



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

den 18 maj 2022*

”Konkurrens – Koncentrationer – Sektorn för tillverkning av medicinska instrument – Böter som ålagts för genomförande av en koncentration innan den anmälts och godkänts – Artiklarna 4.1, 7.1 och 14 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 – Interimstransaktion och slutlig transaktion – Lagringsförfarandestruktur – En enda koncentration – Rätten till försvar – Berättigade förväntningar – Legalitetsprincipen – Proportionalitet – Bötesbelopp – Förmildrande omständigheter”

I mål T-609/19,

Canon Inc., Tokyo (Japan), företrätt av advokaterna U. Soltész, W. Bosch, C. von Köckritz, K. Winkelmann, M. Reynolds, J. Schindler, D. Arts och W. Devroe,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företräd av G. Conte och C. Urraca Caviades, båda i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Europeiska unionens råd, företrätt av A.-L. Meyer och O. Segnana, båda i egenskap av ombud,

intervenient,

angående en talan enligt artikel 263 FEUF om, i första hand, ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2019) 4559 final av den 27 juni 2019 om åläggande av böter för underlåtenhet att anmäla en koncentration i strid med artikel 4.1 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 och för genomförande av en koncentration i strid med artikel 7.1 i den förordningen (ärende M.8179 – Canon/Toshiba Medical Systems Corporation), och, i andra hand, upphävande eller nedsättning av det bötesbelopp som ålagts sökanden,

meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

* Rättegångsspråk: engelska.

sammansatt av ordföranden A. Marcoulli samt domarna S. Frimodt Nielsen och R. Norkus (referent),

justitiesekreterare: handläggaren M. Zwozdziak-Carbonne

efter den skriftliga delen av förfarandet och förhandlingen den 8 juli 2021,

följande

Dom¹

I. Bakgrund till tvisten

- 1 Sökanden, Canon Inc., är ett multinationellt företag som specialiserat sig på att tillverka bildåtergivningsprodukter och optiska produkter, däribland kameror, videokameror, kopieringsapparater, stepperkopiatorer och datorskrivare. Sedan sökanden förvärvade Toshiba Medical Systems Corporation (nedan kallat TMSC) är sökanden också specialiserad på tillverkning av medicinsk utrustning.
- 2 TMSC, som är verksamt inom utveckling, tillverkning och försäljning av medicinsk utrustning samt tillhandahållande av tekniska tjänster på området, var, innan det förvärvades av sökanden, ett dotterbolag som ägdes till 100 procent av Toshiba Corporation (nedan kallat Toshiba). Till följd av detta förvärv bytte TMSC namn till "Canon Medical Systems Corporation".

A. Sökandens förvärv av TMSC

- 3 I början av 2016 drabbades Toshiba av allvarliga ekonomiska svårigheter. Mot bakgrund av de förväntade resultaten ansåg Toshiba att företaget riskerade att tvingas rapportera negativa resultat till aktieägarna för budgetår 2015 (som slutade den 31 mars 2016). Eftersom inget offentligt bolag av liknande storlek som Toshiba någonsin hade rapporterat negativa resultat till aktieägarna på senare tid i Japan, var det svårt att förutse hur en sådan händelse skulle påverka Toshiba's kommersiella resultat, ekonomiska situation och marknadsvärde.
- 4 Toshiba inledde därför ett påskyndat anbudsförfarande för försäljningen av TMSC.
- 5 I ett första skede föreslog Toshiba, den 19 februari 2016, anbudsgivarna en transaktionsstruktur som betecknades som förslag "80/20".
- 6 Inom ramen för anbudsförfarandet lämnade varje anbudsgivare förslag som beaktade Toshiba's ekonomiska situation. I sitt anbud föreslog sökanden Toshiba en ny transaktionsstruktur. Skälet till den nya strukturen var att försäljningen av TMSC skulle betraktas som ett kapitaltillskott i Toshiba's redovisning senast den 31 mars 2016, dock utan att sökanden emellertid formellt förvärvade kontrollen över bolaget innan den erhållit nödvändiga godkännanden från behöriga konkurrensmyndigheter.

¹ Nedan återges endast de punkter i denna dom som tribunalen funnit det vara ändamålsenligt att publicera.

- 7 Genom den nya transaktionsstrukturen som sökanden föreslagit skulle TMSC enligt Toshiba inte längre vara ett dotterbolag till Toshiba i enlighet med vedertagna amerikanska redovisningsprinciper (United States GAAP) (skäl 13 i det angripna beslutet).
- 8 Enligt Toshiba fann företaget, efter att ha undersökt genomförbarheten och verkningarna av varje anbudsgivares anbud, att sökandens förslag var det mest konkurrenskraftiga och det enda i vilket överföringen av hela inköpspriset inte krävde godkännanden som omfattades av kontroll av företagskoncentrationer (skäl 14 i det angripna beslutet).
- 9 Sökandens förvärv av TMSC offentliggjordes den 17 mars 2016. Samma dag meddelade sökanden att det hade ingått ett aktieköpsavtal med Toshiba för att förvärva TMSC från Toshiba, och Toshiba och TMSC meddelade att Toshiba hade gått med på att sälja TMSC till sökanden och att TMSC inte längre var ett dotterbolag i Toshiba-koncernen.
- 10 Till följd av sökandens förslag omvandlade TMSC sina 134 980 060 stamaktier och bildade nya kategorier av aktier för att kunna genomföra transaktionsstrukturen.
- 11 Den 15 mars 2016 ändrades TMSC:s stadgar för att inkludera de nya aktiekategorier och ytterligare aktier.
- 12 För det första skapade TMSC tre kategorier av aktier:
 - A-aktier (aktier med rösträtt),
 - B-aktier (aktier utan rösträtt), och
 - C-aktier (aktier med rösträtt med återköpsmöjlighet som kunde utövas av TMSC).
- 13 För det andra omvandlade TMSC samtliga av sina stamaktier till C-aktier och skapade aktieoptioner för obligatoriskt återköp av samtliga C-aktier.
- 14 För det tredje, den 16 mars 2016, omvandlade TMSC C-aktierna och utfärdade i utbyte:
 - 20 A-aktier,
 - en B-aktie och
 - 100 aktieoptioner kopplade till C-aktier.
- 15 Sökandens anbud bestod av en transaktionsstruktur i två steg.
- 16 I ett första skede ingick sökanden och Toshiba den 17 mars 2016 ett ”Shares and Other Securities Transfer Agreement” genom vilket sökanden förvärvade B-aktien utan rösträtt för 4 930 yen (cirka 40 euro) och 100 aktieoptioner med rösträtt av kategori C i TMSC för 665 497 806 400 yen (cirka 5 280 000 000 euro), en rösträtt som dock inte kunde utnyttjas så länge som aktieoptionerna inte hade utnyttjats. Samma dag ingick MS Holding, ett specialföretag som skapades särskilt för transaktionen den 8 mars 2016, och Toshiba ett avtal av typen ”Excluded share Transfert Agreement” genom vilket MS Holding förvärvade de återstående 20 A-aktierna med rösträtt i TMSC för 98600 yen (cirka 800 euro). Dessa två transaktioner betecknas tillsammans som ”interimstransaktion” i kommissionens beslut C(2019) 4559 final av den 27 juni 2019 om åläggande av böter för underlå-

tenhet att anmäla en koncentration i strid med artikel 4.1 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 och för genomförande av en koncentration i strid med artikel 7.1 i den förordningen (ärende M.8179 – Canon/Toshiba Medical Systems Corporation) (nedan kallat det angripna beslutet).

- 17 I ett andra skede, löste sökanden den 19 december 2016, efter att ha erhållit det sista relevanta godkännandet för företagskoncentrationen, sina 100 aktieoptioner för C-aktierna för att förvärva aktierna med underliggande rösträtt i TMSC, medan TMSC förvärvade B-aktier utan rösträtt från sökanden för 4930 yen (cirka 40 euro) och de 20 återstående A-aktierna med rösträtt i MS Holding för 36 098 600 yen (cirka 300 000 euro). Dessa två transaktioner betecknas i det angripna beslutet tillsammans ”den slutliga transaktionen”.
- 18 Alla dessa transaktioner betecknas i det angripna beslutet ”koncentration”.

B. Förfarandet som föregick anmälan

- 19 Den 11 mars 2016 skickade sökanden en begäran till Europeiska kommissionen om att en grupp skulle tillsättas med avseende på sökandens planer på att förvärva ensam kontroll över TMSC i den mening som avses i artikel 3.1 b i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (”EG:s koncentrationsförordning”) (EUT L 2004, 24, s. 1).
- 20 I ett e-postmeddelande av den 5 april 2016 skickade sökanden kommissionen den del av CO-formuläret som rör den föreslagna transaktionens struktur samt en kort presentation som beskriver transaktionens olika skeden.
- 21 Den 28 april 2016 lämnade sökanden in ett första utkast till CO-formuläret till kommissionen. Den 11 maj 2016 skickade kommissionen sökanden ett antal frågor om utkastet till CO-formuläret, varav tre om transaktionens struktur, som sökanden besvarade den 27 maj 2016.

