

Konkurrens- lagens regler om företags- koncentration

Betänkande av Konkurrenslagsutredningen
SOU 1998:98

Innehåll

Förkortningar	9
Sammanfattning	11
Summary	17
Författningsförslag	23
1 Inledning.....	37
1.1 Bakgrund.....	37
1.2 Direktiven.....	38
1.3 Utredningsarbetets genomförande	39
2 Den ekonomiska bakgrunden m.m.	41
2.1 Inledning	41
2.2 Den marknadsekonomiska bakgrunden	41
2.3 Förvärvs- och koncentrationsutvecklingen	46
2.3.1 Förvärvsutvecklingen.....	46
2.3.2 Koncentration.....	51
2.3.3 Koncentrationsutvecklingen i det svenska näringslivet....	53
3 EG-rätt.....	57
3.1 Inledning	57
3.2 Allmän konstruktion	58
3.3 Begreppet koncentration	59
3.3.1 Sammanslagning av tidigare självständiga företag	62
3.3.2 Förvärv av kontroll.....	62
3.3.3 Gemensamma företag.....	78
3.3.4 Accessoriska begränsningar	84

3.4	Gräns för prövningsområdet, m.m.	91
3.4.1	Gemenskapsdimension.....	91
3.4.2	Berörda företag	93
3.4.3	Beräkning av omsättning.....	103
3.5	Bedömningskriterier, m.m.	112
3.5.1	Närmare om begreppet dominerande ställning, m.m.	114
3.5.2	Förenlighet med den gemensamma marknaden	127
3.6	Anmälning- och handläggnings-förfarandet.....	128
3.6.1	Anmälan	128
3.6.2	Uppskjutande av koncentrationer	132
3.6.3	Handläggningsförfarandet, m.m.....	134
3.6.4	Sekretess	139
3.6.5	Sanktioner	140
3.6.6	Överklagande av beslut.....	140
3.7	Ärenden.....	142
4	Några utländska kontrollsystem	143
4.1	Inledning	143
4.2	USA.....	143
4.2.1	Allmän konstruktion	143
4.2.2	Närmare om förvärvsbegreppet.....	145
4.2.3	Gränser för vilka förvärv som prövas	146
4.2.4	Kriterier för ingripande.....	147
4.2.5	Anmälningregler.....	148
4.3	Kanada	149
4.3.1	Allmän konstruktion	149
4.3.2	Närmare om förvärvsbegreppet.....	150
4.3.3	Gränser för vilka förvärv som prövas	152
4.3.4	Kriterier för ingripande.....	153
4.3.5	Anmälningregler.....	153
4.4	Frankrike	154
4.4.1	Allmän konstruktion	154
4.4.2	Begreppet koncentration	155
4.4.3	Gränser för vilka förvärv som prövas	156
4.4.4	Kriterier för ingripande.....	156
4.4.5	Anmälningregler.....	157
4.5	Storbritannien.....	157
4.5.1	Allmän konstruktion	157
4.5.2	Närmare om förvärvsbegreppet.....	159
4.5.3	Gränser för vilka förvärv som prövas	159
4.5.4	Kriterier för ingripande.....	160
4.5.5	Anmälningregler.....	160

4.6	Tyskland.....	161
4.6.1	Allmän konstruktion	161
4.6.2	Närmare om begreppet sammanslagning, m.m.	162
4.6.3	Gränser för vilka förvärv som prövas	163
4.6.4	Kriterier för ingripande.....	164
4.6.5	Anmälningsregler, m.m.....	167
4.7	Irland	168
4.7.1	Allmän konstruktion	168
4.7.2	Närmare om förvärvsbegreppet.....	169
4.7.3	Gränser för vilka förvärv som prövas	169
4.7.4	Kriterier för ingripande.....	170
4.7.5	Anmälningsregler.....	171
4.8	Finland	172
4.8.1	Bakgrund.....	172
4.8.2	Närmare om begreppet företagsförvärv	174
4.8.3	Prövningsområdet	175
4.8.4	Anmälnings- och handläggningsförfarandet, m.m.	175
4.9	Norge.....	176
4.9.1	Allmän konstruktion	176
4.9.2	Närmare om förvärvsbegreppet.....	177
4.9.3	Gränser för vilka förvärv som prövas	177
4.9.4	Kriterier för ingripande.....	178
4.9.5	Anmälningsregler.....	178
5 Tidigare lagstiftning		179
5.1	Inledning	179
5.2	1982 års konkurrenslag	179
5.2.1	Bakgrund.....	179
5.2.2	Förvärvskontrollens utformning	183
5.2.3	Förfarandet, m.m.....	186
5.2.4	Ärenden.....	186
5.3	Konkurrenskommitténs förslag.....	187
6 Nuvarande ordning.....		191
6.1	Inledning	191
6.2	Konkurrenslagens bestämmelser om kontroll av företagsförvärv	192
6.2.1	Bakgrund.....	192
6.2.2	Allmän konstruktion	194
6.2.3	Begreppet företag.....	194
6.2.4	Begreppet företagsförvärv.....	195
6.2.5	Regeln om förbud mot företagsförvärv.....	201

6.2.6	Territoriell begränsning	204
6.2.7	Anmälningsregler, m.m.....	205
6.2.8	Prövningsförfarandet, m.m.	210
6.3	Sekretess, m.m.	212
6.3.1	Bestämmelser i tryckfrihetsförordningen	212
6.3.2	Sekretesslagen, m.m.....	213
6.4	Ärenden, m.m.....	223
7 Synpunkter under utredningsarbetet		231
7.1	Inledning	231
7.2	Utredningens preliminära förslag	234
7.3	Sammanfattning av remissyttranden över förslaget.....	235
8 Överväganden och förslag		239
8.1	Skäl för och emot förvävsregler i KL.....	240
8.2	Hur bör reglerna vara utformade?.....	242
8.3	Gränser för vilka koncentrationer som prövas.....	244
8.4	Bedömningskriterier.....	246
8.5	Bör den generella anmälningsskyldigheten avskaffas? ..	248
8.6	Behov av ett informellare förfarande	252
9 Ekonomiska konsekvenser m.m.		257
9.1	Inledning	257
9.2	Ekonomiska konsekvenser	257
9.3	Övriga frågor.....	258
10 Ikraftträdande		259
11 Författningskommentar		261
<i>Bilaga 1.....</i>		<i>273</i>
<i>Bilaga 2.....</i>		<i>297</i>
<i>Bilaga 3.....</i>		<i>307</i>
<i>Bilaga 4.....</i>		<i>311</i>
<i>Bilaga 5.....</i>		<i>315</i>
<i>Litteraturförteckning</i>		<i>319</i>

Till betänkandet hör även en bilagedel

Förkortningar

Ds	Departementsserien
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	Europeiska frihandelssammanslutningen
EG	Europeiska gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska unionen
FL	Förvaltningslagen (1986:223)
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
MD	Marknadsdomstolen
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
Prop.	Proposition
RomF	Romfördraget
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SPK	Statens pris- och konkurrensverk
TF	Tryckfrihetsförordningen
ÄKL	Konkurrenslagen (1982:729)

Sammanfattning

I betänkandet redovisas erfarenheter av och synpunkter på konkurrenslagens (1993:20) regler om kontroll av företagsförvärv. Vidare redovisas överväganden om behovet och utformningen av lagregler av detta slag. Våra slutsatser är bl.a.

- att konkurrensrättslig kontroll av företagskoncentrationer alltjämt behövs
- att de svenska kontrollreglerna bör utformas med gemenskapsrättens motsvarande bestämmelser som förebild
- att avgränsningen av kontrollområdet inte bör ändras
- att den generella anmälningsskyldigheten i princip bör behållas men till viss del inskränkas
- att det föreligger behov av en mer informell ordning vid Konkurrensverkets förberedande handläggning av ärenden om företagskoncentrationer
- att regler om sträng sekretess krävs för det förberedande informella förfarandet

Utredningsuppdraget

Vi har i tidigare utredningsarbete sammanställt erfarenheter av och synpunkter på konkurrenslagens (KL) allmänna utformning och tillämpning samt lämnat förslag till ändring av lagen i vissa delar. Detta har redovisats i vårt tidigare betänkande (SOU 1997:20) Konkurrenslagen 1993 – 1996.

I enlighet med tilläggsdirektiv till utredningen behandlas här KL:s regler om kontroll av företagsförvärv.

Skäl för och emot förvärvsregler i KL

Vi har försökt belysa den ekonomisk-vetenskapliga, teoretiska och erfarenhetsmässiga, grunden för regler om förvärvskontroll. Detta har skett främst genom expertstudier. Studierna bestyrker att företagskoncentrationer i vissa fall har effekter som från allmän synpunkt bör motverkas. Som helhet ger studierna emellertid också en klar bild av att det är mycket svårt att ange allmängiltiga grunder och preciserade regler för en förvärvsprövning.

Sammantaget ger det material som genom expertstudierna och i övrigt har kommit fram under vår utredning stöd för uppfattningen att lagregler om kontroll av företagskoncentrationer alltjämt behövs.

Vår slutsats är alltså att regler om kontroll av företagskoncentrationer också i fortsättningen skall ingå i KL. Med hänsyn till den osäkerhet som råder om de ekonomiska bedömningarna och effekterna av olika ingripanden bör dock prövningen gälla endast större koncentrationer. Vidare bör dessa ingripanden ske bara i fall som har stor ekonomisk vikt från samhällssynpunkt och där bedömningen är relativt säker.

Hur bör reglerna vara utformade?

Vi har inte i andra nationella lagar funnit några speciella problemlösningar som det finns skäl att lägga till grund för ändrade svenska regler. Mot denna bakgrund anser vi att det finns två huvudalternativ för utformning av det materiella innehållet i KL:s förvärvsregler:

- att behålla de nuvarande reglernas allmänna form
- att utforma regler i så nära överensstämmelse med EG:s regelsystem som möjligt

För ett bibehållande av de nuvarande reglerna talar främst att begreppet företagsförvärv är förhållandevis klart avgränsat och har belysts i många ärenden hos Konkurrensverket. Mot användning av begreppet talar bl.a. att det kan det anses för snävt genom att det inte omfattar koncentrationsåtgärder av annat slag än förvärv och även fångar in sådana förvärv som är ointressanta från kontrollsynpunkt.

För att begreppet koncentration läggs till grund för prövningsreglerna i KL talar bl.a. att marknadsmakt och skadliga effekter kan skapas genom andra koncentrationsåtgärder än äganderättsövergång, att begreppet koncentration är vedertaget i gemenskapsrättens regelsystem,

att dess tillämpning där, såvitt känt, inte skapar några allvarigare tillämpningsproblem, att konkurrenslagstiftningen i övrigt till väsentlig del är konstruerad efter förebild av gemenskapsrätten samt att en ökad harmonisering med den gemenskapsrättsliga terminologin sannolikt underlättar tillämpningen av koncentrationskontrollreglerna i såväl Sverige som EG och den samverkan mellan nationella myndigheter och EG:s organ som är förutsatt i EG-systemet.

Även de tillämpningsproblem som nu föreligger vid prövning av gemensamma företag och accessoriska begränsningar kommer i allt väsentligt att upphöra vid en anpassning till det gemenskapsrättsliga systemet.

Vi föreslår alltså att KL:s förvävsregler anpassas till EG-modellen.

Gränser för vilka koncentrationer som prövas

På motsvarande sätt som enligt nuvarande ordning bör kontrollen av företagskoncentrationer ses som en undantagsåtgärd och bara vissa större företagskoncentrationer bör prövas.

I frågan om formen för avgränsning av kontrollområdet föreslås att nuvarande konstruktionen med tröskelvärde i form av omsättningsgräns behålls. Denna regel är förhållandevis enkel att tillämpa både för konkurrensmyndigheterna och företagen.

Gränsen för kontrollområdet bör anges i lagen. Att i själva lagen ange undantag för de olika typer av koncentrationer som kan antas sakna betydelse från konkurrenssynpunkt framstår från lagtekniska utgångspunkter som mindre lämpligt. För dessa fall föreslår vi en lösning som innebär ett förenklat anmälnings- och handläggningsförfarande.

Viss kritik har riktats mot nivån på omsättningsgränsen fyra miljarder kronor. Därvid har framlagts förslag om att nivån bör höjas. Den kartläggning av inom landet verksamma företag och av förvävsaktiviteten under perioden 1993-97 som genomförts på uppdrag av utredningen ger emellertid inte underlag för att nu föreslå någon ändring av nivån på denna omsättningsgräns.

Bedömningskriterier

Den nuvarande svenska förvävskontrollen har – efter förebild av gemenskapsrätten – utformats för att möjliggöra ingripanden mot sådana förvärv som är skadliga för konkurrensen och samhälls-ekonomin. De bedömningskriterier som nu anges i lagen måste i dessa

delar i allt väsentligt också anses motsvara de bedömningskriterier som gäller enligt gemenskapsrätten.

Vi har med hänsyn till det angivna inte funnit skäl att nu föreslå andra bedömningskriterier än de som gäller enligt nuvarande ordning (34 § KL).

Bör den generella anmälningsskyldigheten avskaffas?

Genom KL infördes regler som innebär ett avgränsat kontrollområde och generell anmälningsskyldighet enligt förebild av reglerna i EG.

Vårt förslag innebär att KL:s huvudregler om kontroll av företagsförvärv ytterligare anpassas till gemenskapsrätten.

Vi konstaterar att det mot denna bakgrund synes krävas tungt vägande skäl om en ordning utan generell anmälningsskyldighet skall återinföras.

För en ordning med generell anmälningsskyldighet med tidsfrister talar särskilt tidsvinsten och att man uppnår en viss formell stadga i kontrollsystemet. Även konkurrensmyndighetens subjektiva bedömning i frågan om anmälningsplikt begränsas vid generell anmälningsskyldighet, vilket ökar förutsägbarheten och rättssäkerheten i kontrollsystemet. Ett sådant system har också den fördelen att konkurrensmyndigheten tidigt får relevant information om förvärvet. Systemet motverkar också uppkomsten av en situation där förvärvande företaget söker överaska konkurrensmyndigheten med att omedelbart integrera det förvärvade företaget i sin verksamhet.

De skäl som kan anföras mot ett system med generell anmälningsskyldighet är att anmälningsskyldigheten ofta är förenad med omfattande krav på uppgiftslämnande till konkurrensmyndigheten, vilket kan göra en anmälan komplicerad och kostsam för företagen.

De kan dock framhållas att de olägenheter som den i KL föreskrivna anmälningsskyldigheten orsakar företagen har minskat betydligt i omfattning genom de ändrade regler som gäller fr.o.m. den 1 juli 1997.

Ett prövningssystem som saknar regler om generell anmälningsskyldighet förutsätter regler om frivillig anmälan. Ett sådant system förutsätter också att konkurrensmyndigheten har en sådan samlad kunskap att uppkomna fall snabbt kan bedömas. Frågan om hur en anmälan i sådant fall skall vara beskaffad innefattar flera problem rörande bl.a. form och innehåll i anmälan, tidsfrister och rättsverkningar. Vidare måste det läggas en väsentlig uppgiftsbörda på företagen även i ett system byggt på frivilliga anmälningar.

Ett förenklat anmälningsförfarande – där uppgiftslämnandet i vissa fall begränsas till att avse centrala uppgifter – är möjlig enligt gällande

ordning och kan också antas komma att omfatta ett inte obetydligt antal av de anmälningsskyldiga förvärven.

Även en ordning som innebär ett ökat utrymme för informella kontakter mellan Konkurrensverket och de berörda företagen kan antas bidra till att minska uppgiftslämnarbördan för företagen och nedbringa handläggningstiden. Vi framhåller i detta sammanhang det angelägna i att en sådan ordning tillskapas.

Mot bakgrund av det anförda föreligger för närvarande inte tillräckliga skäl att föreslå att reglerna i KL om generell anmälningsskyldighet skall upphävas.

Kritik har riktats mot att nuvarande ordning medför att många företagsförvärv som saknar betydelse för konkurrensen och samhälls-ekonomi faller inom området för den generella anmälningsskyldigheten.

Vad gäller den generella anmälningsskyldighetens omfattning kan noteras att antalet förvärv som har anmälts under andra halvåret 1997 är mindre än hälften av det antal ärenden som anmäldes under motsvarande period 1996 respektive första halvåret 1997. Många av de anmälda förvärven har saknat eller haft ringa betydelse för konkurrensen och samhälls-ekonomi. Konkurrensverket har inte heller funnit anledning att anmoda förvärvsparterna att anmäla något förvärv.

Vi föreslår mot denna bakgrund en viss ytterligare inskränkning av den generella anmälningsskyldigheten genom att bestämmelsen i 37 § första stycket KL formuleras så att en koncentration skall anmälas till Konkurrensverket om 1) de berörda företagen tillsammans har en omsättning föregående räkenskapsår som överstiger fyra miljarder kronor och 2) minst två av de berörda företagen driver verksamhet inom landet och i denna verksamhet har en omsättning föregående räkenskapsår som överstiger 200 miljoner kronor för vart och ett av företagen.

Behov av ett informellare förfarande

Företagskoncentrationer som faller inom det konkurrensrättsliga prövningsområdet rör många gånger betydande samhällsintressen och stora ekonomiska värden. Den ekonomiska omsättningen ställer normalt höga krav på en skyndsam och effektiv handläggning av sådana ärenden. Det föreligger både från allmän och näringslivets synpunkt ett starkt intresse av att det konkurrensrättsliga systemet för kontroll av företagskoncentrationer är ändamålsenligt utformat och fungerar och tillämpas på ett så effektivt och rättssäkert sätt som är möjligt.

En ordning som ger ökat utrymme för ett mer informellt handlägningsförfarande i ärenden som rör koncentrationer och som ger ökat utrymme för informella kontakter mellan Konkurrensverket och berörda företag i det enskilda fallet framstår som oundgängligen nödvändig för att effektivisera handläggningen i dessa ärenden.

Det bör lämpligen överlämnas till Konkurrensverket att överväga den närmare utformningen och tillämpningen av en sådan ordning. Det kan dock framhållas att gemenskapsrättens ordning med s.k. pre-notification i tillämpliga delar bör kunna tjäna som förebild. Även de mer informella handlägningsformer som tillämpas i bl.a. USA och Storbritannien bör kunna ge viss vägledning i detta hänseende.

Både tryckfrihetsförordningens bestämmelser om allmän handling och sekretesslagens regler i fråga om sekretess kan dock väsentligt försvåra möjligheten till en mer informell handlägningsordning, främst vad gäller förutsättningar för informella kontakter mellan Konkurrensverket och de berörda företagen.

Vi konstaterar att en förenklad handlägningsordning inte kan genomföras utan ett ökat sekretesskydd för sådana uppgifter som företagen lämnar till Konkurrensverket innan en formell anmälan enligt 37 § sker. Vi förslår därför att sekretesskyddet för sådana uppgifter görs absolut och att denna sekretess gäller fram till den tidpunkt när anmälan lämnas in till verket. Efter denna tidpunkt bör sekretess gälla för uppgifterna i samma omfattning som enligt nuvarande ordning.

Summary in English

The report presents experiences gained from and views on the rules relating to merger control in the Competition Act (1993:20). Considerations concerning the need for and design of legal provisions of this type are also presented. The conclusions include:

- that control of concentration between undertakings by means of competition law is still needed
- that the Swedish control rules should be designed with the corresponding Community Law as a model
- that the scope of the control should not be altered
- that the general obligation of notification should be retained in principle but should to a certain extent be modified
- that there is a requirement for a more informal procedure during the Competition Authority's preparatory handling of cases dealing with mergers
- that strict confidentiality rules are necessary for the initial, informal procedure.

Terms of reference

We have in earlier reports compiled experiences of and views on the general design and application of the Competition Act (KL) and submitted proposals for amendments to the law in some parts. This is contained in our earlier report (SOU 1997:20) the Competition Act 1993 - 1996.

In accordance with an additional directive to the commission, KL's rules concerning merger control are dealt with in this report.

Arguments for and against merger rules in KL.

We have tried to elucidate the scientific economic, theoretical and empirical, grounds for rules relating to merger control. This has mainly been done through expert studies. These studies confirm that concentration between undertakings in some cases have effects that from society's point of view ought to be counteracted. As a whole, the studies do however give a clear picture of the difficulty in stating generally applicable grounds and specific rules for an examination procedure.

All in all, the material that has emerged from the expert studies and otherwise in our deliberations supports the opinion that legal provisions concerning concentration between undertakings are still needed.

Our conclusion is that provisions on merger control should also in future be included in KL. Taking into consideration the uncertainty that exists concerning economic assessments and the effects of various measures, only larger concentrations should be examined. Furthermore, intervention should only take place in cases that are of considerable economic weight from the society point of view and when a relatively safe appraisal of the concentration can be established.

How should the rules be designed?

We have not found any particular solutions in other national laws which should be used as a basis for amending KL. Against this background, we are of the opinion that there are two main alternatives for the design of the material contents of KL's merger rules:

- to retain the general form of the current rules
- to model rules in the closest possible conformity with Community Law

An argument in favour of retaining the current rules is that the concept of company acquisition is comparatively clearly defined and has been elucidated by the Competition Authority in many cases. One argument against this concept is that it may be regarded as too narrow, since it does not include all concentration measures. Further, it also embraces acquisitions which are not interesting from a control point of view.

Some of the arguments for basing the legislation on the concept of concentration are that market power and damaging effects can be

created by other means of concentration than transfer of ownership, that the concept of concentration is established in Community Law, that its application in that system has not - as far as is known - created any major problem, that the Swedish national competition legislation in other areas already is to a considerable extent modelled on Community Law, that an increased harmonisation with Community Law terminology most likely facilitates the application of the concentration control rules in the national system as well as in the Community and also the co-operation between national and Community authorities, which is presumed in the Community system.

Also the application problems that now exist in connection with examination of joint ventures and ancillary restraints will to a large extent be eliminated on an adjustment to Community Law.

We propose that KL's merger rules be adjusted and modelled in accordance with Community Law.

Scope of control

As in the present system, the control of concentration between undertakings must be seen as an exceptional measure and only major concentrations should be subject to investigation.

As for the question of defining the scope of application of the control, it is proposed that the present construction with a threshold value in the form of a turnover limit is retained. This rule is comparatively easy to apply, both for the competition authorities and the undertakings concerned.

The limits of application should be set out in the law. It appears from a legal technical point of view to be less appropriate to include in the provisions of law any exception to the various types of concentrations that could be assumed to be without any importance from a competition point of view. For these cases we propose a solution which includes a simplified notification and processing procedure.

Some criticism has been directed against the level of the turnover limit, four billion Swedish crowns. Proposals have been submitted for increasing of the limit. However, the survey of companies active within the country, and of merger activity in the period 1993 – 97, that has been carried out at the instigation of the commission, does not at present provide a basis for any proposal for adjustment of the level of this turnover limit.

Appraisal criteria

The present Swedish system for control of acquisitions has - modelled on Community Law - been designed to make it possible to intervene against acquisitions that are deleterious to competition and the national economy. The appraisal criteria set out in the law must, in all essentials, also be regarded as corresponding to the appraisal criteria in force under Community Law.

With reference to the above mentioned we have not found any reason to propose any other appraisal criteria (34 § KL).

Should the obligation of notification be abolished?

KL introduced provisions - modelled on Community Law - which include a limited scope of application and a general obligation of notification.

The proposals we put forward imply a further adjustment of KL's principal provisions concerning merger control to Community Law.

Against this background, we conclude that strong arguments appear to be required for reintroduction of a system where no general obligation to notify exists.

Arguments for a system with general obligation of notification with time limits are, in particular, the saving of time and that a certain formal stability is achieved in the control system. Also the subjective assessment of the Competition Authority with respect to the obligation of notification is limited in this case, which improves the predictability and legal certainty in the control system. Another advantage with this system is that the Competition Authority at an early stage can receive information about a merger. The system also counteracts the emergence of a situation where the acquiring company attempts to surprise the Competition Authority by immediately integrating the acquired company in its business.

The arguments that may be advanced against a system with a general obligation of notification are that the obligation of notification is combined with extensive requirements for providing information to the Competition Authority, which may make a notification complicated and expensive for undertakings.

However, it could be argued that the extent of the inconvenience that the obligation of notification causes undertakings has to a large extent been reduced by the amended rules that apply from 1 July 1997.

A system for control of concentrations which does not include provisions for a general obligation of notification presupposes rules for

voluntary notification. Such a system also presupposes that the Competition Authority has sufficient collected knowledge in order to enable the Authority to appraise cases in a speedy manner. The question of how a notification in such case should be constituted contains several problems concerning, among other things, form and content of the notification, time limits and legal effects. Furthermore, a system with voluntary notification will also lay a considerable burden on undertakings in terms of obligation to submit information.

A simplified notification procedure – where the submission of information in certain cases may be limited to some essential information – is already feasible under the present procedure and can also be expected to include a considerable number of mergers that fall under the obligation of notification.

In addition to this, a procedure which facilitates for more informal contacts between the Competition Authority and the undertakings concerned can be assumed to contribute to a reduction of the burden to provide information and also reduce the processing time. In this connection we emphasise the importance of introducing such a procedure.

Against this background, we have not found strong enough arguments to propose a repeal of the general obligation of notification.

Some criticism has been directed against the present procedures resulting in many acquisitions without importance to competition and the national economy falling within the general obligation of notification.

As regards the general obligation of notification, it is noted that the number of acquisitions notified during the second six months of 1997 is less than half of the number of cases notified during the corresponding period of 1996 and the first six months of 1997 respectively. Also, the Competition Authority has not found any reason to request the acquisition parties to notify any acquisition.

Against this background, we propose a certain further restriction of the general obligation of notification. We propose that § 37 KL be worded so that a concentration should be notified to the Competition Authority if 1) the undertakings concerned had an aggregated turnover in the preceding financial year in excess of four billion Swedish crowns and 2) at least two of the undertakings concerned carry on business within the country and had, in that business, a turnover in the preceding year in excess of 200 million crowns for each of the undertakings.

The need for more informal procedures

Many times concentrations of undertakings falling within the scope of application of the competition law affect matters of considerable public interest and large economic values. Economic turnover normally places great demand on expeditious and efficient processing of such cases. Therefore, there are in the interest of both the public and the trade and industry that procedures for control of concentrations of undertakings are purposefully designed and function in the most efficient way and with legal certainty.

A system providing increased scope for more informal processing in cases concerning concentration, and which provides increased room for informal contacts between the Competition Authority and the undertakings concerned in the individual case, appears to be an absolute necessity in order to make processing more efficient in these cases.

It would be appropriate to leave consideration of the more detailed design and application of such procedures to the Competition Authority. In this context it can be observed that the Community Law procedures with so-called pre-notification could, where applicable, provide a model. Also the more informal processing methods used in USA and the United Kingdom could provide some guidance in this respect.

Both the provisions of the Freedom of the Press Act concerning public documents and the provisions of the Secrecy Act as regards confidentiality may, however, considerably hamper the possibility of a more informal processing system, mainly as regards the possibilities of informal contacts between the Competition Authority and the undertakings concerned.

Förslag till lag om ändring i konkurrens- lagen (1993:20)

Härigenom föreskrivs i fråga om konkurrenslagen (1993:20)

dels att 4 och 68 §§ skall upphöra att gälla,

dels att 34-43, 57, 63 och 67 §§ samt rubrikerna före 34, 37, 38, 39 och 42 §§ skall ha följande lydelse,

dels att i lagen skall införas tre nya paragrafer, 34 a, 37 a och 37 b §§, samt en ny rubrik före 34 a § av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*¹

Föreslagen lydelse

Företagsförvärv

Koncentration

Förbud mot företagsförvärv m. m.

Definition av koncentration

34 §

Stockholms tingsrätt får på talan av Konkurrensverket förbjuda ett företagsförvärv som omfattas av anmälningsskyldighet enligt 37 § eller som har anmälts frivilligt enligt vad som anges där.

Förvärvet skall förbjudas, om
1. *det skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligt hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det, och*

En koncentration enligt denna lag föreligger om

1. *två eller flera tidigare självständiga företag slås samman, eller*

2. *en eller flera personer, som redan kontrollerar minst ett företag, eller ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll över ett eller flera företag eller delar därav.*

Bildandet av ett gemensamt

¹ 34, 41 och 63 §§ har den lydelse som föreslagits i proposition 1997/98:130.

2. detta sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.

Förbud får dock inte meddelas i fråga om förvärv som har skett på en svensk eller utländsk börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad eller genom inrop på exekutiv auktion. I stället får förvärvaren åläggas att avyttra det som har förvärvats.

företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner utgör en koncentration enligt första stycket 2.

Förbud mot koncentration, m.m.

34 a §

Stockholms tingsrätt får på talan av Konkurrensverket förbjuda en koncentration som omfattas av anmälningsskyldighet enligt 37 § eller som har anmälts frivilligt enligt vad som anges där.

Koncentrationen skall förbjudas, om

1. den skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligt hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det, och

2. detta sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.

Förbud får dock inte meddelas i fråga om en koncentration som ägt rum genom förvärv som har skett på en svensk eller utländsk börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad eller genom inrop på exekutiv auktion. I stället får förvärvaren åläggas att avyttra det som har förvärvats.

I den utsträckning bildandet

av ett gemensamt företag som utgör en koncentration enligt 34 § har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga, skall samordningen bedömas enligt kriterierna i 6 och 8 §§.

