



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

31 mei 2018*

„Prejudiciële verwijzing – Controle op concentraties van ondernemingen – Verordening (EG) nr. 139/2004 – Artikel 7, lid 1 – Totstandbrenging van een concentratie voordat deze is aangemeld bij de Europese Commissie en verenigbaar is verklaard met de interne markt – Verbod – Reikwijdte – Begrip ‚concentratie‘ – Beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst met een derde door één van de bij de concentratie betrokken ondernemingen”

In zaak C-633/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Sø- og Handelsret (rechter in maritieme en handelszaken, Denemarken) bij beslissing van 25 november 2016, ingekomen bij het Hof op 7 december 2016, in de procedure

Ernst & Young P/S

tegen

Konkurrencerådet

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. L. da Cruz Vilaça, kamerpresident, A. Tizzano (rapporteur), vicepresident van het Hof, A. Borg Barthet, M. Berger en F. Biltgen, rechters,

advocaat-generaal: N. Wahl,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 november 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- Ernst & Young P/S, vertegenwoordigd door G. Holtsø en J. Plum, advocater,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Thorning als gemachtigde, bijgestaan door J. Pinborg, advocat,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte en T. Vecchi als gemachtigden, bijgestaan door H. Peytz, advocat,

* Procestaal: Deens.

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 januari 2018,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft artikel 7, lid 1, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”) (PB 2004, L 24, blz. 1).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een beroep tot nietigverklaring dat Ernst & Young P/S bij de Sø- og Handelsret (rechter in maritieme en handelszaken, Denemarken) heeft ingesteld tegen een besluit van de Konkurrenceråd (raad voor de mededinging, Denemarken) waarin deze raad heeft vastgesteld dat Ernst & Young, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Ernst & Young Global Limited en EYGS LLP (hierna samen: „EY”) en KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab en KPMG Ejendomme Flintholm K/S (hierna samen: „KPMG DK”), het in § 12 c, lid 5, konkurrencelov (Deense mededingingswet) opgenomen verbod hadden geschonden om een concentratie tot stand te brengen voordat deze door de Konkurrenceråd was goedgekeurd (hierna: „standstill-verplichting”).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 De overwegingen 5, 6, 20 en 34 van verordening nr. 139/2004 luiden als volgt:
 - „(5) Er moet [...] voor worden gezorgd dat het herstructureringsproces de mededinging niet blijvend schaadt; daarom moet het Gemeenschapsrecht bepalingen bevatten welke gelden voor concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kunnen belemmeren.
 - (6) Een specifiek rechtsinstrument is dan ook vereist waardoor alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst op hun effect op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap, en dit moet het enige voor concentraties geldende instrument zijn. [...]
 - [...]
 - (20) Het is wenselijk het begrip ‚concentratie’ dusdanig te definiëren dat het betrekking heeft op transacties welke een blijvende wijziging in de zeggenschap over de betrokken ondernemingen en derhalve in de structuur van de markt teweegbrengen. Het is daarom dienstig dat alle gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, onder de toepassing van deze verordening vallen. Bovendien is het wenselijk om transacties die nauw verweven zijn, in die zin dat zij van elkaar afhangen of de vorm aannemen van een reeks effectentransacties die binnen een redelijk korte tijdspanne plaatsvinden, als één concentratie te behandelen.
 - [...]
 - (34) Met het oog op een doeltreffende controle moet aan ondernemingen de verplichting worden opgelegd concentraties met een communautaire dimensie vooraf aan te melden, na de sluiting van de overeenkomst, de aankondiging van het openbare overnamebod of de verwerving van een

zeggenschapsdeelneming. [...] Concentraties moeten worden opgeschort totdat een eindbeschikking is gegeven. Het moet evenwel mogelijk zijn in voorkomend geval, op verzoek van de betrokken ondernemingen, van deze opschorting af te zien. [...]"