C. Anmälan och beslut om godkännande av koncentrationen

- 22 Den 12 augusti 2016 anmälde sökanden till kommissionen, i enlighet med artikel 4 i förordning nr 139/2004, förvärvet av ensam kontroll över TMSC genom förvärv av 100 procent av dess aktier, i enlighet med det normala förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer. Sökanden klargjorde att anmälan bör tolkas som att den omfattar hela koncentrationen, det vill säga interimstransaktionen och den slutliga transaktionen.
- 23 Inom ramen för bedömningen av företagskoncentrationen visade kommissionens undersökning inte på något som kunde medföra konkurrensrättsliga problem. Av det skälet antog kommissionen den 19 september 2016 ett beslut om tillstånd i enlighet med artikel 6.1 b i förordning nr 139/2004 och artikel 57 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

D. Det administrativa förfarandet och det angripna beslutet

- 24 Den 18 mars 2016, några dagar efter att ha mottagit sökandens begäran om att tillsätta en grupp avseende sökandens plan att förvärva ensam kontroll över TMSC, mottog kommissionen ett klagomål från en anonym klagande.

- 25 Den 11 maj 2016 skickade kommissionen en begäran om upplysningar till sökanden om sökandens första utkast till anmälningsskylldighetsformulär av den 28 april 2016, vilket sökanden besvarade.
- 26 Den 29 juli 2016 informerade kommissionen sökanden om att den hade inlett en undersökning som kunde leda till åläggande av böter enligt artikel 14.2 a och b i förordning nr 139/2004 för eventuella överträdelser av skyldigheten att skjuta upp genomförandet av koncentrationer enligt artikel 7.1 i denna förordning och av anmälningsskyldigheten enligt artikel 4.1 i denna förordning.
- 27 Den 5 september 2016 mottog kommissionen en kompletterande inlägga från sökanden.
- 28 Den 6 oktober 2016 ägde ett sammanträde rum mellan kommissionen och sökanden.
- 29 Genom beslut av den 7 oktober 2016, som antogs med stöd av artikel 11.3 i förordning nr 139/2004, uppmanade kommissionen sökanden, TMSC och Toshiba att tillhandahålla uppgifter och interna handlingar. Sökanden och TMSC svarade den 4 november 2016. Toshiba lämnade sina svar mellan den 4 november och den 1 december 2016.
- 30 Den 5 november 2016 skickade sökanden en skrivelse till kommissionen med sina synpunkter på mötet den 6 oktober 2016 och beslutet den 7 oktober 2016.
- 31 Till följd av e-postmeddelanden från kommissionen lämnade Toshiba, TMSC och sökanden in ytterligare handlingar den 15 februari, den 24 februari respektive den 15 mars 2017.
- 32 Den 6 juli 2017 sände kommissionen, med stöd av artikel 18 i förordning nr 139/2004, ett meddelande om invändningar till sökanden, i vilket den preliminärt drog slutsatsen att sökanden avsiktligt eller i vart fall av oaktsamhet hade åsidosatt artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004, och i vilket kommissionen angav att den följaktligen övervägde att ålägga böter med stöd av artikel 14.2 i nämnda förordning.
- 33 Den 15 mars 2018 lämnade sökanden synpunkter skriftligen och begärde att bli hörd.
- 34 Den 3 maj 2018 hölls en muntlig utfrågning, under vilken sökanden framförde sina argument.
- 35 Den 8 maj 2018 skickade kommissionen ett e-postmeddelande till sökanden med frågor som sökanden inte kunnat besvara under utfrågningen den 3 maj 2018. Sökanden lämnade sina svar den 24 maj 2018.
- 36 Den 11 juni 2018 fick kommissionen ytterligare information från sökanden. I sitt svar på meddelandet om invändningar begärde sökanden dessutom att kommissionen skulle avsluta överträdelseförfarandet mot bakgrund av det kriterium som domstolen fastställde i sin dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 37 Den 30 november 2018 utfärdade kommissionen ett kompletterande meddelande om invändningar, i vilket den drog den preliminära slutsatsen att sökandens agerande utgör en överträdelse av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004, även på grundval av tolkningen av de tillämpliga bestämmelserna i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 38 Den 21 januari 2019 lämnade sökanden in sina svar på det kompletterande meddelandet om invändningar och begärde ett andra muntligt hörande, som ägde rum den 14 februari 2019.

- 39 Den 25 februari 2019 skickade kommissionen ett e-postmeddelande till sökanden med frågor som sökanden inte kunnat besvara under utfrågningen den 14 februari 2019. Sökanden lämnade sina svar den 13 mars 2019.
- 40 Den 3 april 2019 inkom sökanden med ytterligare synpunkter till kommissionen angående kommissionens tolkning av domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 41 Kommissionen antog det angripna beslutet den 27 juni 2019.
- 42 De fyra första artiklarna i artikeldelen i det angripna beslutet har följande lydelse:

”Artikel 1

[Sökanden] har genom att inte anmäla en koncentration med en unionsdimension innan den genomfördes (den 17 mars 2016), utan att uttryckligen ha fått tillstånd till den med stöd av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 eller med stöd av ett beslut enligt artikel 7.3, i denna förordning, åtminstone av oäktsamhet åsidosatt artikel 4.1 i förordningen.

Artikel 2

[Sökanden] har genom att genomföra en koncentration med en unionsdimension (den 17 mars 2016) innan den godkändes (den 19 september 2016), åtminstone av oäktsamhet åsidosatt artikel 7.1 i förordning nr 139/2004.

Artikel 3

Böter på 14 000 000 euro påförs [sökanden] i enlighet med artikel 14.2 a i förordning (EG) nr 139/2004 för det åsidosättande som avses i artikel 1 i detta beslut.

Artikel 4

Böter på 14 000 000 euro påförs [sökanden] i enlighet med artikel 14.2 b i förordning (EG) nr 139/2004 för det åsidosättande som avses i artikel 2 i detta beslut.”

II. Förfarandet och parternas yrkanden

- 43 Sökanden har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 9 september 2019.
- 44 Kommissionen inkom med sitt svaromål den 27 november 2019.
- 45 Europeiska unionens råd ansökte genom handling som inkom till tribunalens kansli den 14 januari 2020 om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden.
- 46 Genom beslut av den 5 mars 2020 godkände ordföranden för tribunalens sjätte avdelning denna intervention. Rådet inkom med en interventionsinlägga den 24 april 2020 och parterna i målet yttrande sig över denna inlägga inom den fastställda tidsfristen.
- 47 Parterna inkom med replik och duplik den 18 mars respektive den 26 juni 2020.

- 48 Genom en skrivelse av den 28 juli 2020 framställde sökanden en begäran om muntlig förhandling med stöd av artikel 106.2 i tribunalens rättegångsregler.
- 49 Sökanden har yrkat att tribunalen ska:
- ogiltigförklara det angripna beslutet,
 - i andra hand upphäva eller betydligt sätta ned de böter som ålagts, och
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.
- 50 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska:
- ogilla talan, och
 - förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.
- 51 Rådet har yrkat att tribunalen ska ogilla den invändning om rättsstridighet som har anförts avseende artikel 14.2 a och b i förordning nr 139/2004 i dess helhet.

III. Rättslig bedömning

- 52 Sökanden har till stöd för sin talan åberopat tre grunder, varav den första avser att sökanden inte har åsidosatt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004, den andra avser åsidosättande av artikel 14 i förordning nr 139/2004 och den tredje avser åsidosättande av artikel 18 i förordning nr 139/2004 och artikel 48.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

A. Den första grunden: Sökanden har inte åsidosatt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004

- 53 Det ska inledningsvis påpekas att kommissionen i skäl 99 i det angripna beslutet sammanfattat det tillvägagångssätt som valts för att fastställa att artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 hade åsidosatts på följande sätt:

”...

- a) Interimstransaktionen och den slutgiltiga transaktionen utgjorde tillsammans en enda koncentration i den mening som avses i artikel 3 i förordning [nr 139/2004] och i unionsdomstolarnas praxis, som bestod i att [sökanden] förvärvade kontrollen över TMSC (se avsnitt 4.1).
- b) Eftersom interimstransaktionerna och de slutliga transaktionerna utgjorde en del av en enda koncentration hade de nära anknytning till varandra. Interimstransaktionen var ett nödvändigt steg för att uppnå en förändring av kontrollen över TMSC, eftersom den hade en direkt funktionell koppling till genomförandet av [sökandens] förvärv av kontrollen över TMSC. Av dessa skäl bidrog interimstransaktionen (åtminstone delvis) till förändringen av

kontrollen över TMSC i den mening som avses i domen Ernst & Young. Genom att utföra interimstransaktionen genomförde [sökanden] delvis en enda koncentration som bestod i att [sökanden] förvarade kontrollen över TMSC (se avsnitt 4.2).

c) [Sökanden] har genom att delvis genomföra den koncentration som bestod i att kontrollen över TMSC förvärvades innan anmälan hade gjorts till kommissionen och kommissionen hade godkänt den, åsidosatt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning [nr 139/2004] (se avsnitt 4.3).”

54 Den första grunden består av fyra delgrunder. Genom den första delgrunden har det gjorts gällande att interimstransaktionen inte utgör ett förvärv av kontroll av sökanden. Genom den andra delgrunden har det gjorts gällande att det inte har skett något delvis genomförande i strid med artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004. Den tredje delgrunden avser påstådd uppenbar felaktig tillämpning av begreppet ”delvist genomförande” av en ”en enda koncentration”. Genom den fjärde delgrunden har det gjorts gällande att förfarandet för förhandskontroll av koncentrationer aldrig har kringgåts.

1. Den första delgrunden: interimstransaktionen utgör inte ett förvärv av kontroll

55 Sökanden har inom ramen för den första delgrunden hävdade att interimstransaktionen inte ledde till att sökanden förvärvade kontrollen och att den följaktligen inte kan anses utgöra ett förtida genomförande av en koncentration.