35 §

Ett förbud mot *ett företagsförvärv* innebär att *förvärvet* därefter blir *ogiltigt*.

Ett förbud mot *en koncentration* innebär att *en rättshandling som utgör ett led i koncentrationen* därefter blir *ogiltig*.

36 §

Om det är tillräckligt för att undanröja de skadliga effekterna av *ett företagsförvärv*, får *förvärvaren* i stället för förbud enligt 34 § åläggas

1. att avyttra ett företag, *en rörelse eller en del av en rörelse*, eller

2. att genomföra någon annan konkurrensfrämjande åtgärd.

Om det är tillräckligt för att undanröja de skadliga effekterna av *en koncentration*, får *en part i koncentrationen* i stället för förbud enligt 34 a § åläggas

1. att avyttra ett företag *eller en del av ett företag*, eller

2. att genomföra någon annan konkurrensfrämjande åtgärd.

Anmälan om företagsförvärv

Anmälan om koncentration

37 §

Ett företagsförvärv skall anmälas till Konkurrensverket *av någon som är part i förvärvsavtalet*, om de berörda företagen tillsammans har en omsättning föregående räkenskapsår som överstiger fyra miljarder kronor.

Om förvärvaren ingår i en grupp som består av flera företag som har gemensamma ägarintressen eller som hålls samman på något annat sätt, skall gruppens sammanlagda

En koncentration skall anmälas till Konkurrensverket om

1. de berörda företagen tillsammans har en omsättning föregående räkenskapsår som överstiger fyra miljarder kronor *och*

2. *minst två av de berörda företagen driver verksamhet inom landet och i denna verksamhet har en omsättning föregående räkenskapsår som överstiger 200 miljoner kronor för vart och ett av företagen.*

årsomsättning anses som förvärvarens årsomsättning.

Skyldighet att anmäla ett företagsförvärv föreligger inte om det förvärvade företagets omsättning föregående räkenskapsår understiger 100 miljoner kronor. Trots att omsättningen understiger detta belopp, får Konkurrensverket i ett enskilt fall ålägga en part i ett förvärvsavtal att anmäla förvärvet, när detta är påkallat av särskilda skäl. En part i ett förvärvsavtal har dessutom alltid rätt att frivilligt anmäla ett förvärv till Konkurrensverket.

Om förutsättningen enligt första stycket 1 är uppfylld men omsättningen inte överstiger vad som anges i första stycket 2, får Konkurrensverket i ett enskilt fall ålägga en part i en koncentration att anmäla koncentrationen, när detta är påkallat av särskilda skäl. En part och andra medverkande i en koncentration har alltid rätt att frivilligt anmäla koncentrationen, när omsättningskravet enligt första stycket 1 är uppfyllt.

37 a §

En koncentration som omfattas av anmälningsskyldighet enligt 37 § första stycket skall anmälas till Konkurrensverket senast en vecka efter

a) ingåendet av det avtal som medför koncentrationen

b) offentliggörandet av budet om övertagande

c) förvärvet av det bestämmande inflytandet.

Fristen skall löpa från den tidpunkt när den första av dessa händelser inträffar.

37 b §

En företagssammanslagning enligt 34 § första stycket 1 skall anmälas av de företag som slås samman.

I övriga fall skall anmälan göras av den eller dem som förvärvat kontroll över ett företag eller en del därav.

Särskild undersökning av förvärv

Konkurrensverket får besluta om att genomföra en särskild undersökning av *ett företagsförvärv* som har anmälts enligt 37 §.

Ett sådant beslut skall meddelas inom *30 dagar* från det att anmälan kom in till Konkurrensverket. Under denna frist får *den som är part i förvärvsavtalet* inte vidta några åtgärder för att fullfölja förvärvet.

Talan om företagsförvärv

En talan hos Stockholms tingsrätt enligt 34 eller 36 § får väckas bara efter beslut om särskild undersökning enligt 38 §.

Talan skall väckas inom tre månader från beslutet. Tingsrätten får på begäran av Konkurrensverket förlänga fristen med högst en månad i sänder, om *parterna i förvärvsavtalet eller, om förvärvet har skett på det sätt som anges i 34 § tredje stycket, förvärvaren samtycker till det eller om det finns synnerliga skäl.*

Särskild undersökning av koncentration

38 §

Konkurrensverket får besluta om att genomföra en särskild undersökning av *en koncentration* som har anmälts enligt 37 §.

Ett sådant beslut skall meddelas inom *25 arbetsdagar* från det att anmälan kom in till Konkurrensverket. Under denna frist får *parterna och andra medverkande i koncentrationen* inte vidta någon åtgärd i syfte att fullfölja koncentrationen.

Konkurrensverket får i det särskilda fallet besluta om undantag från förbudet i andra stycket.

Talan om koncentration

39 §

En talan hos Stockholms tingsrätt enligt 34 *a* eller 36 § får väckas bara efter beslut om särskild undersökning enligt 38 §.

Talan skall väckas inom tre månader från beslutet. Tingsrätten får på begäran av Konkurrensverket förlänga fristen med högst en månad i sänder, om *parterna i koncentrationen och den som gjort anmälan enligt 37 § andra stycket samtycker. När koncentrationen skett på det sätt som anges i 34 a § tredje stycket, är förvärvarens samtycke tillräckligt. Om det finns synnerliga skäl får fristen förlängas utan sådant samtycke som anges i detta stycke.*

40 §

Om Konkurrensverket har beslutat att lämna *ett företagsförvärv* utan åtgärd, får talan enligt 39 § första stycket inte väckas beträffande *förvärvet*.

Detta gäller dock inte om en part i *förvärvsavtalet* har lämnat någon oriktig uppgift som påverkat beslutet.

Om Konkurrensverket har beslutat att lämna *en koncentration* utan åtgärd, får talan enligt 39 § första stycket inte väckas beträffande *koncentrationen*.

Detta gäller dock inte om en part *eller annan som medverkat i koncentrationen* har lämnat någon oriktig uppgift som påverkat beslutet.

41 §

Om det är motiverat av ett allmänt intresse som väger tyngre än den olägenhet som åtgärden medför, får Stockholms tingsrätt på yrkande av Konkurrensverket för tiden till dess att en fråga enligt 34 eller 36 § slutligt har avgjorts förbjuda parterna i *ett avtal om företagsförvärv* att fullfölja *förvärvet*. Om rättegång inte pågår, skall yrkandet framställas skriftligen.

Yrkandet får inte bifallas utan att *parterna i förvärvsavtalet* eller, *om förvärvet* har skett på det sätt som anges i 34 § tredje stycket, förvärvaren fått tillfälle att yttra sig. Om det finns synnerliga skäl, får *dock åtgärden* omedelbart *beviljas* att gälla till dess att något annat beslutas.

Om det är motiverat av ett allmänt intresse som väger tyngre än den olägenhet som åtgärden medför, får Stockholms tingsrätt på yrkande av Konkurrensverket för tiden till dess att en fråga enligt 34 *a* eller 36 § slutligt har avgjorts förbjuda parterna *och andra medverkande i en koncentration* att *vidta någon åtgärd i syfte* att fullfölja *koncentrationen*. Om rättegång inte pågår, skall yrkandet framställas skriftligen.

Yrkandet får inte bifallas utan att *den som beslutet gäller och den som gjort anmälan enligt 37 § andra stycket* fått tillfälle att yttra sig. När *koncentrationen* har skett på det sätt som anges i 34 *a* § tredje stycket *behöver endast* förvärvaren *ha* fått tillfälle att yttra sig. Om det finns synnerliga skäl, får *förbud* omedelbart *meddelas* att gälla till dess att något annat beslutas.

*Tid inom vilken ett förvärvs-
ärende skall avgöras*

Ett förbud eller ett åläggande enligt 34 eller 36 § får inte meddelas senare än sex månader efter det att talan väckts hos tingsrätten. Denna frist får förlängas, om parterna i *förvärvsavtalet* eller, om förvärvet har skett på det sätt som anges i 34 § tredje stycket, *förvärvaren samtycker till det eller om det finns synnerliga skäl*. Förbud eller åläggande får dock inte meddelas senare än två år efter det att *förvärvsavtalet* ingicks.

Om tingsrättens dom överklagas, skall Marknadsdomstolen avgöra målet inom tre månader från det att tiden för överklagande gick ut. Vad som sägs i första stycket om förlängning av fristen gäller också Marknadsdomstolens prövning.

Ett förbud eller åläggande enligt 34 eller 36 § utgör inte hinder mot att samma fråga prövas på nytt, om det finns anledning att upphäva eller mildra förbudet eller åläggandet därför att detta inte längre behövs eller inte längre är lämpligt.

Om tingsrätten eller Marknadsdomstolen har lämnat en talan om *ett företagsförvärv* utan åtgärd, får frågan prövas på nytt bara om en part i *förvärvsavtalet* har lämnat oriktiga uppgifter om

*Tid inom vilken ett ärende om
koncentration skall avgöras*

42 §

Ett förbud eller åläggande enligt 34 a eller 36 § får inte meddelas senare än sex månader efter det att talan väckts hos tingsrätten. Denna frist får förlängas, om parterna i *koncentrationen* och *den som gjort anmälan* enligt 37 § andra stycket samtycker till det. När *koncentrationen* har skett på det sätt som anges i 34 § a tredje stycket är *förvärvarens samtycke tillräckligt*. Om det finns *synnerliga skäl* får *fristen förlängas utan samtycke av dem som anges i detta stycke*. Förbud eller åläggande får dock inte meddelas senare än två år efter det att *koncentrationen* ägde rum.

43 §

Ett förbud eller åläggande enligt 34 a eller 36 § utgör inte hinder mot att samma fråga prövas på nytt, om det finns anledning att upphäva eller mildra förbudet eller åläggandet därför att detta inte längre behövs eller inte längre är lämpligt.

Om tingsrätten eller Marknadsdomstolen har lämnat en talan om *en koncentration* utan åtgärd, får frågan prövas på nytt bara om en part *eller annan som medverkat i koncentrationen* har

sakförhållanden av väsentlig betydelse för avgörandet.

lämnat oriktiga uppgifter om sakförhållanden av väsentlig betydelse för avgörandet.

57 §

Ett förbud eller åläggande enligt 23, 34, 36, 41 eller 45 § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 47 eller 48 § får förenas med vite för att förmå ett företag eller någon annan att underkasta sig undersökningen.

Ett frivilligt åtagande i samband med *ett företagsförvärv* får förenas med vite. Ett sådant vite föreläggs av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

Ett förbud eller åläggande enligt 23, 34 *a*, 36, 41 eller 45 § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 47 eller 48 § får förenas med vite för att förmå ett företag eller någon annan att underkasta sig undersökningen.

Ett frivilligt åtagande i samband med *en koncentration* får förenas med vite. Ett sådant vite föreläggs av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

63 §

Domar och beslut av Stockholms tingsrätt i följande mål och ärenden får överklagas hos Marknadsdomstolen:

1. konkurrensskadeavgift enligt 26 §,
2. kvarstad enligt 32 §,
3. *företagsförvärv* enligt 34, 36, 41 och 43 §§,
4. undersökningar enligt 47 och 48 §§, och
5. prövning enligt 54 § andra stycket.

Beslut under rättegången i frågor som avses i 25, 32 eller 41 § skall överklagas särskilt. Ett beslut enligt 32 eller 41 § som meddelats innan rättegång har inletts skall överklagas som om beslutet meddelats under rättegång. Lag (1996:266).

1. konkurrensskadeavgift enligt 26 §,
2. kvarstad enligt 32 §,
3. *koncentration* enligt 34 *a*, 36, 41 och 43 §§,
4. undersökningar enligt 47 och 48 §§, och
5. prövning enligt 54 § andra stycket.

67 §

En åtgärd enligt 41 § som har beslutats då rättegång inte pågår skall omedelbart hävas, om Konkurrensverket inte beslutar om särskild undersökning enligt 38 § eller, om ett sådant beslut

En åtgärd enligt 41 § som har beslutats då rättegång inte pågår skall omedelbart hävas, om Konkurrensverket inte beslutar om särskild undersökning enligt 38 § eller, om ett sådant beslut

har meddelats, inte väcker talan enligt 39 §. Detsamma gäller om Konkurrensverket beslutar att lämna *ett företagsförvärv* utan åtgärd.

har meddelats, inte väcker talan enligt 39 §. Detsamma gäller om Konkurrensverket beslutar att lämna *en koncentration* utan åtgärd.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 1999.
 2. Äldre föreskrifter skall fortfarande tillämpas i fråga om företagsförvärv som har skett före ikraftträdandet.

Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

Härigenom föreskrivs i fråga om sekretesslagen (1980:100)

dels att 16 kap. 1 § skall ha följande lydelse

dels att i lagen skall införas en ny paragraf, 8 kap.4 §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

8 kap. 4 §

Sekretess gäller i Konkurrensverkets verksamhet som består i tillsyn och utredning för uppgift om

1. enskilda affärs- eller driftförhållanden, uppfinningar eller forskningsresultat, om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs,

2. andra ekonomiska eller personliga förhållanden för den som har trätt i affärsförbindelse eller liknande förbindelse med den som är föremål för myndighetens verksamhet.

För uppgift som lämnas i ärende som avser anmälan enligt 37 § konkurrenslagen (1993:20) gäller sekretess till dess anmälan har gjorts.

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

16 kap. 1 §

Att friheten enligt 1 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 2 § yttrandefrihetsgrundlagen att meddela och offentliggöra uppgifter i vissa fall är begränsad framgår av 7 kap. 3 § första stycket 1 och 2, 4 § 1- 8 samt 5 § 1 och 3 tryckfrihets-förordningen och av 5 kap. 1 § första stycket samt 3 § första stycket 1 och 2 yttrandefrihets-grundlagen. De fall av uppsåtligt åsidosättande av tystnadsplikt, i vilka nämnda frihet enligt 7 kap. 3 § första stycket 3 och 5 § 2 tryckfrihetsförordningen samt 5 kap. 1 § första stycket och 3 § första stycket 3 yttrandefrihetsgrundlagen i övrigt är begränsad, är de där tystnadsplikten följer av

3. denna lag enligt

Att friheten enligt 1 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 2 § yttrandefrihetsgrundlagen att meddela och offentliggöra uppgifter i vissa fall är begränsad framgår av 7 kap. 3 § första stycket 1 och 2, 4 § 1- 8 samt 5 § 1 och 3 tryckfrihets-förordningen och av 5 kap. 1 § första stycket samt 3 § första stycket 1 och 2 yttrandefrihets-grundlagen. De fall av uppsåtligt åsidosättande av tystnadsplikt, i vilka nämnda frihet enligt 7 kap. 3 § första stycket 3 och 5 § 2 tryckfrihetsförordningen samt 5 kap. 1 § första stycket och 3 § första stycket 3 yttrandefrihetsgrundlagen i övrigt är begränsad, är de där tystnadsplikten följer av

3. denna lag enligt

8 kap. 4 § andra stycket

Denna lag träder i kraft den 1 juli 1999.

Förslag till förordning om ändring i sekretessförordningen (1980:657)

Härigenom föreskrivs att punkt 17 i bilagan till sekretessförordningen (1980:657) skall upphöra att gälla vid utgången av juni 1999.

Förslag till förordning om ändring i förordningen (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket

Härigenom föreskrivs att 13 § förordningen (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Innan Konkurrensverket väcker talan om konkurrensskadeavgift enligt 26 § konkurrenslagen (1993:20) eller talan angående *företagsförvärv* enligt 34 eller 36 § samma lag, skall den som avses med talan få tillfälle att yttra sig. Detta gäller dock inte i brådskande fall eller om det annars finns särskilda skäl.

Föreslagen lydelse

13 §

Innan Konkurrensverket väcker talan om konkurrensskadeavgift enligt 26 § konkurrenslagen (1993:20) eller talan angående *koncentration* enligt 34 *a* eller 36 § samma lag, skall den som avses med talan få tillfälle att yttra sig. Detta gäller dock inte i brådskande fall eller om det annars finns särskilda skäl.

Denna förordning träder i kraft den 1 juli 1999.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Konkurrenslagen (KL) trädde i kraft den 1 juli 1993. Lagen ersatte bl.a. 1982 års konkurrenslag (ÄKL).

KL innehåller bl.a. regler för prövning av företagsförvärv. Dessa regler överfördes i allt väsentligt från ÄKL.

Enligt nuvarande ordning skall sådana företagsförvärv där de berörda företagen tillsammans har en omsättning föregående räkenskapsår som överstiger fyra miljarder kronor anmälas till Konkurrensverket för prövning. Vissa mindre förvärv undantas från denna generella anmälningsskyldighet. Konkurrensverket kan anmoda berörda företag att anmäla sådana förvärv för prövning. De berörda företagen kan även frivilligt anmäla ett sådant förvärv (37 §).

Företagsförvärv som omfattas av anmälningsskyldigheten eller som har anmälts frivilligt får – på talan av Konkurrensverket – förbjudas av Stockholms tingsrätt. Förbud kan – med vissa undantag – meddelas om förvärvet skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligt hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det och detta sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt (34 §).

Om det är tillräckligt för att undanröja de skadliga effekterna av ett företagsförvärv får förvärvaren i stället för förbud enligt 34 § åläggas att avyttra ett företag, en rörelse eller en del av en rörelse eller att genomföra någon annan konkurrensfrämjande åtgärd (36 §).

Stockholms tingsrätts avgöranden i mål och ärenden som rör företagsförvärv får överklagas till Marknadsdomstolen. Marknadsdomstolens avgöranden kan inte överklagas.

1.2 Direktiven

Vi har i vårt tidigare utredningsarbete kartlagt och sammanställt erfarenheter av och synpunkter på bl.a. KL:s allmänna konstruktion, det administrativa förfarandet och instans- och processordningen. En redogörelse för inhämtade erfarenheter och synpunkter samt förslag till ändringar i konkurrenslagen har tidigare lämnats i vårt betänkande (SOU 1997:20) Konkurrenslagen 1993 - 1996.²

I fråga om systemet för kontroll av företagsförvärv bedömde vi det inte som möjligt att inom ramen för dåvarande utredningsarbete lämna något komplett förslag till ändring av systemet, bl.a. med hänsyn till den då pågående översynen av det gemenskapsrättsliga systemet för kontroll av företagskoncentrationer. Föreslagna lagändringar i denna del begränsades därför huvudsakligen till att avse instans- och processordningen. Vi tog emellertid upp frågan om ett närmande av det svenska regelsystemet för förvärvskontroll till motsvarande system inom gemenskapen. Vi lade även fram ett utkast till lagändring i denna riktning.³

Regeringen gav i tilläggsdirektiv den 20 juli 1997 utredningen i uppdrag att fortsätta arbetet med att göra en översyn av konkurrenslagens bestämmelser om kontroll av företagsförvärv.

I direktiven anges att de erfarenheter och synpunkter som hittills framkommit visar att det föreligger ett behov av att ytterligare överväga systemets allmänna konstruktion, funktion och avgränsning. Som underlag för denna prövning bör utredaren inhämta information om de överväganden som legat till grund för utformningen av motsvarande system inom gemenskapen och i andra länder.

I direktiven anges vidare att frågor som bör belysas är

- begreppet företagsförvärv och dess avgränsning
- avgränsningen mellan olika former av gemensamma företag (samariskföretag) vid prövningsförfarandet
- hanteringen av konkurrensbegränsande villkor (accessoriska begränsningar) vid prövningsförfarandet
- frågan om obligatorisk anmälningsskyldighet

I direktiven anges att utredaren även får ta upp andra frågor som rör förvärvsreglernas utformning.

² Utredningen lämnade i en skrivelse till regeringen den 13 september 1996 (dnr 96/108) förslag till vissa preliminära ändringar i fråga om gränserna för anmälningsskyldigheten (37 § KL).

³ Se SOU 1997:20 (bilaga 6).

1.3 Utredningsarbetets genomförande

Utgångspunkten för vårt fortsatta arbete har varit bl.a. de erfarenheter och synpunkter som tidigare lämnats under utredningsarbetet och som finns redovisade i vårt tidigare betänkande⁴ och de remissvar som lämnats över betänkandet.⁵

En referensgrupp bestående av företrädare från Konkurrensverket, näringslivet och advokatbyråer har löpande lämnat synpunkter under denna del av utredningsarbetet.

Statistiska centralbyrån har på vårt uppdrag sammanställt uppgifter om inom landet verksamma företag (bilaga).

Konkurrensverket har på vårt uppdrag kartlagt och sammanställt uppgifter om anmälda företagsförvärv (bilaga).

På uppdrag av utredningen har två studier genomförts i syfte att belysa sambandet mellan ekonomisk teori och regler om kontroll av företagsförvärv.

Ekonomie doktor Johan Stennek har i en särskild studie lämnat en redogörelse för och bedömning av ekonomiska teorier som ligger till grund för eller som kan antas ha påverkat utformningen av internationella och nationella regelsystem för kontroll av företagsförvärv (bilaga).

Ekonomie doktor Maria Bengtsson har i en särskild studie gjort en bedömning av ekonomiska effekter som tillämpning av KL:s regler om prövning av företagsförvärv medfört (bilaga).

Utredningens sekretariat och experter har genomfört studiebesök vid Europeiska kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna i Storbritannien och Tyskland.

En viktig principiell avgränsning som vi i likhet med tidigare har gjort av utredningsarbetet är att betänkandet inte – annat än i undantagsfall eller inom ramen för expertstudierna – beskriver eller kommenterar hur Konkurrensverket och domstolarna har bedömt enskilda ärenden i sak. Beträffande dessa frågor kan hänvisas till de utförliga beskrivningar och kommentarer till konkurrenslagen tillämpning som föreligger i tryck.

⁴ Se SOU 1997:20 (bilaga 5).

⁵ Se kap. 7.3.

2 Den ekonomiska bakgrunden m.m.

2.1 Inledning

De flesta konkurrensrättsliga regelsystem har som utgångspunkt de ekonomiska värderingar som ligger till grund för marknadens funktion. I detta avsnitt belyses översiktligt de ekonomiska förutsättningar som konkurrensrättsliga bestämmelser för kontroll av företagskoncentrationer vilar på. Vidare ges en översiktlig beskrivning av förvärvs- och koncentrationsutvecklingen.

2.2 Den marknadsekonomiska bakgrunden

Den marknadsekonomiska grundvalen

I den marknadsekonomiska modellen är konkurrensen mellan olika företag den grundläggande mekanismen som styr företagens verksamhet i form av ekonomiska beslut, såsom inriktning av investeringar, produktion, m.m. Den rättsliga regleringen av näringslivets organisation och verksamhet utgår därvid från föreställningen om fria och självständiga företag som arbetar i fri konkurrens. I praktiken torde dock inte förekomma någon renodlad marknadsekonomi utan marknadshushållningen har i viss utsträckning modifierats, dels genom olika regleringar för styrning och kontroll av marknadens aktörer, dels genom förekommande konkurrensbegränsningar på marknaden. Näringslivets utveckling påverkas således både av samhällets normgivning och av företagens agerande.

Till utgångspunkt för marknadsekonomin ligger den grundläggande förutsättningen att det huvudsakligen är konsumenternas preferenser i form av efterfrågan som styr konkurrensen på marknaden. Konkurrenspolitikens syfte är härvid bl.a. att tillvarata de positiva följder för konsumenterna som en fungerande och effektiv konkurrens för med

sig. Det gäller således att skapa förutsättningar för att konsumenterna kan styra marknaden med sin efterfrågan och därmed motverka beteenden som leder till att en eller flera av producenterna kan styra efterfrågan. För att denna efterfrågemodell skall fungera förutsätts att det finns en effektiv konkurrens på marknaden.

I fråga om *koncentrativa* förfaranden behöver dock konsumentintresset inte alltid framstå lika tydligt, bl.a. på grund av svårigheten att i dessa fall omedelbart kunna iaktta direkt negativa konsumentaspekter. På längre sikt kan dock koncentration i näringslivet som minskar konkurrensen leda till negativa följder även för konsumenterna.

Företagens strävan att expandera är ofta ett utslag av konkurrensen på marknaden och präglas av tävlan om marknadsandelar och köp-arkategorier. Den eftersträvade tillväxten kan dock ske på olika sätt och med hjälp av olika medel. Expansion kan härvid vara resultatet av utveckling och effektivitetshöjning inom företaget. En expansionen kan emellertid också ske genom samgående med eller förvärv av andra företag. Denna senare typ av expansion kan ske antingen inom de marknader som företaget dittills agerat på eller genom etablering på nya marknader.

Valet mellan egen expansion eller förvärv av andra företag beror i hög grad på företagets egna förutsättningar och marknadens utseende. Det kan härvid konstateras att den grundläggande konkurrensmekanismen leder till att de på marknaden aktiva företagen måste ha tillräcklig konkurrensförmåga för att inte slås ut. I syfte att stärka sin egen konkurrenskraft och således reducera konkurrensen från konkurrenter, kan företaget antingen vidta konkurrenshöjande åtgärder, exempelvis aktiv prispolitik, effektivare produktionsformer m.m., eller åtgärder av mera konkurrensbegränsande karaktär, exempelvis konkurrensbegränsande avtal.

Samtidigt som konkurrensen nödvändiggör expansionstendenser hos företagen kan dessa tillväxtsträvanden föranleda konkurrensbegränsande effekter. Dessa konkurrensbegränsande effekter framträder både när prismässigt, kvalitetsmässigt eller av andra skäl underlägsna företag slås ut utan att utslagningen följs av nyetablering och när koncentrationen åstadkoms genom samgåenden eller förvärv av andra företag.

Den grundläggande skillnaden mellan dessa båda typer av koncentration är att i det första fallet är koncentrationen ett utslag av konkurrenskraften hos de mest effektiva företagen medan i det andra fallet effektiviteten inte behöver vara det avgörande. I det första fallet grundas således expansionen på en högre effektivitetsgrad hos de företag som överlever men av det andra koncentrationsfallet följer inte nödvändigtvis effektivitetsvinster.

Koncentration – effekter och verkningar i ekonomiskt hänseende

Flera studier har genomförts avseende ekonomiska effekter av koncentration. Resultaten av dessa undersökningar är dock inte entydiga vare sig avseende koncentrationens effekter på samhällsekonomin eller dess effekter på de involverade företagen.

En effekt av att forskningen uppvisar varierande resultat är att när man på konkurrensrättslig väg infört kontroll och ingripanderegler avseende företagsförvärv har man avstått från att knyta den konkurrensrättsliga bedömningen till en eller ett fåtal avgörande bedömningsfaktorer.

Både i USA och i Europa har man accepterat att skadlighetsbedömningen måste ske i ett mycket brett perspektiv där olika slags effekter tas i beaktande. Detta hindrar dock inte att vissa effekter kan väga tyngre än andra i helhetsbedömningen. De genomförda undersökningarna visar dock att olika typer av koncentration kan leda till olika effekter.

Horisontella företagsförvärv minskar antalet självständigt konkurrerande företag på en viss marknad. Denna minskning kan, men behöver inte, ha skadliga effekter på konkurrensen. Om vid sådana förvärv en redan uppnådd marknadsdominans förstärks kan den strukturella förändringen av marknaden leda till allvarliga effekter på konkurrensintensiteten.

Vertikala sammanslagningar av företag med stora marknadsandelar anses också kunna medföra ekonomiska skadeverkningar. Exempelvis kan en sammanslagning av en ledande råvaruleverantör och ett företag som framställer en slutprodukt leda till etableringssvårigheter eller utestängning av konkurrenter både på råvarumarknaden och producentmarknaden. En stark vertikal integration kan således reducera både faktiska och potentiella konkurrenters möjligheter att konkurrera, t.ex. genom att de inte får tillgång till råvaran eller påläggs högre priser för densamma.

Effekterna av *diagonala* sammanslagningar (konglomerat) har varit föremål för debatt inom den ekonomiska litteraturen och meningarna går ofta isär om dessas positiva eller skadliga effekter. En distinktion kan härvid göras mellan koncentration avseende marknader som inte är identiska men som ändå kan karakteriseras som besläktade eller närliggande och koncentration avseende marknader som är klart åtskilda.

Besläktade kan marknaderna anses vara såvida något samband eller förhållande mellan marknaderna föreligger. Koncentration på närliggande eller besläktade marknader har länge ansetts kunna medföra

konkurrenshämmande verkningar genom att marknadsinträdet för utomstående kan försvåras.

Koncentration som berör marknader som inte står i något förhållande till varandra eller utgör del av större marknader anses också kunna föra med sig negativa verkningar. Särskilt har uppmärksammats beteenden som underprisförsäljning (ej kostnadstäckande prissättning) och ömsesidig återhållsamhet (konglomeratföretag som möter varandra på vissa marknader agerar återhållsamt på grund av vetskapen om att de annars riskerar vedergällning på en annan marknad). Förekomsten av ett stort konglomeratföretag kan också verka avhållande på potentiella konkurrenter genom att de noga måste överväga möjligheterna att inträda på marknaden.

Koncentrationens effekter måste således prövas för varje särskild marknad för sig efter de förutsättningar som där råder. Genom att effekterna skiljer sig åt beroende på om det är frågan om horisontell, vertikal eller diagonal koncentration torde det vara tämligen oomstritt att skilda bedömningsstandarder bör tillämpas i den rättsliga kontrollen av företagsförvärv.

