

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Sendt til: fuldmægtig Katrine Sofie Hansen (ksh@kfst.dk) og Chefkonsulent Nanna
Vejen Snitkjær (nvh@kfst.dk)

Vesterbrogade 32
1620 København V

Telefon 33 43 70 00
mail@danskeadvokater.dk
www.danskeadvokater.dk

30. august 2024

Dok.nr. D-2024-033193

Høringssvar over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til vejledning om anmeldelse af fusioner under de almindelige omsætningstærskler

Danske Advokater takker for muligheden for at afgive høringssvar. Dette høringssvar er udarbejdet i samarbejde med Danske Advokaters fagudvalg for konkurrenceret.

Overordnede bemærkninger

Danske Advokater mener, at Vejledningen på en række punkter ikke i tilstrækkelig grad imødekommer de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, som vi rejste i vores høringssvar af 20. december 2023.¹ Vejledningen bidrager ikke i tilstrækkeligt omfang til at afklare, hvornår KFST konkret kan og vil kræve fusioner anmeldt under de almindelige omsætningstærskler.

Efter Danske Advokaters opfattelse kan de nævnte betænkeligheder delvist imødekommes, hvis det i vejledningen præciseres:

- (i) hvordan KFST i anvendelsen af de nye regler i konkurrencelovens § 12, stk. 6, konkret vil forvalte den prioriteringsadgang, som styrelsen er tillagt efter konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt., og
- (ii) hvornår fusionsparterne *ikke* kan siges at have ”fortroligholdt fusionsaftalen”, og KFST derfor som udgangspunkt *ikke* vil kræve en fusion anmeldt under de almindelige omsætningstærskler efter udløbet af 3-månedersperioden i konkurrencelovens § 12, stk. 6, 4. pkt. (men inden udløbet af 6-månedersperioden i § 12, stk. 6, 6. pkt.) under henvisning til, at der foreligger ”særlige omstændigheder”, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 6, 4. pkt.

¹ Høring over udkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven

Uddybende bemærkninger og forslag til ændringer

Præcisering af, hvordan KFST vil forvalte sin prioriteringsadgang

Som nærmere beskrevet i Danske Advokaters høringssvar af 20. december 2023 er det vores opfattelse, de nye regler om anmeldelse af fusioner under de almindelige omsætningstærskler indebærer en svækkelse af danske virksomheders retssikkerhed. Retssikkerhedens svækkes idet transaktionssikkerheden mindskes, og transaktionsomkostningerne forøges for parter til fusioner, der ikke opfylder de almindelige omsætningstærskler efter konkurrenceloven, når parterne dog har en samlet omsætning i Danmark på mindst 50 mio. kr.

Efter Danske Advokaters opfattelse kunne denne usikkerhed have været reduceret eller helt elimineret for visse virksomheder, hvis man havde begrænset de nye regler til visse konkrete sektorer. I Regeringens tech-udspil fra august 2021 var det da også angivet, at der skulle gennemføres nærmere undersøgelser med henblik på at vurdere, om en - på daværende tidspunkt – eventuel fremtidig call-in ordning skulle begrænses til visse sektorer.² Danske Advokater er dog ikke bekendt med, at en sådan undersøgelse faktisk blev gennemført, og det senere fremsatte og vedtagne lovforslag indeholder som bekendt ingen begrænsninger med hensyn til, hvilke sektorer der er omfattet af de nye call-in regler.

Efter konkurrencelovens § 15, stk. 1, 3. pkt., har KFST en prioriteringsadgang og styrelsen er derfor ikke forpligtet til at kræve fusioner anmeldt under de almindelige tærskelværdier, uanset at styrelsen i et konkret tilfælde måtte vurdere, at betingelserne for at kræve en transaktion anmeldt i medfør af konkurrencelovens § 12, stk. 6, er opfyldt.³ Dette fremhæves også på side 8 i Vejledningen.