56 Denna första delgrund består av två delar. Sökanden har inom ramen för den första delen av den första delgrunden gjort gällande att ett förtida genomförande av en koncentration endast skulle ha skett om kontroll hade förvärvats. Sökanden har inom ramen för den andra delen av den första delgrunden gjort gällande att det i tidigare rättspraxis har bekräftats att en förändring av kontrollen är det enda relevanta kriteriet.

a) Den första delen av den första delgrunden: Ett förtida genomförande av en koncentration förutsätter förvärv av kontroll

57 Sökanden har gjort gällande att det av ordalydelsen i artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 följer att ett förtida genomförande av en koncentration endast har förekommit när kontroll har förvärvats. Det är ostridigt att begreppet koncentration i dessa bestämmelser ska definieras mot bakgrund av artikel 3 i nämnda förordning, enligt vilken koncentrationer är förvärv som medför en varaktig förändring av direkt eller indirekt kontroll. Sökanden har vidare hänvisat till punkt 44 och följande punkter i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), enligt vilka det förtida genomförandet av en koncentration har en nära anknytning till begreppet koncentration i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 139/2004, vilket kräver ett förvärv av kontroll, till punkt 46 i nämnda dom, enligt vilken endast ”transaktioner som bidrar till att varaktig förändra kontrollen över målföretaget” omfattas av artikel 7.1 i nämnda förordning, och till punkterna 49 och 60 i nämnda dom, enligt vilka transaktionerna inte ”bidrar till att varaktig förändra kontrollen över målföretaget” när de inte har ”ett direkt funktionellt samband med genomförandet” av koncentrationen, det vill säga när de inte ”i sig” har något samband med förändringen av kontrollen, varvid detta kriterium utesluter varje transaktion som är ”villkorad med att koncentrationen genomförs” på så sätt att de utgör ”kompletterande eller förberedande åtgärder” avseende genomförandet av koncentrationen. I skäl 134 i det angripna beslutet har kommissionen uttryckligen medgett att sökanden inte förvärvade kontroll över TMSC före kommissionens godkännande av den 19 september 2016.

Sökanden har dessutom hänvisat till domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), enligt vilken skyldigheten att skjuta upp genomförandet av koncentrationen syftar till att undvika att kommissionen hamnar i det läget att ett beslut om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden måste kompletteras med ett beslut om upplösning, vars syfte är att avsluta det förvärv av kontroll som skett innan kommissionen prövat påverkan på konkurrensen och har därav dragit slutsatsen att dess tillämpningsområde inte bör sträcka sig utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att omstruktureringar av företag inte medför någon varaktig skada på konkurrensen. Slutligen har kommissionens kontroll över transaktionen inte vid något tillfälle och på något sätt hindrats, eftersom sökanden förvärvade kontrollen över TMSC först efter att ha fått alla berörda konkurrensmyndigheters, inklusive kommissionens, godkännanden.

- 58 Kommissionen har bestridit sökandens argument.
- 59 Det är ostridigt mellan parterna att TMSC inte kontrollerades av sökanden under interimstransaktionen.
- 60 Det måste därför avgöras om, såsom sökanden hävdar, ett förtida genomförande av en koncentration endast kan förekomma om målföretaget kontrolleras.
- 61 Det ska i detta avseende erinras om att en koncentration i den mening som avses i artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 ska anses ha genomförts så snart parterna i koncentrationen utfört transaktioner som bidrar till att varaktigt förändra kontrollen över målföretaget (dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 46, och dom av den 4 mars 2020, Marine Harvest/kommissionen, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punkt 50).
- 62 Att varje delvist genomförande av en koncentration omfattas av tillämpningsområdet för den bestämmelsen svarar således mot kravet att säkerställa en effektiv kontroll av koncentrationer. Om det var förbjudet för parterna i en koncentration att genomföra koncentrationen genom en enda transaktion men däremot tillåtet att uppnå samma resultat genom flera på varandra följande delvisa transaktioner, skulle det undergräva den ändamålsenliga verkan av förbudet i artikel 7 i förordning nr 139/2004 och därmed äventyra principen om att kontrollen enligt förordningen ska ske på förhand, liksom målen med denna förordning (dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 47).
- 63 Av samma orsaker anges i skäl 20 i förordningen att transaktioner som har nära anknytning till varandra genom att de är förenade genom villkor eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner med värdepapper bör betraktas som en enda koncentration (dom av 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 48).
- 64 När sådana transaktioner, fastän de utförs inom ramen för en företagskoncentration, emellertid inte är nödvändiga för att förändra kontrollen över ett företag som berörs av koncentrationen, omfattas de inte av artikel 7 i förordning nr 139/2004. Sådana transaktioner har inte – även om de kan utgöra kompletterande eller förberedande åtgärder avseende koncentrationen – ett direkt funktionellt samband med genomförandet av koncentrationen. Att sådana åtgärder vidtas kan således i princip inte undergräva en effektiv koncentrationskontroll (dom av 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 49).

- 65 EU-domstolen slog slutligen fast att artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 ska tolkas så, att en koncentration endast genomförs genom en transaktion som, helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, bidrar till en förändring av kontrollen över målföretaget (dom av 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 59).
- 66 Eftersom artikel 7.1 och artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 är två bestämmelser som rör begreppet ”genomförande av en koncentration”, ska det anses att det som EU-domstolen, vid vilken en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF framställdes i det mål där dom meddelades den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), slog fast avseende den första av dessa bestämmelser, även gäller för den andra bestämmelsen.
- 67 Kommissionen har således haft fog för att hävda att det av domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) följer att domstolen skiljer mellan begreppen ”koncentration” och ”genomförande av en koncentration”.
- 68 I detta avseende följer det av punkt 45 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), att enligt artikel 3 i förordning nr 139/2004, i vilken begreppet koncentration definieras, ska en koncentration anses uppstå om ”kontrollen över företag varaktigt ändras”, medan det av punkt 46 i nämnda dom följer att ”en koncentration ... [kan] ha genomförts” ”så snart parterna i koncentrationen utfört transaktioner som bidrar till att varaktig förändra kontrollen över målföretaget”, det vill säga eventuellt före förvärvet av kontrollen över målföretaget, det vill säga eventuellt innan kontroll över målföretaget förvärvas.
- 69 Denna slutsats stöds av punkt 59 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), av vilken det framgår att det för att ett genomförande av en koncentration ska förekomma i den mening som avses i artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 räcker att en transaktion helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, bidrar till en förändring av kontrollen över målföretaget.
- 70 Av domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), följer således att begreppet ”genomförande av en koncentration” enligt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 inte är begränsat till den situation där den slutliga köparen förvärvar kontroll över målföretaget, utan även omfattar alla transaktioner som ”bidrar” till en sådan förändring av kontrollen.
- 71 I detta avseende är sökandens argument att EU-domstolen i dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) allmänt utesluter varje transaktion som är ”villkorad med att koncentrationen genomförs” i den mening att de utgör ”kompletterande eller förberedande åtgärder avseende koncentrationen” felaktigt, eftersom det som EU-domstolen i punkt 49 i den domen (se ovan punkt 64) erinrade om var att de transaktioner som inte var nödvändiga för att uppnå en förändring av kontrollen och som följaktligen även om de kunde utgöra kompletterande eller förberedande åtgärder avseende koncentrationen inte hade en direkt funktionell anknytning till genomförandet av koncentrationen inte omfattades av artikel 7 i förordning nr 139/2004. Av denna punkt följer således att transaktioner omfattas av begreppet ”genomförande av en koncentration”, även om det rör sig om ett delvist genomförande i den mening som avses i punkterna 47 och 51 i nämnda dom, om de helt eller delvis bidrar till en förändring av kontrollen över målföretaget.

- 72 Slutsatsen i punkt 69 ovan påverkas inte heller av sökandens argument i den mån sökanden gör en bokstavstolkning av ett utdrag ur artikel 4.1 i förordning nr 139/2004. Detta hänvisar till den situation där koncentrationer måste anmälas "efter ... förvärvet av en kontrollerande andel". I denna punkt i förordningen anges i detalj olika möjliga scenarier för förvärv av kontroll och det anges när anmälan ska ske, beroende på omständigheterna. Såsom kommissionen har anfört kan hänvisningen till "förvärvet av en kontrollerande andel" avse situationer som regleras av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, även om de inte omfattas av det suspensiva villkoret för koncentrationens godkännande, skulle genomförandet av offentliga bud om köp och transaktioner med värdepapper kunna leda till förvärv av en kontrollerande andel utan att det strider mot artikel 7.1 i förordning nr 139/2004, under förutsättning att kraven i punkt 2 i denna bestämmelse är uppfyllda. Sökanden har emellertid inte hävdats att förevarande fall omfattas av tillämpningsområdet för artikel 7.2 i nämnda förordning.
- 73 Tvärtemot vad sökanden har hävdats är därför det kriterium som används i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), för att avgöra om artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 har åsidosatts, inte huruvida det har skett ett förvärv av kontroll över målföretaget, utan, som kommissionen hävdar, huruvida den aktuella transaktionen helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, har bidragit till en förändring av kontrollen över detta företag. Ett sådant kriterium är analogt tillämpligt på artikel 4.1 i förordning nr 139/2004.
- 74 Vad gäller sökandens tolkning av domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), enligt vilken endast transaktioner som kräver upplösningsåtgärder utgör handlingar som undergräver effektiviteten i systemet för kontroll av koncentrationer, ska det påpekas att denna tolkning är felaktig. I den domen konstaterade tribunalen nämligen för det första att när kontroll inte har förvärvats har kommissionen inga befogenheter att upplösa koncentrationen (dom av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen, T-411/07, EU:T:2010:281, punkt 66), och för det andra, kan förvärv av ett innehav som inte i sig ger kontroll i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 139/2004 omfattas av artikel 7 i förordningen (dom av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen, T-411/07, EU:T:2010:281, punkt 83). Tribunalen förklarade med andra ord att om förvärvet av kontroll var nödvändigt för att kommissionen skulle kunna utöva sin befogenhet att upplösa koncentrationen, var detta förvärv av kontroll inte nödvändigt för att en transaktion skulle omfattas av tillämpningsområdet för artikel 7 i förordning nr 139/2004.
- 75 Slutligen är sökandens argument att kommissionens kontroll över transaktionen inte vid något tillfälle och på intet sätt har hindrats, eftersom sökanden inte förvärvat kontroll över TMSK förrän den erhållit samtliga tillstånd från de berörda konkurrensmyndigheterna, felaktigt.
- 76 Sökanden anser nämligen att "koncentrationer definieras som förvärv som leder till en varaktig förändring av den direkta eller indirekta kontrollen" och att det därför inte förekommer något genomförande av koncentrationen i förtid förrän kontroll har förvärvats.
- 77 Sökanden har således blandat ihop begreppen "genomförande" och "förvärv", vilka är två skilda begrepp i förordning nr 139/2004.
- 78 Begreppet genomförande avser nämligen koncentrationen (eller transaktionen såsom avses i artikel 7.4 i förordning nr 139/2004) medan begreppet förvärv avser kontroll.