Dessa förhållanden gäller även för den gemensamma marknaden. Till skillnad från bedömningen på det nationella planet måste dock effekterna på denna marknad bedömas ur ett mera globalt marknadsperspektiv. Vidare präglas bedömningen av de bakomliggande syftena med denna marknad.

Utvecklingen av konkurrensrättsliga regler mot koncentration

Konkurrensrättsliga regler som har till primärt syfte att möjliggöra ingripanden mot koncentration i olika former i näringslivet representerar ett förhållandevis sent utvecklingskede i konkurrensrätten. En grundläggande orsak till detta torde stå att finna i historiskt sett skiftande attityder till nödvändigheten och nyttan av en reglering av koncentrationsprocessen. Tidigare ansågs normalt inte en ökad koncentration från samhällets synpunkt vara skadlig utan snarare var koncentrationsprocessen något som borde uppmuntras, bl.a. som led i en önskvärd strukturrationalisering. På nationell nivå ansågs det i många fall vara en nödvändighet att de inhemska företagen var tillräckligt stora för att kunna möta konkurrensen från större utländska företagsenheter.

Motsvarande synpunkter gjorde sig även gällande på europeisk nivå och från ett EG-perspektiv ansågs uppkomsten och utvecklingen av större koncentrerade företagsenheter som ett nödvändigt instrument i konkurrensen på världsmarknaden.

I senare ekonomisk teori och analys har värdet av en fungerande och effektiv konkurrens på nationella och internationella marknader betonats mera. Genom en konkurrenspolitik som syftar till en obunden konkurrens, dvs. marknader utan några större konkurrensbegränsningar, gynnas företag som är effektiva och produktiva. En fungerande nationell marknad anses även vara en förutsättning för konkurrenskraft i externa relationer. Möjlighet till ingripande mot effektivitets-hämmande konkurrensbegränsningar är i många fall en förutsättning för att företagen skall kunna uppnå erforderlig effektivitet och konkurrenskraft på såväl den nationella marknaden som världsmarknaden. Behov av effektiv konkurrens och ingripanden mot skadliga koncentrationsförfaranden anses därför normalt inte stå i någon motsatsställning till strävandena att stärka företagens konkurrenskraft på såväl den nationella som den internationella marknaden.

Skäl som brukar anföras för att kontrollera och reglera koncentration

I många nationella rättsordningar och inom gemenskapsrätten anföras som det övergripande motivet för att genom konkurrensrättslig reglering styra och kontrollera koncentrationsförfaranden i näringslivet en strävan att hindra uppkomsten av koncentrerade företagsenheter som allvarligt hämmar den dynamiska konkurrensen på en viss marknad. En reglering och kontroll av koncentrationen i näringslivet avser i dessa fall att träffa de fall av koncentration som kan bedömas medföra allvarliga negativa konsekvenser. Härmed avses normalt i första hand företagskoncentrationer som leder till att konkurrensintensiteten minskar genom att marknadsdominans uppkommer eller förstärks. Möjligheten till ingripande är således avsedd att fungera som ett viktigt instrument i arbetet att bevara en balanserad och fungerande konkurrens som dels möjliggör överlevnad för de effektiva företagen, dels skapar förutsättningar för inträde på marknaden av nya företag utan hinder av större etableringssvårigheter skapade av ett eller ett fåtal företag som dominerar marknaden.

Det är dock ofta svårt att i ett konkret fall bedöma i vilken grad en koncentration kan förväntas medföra allvarliga konkurrens-hämmande effekter. Det tycks inte heller vara möjligt att på basen av tillgängliga undersökningar generellt uttala sig i frågan om en koncentrationsprocess medför för- eller nackdelar för samhällsekonomin i stort.

Om man från samhällelig synpunkt skall kunna värdera ett företagsförvärvs effekter måste de kontrollerande organen dessutom ha tillgång till instrument för att på ett så fullständigt sätt som är möjligt ta fram underlag för denna bedömning. För detta ändamål krävs regler som gör

det möjligt att på ett inträngande sätt undersöka de inblandade företagens ägarförhållanden, reella marknadsposition, produktionsvolym, m.m.

2.3 Förvärvs- och koncentrationsutvecklingen

2.3.1 Förvärvsutvecklingen⁶

Samgåenden mellan företag och förvärv av företag har varit ett utmärkande drag i det svenska näringslivets utveckling alltsedan aktiebolaget blev den dominerande formen för företagarverksamhet i större skala. Successiva sammanslagningar av mindre företag och tillverkningsenheter lade redan vid sekelskiftet grunden till flera av våra i dag största industriföretag och denna utveckling har under senare decennier med varierande intensitet fortsatt och periodvis präglat det svenska näringslivet. Den svenska utvecklingen är i detta avseende inte anmärkningsvärd utan företagssamgåenden och företagsförvärv utgör ett karakteristiskt drag i näringslivets utveckling i de flesta industriländer. Förvärvsaktiviteten brukar ofta beskrivas i termer av förvärvsvågor som under olika tidsperioder dragit fram över och förändrat näringslivsstrukturen i olika länder.

En första våg av förvärv och samgåenden brukar dateras till sekelskiftet, en andra våg till 1920-talet, en tredje till 1960-talet och en fjärde våg till 1970-talets senare hälft och 1980-talet. Detta tidsmässiga mönster är särskilt uttalat i Förenta staterna, men kan i likartad form också iakttagas i Storbritannien och vissa andra i europeiska länder, däribland Sverige.

Den ekonomiska forskningen har inte lämnat några entydiga och allmänt accepterade förklaringar till dessa fluktuationer i förvärvsaktiviteten eller varför förvärvsaktiviteten under vissa tidsperioder varit mer intensiv än under andra perioder.

På makronivå anförs i stället teorier om vilka faktorer som – gemensamt för hela eller stora delar av näringslivet – skapar de på mikronivå nödvändiga betingelserna för företagsförvärv. Flera studier på makronivå har påvisat ett positivt samband mellan den allmänna ekonomiska aktiviteten i samhället och antalet företagsförvärv. Ett

⁶ Avsnittet är i stor utsträckning baserat på Ägarutredningens betänkande (SOU 1990:1) Företagsförvärv i svenskt näringsliv (kapitel 2 och 5).

positivt samband har också fastställts mellan den allmänna kursutvecklingen på aktiemarknaden och förvärvsaktiviteten i näringslivet. Dessa studier till trots anses frågan om förvärvsvågornas orsaker alltfjämt vara ett olöst problem inom den ekonomiska forskningen.

Företagsförvärv under perioden 1900 – 1969

Som ovan nämnts har samgåenden mellan företag och förvärv av företag varit ett stående inslag i det svenska näringslivet sedan slutet av 1800-talet. Under 1900-talets första decennier genomfördes ett betydande antal samgåenden och förvärv med långtgående effekter på den inhemska företags- och industristrukturen. Ett stort antal sammanslagningar och företagsförvärv ägde rum även under 1920- och 1930-talen. Dessa synes till övervägande del ha utgjorts av stora företagsförvärv av små och ofta relativt nystartade företag, framför allt inom verkstadsindustrin, men även dessa decennier rymmer enstaka fall av stora och för framtiden betydelsefulla företagssammanslagningar.

Den första mer heltäckande statistik som finns att tillgå rörande förvärvsaktiviteten i det svenska näringslivet avser samgåenden och förvärv inom industrin under perioden 1946-1969. Statistiken visar att närmare 3 000 samgåenden och förvärv ägde rum i industrin under denna period.

Fram till 1950-talets slut låg förvärvsaktiviteten på en förhållandevis låg och stabil nivå. Därefter ökade antalet samgåenden och förvärv successivt under 1960-talet och decenniets senare del har ofta kommit att beskrivas i termer av en omfattande struktur-omvandling, inte minst inom metall-och verkstadsindustrin. Närmare hälften av de 3 000 förvärven ägde rum mellan år 1965 och år 1969.⁷

⁷ Totalt berörde samgåendena och förvärven omkring 265 000 anställda i de förvärvade företagen inom industrin under perioden 1946-1969.

Företagsförvärv under perioden 1970 – 1988

Den ökade förvärvsaktivitet som kunnat konstateras för 1960-talets sista år fortsatte under 1970-talets första hälft.⁸

Under perioden 1970 – 1988 genomfördes drygt 12 000 företagsförvärv i det svenska näringslivet.

Det årliga antalet företagsförvärv i hela näringslivet ökade successivt från drygt 300 år 1970 till drygt 800 år 1975, för att under decenniens senare del ligga på en något lägre nivå, omkring 600 förvärv per år.

Under 1980-talets första år ökade förvärvsaktiviteten åter och år 1983 registrerades drygt 1 000 förvärv. Därefter gick det årliga antalet förvärv tillbaka. År 1988 genomfördes i svenskt näringsliv 694 företagsförvärv.

Flertalet förvärv avsåg sysselsättningsmässigt små företag och det är i allt väsentligt den typen av förvärv som förklarar de antalsmässiga fluktuationerna i förvärvsaktiviteten mellan olika år. Det föreligger inte något entydigt samband mellan antalet förvärv och antalet anställda som under olika år berörts av förvärven. En uppgång i antalet förvärv har vid flera tillfällen sammanfallit med en nedgång i antalet anställda som berörts av förvärven och vice versa.

Under den senare delen av 1980-talet har antalet anställda i förvärvade företag flerdubblats trots att en påtaglig tillbakagång i antalet förvärv ägt rum. Förvärven har således kommit att omfatta, genomsnittligt sett, allt större företag. Det sammanlagda antalet anställda i de företag som var föremål för förvärv under perioden 1970-1988 uppgick till 1 296 000.^{9 10}

⁸ Från slutet av 1960-talet fördes ett register över storföretag i svenskt näringsliv. Registret fördes av Statens pris- och kartellnämnd (fr.o.m. 1988 Statens pris- och konkurrensverk). Till underlag för detta register upprättades fortlöpande statistik över samtliga företagsammanslagningar och företagsförvärv i näringslivet. Statistiken inbegriper svenska och utländska förvärv i Sverige, medan svenska förvärv utomlands inte är inkluderade. Uppgifterna avser verksamhetsområde och sysselsättningsmässig storlek på de berörda företagen, medan företagens kapitalmässiga storlek inte registrerades.

⁹ Den översikt över förvärvsutvecklingen bland samtliga företag i svenskt näringsliv under 1970- och 1980- talet som på ägarutredningens uppdrag genomfördes av SPK tar utgångspunkt i endast två variabler, nämligen antalet förvärv och antalet anställda i de berörda företagen. Den inom den ekonomiska forskningen ofta använda variabeln kapitalstorlek ingår inte i översikten. Det bör inledningsvis också observeras att en summering av antalet förvärv, liksom av antalet anställda i förvärvade företag, framför allt över en längre tidsperiod, medför vissa dubbelräkningar till följd av att en del företag förvärvas flera gånger under perioden.

Det kan även observeras att de allra flesta förvärv avser företag med ett mycket begränsat antal anställda, medan den sysselsättningsmässiga effekten av förvärven i allt väsentligt är hänförligt till ett förhållandevis litet antal förvärv av storföretag.¹¹

Fördelas storföretagsförvärven över tiden framkommer en svag antalsmässig dominans för perioden efter år 1980 och under 1980-talets senare år kom företagsförvärven i påtagligt ökad utsträckning att omfatta storföretag. Under år 1988 genomfördes 48 förvärv av storföretag, vilka tillsammans hade drygt 200 000 anställda. Antalet anställda i de förvärvade storföretagen var också genomsnittligt sett väsentligt högre under 1980-talet än under periodens tidigare del. Under perioden 1980 - 1988 uppgick det årliga genomsnittet till 59 000 anställda, medan motsvarande antal under perioden 1970 - 1979 var knappt hälften så stort, omkring 25 000 anställda.

Företagsförvärv under 1990-talet

Någon officiell statistik avseende företagssamgåenden och företagsförvärv under 1990-talet föreligger inte. Statistik, baserad på uppgifter om kända företagsförvärv, finns att tillgå från näringslivet. Denna statistik är emellertid inte heltäckande. Tillgängliga uppgifter om företagsförvärv för perioden 1993 - 1996 lämnas i bilaga 2.

¹⁰ Under 1970-talet berördes årligen i genomsnitt 2,4 % av de anställda i näringslivet av företagsförvärv i den meningen att det företag de arbetade i förvärvades av något annat företag. Under perioden 1980 - 1988 var motsvarande andel 4,2 % av de anställda. Det kan således observeras att förvärven successivt kommit att beröra en allt större andel av de sysselsatta. Från 1989 års ingång uppställdes för registrering en nedre storleksgräns för antal anställda i det förvärvade företaget. De uppgifter som föreligger för år 1989 är därför inte direkt jämförbara med uppgifterna för tidigare år. Uppgifterna indikerar dock en nedgång i fråga om såväl antalet förvärvade företag som genomsnittlig storlek på dessa företag.

¹¹ Närmare 74 % av samtliga förvärvade företag under perioden 1970 - 1988 hade färre än 50 anställda vid förvärvstillfället, 19 % hade 50 - 199 anställda och 5 % hade 200 - 499 anställda. Endast 3 %, eller 364 av drygt 12 000 förvärvade företag, hade minst 500 anställda och tillhörde därmed den grupp företag som brukar betecknas som storföretag. I dessa 364 förvärvade storföretag återfanns emellertid 60 % av det totala antalet anställda i de 12 000 förvärvade företagen. Storföretagsförvärvens betydelse i sammanhanget framgår också av att de tio största förvärven svarade för i genomsnitt 47 % av det totala antal anställda som varje år berördes av företagsförvärv.

Företagssammanslagningar och företagsförvärv med utgångspunkt i marknads- och produktmässiga samband.

Företagssamgåenden och företagsförvärv kan klassificeras med utgångspunkt i marknads- och produktmässiga samband mellan de berörda företagen, varvid följande kategorier kan urskiljas:

- horisontella förvärv – företagen är verksamma på samma marknader med samma produkter.
- komplementära förvärv – företagen är verksamma på samma marknader med likartade produkter.
- marknadsutvidgande förvärv – företagen är verksamma på olika marknader, men med samma produkter.
- vertikala förvärv – företagen har ett produktmässigt samband, men är verksamma inom olika led i produktions- och distributionskedjan.
- konglomeratförvärv – företagen saknar såväl produktmässigt som marknadsmässigt samband.

Statens pris- och konkurrensverk (SPK) genomförde på uppdrag av ägarutredningen en klassificering av angivet slag för de 364 storföretagsförvärv som ägde rum i svenskt näringsliv under perioden 1970 – 1988.¹²

Klassificeringen gav vid handen att 141, eller drygt en tredjedel, av de 364 storföretagsförvärven avsåg företag verksamma på samma marknader med samma produkter, s.k. horisontella förvärv.¹³

Till kategorin komplementära förvärv, vilka ofta kan vara svåra att skilja från de horisontella förvärven, hänfördes 80 av de 364 storföretagsförvärven.¹⁴

¹² Mot bakgrund av den diversifiering som utmärker många storföretag blir en klassificering av detta slag i de enskilda fallen ofta förenad med ett visst mått av osäkerhet. Under förutsättning att någon systematisk snedvridning inte föreligger kan dock en sådan klassificering i viss omfattning belysa förvärvsutvecklingen.

¹³ Det sammanlagda antalet anställda i de förvärvade företagen inom denna kategori uppgick till 329 000, vilket motsvarade 42 % av totalantalet anställda i samtliga förvärvade storföretag under perioden.

¹⁴ Det sammanlagda antalet anställda i de förvärvade företagen inom denna kategori uppgick till 134 000, vilket motsvarar 17 % av totalantalet anställda i samtliga förvärvade storföretag.

Vidare har 15 förvärv¹⁵ betecknats som marknadsutvidgande och 31 förvärv¹⁶ betecknats som vertikala.

Av de 364 storföretagsförvärv som genomfördes i svenskt näringsliv under perioden 1970 – 1988 var således 267 förvärv, eller tre fjärdedelar, av sådant slag att förvärvande och förvärvat företag bedömdes ha sammanfallande eller närliggande verksamhetsområden.¹⁷

Resterande storföretagsförvärv under perioden är i allt väsentligt hänförliga till kategorin konglomeratförvärv där det inte förelåg något produkt- eller marknadsmässigt samband mellan de berörda företagen. Totalt återfinns i denna kategori 88 av de 364 storföretagsförvärven under perioden.

2.3.2 Koncentration

Marknadskoncentration

Graden av koncentration kan mätas för olika stora delar av näringslivet, såsom branscher eller marknader. Ett sätt att mäta koncentrationen är att beräkna andelen för de tre, fyra, sex eller åtta största företagen på den aktuella marknaden. I vissa fall utgår man från företagens omsättning, i andra fall från deras kapital, antal anställda eller marknadsandelar. När företag är verksamma i flera branscher och på flera marknader kan det dock bli missvisande att utgå från deras totala verksamhet när det gäller att bestämma koncentrationen på en viss marknad. Detta talar för användandet av marknadsandelar som det mest relevanta måttet vid beräkning av graden av marknadskoncentration.

Avgränsning av marknaden är därvid av grundläggande betydelse för det mått på koncentrationsgraden som denna uppvisar. En snäv definition av marknaden medför nämligen normalt ett färre antal företag som är verksamma på marknaden ifråga.

Valet av det antal företag som koncentrationsgraden beräknas utifrån är många gånger godtyckligt. Om man jämför strukturen i en bransch vid två olika tillfällen kan det därför bli en öppen fråga om koncentrationen stigit eller sjunkit, när andelen för de tre största företagen ökat men samtidigt minskat för de sex största.

¹⁵Förvärven omfattande 16 000 anställda.

¹⁶Förvärven omfattande 41 000 anställda.

¹⁷Det sammanlagda antalet anställda i de förvärvade företagen uppgick till 520 000, vilket motsvarar 67 % av totalantalet anställda i samtliga förvärvade storföretag under perioden.

En svaghet med metoden att mäta några av de största företagens sammanlagda andel av en viss marknad är att man inte får någon bild av förändringar i den inbördes fördelningen mellan de företag som räknas till de största och inte heller beträffande fördelningen mellan de övriga.

Det finns även metoder där man på basis av marknadsandelar beräknar ett indextal som anger graden av koncentration. Nackdelen med dessa index är att de, liksom de tidigare nämnda måtten, inte entydigt kan beskriva graden av koncentration.¹⁸

Sambandet mellan koncentration och konkurrens

Som tidigare nämnts torde det ofta finnas ett visst samband mellan koncentrationsgraden och konkurrenssituationen. Detta samband är dock sällan entydigt, eftersom koncentrationsmättet i många fall avspeglar storleksrelationerna mellan företagen, medan konkurrensen snarare är att anse som ett uttryck för företagets agerande. Exempelvis kan en marknad med ett fåtal företag präglas av mycket stark konkurrens i betydelsen tävlan mellan företagen, medan konkurrensen på en annan marknad med flera företag begränsas av överenskommelser mellan företagen om priser, marknadsuppdelning, m.m.

Om det finns ett stort antal jämnstarka företag på en marknad där det inte förekommer några konkurrensbegränsande överenskommelser, kan det i allmänhet antas råda en hög grad av konkurrens. En sådan situation behöver dock inte utgöra något stabilt jämviktsläge, t.ex. kan genom den tekniska utvecklingen uppstå nya stordriftsfördelar, vilket kan medföra att konkurrensförutsättningarna med tiden förändras på de olika marknaderna. Om ett företag på en viss marknad lyckas erhålla en fördel i förhållande till de övriga, t.ex. genom stordriftsfördelar, ökade finansiella resurser eller ett sänkt kostnadsläge, kan detta få till följd att företaget kan ytterligare förbättra sina produkter eller sänka sina priser.

¹⁸ Ett exempel är Herfindahls index, som erhålles genom en kvadrering och summering av alla företagens marknadsandelar. En av fördelarna med detta koncentrationsmått är att hänsyn tas till samtliga företag på marknaden och inte bara till ett visst antal av de största. Till följd av kvadreringen får förskjutningar mellan de mindre företagen mycket små konsekvenser för indextalet. En egenskap hos detta index är emellertid att samma indextal kan representera helt olika marknadsstrukturer. Risken för feltolkningar torde dock vara mindre, när man följer koncentrationsutvecklingen på en viss marknad under en bestämd tidsperiod med hjälp av Herfindahls index. En ökning av det största företagets andel på en viss marknad måste uppvägas av ett betydande inträde av nya företag för att index inte skall påverkas.

I båda fallen medför detta för de övriga företagen att deras konkurrenssituation försämras. På längre sikt kan det starkaste företaget även bli så överlägset de andra att det uppstår mycket ojämna konkurrensförhållanden på marknaden och med tiden en utslagning av de svagaste företagen. I förlängningen av en sådan utveckling kan en monopolsituation uppstå, där någon konkurrens ej längre förekommer.

Om ett av de större företagen på en marknad köper upp andra företag ökar dess storlek och därmed ofta dess möjligheter att vidta sådana åtgärder som ytterligare kan stärka dess ställning. I så fall påskyndas också utvecklingen mot en framtida monopolmarknad. Om däremot de svagaste företagen går samman och lyckas uppnå vissa fördelar kan den nämnda utvecklingen bromsas trots att antalet företag minskar. Ett samgående mellan vissa företag kan således leda till jämnare styrkeförhållanden mellan företag på samma marknad.

Det sagda innebär att varje företagskoncentrations påverkan på konkurrenssituationen måste analyseras utifrån i det enskilda fallet föreliggande förutsättningar och med hänsyn till koncentrationens effekter för konkurrenssituationen.

2.3.3 Koncentrationsutvecklingen i det svenska näringslivet

Frågan om koncentrationsutvecklingen i det svenska näringslivet behandlades av bl.a. Konkurrensutredningen i dess betänkande (SOU 1978:9) Ny konkurrensbegränsningslag. Utredningen anförde bl.a.:¹⁹

”Oavsett vilka koncentrationsmått som används kan konstateras att koncentrationen i det svenska näringslivet har ökat under 1960- och 1970-talen. Genom koncentrationsprocessen har ett växande antal marknader med fåtalsdominans eller enföretagsdominans uppstått. Samtidigt har inom vissa sektorer den internationella konkurrensen hårdnat.

Ser man till företag med över 500 anställda ökade företagen sin andel av den totala industriproduktionen rätt markant under 1960-talets senare del. De svarar för närvarande för närmare tre fjärdedelar av denna. Den ökning av storföretagens andel som sålunda ägt rum har dels skett genom intern tillväxt samt genom utslagning av mindre företag men dels också genom förvärv och sammanslagningar av företag.

Generellt kan man beträffande koncentrationen peka på vissa tendenser. De redan stora företagens marknadsandelar har för det första ökat på bekostnad av de små och medelstora företagen. I många branscher har sålunda strukturomvandlingen drabbat främst de medelstora företagen som ofta inte kan utnyttja stordriftsfördelar och inte heller som många mindre företag kan klara konkurrensen genom låga administrativa kostnader och en hög flexibilitet. Även företagsbeskattningen har till viss del bidragit till

¹⁹ Se betänkandet s. 297 f.

denna utveckling. För det andra har grossistledet fått en starkare ställning både i förhållande till tidigare och senare led. För det tredje kan konstateras att koncentrationen i näringslivet främst har skett horisontellt och vertikalt. Under senare tid kan emellertid spåras ett ökat intresse för konglomeratbildningar.

Den tekniska utvecklingen och därmed förknippade stordriftsfördelar, förbättrade administrationsmetoder och vissa av företagsbeskattningsreglerna har framför allt gynnat de större företagen. De mindre och medelstora företagens konkurrenskraft har härigenom försämrats i flera branscher. Detta har lett till nedläggning eller försäljning av dessa företag i vissa fall. De stora och kapitalintensiva företagen har blivit mer intresserade än tidigare av att skapa stabilitet när det gäller tillgång till råvaror och avsättning för sina produkter. Detta ökade intresse för stabilitet har medfört större intresse för företagsförvärv och andra konkurrensbegränsande åtgärder.

Nyetableringshindren har ökat dels därför att koncentrationen i sig försvårar nyetablering, dels därför att kostnaderna för nyetablering har stigit genom teknisk utveckling och vidgade krav från samhällets sida på företagsamheten.

Minskade handelshinder har medfört ökad internationell konkurrens på flera områden. De svenska exportföretagen har fått tillgång till större marknader. Detta har i hög grad drivit fram samarbete och i vissa fall samgåenden mellan dessa företag för att klara den internationella konkurrensen. Samtidigt har en motsvarande koncentration skett utomlands. De svenska företagen får således numera konkurrera med färre men större utländska företag.

Det finns knappast anledning att anta att koncentrationstendenserna i svenskt näringsliv kommer att avta. Framför allt kommer den tekniska utvecklingen, konkurrensen från utlandet och behovet av en konkurrenskraftig exportsektor att driva fram en fortsatt strukturrationalisering och ökad koncentration.”

Frågan om koncentrationsutvecklingen i det svenska näringslivet behandlades även av Konkurrenskommittén i dess betänkande (SOU 1991:59) *Konkurrens för ökad välfärd*. På uppdrag av kommittén undersökte Statens pris- och konkurrensverk (SPK) marknadskoncentration och konkurrensförhållanden inom ett sextiototal olika varu- och tjänsteområden (september 1990). Enligt kommittén visade SPK:s undersökning på en långt driven företagskoncentration (högst fyra företag med en samlad marknadsandel om åttio procent eller mer) inom ett flertal branscher, bl.a. byggmaterielindustrin och livsmedelsindustrin.²⁰

Den företagskoncentration som bl.a. Konkurrensutredningen och Konkurrenskommittén har redogjort för kan antas komma att fortsätta inom olika branscher, särskilt mot bakgrund av internationaliseringen av det svenska näringslivet och den mer allmänna globaliseringen.

Vi har inte funnit skäl att genomföra någon ny undersökning av företagskoncentrationen inom det svenska näringslivet. En sådan

²⁰ Se betänkandet s. 170.

undersökning skulle – förutom att ha krävt stora resurser – ändå inte kunnat ge något väsentligt förbättrat underlag för bedömning av behovet av ett system för kontroll av företagskoncentrationer.

3 EG-rätt

3.1 Inledning

Vi har tidigare under utredningsarbetet tagit upp frågan om ett närmande av KL:s regler för kontroll av företagsförvärv till motsvarande regler i gemenskapsrätten. Vi har i det sammanhanget översiktligt redogjort för bestämmelserna i rådets förordning 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (koncentrationsförordningen).²¹

Enligt utredningsdirektiven till det fortsatta utredningsarbetet skall bl.a. gemenskapsrättens regelsystem för kontroll av företagskoncentration utgöra underlag vid den fortsatta prövningen av behovet och utformningen av ett inhemskt konkurrensrättsligt system för kontroll av företagsförvärv.

Vi har i det tidigare utredningsarbetet behandlat KL:s bestämmelser i frågor som rör process- och instansordningen. Framställningen om gemenskapsrättens regelsystem för kontroll av företagskoncentration avgränsas därför huvudsakligen till att behandla regelsystemets materiella bestämmelser. Begreppet koncentration behandlas i avsnitt 3.3, gemensamma företag i avsnitt 3.3.3 och vissa konkurrensbegränsande förfaranden, s.k. accessoriska begränsningar, i avsnitt 3.3.4. Avgränsningen av kontrollområdet behandlas i avsnitt 3.4 och bedömningskriterier i avsnitt 3.5. Avslutningsvis redogörs översiktligt för vissa anmälnings- och förfaranderegler i avsnitt 3.6.²²

²¹ Se SOU 1997:20 Konkurrenslagen 1993 - 1996 (avsnitt 5.4).

²² Framställningen i detta avsnitt bygger bl.a. på Bellamy, C.W. - Child, G.D., *Common Market Law of Competition*, fourth edition, London 1993 (supplement 1996); Cook, C.J - Kerse, C.S., *E.C. Merger Control*, second edition, London 1996; Hawk, B.E. - Huser, H.L., *European Community merger Control: A Practitioners Guide*, Haag 1996; European Commission, *Report on Competition Policy, XXth - XXVth; Horizontal mergers and competition policy in the European Community*, European Economy No 40, 1989; *Competition and Integration - Community merger control policy*, European Economy No 57, 1994.

3.2 Allmän konstruktion

Genom rådets förordning 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer²³ har införts ett särskilt system för kontroll av företagskoncentrationer inom Europeiska gemenskapen.²⁴

I förordningen anges inledningsvis att avskaffandet av gränserna inom gemenskapen medför betydande strukturförändringar – särskilt i form av företagskoncentrationer – inom gemenskapens näringsliv. Behovet att upprätthålla och utveckla en effektiv konkurrens och säkerställa att omstruktureringsprocessen på längre sikt inte skadar konkurrensen inom gemenskapen gör det nödvändigt att fastställa om en koncentration med gemenskapsdimension är förenlig med den gemensamma marknaden.

Fördelningen av ärenden mellan gemenskapen och medlemsstaterna inom området för koncentrationskontrollen bygger på samma principer som ligger till grund för begreppet subsidiaritet. Enligt denna princip bör åtgärder vidtas på den jurisdiktionsnivå som är mest lämpad med hänsyn till de mål som skall uppnås och de medel som står gemenskapen och medlemsstaterna till buds.