Danske Advokater foreslår, at KFST i Vejledningen præciserer, hvordan styrelsen vil forvalte sin prioriteringsadgang ved positivt at afgrænse de specifikke sektorer, som styrelsen – indtil videre – vil prioritere at kræve anmeldt.

Herved vil virksomheder, som ikke er aktive inden for de pågældende sektorer, kunne opnå sikkerhed for, at en påtænkt eller gennemført transaktion ikke senere kræves anmeldt af KFST, uden derved først at skulle afholde tid og betydelige omkostninger til ekstern juridisk bistand og til at indgå i dialog med styrelsen (idet det bemærkes, at sådanne omkostninger ofte ikke vil stå i rimeligt forhold til den begrænsede transaktionsværdi).

Danske Advokater foreslår i den forbindelse, at KFST foreløbigt positivt afgrænser sin prioritering til at omfatte den digitale sektor og lægemiddelindustrien. Det er de to sektorer, der i Kommissionens vejledning om henvisning af sager under fusionsforordningens artikel 22 fremhæves som de mest oplagte eksempler på sektorer, hvor fusioner kan have en betydelig indvirkning på konkurrencen, selvom de ikke er underlagt fusionskontrol efter fusionsforordningen eller national lovgivning.⁴ Det er Danske Advokaters opfattelse, at tilsvarende må gøre sig gældende herhjemme.

I de almindelige bemærkninger til konkurrencelovens § 12, stk. 6, fremhæves den digitale sektor og medicinalindustrien (samt den finansielle sektor) da også netop som

² Regeringen, Erhvervsministeriet, "*Tech-giganter: mere retfærdig konkurrence og bedre forbrugerbeskyttelse*", august 2021, side 10.

³ Se herved Folketingstidende 2023-24, tillæg A, L 121 som fremsat, side 7; Folketingstidende 2014-15, tillæg A, L 18 som fremsat, side 8; og Folketingstidende 2004-05, tillæg A, side 1649.

⁴ Kommissionens vejledning om anvendelsen af den henvisningsmekanisme, som er fastlagt i fusionsforordningens artikel 22, på visse kategorier af sager, punkt 10.

eksempler på områder, hvor der er risiko for, at en fusion kan hæmme konkurrencen betydeligt, selvom den ikke opfylder de almindelige omsætningstærskler i konkurrencelovens § 12, stk. 1.⁵

Såfremt senere erfaringer – enten hos KFST, andre konkurrencemyndigheder eller i øvrigt – (mod forventning) måtte vise, at der også inden for andre sektorer måtte være risiko for, at fusioner, som ikke opfylder de almindelige omsætningstærskler i konkurrencelovens § 12, stk. 1, hæmmer konkurrencen betydeligt, vil styrelsen til enhver tid kunne udstede en revideret vejledning, hvor det præciseres, at styrelsen fremadrettet også vil prioritere fusioner inden for den eller de yderligere sektorer. En sådan erfaring kunne f.eks. opnås som led i en sektorundersøgelse efter konkurrencelovens § 15 d eller som led i styrelsens løbende behandling af fusionsager og andre sager inden for konkurrencelovens område.

Vi er opmærksomme på, at en sådan fremgangsmåde betyder, at hvis KFST bliver opmærksom på en fusion inden for en anden sektor end dem, der er prioriteret i Vejledningen, og som kan hæmme konkurrencen betydeligt, selvom den ikke opfylder de almindelige omsætningstærskler i konkurrencelovens § 12, stk. 1, vil KFST ikke kunne kræve, at fusionen anmeldes.

Danske Advokater mener, at hensynet hertil, skal vejes op imod de konsekvenser der vil følge, hvis KFST vælger at holde døren åben for at kræve fusioner anmeldt inden for enhver sektor. Hvis KFST vælger at gå videre med den foreslåede ordlyd af vejledningen, vil det først og fremmest skabe væsentlig retsikkerhed, men det vil også medføre betydelige transaktionsomkostninger for virksomheder inden for alle de andre sektorer, hvor der vel at mærke ikke er nogen erfaringer der tilsiger, at fusioner skulle kunne hæmme konkurrencen betydeligt, selvom de ikke opfylder de almindelige omsætningstærskler i konkurrencelovens § 12, stk. 1. Efter Danske Advokaters opfattelse taler denne afvejning for, at KFST bør vente med at åbne døren for at kræve fusioner anmeldt inden for andre sektorer, til konkrete erfaringer tilsiger det.