- 79 Dessa två begrepp får dock inte förväxlas. "Genomförandet" av koncentrationen kan vara långvarigt, vilket förklarar begreppen delvist genomförande och en enda koncentration, medan "förvärvet" av kontroll inte kan vara långvarigt. Antingen förvärvas kontroll, när en enhet har möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över målföretaget, eller så förvärvas den inte. Begreppet förvärv av kontroll kan således inte omfatta ett "deltvist" förvärv. En påstådd "deltvist kontroll" kan därför inte vara ett villkor för ett delvist genomförande av koncentrationen, i motsats till vad sökanden hävdar.
- 80 För att kommissionens kontroll ska vara effektiv måste den således genomföras inte bara före förvärvet av kontrollen, utan även innan koncentrationen genomförs, även delvist. Om det, som redan konstaterats i punkt 62 ovan, var förbjudet för parterna i en koncentration att genomföra koncentrationen genom en enda transaktion men däremot tillåtet att uppnå samma resultat genom flera på varandra följande delvisa transaktioner, skulle det nämligen undergräva den ändamålsenliga verkan av förbudet i artikel 7 i förordning nr 139/2004 och därmed äventyra principen om att kontrollen enligt förordningen ska ske på förhand liksom målen med denna förordning (dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 47).
- 81 Talan ska således ogillas såvitt avser den första grundens första delgrund.

b) Den andra delgrunden enligt vilken tidigare rättspraxis bekräftar att en förändring av kontrollen är det enda relevanta kriteriet

- 82 Sökanden har gjort gällande att det angripna beslutet strider mot praxis från Europeiska unionens domstolar.
- 83 Sökanden har för det första hänvisat till punkt 25 i domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), enligt vilken en koncentration endast uppstår när ett företag förvärvar kontroll över ett annat, det vill säga får möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över detta och till punkt 85 i nämnda dom där det anges att då kontroll inte faktiskt har tagits över kan det omtvistade aktieinnehavet inte likställas med en koncentration som redan har genomförts. För det andra har sökanden gjort gällande att tribunalen i domen av den 13 september 2010, Éditions Odile Jacob/kommissionen (T-279/04, ej publicerad, EU:T:2010:384), godtog en lagringsförfarandestruktur på grund av att ingen kontroll hade överförts innan tillståndet beviljades. Tribunalen bekräftade i den domen att den omständigheten att aktier överlätits till ett bolag som bildats enbart i syfte att ta emot aktierna inte leder till att den slutliga förvärvaren förvärvar kontroll och omfattas således inte av tillämpningsområdet för artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. För det tredje godtog inte tribunalen, enligt sökanden, i domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), i punkt 148 och följande punkter i nämnda dom, avseende skäl 20 i förordning nr 139/2004, idén om att två transaktioner, vid ett förtida genomförande av en koncentration, ska kvalificeras som en "enda koncentration" enbart av det skälet att de har nära anknytning till varandra. I detta avseende framgår av punkt 44 i domen av den 4 mars 2020, Marine Harvest/kommissionen (C-10/18 P, EU:C:2020:149), att skäl 20 i förordning nr 139/2004 inte utgör en rättslig grund för slutsatsen att det föreligger en "enda koncentration". Den ståndpunkt som kommissionen har uttryckt i sitt svaromål att ett "enda ekonomiskt projekt" med två transaktioner kan leda till "en enda koncentration" kan därför inte godtas. Sökanden har dessutom hänvisat till punkt 128 i domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), enligt vilken det relevanta kriteriet är den tidpunkt vid vilken förvärvet av kontroll ägde rum. Sökanden har vidare hävdats att begreppet "en enda koncentration" inte kan åberopas för att visa att en koncentration har genomförts i förtid och har

angett att tribunalen, i punkt 151 i nämnda dom, har preciserat att när dessa transaktioner, sammantagna, inte är tillräckliga för att kontrollen över målföretaget ska övergå till köparen, ”sakna[r det] mening” att kvalificera dem som en enda koncentration. Kommissionen har slutligen själv i punkt 105 i beslut C(2014) 5089 final av den 23 juli 2014, genom vilket böter ålades för genomförandet av en koncentration i strid med artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 (ärende COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol) anført att frågan om dessa två stadier ingick i en och samma transaktion, med andra ord huruvida förekomsten av en ”enda koncentration” ”saknar relevans” inom ramen för artikel 7.1 i förordning nr 139/2004.

- 84 Kommissionen har bestridit sökandens argument.
- 85 För det första bör det noteras att punkt 25 i domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), inte rör tribunalens ståndpunkt, utan återger kommissionens resonemang i beslutet avseende det målet. När det gäller punkt 85 i den domen har tribunalen visserligen faktiskt konstaterat att det omtvistade aktieinnehavet i detta fall inte kunde ”likställas med en ’koncentration’ som ’redan har genomförts’”, men av detta uttalande kan inte slutsatsen dras att en koncentration inte kan genomföras delvis genom en transaktion som bidrar till en förändring av kontrollen.
- 86 Vidare påpekade tribunalen, såsom anges i punkt 74 ovan, i domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281, punkt 83), att förvärv av ett innehav som inte i sig ger kontroll i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 139/2004 kan omfattas av artikel 7 i nämnda förordning. Av denna dom från tribunalen, som meddelades före domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), följer således att genomförandet av en koncentration inte nödvändigtvis ska tolkas som ett förvärv av kontroll.
- 87 Domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), utgör därför inte hinder för att förbudet i artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 även omfattar ett delvist genomförande, det vill säga transaktioner som i sig inte innebär någon överföring av kontroll.
- 88 För det andra, när det gäller domen av den 13 september 2010, Éditions Odile Jacob/kommissionen (T-279/04, ej publicerad, EU:T:2010:384), måste den slutsats som sökanden drar därav, nämligen att det förhållandet att aktier överläts till ett bolag som bildats enbart för att ta emot dem inte skulle ha lett till att den slutliga förvärvaren skulle ha förvärvat kontroll och därför inte omfattas av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004, ändras genom att den sätts in i sitt sammanhang.
- 89 För det första är det mål som avgjordes genom domen av den 13 september 2010, Éditions Odile Jacob/kommissionen (T-279/04, ej publicerad, EU:T:2010:384), och förevarande mål inte helt jämförbara. I det mål som avgjordes genom domen av den 13 september 2010, Éditions Odile Jacob/kommissionen (T-279/04, ej publicerad, EU:T:2010:384), bestred sökanden att lagringsförfarandestrukturer omfattades av artikel 3.5 a i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, 1989, s. 1, rättelse EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, tillägg, s. 16), medan sökanden i förevarande mål inte har påstått att den aktuella lagringsförfarandestrukturen omfattas av ett sådant undantag.
- 90 Eftersom det rör sig om två olika lagringsförfarandestrukturer kan de slutsatser som dragits med avseende på den första inte allmänt utsträckas till att omfatta den andra.

