



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

NILS WAHL

18 päivänä tammikuuta 2018¹

Asia C-633/16

Ernst & Young P/S

vastaan

Konkurrenserådet

(Ennakkoratkaisupyyntö – Sø- og Handelsretten (meri- ja kauppatuomioistuin, Tanska))

Kilpailu – Yrityskeskittymien valvonta – Asetuksen (EY) N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohta –
Velvoite lykätä keskittymän toteuttamista, kunnes se on julistettu yhteismarkkinoille soveltuvaksi –
Yhteistyösopimuksen irtisanominen yhden sulautuvan yrityksen toimesta

1. On olemassa sanonta, jonka mukaan liian aikaisin toimiminen on sama asia kuin väärässä oleminen. Tämä pätee erityisen hyvin yrityskeskittymän ennenaikaiseen toteuttamiseen.
2. Jotta voidaan määrittää, milloin keskittymä on toteutettu liian aikaisin ja siten virheellisesti, on tärkeää ymmärtää selkeästi keskittymän toteuttamisen lykkäämistä koskevan velvoitteen ja sen Euroopan komission vastaavan toimivallan laajuus, jonka perusteella se voi todeta asetuksen (EY) N:o 139/2004² 7 artiklan 1 kohdan nojalla, että keskittymä on toteutettu ennenaikaisesti ennen sen hyväksymistä (jäljempänä standstill-velvoite). Vieläkin tärkeämpää on se, *miten* standstill-velvoitteen täsmällinen laajuus on määritettävä?
3. Näihin käsiteltävässä asiassa esille tuleviin ytimekkäisiin mutta tärkeisiin kysymyksiin ei ole tähän mennessä vastattu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.
4. Näitä kysymyksiä ratkaistessaan unionin tuomioistuimen on pohdittava, onko sulautumien ennakkovalvonnan tehokkaan täytäntöönpanon varmistamistavoitteen vuoksi tarpeen laajentaa standstill-velvoitetta asetuksessa N:o 139/2004 vahvistettujen sulautumasäännösten aineellisen soveltamisalan ulkopuolelle.
5. Selitän seuraavaksi, miksi standstill-velvoitteen soveltamisalan on mielestäni oltava selkeästi rajattu ja miksi rajaaminen on parasta tehdä käyttämällä negatiivista määritelmää, toisin sanoen määrittelemällä, mitkä seikat jäävät asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle.

¹ Alkuperäinen kieli: englanti.

² Yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annettu neuvoston asetus ("EY:n sulautuma-asetus") (EUVL 2004, L 24, s. 1).

I. Asiaa koskevat oikeussäännöt

A. Asetus N:o 139/2004

6. Asetuksen N:o 139/2004 1 artiklan ("Soveltamisala") 1 kohdan mukaan "tätä asetusta sovelletaan kaikkiin – – [unioninlaajuisiin] keskittymiin".

7. Asetuksen N:o 139/2004 3 artiklassa ("Keskittymän määritelmä") säädetään seuraavaa:

"1. Keskittymän katsotaan syntyvän, jos määräysvalta siirtyy pysyvästi seurauksena siitä, että

- a) kaksi yritystä tai yrityksen osaa tai useampi yritys tai yrityksen osa, jotka ovat aikaisemmin olleet itsenäisiä, sulautuu; taikka
- b) yksi tai useampi henkilö, jolla jo on määräysvalta ainakin yhdessä yrityksessä, tai yksi tai useampi yritys hankkii ostamalla osakkeita tai osuuksia taikka varoja, sopimuksella tai muulla tavoin suoran tai välillisen määräysvallan, joka koskee yhtä tai useampaa yritystä kokonaisuudessaan tai jotakin sen tai niiden osaa.

2. Määräysvalta perustuu oikeuksiin, sopimuksiin ja muihin keinoihin, jotka joko erikseen tai yhdessä ja ottaen huomioon asiaan liittyvät tosiasialliset ja oikeudelliset olosuhteet antavat mahdollisuuden käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa yrityksessä, ja erityisesti:

- a) omistusoikeuteen yrityksen kaikkiin tai joihinkin varoihin taikka niiden käyttöoikeuteen;
- b) oikeuksiin tai sopimuksiin, joiden perusteella saadaan ratkaiseva vaikutusvalta yrityksen toimielinten kokoonpanossa, äänestyksissä tai päätöksissä.

3. Määräysvallan ovat saaneet henkilöt tai yritykset, jotka:

- a) ovat kyseisten oikeuksien haltijoita tai kyseisten sopimusten mukaisia edunsaajia; taikka
- b) olematta kyseisten oikeuksien haltijoita tai kyseisten sopimusten mukaisia edunsaajia voivat käyttää niiden mukaisia oikeuksia.

– –"

8. Asetuksen N:o 139/2004 4 artiklan ("Ennakoilmoitus keskittymistä ja käsittelypaikan siirtäminen ennen ilmoitusta ilmoituksen tekijöiden pyynnöstä") 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Tässä asetuksessa tarkoitetuista [unioninlaajuisista] keskittymistä on ilmoitettava komissiolle ennen niiden toteuttamista ja sopimuksen tekemisen, julkisen osto- tai vaihtotarjouksen julkistamisen tai määräysvallan tuottavan osuuden hankkimisen jälkeen.

Ilmoitus voidaan tehdä myös, jos keskittymään osallistuvat yritykset osoittavat komissiolle vilpittömän aikomuksen tehdä sopimus tai ne ovat ilmoittaneet julkisesti aikovansa tehdä julkisen osto- tai vaihtotarjouksen, jos suunniteltu sopimus tai osto- tai vaihtotarjous johtaisi [unioninlaajuisen] keskittymään.

Tässä asetuksessa käsite 'ilmoitettu keskittymä' kattaa myös suunnitellut keskittymät, joista on ilmoitettu toisen alakohdan mukaisesti. Tämän artiklan 4 ja 5 kohdassa käsite 'keskittymä' sisältää toisessa alakohdassa tarkoitetut suunnitellut keskittymät."

9. Asetuksen N:o 139/2004 7 artiklassa ("Keskittymien toteuttamisen lykkääminen") säädetään seuraavaa:

"1. Edellä 1 artiklassa tarkoitettua [unioninlaajuista] keskittymää – – ei saa toteuttaa ennen kuin siitä on tehty ilmoitus tai ennen kuin se on julistettu yhteismarkkinoille soveltuvaksi – –.

– –

3. Komissio voi pyynnöstä myöntää luvan poiketa 1 tai 2 kohdassa tarkoitetuista velvoitteista. Poikkeuksen myöntämistä koskeva pyyntö on perusteltava. Tehdessään pyyntöä koskevaa päätöstä komission on otettava huomioon erityisesti ne vaikutukset, jotka lykkääminen voi aiheuttaa yhdelle tai useammalle keskittymään osallistuvalla yritykselle taikka ulkopuoliselle, sekä keskittymästä kilpailulle mahdollisesti aiheutuva uhka. Poikkeuslupaan voidaan liittää ehtoja ja velvoitteita tehokkaan kilpailun edellytysten varmistamiseksi. Poikkeuslupaa voidaan hakea ja se voidaan myöntää milloin tahansa, kuten ennen ilmoituksen tekemistä tai keskittymistoimen jälkeen.

– –"

10. Asetuksen N:o 139/2004 8 artiklassa ("Komission päätöksentekovaltuudet") säädetään seuraavaa:

"_ _

4. Jos komissio katsoo, että keskittymä

- a) on jo toteutettu ja kyseinen keskittymä on todettu yhteismarkkinoille soveltumattomaksi; tai
- b) on toteutettu – – päätökseen liittyvän ehdon vastaisesti – –;

komissio voi:

- vaatia keskittymään osallistuvia yrityksiä purkamaan keskittymän, erityisesti purkamalla sulautuman tai luopumalla hankituista osakkeista tai varoista, jotta ennen keskittymän toteuttamista vallinnut tilanne palautettaisiin. Jos tilanteen palauttaminen ei ole mahdollista purkamalla sulautuma, komissio voi ryhtyä muihin aiheellisiin toimenpiteisiin ennen keskittymän toteuttamista vallinneen tilanteen palauttamiseksi mahdollisimman suuressa määrin.
- määrätä muita aiheellisia toimenpiteitä varmistaakseen, että keskittymään osallistuvat yritykset purkavat keskittymän tai toteuttavat muita korjaavia toimenpiteitä komission päätöksen mukaisesti.

– –

5. Komissio voi toteuttaa asianmukaisia väli-toimia tehokkaan kilpailun edellytysten palauttamiseksi tai säilyttämiseksi, jos keskittymä

- a) on toteutettu 7 artiklan vastaisesti ja päätöstä keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille ei ole vielä tehty;

– –

- c) on jo toteutettu ja se on julistettu yhteismarkkinoille soveltumattomaksi.