Efter Danske Advokaters opfattelse vil dette yderligere væsentligt reducere retsikkerheden og transaktionsomkostninger for de mange transaktioner, som årligt gennemføres på markeder, der historisk har været afgrænset eller overvejet afgrænset lokalt. En væsentlig del af disse transaktioner opfylder ikke konkurrencelovens almindelige omsætningstærskler, men kan give anledning til usikkerhed i forhold til call-in beføjelsen, som følge af de lokale markedsandele, som sjældent kan opgøres på en entydig måde. En mere tydelig sektorprioritering vil væsentligt medvirke til at nedbringe transaktionsomkostningerne uden for de prioriterede sektorer, og vil dermed forbedre transaktionsklimaet og transaktionsdynamikken på disse områder.

I fravær af ovennævnte, mener Danske Advokater, at Vejledningens tekst i det mindste bør tilpasses, så det fremgår mere klart, at call-in er undtagelsen, som kræver at der foreligger særlige omstændigheder, og at hovedreglen fortsat er, at fusioner under de almindelige tærskelværdier ikke skal anmeldes. Efter vores opfattelse er det ikke tilstrækkeligt klart udtrykt ved bemærkningen om, at "*Konkurrencelovens § 12, stk. 6, er forudsat kun at ville blive anvendt i særlige tilfælde*" (vores understregning).

I øvrigt bemærkes, at Vejledningens afsnit 2.5 indeholder et underafsnit med titlen "*Eksempler på sager Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen potentielt vil prioritere*" (vores understregning), men at KFST imidlertid i det pågældende afsnit nærmere synes at beskrive, hvilke fusioner styrelsen kan kræve anmeldt. På Vejledningens side

⁵ Folketingstidende 2023-24, tillæg A, L 121 som fremsat, side 5.

8, herunder i boks 2.2, angiver styrelsen således en række eksempler på tilfælde, hvor den kvalitative betingelse potentielt vil kunne være opfyldt, og ikke en række eksempler på, hvornår styrelsen faktisk vil prioritere at undersøge en transaktion, der opfylder den kvalitative (og kvantitative) betingelse. Efter Danske Advokaters opfattelse bidrager det pågældende afsnit i sin nuværende form således ikke i tilstrækkelig grad til at mindske usikkerheden med hensyn til, hvornår KFST konkret vil gøre brug af sin kompetence til at kræve fusioner anmeldt under de almindelige omsætningstærskler i medfør af konkurrencelovens § 12, stk. 6.

Præcisering af, hvornår en fusionsaftale anses for at være fortroligholdt

Efter konkurrencelovens § 12, stk. 6, 4. pkt., kan KFST ikke kræve en fusion anmeldt senere end 3 måneder efter at en fusionsaftale er indgået, et overtagelsestilbud er offentliggjort eller en kontrollerende andel er erhvervet, medmindre der foreligger ”særlige omstændigheder”. Hvor der foreligger særlige omstændigheder, kan styrelsen senest kræves fusionen anmeldt 6 måneder efter dens gennemførelse, jf. § 12, stk. 6, 6. pkt.