- 91 För det andra har sökanden i det mål som avgjordes genom domen av den 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/kommissionen* (T-279/04, ej publicerad, EU:T:2010:384), såsom kommissionen framhöll i punkt 175 i det angripna beslutet och såsom domstolen, vid vilken ett överklagande hade inletts, erinrade om, i sin talan i detta mål endast yrkat att det angripna beslutet, genom vilket kommissionen hade förklarat att den där aktuella koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden, skulle ogiltigförklaras (dom av den 6 november 2012, *Éditions Odile Jacob/kommissionen*, C-551/10 P, EU:C:2012:681, punkt 36). Frågan i tvisten rörde alltså lagenligheten av kommissionens beslut om att godkänna koncentrationen och inte genomförandet av koncentrationer i förtid genom en lagringsförfarandestruktur. Av detta skäl konstaterade domstolen att det, för att tribunalen skulle kunna bedöma huruvida det angripna beslutet var lagenligt, inte var nödvändigt att pröva frågan om huruvida Lagardère SCA fick ensam, eller med banken NBP delad, kontroll över måltillgångarna genom förvärvstransaktionen och att tribunalens konstateranden avseende denna fråga gjordes för fullständighetens skull (dom av den 6 november 2012, *Éditions Odile Jacob/kommissionen*, C-551/10 P, EU:C:2012:681, punkt 40).
- 92 Dessutom har sökanden i detta mål i sin talan vid tribunalen under alla omständigheter hävdade att förvärvet av måltillgångarna gav den slutliga förvärvaren, så snart de förvärvades av det förvärvande bolaget, möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över den verksamhet som är knuten till dessa tillgångar, genom att denna överlåtelse av tillgångarna gav den slutliga förvärvaren äganderätt eller nyttjanderätt till samtliga eller delar av måltillgångarna, i den mening som avses i artikel 3.3 a i förordning nr 4064/89, i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, 1997, s. 1) (dom av den 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/kommissionen*, T-279/04, ej publicerad, EU:T:2010:384, punkt 119).
- 93 Sökanden i det målet hade således isolerat den transaktion som ledde till att det förvärvande företaget förvärvade måltillgångarna och hävdade att denna redan hade lett till ett förvärv av kontroll.
- 94 I detta sammanhang erinrade tribunalen om att eftersom överlåtelsen av måltillgångarna i detta fall inte kunde betraktas som en koncentration i den mening som avses i artikel 3.1 b i förordning nr 4064/89, kunde förbudet för parterna i en sådan transaktion enligt artikel 7.1 i förordning nr 4064/89, att genomföra transaktionen innan den hade anmälts och förklarats förenlig med den gemensamma marknaden, därför inte ha åsidosatts (dom av den 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/kommissionen*, T-279/04, ej publicerad, EU:T:2010:384, punkt 171).
- 95 Detta uttalande från tribunalen gjordes således endast som svar på sökandens påstående att beslutet om godkännande av koncentrationen var ogiltigt, bland annat på grund av att den slutliga förvärvaren genom en överlåtelse av tillgångar skulle få, antingen ensam, eller delad kontroll över måltillgångarna, från och med det att dessa förvärvades av det förvärvande bolaget (som ägs indirekt, men till 100 procent av banken NBP), utan föregående anmälan av koncentrationen.
- 96 Tribunalen prövade således inte frågan huruvida förvärvet av måltillgångarna av det förvärvande bolaget, såsom i förevarande fall, utgjorde ett delvist genomförande av en enda koncentration, utan huruvida detta förvärv, som gjordes inom ramen för en lagringsförfarandestruktur, i sig hade överfört kontrollen till förvärvaren.

- 97 För det tredje, när det gäller domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), bör det inledningsvis noteras att parterna i målet har motsatta uppfattningar om vilket kriterium som användes i det angripna beslutet för att fastställa ett genomförande i förtid av en koncentration.
- 98 Sökanden anser att kommissionen i det angripna beslutet ansåg att det var tillräckligt att fastställa att interimstransaktionen och den slutliga transaktionen utgjorde en enda koncentration, medan det lämpliga kriteriet skulle ha varit att bedöma huruvida interimstransaktionen gjorde det möjligt för sökanden att förvärva kontroll över TMSC.
- 99 Det ska i detta avseende erinras om att kommissionen, såsom framgår av skäl 99 i det angripna beslutet (se punkt 53 ovan) inte ansåg att det var tillräckligt att visa att interimstransaktionen och den slutliga transaktionen utgjorde en enda koncentration, men noterade för det första att interimstransaktionen och den slutliga transaktionen tillsammans utgjorde en enda koncentration, för det andra att interimstransaktionen delvis bidrog till förändringen av kontrollen över TMSC i den mening som avses i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), och att sökanden genom att genomföra denna interimstransaktionen delvis hade genomfört den enda koncentration som bestod i sökandens förvärv av kontroll över TMSC och, för det tredje, att detta delvisa genomförande, som föregick anmälan till kommissionen, hade åsidosatt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004.
- 100 När det gäller sökandens hänvisning till punkt 148 och följande punkter i domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), har tribunalen, i motsats till vad sökanden hävdar, inte avfärdat idén om att två transaktioner, för det fall att en koncentration genomförs i förtid, ska klassificeras som en "enda koncentration" enbart av det skälet att de hade nära anknytning till varandra, eftersom tribunalen endast har konstaterat att förordning nr 139/2004 inte innehåller en uttömmande definition av de villkor under vilka två transaktioner utgör en enda koncentration (dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen, T-704/14, EU:T:2017:753, punkt 150). Vad gäller punkt 44 i dom av den 4 mars 2020, Marine Harvest/kommissionen (C-10/18 P, EU:C:2020:149), till vilken sökanden också har hänvisat har domstolen endast slagit fast att det endast av ordalydelsen i skäl 20 i förordning nr 139/2004 inte går att sluta sig till en tolkning av begreppet en "enda koncentration" som inte är förenlig med bestämmelserna i denna förordning. Av denna punkt går det således inte att dra slutsatsen att domstolen i den domen underkände kommissionens synsätt att en "enda ekonomisk plan" för två transaktioner kan leda till en "enda koncentration".
- 101 Såsom kommissionen har påpekat har varken tribunalen eller domstolen ifrågasatt det faktum att två transaktioner kunde leda till en enda transaktion.
- 102 I detta avseende har tribunalen, utan att motsägas av domstolen, i punkt 90 i domen av den 26 oktober 2017 Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), erinrat om att kommissionen i flera beslut har använt sig av begreppet en "enda koncentration" och att tribunalen godkände detta begrepp ibland annat domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64).
- 103 När det gäller hänvisningen till punkt 128 i domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest (T-704/14, EU:T:2017:753), bör det påpekas att det målet gällde tillämpningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 på en rad transaktioner, med avseende på vilka det inte bestreds att kontrollen över målföretaget redan hade förvärvats under den första transaktionen. Det var således i detta sammanhang som tribunalen drog slutsatsen att när förvärvet av kontroll i faktisk

mening skett genom en enda första transaktion, är de senare transaktioner genom vilka förvärvaren erhöll ytterligare andelar i detta företag inte längre relevanta för att förvärva kontroll (dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen, T-704/14, EU:T:2017:753, punkt 128). Denna slutsats kan därför inte få till följd att ett förtida genomförande endast kan äga rum om kontrollen ändras vid tidpunkten för den första transaktionen inom ramen för en enda koncentration som den aktuella koncentrationen.

- 104 När det gäller hänvisningen till punkt 151 i domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest (T-704/14, EU:T:2017:753) erinrar domstolen om att det citat som sökanden har ingett är felaktigt, eftersom det är ofullständigt. Vad som enligt tribunalen "helt skulle sakna mening" i detta skede skulle nämligen vara att anse att alla transaktioner som är förenade genom villkor eller som har formen av en rad transaktioner med aktier skulle behandlas som en enda koncentration, även när dessa transaktioner, sammantagna, inte är tillräckliga för att kontrollen över målföretaget ska övergå till köparen, (dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen, T-704/14, EU:T:2017:753, punkt 151). Tribunalen har således genom denna punkt helt enkelt betonat att endast transaktioner som i sin helhet överför kontroll kan utgöra en "enda koncentration".
- 105 I förevarande fall har kommissionen i det angripna beslutet emellertid inte hävdats att enbart interimstransaktionen i sig var tillräcklig för att överföra kontrollen över TMSC till sökanden. I det angripna beslutet drog kommissionen nämligen slutsatsen att det var den slutliga transaktionen, som utgjorde en enda koncentration med interimstransaktionen, som överförde kontrollen över TMSC till sökanden.
- 106 Slutligen är sökandens argument som hänvisar till kommissionens ståndpunkt i punkt 105 i beslutet i ärendet Marine Harvest/Morpol verkningslöst, eftersom det i detta ärende inte rörde sig om ett förvärv av ett målföretag genom en lagringsförfarandestruktur, såsom i förevarande fall, utan om en situation där kommissionen hade kommit fram till att Marine Harvest ASA hade förvärvat kontroll över Morpol ASA via ett enda förvärv av 48,5 procent av aktierna i Morpol och inte genom flera transaktioner rörande aktier som likväl till sist utgjorde en enda ekonomisk enhet (dom av den 4 mars 2020, Marine Harvest/kommissionen, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punkt 29).
- 107 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den första grundens andra delgrund och således inte heller såvitt avser den första grundens första delgrund i dess helhet.

2. Den andra delgrunden: avsaknad av delvist genomförande i strid med artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004

- 108 Det bör noteras att kommissionen i avsnitt 4.1 i det angripna beslutet drog slutsatsen att interimstransaktionen och den slutliga transaktionen tillsammans utgjorde en enda koncentration eftersom "de [ingick] i ett enda ekonomiskt projekt genom vilket [sökanden] förvärvade kontroll över TMSC från Toshiba" (skäl 10 i det angripna beslutet). För att nå denna slutsats grundade sig kommissionen på tre omständigheter. För det första genomfördes interimstransaktionen endast i syfte att genomföra den slutgiltiga transaktionen (avsnitt 4.1.1 i det angripna beslutet). För det andra var MS Holdings enda syfte att underlätta sökandens förvärv av kontroll över TMSC (avsnitt 4.1.2 i det angripna beslutet). För det tredje var sökanden den enda part som kunde bestämma vem som i slutändan skulle förvärva TMSC och bar den ekonomiska risken för transaktionen som helhet från tiden för interimstransaktionen (avsnitt 4.1.3 i det angripna beslutet).

