og de enkelte medlemsstater. Da reviderede regnskaber ofte ikke angiver nogen geografisk fordeling som krævet i fusionsforordningen, vil Kommissionen lægge de af virksomhederne opgivne tal til grund. I henhold til artikel 5, stk. 1, andet afsnit, bestemmes det område, hvor omsætningen finder sted, af det sted, hvor kunden befinder sig på transaktionstidspunktet:

»I omsætningen henholdsvis på fællesskabsplan og i en medlemsstat medregnes provenuet fra salg af varer og præstening af tjenesteydelser til virksomheder eller forbrugere henholdsvis i Fællesskabet og i denne medlemsstat«.

#### Hovedregel

- (196) Fusionsforordningen sonderer ikke mellem »salg af varer« og »præstening af tjenesteydelser« i relation til den geografiske allokering af omsætningen. I begge tilfælde er hovedreglen den, at omsætningen anses for at finde sted dér, hvor kunden befinder sig. Det underliggende princip er, at omsætningen finder sted dér, hvor konkurrencen med andre leverandører udspiller sig. Det er normalt også det sted, hvor den karakteristiske handling under den pågældende kontrakt skal udføres, dvs. hvor tjenesten faktisk præsteres og varen faktisk leveres. For internettransaktioner kan det være vanskeligt for virksomhederne at afgøre, hvor kunden befinder sig på det tidspunkt, hvor handelen indgås via internet. Hvis selve varen eller tjenesten ikke leveres via internettet, kan disse vanskeligheder undgås ved at fokusere på det sted, hvor den karakteristiske handling finder sted. I det følgende behandles varesalg og tjenesteydelser hver for sig, da der er visse forskelle i relation til allokering af omsætningen.

<sup>(129)</sup> Se tillige beslutning af 22. februar 1993 i sag IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson.

*Varesalg*

- (197) Ved varesalg kan der opstå særlige situationer i tilfælde, hvor det sted, kunden befandt sig på, da købsaftalen blev indgået, ikke er det samme som faktureringsadressen og/eller leveringsstedet. I disse situationer har det sted, hvor købsaftalen blev indgået, samt leveringsstedet større betydning end faktureringsadressen. Da det ved varesalg normalt er leveringen, der er den karakteristiske handling, kan leveringsstedet endog tillægges større vægt end det sted, hvor kunden befandt sig på tidspunktet for købsaftalens indgåelse. Det afhænger af, om leveringsstedet kan anses for at være det sted, hvor konkurrencen udspiller sig ved varesalg, eller om konkurrencen snarere udspiller sig på det sted, hvor kunden befinder sig. Er der tale om mobile varer, f.eks. salg af en bil til en endelig forbruger, er det det sted, hvor bilen leveres til kunden, der er afgørende, også selv om aftalen blev indgået telefonisk eller via internettet.
- (198) En særlig situation opstår, når et multinationalt selskab har en indkøbsstrategi for hele EU og dækker hele sit behov for en vare gennem indkøb på ét bestemt sted. En central indkøbsorganisation kan antage forskellige former, og man må derfor se nærmere på den konkrete form, for den kan være afgørende for, hvordan omsætningen skal allokeres. Hvis varerne købes af og leveres til den centrale indkøbsorganisation og derefter distribueres til forskellige anlæg i flere medlemsstater, anses omsætningen for at finde sted i den medlemsstat, hvor den centrale indkøbsorganisation er beliggende, som også er det sted, hvor den karakteristiske handling ifølge indkøbsaftalen finder sted. Anderledes forholder det sig, hvis der består direkte forbindelser mellem sælgeren og de forskellige datterselskaber. Det gælder også i tilfælde, hvor den centrale indkøbsorganisation blot indgår en rammeaftale, men hvor de individuelle ordrer afgives af og varerne leveres direkte til datterselskaberne i de forskellige medlemsstater, samt i de tilfælde, hvor individuelle ordrer afgives via den centrale indkøbsorganisation, men hvor varerne leveres direkte til datterselskaberne. I begge tilfælde anses omsætningen for at finde sted i de forskellige medlemsstater, hvor datterselskaberne er beliggende, uanset om det er den centrale indkøbsorganisation eller datterselskaberne, der modtager fakturaen og betaler for varen. Grunden hertil er, at i begge tilfælde udspiller konkurrencen med andre leverandører sig ved leveringen af varerne til de forskellige datterselskaber, også selv om aftalerne indgås centralt. I det første tilfælde er det også datterselskaberne, der selv træffer beslutningen om, hvilke mængder de vil have leveret, hvilket er et element, der har stor betydning for konkurrencen.