- 4 In artikel 3 van deze verordening, met als opschrift „Definitie van concentraties”, staat in de leden 1 en 2 het volgende vermeld:

„1. Een concentratie komt tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit:

- a) de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen, of
- b) het verkrijgen, door één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of door één of meer ondernemingen, van zeggenschap – door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze –, rechtstreeks of middellijk, over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan.

2. Zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, met name

- a) eigendoms- of gebruiksrechten op alle vermogensbestanddelen van een bedrijf of delen daarvan;
- b) rechten of overeenkomsten die een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen.”

- 5 In artikel 4 van de genoemde verordening met als opschrift „Voorafgaande aanmelding van concentraties en verwijzing vóór aanmelding op verzoek van de aanmeldende partijen”, is in lid 1, eerste alinea, het volgende bepaald:

„Concentraties met een communautaire dimensie in de zin van deze verordening moeten bij de Commissie worden aangemeld vóór de totstandbrenging ervan en na de sluiting van de overeenkomst, de aankondiging van het openbare overnamebod of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming.”

- 6 In artikel 7 van deze verordening, met als opschrift „Opschorting van de totstandbrenging van de concentratie”, staat in de leden 1 tot en met 3 het volgende te lezen:

„1. Een concentratie met een communautaire dimensie, zoals omschreven in artikel 1, of een concentratie die door de Commissie overeenkomstig artikel 4, lid 5, dient te worden onderzocht, mag niet tot stand worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard bij een krachtens artikel 6, lid 1, onder b), of artikel 8, lid 1 of lid 2, gegeven beschikking, dan wel mag worden geacht verenigbaar te zijn verklaard overeenkomstig artikel 10, lid 6.

2. Lid 1 belet niet de tenuitvoerlegging van een openbaar overnamebod of van een reeks transacties met effecten, inclusief effecten converteerbaar in andere effecten, die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt, zoals een effectenbeurs, en waardoor zeggenschap in de zin van artikel 3 wordt verkregen van meerdere verkopers, mits

- a) de concentratie overeenkomstig artikel 4 onverwijld bij de Commissie wordt aangemeld en
- b) de verkrijger de aan de betrokken effecten verbonden stemrechten niet uitoefent dan wel slechts uitoefent om de volle waarde van zijn belegging te handhaven op basis van een door de Commissie overeenkomstig lid 3 verleende ontheffing.

3. De Commissie kan op verzoek ontheffing verlenen van de in lid 1 of 2 bedoelde verplichtingen. Het verzoek om ontheffing moet met redenen zijn omkleed. Bij haar beslissing houdt de Commissie met name rekening met de gevolgen van de opschorting voor één of meer bij de concentratie betrokken ondernemingen of voor derden, alsook met de bedreiging die de concentratie voor de mededinging kan inhouden. Aan een dergelijke ontheffing kunnen voorwaarden en verplichtingen worden verbonden om de voorwaarden voor de daadwerkelijke mededinging te waarborgen. De ontheffing kan te allen tijde, ook vóór de aanmelding en na de transactie, worden aangevraagd en verleend.”

- 7 In artikel 21 van verordening nr. 139/2004, met als opschrift „Toepassing van deze verordening en rechtsbevoegdheid”, wordt in lid 1 ervan het volgende weergegeven:

„Op concentraties zoals omschreven in artikel 3 is uitsluitend deze verordening van toepassing; de verordeningen (EG) nr. 1/2003 [van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1)], (EEG) nr. 1017/68 [...], (EEG) nr. 4056/86 [...] en (EEG) nr. 3975/87 [...] zijn niet van toepassing, behalve op gemeenschappelijke ondernemingen welke geen communautaire dimensie hebben en de coördinatie beogen of tot stand brengen van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven.”

Deens recht

- 8 In § 12 c van de Deense mededingingswet is bepaald:

„1. De Konkurrence- og Forbrugerstyrelse (Deense mededingings- en consumentenautoriteit, hierna: „KFST”) beslist of een concentratie wordt goedgekeurd of verboden.