Regelsystemet syftar till att möjliggöra en effektiv kontroll av företagskoncentrationer som har gemenskapsdimension med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen.

Bestämmelserna riktar sig mot koncentrationer som innebär strukturförändringar vars verkningar på marknaden sträcker sig utöver en enskild medlemsstats gränser och som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den.

Prövningen syftar härvid till att fastställa om en koncentration med gemenskapsdimension skall anses vara förenlig med den gemensamma marknaden. Prövningen knyter an till begreppet koncentration, d.v.s. sådana transaktioner som medför varaktiga strukturförändringar på marknaden. Själva transaktionstypen är därför av underordnad betydelse. Det är koncentrationsökningen och dess påverkan på konkurrensstrukturen på marknaden som är föremål för bedömningen.

²³ EGT nr L 395, 30.12.1989, s.1. (EGT nr L 257, 21.9. 1990, s. 13 [rättelse]). (svensk översättning publicerad i specialutgåva 1994 [annex]). Senast ändrad genom rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring i förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT nr L 180, 9.7.1997, s. 1) (EGT nr L 40, 13.2. 1998 [rättelse]).

²⁴ För en närmare redogörelse för tillkomsten av koncentrationsförordningen se t.ex. Cook - Kerse, s. 2 ff, Hawk - Huser, s. 2 ff.

En koncentration med gemenskapsdimension som skapar eller förstärker en dominerande ställning och som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas anses oförenlig med den gemensamma marknaden.²⁵

Tillämpningsområdet avgränsas utifrån de berörda företagens geografiska verksamhetsområden och omsättning. Koncentrationer som inte överstiger i förordningen angivna tröskelvärden är underkastade nationell kontroll, under förutsättning att sådan finns i den berörda medlemsstaten (medlemsstaterna).

Medlemsstaterna får inte tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med gemenskapsdimension.²⁶ Två undantag medges från denna huvudregel.

En medlemsstat får vidta de åtgärder som är nödvändiga för att kunna förbereda en begäran om att en koncentration med gemenskapsdimension, helt eller delvis, skall hänskjutas till medlemsstaten i fråga enligt artikel 9.

En medlemsstat får även vidta åtgärder som enligt dess nationella lagstiftning är nödvändiga för att säkerställa vissa andra skyddsintressen (allmän säkerhet, mediernas mångfald, m.m.)²⁷

Europeiska kommissionen (kommissionen) har det övergripande ansvaret för kontroll och prövning av koncentrationer.

Kontrollen bygger på principen om obligatorisk anmälan av en koncentration med gemenskapsdimension innan den äger rum. En koncentration som faller inom förordningens tillämpningsområde skall anmälas till kommissionen för prövning inom i förordningen närmare angivna tidsfrister (anmälnings- och prövningsförfarandet behandlas i avsnitt 3.6).

3.3 Begreppet koncentration

Som inledningsvis nämnts avses med begreppet koncentration i förordningens mening endast sådana transaktioner som medför en varaktig förändring av de berörda företagens struktur.²⁸

²⁵ Artikel 8.3.

²⁶ Artikel 21.2.

²⁷ Artikel 21.3.

²⁸ Se tjugotredje stycket i ingressen till koncentrationsförordningen.

I artikel 3.1 i koncentrationsförordningen ges en definition av när en koncentration skall anses föreligga.²⁹

Artikel 3:1

En koncentration skall anses föreligga om

- a) två eller flera tidigare självständiga företag slås samman, eller
- b) en eller flera personer, som redan kontrollerar minst ett företag, eller ett eller flera företag antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll över ett helt eller flera företag eller delar därav.

Av denna bestämmelse framgår att en koncentration skall anses föreligga om två eller flera tidigare självständiga företag slås samman till ett företag eller om en transaktion medför en förändring av kontrollen över ett eller flera företag eller delar därav.

Sådana transaktioner som äger rum mellan personer eller företag inom en grupp av företag och som inte medför någon förändring av kontrollen över det berörda företaget är normalt endast att betrakta som en form av intern omstrukturering inom företagsgruppen och därför inte någon koncentration i förordningens mening. Med begreppet "person" avses i detta sammanhang inte bara fysiska personer utan även juridiska personer och offentligrättsliga subjekt.³⁰

Även transaktioner som innebär att ett offentligt företag slås samman med ett annat företag som kontrolleras av samma stat³¹ eller förvärvar ett sådant företag kan falla under förordningens tillämpningsområde.³² Av betydelse för bedömningen är om företagen tillhör samma holdingbolag och om de omfattas av en samordnad strategi eller inte, dvs. om företagen kan anses ingå i samma ekonomiska enhet.³³ Om

²⁹ Se t.ex. Bellamy - Child, s. 309 ff, Cook - Kerse, s. 23 ff, Hawk - Huser, s. 5 ff.

³⁰ Se bl.a. kommissionens ärende IV/M.157 - Air France/Sabena av den 5 oktober 1992 (staten) och IV/M.308 - Kali und Salz/MDK/Treuhand av den 14 december 1993 (offentligrättsligt subjekt).

³¹ Med "stat" förstås alla offentliga enheter, dvs. inte endast medlemsländer utan även regionala eller lokala offentliga enheter, såsom t.ex. provinser, departement, delstater, m.m.

³² I tolfte stycket i ingressen till koncentrationsförordningen framhålls principen om icke-diskriminering mellan offentlig och privat sektor ("...Inom den offentliga sektorn skall därför beräkningen av omsättningen i ett företag som deltar i en koncentration utgå från sådana företag som utgör en ekonomisk enhet med självständig beslutanderätt oavsett på vilket sätt deras kapital ägs eller vilka administrativa tillsynsregler som gäller för dem").

³³ Se kommissionens ärende IV/M.216 - CEA Industrie/France Telecom/Finmeccania/SGS-Thomson av den 22 februari 1993.

företagen tidigare ingick i eller utgjorde självständiga ekonomiska enheter med självständig beslutanderätt anses transaktionen utgöra en koncentration och inte en intern omstrukturering.³⁴ Företagen torde emellertid sakna en sådan självständig beslutanderätt om de tillhör samma holdingföretag.³⁵

I bestämmelsen definieras begreppet kontroll som ”möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande”, vilket innebär att ett faktiskt utnyttjandet av detta inflytande inte behöver föreligga för att en koncentration skall anses uppstå. Vidare kan förvärv av kontroll föreligga även om detta inte är parternas uttalade avsikt.³⁶

Kommissionen har i ett tillkännagivande behandlat den närmare innebörden av begreppet koncentration.³⁷ I tillkännagivandet redogörs för kommissionens tolkning av begreppet koncentration enligt artikel 3 och de principer som tillämpas av kommissionen i dess beslutspraxis.³⁸

Tilkännagivandet behandlar därvid i huvudsak artiklarna 3.1, 3.3, 3.4 och 3.5.³⁹ Den framställning som här följer återger innehållet i kommissionens tillkännagivanden.

³⁴ Se kommissionens ärenden IV/M.097 - Péchiney/Usinor av den 24 juni 1991 och IV/M.216 - CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson av den 22 februari 1993.

³⁵ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet *berörda företag* enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 55 (EGT nr C 66 2.3 1998, s. 14).

³⁶ Se kommissionens ärende IV/M.157 - Air France/Sabena av den 5 oktober 1992.

³⁷ Kommissionens tillkännagivande om begreppet *koncentration* enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT nr C 66 2.3 1998, s. 5). Tillkännagivandet faller inom ramen för de initiativ som kommissionen angav i sin rapport till ministerrådet den 28 juli 1993 och som syftar till att öka insynen och rättssäkerheten i de beslut som kommissionen fattar med stöd av koncentrationsförordningen (se KOM(93) 385 slutlig, ändrad genom KOM(93) 385 slutlig/2.).

³⁸ I tillkännagivandet framhålls att vad som anges i detta är resultatet av den erfarenhet som kommissionen förvärvat sedan koncentrationsförordningen trädde i kraft den 21 december 1990. Vidare framhålls att vad som anges bör göra det möjligt för företagen att avgöra, innan de tar kontakt med kommissionen, huruvida och i vilken utsträckning gemenskapens regler om kontroll av företagskoncentrationer är tillämpliga i det aktuella fallet.

³⁹ I kommissionens tillkännagivande om begreppet *självständigt fungerande gemensamma företag* enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT nr C 66 2.3 1998, s. 1) behandlas närmare den tolkning som enligt kommissionen bör göras vid tillämpning av artikel 3 i samband med självständigt fungerande gemensamma företag.

3.3.1 Sammanslagning av tidigare självständiga företag

Enligt artikel 3.1 a skall en koncentration anses föreligga om två eller flera tidigare självständiga⁴⁰ företag slås samman och bildar ett nytt företag och därvid upphör att vara skilda juridiska personer. En koncentration kan också föreligga om ett företag förvärvas av ett annat och därigenom upphör som juridisk person.

En koncentration i förordningens mening kan även föreligga om en sammanslagning av tidigare självständiga företags verksamheter får till följd att en ekonomisk enhet bildas. Så kan vara fallet när två eller flera företag, som utan att förlora sin ställning som juridiska personer, avtalar att etablera en gemensam ekonomisk ledning⁴¹ och förfarandet leder till att de berörda företagen de facto slås samman och att en verklig och gemensam ekonomisk enhet bildas. En förutsättning för att kunna fastställa att en gemensam ekonomisk enhet har bildats är att det förekommer en gemensam och permanent ekonomisk ledning. Andra faktorer av betydelse för bedömningen kan vara förekomsten av resultatutjämnning och solidariskt ansvar mellan företagen. En sådan faktisk sammanslagning kan även förstärkas genom korsäggande mellan företag som ingår i den ekonomiska enheten.⁴²

3.3.2 Förvärv av kontroll

I artikel 3.1 b anges att en koncentration skall anses föreligga om ett eller flera företag, eller en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag, antingen genom köp av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt, får kontroll över ett annat företag eller delar av ett företag.

Förvärv av kontroll kan därvid avse ett eller flera företag som är juridiska personer, dessa juridiska personers tillgångar eller vissa delar av dessa tillgångar.⁴³ Tillgångarna i fråga, som kan utgöras av varumärken eller licenser, måste kunna kopplas till en verksamhet som kan tillskrivas en bestämd omsättning.⁴⁴

⁴⁰ Frågan om kontroll över företag blir relevant vid prövningen av i vilken utsträckning företagen tidigare var självständiga, dvs. om något av företagen tidigare kontrollerade det andra företaget.

⁴¹ Jfr begreppen "Gleichordnungskonzern" i tysk rätt, vissa "groupements d'intérêt économique" i fransk rätt och vissa partnerships.

⁴² Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 7.

⁴³ Se kommissionens ärende IV/M.157 - Zurich/MMI av den 2 april 1993.

⁴⁴ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 12.

Begreppet kontroll enligt koncentrationsförordningen kan skilja sig från det begrepp som tillämpas på andra lagstiftningsområden, bl.a. i fråga om tillsynsregler, beskattning, flygtransporter, media, m.m. I den nationella lagstiftningen i en medlemsstat kan föreskrivas särskilda regler rörande strukturen på ett företags beslutsorgan och särskilt arbetstagarnas rätt att företrädas. Även om dessa regler ibland ger andra personer än aktieägarna en viss kontroll, omfattar begreppet kontroll enligt koncentrationsförordningen enbart de sätt att utöva inflytande som normalt tillkommer företagets ägare. De befogenheter som en stat utövar i egenskap av offentlig myndighet och inte som aktieägare utgör inte kontroll enligt förordningen om de är begränsade till att enbart avse skyddet av allmänintresset, eftersom de varken har som syfte eller följd att göra det möjligt för staten i fråga att utöva bestämmande inflytande på företagets verksamhet.⁴⁵

3.3.2.1 Innebörden av begreppet kontroll

Som nämnts förvärfvas kontroll normalt av företag eller personer som är innehavare av rättigheter eller berättigade till rättigheter som ger kontroll. I artikel 3.3 anges närmare hur kontroll över ett företag uppnås.

Artikel 3.3:

Enligt denna förordning uppnås kontroll genom rättigheter eller avtal eller på andra sätt som, antingen var för sig eller tillsammans och med hänsyn till alla faktiska och rättsliga förhållanden, ger möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag, särskilt genom

- a) äganderätt eller rätt att använda ett företags samtliga tillgångar eller en del av dessa,
- b) rättigheter eller avtal som ger ett bestämmande inflytande på sammansättningen av företagets organ och dess röstning eller beslut.

Huruvida en transaktion skall anses innebära att kontroll över ett företag uppnås prövas mot bakgrund av alla rättsliga och faktiska omständigheter i det enskilda fallet.⁴⁶ Förvärv av äganderätt och förekomsten av aktieägaravtal torde därvid i många fall utgöra omständigheter av särskild betydelse för prövningen. Vidare kan

⁴⁵ Se kommissionens ärende IV/M.493 - Tractebel/Distrigaz II av den 1 september 1994.

⁴⁶ I kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration framhålls att genom att begreppet kontroll betonas tillämpas kvalitativa snarare än kvantitativa kriterier vid prövningen av om en transaktion skall anses utgöra en koncentration.

förekomsten av rent ekonomiska förbindelser mellan parterna vara av betydelse i sammanhanget. Ekonomiska beroenden mellan företag kan i vissa fall leda till att faktisk kontroll över ett företag uppnås, t.ex. om omfattande och långfristiga leveransavtal eller krediter, som beviljats av leverantörerna eller kunderna, tillsammans med andra strukturella band medför ett bestämmande inflytande över det andra företaget föreligger.⁴⁷

3.3.2.2 Vem som kan förvärva kontroll

I artikel 3.4 anges den krets av personer eller företag som i förordningens mening anses kunna förvärva kontroll över ett företag.

Artikel 3.4:

Kontroll förvärvas av personer eller företag som

a) är innehavare av rättigheterna eller berättigade till rättigheter enligt de berörda avtalen, eller

b) utan att vara innehavare av rättigheterna eller berättigade till rättigheter enligt sådana avtal har befogenhet att utöva de rättigheter som grundar sig på dessa.

I artikel 3.4 b anges att det kan inträffa att den rättsliga innehavaren av en kontrollpost inte är den person eller det företag som innehar den faktiska befogenheten att utöva de rättigheter som denna kontrollpost ger. Så kan vara fallet exempelvis om ett företag använt ett annat företag eller en annan person för att förvärva en kontrollpost och, utan att i rättslig mening vara innehavare av de rättigheter som denna kontrollpost kan ge, utövar dessa rättigheter via det andra företaget eller tredje man. Kontroll kan i sådana fall anses förvärvad av det bakomliggande företaget, som utövar den faktiska kontrollen över "målföretaget". Bevis om finansieringskällor och släktband utgör omständigheter som kan visa på att denna typ av indirekt kontroll föreligger.⁴⁸

⁴⁷ Se t.ex. kommissionens ärende IV/M.258 - CCIE/GTE av den 25 september 1992 och ärende IV/M.697 - Lockheed Martin Corporation/Loral Coporation av den 27 mars 1996.

⁴⁸ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 10.

Ett förvärv av kontroll kan anta formen av ensam kontroll eller gemensam kontroll över ett företag. I båda fallen definieras kontrollen som möjligheten att utöva ett bestämmande inflytande på företaget genom rättigheter, avtal eller andra medel (artikel 3.3).

Nedan behandlas den närmare innebörden av begreppen ensam respektive gemensam kontroll.

3.3.2.3 Ensam kontroll

Ensam kontroll förvärvas normalt på rättslig grund när ett företag förvärvar en majoritet av rösträttigheterna i ett företag. Det saknar därvid betydelse om ägarandelen uppgår till något mer än hälften av aktiekapitalet⁴⁹ eller till hela aktiekapitalet.⁵⁰ Om inte andra faktorer inverkar ger ett förvärv som inte omfattar en majoritet av rösträttigheterna normalt sett inte heller kontroll över företaget, även om förvärvet innebär att mer än halva aktiekapitalet kommer att innehas.⁵¹

"Kvalificerat minoritetsinnehav"

Ensam kontroll kan i vissa fall uppnås även genom ett "kvalificerat minoritetsinnehav", vilket kan fastställas på grundval av förekomsten av såväl rättsliga som faktiska omständigheter.

På rättslig grund kan ensam kontroll förvärvas i de fall minoritetsinnehavet är förenat med särskilda rättigheter. Det kan härvid röra sig om innehav av preferensaktier, som ger en majoritet av rösträttigheterna, eller andra rättigheter, exempelvis rättigheten att utse mer än hälften av styrelsens eller direktionens ledamöter, och som medför att minoritetsaktieägaren får möjlighet att bestämma företagets affärsstrategi.

En minoritetsaktieägare kan även uppnå ensam kontroll på grundval av faktiska omständigheter. Så kan vara fallet om det är troligt minoritetsaktieägaren kan uppnå en majoritetsposition på bolagsstämman (motsvarande) på grund av att övriga aktier är spridda på ett stort antal övriga aktieägare.⁵² Det är i en sådan situation inte sannolikt

⁴⁹ Se kommissionens ärende IV/M.296 - Crédit Lyonnais/BFG Bank av den 11 januari 1993.

⁵⁰ Se kommissionens ärende IV/M.299 - Sara Lee/BP Food Division av den 8 februari 1993.

⁵¹ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 13.

⁵² Se kommissionens ärende IV/M.025 - Arjomari/Wiggins Teape av den 10 februari 1990.

alla små aktieägare kommer att närvara eller företrädas vid bolagsstämman. Huruvida ensam kontroll kan anses föreligga bedöms på grundval av uppgifter om närvaron vid tidigare bolagsstämmor. En minoritetsaktieägare som erhåller en stabil majoritet vid bolagsstämman med hänsyn till det antal övriga aktieägare som normalt deltar vid dessa stämmor, kan anses utöva ensam kontroll över företaget.⁵³

Ensam kontroll kan även utövas av en minoritetsaktieägare som under lång tid har rätt att leda företagets verksamhet och bestämma dess affärsstrategi.

Köoptioner, m.m.

Köoptioner eller konvertibler anses inte i sig kunna ge upphov till ensam kontroll, såvida de inte utnyttjas inom en nära framtid i enlighet med rättsligt bindande avtal.⁵⁴ Om det emellertid är troligt att en sådan rättighet kommer att utnyttjas kan denna omständighet i förening med övriga omständigheter leda till slutsatsen att ensam kontroll över företaget skall anses föreligga.⁵⁵

Övergång från gemensam till ensam kontroll

En övergång från gemensam till ensam kontroll över ett företag anses medföra en koncentration i koncentrationsförordningens mening, eftersom det bestämmande inflytande som utövas ensamt skiljer sig från ett sådant bestämmande inflytande som utövas av flera.

Av samma anledning anses en transaktion som innebär att ensam kontroll förvärvas över en del av ett företag och gemensam kontroll över en annan del av samma företag i princip upphov till två olika koncentrationer.⁵⁶

⁵³ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 14; se även kommissionens ärende IV/M.343 - Société générale de Belgique/Générale de Banque av den 3 augusti 1993.

⁵⁴ Mål T/93 - Air France mot kommissionen, Förstainstansrättens dom av den 19 maj 1994, REG 1994 II, s. 323.

⁵⁵ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 15.

⁵⁶ Se tillkännagivandet, punkt 16; se även kommissionens ärende IV/M.409 - ABB/Renault Automation av den 9 mars 1994.

3.3.2.4 Gemensam kontroll

Gemensam kontroll föreligger om aktieägarna (moderföretagen) måste komma överens i fråga om viktigare beslut rörande det företag som kontrolleras (det gemensamma företaget).

Gemensam kontroll innebär att två eller flera företag eller personer har möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande på ett annat företag. Med bestämmande inflytande förstås i dessa sammanhang vanligen förmågan att hindra sådana beslut som avgör företagets affärsstrategi. Till skillnad från ensam kontroll, som ger en given aktieägare befogenheter att avgöra företagets strategiska beslut, utmärks gemensam kontroll av förekomsten av en situation i vilken två eller flera aktieägare har befogenhet att genom innehav av en vetorätt förhindra strategiska beslut i företaget. Dessa aktieägare måste därför av nödvändighet vara överens om gemensamma företagets affärsstrategi.⁵⁷

I likhet med ensam kontroll kan förvärv av gemensam kontroll – vilket även inbegriper en övergång från ensam kontroll till gemensam kontroll – fastställas på grundval av såväl rättsliga som faktiska omständigheter.

Jämn fördelning av rösträttigheter eller av rättigheter att företrädas i beslutsorgan

Den tydligaste formen av gemensam kontroll torde föreligga i de fall då det endast förekommer två moderföretag som har lika antal rösträttigheter i det gemensamma företaget. Om moderföretagen ingår avtal som reglerar den gemensamma beslutsrätten får avtalet inte stå i strid med principen om lika rättigheter för företagen. I avtalet kan således föreskrivas att samtliga företag skall ha rätt till lika antal representanter i ledningsorganen och att ingen av dessa har utslagsröst.⁵⁸

En jämbördig ställning mellan moderföretagen kan även uppnås genom att dessa erhåller rätten att utse lika många företrädare i det gemensamma företagets ledning.⁵⁹

⁵⁷ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 19.

⁵⁸ Se kommissionens ärende IV/M.272 - Matra/CAP Gemini Sogeti av den 17 mars 1993.

⁵⁹ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 20.

Vetorätt

Gemensam kontroll kan föreligga även om det inte råder jämlikhet mellan moderföretagen i fråga om rösträttigheter eller representation i beslutsorganen samt om det finns fler än två moderföretag. Så kan vara fallet om exempelvis minoritetsaktieägarna har ytterligare rättigheter som gör det möjligt för dem att motsätta sig beslut som är viktiga för gemensamma företagets affärsstrategi.⁶⁰ En sådan vetorätt kan vara inskriven i gemensamma företagets bolagsordning eller föreskrivas i avtal mellan moderföretagen.

Den vetorätt som ger upphov till gemensam kontroll avser vanligen beslut och frågor som rör det gemensamma företagets affärsplan (business plan), större investeringar eller tillsättande av företagsledningen.

För att förvärva gemensam kontroll måste en minoritetsaktieägare inte nödvändigtvis inneha alla de typer av vetorätt som anges ovan. Det kan vara tillräckligt att denne innehar en del av dessa eller, i vissa fall, endast en sådan rättighet. Det som är avgörande är om vetorätten är tillräcklig för att göra det möjligt för dess innehavare att utöva ett bestämmande inflytande över företagets affärsstrategi.⁶¹

Förvärv av gemensam kontroll behöver däremot inte innebära att förvärvaren även får möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över företagets löpande verksamhet.

Vetorätten kan anta formen av krav på att ett beslutsmässigt antal deltagare uppnås för att vissa beslut skall kunna tas vid bolagsstämman eller vid styrelsens möten i de fall moderföretagen är representerade vid dessa eller då strategiska beslut måste godkännas av ett särskilt beslutsorgan, och att minoritetsaktieägarna är representerade i detta organ och utgör en del av det beslutsmässiga antal som krävs för att besluten i fråga skall kunna tas.

Bedömningen av huruvida gemensam kontroll skall anses föreligga eller inte grundas på en samlad bedömning av förekomsten av olika vetorätter. Som här nämnts anses en vetorätt som inte gäller beslut i frågor som rör det gemensamma företagets affärsstrategi, budget eller affärsplan inte ge dess innehavare gemensam kontroll.⁶²

Vetorätten måste således avse strategiska beslut om gemensamma företagets affärsverksamhet och omfatta mer än den vetorätt som

⁶⁰ Se not 15 och kommissionens ärende IV/M.010 - Conagra/Idea av den 3 maj 1991.

⁶¹ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 23.

⁶² Se kommissionens ärende IV/M.295 - SITA-RPC/SCORI av den 19 mars 1993.

normalt sett tillkommer minoritetsaktieägare för att skydda deras ekonomiska intressen som investerare i det gemensamma företaget.⁶³

Det normala skyddet av minoritetsaktieägarnas rättigheter avser beslut om det gemensamma företags själva existens, t.ex. ändring av dess stadgar, ökning eller minskning av kapitalet, frågan om likvidation, m.m. Av denna anledning gör vetorätt i frågor som rör försäljning eller försättande konkurs av det gemensamma företaget inte att den berörda minoritetsaktieägaren kan antas delta i den gemensamma kontrollen över företaget.⁶⁴

Som tidigare nämnts är det inte heller nödvändigt att fastställa om någon som förvärvar gemensam kontroll kommer att använda sig av sitt bestämmande inflytande. Det är tillräckligt att redan möjligheten att utöva detta inflytande föreligger.

Nedan behandlas olika typer av vetorättigheter som är av betydelse i detta sammanhang.

Utnämning av företagsledning och fastställande av budget

De typer av vetorätt som i allmänhet är mest betydelsefulla är de som avser utnämning av företagsledning och fastställande av budget. Den som innehar möjligheten att delta i beslut rörande ledningsstrukturen får möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över företags affärsstrategi. Samma sak gäller beslut rörande budgeten, eftersom ramen för gemensamma företags verksamhet, och i synnerhet de investeringar företaget kan göra, avgränsas genom denna.⁶⁵

Affärsplan (business plan)

I affärsplanen anges vanligen i detalj företags mål och de åtgärder som skall vidtas för att uppnå de uppställda målen. Att inneha vetorätt vid fastställandet av en sådan plan kan vara tillräckligt för att ge gemensam kontroll, även om andra former av vetorätt saknas. Om affärsplanen däremot enbart innehåller allmänna uttalanden om det gemensamma företags mål, kommer förekomsten av vetorätt enbart att utgöra en faktor bland många vid den samlade bedömningen av om gemensam kontroll skall anses föreligga.⁶⁶

⁶³ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 21.

⁶⁴ Se kommissionens ärende IV/M.062 - Eridania/ISI av den 30 juli 1997.

⁶⁵ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 25.

⁶⁶ Se tillkännagivandet, punkt 26.

Investeringar

När vetorätten avser investeringar beror dess betydelse normalt på omfattningen av de investeringar som måste godkännas av moderföretagen och om dessa investeringar har en avgörande betydelse för det gemensamma företags verksamhet på marknaden. Om de investeringar som måste godkännas av moderföretagen är särskilt stora, kan vetorätten mer liknas vid det normala skyddet av minoritetsaktieägare än en rätt till medbestämmande över det gemensamma företags affärsstrategi. Vad gäller det andra kriteriet utgör förekommande veto över ett företags investeringsstrategi vanligen ett viktigt inslag i bedömningen om gemensam kontroll skall anses föreligga eller inte. Det finns dock vissa marknader där investeringar har mindre betydelse för ett företags konkurrensbeteende, och där ett veto i dessa frågor därför kan vara av mindre betydelse.⁶⁷

Marknadsspecifika rättigheter

Förutom de olika typer av vetorätter som ovan berörts förekommer ett antal andra typer av vetorätt vilka är kopplade till beslut som är betydelsefulla på den marknad som gemensamma företaget är verksamt på. Ett exempel är beslut om vilken teknik det gemensamma företaget skall använda, när teknik är en grundläggande aspekt på detta företags verksamhet. Ett annat exempel utgör marknader som kännetecknas av produktdifferentiering och en hög innovationsgrad. På sådana marknader kan vetorätt i fråga om vilka nya produktlinjer som det gemensamma företaget skall utveckla utgöra en viktig faktor när det gäller att fastställa om gemensam kontroll föreligger.⁶⁸

Vissa andra former av gemensam kontroll

Även om det inte föreligger någon specifik vetorätt kan två eller flera företag som förvärvar minoritetsinnehav i ett annat företag få gemensam kontroll över detta. Så kan exempelvis vara fallet om minoritetsinnehaven sammantaget ger möjlighet att kontrollera det gemensamma företaget, vilket kan ske om minoritetsaktieägarna tillsammans innehar en majoritet av rösträttigheterna och samordnar sig

⁶⁷ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 27.

⁶⁸ Se tillkännagivandet, punkt 28.

för att utnyttja dessa. En sådan samordning kan grundas på ett avtal mellan parterna eller ske på grundval av faktiska förhållanden.⁶⁹

Ett sätt att säkerställa ett gemensamt utövande av rösträttigheterna kan vara att minoritetsaktieägarna överlåter sina rättigheter till ett holdingföretag eller träffar ett avtal genom vilket de åtar sig att agera samordnat (avtal om gemensam röstning).⁷⁰

Ett samordnat förfarande kan även uppkomma på grundval av faktiska omständigheter. Exempelvis kan de gemensamma intressen som förenar minoritetsaktieägarna vara så starka att det föreligger liten sannolikhet för att de motarbetar varandra när de utövar sina rättigheter i gemensamma företaget. Ett sådant gemensamt intresse kan exempelvis föreligga om det sedan tidigare förekommer band mellan minoritetsaktieägarna eller om förvärv av andelar sker genom ett samordnat förfarande.⁷¹

Ett samordnat förfarande mellan moderföretagen kan anses vara mer sannolikt vid bildandet av ett gemensamma företag än vid förvärv av minoritetsandelar i ett redan existerande företag. Så torde vara fallet när vardera moderföretaget tillför det gemensamma företaget något som är av avgörande betydelse för dess verksamhet, såsom speciell teknik, know-how, m.m. I dessa fall torde moderföretagen ha möjlighet att komma överens om de viktigaste strategiska besluten och således driva det gemensamma företaget i samverkan utan att behöva förse sig med vetorätt. Det kan dock antas att ju större antalet moderbolag är, desto mindre är sannolikheten för att denna situation föreligger.⁷²

Växlande allianser mellan minoritetsaktieägare

Om sådana gemensamma intressen som berörts ovan inte föreligger leder eventuell uppkomst av växlande allianser mellan minoritetsaktieägarna normalt sett till att någon gemensam kontroll inte kan anses föreligga. Om det inte finns någon stabil majoritet när beslut ska fattas och om en majoritet uppstår tillfälligt ur de kombinationer av minoritetsaktieägarnas röster som är möjliga, går det inte att förutsätta att minoritetsaktieägarna kommer att gemensamt kontrollera det gemensamma företaget. Det är i detta sammanhang inte i sig

⁶⁹ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 30.