*Tjenesteydelser*

- (199) For tjenesteydelsers vedkommende er det i relation til fusionsforordningen det sted, hvor tjenesteydelsen leveres til kunden, der er relevant. Tjenesteydelser med grænseoverskridende elementer kan opdeles i tre hovedkategorier. Den første omfatter de tilfælde, hvor det er tjenesteudbyderen, der bevæger sig, og den anden kategori er de tilfælde, hvor det er kunden, der rejser. Den tredje kategori omfatter de tilfælde, hvor der leveres en tjenesteydelse, uden at hverken leverandøren eller kunden skal rejse fra et sted til et andet. I de førstnævnte to kategorier anses omsætningen for at opstå på den pågældendes bestemmelsessted, som er det sted, hvor tjenesteydelsen rent faktisk leveres til kunden. I den tredje kategori anses omsætningen at opstå på det sted, hvor kunden befinder sig. Ved centralt indkøb af tjenesteydelser finder de ovennævnte principper for centralt vareindkøb analog anvendelse.
- (200) Som eksempel på den første kategori kan nævnes en situation, hvor en ikke-europæisk virksomhed leverer en særlig tjenesteydelse bestående i vedligeholdelse af fly til et flyselskab i en medlemsstat. I dette tilfælde bevæger tjenesteudbyderen sig til EU, hvor ydelsen rent faktisk præsteres, og hvor konkurrencen om denne tjeneste udspiller sig. Hvis en europæisk turist lejer en bil eller booker et hotel direkte i USA, falder det ind under den anden kategori, da tjenesteydelsen præsteres uden for EU, og konkurrencen udspiller sig mellem hoteller og biludlejningsvirksomheder på det valgte sted. Men er der tale om pakkerejser, er situationen en anden. For denne type ferierejser starter tjenesteydelsen med salget af pakkerejsen via et rejsebureau på det sted, hvor kunden befinder sig, og konkurrencen om salg af ferierejser via rejsebureauer udspiller sig lokalt, ligesom ved detailsalg af varer, selv om dele af tjenesteydelsen måske præsteres på flere forskellige steder. Dette tilfælde falder derfor ind under den tredje kategori, og omsætningen anses at opstå på det sted, hvor kunden befinder sig. Den tredje kategori omfatter også tjenesteydelser som f.eks. levering af software eller distribution af film, som produceres uden for EU, men leveres til en kunde i en medlemsstat, hvilket betyder, at tjenesten reelt leveres til en kunde i EU.

- (201) Anderledes forholder det sig med varetransport, for den kunde, tjenesteydelsen leveres til, rejser ikke, men den leveres til kunden på det sted, denne befinder sig. Disse tilfælde falder ind under den tredje kategori, og det er kundens lokalisering, der er det relevante kriterium for allokering af omsætningen.
- (202) I telesektoren kan klassificeringen af opkaldstermineringstjenester rejse problemer. Selv om opkaldsterminering forekommer at falde ind under den tredje kategori, er der flere grunde der gør, at disse tjenester bør behandles anderledes. Disse tjenester leveres bl.a. i situationer, hvor et opkald fra en europæisk operatør termineres i USA. Selv om den europæiske eller den amerikanske operatør ikke rejser, så rejser signalet, og tjenesten præsteres af det amerikanske net til den europæiske operatør i USA. Det er også det sted, hvor den konkurrence, der måtte være, udspilles. Omsætningen anses derfor at opstå uden for EU <sup>(130)</sup>.