[...]

5. Een onder de bepalingen van de onderhavige wet vallende concentratie mag pas tot stand worden gebracht nadat zij is aangemeld en goedgekeurd door de KFST overeenkomstig het bepaalde in lid 1.

[...]

6. De KFST kan dispensatie verlenen van lid 5 en daaraan voorwaarden en verplichtingen verbinden om de voorwaarden voor de daadwerkelijke mededinging te waarborgen.”

- 9 Uit de toelichting bij § 12 c van de Deense mededingingswet volgt dat de Deense regelgeving inzake concentratiecontrole is gebaseerd op de bepalingen van verordening nr. 139/2004 en dat de definitie en de strekking van zowel het begrip „concentratie” als de standstill-verplichting dienovereenkomstig moeten worden uitgelegd.

Hoofdeding en prejudiciële vragen

- 10 Op 18 november 2013 heeft KPMG DK een concentratieovereenkomst gesloten met EY (hierna: „concentratieovereenkomst”).
- 11 Op dat moment waren KPMG DK en EY beide auditondernemingen die in Denemarken audit- en accountancydiensten verrichtten.
- 12 Ten tijde van de sluiting van de concentratieovereenkomst was KPMG DK lid van een internationaal netwerk van zelfstandige auditondernemingen, KPMG International Cooperative (hierna: „KPMG International”). Omdat KPMG DK niet volwaardig deel uitmaakte van het netwerk van KPMG

International, hebben KPMG DK en KPMG International op 15 februari 2010 een samenwerkingsovereenkomst gesloten (hierna: „samenwerkingsovereenkomst”). Krachtens deze overeenkomst had KPMG DK het exclusieve recht om deel uit te maken van KPMG International in Denemarken en de merken van KPMG International te gebruiken voor haar commerciële werkzaamheden in deze lidstaat.

- 13 De samenwerkingsovereenkomst bevatte ook bepalingen over de toekenning van klanten, de verplichting service te verlenen aan klanten uit andere landen en een jaarlijkse vergoeding om deel te mogen uitmaken van het netwerk. Bovendien was hierin vastgelegd dat de deelnemende auditondernemingen onderling geen zakelijke overeenkomsten zoals partnerschappen of joint ventures mochten sluiten. Bij deze overeenkomst werd tevens een vrijwillige geïntegreerde samenwerking ingesteld tussen de deelnemende auditondernemingen, die werkten op basis van gemeenschappelijke normen en procedures en zich tegenover klanten presenteerden als een wereldwijd netwerk, ook al was elk van hen vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt een autonome en onafhankelijke onderneming.
- 14 De concentratieovereenkomst bepaalde dat KPMG DK onmiddellijk na de ondertekening ervan moest aankondigen dat zij zich met het oog op een concentratie met EY uiterlijk op 30 september 2014 zou terugtrekken uit KPMG International. Krachtens de samenwerkingsovereenkomst gold voor de aankondiging van terugtrekking van één van de partijen een opzegtermijn van minstens zes maanden vóór de sluiting van het belastingjaar van KPMG International.
- 15 Tussen de partijen in het hoofdgeding staat vast dat de onderhavige concentratie geen communautaire dimensie in de zin van verordening nr. 139/2004 had, dat zij aangemeld moest worden bij de bevoegde Deense autoriteiten en dat voor de totstandbrenging ervan voorafgaande goedkeuring van deze autoriteiten was vereist.
- 16 Nadat KPMG DK op 18 november 2013 de concentratieovereenkomst had gesloten, heeft zij dezelfde dag de samenwerkingsovereenkomst opgezegd per 30 september 2014. Voor de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst was op zich geen toestemming van de mededingingsautoriteiten vereist.
- 17 Het sluiten van de concentratieovereenkomst is bekendgemaakt op 19 november 2013.
- 18 Op 20 november 2013 heeft KPMG International bekendgemaakt actief te willen blijven op de Deense markt. Daartoe heeft zij op 21 november 2013 in Denemarken een nieuwe dienst voor audits en controle van jaarrekeningen opgezet, dus terwijl de samenwerkingsovereenkomst nog van kracht was.
- 19 Diverse klanten van KPMG DK hebben besloten van auditor of bedrijfsrevisor te veranderen, waarbij zij ofwel kozen voor een terugkeer naar KPMG International ofwel voor een andere aanbieder.
- 20 Onmiddellijk na de bekendmaking van de concentratieovereenkomst hebben KPMG DK en EY de vooraanmeldingsprocedure in werking gesteld en de eerste contacten met de Deense autoriteiten hebben plaatsgevonden vanaf 21 november 2013.
- 21 Op 13 december 2013 is de transactie bij de KFST aangemeld en bij besluit van 28 mei 2014 is de concentratie door de Konkurrenceråd goedgekeurd onder voorbehoud van enkele door de partijen in acht te nemen verplichtingen. Na deze goedkeuring zijn KPMG DK en KPMG International overeengekomen de samenwerkingsovereenkomst per 30 juni 2014 te beëindigen.
- 22 Bij besluit van 17 december 2014 (hierna: „bestreden besluit”) heeft de Konkurrenceråd vastgesteld dat KPMG DK, door overeenkomstig de concentratieovereenkomst op 18 november 2013 – dus voordat de concentratie door de Konkurrenceråd was goedgekeurd – de samenwerkingsovereenkomst op te zeggen, zich niet had gehouden aan het bij de Deense mededingingswet gestelde verbod om een concentratie tot stand te brengen voor de goedkeuring ervan.