– –"

B. Kansallinen lainsäädäntö

11. Kilpailulain (konkurrenceloven³) 12 c §:ssä säädetään seuraavaa:

”1) Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (kilpailu- ja kuluttajaviranomainen, jäljempänä KFST) ratkaisee, hyväksytäänkö vai kielletäänkö keskittymän muodostaminen.

2) Keskittymä, joka ei merkittävästi haittaa toimivaa kilpailua etenkin määrävän markkina-aseman syntymisen tai vahvistumisen vuoksi, on hyväksyttävä. Keskittymä, joka haittaa merkittävästi toimivaa kilpailua etenkin määrävän markkina-aseman syntymisen tai vahvistumisen vuoksi, on kiellettävä.

--

5) Tämän lain soveltamisalaan kuuluvaa keskittymää ei saa toteuttaa ennen kuin siitä on tehty ilmoitus tai [KFST] on hyväksynyt sen edellä 1 momentin mukaisesti. --

--”

12. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan 12 c §:n antamiseen johtaneen lakimuutoksen perusteluissa todetaan, että Tanskan yrityskeskittymien valvontaa koskevat säännöt perustuvat asetuksen N:o 139/2004 säännöksiin ja että niitä on tulkittava asetuksen mukaisesti sekä keskittymän käsitteen määritelmän ja laajuuden että standstill-velvoitteen osalta.

II. Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

13. KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, ja KPMG Ejendomme Flintholm K/S (jäljempänä yhteisesti Tanskan KPMG) tekivät Ernst & Young P/S:n, Ernst & Young Europe LLP:n, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskabin, Ernst & Young Global Limitedin ja EYGS LLP:n (jäljempänä yhteisesti EY) kanssa 18.11.2013 sopimuksen yrityskeskittymän muodostamisesta (jäljempänä keskittymäsopimus).

14. Keskittymäsopimuksen tekoajankohtana sekä Tanskan KPMG että EY olivat Tanskan markkinoilla toimivia tilintarkastusyrittäjiä, jotka tarjosivat tilintarkastus- ja kirjanpito palveluja. Tanskan KPMG kuului 15.2.2010 allekirjoitetun yhteistyösopimuksen perusteella itsenäisten tilintarkastusyriytysten kansainväliseen verkostoon, KPMG International Cooperativeen (jäljempänä KPMG International).

15. Yhteistyösopimuksessa osallistujayritykset saivat yksinoikeuden kuulua KPMG-verkostoon kansallisella tasolla ja käyttää KPMG Internationalin tavaramerkkejä markkinointitarkoituksessa. Yhteistyösopimus sisälsi myös asiakkaiden kohdentamista, muilla maantieteellisillä alueilla toimivien asiakkaiden palvelemista ja yhteistyöstä maksettavaa vuotuista korvausta koskevia ehtoja. Yhteistyösopimuksessa edellytettiin, etteivät KPMG-verkostoon kuuluvat tilintarkastusyriytiset osallistu missään vaiheessa yrityskumppanuuksiin, yhteisyrittäjiin tai vastaaviin järjestelyihin.

16. Keskittymäsopimuksen mukaan Tanskan KPMG:n piti välittömästi keskittymäsopimuksen allekirjoittamisen jälkeen irtisanoa sopimuksensa KPMG Internationalin kanssa yhteistyön päättämiseksi jälkimmäisen kanssa, minkä jälkeen se sulautuisi EY:hyn ja liittyisi EY-konserniin.

17. Asiassa on kiistatonta, että keskittymäsopimuksesta oli tehtävä ilmoitus, sillä EY saisi sen myötä määräysvallan Tanskan KPMG:ssä ja keskittymän osapuolten liikevaihto ylitti Tanskan kilpailusääntöihin sisältyvät kynnyksarvot.

3 8.7.2015 annettu konsolidoitu laki nro 869 (Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015, Lovtidende 2015 A).

18. Allekirjoitettuaan keskittymäsopimuksen EY:n kanssa 18.11.2013 Tanskan KPMG irtisanoi yhteistyösopimuksensa 30.9.2014 lukien ilmoittamalla asiasta ensin puhelimitse KPMG Internationalin hallituksen puheenjohtajalle ja sen jälkeen KPMG Internationalille osoitetulla, 18.11.2013 päivätyllä kirjeellä. Yhteistyösopimuksen irtisanominen sinänsä ei edellyttänyt kilpailuviranomaisen hyväksyntää.

19. Keskittymäsopimus julkistettiin 19.11.2013. Markkinoilla tapahtui 19.11.2013 alkaen ja ennen keskittymän hyväksymistä useita muutoksia.

20. KPMG International kertoi Business.dk-lehden verkkosivuilla 20.11.2013 julkaistussa artikkelissa aikovansa pysyä Tanskan markkinoilla. KPMG International päätti perustaa Tanskaan uuden tilintarkastusyriityksen. Se myös teki yhteistyösopimuksen verokonsultointiyriityksen kanssa, vaikka sen yhteistyösopimus Tanskan KPMG:n kanssa oli yhä voimassa ja yhteistyö toimi totuttuun tapaan sopimuksen irtisanomisesta huolimatta.

21. Lisäksi jotkin Tanskan KPMG:n tilintarkastusasiakkaat – muiden muassa kaksi kaikkein suurinta asiakasta, Carlsberg-konserni ja Mærsk-konserni – esittivät yhtiökokoukselleen tilintarkastajan vaihtoa ja halusivat KPMG Internationalin tarkastavan tilikauden 2014 tilinsä. Samana ajanjaksona myös muita yrityksiä siirtyi Tanskan KPMG:ltä toisten tilintarkastusyriitysten asiakkaiksi. Sääntömääräinen yhtiökokous pidetään useimmiten alkukevällä, sillä yritysten tilikautena on yleensä kalenterivuosi ja tilintarkastaja on Tanskan yritysoikeuden mukaan valittava sääntömääräisessä yhtiökokouksessa.

22. Tanskan KPMG ja EY käynnistivät heti keskittymäsopimuksen julkistamisen jälkeen keskittymän hyväksymistä koskevan ennakoilmoitusmenettelyn ottamalla ensi kerran yhteyttä KFST:hen 21.11.2013.

23. Ensimmäinen ilmoitusluonnos lähetettiin KFST:lle 13.12.2013, täydellinen ilmoitus kuitattiin vastaanotetuksi 7.2.2014, ja keskittymä hyväksyttiin Konkurrencerådetin (kilpailuneuvosto) puoltavan lausunnon perusteella 28.5.2014. Tanskan KPMG ja KPMG International sopivat Konkurrencerådetin hyväksynnän jälkeen yhteistyönsä päättämisestä 30.6.2014 lukien.

24. Konkurrencerådet teki 17.12.2014 päätöksen (jäljempänä riidanalainen päätös), jonka mukaan Tanskan KPMG oli rikkonut kilpailulain 12 c §:n 5 momentin mukaista standstill-velvoitetta irtisanomalla keskittymäsopimukseen sisältyneen ehdon mukaisesti yhteistyösopimuksensa KPMG Internationalin kanssa 18.11.2013, jolloin keskittymä ei vielä ollut saanut Konkurrencerådetin hyväksyntää.

25. Riidanalainen päätös perustuu KFST:n kokonaisarvioon asian tosiseikoista. KFST korosti kuitenkin erityisesti sitä, että yhteistyösopimuksen irtisanominen i) liittyi tietyn yrityskeskittymän muodostamiseen, ii) oli peruuttamaton ja iii) saattoi aiheuttaa markkinavaikutuksia irtisanomishetken ja keskittymän hyväksymisen välisenä aikana, vaikkakaan näiden kolmen perusteen ei todettu olevan tyhjentäviä.

26. Markkinavaikutusten mahdollisuudesta riidanalaisessa päätöksessä todettiin, että havaittujen markkinavaikutusten taustalla voi olla useita syitä eikä markkinoiden reaktioiden syitä voida konkreettisesti selvittää, mutta koska irtisanominen sinänsä saattoi Konkurrencerådetin käsityksen mukaan olla omiaan vaikuttamaan markkinoihin ja sitä voidaan siten pitää standstill-velvoitteen piiriin kuuluvana toimena, irtisanomisen todellisia vaikutuksia ei ole tarpeen pystyä osoittamaan.

27. Ernst & Young saattoi riidanalaisen päätöksen, josta se oli eri mieltä, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen käsiteltäväksi 1.6.2015 ja vaati sen kumoamista. Tässä yhteydessä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että pääasian ratkaisulla on merkitystä mahdollisesti määrättävien sakkojen kannalta, sillä KFST siirsi 11.6.2015 asian Statsanklager for Særlig Økonomisk og International Kriminalitetille (erityisestä talousrikollisuudesta ja kansainvälisestä rikollisuudesta vastaava valtionsyyttäjä) sen tutkimiseksi rikosoikeuden kannalta.

28. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on epävarma asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdan oikeasta tulkinnasta, jonka mukaisesti sen on tulkittava kilpailulain 12 c §:n 5 momenttia, joten se päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Millä perusteilla on arvioitava, sovelletaanko [asetuksen N:o 139/2004] 7 artiklan 1 kohdan mukaista kieltoa ([standstill-velvoite]) yrityksen menettelyihin tai toimiin, ja edellyttääkö kyseisessä säännöksessä tarkoitettu toteuttamistoimenpide, että kyseinen toimenpide tosiasiallisesti tai oikeudellisesti on kokonaan tai osittain osa määräysvallan siirtymistä tai keskittymään osallistuvien yritysten jatkuvien toimintojen sulautumista, mikä laukaisee kynnyсарvojen ylittyessä ilmoitusvelvollisuuden?
- 2) Voidaanko käsiteltävän asian kohteena olevan kaltaisen yhteistyösopimuksen irtisanomista ennakkoratkaisupyyntöissä kuvattuja vastaavissa olosuhteissa pitää toteuttamistoimenpiteenä, johon sovelletaan neuvoston asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua kieltoa, ja jos voidaan, millä perusteilla asia ratkaistaan?
- 3) Onko toiseen kysymykseen vastaamisen kannalta merkitystä sillä, onko irtisanomisella todellisuudessa ollut kilpailuoikeudellisessa mielessä olennaista vaikutusta markkinoihin?
- 4) Jos kolmanteen kysymykseen vastataan myöntävästi, pyydetään selvennystä siihen, millä perusteilla ja minkä todennäköisyysasteen mukaan käsiteltävän asian kaltaisessa tapauksessa on arvioitava sitä, onko irtisanomisesta aiheutunut tällaisia markkinavaikutuksia, sen merkitys mukaan lukien, että tällaiset vaikutukset voidaan yhdistää muihin syihin?”

29. Kirjallisia huomautuksia esittivät Ernst & Young, Tanskan hallitus ja komissio. Nämä osapuolet esittivät myös suullisia lausumia 15.11.2017 pidetyssä istunnossa.

III. Asian tarkastelu

A. Unionin tuomioistuimen toimivalta

30. Komissio kyseenalaistaa kirjallisissa huomautuksissaan unionin tuomioistuimen toimivallan tutkia ennakkoratkaisukysymyksiä, vaikka asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohta ei koske suoraan pääasiassa kyseessä olevaa tilannetta. Komissio epäilee tarkemmin ottaen sitä, riittääkö kansallisen lainsäädännön valmisteluasiakirjoihin sisältyvä viittaus kyseiseen asetukseen antamaan SEUT 267 artiklan mukaisen toimivallan.

31. Tuomioon Dzodzi⁴ perustuvassa runsaassa oikeuskäytännössä unionin tuomioistuin on katsonut, että unionin oikeudesta omaksuttuja säännöksiä ja käsitteitä on tulkittava yhdenmukaisesti, jotta vältettäisiin myöhemmät tulkintaerot, eikä tämä riipu siitä, missä olosuhteissa näitä säännöksiä ja käsitteitä sovelletaan. Unionin tuomioistuin vahvisti tämän lähestymistavan myöhemmin tuomiossa Allianz Hungária Biztosító ym.⁵ Unionin tuomioistuimella on näin ollen toimivalta ratkaista unionin oikeuden säännöksiä tai määräyksiä koskevat ennakkoratkaisupyyntöt sellaisissa tapauksissa, joissa pääasian tosiseikat jäävät unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle mutta joissa kansallinen lainsäätävä on päättänyt soveltaa samanlaista kohtelua valtionsisäisiin tilanteisiin ja tilanteisiin, joihin sovelletaan unionin oikeutta.⁶

4 Tuomio 18.10.1990, Dzodzi (C-297/88 ja C-197/89, EU:C:1990:360, 36–43 kohta). Ks. myös mm. tuomio 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, 34 kohta); tuomio 11.1.2001, Kofisa Italia (C-1/99, EU:C:2001:10, 32 kohta); tuomio 14.12.2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, 19 kohta) ja tuomio 15.1.2002, Andersen ja Jensen (C-43/00, EU:C:2002:15, 18 kohta).

5 Ks. tuomio 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 20 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

6 Ks. vastaavasti tuomio 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító ym. (C-32/11, EU:C:2013:160, 20 ja 21 kohta).

32. Katson näin ollen, että unionin tuomioistuin on toimivaltainen vastaamaan Sø- og Handelsrettenin (meri- ja kauppatuomioistuin, Tanska) esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin.

B. Aineellinen kysymys

1. Alustavat huomautukset

33. Ottamatta kantaa keskittymistä etukäteen ilmoittamisen tarpeellisuuteen muistutan, että monilla lainkäyttöalueilla ei ole olemassa (kansallista) standstill-velvoitetta. Esimerkiksi Euroopan unionissa näin näyttää olevan Italiassa,⁷ Latviassa⁸ ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa (jossa ilmoittamista kuvataan lisäksi ”vapaaehtoiseksi”).⁹

34. Unionin tasolla alkuperäisessä sulautuma-asetuksessa säädettiin ainoastaan kolmen viikon standstill-velvoitteesta keskittymästä ilmoittamisen jälkeen. Velvoitetta voitiin jatkaa komission päätöksellä.¹⁰

35. Tämä viittaa siihen, että vaikka standstill-velvoite voikin olla hyödyllinen, sen luonnehtiminen yrityskeskittymien valvonnan välttämättömäksi välineeksi komission tapaan vaikuttaa liialliselta. Standstill-velvoitteen tehtävänä on yksinkertaisesti estää yrityksiä toteuttamasta keskittymiä ennen aikaisesti, kun kilpailuviranomaisten arviointi on vielä kesken, ja vähentää riskiä siitä, että keskittymä on purettava, ellei sitä hyväksytä. Toisin ilmaistuna, standstill-velvoitteella lähinnä säilytetään asianomaisille yrityksille siihen liittyvä taloudellinen rasite, että keskittymän toteuttamista viivytetään kilpailuviranomaisen arvioinnin valmistumiseen asti, samoin kuin taloudellinen riski, joka liittyy laittomasti ennen aikaisesti toteutetun keskittymän mahdolliseen purkamiseen.

36. Nämä seikat on pidettävä mielessä, kun tarkastellaan asetuksessa N:o 139/2004 asetetun standstill-velvoitteen rajoja. Unionin tuomioistuimen on vielä selvennettävä kokonaisuudessaan yrityskeskittymien ennakoita ja jälkikäteen harjoitettavan valvonnan, sellaisina kuin niistä säädetään asetuksen N:o 139/2004 7 ja 8 artiklassa, välistä suhdetta unionin sulautumasäännöksissä.

37. Esitettyjä ennakkoratkaisukysymyksiä voidaan arvioida pareittain. Yhtäältä ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys koskevat molemmat standstill-velvoitteen soveltamisalaa ja sitä, miten se olisi määritettävä (toisessa kysymyksessä tiedustellaan nimenomaisesti, sovelletaanko velvoitetta käsiteltävässä asiassa). Toisaalta kolmas ja neljäs ennakkoratkaisukysymys ovat täsmällisempiä. Niissä kummassakin keskitytään mahdollisten markkinavaikutusten merkityksellisyyteen standstill-velvoitteen kannalta, kuten siihen, mitä perusteita kilpailuviranomainen voi käyttää osoittaakseen tällaisen vaikutuksen olemassaolon ja minkä todennäköisyysasteen mukaan kilpailuviranomaisen on arvioitava standstill-velvoitteen mahdollista laiminlyöntiä.

7 Ks. markkinoiden ja kilpailun suojaamista koskevista säännöistä 10.10.1990 annetun lain nro 287 (Legge 10 ottobre 1990, n. 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, GURI nro 240, 13.10.1990, s. 3) 17 §.

8 Ks. 4.10.2001 annetun kilpailulain (Konkurences likums, Latvijas Vēstnesis, 2001, nro 151) 15–17 §.

9 Ks. vuoden 2002 yrityslain (Enterprise Act 2002) 96 §:n 1 momentti ja ”Mergers: Guidance on the CMA’s jurisdiction and procedure”, Competition and Markets Authority, Yhdistynyt kuningaskunta, tammikuu 2014 (saatavilla internetosoitteessa https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf (viimeksi vierailtu 1.12.2017)), 6.1 ja 6.2 kohta sekä alaviite 298.

10 Ks. yrityskeskittymien valvonnasta 21.12.1989 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 (EYVL 1989, L 395, s. 1; julkaistu oikaisujen jälkeen kokonaisuudessaan uudestaan, EYVL 1990, L 257, s. 13) 7 artiklan 1 ja 2 kohta.

2. Ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys

38. Kahdella ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin lähinnä pyytää unionin tuomioistuinta selvittämään asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdassa asetetun standstill-velvoitteen soveltamisalaa ja sitä, missä olosuhteissa yritysten toimet kuuluvat kyseisen säännöksen soveltamisalaan. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää erityisesti ohjeita siihen, miten standstill-velvoitteen soveltamisala on määritettävä, ja viittaa Tanskan kilpailuviranomaisen pääasiassa riidanalaisessa päätöksessä käyttämiin perusteisiin.

a) Asianosaisten ja muiden osapuolten huomautukset ennakkoratkaisumenettelystä

39. Yhtäältä Ernst & Young katsoo, että yrityskeskittymien valvontaa koskevia sääntöjä ja etenkin standstill-velvoitetta sovelletaan ainoastaan niihin toimenpiteisiin, jotka ovat osa ilmoitettavaa keskittymää. Standstill-velvoitteen soveltamisalan ulkopuolelle jäävien toimenpiteiden mahdollista vaikutusta kilpailuun on sen sijaan arvioitava SEUT 101 ja SEUT 102 artiklan kannalta. Ernst & Young viittaa unionin yleisen tuomioistuimen tuomioon *Aer Lingus Group v. komissio*¹¹ ja väittää, että keskittymän käsite muodostaa yrityskeskittymien valvontaa koskevien sääntöjen mukaisen komission toimivallan kulmakiven ja ettei standstill-velvoitteella voi siten olla soveltamisalaa, joka eroaa kyseisen käsitteen soveltamisalasta tai on sitä laajempi. Standstill-velvoitteen soveltamisalaan kuuluvat toimenpiteet liittyvät Ernst & Youngin mukaan kaikki määräysvallan siirtymiseen.

40. Toisaalta Tanskan hallitus ja komissio viittaavat unionin yleisen tuomioistuimen tuomioon *Electrabel v. komissio*¹² ja korostavat ennakkovalvontajärjestelmää, josta sulautumasäännöksissä säädetään, ja sitä, että ellei keskittymää hyväksytä, sen toteuttamista edeltäneen tilanteen palauttaminen voi osoittautua mahdottomaksi.

41. Tanskan hallitus väittää etenkin, ettei standstill-velvoitetta voida rajata koskemaan toimenpiteitä, jotka itsessään merkitsevät määräysvallan tosiasiallista siirtymistä tai osapuolten toimintojen sulautumista, vaan sen on käsitettävä kaikki toimenpiteet, jotka olosuhteet huomioon ottaen ovat omiaan rajoittamaan tai vaikeuttamaan yrityskeskittymien tehokasta ennakkovalvontaa. Tanskan hallitus kuitenkin katsoo, että sisäiset valmisteluvaiheet olisi jätettävä standstill-velvoitteen soveltamisalan ulkopuolelle, jos ne ovat merkityksettömiä kilpailuviranomaisten yrityskeskittymälle antaman hyväksynnän kannalta ja jos ne eivät muutoin ole omiaan aiheuttamaan rakenteellisia markkinavaikutuksia.

42. Samaan tapaan komissio viittaa asetuksen N:o 139/2004 johdanto-osan 34 perustelukappaleeseen¹³ ja väittää, että se, että toimenpiteen katsotaan merkitsevän kyseisen asetuksen 7 artiklan 1 kohdan mukaista yrityskeskittymän toteuttamista, ei edellytä, että kyseinen toimenpide on kokonaan tai osittain, oikeudellisesti tai tosiasiallisesti, osa määräysvallan tosiasialliseen siirtymiseen johtavaa prosessia. Komission mukaan yrityskeskittymän osittainen toteuttaminen voi muun muassa seurata

11 Tuomio 6.7.2010 (T-411/07, EU:T:2010:281, 62 ja 65 kohta). Se viittaa myös 12.12.2012 annettuun tuomioon *Electrabel v. komissio* (T-332/09, EU:T:2012:672, 42 kohta).

12 Tuomio 12.12.2012 (T-332/09, EU:T:2012:672, 245–247 kohta). Valitus hylättiin 3.7.2014 annetussa tuomioissa *Electrabel v. komissio* (C-84/13 P, ei julkaistu, EU:C:2014:2040).

13 Asetuksen N:o 139/2004 johdanto-osan 34 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa: ”Tehokkaan valvonnan varmistamiseksi yritysten olisi ilmoitettava ennakoita [unioninlaajuisista] keskittymistä sopimuksen tekemisen, julkisen osto- tai vaihtotarjouksen ilmoittamisen tai määräysvallan tuottavan osuuden hankkimisen jälkeen. – Keskittymien toteuttamista olisi lykättävä kunnes asiasta on tehty lopullinen komission päätös. Tästä lykkäämisvelvoitteesta olisi kuitenkin voitava tarvittaessa poiketa keskittymään osallistuvien yritysten pyynnöstä. Poikkeusluvasta päättäessään komission olisi otettava huomioon kaikki asiaankuuluvat tekijät, kuten keskittymään osallistuville yrityksille tai kolmansille aiheutuvan haitan luonne ja vakavuus sekä keskittymän kilpailulle aiheuttama uhka. Oikeusvarmuuden vuoksi keskittymistoimien pätevyys on kuitenkin suojattava tarpeellisessa määrin.”

toimenpiteistä, jotka i) koostuvat valmistelevista toimista määräysvallan siirtymiseen johtavan prosessin kuluessa tai ii) antavat määräysvallan saavalle osapuolelle vaikutusvaltaa kohdeyrityksen rakenteeseen tai markkinakäyttäytymiseen taikka iii) muutoin ennakoivat yrityskeskittymän vaikutuksia tai vaikuttavat merkittävästi vallitsevaan kilpailutilanteeseen.

b) Alustavat huomautukset

43. Unionin tuomioistuin ei tietääkseni ole tähän mennessä lausunut nimenomaisesti asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohtaan sisältyvän standstill-velvoitteen soveltamisalasta eikä siten komission toimivallasta valvoa sen noudattamista. Tämä on huomionarvoista, koska komission määräämät sakot eivät viime aikoina ole suinkaan olleet vähäpätöisiä.¹⁴ Tämän tuomioistuINVALVONNAN puuttumisen ansiosta komissio on ilmeisesti voinut jatkaa valvontatoimintaansa täysin vapaasti. Komissio myös ehdottaa käsiteltävässä asiassa, ettei sen valvontatoimivallan rajoittamiseksi vahvisteta mitään perusteita.

44. Yleisesti ottaen olen samaa mieltä komission kanssa siitä, ettei unionin tuomioistuimen ole järkevää laatia yksityiskohtaisesti yleispätevää ja tyhjentävää luetteloa perusteista, jotta se käsittäisi kaikki mahdolliset toimenpiteet, jotka voivat kuulua standstill-velvoitteen soveltamisalaan. Standstill-velvoitteen määrittelemisessä positiivisesti olisi vaarana se, että sen ulkopuolelle jää tiettyjä toimenpiteitä, mikä voi siten vaikuttaa ennalta tulevien tapausten lopputulokseen ja mistä kärsivät sekä komission toiminta sääntelyelimenä että unionin tuomioistuimen siihen kohdistama valvonta. Jos unionin tuomioistuin nimittäin hyväksyy tiettyjen perusteiden käyttämisen standstill-velvoitteen soveltamisalan rajaamiseen positiivisesti, näiden perusteiden soveltaminen järjestelmällisesti ja siten lähtökohtaisesti ratkaisevina perusteina saattaisi jopa kaventaa standstill-velvoitteen soveltamisalaa.

45. Standstill-velvoite on sen sijaan määriteltävä negatiivisesti. Se edellyttää, että unionin tuomioistuin määrittelee toimenpiteet, jotka eivät kuulu standstill-velvoitteen piiriin, millä lisätään asianomaisten yritysten oikeusvarmuutta ja säilytetään samanaikaisesti yrityskeskittymien tehokkaan valvonnan kannalta välttämätön joustavuus.

46. Ennen kuin tarkastelen lähemmin tätä kysymystä, havainnollistan ensin, miksi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät perusteet eivät sovellu standstill-velvoitteen soveltamisalan rajaamiseen, koska kaikissa kolmessa ehdotetussa perusteessa on olennaisia puutteita. Sen jälkeen esitän näkökohdat, jotka on otettava huomioon standstill-velvoitteen soveltamisalaa rajattaessa.

c) Riidanalaisessa päätöksessä mainitut kolme perustetta

47. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esitti kolme perustetta, joita Tanskan kilpailuviranomainen käytti riidanalaisessa päätöksessä, sen selventämiseksi, minkä tyyppiset toimenpiteet kuuluvat standstill-velvoitteen piiriin. Kyseessä olevan toimenpiteen täytyy i) liittyä tietyn yrityskeskittymän muodostamiseen, (ii) olla peruuttamaton ja (iii) aiheuttaa mahdollisesti markkinavaikutuksia.