Det præciseres i de specielle bemærkninger til konkurrencelovens § 12, stk. 6, og på Vejledningens side 7, at sådanne særlige omstændigheder f.eks. kan foreligge, ”*hvor fusionsparterne har fortroligholdt fusionsaftalen, herunder for at undgå, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle blive opmærksom på fusionsaftalen*”.⁶

Det præciseres imidlertid ikke nærmere i forarbejderne, hvornår en fusionsaftale kan anses for at være ”fortroligholdt”. Ligeledes angiver Vejledningen ikke en nærmere præcisering af hvornår styrelsen – som led i sin prioriteringsadgang – vil undlade at kræve en fusion anmeldt under de almindelige omsætningstærskler efter udløbet af 3-månedersperioden (men inden udløbet af 6-månedersperioden), under henvisning til, at parterne efter styrelsens opfattelse ikke kan siges at have fortroligholdt fusionsaftalen.

Efter Danske Advokaters opfattelse må det i sin natur have den absolutte undtagelses karakter, at det forhold, at fusionsparterne ikke har offentliggjort fusionen, skulle udgøre særlige omstændigheder, og det bør kun dække, at fortroligholdelsen sker med omgåelse for øje.

Da det må anses for at udgøre et væsentligt usikkerhedsmoment og et betydeligt indgreb i fusionspartenes kommercielle frihed, når KFST indtil 6 måneder efter en fusions gennemførelse kræver fusionen anmeldt under de almindelige omsætningstærskler – navnlig i de tilfælde, hvor styrelsen ultimativt forbyder fusionen eller gør den betinget af tilsagn – må det efter Danske Advokaters opfattelse i videst muligt omfang tilstræbes, at fusionsparter opnår klarhed over, hvornår de konkret risikerer, at en gennemført fusion kræves anmeldt.

Danske Advokater foreslår derfor, at KFST i Vejledningen negativt afgrænser en række tilfælde, hvor styrelsen ikke vil prioritere at kræve en fusion anmeldt under henvisning til, at fusionsparterne ikke efter styrelsens opfattelse med tilstrækkelig sikkerhed kan siges at have fortroligholdt fusionsaftalen.

Sådanne tilfælde kan efter Danske Advokaters opfattelse med fordel afgrænses til at omfatte i hvert fald følgende fire tilfælde:

⁶ Folketingstidende 2023-24, tillæg A, L 121 som fremsat, side 25 f.

- (i) hvor en eller begge fusionsparter har offentliggjort en pressemeddelelse på deres hjemmeside eller andre online-medier i forbindelse med, at fusionsaftalen er indgået m.v.;
- (ii) hvor fusionen er blevet omtalt i den almindelige presse, herunder i en eller flere almindeligt anerkendte aviser eller branchemedier i forbindelse med, at fusionsaftalen er indgået m.v.;
- (iii) hvor en ændring i ejerforholdene er blevet registreret i Det Centrale Virksomhedsregister (CVR), umiddelbart efter at en majoritetsandel i target-virksomheden er erhvervet, således at styrelsen har haft tilstrækkelig tid til at opnå kendskab til fusionen og stille fusionsparterne spørgsmål herom;⁷ og
- (iv) hvor fusionsparterne har anmeldt fusionen til en eller flere andre nationale konkurrencemyndigheder i EU, inden eller umiddelbart efter, at fusionsaftalen er indgået m.v., således at styrelsen har haft tilstrækkelig tid til at opnå kendskab til fusionen og stille fusionsparterne spørgsmål herom.

I fravær af nærmere retningslinjer for, hvornår KFST vil eller ikke vil anse en fusionsaftale for at være fortroligholdt, er der efter Danske Advokaters opfattelse en stor retsusikkerhed. Der vil være en reel risiko for, at virksomheder, der ikke efter egen opfattelse har fortroligholdt en fusionsaftale, risikerer at blive pålagt at anmelde en allerede gennemført fusion under henvisning til, at styrelsen vurderer forholdet anderledes. Det kan gøre det nødvendigt for virksomheder i højere grad end ellers at bruge både egne og i særdeleshed KFSTs ressourcer på proaktivt at gøre KFST opmærksom på fusioner. På den måde kan virksomheder begrænse risikoen for, at KFST kræver fusionerne anmeldt, til en periode på 3 måneder efter, at fusionsaftalen er indgået m.v. I den forbindelse bemærkes, at det efter Danske Advokaters opfattelse typisk vil kræve ikke-ubetydelige juridiske og/eller økonomiske analyser at udarbejde de oplysninger, som KFST ifølge boks. 3.1 på Vejledningens side 11 kan have brug for, til at vurdere, om en fusion under de almindelige omsætningstærskler skal kræves anmeldt.