- 23 De Konkurrenceråd baseert het bestreden besluit op een globale beoordeling van de feitelijke omstandigheden. Volgens deze beoordeling heeft de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst met name specifiek betrekking op de concentratie, is zij onomkeerbaar en heeft zij in het tijdvak tussen juist deze opzegging en de goedkeuring van de concentratie potentieel markteffecten. In het bijzonder heeft de Konkurrenceråd overwogen dat niet noodzakelijkerwijs hoefde te worden aangetoond dat de genoemde opzegging ten grondslag lag aan de gevolgen die zich op de markt hebben voorgedaan. Het is voldoende dat deze opzegging zulke effecten teweeg kan brengen.
- 24 Enst & Young heeft op 1 juni 2015 bij de SØ- og Handelsret een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen het bestreden besluit, waarbij zij zich in het bijzonder keerde tegen de uitlegging die de Konkurrenceråd heeft gegeven aan de reikwijdte van het verbod om een concentratie tot stand te brengen voordat hij deze had goedgekeurd, alsook tegen de gronden van het bestreden besluit en de marktinvloed die de opzegging van het samenwerkingsakkoord zou hebben gehad.
- 25 Bovendien heeft Ernst & Young onderstreept dat de beslechting van het geschil in het hoofdgeding gevolgen kan hebben voor de vraag of eventueel een strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd, aangezien de KFST de zaak op 11 juni 2015 naar de Statsanklager for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (afdeling van het openbaar ministerie voor ernstige economische en internationale strafbare feiten) heeft verwezen met het oog op een strafrechtelijke beoordeling van het handelen van EY.
- 26 Aangezien de Deense regels betreffende controle op concentraties gebaseerd zijn op verordening nr. 139/2004 en de Konkurrenceråd in het bestreden besluit in essentie verwijst naar de besluitvormingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van de Unierechter, heeft de verwijzende rechterlijke instantie geoordeeld dat twijfels bestonden over de juiste uitlegging van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004.
- 27 In deze omstandigheden heeft de SØ- og Handelsret de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of het gedrag of het handelen van een onderneming valt onder het verbod van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 [standstill-verplichting], en veronderstelt een totstandbrengingshandeling in de zin van deze bepaling, dat het handelen geheel of ten dele, feitelijk of rechtens, deel uitmaakt van de controlewijziging of concentratie van de lopende activiteiten van de deelnemende ondernemingen, waarvoor – indien de drempelwaarden vervuld zijn – de aanmeldingsplicht geldt?
- 2) Kan de beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst zoals in het onderhavige geval, die wordt gedaan in omstandigheden zoals die omschreven [in de verwijzingsbeslissing], een totstandbrengingshandeling vormen waarvoor het verbod van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 geldt, en aan de hand van welke criteria moet dat in voorkomend geval worden beoordeeld?
- 3) Maakt het voor de beantwoording van de tweede vraag verschil of de beëindiging feitelijk heeft geleid tot mededingingsrechtelijk relevante markteffecten?
- 4) Voor het geval de derde vraag bevestigend moet worden beantwoord: aan de hand van welke criteria en met welke graad van waarschijnlijkheid moet in het [hoofdgeding] worden bepaald of de beëindiging tot dergelijke markteffecten heeft geleid en in hoeverre het mogelijk is dat die effecten kunnen worden toegeschreven aan andere oorzaken?”