¹⁴ 12.12.2012 annettuun tuomioon *Electrabel v. komissio* (T-332/09, EU:T:2012:672) johtaneessa asiassa komissio oli määrännyt 20 000 000 euron sakon standstill-velvoitteen laiminlyönnistä. Muutoksenhakumenettelyssä unionin tuomioistuin ei tarkastellut rikkomuksen olemassaoloa; ks. tuomio 3.7.2014, *Electrabel v. komissio* (C-84/13 P, ei julkaistu, EU:C:2014:2040). 26.10.2017 annettuun tuomioon *Marine Harvest v. komissio* (T-704/14, EU:T:2017:753) (valitus vireillä unionin tuomioistuimessa, C-10/18 P) johtaneessa asiassa komissio määräsi 10 000 000 euron sakon kantajana olevalle yritykselle standstill-velvoitteen laiminlyönnistä (ja lisäksi 10 000 000 euron sakon asetuksen N:o 139/2004 4 artiklan 1 kohdan rikkomisesta).

48. *Toimenpiteen liittyminen tietyn yrityskeskittymän muodostamiseen* on ennakoedellytys standstill-velvoitteen soveltamiselle eikä sen soveltamisperuste. Tähän tekijään turvautuminen ei siten ole pelkästään lainmukaista, vaan pakollista.¹⁵

49. Toimenpiteen liittymistä tietyn yrityskeskittymän muodostamiseen koskeva peruste saattaisi helpottaa sellaisten tiettyjen toimenpiteiden jättämistä velvoitteen soveltamisalan ulkopuolelle, joilla ei ilmeisesti ole mitään tekemistä keskittymän toteuttamisen kanssa. Todellisuudessa se ei kuitenkaan tuo mitään merkittävää lisäarvoa, koska ilman sitä asetuksen N:o 139/2004 mukaista komission toimivaltaa ei sovelleta.¹⁶

50. Toiseksi se, onko toimenpide, jolla keskittymä väitetyksi toteutetaan ennenaikaisesti, *peruuttamaton*, ei nähdäkseni ole merkityksellinen standstill-velvoitteen kannalta. Itse toimenpiteen peruuttamattomuuden tärkeänä pitäminen tarkoittaisi käsiteltävässä asiassa paitsi sillä seikalla spekuloimista, pystyykö Tanskan KPMG jatkamaan suhdettaan KPMG Internationalin kanssa, myös standstill-velvoitteen irrottamista siitä, mitä sillä pyritään tilapäisesti lykkäämään, nimittäin yrityskeskittymästä.

51. Mikä tärkeämpää, asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 5 kohdan a ja c alakohdan mukaan komissio voi määrätä yrityskeskittymän ennenaikaisesti toteuttavat toimenpiteet peruutettaviksi. Olisi nähdäkseni ristiriitaista, että komissiolla on tällainen toimivalta, jos standstill-velvoitteen soveltaminen riippuu toimenpiteen peruuttamattomuudesta.

52. Toimenpiteen peruuttamattomuus voi pikemminkin olla merkityksellinen tekijä kilpailuviranomaiselle, kun se käsittelee asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 3 kohdan mukaista pyyntöä poiketa standstill-velvoitteesta.¹⁷

53. Kun tarkastellaan lisäksi *mahdollisia markkinavaikutuksia*, tälläkään perusteella ei mielestäni ole arvoa standstill-velvoitteen soveltamisalaa määritettäessä.

54. Kaupallisilla toimilla nimittäin on ensinnäkin lähes poikkeuksetta jonkinlainen vaikutus markkinoihin. Jos pelkkä markkinavaikutusten mahdollisuus riittäisi standstill-velvoitteen soveltamiseen, tämä peruste täyttyisi lähes järjestelmällisesti ja olisi siten tarpeeton. Käänteisesti, jos ehdotettu peruste koskisi sen sijaan tosiasiallisia markkinavaikutuksia, standstill-velvoitteen soveltamisala voisi olla liian suppea.

55. Markkinavaikutuksia koskeva kriteeri olisi toiseksi pohjimmiltaan päällekkäinen yrityskeskittymän hyväksymistä koskevan pyynnön perusteiden kanssa. Jos tällainen peruste olisi merkityksellinen, standstill-velvoite muistuttaisi todellisuudessa eräänlaista automaattista kieltomenettelyä, joka perustuisi siihen, vaikuttaako yrityskeskittymän väitetyksi toteuttava toimenpide mahdollisesti markkinoihin. Tällaisessa lähestymistavassa olisi vaarana, että standstill-velvoite voisi ennakoita yrityskeskittymän yhteismarkkinoille soveltuvuutta koskevaa arviointia. Se tekisi myös tarpeettomaksi asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 5 kohdan mukaisen komission toimivallan toteuttaa asianmukaisia välitoimia tehokkaan kilpailun edellytysten palauttamiseksi tai säilyttämiseksi, jos standstill-velvoitetta on rikottu.

15 Kuten komissio huomautti, toimenpiteen liittymisellä tietyn yrityskeskittymän muodostamiseen on nimittäin yhteys siihen, onko toteutustoimenpide osa määräysvallan siirtymistä tai keskittymään osallistuvien yritysten toimintojen sulautumista, kuten ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen loppuosassa todetaan. Molemmat liittyvät keskittymän käsitteeseen, johon palaan jäljempänä.

16 Ks. asetuksen N:o 139/2004 1 artiklan 1 kohta.

17 Kuten asetuksen N:o 139/2004 johdanto-osan 34 perustelukappaleesta ilmenee, ”poikkeusluvasta päättäessään komission olisi otettava huomioon kaikki asiaankuuluvat tekijät, kuten keskittymään osallistuville yrityksille tai kolmansille aiheutuvan haitan luonne ja vakavuus *sekä keskittymän kilpailulle aiheuttama uhka*. Oikeusvarmuuden vuoksi keskittymistoimien pätevyys on kuitenkin suojattava tarpeellisessa määrin” (kursivointi tässä).

56. Asettamalla standstill-velvoitteen ehdoksi (mahdollinen) markkinavaikutus jätetään lisäksi huomiotta tällaisen taloudellisen arvioinnin, jota yritykset eivät voi tehdä, monitahoisuus. Tästä syystä asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 3 kohdassa annetaan komissiolle mahdollisuus myöntää poikkeuksia standstill-velvoitteesta, jos toimenpiteestä kilpailulle aiheutuva uhka ei ole vakava.

57. Yhteenvetona voidaan todeta, ettei yksikään ehdotetuista perusteista vaikuta käyttökelpoiselta standstill-velvoitteen soveltamisalan määrittämisessä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät kolme perustetta ovat nimittäin kaikki hyviä esimerkkejä siitä, miksi unionin tuomioistuimen ei pitäisi laatia positiivista luetteloa standstill-velvoitteen laiminlyöntiin johtavista merkityksellisistä perusteista.

58. Tarkastelen seuraavaksi sitä, miksi negatiivinen määritelmä soveltuu paremmin asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohtaan sisältyvän velvoitteen soveltamisalan rajaamiseen.

d) Asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdan mukaisen standstill-velvoitteen soveltamisala

59. Asetuksen N:o 139/2004 1 artiklan 1 kohdan mukaan asetusta, myös sen 7 artiklan 1 kohdan mukaista velvoitetta lykätä yrityskeskittymän toteuttamista, sovelletaan unioninlaajuisiin yrityskeskittymiin (tai kyseistä asetusta heijastavan kansallisen lainsäädännön tapauksessa sovellettavan kynnysarvon ylittäviin keskittymiin). Kysymykseen siitä, onko yrityskeskittymä unioninlaajuinen, löytyy vastaus asetuksen 1 artiklan 2 kohdasta, kun taas itse keskittymän käsitteestä säädetään sen 3 artiklassa.

60. Asetuksen N:o 139/2004 3 artiklan 1 kohdan mukaan keskittymä edellyttää, että ”määräysvalta siirtyy pysyvästi” sulautuman tai hankinnan seurauksena. Asetuksen 3 artiklan 2 kohdan mukaan ”määräysvalta” itsessään perustuu ”oikeuksiin, sopimuksiin ja muihin keinoihin, jotka joko erikseen tai yhdessä ja ottaen huomioon asiaan liittyvät tosiasialliset ja oikeudelliset olosuhteet antavat mahdollisuuden käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa yrityksessä”. Saman artiklan 3 kohdan mukaan määräysvalta on jotakin, joka saadaan. Nimenomaisesti hankintojen yhteydessä 3 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään, että määräysvalta voi olla ”suora tai välillinen”.

61. Asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdassa puolestaan viitataan 1 artiklassa tarkoitettuun unioninlaajuiseen ”keskittymään”, jota ei saa ”toteuttaa” ennen kuin siitä on tehty ilmoitus tai ennen kuin se on julistettu yhteismarkkinoille soveltuvaksi.