#### Særlige sektorer

- (203) Der er dog nogle sektorer, hvor der kan opstå ganske særlige problemer med den geografiske allokering af omsætningen. De behandles i afsnit VI.

### VI. OMRÆGNING AF OMSÆTNINGEN TIL EURO

- (204) Når omsætningstal omregnes til euro, må man være meget omhyggelig med den anvendte omregningskurs. En virksomheds årsomsætning skal omregnes efter gennemsnitskursen for de pågældende tolv måneder. Denne gennemsnitskurs kan man få oplyst på konkurrencegeneral-direktoratets netsted <sup>(131)</sup>. Det er tallene for den reviderede årsomsætning, der skal anvendes, og omsætningen må ikke opdeles i kvartalsvise, månedlige eller ugentlige tal, som derefter omregnes individuelt.
- (205) Hvis en virksomhed har omsætning i flere forskellige valutaer, er fremgangsmåden den samme. Den samlede omsætning ifølge de konsoliderede, reviderede regnskaber angivet i virksomhedens regnskabsvaluta omregnes til euro efter den årlige gennemsnitskurs. Salg i lokal valuta skal ikke omregnes direkte til euro, eftersom tallene ikke stammer fra virksomhedens konsoliderede, reviderede regnskaber.

### VII. REGLER FOR KREDITINSTITUTTER OG ANDRE FINANSIELLE VIRKSOMHEDER SAMT FORSIKRINGSSLESKABER

#### 1. Anvendelsesområde

- (206) På grund af de særlige forhold, der gør sig gældende for denne sektor, indeholder artikel 5, stk. 3, særlige regler for beregning af omsætningen i kreditinstitutter og andre finansielle virksomheder samt forsikringselskaber.
- (207) Med hensyn til definitionen af, hvad der i fusionsforordningen forstås ved »kreditinstitutter og andre finansielle virksomheder samt forsikringselskaber«, har Kommissionen i sin praksis konsekvent fulgt de definitioner, der er fastlagt i de gældende EU-regler i banksektoren. I direktivet om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut <sup>(132)</sup> fastsættes følgende definitioner:

- »Kreditinstitut«: et foretagende, hvis virksomhed består i fra offentligheden at modtage indlån eller andre midler, der skal tilbagebetales, samt i at yde lån for egen regning.
- »Finansieringsinstitut«: et foretagende, der ikke er et kreditinstitut, og hvis hovedvirksomhed består i at erhverve kapitalinteresser eller i at udøve en eller flere af aktiviteterne i nr. 2 til 12 på listen i bilag I.

<sup>(130)</sup> Dette påvirker ikke den omsætning, som den europæiske telefonoperatør opnår i relation til sin egen kunde med dette opkald.

<sup>(131)</sup> Se [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange\\_rates.html#footnote\\_1](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1). Der henvises her til Den Europæiske Centralbanks månedsbulletin.

<sup>(132)</sup> Definitionerne findes i artikel 1, stk. 1 og 5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF af 20. marts 2000 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (EFT L 126 af 26.5.2000, s. 1).

(208) De finansielle virksomheder, der er omhandlet i fusionsforordningens artikel 5, stk. 3, er derfor dels holdingselskaber og dels virksomheder, der som hovedvirksomhed udøver en eller flere af de aktiviteter, der udtrykkeligt er nævnt i punkt 2 til 12 i bilaget til bankdirektivet. Disse aktiviteter omfatter:

- udlånsvirksomhed (bl. a. forbrugerkreditter, realkreditlån, factoring osv.)
- finansiel leasing
- betalingsformidling
- udstedelse og administration af betalingsmidler (kreditkort, rejsechecks og bankveksler)
- sikkerhedsstillelse og garantier
- transaktioner for egen eller kunders regning vedrørende pengemarkedsinstrumenter, valutamarkedet, finansielle futures og options, valuta- og renteinstrumenter samt værdipapirer
- medvirken ved emission af værdipapirer og tjenesteydelser i forbindelse hermed
- »money broking«
- porteføljeadministration og -rådgivning
- opbevaring og forvaltning af værdipapirer.