Bevoegdheid van het Hof

- 28 De Commissie heeft in twijfel getrokken of het Hof bevoegd is om uitspraak te doen over het onderhavige prejudiciële verzoek, aangezien het Unierecht niet van toepassing is in het hoofdgeding en de toepasselijke wetgeving geen verwijzing naar het Unierecht bevat, doch enkel in de voorbereidende werkzaamheden wordt aangegeven dat deze wet dient te worden uitgelegd in het licht van verordening nr. 139/2004 en de rechtspraak van het Gerecht en het Hof.
- 29 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat het Hof overeenkomstig artikel 267 VWEU bevoegd is om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen en van de handelingen van de instellingen van de Europese Unie. In het kader van de in dit artikel neergelegde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties staat het uitsluitend aan de nationale rechter om met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het concrete geval zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt, te beoordelen. Wanneer de door de nationale rechterlijke instanties voorgelegde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 30 Overeenkomstig die rechtspraak heeft het Hof zich herhaaldelijk bevoegd verklaard om uitspraak te doen over verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende Unierechtelijke bepalingen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding buiten de directe werkingssfeer van het Unierecht vielen, maar waarin deze bepalingen toepasselijk waren gemaakt door de nationale wettelijke regeling, die zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeerde aan de in het Unierecht gekozen oplossingen. In dergelijke gevallen heeft de Unie er immers stellig belang bij dat ter vermindering van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van Unierecht op uniforme wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden (arrest van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 31 Met betrekking tot het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing moet worden opgemerkt dat, anders dan in de Italiaanse mededingingswet die aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 11 december 2007, ETI e.a. (C-280/06, EU:C:2007:775, punten 23 en 24), in de Deense mededingingswet niet rechtstreeks wordt verwezen naar de Unierechtelijke bepalingen waarvan om uitlegging wordt verzocht.
- 32 De Deense mededingingswet vormt evenmin, anders dan het geval was bij de bepalingen van de Hongaarse mededingingswet die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 21), een getrouwe weergave van de overeenkomstige bepalingen van verordening nr. 139/2004.
- 33 Niettemin volgt uit de stukken in het bij het Hof ingediende dossier om te beginnen dat uit de voorbereidende werkzaamheden van de Deense mededingingswet blijkt dat de Deense wetgever het nationale mededingingsrecht inzake concentratiecontrole in overeenstemming beoogde te brengen met het Unierecht daaromtrent, aangezien de nationale bepalingen in wezen gebaseerd zijn op verordening nr. 139/2004. In § 12 c, lid 5, van de Deense mededingingswet wordt immers een verbod ingesteld op de verwezenlijking van elke concentratiehandeling voordat deze bij de bevoegde autoriteiten is aangemeld of door deze autoriteiten is goedgekeurd, welk verbod in wezen gelijk is aan het verbod in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004.
- 34 Voorts heeft de verwijzende rechterlijke instantie, bij haar beoordeling van de bijzonderheden van de bij haar aanhangige zaak en met name bij haar onderzoek van de voorbereidende werkzaamheden van de door haar uit te leggen toepasselijke nationale wetgeving, vastgesteld dat het Deense recht uitgelegd moet worden in het licht van met name de rechtspraak van het Hof.