62. Keskittymän käsite on siten ratkaiseva standstill-velvoitteen kannalta. Kyseisen velvoitteen synnyttää siis keskittymän käsite tai, laajemmin sanottuna, mahdollisuus käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa (kohde)yrityksessä.¹⁸ Yrityskeskittymää *edeltävien* toimenpiteiden ei siten pitäisi kuulua standstill-velvoitteen soveltamisalaan.

63. Samalla on niin, kuten komissio väitti, että standstill-velvoitteen on käsiteltävä yrityskeskittymän toteuttaminen sekä *osittain* että kokonaan. Vaikka standstill-velvoitetta ei voida soveltaa yrityskeskittymää edeltäviin puhtaasti sisäisiin valmistelutoimiin,¹⁹ keskittymän kannalta olennaisten toimenpiteiden on kuuluttava sen piiriin. Vaikeutena on erottaa toisistaan lailliset valmistelutoimet ja osittainen toteuttaminen, kuten käsiteltävä asia havainnollistaa.

¹⁸ Ks. myös vastaavasti tuomio 26.10.2017, Marine Harvest v. komissio (T-704/14, EU:T:2017:753, 58 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹⁹ Suulliseen menettelyyn osallistuneet menettelyn osapuolet vaikuttivat olevan yksimielisiä siitä, että tällaiset sisäiset valmistelutoimet jäävät standstill-velvoitteen soveltamisalan ulkopuolelle.

64. Unionin yleinen tuomioistuin on tältä osin todennut, että komissio voi tietyissä olosuhteissa pitää useaa toisiinsa liittyvää oikeustoimea yhtenä sulautumisena, kun nämä oikeustoimet ovat toisistaan riippuvaisia siten, ettei yhtä olisi toteutettu ilman muita, ja kun niiden seurauksena yhdelle tai useammalle yritykselle myönnetään suora tai välillinen taloudellinen määräysvalta yhden tai useamman muun yrityksen toiminnan osalta.²⁰ Tällainen vaiheittainen tai yhdistävä lähestymistapa keskittymän käsitteeseen saa tukea asetuksen N:o 139/2004 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan sanamuodosta, jossa viitataan välilliseen (tosiasialliseen) määräysvaltaan.²¹ Tämä lähestymistapa on oikeutettu, jotta estetään sulautumasäännösten kiertäminen toteuttamalla keinotekoisesti toisiinsa liittyviä liiketoimia. Sitä, onko kyse sulautumasäännösten keinotekoisesta kiertämisestä, on kuitenkin tarkasteltava tapauskohtaisesti. Pelkästään se seikka, että useat liiketoimet ovat toisistaan riippuvaisia, ei välttämättä tarkoita, että ne muodostavat yhden keskittymän.²²

65. Käänteisesti toimenpide ei voi kuulua automaattisesti standstill-velvoitteen soveltamisalaan pelkästään siksi, että se toteutettiin keskittymään johtavassa prosessissa. Niin kauan kuin toimenpide edeltää toimenpiteitä, joiden seurauksena tosiasiallisesti saadaan mahdollisuus käyttää ratkaisevaa määräysvaltaa kohdeyrityksessä, ja on *erotettavissa* tällaisista toimenpiteistä, sen ei pitäisi kuulua standstill-velvoitteen soveltamisalaan eikä näin ollen velvoitteen noudattamista koskevan komission toimivallan piiriin.

66. Tällaista näkemystä vastaan voitaisiin vedota siihen, että tehokkuussyistä standstill-velvoitetta ei pitäisi tulkita suppeasti ja että sen soveltamisalan, jossa yhdistyvät keskittymän ja toteuttamisen käsitteet, pitäisi varoimenpiteenä olla jopa laajempi kuin keskittymän käsitteen soveltamisalan. Tähän näkemykseen vaikuttavat perustuvan Tanskan hallituksen ja komission esittämät väitteet. Se myös saa jonkin verran tukea tuomiosta *Aer Lingus Group v. komissio*.²³ Siinä unionin yleinen tuomioistuin totesi, että ”sellaisen [vähemmistöomistuksen] hankkiminen, joka ei itsessään anna [asetuksen N:o 139/2004] 3 artiklassa tarkoitettua määräysvaltaa, voi kuulua mainitun asetuksen 7 artiklan soveltamisalaan”, ja erotti näin ilmeisestikin standstill-velvoitteen keskittymän käsitteestä.

67. Kun tarkastellaan kyseisen toteamuksen asiayhteyttä, saman tuomion 82 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin analysoi asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 2 kohdassa säädettyä poikkeusta standstill-velvoitteeseen eikä 7 artiklan 1 kohdassa säädettyä poikkeusta. Sen jälkeen unionin yleinen tuomioistuin esitti tuomion 83 kohdassa edellä lainatun yleisen toteamuksen selittämättä sitä mitenkään muuten kuin esittämällä tiivistetysti, miten se ymmärtää komission lähestymistavan. Kyseisen toteamuksen ulottuvuus on siten jokseenkin epäselvä. Toteamus ei joka tapauksessa vastaa myöhemmin tuomion 84 ja 85 kohdassa kyseisen asian olosuhteiden perusteella esitettyä päätelmää – josta olen samaa mieltä – siitä, että vähemmistöosuuden hankkimista osakepääomasta ei voida yleisesti ottaen pitää sellaisen keskittymän osittaisena toteuttamisena, joka voi antaa aiheen toimenpiteen toteuttamiseen asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 4 ja 5 kohdan perusteella.²⁴

20 Ks. asetuksen N:o 4064/89 3 artiklan 1 kohdasta tuomio 23.2.2006, *Cementbouw Handel & Industrie v. komissio* (T-282/02, EU:T:2006:64, 109 kohta). Hylätessään kyseisestä tuomiosta tehdyn valituksen 18.12.2007 antamallaan tuomiolla *Cementbouw Handel & Industrie v. komissio* (C-202/06 P, EU:C:2007:814) unionin tuomioistuin ei lausunut tästä toteamuksesta (ks. 44 kohta).

21 Lisäksi viitataan asetuksen N:o 139/2004 johdanto-osan 20 perustelukappaleeseen, jonka mukaan ”on -- asianmukaista käsitellä yhtenä keskittymänä toimia, jotka ovat läheisesti yhteydessä toisiinsa siten, että niitä yhdistää ehto tai ne muodostuvat suhteellisen lyhyen ajanjakson aikana tapahtuvista arvopapereita koskevista liiketoimista”.

22 Ks. tuomio 26.10.2017, *Marine Harvest v. komissio* (T-704/14, EU:T:2017:753, 126 kohta).

23 Tuomio 6.7.2010, *Aer Lingus Group v. komissio* (T-411/07, EU:T:2010:281, 83 kohta).

24 Tässä yhteydessä on syytä viitata myös 18.3.2008 annettuun määräykseen *Aer Lingus Group v. komissio* (T-411/07 R, EU:T:2008:80), joka koski samassa asiassa tehtyä välitoimihakemusta ja jonka 94 kohdassa todettiin, että ”vaikka [asetuksen N:o 139/2004] 7 artiklan 1 kohdan tulkittaisiinkin estävän vain määräysvallan siirtymisen komission käsittelyn aikana eikä -- toimia ilman määräysvallan siirtymistä, [komission] on perusteltua pyytää osapuolia pidättäytymään toimista, jotka voisivat johtaa määräysvallan siirtymiseen”.

68. Katson lisäksi, että asetuksen N:o 139/2004 7 artiklassa säädetyn standstill-velvoitteen ulottuvuuden tulkinnalla, jolla ei ole yhteyttä keskittymän käsitteen tulkintaan, luotaisiin harmaa alue, johon kuuluisivat tietyt toimenpiteet, jotka tosin voidaan vielä katsoa osaksi keskittymää mutta jotka eivät sinänsä ja sellaisinaan liity erottamattomasti määräysvallan siirtymiseen. Jos tämä harmaa alue olisi laajempi kuin keskittymän käsitteen ulottuvuus, se merkitsisi kuitenkin standstill-velvoitteen ulottamista itse asetuksen soveltamisalan, sellaisena kuin se määritetään sen 1 artiklassa, ulkopuolelle. Tämä olisi kestävämpi.

69. Näin laaja tulkinta ylittäisi myös sen, mikä on tarpeen yrityskeskittymien tehokkaan valvonnan säilyttämiseksi. Kuten edellä 33–36 kohdassa todettiin, standstill-velvoitteen luonnehtiminen yrityskeskittymien valvonnan välttämättömäksi välineeksi vaikuttaa liialliselta. Komissiolla nimittäin on asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 4 ja 5 kohdan nojalla toimivalta toteuttaa toimia tehokkaan kilpailun edellytysten palauttamiseksi tai säilyttämiseksi ja erityisesti määrätä keskittymä purettavaksi. Jo sulautuvien yritysten riski joutua maksamaan tällaiseen määräykseen liittyvät kustannukset toimii varmasti pelotteena. Edellytys, jonka mukaan sulautuvien yritysten on odotettava hyväksynnän saamista sellaisillekin toimenpiteille, jotka eivät sinänsä liity erottamattomasti määräysvallan siirtymiseen, olisi liiallinen ja voisi aiheuttaa tarpeettomia viivästyksiä.