- 109 Det ska inledningsvis erinras om att det inte spelar någon roll om denna direkta eller indirekta kontroll har förvärvats i två eller flera etapper genom två eller flera åtgärder, förutsatt att det uppnådda resultatet är en enda företagskoncentration (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 104).
- 110 Huruvida de berörda parterna, när de anmäler en företagskoncentration till kommissionen, står i begrepp att vidta två eller flera åtgärder eller redan har vidtagit dem, saknar även det betydelse. Det ankommer på kommissionen att, oavsett vilket som är fallet, bedöma huruvida åtgärderna kan ses som en enhet, varför de ska anses som en enda företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 förordning nr 4064/89 (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 105).
- 111 Ett sådant sätt att förfara syftar till att beroende på samtliga faktiska och rättsliga förhållanden i det enskilda fallet och i syfte att undersöka de ekonomiska realiteter som ligger till grund för åtgärderna identifiera vilket ekonomiskt syfte som parterna har, genom att vid bedömningen av flera juridiskt skilda transaktioner pröva om de berörda företagen skulle kunna tänkas ha vidtagit varje åtgärd för sig eller om varje åtgärd tvärtom endast är en del av en komplex transaktion och att parterna annars inte hade vidtagit den enskilda åtgärden (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 106).
- 112 För att avgöra huruvida åtgärderna i fråga utgör delar av en enhet måste tribunalen för varje enskilt fall bedöma huruvida åtgärderna är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts enskilt var och en för sig (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 107).
- 113 Detta tillvägagångssätt syftar till att säkerställa att företag som anmäler en företagskoncentration behandlas enligt rättssäkerhetens krav vad gäller samtliga åtgärder som ingår i denna transaktion och att ge kommissionen möjlighet att utöva effektiv kontroll över företagskoncentrationer som kan tänkas ha en betydande inverkan på den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en stor del av densamma. Dessa två mål utgör dessutom huvudsyftet med förordning nr 139/2004 (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 108 och där angiven rättspraxis).
- 114 Av detta följer att en företagskoncentration enligt artikel 3.1 i förordning nr 139/2004 kan uppstå även genom flera formellt sett skilda åtgärder om åtgärderna är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts var och en för sig, och som har till resultat att ett eller flera företag får direkt eller indirekt ekonomisk kontroll över ett eller flera andra företags verksamhet (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 109).
- 115 Det är i synnerhet mot bakgrund av denna rättspraxis som de fem invändningar som sökanden framfört i form av fem delar ska granskas. För det första, är den omständigheten att "interimstransaktionen endast genomfördes i syfte att genomföra den slutliga transaktionen" irrelevant och har inte styrkts av kommissionen. För det andra var MS Holdings enda syfte inte att "underlätta sökandens förvärv av kontroll över TMSC". För det tredje är den påstådda befogenheten att fastställa vem som i slutänden skulle förvärva TMSC och de ekonomiska riskerna irrelevant. För det fjärde är villkoren för "delvist genomförande" i den mening som avses

i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) inte uppfyllda. För det femte, har interimstransaktionen inte ”bidragit till att varaktigt förändra kontrollen” över TMSC i den mening som avses i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).

[utelämnas]

d) Den fjärde delen: villkoren för ”delvist genomförande” i den mening som avses i dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16), är inte uppfyllda

- 214 Sökanden gör gällande att även om domstolen i punkt 47 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), har slagit fast att ett ”delvist genomförande” under vissa omständigheter kunde utgöra ett förtida genomförande av en koncentration, kan ett sådant ”delvist genomförande” endast förekomma vid ett förvärv av ”delvis kontroll”. Detta innebär att förvärvaren har fått ett visst inflytande över målföretagets strategiska beslut. Sökanden hade emellertid inte någon särskild rättighet som kunde ha gett sökanden ett sådant inflytande på målförtaget innan tillstånden erhöles. Eftersom domstolen i punkt 46 i den domen dessutom konstaterade att en överträdelse av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 endast föreligger om parterna utfört transaktioner som bidrar till att varaktigt förändra kontrollen över målförtaget, är ”kontroll” den väsentliga beståndsdelen, även vid ett delvist genomförande. Slutligen följer det av punkt 61 i den ovannämnda domen, där domstolen konstaterade att den aktuella förberedande åtgärden inte hade bidragit till förvärvet av kontroll, eftersom förvärvarna inte hade haft möjlighet någon att utöva ”något som helst inflytande” över målförtaget, och att det inte förekommer något delvist genomförande om en förvärvare inte har förvärvat ”något inflytande”.
- 215 Kommissionen har bestridit sökandens argument.
- 216 Sökandens argument att det följer av punkt 47 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), att ett ”delvist genomförande” av en koncentration endast kan föreligga vid ett förvärv av en ”delvis kontroll”, är felaktigt.
- 217 Enligt punkt 47 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) omfattas varje delvist genomförande av en koncentration av tillämpningsområdet för artikel 7.1 i förordning nr 139/2004.
- 218 Såsom det har erinrats om i punkt 73 ovan, följer det av domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), att kriteriet för att avgöra huruvida artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 har åsidosatts inte är huruvida kontroll, således inbegripet ”delvis kontroll”, har förvärvats över målförtaget, utan, såsom kommissionen har hävdat, huruvida transaktionen i fråga har bidragit till en förändring av kontrollen över nämnda företag.
- 219 Även sökandens argument att det följer av punkt 46 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), att ”kontrollen” utgör den ”väsentliga” beståndsdelen, är felaktigt.
- 220 Enligt punkt 46 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), kan en koncentration anses ha genomförts så snart parterna i koncentrationen utfört transaktioner som bidrar till att varaktigt förändra kontrollen över målförtaget.

- 221 Dessutom framgår av punkt 59 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) (se ovan punkt 65), att en koncentration endast genomförs genom en transaktion som, helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, bidrar till en förändring av kontrollen över målföretaget.
- 222 Om transaktioner ”bidrar” till en förändring av kontrollen i den mening som avses i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), inbegripet transaktioner som inte i sig gör det möjligt att överföra kontrollen, utgör de, såsom kommissionen har gjort gällande, ett delvist genomförande av en koncentration.
- 223 När det gäller sökandens argument att det följer av punkt 61 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), att det inte föreligger något delvist genomförande om förvärvaren inte har förvärvat ”något inflytande, erinras om att även om domstolen fann att den aktuella åtgärden i det målet inte omfattades av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004, eftersom den, bland annat inte gav det berörda företaget ”något som helst inflytande” över målbolagen, hade sökanden i det aktuella fallet ett visst inflytande, eftersom sökanden, som kommissionen påpekar i skäl 157 i det angripna beslutet och som det redan har påpekats (se ovan punkterna 195 och 208), från och med tidpunkten för interimstransaktionen och oberoende av resultatet av godkännandet av koncentrationen hade exklusiv behörighet att bestämma vem som i slutänden skulle förvärva TMSC. Om sökanden hade hindrats från att själv förvärva TMSC, skulle sökanden ändå ha kunnat bestämma vem som i slutänden skulle förvärva TMSC. Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den, i skäl 155 i det angripna beslutet, anförde att sökanden hade förvärvat möjligheten att utöva ett visst inflytande över TMSC efter interimstransaktionen.
- 224 Talan kan således inte vinna bifall på den fjärde delen.

e) Den femte delen: interimstransaktionen har inte ”bidragit till att varaktigt förändra kontrollen” över TMSC i den mening som avses i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16)

- 225 Sökanden anser att kommissionens resonemang i skäl 143 i det angripna beslutet, enligt vilket interimstransaktionen var nödvändig för att åstadkomma en förändring av kontrollen över TMSC, i den meningen att transaktionen hade ett direkt funktionellt samband med genomförandet av koncentrationen, och enligt vilket detta innebär att interimstransaktionen - åtminstone delvis - bidrog till en förändring av kontrollen över målföretaget i den mening som avses i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), är felaktigt av flera skäl.

1) Kriteriet direkt funktionellt samband i den mening som avses i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16)

- 226 Sökanden gör gällande att ett ”direkt funktionellt samband” som domstolen krävde i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), för att fastställa att det föreligger ett genomförande i förtid av en koncentration endast föreligger om handlingen i sig själv leder till en förändring av kontrollen. Sökanden har emellertid erinrat om att den, enligt skäl 134 i det angripna beslutet, inte utövade någon kontroll över TMSC. I den domen slog domstolen fast att det inte förelåg något åsidosättande av förbudet mot skyldigheten att skjuta upp genomförandet av koncentrationer när förvärvaren inte hade förvärvat någon möjlighet att utöva ”något som helst

inflytande” över målföretaget. Det framgår dessutom klart av punkterna 48 och 49 i nämnda dom att inte ens de på varandra följande transaktioner som ingår i en enda koncentration utgör ett förtida genomförande av en koncentration, eftersom den första transaktionen inte är ”nödvändig” för att uppnå en förändring av kontrollen, utan endast är ”kompletterande” eller ”förberedande”. I förevarande fall var överlåtelsen av aktierna till MS Holding inte nödvändig för att sökanden skulle förvärva kontrollen över TMSC.