35 In die omstandigheden is het Hof bevoegd om de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden.

Eerste tot en met derde vraag

- 36 Met haar eerste drie vragen, die tezamen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 aldus moet worden uitgelegd dat een concentratie slechts tot stand komt na een transactie die geheel of gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens bijdraagt aan een zeggenschapswijziging bij de doelonderneming. Inzonderheid wenst zij te vernemen of de beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding geacht kan worden tot de totstandbrenging van een concentratie te leiden en of dienaangaande de vraag relevant is of een dergelijke beëindiging markteffecten heeft gehad.
- 37 Ter beantwoording van deze vragen zij eraan herinnerd dat artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 louter bepaalt dat een concentratie niet tot stand mag worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard.
- 38 Deze bepaling biedt dus geen aanwijzing over de voorwaarden waaronder een concentratie geacht kan worden tot stand te zijn gebracht en in het bijzonder wordt hierin niet nader weergegeven of na afloop van een transactie die niet bijdraagt aan de zeggenschapswijziging bij de doelonderneming sprake kan zijn van de totstandbrenging van een concentratie.
- 39 Derhalve moet worden geoordeeld dat uit de bewoordingen alleen van artikel 7 de strekking van het hierin vastgestelde verbod niet nader kan worden bepaald.
- 40 Wanneer de precieze strekking van een bepaling van Unierecht niet kan worden vastgesteld aan de hand van een letterlijke uitlegging ervan, dient de betrokken regeling te worden uitgelegd aan de hand van het doel en de algemene opzet ervan (arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 Met name uit overweging 5 van verordening nr. 139/2004 blijkt dat de met deze verordening nagestreefde doelen erin bestaan te waarborgen dat herstructureringen van ondernemingen de mededinging niet blijvend schaden. Het Unierecht moet dan ook voorzien in bepalingen die gelden voor concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kunnen belemmeren. Daartoe dient deze verordening volgens overweging 6 ervan een instrument te bieden waarmee alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst wat hun effect op de mededingingsstructuur in de Unie betreft (zie in die zin arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punt 21).
- 42 Zoals uit overweging 34 van verordening nr. 139/2004 blijkt, dienen ondernemingen juist teneinde ervoor te zorgen dat deze toetsing doelmatig is, hun concentraties vooraf aan te melden en dient de totstandbrenging ervan te worden opgeschort totdat een eindbeschikking is gegeven.
- 43 Benadrukt moet worden dat, wat die doelstelling betreft, artikel 7, lid 1, van deze verordening het daarin vastgestelde verbod om een concentratie tot stand te brengen enkel oplegt met betrekking tot concentraties zoals deze zijn gedefinieerd in artikel 3 van deze verordening, en aldus uitsluit dat transacties die niet kunnen worden geacht bij te dragen aan de totstandbrenging van een concentratie, worden verboden.
- 44 Hieruit volgt dat, teneinde de draagwijdte van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 te kunnen bepalen, de in voornoemd artikel 3 aan het begrip „concentratie” gegeven definitie in aanmerking moet worden genomen.