⁷⁰ Se tillkännagivandet, punkt 31.

⁷¹ Se tillkännagivandet, , punkterna 32 och 33.

⁷² Se tillkännagivandet, punkt 34.

tillräckligt att två eller fler företag med lika andelar i företagets kapital kommer överens om att ha lika stora rättigheter och befogenheter.⁷³

Andra faktorer av betydelse för bedömningen, m.m.

Förekomsten av gemensam kontroll är inte oförenlig med att ett av moderföretagen har särskild kunskap om och erfarenhet av gemensamma företagets verksamhet. I dessa fall kan det andra moderföretaget sakna eller spela en mer undanskymd roll i den dagliga driften av det gemensamma företaget. Moderföretagets närvaro kan i dessa fall främst motiveras av skäl som berör allmän företagspolicy, långsiktig strategi, finansiella aspekter, varumärkesimage, m.m. För att gemensam kontroll skall anses föreligga måste företaget, som tidigare nämnts, dock fortfarande ha en faktisk möjlighet att påverka de beslut som fattas av det andra moderföretaget.⁷⁴

Som tidigare nämnts förutsätter gemensam kontroll i princip att ett moderföretag inte har utslagsröst. Gemensam kontroll kan likväl föreligga om en sådan utslagsröst enbart kan användas efter flera försök till medling och förlikning eller om den enbart avser ett mycket begränsat område.⁷⁵

Gemensam kontroll under en begränsad period

Om en transaktion under en inledande period⁷⁶ ger upphov till gemensam kontroll som enligt rättsligt bindande avtal kommer att omvandlas på så sätt att ensam kontroll kommer att utövas av en av

⁷³ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 35 (exempelvis anses aktieägarna, om enkel majoritet krävs för strategiska beslut, inte utöva gemensam kontroll i de fall där varje aktieägare innehar lika stor andel av aktiekapitalet och där varje aktieägare utser lika stor andel av styrelseledamöterna. Motsvarande gäller även i andra mer komplicerade situationer, exempelvis om ett företags kapital är jämnt fördelat mellan tre aktieägare och där styrelsen utgörs av tolv ledamöter, varav två utses av aktieägarna X, Y och Z, två av X, Y och Z tillsammans och de resterande fyra av de åtta övriga ledamöterna. Inte heller i detta fall anses gemensam kontroll föreligga).

⁷⁴ Se tillkännagivandet, punkt 36.

⁷⁵ Se tillkännagivandet, punkt 37; se även kommissionens ärende IV/M.425 - British Telecom/Banco Santander av den 28 mars 1994.

⁷⁶ Denna inledande period får normalt inte vara längre än tre år (se även ovan under 23).

aktieägarna, kommer hela transaktionen normalt sett att betraktas som ett förvärv av ensam kontroll.⁷⁷

Enskild aktieägars kontroll genom vetorätt

Det kan i vissa fall förekomma att en enskild aktieägare kan förkasta ett företags strategiska beslut, utan att själv kunna driva igenom denna typ av beslut. Denna situation kan uppstå då en aktieägare innehar hälften av ett företags aktiekapital och andra hälften innehas av två eller flera minoritetsaktieägare eller då strategiska beslut måste fattas av ett beslutsmässigt antal röstberättigade, vilket kan ge en enskild minoritetsaktieägare vetorätt.⁷⁸ Under dessa omständigheter innehar denne aktieägare en sådan rätt som i normala fall tillkommer de aktieägare som har gemensam kontroll över ett företag, det vill säga förmåga att blockera antagandet av beslut i strategiska frågor. Särskilt i det senare fallet har dock en sådan aktieägare inte den rätt som tillkommer någon som har ensam kontroll över ett företag, det vill säga förmåga att driva igenom strategiska beslut. Eftersom aktieägaren kan skapa en blockeringsituation, motsvarande den i traditionella fall av gemensam kontroll, anses denne inneha ett bestämmande inflytande och följaktligen kontroll enligt koncentrationsförordningen.⁷⁹

3.3.2.5 Ändringar i kontrollstrukturen

En koncentration kan även föreligga när en transaktion medför en ändring i kontrollstrukturen. Som nämnts är vid bedömningen av förändringar som påverkar ett företags aktieägarstruktur avgörande om transaktionen leder till en ändring av kontrollens karaktär. Härvid bedöms varje transaktion för sig. En åtskillnad görs därvid med hänsyn till omständigheterna kring förändringen av aktieägarstrukturen. En förändring av aktieägarstrukturen genom att aktieägare tillkommer eller byts ut anses till sin natur förändra kontrollens karaktär. Att ett nytt moderföretag inträder eller att ett moderföretag ersätts med ett annat är inte jämförbart med ett enkelt förvärv av en del av verksamheten, eftersom det innebär en förändring av *karaktären* och *nivån* på kontrollen över hela det gemensamma företaget, även om ett samma antal

⁷⁷ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 38.

⁷⁸ Se kommissionens ärende IV/M.258 - CCIE/GTE av den 25 september 1992 (en enskild aktieägars vetorätt kunde utnyttjas av en styrelseledamot som denne aktieägare utsett).

⁷⁹ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 39.

aktieägare utövar gemensam kontroll både före och efter transaktionen.⁸⁰

Förändring av aktieägarstrukturen vid gemensam kontroll över ett befintligt gemensamt företag

Vid en övergång från gemensam till ensam kontroll förvärvar en aktieägare andelar som tidigare ägdes av den andre aktieägaren (aktieägarna). Att den ena aktieägaren säljer samtliga, eller delar av, sina andelar i det gemensamma företaget till den andre betyder att det sker en övergång från gemensam kontroll till ensam kontroll över hela företaget (som efter transaktionen upphör att vara ett "gemensamt företag").⁸¹

Förutom den aktieägare som utövar ensam kontroll över företaget kan det även finnas andra aktieägare (minoritetsaktieägare), som dock inte har något kontrollerande inflytande i företaget. Det är således inte minskningen av antalet aktieägare i sig som är av betydelse utan det förhållandet att vissa aktieägare säljer sina aktier i ett gemensamt företag och att dessa aktier förvärvas av nya eller befintliga aktieägare. Förvärvet av dessa aktier eller ytterligare avtalsenliga rättigheter kan därvid leda till ett förvärv av kontroll eller en förstärkning av en redan existerande kontroll genom att ytterligare rösträttigheter eller veto-rättigheter eller rätten att utse ytterligare styrelseledamöter erhålls.⁸²

Om transaktionen medför en minskning av antalet aktieägare som utövar gemensam kontroll, utan att det leder till en övergång från gemensam kontroll till ensam kontroll och utan att det förekommer tillträden eller utbyten av aktieägare som förvärvar kontroll, anses transaktionen normalt inte medföra någon förändring av kontrollens karaktär och utgör därmed inte heller en koncentration.⁸³

⁸⁰ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag, punkt 43.

⁸¹ Se bl.a. kommissionens ärende IV/M.023 - ICI/Tioxide av den 28 november 1990 (fråga var om en övergång från gemensam kontroll [50/50] till ensam kontroll. Kommissionen ansåg att "ett avgörande inflytande som utövas *ensamt* skiljer sig betydligt från ett avgörande inflytande som utövas gemensamt, eftersom det senare utövas under hänsynstagande till de potentiellt olika intressen som den eller de berörda parterna kan ha [...] Genom att ändra karaktären på ICI: s avgörande inflytande över Tioxide kommer transaktionen att medföra en varaktig förändring i de berörda parternas struktur [...]".

⁸² Se kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag, punkterna 35-37.

⁸³ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag, punkt 38 (exempelvis är detta fallet när fem aktieägare innehar lika stora andelar var och

Situationen är annorlunda när det sker en betydande förändring av kontrollens karaktär. Om minskningen av antalet aktieägare skulle ge de kvarvarande aktieägarna, t.ex. genom ett befintligt aktieägaravtal, ytterligare vetorätt eller flera styrelseledamöter, kan det innebära ett nytt förvärv av kontroll för minst en aktieägare.⁸⁴

3.3.2.6 Upplösning av koncentrationer och uppdelning av företag

När två företag går samman eller bildar ett gemensamt företag och därefter upplöser företaget eller delar upp det gemensamma företaget, och tillgångarna⁸⁵ fördelas mellan parterna på ett nytt sätt, är det normalt fråga om flera förvärv av kontroll.⁸⁶

En uppdelning av ett gemensamt företag betraktas som en övergång från gemensam kontroll över det gemensamma företags samlade tillgångar till ensam kontroll över de fördelade tillgångarna.⁸⁷

en aktieägare utträder, varefter de kvarvarande fyra aktieägarna efter förvärv av dennes andelar innehar lika stora andelar.

⁸⁴ Se kommissionens ärende IV/M.452 - Avesta II av den 9 juni 1994 (en aktieägare som var part i aktieägaravtalet sålde sin andel om cirka sju procent. Antalet majoritetsaktieägare minskade från fyra till tre, vilket möjliggjorde för en av de kvarvarande aktieägarna att förvärva negativ vetorätt, vilket han inte hade haft tidigare, med stöd av bestämmelser i det aktieägaravtal som alltjämt var i kraft. Eftersom den utträdande aktieägaren hade delat sin vetorätt med den kvarvarande aktieägaren, och eftersom aktieägarantalet förblev oförändrat, erhöll den kvarvarande aktieägaren full vetorätt. Förvärvet av full vetorätt betraktades som en förändring av kontrollens karaktär).

⁸⁵ Som tidigare nämnts avses med tillgångar vissa typer av tillgångar som i sig kan utgöra en verksamhet, t.ex. ett dotterbolag, en avdelning inom ett företag och, i vissa fall, varumärken eller licenser, m.m. och för vilka det går att fastställa en omsättning.

⁸⁶ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag, punkterna 46 och 47 (t.ex. företagen X och Y slås samman och därefter upplöser sammanslagningen med en ny fördelning av tillgångarna. Transaktionen kan innebära att företaget X förvärvar olika tillgångar, t.ex. tillgångar som det tidigare ägde eller som dittills ägts av företaget Y samt tillgångar som förvärvats gemensamt av den enhet som uppstod vid sammanslagningen och att företaget Y gör liknande förvärv).

⁸⁷ Se kommissionens ärende IV/M.197 - Solvay-Laporte av den 30 april 1992.

3.3.2.7 Utväxling av tillgångar

Även om parterna betraktar överföringar av tillgångar som sker i samband med en utväxling som inbördes beroende av varandra, att de ofta avtalas i en enda handling och kan äga rum samtidigt, kan de rättsliga och ekonomiska banden mellan dessa transaktioner i vissa fall vara otillräckliga för att de skall kunna betraktas som en och samma koncentration. Oavsett om tillgångarna utgör rättsliga enheter eller inte, kan varje enskilt förvärv i dessa fall innebära en koncentration.⁸⁸

3.3.2.8 Företagsledningens förvärv av kontroll

När kontroll över ett företag förvärvas av dess ledning är det normalt fråga om ett förvärv som genomförs av privatpersoner. Företagets ledning kan sammanföra sina ägarandelar i ett annat företag för att t.ex. underlätta beslutsfattandet (s.k. "vehicle company"). Detta senare företag, som i normalfallet torde vara nystartat och därför saknar omsättning, kan under vissa förutsättningar vara att anse som ett berört företag i koncentrationsförordningens mening varvid reglerna om ett gemensamt företags förvärv av kontroll gäller.⁸⁹

Även utan ett sådant företag kan ledningen försöka finna investerare för att finansiera transaktionen. De rättigheter som dessa investerare tilldelas kan beroende av aktieinnehavet innebära att kontrollen över företaget överförs till dem och inte till ledningen, som dock kan inneha minoritetsrättigheterna.⁹⁰ De investerade företagens omsättning kan i dessa fall avgöra om omsättningströsklarna uppnås.

3.3.2.9 Särskilda regler för handel med värdepapper, m.m.

I artikel 3.5 anges tre särskilda fall då förvärv en kontrollpost inte skall anses utgöra en koncentration enligt förordningen.

⁸⁸ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag, punkterna 49 och 50.

⁸⁹ Se tillkännagivandet, punkt 53.

⁹⁰ Se kommissionens ärende IV/M.335 - CWB/Goldman Sachs/Tarkett av den 21 februari 1994 (den gemensamma kontrollen ansågs ha förvärvats av de två företag som förvaltade den investeringsfond som deltog i transaktionen och inte av de anställda).

Handel med värdepapper, m.m.

Förvärv av värdepapper genom företag vilkas normala verksamhet omfattar transaktioner och handel med värdepapper för egen eller andras räkning anses inte som en koncentration, förutsatt att förvärvet genomförs inom ramen för denna verksamhet och att innehavet av dessa värdepapper är tillfälligt (artikel 3.5 a).

För att detta undantag skall gälla skall följande villkor vara uppfyllda:

- det företag som gör förvärvet skall vara ett kreditinstitut, annat finansinstitut eller ett försäkringsbolag, vars normala verksamhet omfattar transaktioner av ovannämnda slag
- förvärvet av värdepapperen skall ske i avsikt att vidareförsäljning skall ske
- företaget får inte utöva de rösträttigheter som följer med värdepapperen i syfte att bestämma ”målföretagets” affärsstrategi
- företaget får enbart utöva angivna rösträttigheter i syfte att förbereda försäljningen av hela eller delar av ”målföretaget” eller dess tillgångar eller värdepapperen i fråga
- företaget måste sälja värdepapperen inom ett år från tidpunkten för förvärvet.⁹¹

Konkursförvaltare, m.m.

Om kontroll förvärvas av en tjänsteman som är utsedd enligt en medlemsstats lagar om likvidation, konkurs, obestånd, betalningsinställelse, ackord eller liknande förfaranden innebär transaktionen ifråga ingen ändring i kontrollstrukturen och utgör följaktligen någon koncentration enligt förordningen (artikel 3.5 b).

⁹¹ Företaget måste således inom tidsfristen minska sitt innehav av aktier till en nivå som understiger den nivå som ger företaget kontroll. Denna tidsfrist kan förlängas av kommissionen om det företag som gjort förvärvet styrker att det inte fanns någon rimlig möjlighet att genomföra försäljningen inom tidsfristen.

Finansiella holdingbolag, m.m.

En transaktion genom vilken ett finansiellt holdingbolag⁹² förvärvar kontroll över ett företag utgör inte någon koncentration förutsatt att de rösträttigheter som följer med de innehavda värdepapperen endast utövas för att upprätthålla det fulla värdet av dessa investeringar och inte för att direkt eller indirekt bestämma företagets konkurrensbeteende (artikel 3.5 c).

En transaktion i form av en "räddningsaktion" av ett företag kan i vissa fall innebära att en koncentration anses föreligga. En transaktion av detta slag innebär i allmänhet att det sker en överföring av företagets skulder till ett nytt företag. Saneringsprogrammet innebär normalt även att de banker (motsvarande) som får kontroll över företaget i svårigheter tvingas bestämma dess affärsstrategi, även om bankerna främst avser att sanera det berörda företagets finanser i syfte att sedan sälja det. Det torde vara mindre sannolikt att ett företag i svårigheter kan omvandlas till ett affärsmissigt livskraftigt företag och sedan säljas inom den angivna tidsfristen på ett år. Den tid som behövs för att uppnå detta mål kan även visa sig vara så svårbedömd att det kan vara svårt att bevilja en förlängning av den tidsfrist inom vilken försäljning av de förvärvade värdepapperen måste ske. Om transaktionen uppfyller de kriterier som utmärker gemensam kontroll kan den anses utgöra en koncentration och omfattas inte av det undantag som anges i artikel 3.5 a.⁹³

3.3.3 Gemensamma företag

Gemensamma företag (joint ventures) omfattar ett brett spektrum av transaktioner, allt från koncentrationsliknande transaktioner till samarbete för särskilda funktioner såsom forskning och utveckling, tillverkning eller distribution. Som tidigare nämnts definieras begreppet koncentration i förordningens mening på ett sådant sätt att det endast omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring i de berörda företagens struktur. Bildandet av ett gemensamt företag kan under vissa förutsättningar medföra en sådan varaktig förändring av de

⁹² Ang finansiella holdingbolag, se artikel 5.3 i ministerrådets fjärde direktiv 78/660/EEG (EGT nr L 222, 14.8.1978, s. 11), senast ändrad genom rådets direktiv 94/8/EG av den 21 mars 1994 (EGT nr L 092, 25.3.1994, s. 33).

⁹³ Se kommissionens ärende IV/M.116 - Kel/Amerikan Express av den 28 augusti 1991.

berörda företagens struktur att en koncentration i förordningens mening skall anses föreligga. I detta sammanhang kan koncentrationer ställas i kontrast till avtal som har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga. De senare innefattar i princip ingen varaktig förändring i företagens struktur. Om sådana avtal har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden och påverkar handeln mellan medlemsstaterna är de underkastade förbudet i artikel 85.1 i Romfördraget. Avtalen kan därvid undantas från förbudet endast om de uppfyller de kriterier som anges i artikel 85.3. i fördraget.⁹⁴

I artikel 3.2 i koncentrationsförordningen anges de kriterier som det gemensamma företaget skall uppfylla för att en koncentration i förordningens mening skall anses föreligga.

Artikel 3.2 lyder:

Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner utgör en koncentration enligt punkt 1 b.

Ett gemensamt företag som uppfyller angivna förutsättningar anses utgöra ett självständigt fungerande gemensamt företag (s.k. "full function joint venture").

Kommissionen har i ett tillkännagivande behandlat den närmare innebörden av begreppet ett självständigt fungerande gemensamt företag.⁹⁵

3.3.3.1 Självständigt fungerande gemensamt företag

Gemensam kontroll

En förutsättning för att ett företag skall anses utgöra ett gemensamt företag är att företaget kontrolleras av två eller flera företag. (artikel 3.1 b). Principerna för att fastställa om gemensam kontroll föreligger har

⁹⁴ Prövningen av olika typer av samordningsavtal sker enligt bestämmelser i förordning nr 17/62, nr 1017/68, nr 4056/86 eller nr 3975/1987 om tillämpning av artikel 85 och 86. Ang kooperativa gemensamma företag se kommissionens tillkännagivande om kooperativa gemensamt företag enligt artikel 85 i EEG-fördraget. (EGT nr C 43, 16.2.1993, s. 2.).

⁹⁵ Se not 39.

behandlats ovan. Bildandet av ett gemensamt företag faller inom förordningens tillämpningsområde om företaget på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner. Den närmare innebörden av detta begrepp behandlas nedan.

En självständig ekonomisk enhet

I artikel 3.2 föreskrivs att ett gemensamt företag på varaktig basis måste fylla en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner för att falla inom förordningens tillämpningsområde. Detta förutsätter väsentligen att det gemensamma företaget måste vara verksamt på en marknad och fylla de funktioner som normalt fylls av företag som är verksamma på samma marknad. För att göra detta måste det gemensamma företaget ha en ledning som är engagerad i skötseln av den löpande verksamheten och ha tillgång till tillräckliga resurser i form bl.a. anställda, kapital och andra tillgångar (materiella och immateriella) för att på varaktig basis kunna bedriva verksamhet inom det område som anges i avtalet om upprättandet av det gemensamma företaget.⁹⁶

Ett gemensamt företag som uppfyller angivna krav medför normalt en varaktig förändring av de berörda företagens struktur. Ett sådant företag anses därvid utgöra "självständigt fungerande" gemensamt företag.⁹⁷

Övertagande av vissa av moderföretagens funktioner

Ett gemensamt företag är inte självständigt fungerande om det endast tar över en viss funktion inom moderföretagens affärsverksamhet utan att få tillträde till marknaden. Detta kan vara fallet för sådana gemensamma företag som är begränsade till forskning och utveckling

⁹⁶ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 12.

⁹⁷ Se kommissionens ärenden IV/M.527 - Thomson CSF/Deutsche Aerospace av den 2 december 1994 (immateriella rättigheter), IV/M.560 - EDS/Lufthansa av den 11 maj 1995 (underleveranser), IV/M.585 - Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd av den 7 september 1995 (gemensamt företags rätt att begära ytterligare expertis och personal från sina moderbolag), IV/M.686 - Nokia/Autoliv av den 5 februari 1996 (gemensamt företag som kan ingå "serviceavtal" med ett moderföretag och flytta från moderföretags verksamhetsort), IV/M.791 - British Gas trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd av den 7 oktober 1996 (ett gemensamt företags tillgångar kommer att överföras på ett leasingbolag och hyras av gemensamt företaget).

eller tillverkning. Sådana gemensamma företag är normalt underställda moderföretagens affärsverksamhet. Detta kan även vara fallet när det gemensamma företags verksamhet huvudsakligen är begränsat till distribution eller försäljning av moderföretagens produkter och företaget därför i huvudsak fungerar som försäljningsagentur.

Den omständigheten att det gemensamma företaget använder sig av moderföretagens distributionsnät eller försäljningsställen hindrar inte att det ändå kan anses som ett självständigt fungerande företag, i vart fall så länge moderföretagen endast fungerar som ombud för det gemensamma företaget.⁹⁸

Moderföretagens närvaro på marknader i tidigare eller senare led

Moderföretagens närvaro på marknader i tidigare eller senare led utgör en omständighet som är av betydelse vid bedömningen av om ett gemensamt företag är självständigt fungerande i de fall då denna närvaro leder till betydande försäljningar eller köp mellan moderföretagen och det gemensamma företaget.

Den omständigheten att det gemensamma företaget är beroende av försäljning till eller köp från moderföretagen under en första inledningsfas anses dock normalt inte påverka det gemensamma företags självständiga funktion. En sådan inledningsfas kan nämligen vara nödvändig för att etablera det gemensamma företaget på marknaden. Denna fas – som kan vara beroende av de särskilda förhållanden som gäller på marknaden ifråga – bör dock normalt inte vara längre än tre år.⁹⁹

Om avsikten är att försäljningen från det gemensamma företaget till moderföretagen skall ske på mer varaktig basis blir den avgörande frågan huruvida det gemensamma företaget – oberoende av denna

⁹⁸ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 13; se även kommissionens ärende IV/M.102 - TNT/Canada Post, m.fl. av den 2 december 1991.

⁹⁹ Se kommissionens ärenden IV/M.560 - EDS/Lufthansa av den 11 maj 1995 (punkt 11), IV/M.686 - Nokia/Autoliv av den 5 februari 1996 (punkt 6); att jämföras med ärende IV/M.904 - RSB/Tenex/Fuel Logistics av den 2 april 1997 (punkterna 15-17) och IV/M.979 - Preussag/Voest-Alpine av den 1 oktober 1997 (punkterna 9-12). Ett specialfall föreligger när det gemensamma företags försäljning till moderföretaget förorsakas av ett rättsligt monopol i det marknadsled som följer efter det gemensamma företaget (IV/M.468 - Siemens/Italtel av den 17 februari 1995 (punkt 12), eller om försäljningen till ett moderföretag består av biprodukter, som är mindre viktiga för det gemensamma företaget (IV/M.550 - Union Carbide/Enichem av den 13 mars 1995 (punkt 14).

försäljning – är inriktat på att spela en aktiv roll på marknaden. En viktig omständighet vid bedömningen är därvid hur stor andel denna försäljning är av det gemensamma företags totala produktion. En annan omständighet av betydelse är om försäljningen till moderföretagen sker på normala handelsvillkor.¹⁰⁰

Om det gemensamma företaget gör inköp från moderföretagen kan företags funktion som ett självständigt fungerande företag komma att ifrågasättas, särskilt i de fall när företaget endast tillför de berörda produkterna och tjänsterna ett obetydligt mervärde. I dessa situationer kan företaget vara att bedöma som en gemensam försäljningsagentur.

Handelsföretag, m.m.

En handelsmarknad kännetecknas vanligen av att det finns företag som är specialiserade på försäljning och distribution av olika produkter utan att vara vertikalt integrerade och där olika leverantörskällor står till förfogande för leverans av produkterna i fråga. Många handelsmarknader kräver dessutom operatörer som investerar inom olika områden, bl.a. försäljningsställen, lagerhållning och transportflottor.

Om ett gemensamt företag är verksamt på en handelsmarknad och fyller ett handelsföretags normala funktioner på en sådan marknad är det normalt att anse som ett självständigt fungerande gemensamt företag och inte som en underordnad försäljningsagentur.

För att utgöra ett självständigt fungerande gemensamt företag på en handelsmarknad måste företaget ha de nödvändiga anläggningarna och sannolikt få en betydande del av sina leveranser inte endast från sina moderföretag utan också från andra konkurrerande källor.¹⁰¹ Dessutom skall det gemensamma företags verksamhet bedrivas på varaktig basis, vilket normalt kan antas vara fallet om moderföretagen tilldelar det gemensamma företaget angivna resurser.

*Upplösning av gemensamma företag, m.m.*¹⁰²

Avtal om bildande av ett gemensamt företag innehåller ofta bestämmelser om vad som skall gälla vid olika eventualiteter, t.ex. vid

¹⁰⁰ Se kommissionens ärenden IV/M.556 - Zeneca/Vanderhave av den 9 april 1996 (punkt 8) och IV/M.751 - Bayer/Huls av den 3 juli 1996 (punkt 10).

¹⁰¹ Se kommissionens ärende IV/M.788 – AgrEVO/Marubeni av den 3 september 1996 (punkt 9).

¹⁰² Se kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 15.

konkurs för det gemensamma företaget eller grundläggande menings-
skiljaktigheter mellan moderföretagen.¹⁰³ Avtalen kan även innehålla
bestämmelser vad som skall gälla mellan parterna vid en eventuell
upplösning av det gemensamma företaget eller om möjligheten för ett
eller flera av moderföretagen att utträda ur företaget. Sådana
bestämmelser anses inte hindra att det gemensamma företags verk-
samhet skall anses bedriven på varaktig basis.

Motsvarande gäller även när avtalet innehåller klausuler som anger
det gemensamma företags varaktighet, om denna är tillräckligt lång
för att medföra en varaktig förändring i de berörda företagens
struktur¹⁰⁴, eller om avtalet innehåller bestämmelser om det gemen-
samma företags bestånd utöver denna period. Om det gemensamma
företaget endast har bildats för en begränsad tidsperiod anses det
normalt inte bedriva verksamhet på varaktig basis. Exempelvis kan
detta vara fallet om det gemensamma företaget har bildats för
genomförandet av ett visst projekt och inte kommer att delta i den
efterföljande driften av projektet.

3.3.3.2 Vissa förfarandefrågor, m.m.

Bedömning av samordnade konkurrensbeteenden, m.m.

Bildandet av ett självständigt fungerande gemensamt företag kan i vissa
fall leda till samordning av konkurrensbeteendet hos företag som
förblir självständiga. I syfte att avgöra om transaktionen kan anses
förenlig med den gemensamma marknaden sker bedömningen av dessa
samordningsaspekter med tillämpning av de kriterier som anges i
artikel 85.1 och 3 i Romfördraget. Enligt artikel 2.4 i koncentrations-
förordningen skall sådana samordningsaspekter bedömas inom samma
förfarande som gäller i fråga om själva koncentrationen.

Även sådana begränsningar som avtalas mellan det gemensamma
företags moderföretag och som har en direkt anknytning till och
nödvändiga för bildandet av det gemensamma företaget, s.k.
accessoriska begränsningar, skall bedömas inom samma förfarande

¹⁰³ Se kommissionens ärende IV/M.891 – Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith av den 23 april 1997 (punkt 7).

¹⁰⁴ Se kommissionens ärende IV/M.791 - British Gas trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd av den 7 oktober 1996 (punkt 10); jfr IV/M.722 – Teneo/Merill Lynch/Bankers Trust av den 15 april 1996 (punkt 15).

som koncentrationen (artikel 6.1 och 8.2). Begreppet accessoriska begränsningar behandlas nedan.

3.3.4 Accessoriska begränsningar

I punkt 25 i ingressen till koncentrationsförordningen uttalas att förordningens bestämmelser kan tillämpas på konkurrensbegränsande avtalsvillkor som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration, s.k. accessoriska begränsningar.

Enligt artikel 6.1 och 8.2 skall ett beslut om en koncentrations förenlighet med den gemensamma marknaden även omfatta sådana begränsningar.