Danske Advokater bemærker desuden, at det ikke er usædvanligt, at virksomheder intet offentliggør i forbindelse med opkøb af små virksomheder. Dette navnlig hvis transaktionsværdien konkret er relativt begrænset, og den pågældende køber jævnligt gennemfører opkøb af større værdi, idet det pågældende opkøb således ikke nødvendigvis vurderes at have stor betydning for aktionærer, samarbejdspartnere og andre relevante interessenter. Fravær af en pressemeddelelse eller medieomtale kan således ikke i almindelighed ses som udtryk for, at fusionsparterne ønsker at fortroligholde en fusionsaftale, herunder for at undgå at styrelsen skulle blive opmærksom på transaktionen. Danske Advokater *foreslår* derfor, at det i det mindste angives i Vejledningen, at fravær af en pressemeddelelse eller medieomtale ikke i sig selv udgør et indicie for, at fusionsparterne har fortroligholdt fusionsaftalen for at undgå, at styrelsen skulle blive opmærksom på transaktionen. Det må således inddrages i vurderingen af dette spørgsmål, hvad der er sædvanlig markedspraksis på sammenlignelige transaktioner, herunder hvad parterne sædvanligvis har gjort i andre transaktionssammenhænge.

⁷ Det bemærkes, at Erhvervsstyrelsen – så vidt Danske Advokater er bekendt – løbende ajourfører sig med ændringer i CVR med henblik på at identificere transaktioner, der potentielt falder inden for investeringsscreeningslovens anvendelsesområde. En tilsvarende ordning kunne implementeres hos KFST med henblik på så tidligt som muligt at identificere fusioner, som styrelsen potentielt vil kræve anmeldt efter konkurrencelovens § 12, stk. 6.

Øvrige bemærkninger (korrekturrettelser)

Det anføres på Vejledningens side 12, boks 3.2, at "*Virksomhed A benytter inden fusionen eget indsamlet data. Det vil tage andre aktører mange år at indsamle lige så meget og lige så detaljeret data, som Virksomhed B er i besiddelse af. Virksomhed B indsamler gennem deres egen app data om nogle specifikke kunder, som de sælger til flere konkurrenter og til virksomhed A*". Medmindre den midterste sætning rettelig burde have henvist til "*Virksomhed A*" (og således rettelig knytter sig til sætningen umiddelbart før vedrørende Virksomhed A's eget indsamlet data), foreslås sætningen flyttet til efter den efterfølgende sætning (som omhandler Virksomhed B's indsamling af data) for at undgå misforståelser.

Det anføres på Vejledningens side 14, boks 3.3, at "*Senest 15 hverdage herefter, dvs. den 24. januar 2024, skal styrelsen kræve fusionen anmeldt*" (vores understregning), og i den tilhørende illustrative tidslinje, at styrelsen kan kræve fusionen anmeldt senest "*22. november 2025*" (vores understregninger). I begge tilfælde burde datoen rettelig være den 24. januar 2025.

Det fremgår af Vejledningens side 8, at styrelsen "*vil normalt ikke anse fusioner for at være i risiko for at hæmme den effektive konkurrence betydeligt, hvis de umiddelbart opfylder kriterierne for forenklet anmeldelse i § 3, stk. 1, litra 3 og 4, i bekendtgørelse nr. 690 af 25. maj [...]*" (vores understregning). Det understregede foreslås ændret til "*nr.*".

Afsluttende bemærkninger:

Danske Advokater står gerne til rådighed for uddybende spørgsmål eller dialog.

Med venlig hilsen

Nikoline Sneholt, Juridisk konsulent