- 45 Volgens de bewoordingen van deze bepaling komt een concentratie tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen, dan wel uit het verkrijgen, door één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of door één of meer ondernemingen, van zeggenschap, rechtstreeks of middellijk, over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan, waarbij de zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die het mogelijk maken om beslissende invloed uit te oefenen op een onderneming.
- 46 Hieruit volgt dat er sprake is van de totstandbrenging van een concentratie in de zin van voornoemd artikel 7 zodra de partijen bij een concentratie transacties verrichten die bijdragen aan een blijvende wijziging in de zeggenschap in de doelonderneming.
- 47 Een situatie waarin elke gedeeltelijke totstandbrenging van een concentratie onder de werkingssfeer van dat artikel valt, voldoet dus aan het vereiste dat een doelmatige controle op concentraties moet zijn gewaarborgd. Indien het de concentrerende partijen verboden was een concentratie door middel van één enkele transactie tot stand te brengen, maar het hun was toegestaan met opeenvolgende deeltransacties hetzelfde resultaat te bereiken, zou het nuttig effect van het in artikel 7 van verordening nr. 139/2004 uitgevaardigde verbod immers worden beperkt en zou het gevaar bestaan dat, anders dan deze verordening voorschrijft, geen voorafgaande controle plaatsvindt en dat de doelstellingen van deze verordening in gevaar komen.
- 48 Vanuit ditzelfde gezichtspunt is het volgens overweging 20 van deze verordening wenselijk om transacties die nauw verweven zijn, in die zin dat zij van elkaar afhangen of de vorm aannemen van een reeks effectentransacties die binnen een redelijk korte tijdspanne plaatsvinden, als één concentratie te behandelen.
- 49 Dergelijke transacties vallen echter niet onder artikel 7 van verordening nr. 139/2004 wanneer zij, ook al worden zij verricht in het kader van een concentratie, niet noodzakelijk zijn om een wijziging van de zeggenschap van een bij deze concentratie betrokken onderneming te realiseren. Zelfs indien deze transacties een neventransactie van de concentratie kunnen vormen of deze kunnen voorbereiden, zijn zij immers niet van direct functioneel belang voor de totstandkoming ervan, zodat de uitvoering van die transacties in beginsel geen afbreuk kan doen aan de doelmatigheid van de concentratiecontrole.
- 50 De omstandigheid dat dergelijke transacties marktgevolgen teweeg kunnen brengen is op zichzelf beschouwd niet voldoende om een andere uitlegging van dit artikel 7 te rechtvaardigen. Ten eerste behoort de beoordeling van de marktgevolgen van een transactie in wezen immers tot het onderzoek ten gronde van de concentratie. De standstill-verplichting van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 geldt evenwel ongeacht de vraag of de concentratie wel of niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, aangezien deze verplichting juist tot doel heeft, te waarborgen dat de Commissie alle concentratietransacties op doelmatige wijze kan controleren.
- 51 Ten tweede kan niet worden uitgesloten dat een transactie die geen enkel markteffect heeft, toch kan bijdragen aan de zeggenschapswijziging bij de doelonderneming en derhalve de concentratie minstens gedeeltelijk teweeg kan brengen.
- 52 Hieruit volgt dat artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, gelet op de met deze verordening nagestreefde doelstellingen, aldus moet worden uitgelegd dat het de concentratiepartijen verbiedt elke transactie te verrichten die bijdraagt aan een blijvende wijziging in de zeggenschap over een van de bij deze concentratie betrokken ondernemingen.
- 53 Die uitlegging van dit artikel 7 strookt ook met de algemene opzet van verordening nr. 139/2004.