70. Asetuksessa N:o 139/2004 määritetään lisäksi nimenomaisesti, missä olosuhteissa sitä sovelletaan jo ennen keskittymän tosiasiallista syntymistä. Esimerkiksi asetuksen N:o 139/2004 4 artiklan 1 kohdan mukaan keskittymä edellyttää tavallisesti sopimuksen tekemistä, julkisen osto- tai vaihtotarjouksen julkistamista tai määräysvallan tuottavan osuuden hankkimista. Saman kohdan toisen alakohdan mukaan ilmoitus voidaan kuitenkin tehdä myös jo ennen keskittymän syntymistä, jos aikomus muodostaa keskittymä on yksiselitteinen esimerkiksi siten, että yritykset ilmoittavat julkisesti aikovansa tehdä osto- tai vaihtotarjouksen, joka johtaisi keskittymään ("suunnitellut keskittymät"). Saman kohdan kolmannessa alakohdassa esitetään sitten ne erityistapaukset, joissa asetusta N:o 139/2004 on sovellettava, vaikka keskittymä ei ole vielä syntynyt, ja erotetaan tältä osin "ilmoitetut keskittymät" ja "keskittymät" (lainausmerkit ovat mainitusta säännöksestä itsestään). Asetuksen N:o 139/2004 4 artiklan 1 kohdan kolmannen alakohdan ensimmäisen virkkeen mukaan käsite "ilmoitettu keskittymä" kattaa asetusta sovellettaessa myös suunnitellut keskittymät. Saman alakohdan toisen virkkeen mukaan keskittymä sisältää myös suunnitellut keskittymät, mutta vain 4 artiklan 4 ja 5 kohdassa säädetyn menettelyn osalta.

71. Kun otetaan huomioon edellä esitetty ja se, ettei asetuksen 7 artiklassa käytetä ilmoitetun keskittymän käsitettä,²⁵ päätelen, ettei 7 artiklaa – eikä siten standstill-velvoitetta – sovelleta suunniteltuihin keskittymiin. Tämä vahvistaa, ettei unionin lainsäätäjän tarkoituksena ollut soveltaa standstill-velvoitetta silloin, kun keskittymä ei ole vielä konkretisoitunut.

72. Tämä ei tarkoita sitä, että asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdassa käytetyllä käsitteellä "toteuttaa" ei voisi olla laaja merkitys, millä varmistetaan, että komissio voi valvoa keskittymien osittaista toteuttamista.²⁶ Oli miten oli, keskittymä on voitu väistämättä "toteuttaa" vain, jos se on olemassa.

73. En ole vakuuttunut perusteluista, joita Tanskan hallitus ja komissio ovat esittäneet sen ajatuksen tueksi, ettei standstill-velvoitteen soveltamisen pitäisi liittyä mitenkään keskittymän käsitteeseen.

74. Standstill-velvoitteen yhdistäminen keskittymän käsitteeseen ei ensinnäkään heikennä millään tavalla asetuksella N:o 139/2004 käyttöön otettua keskittymien ennakkovalvontajärjestelmää.

²⁵ Toisin kuin esimerkiksi asetuksen N:o 139/2004 6 artiklan 2 kohdassa, 8 artiklan 1 ja 2 kohdassa, 9 artiklan 1 kohdassa, 10 artiklan 2 ja 3 kohdassa sekä 11 artiklan 5 kohdassa.

²⁶ Ks. tältä osin Modrall, J. R. ja Ciullo, S., "Gun-Jumping and EU Merger Control", *European Competition Law Review*, nro 9, Sweet & Maxwell, 2003, s. 424, sivulla 429 (en ota kantaa siinä mainittuihin skenaarioihin).

75. On toiseksi merkitykseltä, että komissio on hallintokäytännössään saattanut omaksua laajan lähestymistavan siihen, mitä on pidettävä keskittymän ennenaikaisena toteuttamisena. Komission käytäntö ei sido unionin tuomioistuinta.

76. Sisäisten valmistelutoimien ja ulkoisten valmistelutoimien erottamiselle, mitä lähinnä Tanskan hallitus on puoltanut, ei kolmanneksi ole perustetta asetuksessa N:o 139/2004. Asetuksessa viitataan sen sijaan siihen, että ”määräysvalta siirtyy pysyvästi” riippumatta siitä, onko se seurausta sisäisistä vai ulkoisista toimista.

77. Tanskan hallituksen ja komission mainitsemat unionin yleisen tuomioistuimen tuomiossa *Electrabel v. komissio*²⁷ esittämät toteamukset koskevat neljänneksi, kuten Ernst & Young on huomauttanut, standstill-velvoitteen laiminlyönnin vakavuutta ja sen seurauksena määrätyn sakon suhteellisuutta eivätkä tällaisen laiminlyönnin olemassaoloa sinänsä.

78. Edellä esitettyjen näkökohtien perusteella katson, että asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 1 kohdassa säädetty velvoite lykätä keskittymän toteuttamista ei vaikuta toimenpiteisiin, jotka on tosin toteutettu keskittymän syntymiseen johtavan prosessin yhteydessä mutta jotka edeltävät toimenpiteitä, joiden seurauksena tosiasiallisesti saadaan mahdollisuus käyttää ratkaisevaa määräysvaltaa kohdeyrityksessä, ja ovat erotettavissa tällaisista toimenpiteistä.

e) Soveltaminen pääasian tilanteeseen

79. Toisella ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta lausumaan siinä vireillä olevan asian olosuhteista.

80. Ennakkoratkaisupyynnönmenettelyssä kansallisten tuomioistuinten, joilla on paremmat edellytykset kuin unionin tuomioistuimella todeta kaikki merkitykselliset seikat ja arvioida niitä, asiana on soveltaa unionin tuomioistuimen unionin oikeudesta esittämää tulkintaa asian tosiseikkoihin. Unionin tuomioistuin voi kuitenkin esittää kansalliselle tuomioistuimelle kaikki tulkintaan liittyvät seikat, jotka saattavat olla hyödyllisiä kansallisen tuomioistuimen arvioidessa käsiteltävänä olevaa asiaa.²⁸

81. Pääasiassa on yhtäältä niin, että keskittymäsopimus sinänsä edellytti Konkurrencerådetin hyväksyntää ja että keskittymää ei saanut toteuttaa ennen hyväksynnän saamista.

82. Kuten toisaalta ennakkoratkaisupyynnössä todetaan, Tanskan KPMG:n ja KPMG Internationalin välisen yhteistyösopimuksen irtisanomiseen ei sovellettu samaa hyväksyntäedellytystä, ja ilmoitus annettiin ennen hyväksynnän saamista keskittymälle.

83. Riidanalaisessa päätöksessä todettiin, että näin tehdessään Tanskan KPMG oli rikkonut standstill-velvoitetta. Ainakin epäsuorasti vaikuttaa siten siltä, että KFST:n näkemyksen mukaan yhteistyösopimuksen irtisanomista olisi pidettävä keskittymän osittaisena toteuttamisena.

84. Olen selkeästi samaa mieltä Tanskan hallituksen kanssa siitä, etteivät edellä 81 ja 82 kohdassa mainitut kaksi toimea olleet erillisiä vaan liittyivät toisiinsa. Keskittymäsopimuksessa määrättiin, että Tanskan KPMG:n oli päätettävä yhteistyönsä KPMG Internationalin kanssa. Yhteistyösopimuksen irtisanominen oli siten välttämätön ennakoedellytys keskittymän toteutumiselle.

85. Se ei kuitenkaan riitä. Irtisanominen ei johtanut millään tavalla määräysvallan siirtymiseen Tanskan KPMG:n ja EY:n välillä.

²⁷ Tuomio 12.12.2012, *Electrabel v. komissio* (T-332/09, EU:T:2012:672, 246, 247 ja 280 kohta).

²⁸ Ks. vastaavasti tuomio 5.6.2014, I (C-255/13, EU:C:2014:1291, 55 kohta oikeuskäytäntöviittauksiin).