- 227 Kommissionen har bestridit sökandens argument.
- 228 Såsom redan har påpekats i punkt 73 ovan är det kriterium som valts i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), för att avgöra huruvida artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 har åsidosatts, inte huruvida kontrollen över målföretaget har förvärvats, utan huruvida transaktionen i fråga, helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt har bidragit till en förändring av kontrollen över nämnda företag.
- 229 Den omständigheten, som framhålls i skäl 134 i det angripna beslutet och som sökanden har hänvisat till, att sökanden inte utövade kontroll över TMSC under den preliminära perioden betyder inte att interimstransaktionen helt eller delvis inte har bidragit till en förändring av kontrollen över målföretaget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 46).
- 230 Sökandens argument att det ”direkta funktionella samband” som domstolen påstås ha krävt i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), för att fastställa att det föreligger ett förtida genomförande av en koncentration, endast föreligger om själva handlingen medför en förändring av kontrollen, ska därför förkastas.
- 231 Enligt punkt 49 i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), uppfyller transaktioner som inte är nödvändiga för att förändra kontrollen, eftersom de inte har något direkt funktionellt samband med genomförandet av en koncentration, inte kriteriet att bidra till en förändring av kontrollen och strider därför inte mot artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 när de genomförs före anmälan och godkännande av koncentrationen.
- 232 I förevarande fall var interimstransaktionen, i motsats till vad sökanden har anfört och såsom anges i skäl 149 i det angripna beslutet, nödvändig eftersom Toshiba för det första, utan den av sökanden föreslagna transaktionsstrukturen i två steg, inte skulle ha kunnat avstå från kontrollen över TMSC och oåterkalleligen ta emot betalning från TMSC före utgången av mars 2016, eftersom Toshiba skulle ha varit tvungen att vänta på konkurrensmyndigheternas godkännanden för försäljningen av TMSC. För det andra utgjorde interimstransaktionen, inom ramen för denna struktur i två steg, ett nödvändigt steg för att uppnå en förändring av kontrollen över TMSC. Syftet med denna struktur i två steg var att interimstransaktionen dels skulle göra det möjligt för en köpare som agerar mellanhand att köpa alla röstgrundande aktier i TMSC, men utan att behöva uppfylla anmälningskraven, dels att sökanden skulle kunna betala priset för TMSC till Toshiba på ett oåterkalleligt sätt samtidigt som sökanden skulle få största möjliga säkerhet om att slutligen hunna förvärva kontroll över TMSC. För det tredje skulle ingen av de hypotetiska alternativa transaktionsstrukturerna kunna tillgodose behovet för Toshiba att få ett betydande kapitaltillskott före den 31 mars 2016.
- 233 Såsom kommissionen påpekade i skäl 154 i det angripna beslutet kvalificerade inte domstolen i domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), det ”direkta funktionella sambandet” som ett krav som skiljer sig från kravet på att bidra till en förändring av kontrollen

som ska vara uppfyllt för att en transaktion ska kunna omfattas av tillämpningsområdet för artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Det kriterium som valdes i nämnda dom är huruvida transaktionen i fråga, helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, har bidragit till en förändring av kontrollen över målföretaget (se ovan punkt 73).

- 234 Slutligen har kommissionen i skäl 154 i det angripna beslutet hänvisat till de synpunkter som sökanden lämnat med anledning av meddelandet om invändningar, där sökanden själv uppger att ”upprättandet av MS Holding var ... nödvändigt för Toshiba's överlåtelse av TMSC, med tanke på Toshiba's finansiella situation”.
- 235 Genom detta svar måste sökanden anses ha erkänt att interimstransaktionen hade ett ”direkt funktionellt samband” med förändringen av kontrollen över TMSC.

[utelämnas]

3. Den tredje delgrunden: huruvida uppenbara fel begåtts vid tillämpningen av begreppet ”delvist genomförande av en enda koncentration”

- 302 Sökanden vill inledningsvis framhålla det sammanhang i vilket det angripna beslutet fattades. Enligt sökanden kan kommissionen inte grunda sig på begreppet en ”enda koncentration” för att fastställa att det föreligger en överträdelse av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004. Kommissionen har blandat ihop två skilda begrepp, nämligen dels begreppet en enda koncentration som rör frågan om behörighet och som gör det möjligt att avgöra om två olika transaktioner ska anmälas gemensamt till kommissionen, det vill säga särskilt kontrollera om omsättningen för de båda transaktionerna ska kombineras vid beräkningen av tröskelvärdena för anmälan, dels begreppet koncentration i ett sammanhang där en koncentration påstås ha genomförts i förväg i strid med artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Sökanden har tillagt att det var på grund av att kommissionen inte fann någon omständighet som visade att sökanden kontrollerade TMSC redan från interimstransaktionen som den grundade en nydanade och unik teori om ”delvist genomförande av en enda koncentration”. Kommissionen har således på ett otillbörligt sätt avsett att införa en ny regel som förbjuder så kallade lagringsförfarandestrukturer, även om de inte leder till ett förvärv av kontroll före godkännanden.
- 303 Kommissionen har bestridit sökandens argument.
- 304 När det gäller sökandens argument att begreppet en enda koncentration endast berör frågan om kommissionens behörighet, beroende på om vissa tröskelvärden är uppfyllda eller inte, men inte frågan om en eventuell överträdelse av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004, räcker det att konstatera att domstolen har haft tillfälle att påpeka att argument som skulle leda till att transaktioner inkluderas i begreppet en enda koncentration skulle i praktiken leda till att de inkluderas i tillämpningsområdet för artikel 7 i förordning nr 139/2004 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 mars 2020, Marine Harvest/kommissionen, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punkt 53). Det som omfattas av begreppet ”en enda koncentration” omfattas således av tillämpningsområdet för artikel 7 i förordning nr 139/2004 och därmed logiskt sett av tillämpningsområdet för artikel 4 i samma förordning.
- 305 När det gäller sökandens argument att kommissionen avsåg att införa en ny regel som förbjuder så kallade lagringsförfarandestrukturer, även om de inte leder till ett förvärv av kontroll före tillstånden, måste detta påstående nyanseras.

- 306 Såsom redan har påpekats i punkt 73 ovan följer det nämligen av domen av den 31 maj 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), att det, för att avgöra huruvida artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 har åsidosatts, inte är nödvändigt att kontroll över målföretaget har förvärvats. Det kan räcka med att den aktuella transaktionen helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, har bidragit till en förändring av kontrollen över målföretaget.
- 307 Det är emellertid riktigt att det är första gången som kommissionen har påpekat att skyldigheterna att anmäla och skjuta upp genomförandet av koncentrationer inom ramen för en enda koncentration som innefattar en lagringsförfarandestruktur har åsidosatts.
- 308 Sökanden har till stöd för den tredje delen utvecklat sin argumentation kring tre punkter.

a) Argumentet att begreppet ”en enda koncentration” inte kan grundas på skäl 20 i förordning nr 139/2004

- 309 Enligt skäl 20 i slutet i förordning nr 139/2004 ”bör sådana transaktioner som har nära anknytning till varandra genom att de är förenade genom villkor eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner med värdepapper betraktas som en enda koncentration.”
- 310 Sökanden har gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet inte har visat att interimstransaktionen och den slutliga transaktionen är förenade genom villkor. Om de godkännanden som är nödvändiga inom ramen för kontrollförfarandet inte hade erhållits, hade sökanden kunnat finna en utomstående köpare för aktieoptionerna. Enligt sökanden kan kommissionens slutsats i det angripna beslutet om att det föreligger en enda koncentration inte heller grundas på skäl 20 i förordning nr 139/2004, såsom konstaterats av såväl tribunalen i domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), som av domstolen i domen av den 4 mars 2020 Marine Harvest/kommissionen (C-10/18 P, EU:C:2020:149). Sökanden har vidare understrukt att tribunalen i punkt 126 i dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), preciserade att det inte är möjligt att av domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), sluta sig till att varje gång flera transaktioner är ömsesidigt beroende av varandra, de med nödvändighet utgör en enda koncentration. Sökanden har slutligen framhållit att enligt skäl 20 i förordning nr 139/2004 är begreppet en enda koncentration endast relevant i två situationer: när två transaktioner är förenade genom villkor och när de genomförs under tämligen kort tid. Förevarande fall omfattas emellertid inte någon av dessa två situationer. Dessa två förvärv gjordes inte under tämligen kort frist, eftersom det var först nio månader efter interimstransaktionen som sökanden kunde utnyttja sina aktieoptioner.
- 311 Kommissionen har bestridit sökandens argument.
- 312 När det gäller sökandens argument att kommissionen i det angripna beslutet inte har visat att interimstransaktionen och den slutliga transaktionen är förenade genom villkor, räcker det att konstatera att detta är felaktigt, såsom har konstaterats i punkterna 228–235 ovan.
- 313 Den omständigheten att det inte var absolut säkert att konkurrensmyndigheterna gav de nödvändiga tillstånden påverkar inte denna slutsats.