- 54 Hoewel de bij deze verordening ingestelde preventieve toetsing van concentratietransacties volgens overweging 6 van deze verordening inderdaad betrekking heeft op de concentraties die een effect hebben op de mededingingsstructuur in de Unie, volgt hieruit geenszins dat alle gedragingen van de ondernemingen die geen dergelijke effecten sorteren, ontsnappen aan de toetsing door de Commissie of de bevoegde nationale mededingingsautoriteiten (arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punt 30).
- 55 De betrokken verordening maakt, net zoals in het bijzonder verordening nr. 1/2003, deel uit van een wetgevingspakket waarmee wordt beoogd uitvoering te geven aan de artikelen 101 en 102 VWEU en een toetsingssysteem op te zetten dat waarborgt dat de mededinging in de interne markt van de Unie niet wordt vervalst (arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punt 31).
- 56 Zoals uit artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004 volgt, is deze verordening uitsluitend van toepassing op concentraties zoals omschreven in artikel 3 van die verordening, waarop verordening nr. 1/2003 in beginsel niet van toepassing is (arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punt 32).
- 57 Laatstgenoemde verordening blijft daarentegen van toepassing op de gedragingen van ondernemingen die, zonder dat zij een concentratie in de zin van verordening nr. 139/2004 vormen, niettemin tot een onderlinge coördinatie kunnen leiden die tegen artikel 101 VWEU indruist en die om die reden aan de toetsing van de Commissie of van de nationale mededingingsautoriteiten zijn onderworpen (arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punt 33).
- 58 Bijgevolg zou uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 tot transacties die niet aan de totstandbrenging van een concentratie bijdragen, er niet alleen op neerkomen dat de werkingssfeer van deze verordening in strijd met artikel 1 ervan wordt uitgebreid, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, maar tevens dat op overeenkomstige wijze de werkingssfeer van verordening nr. 1/2003 wordt ingeperkt, die dan niet meer van toepassing zou zijn op dergelijke transacties, zelfs al kunnen deze aanleiding geven tot coördinatie tussen ondernemingen in de zin van artikel 101 VWEU.
- 59 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 aldus dient te worden uitgelegd dat een concentratie slechts tot stand komt na een transactie die geheel of gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens bijdraagt aan een zeggenschapswijziging bij de doelonderneming.
- 60 Wat de vraag betreft of de beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding geacht kan worden de totstandbrenging van een concentratie tot gevolg te hebben, moet erop worden gewezen dat, rekening houdend met de situatie zoals die in het verzoek om een prejudiciële beslissing is beschreven en door de verwijzende rechterlijke instantie dient te worden getoetst, zelfs indien de opzegging van die overeenkomst onlosmakelijk verband houdt met de desbetreffende concentratie en een neventransactie van deze concentratie kan vormen of deze kan voorbereiden, dit niet wegneemt dat de betrokken beëindiging – in weerwil van de markteffecten die zij teweeg kan brengen – als zodanig niet bijdraagt aan een blijvende zeggenschapswijziging bij de doelonderneming.
- 61 Niet alleen gaat het daarbij immers om een transactie die betrekking heeft op slechts één van de concentratiepartijen en een derde, namelijk KPMG International, maar EY heeft door deze beëindiging evenmin de mogelijkheid verworven om wat voor invloed dan ook op KPMG DK uit te oefenen, aangezien deze laatste, zoals uit de punten 12 en 13 van dit arrest blijkt, zowel voor als na de genoemde opzegging vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt onafhankelijk was.

- 62 Gelet op een en ander moet op de eerste drie vragen worden geantwoord dat artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 aldus dient te worden uitgelegd dat een concentratie slechts tot stand komt na een transactie die geheel of gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens bijdraagt aan een zeggenschapswijziging bij de doelonderneming. De beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst kan in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding, waarbij het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat om deze omstandigheden te toetsen, niet worden geacht de totstandbrenging van een concentratie tot gevolg te hebben en dit ongeacht de vraag of deze beëindiging markteffecten teweeg heeft gebracht.

Vierde vraag

- 63 Gelet op het antwoord op de eerste drie vragen, behoeft de vierde vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

- 64 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 7, lid 1, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”) dient aldus te worden uitgelegd dat een concentratie slechts tot stand komt na een transactie die geheel of gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens bijdraagt aan een zeggenschapswijziging bij de doelonderneming. De beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst kan in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding, waarbij het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat om deze omstandigheden te toetsen, niet worden geacht de totstandbrenging van een concentratie tot gevolg te hebben en dit ongeacht de vraag of deze beëindiging markteffecten teweeg heeft gebracht.

ondertekeningen