86. Vaikka voidaan väittää Tanskan hallituksen tapaan, että yhteistyösopimuksen irtisanominen oli osa keskittymäsopimusta, se ei liittynyt erottamattomasti määräysvallan siirtymiseen, mikä olisi antanut EY:lle mahdollisuuden käyttää ratkaisevaa määräysvaltaa Tanskan KPMG:ssä, kuten asetuksen N:o 139/2004 3 artiklan 2 kohdassa määritellään.²⁹ Irtisanomisesta seurasi yksinkertaisesti, ettei Tanskan KPMG kuulunut enää KPMG-verkoston ja että se saisi jälleen itsenäisen elinkeinonharjoittajan aseman tilintarkastuspalvelujen markkinoilla. Vaikka irtisanomisella on saattanut olla jotain vaikutusta markkinoihin, se ei olisi merkinnyt sitä, ettei Tanskan KPMG enää ollut EY:n kilpailija.³⁰

87. Tällaisen perustelun hyväksyminen tarkoittaisi nimittäin sitä, että *mikä tahansa* toimenpide, jonka EY tai Tanskan KPMG toteutti keskittymäsopimuksen allekirjoittamisen ja kilpailuviranomaisen hyväksynnän antamisen välisenä aikana, olisi voinut kuulua standstill-veloitteen piiriin. Edellä 71 kohdassa esitetyistä syistä pelkästä aikomuksesta toteuttaa keskittymä ei kuitenkaan synny standstill-veloitetta.

88. Tämän tyyppistä valmistelutoimenpidettä ei näin ollen nähdäkseni pidä luonnehtia keskittymän ennenaikaiseksi toteuttamiseksi.

3. Kolmas ja neljäs ennakkoratkaisukysymys

89. Kolmannella ja neljännellä ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee lähinnä, onko standstill-veloitteen kannalta merkitystä sillä, että toimenpiteellä, jonka väitetään merkinneen keskittymän ennenaikaista toteuttamista, oli jonkinlaisia markkinavaikutuksia, ja jos on, millä perusteilla ja minkä todennäköisyysasteen mukaan kilpailuviranomaisen on arvioitava sitä, onko veloitteen väitetyllä laiminlyönnillä tällaisia markkinavaikutuksia.

90. Nämä kysymykset esitetään, sillä riidanalaisessa päätöksessä todettiin, että vaikka KFST:n ei ollut mahdollista määrittää varmasti, saiko yhteistyösopimuksen irtisanominen osan Tanskan KPMG:n asiakkaista suosittamaan yhtiökokoukselleen tilintarkastajan vaihtoa, sen oli tarpeen osoittaa ainoastaan mahdolliset markkinavaikutukset. Ernst & Young väittää, että nämä suositukset esitettiin pelkästään sen tavanomaisen käytännön mukaisesti, jota suuret tanskalaiset yritykset käyttävät valitessaan tai vaihtaessaan tilintarkastajia, ja että KFST:n arviointi keskittymästä tehtiin sellaisena aikana vuodesta, jona tilintarkastajaa yleensä vaihdetaan.

91. Kahteen ensimmäiseen kysymykseen ehdottamastani vastauksesta ja etenkin edellytyksestä, joka liittyy tutkittavana olevan toimenpiteen mahdollisiin markkinavaikutuksiin, esittämistäni toteamuksista (ks. edellä 53–56 kohta) seuraa, etteivät toimenpiteen mahdolliset markkinavaikutukset ole mielestäni merkityksellisiä standstill-veloitteen soveltamisen kannalta. Standstill-veloitetta on pikemminkin noudatettava samalla hetkellä kuin ja siltä osin kuin sovellettavat kynnyksarvot täyttävä keskittymä syntyy.

92. Siltä varalta, ettei unionin tuomioistuin yhdy näkemykseeni, esitän toissijaisesti lyhyesti seuraavat huomautukset.

²⁹ Ernst & Youngin edustaja itse asiassa väitti istunnossa, ettei Tanskan KPMG:llä ollut muuta vaihtoehtoa kuin ilmoittaa yhteistyösopimuksen irtisanomisesta kyseisenä ajankohtana, koska muutoin KPMG International olisi voinut irtisanoa yhteistyösopimuksen välittömästi sopimattoman kaupallisen menettelyn perusteella.

³⁰ Käsiteltävä asia eroaa siten merkittävästi tuomiossa 26.10.2017, *Marine Harvest v. komissio* (T-704/14, EU:T:2017:753) tarkastellusta asiasta, jossa komissio ja unionin yleinen tuomioistuin katsoivat, että alkuperäinen, 48,5 prosentin osuuden hankkiminen kohdeyhtiön osakepääomasta johti itsessään tosiasiallisesti määräysvallan siirtymiseen, pikemmin kuin myöhemmin tehty julkinen ostoparjous, jonka seurauksena kantaja sai omistukseensa 87,1 prosenttia kohdeyrityksen osakepääomasta.

93. Unionin tuomioistuin on todennut, että ennuste, joka on välttämätön yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä ja jossa tutkitaan sitä, miltä osin keskittymä voisi muuttaa niitä tekijöitä, joiden perusteella kilpailun tila tietyillä markkinoilla määräytyy, jotta voitaisiin tutkia, onko tästä seurauksena olennainen este tehokkaalle kilpailulle, edellyttää erilaisten syy–seuraus-ketjujen hahmottamista, jotta voidaan ottaa huomioon ne, joiden todennäköisyys on suurin. Tätä vaatimusta sovelletaan sekä päätöksiin, joilla yrityskeskittymä hyväksytään, että päätöksiin, joilla tällainen keskittymä kielletään.³¹

94. Jos unionin tuomioistuin pitää minusta poiketen mahdollisten markkinavaikutusten perustetta merkityksellisenä siitä huolimatta, että se on päällekkäinen keskittymän soveltuvuutta yhteismarkkinoille koskevan aineellisen arvioinnin kanssa, en näe mitään ilmeistä syytä, miksi edellisessä kohdassa mainittua valvontaa koskevaa vaatimusta ei pitäisi soveltaa – soveltuvin osin – päätöksiin, joissa todetaan keskittymän toteuttaminen. Tehtävä arviointi muistuttaisi sitä, joka koskee asetuksen N:o 139/2004 7 artiklan 3 kohdan mukaisia pyyntöjä myöntää standstill-velvoitteeseen poikkeus, sillä tällaiset pyynnöt edellyttävät muun muassa keskittymän kilpailulle aiheuttaman uhan huomioon ottamista.

95. Tavanomaisten todistelua koskevien sääntöjen mukaisesti on komission (tai asianomaisen kilpailuviranomaisen) asia näyttää toteen väitetty rikkominen.³² Kilpailuviranomaisen on siten osoitettava erilaisia syy–seuraus-ketjuja käsittävien eri hypoteesien arvioinnin perusteella, että hypoteesi, jonka mukaan kyseessä olevasta toimenpiteestä voi seurata olennainen este tehokkaalle kilpailulle, on kaikkein todennäköisin.³³

96. Kun tarkastellaan sitä, minkälaisiin todisteisiin komissio (tai asianomainen kilpailuviranomainen) voi tukeutua, unionin oikeudessa vallitsee vapaan todistusharkinnan periaate. Niin kauan kuin todisteet on esitetty lainmukaisesti, todistusarvon arvioinnissa ainoa merkityksellinen peruste liittyy todisteiden uskottavuuteen.³⁴ Tältä osin ei edellytetä tietyn menetelmän tai arviointiperusteen käyttämistä.³⁵

97. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä on määrittää, ovatko Tanskan kilpailuviranomaiset osoittaneet erilaisia syy–seuraus-ketjuja käsittävien eri hypoteesien arvioinnin perusteella, että hypoteesi, jonka mukaan yhteistyösopimuksen irtisanomisesta saattoi seurata olennainen este tehokkaalle kilpailulle, on kaikkein todennäköisin. Konkreettisesti kyseistä hypoteesia on näin ollen pidettävä todennäköisempänä kuin Ernst & Youngin esittämää väitettä, joka koskee suurten tanskalaisten yritysten tyypillistä käyttäytymistä.

IV. Ratkaisuehdotus

98. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Sø- og Handelsrettenin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin, että yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 ("EY:n sulautuma-asetus") 7 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että siinä säädetty velvoite lykätä keskittymän toteuttamista ei vaikuta toimenpiteisiin, jotka on tosin toteutettu keskittymän syntymiseen johtavan prosessin yhteydessä mutta jotka edeltävät toimenpiteitä, joiden seurauksena tosiasiallisesti saadaan mahdollisuus käyttää ratkaisevaa määräysvaltaa kohdeyrityksessä, ja ovat erotettavissa tällaisista toimenpiteistä.

31 Tuomio 10.7.2008, Bertelsmann ja Sony Corporation of America v. Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, 46–49 kohta).

32 Ks. esimerkiksi [SEUT] 101 ja [SEUT] 102 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1) 2 artikla, sellaisena kuin se on muutettuna.

33 Ks. vastaavasti tuomio 15.2.2005, komissio v. Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, 43 kohta).

34 Ks. vastaavasti määräys 12.7.2016, Pérez Gutiérrez v. komissio (C-604/15 P, ei julkaistu, EU:C:2016:545, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

35 Ks. analogisesti tuomio 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, 57 kohta).