Kommissionen har i ett tillkännagivande behandlat den närmare innebörden av begreppet ”begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen”.¹⁰⁵

I tillkännagivandet framhålls inledningsvis att kommissionen strävar efter att inom de i förordningen fastställda ramarna ta största möjliga hänsyn till affärspraxis och till förutsättningarna för genomförandet av koncentrationer.¹⁰⁶

3.3.4.1 Vissa bedömningsprinciper

Med ”accessoriska begränsningar” i koncentrationsförordningens mening avses sådana begränsningar som avtalas mellan parterna i koncentrationen och som medför att deras handlingsfrihet på marknaden inskränks.¹⁰⁷

För att en begränsning skall anses vara accessorisk till koncentrationens genomförande skall den stå i ”direkt samband” med koncentrationen, dvs. vara av underordnad betydelse i förhållande till syftet med koncentrationen. För att vara accessorisk får begränsningen inte heller vara av en helt annan karaktär än den som följer av koncentrationen. Det får heller inte röra sig om avtalsförhållanden som hör till koncentrationens mer grundläggande beståndsdelar, t.ex. bestämmelser om bildandet av en ekonomisk enhet mellan parter som tidigare har varit självständiga eller om etableringen av två företags gemensamma kontroll över ett tredje företag.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Se kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar i samband med koncentrationer (EGT nr C 305, 18.8.1990 s.5.).

¹⁰⁶ Se tillkännagivandet, avsnitt I, punkt 2.

¹⁰⁷ Se avsnitt II, punkt 3.

¹⁰⁸ Se punkt 4.

När det gäller koncentrationer som genomförs etappvis får det inte röra sig om avtalsförhållanden som hänför sig till de etapper som föregår uppnåendet av kontroll enligt definitionen i artikel 3 i koncentrationsförordningen.¹⁰⁹

Kravet på att begränsningen skall stå i direkt samband med koncentrationen innebär att förordningens bestämmelser normalt inte är tillämpliga på övriga begränsningar som avtalas i samband med koncentrationen, men som saknar direkt anknytning till den. Det är således inte tillräckligt att dessa ytterligare begränsningar förekommer i samma sammanhang som koncentrationen.¹¹⁰

Den avtalade begränsningen skall även vara nödvändig för genomförandet av koncentrationen, vilket innebär att koncentrationen inte skall kunna genomföras utan den eller, i vart fall, endast kan genomföras på osäkrare villkor, till en väsentligt högre kostnad, under en betydligt längre tidsperiod eller med långt mindre utsikter till framgång. Bedömningen skall därvid ske från rent objektiva utgångspunkter.¹¹¹

När det gäller att bedöma om begränsningen är nödvändig skall hänsyn inte endast tas till dess natur utan även – med tillämpning av proportionalitetsregeln – att dess giltighetstid, innehåll och geografiska tillämpningsområde inte går utöver vad som rimligen kan anses nödvändigt för genomförandet av koncentrationen. Om det finns alternativ när det gäller att uppnå det legitima mål som eftersträvas, skall företagen välja den lösning som objektivt sett är minst konkurrensbegränsande.¹¹²

Nedan redogörs för begränsningar som är vanligen förekommande vid olika typer av transaktioner som innebär koncentration.

3.3.4.2 Accessoriska begränsningar i samband med överlåtelse av företag

Konkurrensklausuler

Bland de accessoriska begränsningar som uppfyller förordningens kriterier finns avtalsbestämmelser med konkurrensförbud som åläggs säljaren i samband med överlåtelse av ett företag eller del av ett

¹⁰⁹ Se ovan.

¹¹⁰ Se ovan.

¹¹¹ Se punkt 5.

¹¹² Se punkt 6.

företag. Sådana förbud säkerställer normalt att köparen erhåller det fulla värdet av de överlåtna tillgångarna, som kan omfatta såväl materiella som immateriella tillgångar, t.ex. säljarens samlade goodwill eller det know-how som denne har utvecklat. Sådana förbud är inte endast direkt knutna till koncentrationen utan är också normalt nödvändiga för dess genomförande, eftersom det är rimligt att anta att försäljningen av företaget eller en del därav inte skulle kunna genomföras utan sådana förbud. För att köparen skall kunna tillgodogöra sig det fulla värdet av de överlåtna tillgångarna måste han åtnjuta ett visst skydd mot konkurrensåtgärder från säljaren för att kunna knyta till sig kundkretsen och utnyttja det know-how som förvärvet medför.

Ett sådant skydd anses dock i allmänhet inte nödvändigt när överlåtelsen inskränker sig till materiella tillgångar, t.ex. mark, byggnader eller maskiner, eller till exklusiva industriella och kommersiella äganderättigheter, eftersom innehavaren i dessa fall torde kunna vidta rättsliga åtgärder mot överlåtaren vid en eventuell kränkning av rättigheterna.¹¹³

Ett konkurrensförbud är vidare berättigat utifrån det legitima syftet att genomföra koncentrationen endast om dess giltighetstid, innehåll, geografiska tillämpningsområde och de personer som omfattas av det inte går utöver vad som skäligen kan anses nödvändigt för att uppnå detta syfte.¹¹⁴

I fråga om godtagbar giltighetstid för konkurrensförbud anses en period om fem år normalt vara rimlig när överlåtelsen av företaget omfattar både goodwill och know-how, och en period på två år när den endast omfattar goodwill. Denna regel bör dock inte uppfattas som en ovillkorlig regel, och det anses inte vara uteslutet att ett sådant förbud kan ges längre giltighetstid när särskilda omständigheter talar för det. Exempelvis kan så vara fallet om parterna i koncentrationen kan visa att t.ex. kundkretsens köptrohet kommer att bestå under en längre period än två år eller att de berörda produkternas ekonomiska livslängd är längre än fem år.¹¹⁵

En konkurrensklausuls geografiska omfattning skall begränsas till det område där säljaren marknadsförde sina varor eller tjänster före överlåtelsen, eftersom det inte torde finnas någon saklig grund för att köparen skall skyddas mot konkurrens från säljaren inom områden där säljaren inte tidigare var etablerad.¹¹⁶

¹¹³ Se avsnitt III A, punkt 1.

¹¹⁴ Se ovan.

¹¹⁵ Se punkt 2.

¹¹⁶ Se punkt 3.

Vidare skall konkurrensklausulen begränsas till att gälla varor och tjänster som ingår i det överlåtna företagets verksamhet. Särskilt när endast en del av tillgångarna har överlåtits anses det sällan finnas skäl att skydda köparen mot konkurrens från säljaren i fråga om de varor eller tjänster som hör till den verksamhet som säljaren fortsätter att driva efter överlåtelsen.¹¹⁷

Säljaren kan åta sig förpliktelser som binder både honom själv, hans dotterföretag och hans handelsagenter. En förpliktelse att ålägga tredje man liknande begränsningar kan inte räknas som en accessorisk begränsning. Detta gäller i synnerhet sådana avtalsbestämmelser som begränsar återförsäljarens eller användarens möjligheter till import eller export.¹¹⁸

Bestämmelser som skyddar säljaren är normalt inte heller att bedöma som accessoriska begränsningar och kan således bli föremål för prövning enligt artikel 85 och 86 i Romfördraget.¹¹⁹

Licenser avseende industriella och kommersiella äganderättigheter och know-how

Överlåtelse av ett företag eller en del av ett företag omfattar i regel också överlåtelse av industriella och kommersiella äganderättigheter eller know-how för att köparen till fullo skall kunna utnyttja de överlåtna tillgångarna. Säljaren kan dock ha för avsikt att behålla dessa rättigheter för att utnyttja dem för annan verksamhet än den som överlåtits. En vanlig lösning i dessa fall är att parterna ingår licensavtal till förmån för köparen för att säkerställa att denne till fullo skall kunna utnyttja de överlåtna tillgångarna. För att kunna genomföra överlåtelsen kan det vara nödvändigt att enkla eller exklusiva licenser meddelas för patent, liknande rättigheter eller befintligt know-how, liksom att avtal ingås om upplåtelse av sådana licenser.

Sådana licenser kan begränsas till vissa användningsområden, i den mån de motsvarar det överlåtna företagets verksamhet. Det kan normalt dock inte anses nödvändigt att det till sådana licenser knyts geografiska begränsningar beträffande tillverkning som svarar mot det område där de överlåtna tillgångarna finns.¹²⁰

Vidare kan licenser upplåtas för hela giltighetstiden för patentet eller liknande rättigheter eller, när det gäller know-how, för dess normala ekonomiska livslängd. Eftersom sådana licenser i ekonomiskt

¹¹⁷ Se punkt 4.

¹¹⁸ Se avsnitt III, punkt 5.

¹¹⁹ Se avsnitt III, punkt 6.

¹²⁰ Se avsnitt III B, punkt 2.

hänseende kan jämföras med en partiell överlåtelse av rättigheter behöver de inte tidsbegränsas.¹²¹

Angivna principer tillämpas också i fråga om licenser för varumärken, firmanamn eller liknande rättigheter. Det kan därvid föreligga situationer där säljaren önskar kvarstå som innehavare av sådana rättigheter för att utnyttja dem i en verksamhet som han har behållit samtidigt som köparen behöver rättigheterna för att utnyttja dem vid marknadsföring av de produkter som ingår i verksamheten för det företag eller den del av ett företag som har överlåtit. Under sådana omständigheter kan det vara nödvändigt att sluta avtal i syfte att undvika varumärkesförväxling.¹²²

Inköps- och leveransavtal

Överlåtelsen av ett företag eller en del av ett företag kan i många fall medföra störningar i de interna inköps- och leveranskanaler som uppkommit till följd av att verksamheten varit en integrerad del av säljarens rörelse. För att uppdelningen av rörelsen och överlåtelsen av en del av tillgångarna till köparen skall kunna ske på rimliga villkor är det i många fall nödvändigt att under i vart fall en övergångsperiod behålla liknande kanaler mellan säljaren och köparen. Detta kan uppnås genom att inköps- och leveransavtal ingås mellan säljaren och den som förvärvar företaget eller en del därav.

Sådana avtalsbestämmelser kan i vissa fall accepteras med hänsyn till den speciella situation som uppkommer vid uppdelningen av säljarens rörelse, oavsett om de är till förmån för säljaren eller köparen. Det legitima syftet med sådana bestämmelser är dels att säkerställa kontinuitet i leveranserna till den ena eller andra parten av varor som är nödvändiga för den verksamhet som säljaren har behållit eller som köparen har övertagit. Det kan således finnas skäl att under en övergångstid acceptera leveransförpliktelser för att säkerställa leverans av de kvantiteter som tidigare levererades inom säljarens rörelse eller för att göra det möjligt att anpassa leveranserna till marknadsutvecklingen. Ett annat syfte med sådana bestämmelser kan vara att tillförsäkra den ena eller andra parten kontinuitet i avsättningen på samma sätt som denna tidigare säkerställdes genom att parten tillhörde en och samma ekonomiska enhet. Av samma skäl kan det vara tillåtet

¹²¹ Se ovan.

¹²² Se punkt 4.

med förpliktelser om inköp av bestämda kvantiteter, eventuellt med en utvecklingsklausul.¹²³

Exklusiva inköps- eller leveransavtal anses inte vara generellt berättigade. Om det inte föreligger särskilda omständigheter, exempelvis frånvaron av en marknad eller produktens specifika natur, anses exklusiva avtal objektivt sett inte nödvändiga för att möjliggöra genomförandet av en överlåtelse av ett företag eller en del därav.¹²⁴

De berörda företagen måste – i enlighet med proportionalitetsprincipen – överväga om det inte finns alternativa medel som är mindre konkurrensbegränsande än exklusiva avtal, t.ex. avtal om bestämda kvantiteter, för att uppnå de uppställda målen.¹²⁵

Giltighetstiden för inköps- och leveransförpliktelser bör begränsas till den tid som behövs för möjliggöra att beroendeförhållandet kan ersättas med en självständig ställning på marknaden. Denna tidsperiod skall fastställas på objektiva grunder.¹²⁶

3.3.4.3 Accessoriska begränsningar vid gemensamma förvärv

Som tidigare berörts tillämpas koncentrationsförordningens bestämmelser även när två eller flera företag träffar avtal om att gemensamt förvärva kontrollen över ett eller flera andra företag, särskilt genom ett offentligt uppköpserbjudande, om syftet eller resultatet av transaktionen är att dela upp företagen eller dess tillgångar. Det rör sig här normalt om en koncentration som genomförs i två etapper, och den gemensamma strategin inskränker sig normalt till förvärvet av kontroll. För att de båda etapperna skall anses utgöra en koncentration måste det gemensamma förvärvet följas av en klar uppdelning av de berörda företagen eller tillgångarna.

Det kan i en sådan situation godtas att de företag som gemensamt förvärvar ett företag ingår avtal om att avstå från att lämna konkurrerande bud på företaget eller på annat sätt förvärva kontroll.¹²⁷

Begränsningar vilkas enda syfte är att underlätta uppdelningen skall därvid anses stå i direkt samband med och vara nödvändiga för genomförandet av koncentrationen.

Detsamma gäller överenskommelser som träffas mellan de parter som gemensamt förvärvar kontroll i avsikt att mellan sig fördela det gemensamt förvärvade företagets produktionsanläggningar eller distri-

¹²³ Se punkterna 1 och 2.

¹²⁴ Se punkt 3.

¹²⁵ Se ovan.

¹²⁶ Se punkt 4.

¹²⁷ Se avsnitt IV, punkt 2.

butionssystem med tillhörande varumärken eller dess tillgångar. Genomförandet av en sådan fördelning får dock inte leda till en samordning av de förvärvande företagens framtida beteende.¹²⁸

I den mån en fördelning innebär att en befintlig rörelse delas upp, skall åtgärder som gör det möjligt att genomföra uppdelningen på rimliga villkor betraktas som accessoriska. Ovan nämnda principer om en övergångsperiod för inköps- och leveransavtal vid överlåtelse av företag tillämpas på motsvarande sätt.¹²⁹

3.3.4.4 Accessoriska begränsningar i samband med bildandet av gemensamma företag

Som tidigare nämnts skall vid bedömningen av accessoriska begränsningar i samband med bildandet av gemensamma företag hänsyn tas till det som är utmärkande för gemensamma företag som innebär koncentration, dvs. att det bildas en ekonomisk enhet som på varaktig basis fyller ett självständigt företags samtliga funktioner.¹³⁰

Konkurrensklausuler

I fråga om konkurrensklausuler gäller att ett konkurrensförbud – i den mån syftet med förbudet för moderföretagen att konkurrera med det gemensamma företaget är att tillkännage att moderföretagen definitivt har dragit sig tillbaka från den marknad som har överlåtits åt det gemensamma företaget – betraktas som en integrerad del av koncentrationen.¹³¹

Licenser för industriella och kommersiella äganderättigheter och know-how

Bildandet av ett gemensamt företag innebär normalt att den teknik som behövs för att driva den överlåtna verksamheten överförs, vilket kan ske i form av en överlåtelse av rättigheter och härtill knutet know-how. Om moderföretagen avser att behålla rättigheterna, särskilt om syftet är att utnyttja dem inom andra användningsområden, kan tekniköverföringen till det gemensamma företaget ske genom att de meddelar

¹²⁸ Se punkt 3.

¹²⁹ Se punkt 4.

¹³⁰ Se avsnitt V.

¹³¹ Se avsnitt V A.

licenser. Sådana licenser kan vara exklusiva och behöver inte vara tidsmässigt eller geografiskt begränsade, eftersom det endast tjänar som ersättning för överföring av äganderätten. De får därför betraktas som nödvändiga för genomförandet av koncentrationen.¹³²

Inköps- och leveransavtal

Om moderföretagen fortsätter att vara verksamma på en marknad i ett tidigare eller senare led i förhållande till det gemensamma företagens marknad, bedöms inköps- och leveransavtal enligt de principer som gäller vid överlåtelse av företag.¹³³

3.4 Gräns för prövningsområdet, m.m.

3.4.1 Gemenskapsdimension

I artikel 1 anges de kriterier som skall föreligga för att en koncentration skall anses ha gemenskapsdimension. Syftet med bestämmelserna är att identifiera de transaktioner som har effekter på gemenskapen och därför kan anses vara av gemenskapsintresse. Detta sker genom att mäta den ekonomiska styrkan hos de berörda företagen såsom den återspeglas av deras respektive omsättning, oavsett inom vilken sektor denna omsättning har uppnåtts och om dessa sektorer överhuvudtaget kommer att beröras av den ifrågavarande transaktionen. Omsättningen används därvid som måttstock på de ekonomiska resurser och den verksamhet som slås samman i en koncentration. Den omfattar parternas omsättning inom och de resurser de tilldelar alla sina verksamhetsområden, och således inte endast dem som direkt berörs av koncentrationen, och fördelas geografiskt för att återspegla den geografiska fördelningen av dessa resurser och dessa verksamheter. Det är således i detta sammanhang inte fråga om att bedöma marknadsställningen för parterna i koncentrationen eller effekterna av koncentrationen.¹³⁴

¹³² Se avsnitt V B.

¹³³ Se avsnitt V C.

¹³⁴ Genom att tröskelvärdena i artikel 1 är rent kvantitativa, eftersom de endast baseras på beräkning av omsättningen i stället för på marknadsandel eller andra kriterier, tillhandahålls en enkel och objektiv mekanism som lätt kan tillämpas av berörda företag för att fastställa om transaktionen har gemenskapsdimension.

Enligt artikel 1 i koncentrationsförordningen faller alla koncentrationer med gemenskapsdimension – om inte annat följer av artikel 9 eller 22 – inom förordningens tillämpningsområde.

Av artikel 1.2 och 3 framgår när gemenskapsdimension anses föreligga.

Enligt artikel 1.2 föreligger gemenskapsdimension om

- den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga de berörda företagen överstiger 5 000 miljoner ECU, och
- den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen i dess helhet för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner ECU.

Även om angivna omsättningsgränser inte uppnås föreligger gemenskapsdimension enligt artikel 1.3 om

- den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 2,5 miljarder ECU, och
- den sammanlagda omsättningen för samtliga berörda företag i var och en av minst tre medlemsstater överstiger 100 miljoner ECU, och
- i var och en av minst tre medlemsstater enligt ovan, den totala omsättningen för vart och ett av minst två av de berörda företagen överstiger 25 miljoner ECU samt
- den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för vart och ett av minst två av de berörda företagen överstiger 100 miljoner ECU.

Artikel 1.2 anger de tröskelvärden som tillämpas i första hand för att fastställa om en transaktion är av gemenskapsintresse. I detta avseende skall den globala omsättningen mäta de berörda företagens sammanlagda storlek. Kravet på omsättning inom gemenskapen syftar till att fastställa om företagen har en viss minimiverksamhet inom gemenskapen. Kravet på omsättning i medlemsstaterna skall fastställa om företagen tillsammans eller individuellt har en viss minimiverksamhet i åtminstone några medlemsstater.

Artikel 1.3 tillämpas endast i de fall då de i artikel 1.2 angivna tröskelvärdena inte är uppfyllda. Bestämmelsen är avsedd att fånga upp de transaktioner som inte har gemenskapsintresse enligt artikel 1.2, men som skulle behöva anmälas i minst tre medlemsländer (s.k. multipla anmälningar). I detta syfte innefattar artikel 1.3 lägre tröskelvärden för de berörda företagen både vad gäller kravet på den

globala omsättningen och omsättningen inom gemenskapen. En koncentration anses ha gemenskapsintresse om dessa lägre tröskelvärden är uppfyllda och de berörda företagen tillsammans uppnår en viss minimiverksamhet i minst tre medlemsländer.

Enligt artikel 1.2 och 3 föreligger inte någon gemenskapsdimension om vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i en och samma medlemsstat. Denna regel syftar till att utesluta vad som kan betraktas som rent nationella transaktioner från kommissionens behörighet.

3.4.2 Berörda företag

Begreppet berörda företag används i detta sammanhang för att fastställa om koncentrationen har gemenskapsdimension.¹³⁵ Som nämnts är det de berörda företagens samlade ekonomiska styrka uttryckt i omsättning som ligger till grund för om angivna tröskelvärden uppnås.

När det är fastställt vilka de berörda företagen i en given transaktion är beräknas omsättningen i enlighet med de regler som anges i artikel 5 för att fastställa om den ifrågavarande koncentrationen faller inom förordningens tillämpningsområde.

Bedömning av transaktionens påverkan på konkurrensen omfattar inte endast den verksamhet som utövas av de berörda företag som är parter i koncentrationen utan även de verksamheter som utövas av de koncerner som de tillhör. I artikel 5 föreskrivs att om det berörda företaget tillhör en företagsgrupp skall hela koncernens omsättning beaktas vid beräkningen. Den omsättning för de berörda företagen som åsyftas i artikel 1 är således omsättningen för hela deras respektive företagsgrupp.¹³⁶

¹³⁵ Begreppet *berörda företag* enligt artiklarna 1 och 5 skall inte förväxlas med de andra termer som används i koncentrationsförordningen och i tillämpningsförordningen för att avgöra vilka olika företag som är inblandade i ett förfarande, såsom begreppen *anmälande parter*, *andra berörda parter*, *tredje man* samt *parter som kan åläggas böter eller vite*.

¹³⁶ Detta gäller även i samband med den materiella bedömningen av en koncentrations påverkan på marknaden. När det i artikel 2 i koncentrationsförordningen föreskrivs att kommissionen tar hänsyn till "de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka" gäller detta även för de koncerner som företagen tillhör.

Kommissionen har i ett tillkännagivande behandlat den närmare innebörden av begreppet berörda företag enligt artiklarna 1 och 5.¹³⁷

Nedan behandlas den närmare innebörden av detta begrepp vid olika typer av transaktioner.

3.4.2.1 Sammanslagning av företag

Vid en sammanslagning av företag enligt artikel 3.1 a utgör vart och ett av de företag som slås samman ett berört företag vid beräkning av omsättning.¹³⁸

3.4.2.2 Förvärv av kontroll över ett företag

I dessa fall är den närmare innebörden av begreppet "förvärv av kontroll" avgörande för vilka de berörda företagen är.

På den *förvärvande* partens sida kan det finnas ett eller flera företag som ensamma eller gemensamt förvärvar kontroll.

På den *förvärvade* partens sida kan det finnas ett eller flera företag, eller del därav, om transaktionen endast en verksamhet eller en viss tillgång.

I artikel 5.2 första stycket koncentrationsförordningen anges att om transaktionen består av förvärv av *delar av ett eller flera företag* skall i fråga om *säljaren* endast den omsättning som härrör från de delar som är föremål för transaktionen tas med i beräkningen. Begreppet "delar" kan utgöra en eller flera separata rättsliga enheter (t.ex. ett dotterbolag), interna underavdelningar (t.ex. en avdelning eller annan enhet) eller specifika tillgångar som i sig kan anses utgöra en verksamhet (t.ex. varumärken och licenser) och för vilka det tydligt går att fastställa en omsättning. De berörda företagen är i detta fall det förvärvande företaget och det eller de förvärvade delarna av målföretaget.

Vid förvärv av kontroll över ett befintligt företag eller del därav betraktas således säljaren normalt inte som en berörd part. Även om denne utgör en viktig part i själva transaktionen, eftersom avtalet om försäljning inte kan ingås utan honom, så är dennes roll avslutad när transaktionen har genomförts och kontrollen över företaget eller delar därav har överförts till köparen. Den eventuella effekten av

¹³⁷ Kommissionens tillkännagivande om begreppet *berörda företag* enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT nr C 66 2.3.1998, s. 14).

¹³⁸ Se tillkännagivandet, punkt 12.

transaktionen på marknaden kommer nämligen uteslutande att bero på hur de ekonomiska och finansiella resurser som är föremål för en överföring av egendom kombineras med köparens ekonomiska och finansiella resurser.

Om säljaren behåller gemensam kontroll tillsammans med det förvärvande företaget anses dock även denne utgöra ett av de berörda företagen.¹³⁹

De berörda företagen är det förvärvande företaget och det förvärvade företaget i den form det har vid tidpunkten för transaktionen. Utgångspunkten är härvid den form de berörda företagen har vid den tidpunkt då den händelse som utlöser anmälningsskyldighet enligt artikel 4.1 inträffar, dvs. avtalets ingående, offentliggörandet av budet om övertagande eller förvärvet av det bestämmande inflytandet.

Om ”målföretaget” har förvärvat en enhet före den tidpunkt då den händelse som utlöser anmälningsskyldigheten inträffar, skall omsättningen för denna enhet beaktas vid beräkningen av omsättningen.

Om ”målföretaget” däremot har avyttrat en enhet eller lagt ned en verksamhet före den tidpunkt då den händelse som utlöser anmälningsskyldigheten inträffar eller om avyttringen eller nedläggningen utgör en förutsättning för transaktionen,¹⁴⁰ skall den del av omsättningen som hänför sig till den enheten eller anläggningen inte beaktas vid beräkningen av omsättningen.

Dessa principer tillämpas även avseende förvärv, avyttringar eller nedläggningar som hänför sig till förvärvaren eller dess företagsgrupp.

Förvärv av delar av ett företag genom två eller flera transaktioner mellan samma säljare och köpare som äger rum inom en tvåårsperiod betraktas normalt som endast en koncentration, som uppkommer vid tidpunkten för den sista transaktionen.¹⁴¹ I detta fall utgörs de berörda företagen av det förvärvande företaget och de olika förvärvade delarna av ”målföretaget” sammantagna.

¹³⁹ Se tillkännagivandet, punkterna 8 och 14.

¹⁴⁰ Se Förstainstansrättens dom i mål T-3/93, Air France mot kommissionen, av den 24 mars 1994, REG 1994 II, s. 21.

¹⁴¹ Se artikel 5.2 andra stycket koncentrationsförordningen.

3.4.2.3 Förvärv av ensam kontroll

Förvärv av ensam kontroll över hela företaget eller delar därav

Förvärv av ensam kontroll över hela företaget torde utgöra den enklaste formen att förvärva kontroll. De berörda företagen är här normalt det förvärvande respektive det förvärvade företaget.

Som ovan nämnts skall vid förvärv av en del av ett företag i fråga om säljaren endast den omsättning som härrör från den del som är föremål för transaktionen tas med i beräkningen. I detta fall utgörs de berörda företagen av det förvärvande företaget och den eller de olika förvärvade delarna av ”målföretaget” sammantagna.

Förvärv av ensam kontroll genom en koncerns dotterbolag

Alla företag som ingår i en koncern, dvs. moderbolag, dotterbolag osv, utgör normalt en enda ekonomisk enhet, vilket innebär att det endast kan finnas ett berört företag inom en och samma koncern. Om en koncern genom ett av dess dotterbolag förvärvar ett företag utgörs de berörda företagen av det förvärvande dotterbolaget och ”målföretaget” vid beräkningen av omsättningen. Som tidigare nämnts är det omsättningen för hela den koncern som det berörda företaget tillhör som skall beaktas vid beräkningen av tröskelvärdena för omsättning.¹⁴²

3.4.2.4 Förvärv av gemensam kontroll

Vid förvärv av gemensam kontroll över ett *nybildat* företag är de berörda företagen vart och ett av de företag som gemensamt förvärvar kontrollen över det nybildade gemensamma företaget, vilket inte kan betraktas som ett berört företag eftersom det normalt ännu inte har någon omsättning.¹⁴³

Vid förvärv av gemensam kontroll över ett *befintligt* företag eller en befintlig verksamhet är de berörda företagen å ena sidan vart och ett av de företag som gemensamt förvärvar kontrollen och å andra sidan det befintliga företaget eller den befintliga verksamheten som förvärvas.¹⁴⁴

¹⁴² Se tillkännagivandet, punkterna 18-20.

¹⁴³ Se tillkännagivandet, punkt 21.

¹⁴⁴ Se tillkännagivandet, punkt 22.

Om det befintliga företaget kontrolleras ensamt och en eller flera nya aktieägare förvärvar gemensam kontroll tillsammans med det ursprungliga moderföretaget är de berörda företagen vart och ett av de företag som utövar gemensam kontroll, inbegripet den ursprungliga aktieägaren. ”Målföretaget” betraktas härvid inte som ett berört företag och dess omsättning utgör del av det ursprungliga moderföretagets omsättning.¹⁴⁵

Förvärv av kontroll i syfte att omedelbart fördela tillgångarna

När flera företag samverkar i det enda syftet att förvärva ett annat företag och överenskommer att omedelbart efter det att transaktionen har genomförts fördela tillgångarna sker inte någon faktisk koncentration av den ekonomiska kontrollen mellan köparna. Istället betraktas denna typ av förvärv normalt som bestående av flera olika transaktioner, där vart och ett av de förvärvande företagen förvärvar en del av ”målföretaget”. För var och en av dessa transaktioner utgörs berörda företag följaktligen av det förvärvande företaget och den del av ”målföretaget” som det förvärvar.¹⁴⁶

3.4.2.5 Gemensamma företags förvärv av kontroll

I allmänhet torde det berörda företaget vara det som direkt deltar i förvärvet av kontroll. Vid transaktioner där ett gemensamt företag förvärvar kontroll över ett annat företag uppstår emellertid frågan om det gemensamma företaget utifrån det förvärvande företagets synpunkt bör betraktas som ett enda berört företag, vars omsättning även omfattar moderföretagets omsättning, eller om vart och ett av moderföretagen bör betraktas som ett berört företag. Det kan nämligen inträffa att företagen bildar ett särskilt företag med ingen eller liten egen omsättning eller använder ett gemensamt företag som är verksamt på en annan marknad än ”målföretaget” för att genomföra förvärv för moderföretagets räkning. I en sådan situation bedöms de faktiska ekonomiska förhållandena kring transaktionen i syfte att identifiera de berörda företagen.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Se tillkännagivandet, punkt 23.

¹⁴⁶ Se tillkännagivandet, punkt 24.