## 2. Beregning af omsætningen

(209) Metoderne til beregning af omsætningen i kreditinstitutter og andre finansielle virksomheder samt i forsikringsselskaber er beskrevet i fusionsforordningens artikel 5, stk. 3. I det følgende besvares en række yderligere spørgsmål, der kan rejse sig i forbindelse med beregning af omsætningen i ovennævnte typer virksomheder.

### 2.1. *Beregning af omsætningen i kreditinstitutter og finansielle virksomheder (bortset fra finansielle holdingselskaber)*

#### 2.1.1. Generelt

(210) Det volder normalt ingen særlige vanskeligheder at anvende bankindtægtskriteriet ved fastlæggelsen af kreditinstitutters og andre finansielle virksomheders omsætning på verdensplan.

Ved den geografiske allokering af omsætningen mellem EU og individuelle medlemsstater finder artikel 5, stk. 3, litra a), andet afsnit, anvendelse. Her fastsættes det, at omsætningen skal anses at opstå i den filial eller afdeling inden for EU eller i medlemsstaten, der modtager denne indtægt.

#### 2.1.2. Omsætningen i leasingvirksomheder

(211) Der skal skelnes skarpt mellem finansiel leasing og driftsleasing. Leasingperioden er længere ved finansiel leasing end ved driftsleasing, og ejendomsretten overdrages generelt til leasingtageren ved udløbet af leasingperioden gennem en forkøbsret i leasingkontrakten. Ved driftsleasing derimod overdrages ejendomsretten ikke til leasingtageren ved udløbet af leasingperioden, og omkostningerne ved vedligeholdelse, reparation og forsikring af det leasede udstyr er indbefattet i leasingbetalingen. Finansiel leasing fungerer derfor som et lån fra leasinggiveren til leasingtageren, som herved får mulighed for at købe et givet aktiv.

- (212) Som allerede nævnt, er en virksomhed, der som hovedaktivitet beskæftiger sig med finansiel leasing, en finansiel virksomhed i den i artikel 5, stk. 3, litra a), anvendte betydning, og dens omsætning skal derfor beregnes efter de særlige regler i denne bestemmelse. Alle betalinger på finansielle leasingkontrakter, undtagen tilbagekøbsdelen, skal derfor medregnes; salg af fremtidige leasingbetalinger ved kontraktens begyndelse til refinansieringsformål er ikke relevant.
- (213) Driftsleasing anses derimod ikke for at blive udført af finansielle virksomheder, og her finder de generelle regler for beregning af omsætning i artikel 5, stk. 1, derfor anvendelse <sup>(133)</sup>.

## 2.2. **Forsikringselskaber**

- (214) Til måling af omsætningen i forsikringselskaber anvendes i henhold til fusionsforordningens artikel 5, stk. 3, litra b), de tegnede bruttopræmier. De tegnede bruttopræmier er summen af de modtagne præmier (der kan omfatte modtagne genforsikringspræmier, hvis selskabet udøver genforsikringsvirksomhed). Udgående genforsikringspræmier, dvs. alle de beløb, som selskabet har betalt eller skylder for at opnå genforsikringsdækning, har kun en omkostningsrelation til ydelsen af forsikringsdækning og skal ikke trækkes fra de tegnede bruttopræmier.
- (215) De præmier, der skal medregnes, vedrører ikke blot nye forsikringsaftaler, der er indgået i det pågældende regnskabsår, men også alle præmier i forbindelse med aftaler, der er indgået i de foregående år, og som fortsat gælder i den pågældende periode.
- (216) For at opbygge tilstrækkelige reserver til dækning af erstatningskrav har forsikringselskaber normalt beholdninger af aktier, rentebærende værdipapirer, fast ejendom og andre aktiver, som giver en årlig indtægt. De årlige indtægter heraf betragtes ikke som forsikringselskabernes omsætning efter artikel 5, stk. 3, litra b). Men der må sondres mellem rene finansielle investeringer, der ikke giver forsikringselskabet de i artikel 5, stk. 4, omhandlede rettigheder og beføjelser, og de investeringer, der medfører erhvervelse af en kontrollerende interesse, som opfylder kriterierne i artikel 5, stk. 4, litra b). I sidstnævnte tilfælde finder fusionsforordningens artikel 5, stk. 4, anvendelse, og datterselskabets eller det tilknyttede selskabs omsætning — beregnet i overensstemmelse med artikel 5, stk. 3, litra b) — lægges til forsikringselskabets omsætning ved beregningen af tærsklerne i fusionsforordningen <sup>(134)</sup>.