- 314 Bortsett från den omständigheten att sannolikheten för att erhålla tillstånden var hög, såsom sökanden själv har angett, skulle ett avslag från konkurrensmyndigheterna inte ha lett till att transaktionen bortföll. Priset för TMSC betalades oåterkalleligt av sökanden till Toshiba, som kunde föra upp det i sina räkenskaper i tid. Det saknar således betydelse huruvida sökanden faktiskt är den slutliga förvärvaren av TMSC eller att sökanden borde ha sålt TMSC till en utomstående förvärvare som sökanden själv valt.
- 315 När det gäller sökandens argument att kommissionen inte kunde grunda sin slutsats i det angripna beslutet att det förekom en enda koncentration på skäl 20 i förordning nr 139/2004, förekommer begreppet en "enda koncentration" visserligen, som tribunalen konstaterade i punkt 91 i domen av den 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commission* (T-704/14, EU:T:2017:753), endast i skäl 20 i förordning nr 139/2004 och inte i artiklarna i denna förordning (dom av den 4 mars 2020, *Marine Harvest/kommissionen*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punkt 42).
- 316 I punkt 150 i domen av den 26 oktober 2017, *Marine Harvest/kommissionen* (T-704/14, EU:T:2017:753), fann tribunalen att detta skäl inte innehöll någon uttömmande definition av de villkor under vilka två transaktioner utgör en enda koncentration. Tribunalen grundade sig härvid på den specifika karaktären av nämnda skäl, vilket, även om det kan göra det möjligt att klargöra tolkningen av en rättsregel, inte kan utgöra en sådan regel, eftersom det inte är rättsligt bindande i sig (dom av den 4 mars 2020, *Marine Harvest/kommissionen*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punkt 43).
- 317 Även om skäl 20 i förordning nr 139/2004 kan användas vid tolkningen av bestämmelserna i denna förordning, är det inte möjligt att enbart utifrån ordalydelsen i detta skäl sluta sig till en tolkning av begreppet en "enda koncentration" som inte är förenlig med dessa bestämmelser. Domstolen har för övrigt vid flera tillfällen angett att skälen i en unionsrättsakt inte är juridiskt bindande och således inte med framgång kan åberopas vare sig till stöd för undantag från bestämmelserna i den berörda rättsakten eller för att tolka dessa bestämmelser på ett sätt som uppenbart strider mot deras lydelse (dom av den 4 mars 2020, *Marine Harvest/kommissionen*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punkt 44).
- 318 I förevarande fall kan det konstateras att kommissionen inte grundade det angripna beslutet enbart på skäl 20 i förordning nr 139/2004, utan på artikel 3 i förordning nr 139/2004, tolkad mot bakgrund av nämnda skäl.
- 319 När det gäller sökandens argument som grundar sig på punkt 126 i domen av den 26 oktober 2017, *Marine Harvest/kommissionen* (T-704/14, EU:T:2017:753), är det korrekt att tribunalen där, som svar på ett argument från sökanden i det målet, som grundade sig på begreppet förenade genom villkor som avses i skäl 20 i förordning nr 139/2004, konstaterade att detta inte kan härledas ur punkt 107 i domen av den 23 februari 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen* (T-282/02, EU:T:2006:64), enligt vilken "[tribunalen] för att avgöra huruvida åtgärderna i fråga utgör delar av en enhet ... för varje enskilt fall [måste] bedöma huruvida åtgärderna är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts enskilt var och en för sig" inte går att dra slutsatsen enligt vilken det för att avgöra om de aktuella transaktionerna är enhetliga är nödvändigt att i varje enskilt fall bedöma om dessa transaktioner är beroende av varandra på ett sådant sätt att den ena inte skulle ha genomförts utan den andra, och att när flera transaktioner är beroende av varandra utgör de med nödvändighet en enda koncentration.
- 320 Det ska emellertid påpekas att omständigheterna i det målet skiljer sig från omständigheterna i förevarande mål.

- 321 Förstnämnda mål rörde förvärv av Morpol som är en norsk producent och förädlare av lax. I ett första steg ingick förvärvaren ett avtal om aktieförvärv genom vilket förvärvaren förvärvade 48,5 procent av Morpols aktiekapital utan föregående anmälan. I ett andra steg förvärvade han de återstående aktierna genom att lägga ett obligatoriskt offentligt bud på dessa.
- 322 Tribunalen konstaterade att kontroll i förevarande fall redan hade förvärvats från och med ingåendet av avtalet om aktieförvärv (dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen, T-704/14, EU:T:2017:753, punkt 132).
- 323 Tribunalen slog följaktligen fast att det från domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), inte kan härledas att i en situation där förvärv av kontroll över ett enda målföretag har skett genom en enda transaktion, det skulle vara nödvändigt att betrakta denna transaktion som en del av en enda koncentration, när det förvärv av aktier som utmynnade i förvärvet av kontroll och ett obligatoriskt offentligt bud som lades senare är beroende av varandra (dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen, T-704/14, EU:T:2017:753, punkt 133).
- 324 Såsom kommissionen har påpekat syftade den begränsning som angavs i punkt 126 i domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753), endast till att utesluta den specifika situation som beskrivs i punkt 133 i nämnda dom och inte till att förkasta begreppet en enda koncentration.
- 325 Tribunalen har för övrigt påpekat att kommissionen i flera beslut har använt sig av begreppet en "enda koncentration" (dom av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen, T-704/14, EU:T:2017:753, punkt 90), och tribunalen godkände detta begrepp i bland annat domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64).
- 326 Det ska slutligen understrykas att domstolen i domen av den 4 mars 2020, Marine Harvest/kommissionen (C-10/18 P, EU:C:2020:149), lämnade överklagandet av domen av den 26 oktober 2017, Marine Harvest/kommissionen (T-704/14, EU:T:2017:753) utan bifall.

b) Argumentet att punkt 35 i kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet utgör en otillräcklig grund för begreppen en "enda koncentration" och "delvist genomförande"

1) Argumentet att det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte utgör en tillräcklig rättslig grund och inte är rättsligt bindande

- 327 Sökanden har för det första anfört att det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte utgör lämplig rättslig grund för ett förtida genomförande av en koncentration, eftersom det inte tar upp frågan om vid vilken tidpunkt en koncentration genomförs i den mening som avses i artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Även om det skulle vara möjligt att beteckna "lagringsförfarandetransaktioner" i den mening som avses i punkt 35 det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet som en "enda koncentration", innebär nämnda punkt i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte att ett "delvist genomförande" av en "lagringsförfarandestruktur" utgör ett åsidosättande av artikel 4.1 [eller] artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. För det andra har sökanden hävdade att när det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet avviker från förordning nr 139/2004 och från tillämplig rättspraxis är det inte bindande för parterna.

328 Kommissionen har bestridit sökandens argument.

329 När det gäller sökandens argument att det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte utgör en tillräcklig rättslig grund, ska det påpekas att kommissionen, i skäl 75 i det angripna beslutet, anförde att det, för att avgöra huruvida flera transaktioner ingår i en enda koncentration, ska fästas vikt vid ”det ekonomiska mål som parterna eftersträvar”, i enlighet med domen av den 23 februari 2006, *Cementbouw Handel Industrie/kommissionen* (T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 106) (se ovan punkt 111).

330 Vidare ansåg kommissionen i skäl 99 b i det angripna beslutet att ”interimstransaktionen (åtminstone delvis) [hade bidragit] till förändringen av kontrollen över TMSC i den mening som avses i domen [av den 31 maj 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371)]; [g]enom att genomföra interimstransaktionen genomförde [sökanden] delvis den enda koncentration som bestod i att [sökanden] förvärvade kontrollen över TMSC”.

331 Slutligen förklarade kommissionen, i skäl 101 i det angripna beslutet, att den ansåg att interimstransaktionen och den slutliga transaktionen utgjorde en enda koncentration i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 139/2004 och unionsdomstolarnas praxis, eftersom de, även om de var rättsligt åtskilda, ingick i ett enda ekonomiskt projekt genom vilket sökanden hade förvärvat kontroll över TMSC från Toshiba. I detta skäl tillade kommissionen att de på varandra följande transaktionerna mellan Toshiba, MS Holding och sökanden i hög grad motsvarade den typ av struktur för en enda koncentration som beskrivs i punkt 35 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet.

332 I det angripna beslutet tillämpade kommissionen begreppet en enda koncentration såsom det tolkats av tribunalen i dom av den 23 februari 2006 i mål T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie/Commission* (T-282/02, EU:T:2006:64), och fann att interimstransaktionen hade gett upphov till ett delvist genomförande av en enda koncentration på grundval av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004, såsom de tolkades av domstolen i domen av den 31 maj 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371). Det var endast i andra hand som kommissionen nämnde punkt 35 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet.

333 Sökanden har således felaktigt påstått att det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet utgör den rättsliga grunden för det angripna beslutet.

334 När det gäller sökandens argument om att det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte är rättsligt bindande för sökanden, grundar sig det angripna beslutet, såsom har påpekats, inte på det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet. Det grundar sig inte heller på andra punkter i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet.

335 Sökandens argument att det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte utgör en tillräcklig rättslig grund och inte är rättsligt bindande kan således inte godtas.

2) Argumentet att villkoren i punkt 35 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte är uppfyllda

336 Sökanden har anfört att även om det antas att punkt 35 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet är tillämplig i förevarande fall, är villkoren för ett ”lagringsförfarandavtal” inte uppfyllda, dels eftersom den ”den tillfälliga köparen [vanligtvis] förvärvar ... aktierna ’på den slutliga köparens vägnar’”, medan MS Holding inte har förvärvat

TMSC ”på sökandens vägnar”, dels eftersom det inte fanns något ”direkt samband” eller något ”avtal om en framtida vidareförsäljning” mellan den ”första köparen” och den ”slutliga köparen”. Sökanden har i detta avseende anfört att MS Holding kunde utöva alla rösträtter i TMSC och att styrelseledamöterna i MS Holding hade rätt att överlåta sina aktier, eftersom de kunde överlåta A-aktier utan sökandens godkännande. En hypotetisk överlåtelse av A-aktier av MS Holdings styrelseledamöter skulle endast ha krävt godkännande av TMSC:s styrelseledamöter, och MS Holding skulle lätt ha kunnat få detta godkännande på grund av sin befogenhet att avsätta eller ersätta hela TMSC:s styrelse.

337 Kommissionen har bestridit sökandens argument.

338 Det ska erinras om att ovannämnda punkt 35 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet (se punkterna 332 och 334 ovan), såsom har anförts, i andra hand i det angripna beslutet, inte utgör den rättsliga grunden för det angripna beslutet.

339 Sökandens argument att villkoren i punkt 35 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet inte är uppfyllda kan således inte godtas.

[utelämnas]

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Canon Inc. ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.

3) Europeiska unionens råd ska bära sina rättegångskostnader.

Marcoulli

Frimodt Nielsen

Norkus

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 maj 2022.

Underskrifter