¹⁴⁷ Se tillkännagivandet, punkt 26.

Om förvärvet görs av ett självständigt fungerande gemensamt företag som redan är verksamt på marknaden är de berörda företagen normalt det gemensamma företaget och "målföretaget".¹⁴⁸

Om det gemensamma företaget däremot kan betraktas som en mellanhand som används av moderföretagen vid förvärvet utgörs de berörda företagen av moderföretagen och "målföretaget". Detta gäller särskilt om det gemensamma företaget har upprättats för att förvärva "målföretaget", om det gemensamma företaget ännu inte utövar verksamhet, om företaget inte är en juridisk person eller inte är självständigt fungerande eller är en företagssammanslutning.

Motsvarande gäller när det av omständigheterna framgår att moderföretagen i praktiken är de faktiska aktörerna bakom transaktionen, t.ex. när moderföretagen tar initiativ till och organiserar och finansierar transaktionen.

Om förvärvet leder till en betydande diversifiering av det gemensamma företags verksamhet kan detta också tyda på att moderföretagen är faktiska aktörer i transaktionen. Detta kan vara fallet när det gemensamma företaget förvärvar ett företag som är verksamhet på en annan produktmarknad. I dessa fall kan moderföretagen vara att betrakta som berörda företag.¹⁴⁹

3.4.2.6 Övergång från gemensam kontroll till ensam kontroll

Om den ena aktieägaren säljer sina andelar i det gemensamma företaget till den andre innebär det att det sker en övergång från gemensam kontroll till ensam kontroll över hela företaget (som efter transaktionen upphör att vara ett gemensamt företag). I detta fall är de berörda företagen den kvarvarande aktieägaren (köparen) och det tidigare

¹⁴⁸ Se tillkännagivandet, punkt 27.

¹⁴⁹ Se tillkännagivandet, punkterna 28 och 29. Se även kommissionens ärende IV/M.102 - TNT/Canada Post, m.fl. av den 2 december 1991 (kontrollen över ett gemensamt företag [JVC] skulle förvärvas av ett företag [GD NET BV] som upprättats gemensamt av fem postverk och ett annat företag [TNT Ltd]. Det gemensamma företaget [GD NET BV] ansågs endast utgöra en mellanhand som upprättats av dess moderbolag [de fem postverken] för att dessa skulle kunna delta i det nya gemensamma företaget [JVC] och även för att underlätta beslutsfattandet mellan moderbolagen och möjliggöra för dem att uttala sig och handla som ett enda företag. Denna struktur skulle dels ge dem möjlighet att tillsammans med den andra köparen [TNT Ltd.] utöva ett bestämmande inflytande på det nya gemensamma företaget [JVC] och dels samtidigt göra det möjligt att undvika situationen att den andra köparen skulle kunna utöva ensam kontroll på grund av att postverken inte var i stånd att komma överens om de beslut som skulle fattas).

gemensamma företaget. Den ”utträdande” aktieägaren är i likhet med alla andra säljare inte ett berört företag.¹⁵⁰

3.4.2.7 Förändring av aktieägarstrukturen vid gemensam kontroll över ett befintligt gemensamt företag

Som tidigare nämnts är avgörande betydelse vid bedömningen om transaktionen leder till en ändring av kontrollens *karaktär*, dvs. om transaktionen medför förändringar som påverkar ett företags aktieägarstruktur. En åtskillnad måste därvid göras allt efter omständigheterna kring själva förändringen av aktieägarstrukturen. Som tidigare nämnts kan en eller flera aktieägare utträda, en eller flera aktieägare tillkomma eller en eller flera befintliga aktieägare bytas ut mot en eller flera nya aktieägare.¹⁵¹

Om antalet aktieägare minskar kan det ske en övergång från gemensam kontroll till ensam kontroll genom att den kvarvarande aktieägaren förvärvar ensam kontroll över företaget. I detta fall utgör köparen, dvs. den kvarvarande aktieägaren, och det förvärvade företaget, dvs. det tidigare gemensamma företaget, berörda företag vid beräkningen av omsättning.¹⁵²

Förutom den aktieägare som utövar ensam kontroll över företaget kan det finnas andra aktieägare som inte har något kontrollerande intresse i företaget (minoritetsaktieägare). Sådana aktieägare är inte att betrakta som berörda företag, eftersom de inte utövar någon kontroll.¹⁵³

Om transaktionen medför en minskning av antalet aktieägare som utövar gemensam kontroll, utan att det leder till en övergång från gemensam kontroll till ensam kontroll och utan att det förekommer tillträden eller utbyten av aktieägare som förvärvar kontroll, anses

¹⁵⁰ Se tillkännagivandet, punkterna 30 och 31; se även kommissionens ärende IV/M.023 - ICI/Tioxide av den 28 november 1990 (fråga var om en övergång från gemensam kontroll [50/50] till ensam kontroll. Kommissionen ansåg att ”ett avgörande inflytande som utövas *ensamt* skiljer sig betydligt från ett avgörande inflytande som utövas *gemensamt*, eftersom det senare utövas under hänsynstagande till de potentiellt olika intressen som den eller de berörda parterna kan ha [...]. Genom att ändra karaktären på ICI:s avgörande inflytande över Tioxide kommer transaktionen att medföra en varaktig förändring i de berörda parternas struktur [...]”. I detta fall betraktades ICI [i egenskap av förvärvande part] och Tioxide som helhet [i egenskap av förvärvad part] som berörda företag men inte säljaren).

¹⁵¹ Se tillkännagivandet, punkterna 33 och 34.

¹⁵² Se tillkännagivandet, punkt 36.

¹⁵³ Se tillkännagivandet, punkt 37.

transaktionen normalt inte medföra någon förändring av kontrollens karaktär och utgör därmed inte heller en koncentration.¹⁵⁴

Situationen kan vara annorlunda när det sker en betydande förändring av kontrollens karaktär, t.ex. om minskningen av antalet aktieägare ger kvarvarande aktieägare ytterligare vetorätt eller fler styrelseledamöter, vilket kan medföra ett nytt förvärv av kontroll för minst en aktieägare. I detta fall är de berörda företagen var och en av de kvarvarande aktieägare som utövar gemensam kontroll och det gemensamma företaget.¹⁵⁵

Som nämnts är det förhållandet att ett nytt moderföretag inträder eller att ett moderföretag ersätts med ett annat inte jämförbart med ett enkelt förvärv av en del av verksamheten, eftersom det innebär en förändring av karaktären och nivån på kontrollen över hela det gemensamma företaget, även om ett visst antal aktieägare utövar gemensam kontroll både före och efter transaktionen.¹⁵⁶

I fall där det sker förändringar av aktieägarstrukturen utgörs de berörda företagen av de aktieägare (befintliga och nya) som utövar gemensam kontroll och det gemensamma företaget.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Se tillkännagivandet, punkt 38.

¹⁵⁵ Se kommissionens ärende IV/M.452 - Avesta II av den 9 juni 1994 (en aktieägare som var part i aktieägaravtalet sålde sin andel om cirka sju procent. Antalet majoritetsaktieägare minskade från fyra till tre, vilket möjliggjorde för en av de kvarvarande aktieägarna att förvärva negativ vetorätt [vilket han inte hade haft tidigare] med stöd av bestämmelser i det aktieägaravtal som alltså var i kraft. Eftersom den utträdande aktieägaren hade delat sin vetorätt med den kvarvarande aktieägaren, och eftersom aktieägarantalet förblev oförändrat, erhöll den kvarvarande aktieägaren full vetorätt. Kommissionen betraktade ett sådant förvärv av full vetorätt som en förändring av kontrollens karaktär).

¹⁵⁶ Se tillkännagivandet, punkt 43.

¹⁵⁷ Se t.ex. kommissionens ärende IV/M.376 - Synthomer/Yule Catto av den 22 oktober 1993 (ett av två moderbolag som gemensamt kontrollerade det befintliga gemensamt företaget ersattes av ett nytt företag. Både det befintliga och det nya moderbolaget, som utövade gemensam kontroll, och gemensamt företaget betraktades som berörda företag).

3.4.2.8 Berörda företag vid vissa typer av transaktioner, m.m.

Upplösning av koncentrationer och uppdelning av företag

När två företag går samman eller bildar ett gemensamt företag och därefter upplöser koncentrationen eller delar upp det gemensamma företaget, och tillgångarna fördelas mellan parterna på ett nytt sätt, är det normalt fråga om flera förvärv av kontroll. I detta fall utgörs för varje transaktion de berörda företagen av å ena sidan de ursprungliga parterna i koncentrationen och å andra sidan de tillgångar som var och en av dessa parter förvärvat.¹⁵⁸

På samma sätt kan en uppdelning av ett gemensamt företag betraktas som en övergång från gemensam kontroll över det gemensamma företags samlade tillgångar till ensam kontroll över de fördelade tillgångarna.¹⁵⁹ När ett gemensamt företag delas upp är de berörda företagen i varje uppdelningstransaktion å ena sidan de ursprungliga parterna i det gemensamma företaget, var och en i egenskap av förvärvande part, och å andra sidan den del av det gemensamma företaget som var och en av de ursprungliga parterna förvärvat.¹⁶⁰

Utväxling av tillgångar

Vid utväxling av tillgångar anses normalt varken de rättsliga eller ekonomiska banden mellan sådana transaktioner tillräckliga för att transaktionerna skall kunna anses utgöra en och samma koncentration. Varje enskilt förvärv av kontroll över en tillgång är därför att betrakta som en koncentration (under förutsättning att tillgången i fråga är att anse som en rörelse till vilken en omsättning kan hänföras). För varje

¹⁵⁸ Se tillkännagivandet, punkt 46 och 47. Som exempel kan nämnas att företagen A och B slås samman och därefter upplöser sammanslagningen med en ny fördelning av tillgångarna. Transaktionen kan innebära att företaget A förvärvat olika tillgångar, t.ex. tillgångar som det tidigare ägde eller som dittills ägts av företaget B samt tillgångar som förvärvats gemensamt av den enhet som uppstod vid sammanslagningen och att företaget B gör liknande förvärv.

¹⁵⁹ Se kommissionens ärende IV/M.197 - Solvay-Laporte av den 30 april 1992.

¹⁶⁰ Se tillkännagivandet, punkt 47.

överföring av egendom är de berörda företagen de förvärvande företagen och de företag eller de tillgångar som förvärvas.¹⁶¹

Privatpersoners förvärv av kontroll

Enligt artikel 3.1 skall en koncentration anses föreligga om bland annat "en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag [...] får kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag". Berörda företag i dessa fall är den privatperson som förvärvar kontroll över ett företag och det förvärvade företaget. Omsättningen för det eller de företag som privatpersonen kontrollerar skall medräknas vid beräkningen av omsättning.¹⁶²

Företagsledningens uppköp av företag

Som tidigare berörts anses också en företagslednings förvärv av kontroll över företaget utgöra ett förvärv av privatpersoner. Dessa kan samla sina intressen i ett annat företag för att t.ex. underlätta beslutsfattandet (s.k. "vehicle company"). Detta företag kan under vissa förutsättningar vara att anse som ett berört företag varvid reglerna om ett gemensamt företags förvärv av kontroll gäller.¹⁶³

Företagsledningen kan även försöka finna investerare för att finansiera transaktionen. De rättigheter som dessa investerare tillförs kan beroende av aktieinnehavet innebära att de erhåller kontrollen över företaget och att ledningspersonalens rättigheter begränsas till minoritetsrättigheterna.¹⁶⁴

¹⁶¹ Se tillkännagivandet, punkt 49 och 50.

¹⁶² Se kommissionens ärende IV/M.082 - Asko/Jacobs/Adia av den 16 maj 1991 (det tyska holdingbolaget Asko, som hade betydande tillgångar inom detaljhandelssektorn, och herr Jacobs, en schweizisk investerare, hade förvärvat gemensam kontroll över Adia, ett schweiziskt serviceföretag i huvudsak verksamt inom tjänstesektorn. Herr Jacobs betraktades som ett berört företag på grund av sina ekonomiska intressen inom sektorerna för choklad, konfektyr och kaffe).

¹⁶³ Se kommissionens tillkännagivande, punkt 53.

¹⁶⁴ Se kommissionens tillkännagivande, punkt 54; se även kommissionens ärende IV/M.335 - CWB/Goldman Sachs/Tarkett av den 21 februari 1994 (den gemensamma kontrollen ansågs ha förvärvats av de två företag som förvaltade den investeringsfond som deltog i transaktionen och inte av de anställda).

3.4.3 Beräkning av omsättning

Som tidigare nämnts skall de samlade ekonomiska och finansiella resurser som förs samman genom koncentrationen fastställas för att bedöma om koncentrationen är av gemenskapsintresse. De berörda företagens omsättning anses därvid återspegla den ekonomiska styrkan i transaktionen.

Enligt artikel 5.4 beräknas omsättningen för ett berört företag genom summering av omsättningen

- a) för det berörda företaget
- b) för de företag i vilka det berörda företaget direkt eller indirekt
 - äger mer än hälften av kapital- eller rörelsetillgångarna, eller
 - kan utöva mer än hälften av rösträttigheterna, eller kan utse mer än hälften av ledamöterna i styrelsen, direktionen eller de organ som rättsligt företräder företagen, eller
 - har rätt att leda företagets verksamhet
- c) för de företag som i ett berört företag har de rättigheter eller befogenheter som anges i b.
- d) för de företag i vilka ett företag som avses i c har rättigheter eller befogenheter som anges i b.
- e) för de företag i vilka två eller flera företag som avses i a-d gemensamt har de rättigheter eller befogenheter som anges i b.

Om de företag som berörs av koncentrationen gemensamt har de rättigheter eller befogenheter som anges i punkt b ovan skall vid beräkning av de berörda företagens omsättning

- ingen hänsyn tas till den omsättning som härrör från försäljningen av varor eller tjänster mellan det gemensamma företaget och vart och ett av de berörda företagen eller något företag som har anknytning till något av dem enligt punkt b-e ovan (s.k. koncerninterna transaktioner)
- hänsyn tas till den omsättning som härrör från försäljning av varor och tjänster mellan gemensamma företaget och något tredje företag. Denna omsättning skall fördelas lika mellan de berörda företagen.

För kreditinstitut, andra finansiella institut och försäkringsbolag gäller särskilda regler för beräkningen av omsättningen (se nedan).

Kommissionen har i ett tillkännagivande behandlat den närmare innebörden av begreppet omsättning.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Kommissionens tillkännagivande om *beräkning av omsättning* enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGTnr C 66 2.3.1998, s. 25) I tillkännagivandet framhålls att syftet med detta att belysa artiklarna 1 och 5 i koncentrationsförordningen och därvid klarlägga vissa förfarandemässiga och praktiska frågor, som kan ha orsakat svårigheter i tillämpningen.

3.4.3.1 Omsättningen som uttryck för företagets verksamhet

Det omsättningsbegrepp som anges i artikel 5 i koncentrationsförordningen omfattar intäkter från företagets försäljning av varor och tjänster inom gemenskapen eller inom en medlemsstat. För både varor eller tjänster gäller således att försäljningen, som en återspeglning av företagets verksamhet, utgör det grundläggande kriteriet för beräkning av omsättningen.

För varor fastställs omsättningen normalt genom identifiering av alla affärstransaktioner som innebär överföring av äganderätt.¹⁶⁶

De faktorer som skall beaktas vid beräkning av omsättningen för tjänster kan i vissa fall vara mer komplicerade, eftersom dessa affärstransaktioner i många fall innebär överföring av ett ”värde”.¹⁶⁷

Den metod som används vid beräkning av omsättningen för tjänster skiljer sig dock allmänt sett inte från motsvarande som används för varor.¹⁶⁸ Om den tjänst som tillhandahålls säljs direkt av tillhandahållaren till kunden, utgörs omsättningen av de totala försäljningsintäkterna från tillhandahållandet av tjänster under det senaste räkenskapsåret.¹⁶⁹ Med hänsyn till tjänstesektorns komplexitet måste dock denna allmänna princip i vissa fall anpassas till de särskilda förhållanden som gäller för den tillhandahållna tjänsten.

Inom vissa verksamhetssektorer, t.ex. turism och reklam, kan tjänsten säljas genom att andra leverantörer fungerar som mellanhänder. Omsättningen för ett tjänsteföretag som fungerar som mellanhand kan t.ex. bestå endast av de provisionsbelopp det mottar.¹⁷⁰

Ordinarie verksamhet

I artikel 5.1 anges att den sammanlagda omsättningen enligt artikel 1 skall avse företagets intäkter från försäljning av varor och tjänster inom ramen för dess ordinarie verksamhet.

Stöd som beviljas ett företags ordinarie verksamhet av offentliga organ kan ingå i beräkning av omsättningen, om företaget självt mottar

¹⁶⁶ Se tillkännagivandet, punkt 10.

¹⁶⁷ Se tillkännagivandet, punkt 11.

¹⁶⁸ Se tillkännagivandet, punkt 12.

¹⁶⁹ Se ovan.

¹⁷⁰ Se tillkännagivandet, punkt 13.

stödet och om stödet är direkt knutet till företagets försäljning av varor och tillhandahållande av tjänster och därför avspeglas i priset.¹⁷¹

Beräkning av omsättningen för företagsgrupper, m.m.

Som tidigare nämnts skall vid beräkning av omsättningen för ett berört företag som tillhör en företagsgrupp hela företagsgruppens omsättning beaktas för att fastställa om tröskelvärdena uppnås (artikel 5.4). Försäljning inom företagsgruppen skall därvid dras från gruppens omsättning.¹⁷²

I koncentrationsförordningen behandlas också den särskilda situation som uppkommer, när två eller flera företag som berörs av en koncentration utövar gemensam kontroll över ett annat företag.

Enligt artikel 5.5 a skall vid beräkning av omsättningen inte någon hänsyn tas till den omsättning som härrör från försäljning av varor eller tjänster mellan det gemensamma företaget och vart och ett av de berörda företagen eller något annat företag som har någon anknytning till något av dem i den mening som avses i artikel 5.4. Syftet med en denna regel är att undvika dubbelräkning.

Vad beträffar det gemensamma företagets omsättning från verksamhet med tredje part föreskrivs i artikel 5.5 b att omsättningen skall fördelas lika mellan de berörda företagen för att återspegla den gemensamma kontrollen.¹⁷³

Det bör noteras att artikel 5.4 endast omfattar företagsgrupper som redan finns redan vid tidpunkten för transaktionen, dvs. den företagsgrupp som de företag som berörs av transaktionen tillhör och inte de nya strukturer som skapas genom koncentrationen.¹⁷⁴

¹⁷¹ Se tillkännagivandet, punkt 16; se även kommissionens ärende IV/M.156 - Cerol/Continentale Italiana av den 27 november 1991 (gemenskapsstöd undantogs vid beräkning av omsättningen).

¹⁷² Enligt artikel 5.1 första stycket skall i ett berört företags sammanlagda omsättning *inte* inräknas försäljning av varor eller tjänster mellan de företag som avses i fjärde punkten samma stycke, dvs. de som är knutna till det berörda företaget.

¹⁷³ Se tillkännagivandet, punkt 39 (ett exempel är om företagen A och B bildar ett gemensamt företag C. De två moderbolagen utövar samtidigt gemensam kontroll över företag D, även om A har sextio procent och B har fyrtio procent av kapitalet. Vid beräkning av A:s och B:s omsättning vid den tidpunkt då de bildar det nya gemensamt företaget C, fördelas D:s omsättning med tredje part lika mellan A och B.

¹⁷⁴ Om t.ex. företagen A och B tillsammans med sina respektive dotterbolag sammanslås, är det A och B och inte den nya enheten som gäller som berörda

Beräkning av omsättningen för statsägda företag

Ett statsägt företag som inte kontrolleras av ett holdingbolag och inte är föremål för någon samordning med andra statskontrollerade holdingbolag betraktas normalt som ett självständigt företag, och omsättningen för andra företag som ägs av staten i fråga skall inte beaktas.

Om statsägda företag däremot utgör en del av en ekonomisk enhet med självständig beslutanderätt skall dessa företag anses utgöra en del av den företagsgrupp som det berörda företaget tillhör och omsättningen för företagen medräknas.¹⁷⁵

Nettoomsättning

Som ovan nämnts skall omsättningen anpassas på ett sådant sätt att den utvisar företagets faktiska ekonomiska betydelse. Enligt artikel 5.1 skall vid beräkning av omsättningen avdrag göras "...för försäljningsrabatter samt mervärdesskatt och andra skatter som direkt hänför sig till omsättningen". Avdragen kan hänföra sig dels till den del som rör affärsverksamheten, t.ex. försäljningsrabatter och dels den del som rör skatter, bl.a. mervärdesskatt och andra skatter som avser omsättningen.

Som tidigare nämnts skall i den sammanlagda omsättningen inte inräknas försäljning av varor eller tjänster mellan det berörda företaget och de företag som är knutna till detta företag. Syftet med denna bestämmelse är att undanta intäkterna från affärstransaktioner inom en företagsgrupp, så att hänsyn endast tas till varje enhets faktiska ekonomiska betydelse. De intäkter som beaktas återspeglar således endast de transaktioner som äger rum mellan företagsgruppen och tredje part.

Räkenskapsår, m.m.

Som nämnts ovan skall den sammanlagda omsättningen enligt artikel 1 omfatta de berörda företagens intäkter från försäljning av varor och tjänster under föregående räkenskapsår. Principen att den omsättning som skall beaktas för de berörda företagen är omsättningen under det räkenskapsår som föregår tidpunkten för transaktionen anses utgöra det mest tillförlitliga sättet att återspegla ett företags hela verksamhetsår,

företag, vilket innebär att de två företagsgruppernas omsättning skall beräknas separat.

¹⁷⁵ Se tillkännagivandet, punkt 44.

det vanligen inte finns några reviderade räkenskaper för det år som löper fram till tidpunkten för transaktionen.¹⁷⁶

Mot bakgrund av behovet av så tillförlitliga och exakta siffror som möjligt kan dock även reviderade eller andra slutliga räkenskaper användas vid beräkning av omsättningen. Räkenskaper som uppgjorts av företagsledningen och andra former av preliminära räkenskaper bedöms – annat än i undantagsfall – med försiktighet.¹⁷⁷

I fall där stora skillnader kan iakttas mellan gemenskapens räkenskapsstandarder och de räkenskapsstandarder som används i enskilda länder utanför gemenskapen kan det bedömas nödvändigt att anpassa dessa räkenskaper i enlighet med gemenskapens standarder beträffande omsättning.¹⁷⁸

Om en koncentration äger rum under årets första månader och reviderade räkenskaper ännu inte finns för det senaste räkenskapsåret, kan ledning hämtas från föregående års räkenskaper. Om skillnaderna mellan de två uppsättningarna av räkenskaper är stora, och i synnerhet om det slutliga utkastet till räkenskaper för de senaste åren står till buds, kan hänsyn tas till detta utkast till räkenskaper. En anpassning skall dock alltid göras med hänsyn till förvärv eller avyttring som skett efter tidpunkten för de reviderade räkenskaperna, för att fastställa de resurser som faktiskt ingår i koncentrationen.¹⁷⁹

Geografisk fördelning av omsättningen

I artikel 5.1 andra stycket föreskrivs att det område där omsättningen skall anses äga rum utgörs av det område där kunden befinner sig vid tidpunkten för transaktionen:

Omsättning inom gemenskapen eller inom en medlemsstat skall omfatta intäkter från försäljning av varor och tjänster till företag eller konsumenter inom gemenskapen respektive medlemsstaten.

I fråga om försäljning av varor och tjänster skall i båda fallen omsättningen anses äga rum där kunden befinner sig, eftersom detta oftast är den plats där affären ingicks, där den ifrågavarande leverantörens omsättning uppkom och där konkurrensen med alternativa leverantörer äger rum. Bestämmelsen inriktar sig således inte på var en vara eller

¹⁷⁶ Se tillkännagivandet, punkt 25.

¹⁷⁷ Se ovan.

¹⁷⁸ Se tillkännagivandet, punkt 26.

¹⁷⁹ Se tillkännagivandet, punkt 27.

tjänst används. Detta gäller även i fråga tjänster där det är möjligt att särskilja köpet av en tjänst från utförandet av den.¹⁸⁰

3.4.3.2 Beräkning av omsättning för kreditinstitut och andra finansiella institut samt försäkringsbolag

Bank- och försäkringsverksamhetens speciella karaktär föranleder särskilda bestämmelser om beräkning av omsättning inom dessa sektorer. I artikel 5.3 föreskrivs följande att gälla vid tillämpning av artikel 1.2 och 3.

Artikel 5.3

I stället för omsättning används följande:

a) För kreditinstitut och andra finansiella institut, såvitt avser artikel 1.2 och 1.3, det sammanlagda beloppet av följande intäkter enligt definitionen i rådets direktiv 86/635/EEG av den 8 december 1986 om årsbokslut och sammanställd redovisning för banker och andra finansiella institut¹⁸¹ i förekommande fall efter avdrag av mervärdeskatt och andra skatter som har direkt anknytning till dessa intäkter:

- i) Ränteintäkter och liknande intäkter.
- ii) Intäkter från värdepapper:
 - Intäkter från aktier och andra värdepapper med rörlig avkastning.
 - Intäkter från ägarintressen.
 - Intäkter från aktier och andelar i anknutna företag.
- iii) Provisionsintäkter.
- iv) Nettovinst av finansiella transaktioner.
- v) Övriga rörelseintäkter.

Omsättningen för ett kreditinstitut eller ett finansiellt institut inom gemenskapen eller en medlemsstat skall omfatta de intäkter, enligt definitionen ovan, som hänför sig till den filial eller den avdelning av det nämnda institutet som är etablerad inom gemenskapen eller i medlemsstaten i fråga.

b) För försäkringsbolag: värdet av de tecknade bruttopremierna, som skall omfatta samtliga mottagna och utestående belopp enligt försäkringsavtal som har tecknats av försäkringsbolagen eller för deras räkning, inklusive utgående återförsäkringspremier, efter avdrag för skatter och skattelikhande avgifter som debiteras på grundval av de individuella premiebeloppen eller

¹⁸⁰ Se tillkännagivandet, punkt 46 (om den plats där kunden befann sig när han köpte varan eller tjänsten inte är densamma som den plats där faktureringen senare gjordes, skall omsättningen tillskrivas den förstnämnda platsen).

¹⁸¹ EGT nr L 372 31.12.1986, s. 1.

den totala premievolymen. vad beträffar artikel 1 i punkt 2 b och artikel 1 punkt 3 b, c och d och den sista delen av var och en av de nämnda två punkterna, skall hänsyn tas till de bruttopremier som betalas av gemenskapsinvånare respektive en medlemsstats invånare.

Kreditinstitut och andra institut

Även om artikel 5.3 a i koncentrationsförordningen inte innehåller någon definition av begreppen kreditinstitut och andra finansiella institut tillämpas i detta avseende definitionerna i första och andra bankdirektiven:¹⁸²

Kreditinstitut: "Ett företag vars verksamhet består i att från allmänheten ta emot insättningar eller andra återbetalbara medel och att bevilja krediter för egen räkning".¹⁸³

Finansiella institut: "Företag som inte är kreditinstitut men vars huvudsakliga verksamhet består i att förvärva aktier eller andelar eller att utföra en eller flera av de verksamheter som är upptagna i punkt 2- 12 i bilagan".¹⁸⁴

Av ovanstående definition på begreppet finansiella institut framgår att också holdingbolag kan betraktas som finansiella institut.

Enligt artikel 5.3 a i skall även företag som regelbundet utövar en eller flera av de verksamheter som uttryckligen nämns i punkt 2-12 i ovan nämnda bilaga betraktas som finansiella institut Dessa verksamheter omfattar:¹⁸⁵

- utlåning (bl.a. konsumentkrediter, inteckningskrediter, factoring)
- finansiell leasing
- betalningsförmedling
- utställande och administration av betalningsmedel (kreditkort, resecheckar och bankväxlar)
- garantiförbindelser och ställande av säkerheter

¹⁸² Se tillkännagivandet, punkt 51.

¹⁸³ Se artikel 1 i rådets första direktiv 77/780/EEG av den 12 december 1977 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut artikel 1 (EGT nr L 322 av den 17 december 1977, s. 30).

¹⁸⁴ Se artikel 1.6 i rådets andra direktiv 89/646/EEG av den 15 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitutartikel 1.6 (EGT nr L 386. 30.12.1989, s.1).

¹⁸⁵ Se tillkännagivandet, punkt 52.

- handel för egen eller kunders räkning med penningmarknadsinstrument, utländsk valuta, finansiella terminer och optioner, valuta- och ränteinstrument och överlåtbara värdepapper
- medverkan i värdepappersemissioner och tillhandahållande av tjänster samband därmed
- rådgivning till företag angående kapitalstruktur, industriell strategi och liknande angelägenheter samt tjänster knutna till fusioner och företagsförvärv
- penningmarknadsmäkling
- portföljförvaltning och rådgivning
- förvaring och förvaltning av värdepapper.

*Beräkning av omsättning för finansiella holdingbolag*¹⁸⁶

Ett finansiellt holdingbolag utgör normalt ett finansiellt institut, och beräkningen av dess omsättning följer de kriterier som uppställs i artikel 5.3 a för beräkning av omsättningen för kreditinstitut och andra finansiella institut.