## 2.3. **Finansielle holdingselskaber**

- (217) Finansielle holdingselskaber er »andre finansielle virksomheder« som omhandlet i fusionsforordningens artikel 5, stk. 3, litra a), og deres omsætning skal derfor beregnes efter de særlige regler i denne bestemmelse. Men ligesom for forsikringselskaber gælder, at artikel 5, stk. 4, også finder anvendelse på de interesser i andre virksomheder, der opfylder kriterierne i artikel 5, stk. 4, litra b). Beregningen af omsætningen for et finansielt holdingselskab foretages derfor normalt i henhold til artikel 5, stk. 3, men det kan være nødvendigt at medregne omsætningen i virksomheder, der falder ind under de kategorier, der er nævnt i artikel 5, stk. 4 (»artikel 5, stk. 4-virksomheder«) <sup>(135)</sup>.

<sup>(133)</sup> Se beslutning af 15. juli 1992 i sag IV/M.234 — GECC/Avis Lease.

<sup>(134)</sup> Se beslutning af 21. november 1990 i sag IV/M.018 — AG/AMEV.

<sup>(135)</sup> Principperne for finansielle holdingselskaber kan til en vis grad også anvendes på virksomheder, der administrerer fonde.

(218) I praksis beregnes først omsætningen for det finansielle holdingselskab (ikke konsolideret). Derefter lægges omsætningen i artikel 5, stk. 4-virksomhederne til, og samtidig fratrækkes dividende og anden indkomst, som disse virksomheder overfører til det finansielle holdingselskab. Nedenfor gives et eksempel på en sådan beregning:

	<i>Mio. EUR</i>
1. Omsætning ved finansielle aktiviteter (ikke-konsolideret driftsregnskab)	3 000
2. Omsætning i art. 5, stk. 4-forsikringsvirksomheder (tegnede brutto-præmier)	300
3. Omsætning i industrielle art. 5, stk. 4-virksomheder	2 000
4. Fradrag af dividende og andre indtægter fra art. 5, stk. 4-virksomheder under 2 og 3	200
Samlet omsætning i det finansielle holdingselskab og dets koncern	5 100

(219) I sådanne beregninger kan det være nødvendigt at tage hensyn til forskelle i regnskabsregler. Dette gælder for alle typer virksomheder, der er omfattet af fusionsforordningen, men er specielt vigtigt i forbindelse med finansielle holdingselskaber <sup>(136)</sup>, hvor det omhyggeligt må undersøges, hvor mange og hvor forskelligartede virksomheder, der kontrolleres, og hvor stor en kontrol holdingselskabet har over sine datterselskaber, associerede virksomheder og andre virksomheder, som det har interesser i.

(220) Beregning af omsætningen i finansielle holdingselskaber, som beskrevet ovenfor, kan være besværlig i praksis. Derfor er en stringent anvendelse af metoden kun nødvendig i tilfælde, hvor det ser ud til, at omsætningen i et finansielt holdingselskab ligger tæt op ad tærsklerne i fusionsforordningen; i andre tilfælde kan det være indlysende, at omsætningen ligger langt fra tærsklerne i fusionsforordningen, og de offentliggjorte regnskaber er derfor tilstrækkelige til afgørelse af jurisdiktionsspørgsmålet.

<sup>(136)</sup> Se f.eks. beslutning af 24. februar 1992 i sag IV/M.166 — *Torras/Sarrió*.