Huvudsyftet med ett finansiellt holdingbolag är att förvärva och förvalta andelar i andra företag, vilket medför att artikel 5.4 kan vara tillämplig på sådana andelar som gör det möjligt för det finansiella holdingbolaget att utöva ett bestämmande inflytande på de ifrågasvarande företagets uppträdande. Således beräknas omsättningen för ett finansiellt holdingbolag huvudsakligen i enlighet med artikel 5.3, men det kan i vissa fall vara nödvändigt att lägga till sådan omsättning för företag som faller inom de kategorier som anges i artikel 5.4.¹⁸⁷

Vid beräkningen av omsättningen för dessa företag tas hänsyn till förekomsten av olika redovisningsregler, särskilt vad gäller upprättande av konsoliderade räkenskaper, som i viss utsträckning är harmoniserade med men inte identiska inom gemenskapen.¹⁸⁸

Beräkning av omsättning för försäkringsbolag

Enligt artikel 5.3 b skall begreppet tecknade bruttopremier tillämpas som en måttstock för ett försäkringsbolags omsättning. Sådana premier utgörs normalt av summan av mottagna premier, och kan även innefatta mottagna återförsäkringspremier om det berörda företaget utövar sådan

¹⁸⁶ Angivna principer för finansiella holdingbolag kan i viss utsträckning tillämpas avseende fondhanteringsföretag.

¹⁸⁷ Se tillkännagivandet, punkt 59.

¹⁸⁸ Se tillkännagivandet, punkt 60.

verksamhet. Utgående återförsäkringspremier, dvs. alla de belopp som det berörda företaget har betalt eller skall betala för att få återförsäkringsskydd, ingår i de tecknade bruttopremierna.¹⁸⁹

Begreppet premier, dvs. bruttopremier, nettopremier, utgående återförsäkringspremier osv., innefattar inte endast premier i anslutning till nya försäkringsavtal som har ingåtts under det aktuella räkenskapsåret, utan också alla premier i anslutning till avtal som ingåtts under de föregående åren och som fortsätter att gälla under den aktuella perioden.¹⁹⁰

För att ha tillräckliga reserver som möjliggör utbetalning av ersättningar kan försäkringsbolag inneha stora investeringsportföljer med aktier, räntebärande värdepapper, mark och byggnader samt andra tillgångar som ger årliga intäkter som normalt inte betraktas som omsättning för försäkringsbolag. En åtskillnad kan därvid göras mellan rent finansiella investeringar, där försäkringsbolaget inte är engagerat i ledningen för de företag i vilka investeringarna har gjorts, och de investeringar som leder till förvärvet av en kontrollerande ägarandel i ett visst företag, vilket gör det möjligt för försäkringsbolaget att utöva ett bestämmande inflytande på det berörda dotterbolagets eller koncernbolagets uppträdande. I det senare fallet anses artikel 5.4 tillämplig, och omsättningen för dotterbolaget eller koncernbolaget skall läggas till försäkringsbolagets omsättning vid beräkning av den sammanlagda omsättningen för gruppen av företag.¹⁹¹

Beräkning av omsättning för leasingföretag¹⁹²

Avtal om finansiell leasing ingås normalt för längre perioder än avtal om operationell leasing, och enligt sådana avtal överförs ägandet vanligen till leasingtagaren i slutet av leasingperioden genom en köpoption som ingår i leasingavtalet. Finansiell leasing fungerar därför som ett lån från leasinggivaren för att göra det möjligt för leasingtagaren att köpa en viss tillgång. Ett företag som bedriver finansiell leasing är ett finansiellt institut enligt artikel 5.3 a, och dess omsättning beräknas genom tillämpning av de särskilda regler som

¹⁸⁹ Se tillkännagivandet, punkt 56.

¹⁹⁰ Se ovan.

¹⁹¹ Se tillkännagivandet, punkt 57 och 58; jfr även kommissionens ärende IV/M.018 - AG/AMEV av den 21 december 1990.

¹⁹² Se tillkännagivandet, punkt 55; jfr även kommissionens ärende IV/M.234 - Gecc/Avis Lease av den 15 juli 1992.

gäller för beräkning av omsättningen för kreditinstitut och andra finansiella institut.

Vid operationell leasing överförs däremot ägandet inte till leasingtagaren i slutet av leasingperioden, och kostnaden för underhåll, reparationer och försäkring av den hyrda utrustningen ingår normalt i leasingbetalningarna. Eftersom operationell leasing inte har en kreditgivningsfunktion, anses den inte bli utförd av finansiella institut, åtminstone inte vad den huvudsakliga verksamheten beträffar. De allmänna reglerna i artikel 5 för beräkning av omsättning är därför tillämpliga i dessa fall.

3.5 Bedömningskriterier, m.m.

Som nämnts syftar kommissionens prövning av en anmäld koncentration till att fastställa huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.¹⁹³

Som tidigare berörts skall en koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning på marknaden som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden (artikel 2.3).

I artikel 2.1 anges de bedömningskriterier som kommissionen skall ta hänsyn till vid sin bedömning:

Artikel 2.1 lyder:

Koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas på grundval av följande bestämmelser för att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden.

När kommissionen gör sin bedömning skall den ta hänsyn till

a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bl.a. strukturen på de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,

b) de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, avnämningens intressen i mellanliggande och

¹⁹³ Ang detta avsnitt se även t.ex. Bellamy - Child, s. 336 ff, Cook - Kerse, s. 126 ff, Hawk - Huser, s. 169 ff och där refererade rättsfall.

slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande under förutsättning att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen.

I artikel 2.4 ges särskilda bestämmelser för bedömningen av sådana gemensamma företag som enligt artikel 3.2 anses utgöra en koncentration enligt artikel 3.1 b.

Artikel 2.4 lyder:

I den utsträckning som bildandet av ett gemensamt företag som utgör en koncentration enligt artikel 3 har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga, skall samordningen bedömas enligt kriterierna i artikel 85.1 och 85.3 i fördraget, i syfte att fastställa om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.

Vid denna bedömning skall kommissionen särskilt beakta följande:

- om två eller flera moderföretag samtidigt och i betydande utsträckning är närvarande på samma marknad som det gemensamma företaget eller på en tidigare eller senare marknad i förhållande till denna eller på en angränsande marknad som har anknytning till denna marknad
- om den samordning som är ett direkt resultat av bildandet av det gemensamma företaget ger de berörda företagen möjlighet att eliminera konkurrensen när det gäller en stor del av de ifrågakvarande produkterna och tjänsterna.

Förutom den bedömning av dominerande ställning som görs enligt artikel 2 i koncentrationsförordningen skall det gemensamma företaget bedömas med tillämpning av kriterierna i artikel 85.1 och 3 i den mån som en avsevärd inskränkning av konkurrensen mellan företag som förblir oberoende blir den direkta konsekvensen av bildandet av det gemensamma företaget. Om det gemensamma företagens påverkan på marknaden i första hand är strukturell torde därvid som regel artikel 85 inte bli tillämplig. Om två moderföretag däremot förblir verksamma på det gemensamma företagens marknad eller om bildandet av det gemensamma företaget syftar till eller ger som resultat att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids mellan moderföretagen på angränsande marknader kan emellertid artikel 85 vara tillämplig.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Se femte punkten i ingressen till rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring i förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer.

3.5.1 Närmare om begreppet dominerande ställning, m.m.

3.5.1.1 Dominerande ställning

Som tidigare berörts syftar kontrollen av strukturella förändringar i utbudet av en produkt eller tjänst till att förhindra att en sådan dominerande ställning skapas eller förstärks, som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den.

Begreppet dominerande ställning har således en grundläggande funktion i koncentrationskontrollen. Det kan framhållas att kontrollen inte riktar sig mot företag som uppnår en marknadsdominerande ställning av egen kraft, t.ex. genom företagets egen skicklighet eller genom att dess produkter är bättre än konkurrenternas.

Vid bedömningen av om en koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning tillämpas, på motsvarande sätt som vid bedömningen enligt artikel 86 i Romfördraget, den ekonomiska enhetens princip. Det innebär att om de i koncentrationen ingående företagen ingår i en företagsgrupp så är det företagsgruppens sammanlagda styrka på den relevanta marknaden som är avgörande för bedömningen (begreppet relevant marknad behandlas nedan).

Det kan observeras att i motsats till vissa nationella koncentrationskontrollsystem innehåller koncentrationsförordningen inte någon presumtion för när en dominerande ställning på marknaden skall anses föreligga. I ingressen till förordningen anges dock att koncentrationer som på grund av sin begränsade marknadsandel inte riskerar att hämma en effektiv konkurrens kan antas vara förenliga med den gemensamma marknaden. Om inte annat följer av artikel 85 och 86 anges så vara fallet bl.a. när de berörda företagens marknadsandel varken inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den överstiger tjugofem procent.¹⁹⁵

Metoden för att fastställa när en dominerande ställning skall anses föreligga och de bedömningskriterier som därvid tillämpas har utvecklats av kommissionen och EG-domstolen vid tillämpning av artikel 86 i Romfördraget.

EG-domstolen har i fråga om den närmare innebörden av begreppet dominerande ställning uttalat bl.a.:

¹⁹⁵ Se femtonde punkten i ingressen till koncentrationsförordningen.

”The concept of a dominant position is defined in settled case-law as a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of its consumers”.¹⁹⁶

Begreppet dominerande ställning är inte begränsat till de uppenbara monopolfallen, utan en sådan ställning kan föreligga även om det finns konkurrenter till företaget. En dominerande ställning grundas i regel på en kombination av ett flertal omständigheter, som tagna var för sig, inte alltid behöver vara avgörande för bedömningen. I många fall utgör företagets marknadsandel på den relevanta en särskilt betydelsefull faktor vid bedömningen. Andra faktorer av betydelse för bedömningen kan vara exempelvis förekomsten av faktisk eller potentiell konkurrens, förekomsten av kunder med marknadsmakt eller frånvaro av etableringshinder, m.m.

Marknadsandel

De berörda företagens marknadsandelar utgör i många fall utgångspunkten för bedömningen av om en dominerande ställning kan anses föreligga. Betydelsen av marknadsandelar som utgångspunkt vid bedömning dominerande ställning vid tillämpning av artikel 86 har berörts av EG-domstolen som därvid uttalat bl.a.:

”...the existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinant but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares...The view may legitimately be taken that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of a dominant position.”¹⁹⁷

Kommissionen har i detta sammanhang uttalat bl.a.:

”A dominant position can generally be said to exist once a market share in the order of 40 to 45 per cent is reached. Although this share does not in itself automatically give control of the market, if there are large gaps between the position of the firm concerned and those of its closest competitors and also other factors likely to place it in an advantage as regards competition, a dominant position may well exist. Strengthening by means of a merger is likely to constitute an abuse if any distortion of the resulting market structure interferes with the maintenance of remaining competition /.../ or its development. Such an effect depends, in particular, on the change in the

¹⁹⁶ Se bl.a. mål 27/76, *United Brands v. Commission* [1978] E.C.R. 207 och mål C-250/96, *Gottrup-Klim v. Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA* [1994] I E.C.R 5641.

¹⁹⁷ Se mål 85/76, *Hoffman – La Roche* [1979] E.C.R. 461 (stycke 41).

relative market strength of the participants after the merger, i.e. the position of the new unit in relation to remaining competitors”¹⁹⁸

Även konkurrenternas marknadsandelar har i många fall betydelse vid bedömningen. En hög marknadsandel kan nämligen få mindre betydelse om företaget möter konkurrens från ett eller flera andra företag med stor marknadsandel.

Betydelsen av marknadsandelar bedöms mot bakgrund av karaktären av konkurrensen på den aktuella marknaden. Även den bedömda framtida utvecklingen på marknaden har betydelse för prövningen. På bl.a. heterogena tillväxtmarknader som uppvisar t.ex. en snabb teknisk utveckling behöver stora marknadsandelar i sig inte indikera förekomsten av marknadsmakt, särskilt om hinder mot marknadsinträde kan anses vara lågt.

Andra omständigheter av betydelse för dominansbedömningen

Förutom betydande marknadsandelar kan det föreligga andra omständigheter som utgör en indikation på att ett företag har en dominerande ställning. Detta kan vara fallet exempelvis om ett företag är en oundviklig affärspartner för kunder som inte har något rimligt alternativ till detta företag.

En dominerande ställning kan vidare föreligga om ett företag har ett rättsligt eller faktiskt monopol på en viss marknad. Det kan dock observeras att redan själva innehavet eller utövandet av en legal ensamrätt inte i sig anses ge upphov till att en dominerande ställning skall anses föreligga.

Andra tecken på dominans kan även vara att ett företag har tillgång till särskilda resurser som faktiska eller potentiella konkurrenter inte har. Sådana resurser kan utgöras av t.ex. ett företags ekonomiska och finansiella resurser, dess produktionskapacitet, dess tillgång till råvaror, insatsvaror, immateriella rättigheter, teknologi och annan kunskapsmässig överlägsenhet samt andra kommersiella fördelar som företaget har över konkurrenterna, m.m.

3.5.1.2 Relevant marknad

Definition av den relevanta marknaden är ofta avgörande för bedömningen av en koncentration. Syftet med en sådan avgränsning är bl.a.

¹⁹⁸ Se Tenth Report on Competition Policy, para. 150.

att på ett systematiskt sätt identifiera gränserna för konkurrensen mellan företag och fastställa vilka konkurrensmässiga begränsningar som de berörda företagen utsätts för, vilket ger förutsättningar för att bedöma ett företags marknadsstyrka.¹⁹⁹

I allmänhet och av praktiska skäl kan det i många fall vara tillräckligt att bestämma en av flera möjliga relevanta marknader.

Den relevanta marknaden fastställs genom avgränsning av den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden.

I fråga om produktmarknaden kan det exempelvis ofta vara fråga om huruvida produkt A och produkt B kan anses tillhöra samma produktmarknad. I många fall är det tillräckligt att inkludera produkt B för att de konkurrensrättsliga problemen skall undanröjas. I sådana situationer är det normalt inte nödvändigt att utreda huruvida marknaden även omfattar andra produkter eller att nå en definitiv slutsats beträffande den exakta produktmarknaden.

Om den aktuella transaktionen inte heller bedöms leda till några konkurrensrättsliga problem på en möjlig alternativ marknad kan frågan om marknadsdefinitionen normalt lämnas därhän, vilket i det enskilda fallet kan medföra att företagets uppgiftsskyldighet begränsas.

När analysen avser en koncentration, där perspektivet normalt är framåtblickande, kan den närmare omfattningen av den geografiska marknaden i vissa fall bestämmas annorlunda än när analysen avser ett tidigare beteende, t.ex. när fråga är om undersökning av missbruk av dominerande ställning enligt artikel 86.

Kommissionen har i ett tillkännagivande behandlat den närmare innebörden av begreppet relevant marknad.²⁰⁰

¹⁹⁹ Begreppet relevant marknad skiljer sig normalt från andra marknadsbegrepp som används i andra sammanhang. Företag använder exempelvis ofta termen marknad för att beteckna det område där de säljer sina produkter eller för att generellt hänvisa till den bransch eller sektor de tillhör.

²⁰⁰ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av *relevant marknad* i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT nr C 372/5 9.12.97). I tillkännagivandet anges att de riktlinjer som ges avspeglar domstolens och förstainstansrättens rättspraxis respektive kommissionens egen praxis i angivna frågor. Syftet med tillkännagivandet är att ge vägledning i fråga om kommissionens tillämpning av begreppen relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad vid tillämpning av bl.a. koncentrationsförordningen. I tillkännagivandet uttrycker kommissionen sin förhoppning att den genom att offentliggöra de förfaranden den tillämpar vid angivande av marknadsdefinitioner och genom att ange vilka kriterier och uppgifter den grundar sina beslut på skall öka kunskapen om sin politik och sitt beslutsfattande i fråga om konkurrens.

Några grundprinciper vid definition av den relevanta marknaden

I kommissionens tillkännagivande anges vissa grundprinciper som tillämpas vid definition av den relevanta marknaden.

Avgränsning av den relevanta marknaden sker med hänsyn till bl.a.:

- utbytbarhet på efterfrågesidan
- utbytbarhet på utbudssidan
- potentiell konkurrens

Ur ekonomisk synvinkel och i samband med bestämmande av den relevanta marknaden anses utbytbarheten på efterfrågesidan utgöra den mest omedelbara och effektiva återhållande faktorn för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning.

Avgränsningen av den relevanta marknaden påverkas huvudsakligen av vilka alternativa försörjningskällor de berörda företagens kunder har, både vad gäller produkter eller tjänster, och leverantörernas geografiska belägenhet. Ett företag eller en företagsgrupp anses inte ha något väsentligt inflytande på rådande försäljningsvillkor, t.ex. priser, om det är lätt för kunderna att byta till tillgängliga substitutvaror eller till andra leverantörer.

Vad gäller utbytbarhet på utbudssidan och potentiell konkurrens har dessa omständigheter i regel en mindre omedelbar verkan och förutsätter normalt att ytterligare faktorer analyseras. Dessa faktorer beaktas normalt inte i samband med definitionen av den relevanta marknaden, utan analyseras vanligen under konkurrensanalysens bedömningsfas.

Utbytbarhet på efterfrågesidan

Utbytbarheten på efterfrågesidan bedöms normalt med hänsyn till vilka produkter konsumenten uppfattar som utbytbara. En metod att fastställa detta är att genomföra en analys av hur en liten men varaktig förändring av de relativa priserna kan antas påverka kunderna. Därvid undersöks huruvida det är enkelt för de berörda företagens kunder att byta till substitutvaror eller till andra leverantörer som svar på en liten men varaktig ökning (5-10 procent) av de relativa priserna på de produkter och i de områden som undersöks. Om en substitution är tillräcklig för att göra prisökningen olönsam på grund av minskad försäljning, tillfogas ytterligare substitutvaror och områden till den relevanta marknaden till dess att produktmarknaden och den

geografiska marknaden är sådana att en liten, varaktig ökning av de relativa priserna skulle vara lönsam.

Motsvarande analys tillämpas i ärenden som gäller köparkoncentration. I dessa fall är utgångspunkten leverantören och pristestet gör det möjligt att identifiera alternativa distributionskanaler eller försäljningsställen för leverantörens produkter.

Utbytbart på utbudssidan

I de fall utbytbart på utbudssidan kan jämföras med utbytbart på efterfrågesidan vad gäller effektivitet och omedelbarhet kan även denna omständighet beaktas vid bestämmande av den relevanta marknaden. För detta krävs att leverantörerna som svar på små men varaktiga förändringar av de relativa priserna kan ställa om till produktion av de relevanta produkterna och kan marknadsföra dem på kort sikt utan att väsentliga tilläggskostnader eller risker uppstår.²⁰¹ Om dessa villkor uppfylls kommer den ytterligare produktion som kommer ut på marknaden att ha en begränsande effekt på de berörda företagens konkurrensbeteende. I fråga om effektivitet och omedelbarhet är en sådan verkan likvärdig med verkan av utbytbart på efterfrågesidan. Denna situation uppstår vanligtvis när företag säljer ett brett sortiment av olika kvaliteter av samma produkt. Även om de olika kvaliteterna inte är utbytbara för varje slutkund eller konsumentgrupp, hänförs de till samma produktmarknad under förutsättning att de flesta leverantörerna kan erbjuda och sälja dem på ett sådant sätt att de krav på omedelbarhet och frånvaro av väsentligt ökade kostnader som beskrivs ovan är uppfyllda. I sådana fall kommer den relevanta produktmarknaden att omfatta alla produkter som är utbytbara både på utbuds- och efterfrågesidan, och den aktuella försäljningen av dessa produkter läggs samman för att ge marknaden totala värde eller volym.

Om utbytbart på utbudssidan kräver en väsentlig anpassning av befintliga fasta eller immateriella tillgångar, nyinvesteringar, strategiska beslut eller tar tid, beaktas denna utbytbart normalt inte i det skede då marknaden definieras. I dessa fall undersöks effekterna av utbytbart på utbudssidan i ett senare skede av undersökningen.

Samma metod kan leda till att olika geografiska områden grupperas.

²⁰¹ Se tillkännagivandet, punkt 23 (dvs. inom en period som inte kräver väsentlig anpassning av befintliga fasta och immateriella tillgångar).

Potentiell konkurrens

Möjligheten av potentiell konkurrens beaktas normalt inte vid definition av den relevanta marknaden, då de förutsättningar som krävs för att denna konkurrens faktiskt skall utgöra en effektiv konkurrensbegränsning identifieras genom analys av särskilda faktorer och omständigheter som har samband med villkoren för inträde på marknaden. Normalt sker en sådan analys när de berörda företagens ställning på marknaden redan har kartlagts och omständigheter förekommer som tyder på att det kan finnas konkurrensrättsliga problem.

Relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad

Den relevanta *produktmarknaden* definieras enligt följande:²⁰²

”En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara.”

Den relevanta *geografiska* marknaden definieras enligt följande:²⁰³

”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.”

Syftet med att avgränsa såväl produktmarknad som geografisk marknad är att kartlägga de berörda företagens faktiska konkurrenter, dvs. vilka företag som utgör alternativa leverantörer för de berörda företagens kunder. Det är ur detta perspektiv som marknadsdefinitionen gör det möjligt att bland annat beräkna marknadsandelar som kan ge information om marknadsinflytande i samband med en bedömning av om ett företag kan anses ha en dominerande ställning på marknaden.

²⁰² Se tillkännagivandet, punkt 7; se även formulär CO i kommissionens (EG) nr 447/97 av den 1 maj 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer.

²⁰³ Se tillkännagivandet, punkt 8.

Närmare om begreppet relevant produktmarknad

Beroende på bransch och de produkter eller tjänster som undersöks finns olika typer av uppgifter som gör det möjligt att i det enskilda fallet bedöma i vilken utsträckning substitution kan förekomma. Bedömningen sker med beaktande av olika kriterier och olika former av bevisning, bl.a. empiriska uppgifter.

Genom en analys av produktens egenskaper och dess avsedda användning kan en första avgränsning av området för substitutvaror ske. Det är normalt inte tillräckligt att endast se till produkternas egenskaper och avsedda användning för att fastställa om två produkter är utbytbara på efterfrågesidan. Funktionell utbytbarhet eller likartade egenskaper behöver inte i sig vara tillräckligt, eftersom kundernas reaktioner på relativa prisförändringar kan styras även av andra hänsyn. Omvänt är förekomsten av skillnader i produkternas egenskaper inte i sig tillräcklig för att utesluta utbytbarhet på efterfrågesidan, eftersom denna även i stor utsträckning är beroende av hur kunderna värderar olika egenskaper.

Omständigheter av betydelse för bedömningen av huruvida två produkter kan vara substitut på efterfrågesidan kan utgöras av bl.a.:

- bevis för att substitution nyligen förekommit
- kunders och konkurrenters synpunkter
- konsumentpreferenser
- handelshinder och kostnader i samband med övergång till möjliga substitutvaror
- förekomsten av olika kundkategorier

Bevis för att substitution nyligen förekommit

Uppgifter om nyligen inträffande händelser eller ”chocker” på marknaden kan visa på förekomsten av substitution mellan två produkter och utgöra grunden för marknadsdefinitionen. Om de relativa priserna har förändrats tidigare kan förändringarna i efterfrågade mängder vara avgörande för fastställandet av utbytbarheten. Även tidigare produktlanseringar kan ge information i de fall det är möjligt att exakt analysera vilka produkter som har förlorat andelar till den nya

produkten.²⁰⁴ Vid bedömning av historiska substitutionsmönster kan hänsyn tas till kvantitativa uppgifter.²⁰⁵

Kunders och konkurrenters synpunkter

De berörda företagens kunder och konkurrenter kan lämna synpunkter på olika faktauppgifter och produktmarknadens omfattning. Även uppgifter från kunder och konkurrenter i fråga om vad som kan bedömas inträffa vid en liten (5-10 procent) men varaktig förändring av de relativa priserna för de aktuella produkterna inom det aktuella geografiska området kan vara av betydelse vid bedömningen.²⁰⁶

Konsumentpreferenser

I fråga om konsumtionsvaror kan det i vissa fall vara svårt att sammanställa slutkonsumenternas faktiska synpunkter på substitutvaror. Dock kan tidigare genomförda marknadsundersökningar som företagen använder i sitt beslutsfattande om prissättning eller marknadsföringsåtgärder innehålla information av betydelse för bedömningen av den relevanta marknaden. Vid bedömning av om en ekonomiskt betydande andel av konsumenterna anser att två produkter är utbytbara kan hänsyn tas till undersökningar om konsumenternas användningsmönster och attityder, inköpsmönster, detaljisternas synpunkter samt resultat av olika marknadsundersökningar. Hänsyn kan även tas till betydelsen av varumärken för produkten i fråga.²⁰⁷

Handelshinder och kostnader i samband med övergång till möjliga substitutvaror

Det kan föreligga olika hinder och kostnader som medför att två produkter, som vid en första anblick förefaller vara substitut, inte kan anses tillhöra samma produktmarknad. Hinder kan utgöras av t.ex. olika former av statlig intervention, begränsningar på marknader i senare led, behov av särskilda investeringar i produktionsmedel eller en

²⁰⁴ Ett antal kvantitativa tester har utformats särskilt för att användas vid avgränsning av marknader. Dessa tester består av olika ekonomiska och statistiska metoder, såsom uppskattningar av elasticiteten och korspriselasticiteten hos efterfrågan av en produkt, tester baserade på likartade prisutvecklingar över tiden och likartade eller konvergerande prisnivåer.

²⁰⁵ Se tillkännagivandet, punkt 38.

²⁰⁶ Se tillkännagivandet, punkt 40.

²⁰⁷ Se tillkännagivandet, punkt 41.

produktionsminskning i samband med en omställning till alternativa råvaror, kundernas belägenhet, m.m.²⁰⁸

Olika kundkategorier och prisdiskriminering

Produktmarknadens omfattning kan även begränsas av förekomsten av olika kundgrupper. En grupp köpare av den relevanta produkten kan utgöra en mer begränsad marknad i de fall gruppen kan bli föremål för prisdiskriminering.²⁰⁹

Närmare om begreppet relevant geografisk marknad

En preliminär bedömning av den geografiska marknadens omfattning kan normalt göras på grundval av en uppskattning av parternas marknadsandelar och analys av prissättning och prisskillnader på nationell nivå, inom gemenskapen och inom EES. Denna första bedömning används i princip som en arbetshypotes som anger inriktningen för de undersökningar som därefter genomförs i syfte att erhålla en mer exakt definition av den geografiska marknaden.

Bestämmande av den geografiska marknaden innefattar utredning av olika prisstrukturer och fördelning av marknadsandelar samt vilka faktorer som ligger till grund för dessa. Ett företag kan av historiska skäl ha en stor marknadsandel på sin hemmamarknad, och omvänt kan en jämnt fördelad närvaro av vissa företag inom hela EES överensstämma med nationella eller regionala geografiska marknader. Den ursprungliga arbetshypotesen prövas mot en analys av efterfrågans särdrag, t.ex. betydelsen av nationella eller lokala preferenser, kundernas aktuella inköpsmönster, produktdifferentiering, varumärken m.m., för att fastställa huruvida företag inom olika områden utgör alternativa försörjningskällor för konsumenterna. Analysen grundar sig på substitution orsakad av förändringar i de relativa priserna, och därvid undersöks om parternas kunder på kort sikt och till försumbara kostnader kan anlita företag på andra platser.

Vid behov genomförs ytterligare kontroll av utbudsfaktorerna för att säkerställa att de företag som ligger inom ett visst område inte skulle möta hinder om de skulle vilja öka sin försäljning på konkurrens-mässiga villkor inom hela den geografiska marknaden. Denna analys omfattar granskning av kraven på lokal närvaro för att kunna sälja i ett visst område, villkoren för tillgång till distributionskanalerna, kost-

²⁰⁸ Se tillkännagivandet, punkt 42.

²⁰⁹ Se tillkännagivandet, punkt 43.

naderna för att bygga upp ett distributionsnät, samt huruvida det finns hinder orsakade av bestämmelser om offentlig upphandling, prisregleringar, kvoter och tullar som begränsar handeln eller tillverkningen, tekniska standarder, monopol, etableringsfrihet, krav på tillstånd från myndigheter, förpackningsbestämmelser, m.m. För att mer exakt fastställa hur stor växelverkan mellan marknaderna är på nationell, europeisk och global nivå identifieras eventuella hinder som kan skydda företag inom ett visst geografiskt område mot konkurrens från företag utanför området.

Mönstret och utvecklingen av de faktiska handelsflödena ger ytterligare information om den ekonomiska betydelsen av var och en av ovanstående efterfråge- eller utbudsfaktorer och om den utsträckning i vilken dessa utgör verkliga hinder som leder till olika geografiska marknader.

I analysen av handelsflödena tas i allmänhet frågan om transportkostnader upp och i vilken utsträckning dessa kan hindra handel mellan olika områden med hänsyn till anläggningslokalisering, produktionskostnader och relativa prisnivåer.

Vid bedömningen av företagskoncentrationer beaktas även den pågående marknadsintegrationen inom gemenskapen vid definition av den geografiska marknaden. Vid bedömning av koncentrationens inverkan på konkurrensen beaktas de åtgärder som vidtas inom ramen för programmet för den inre marknaden för att undanröja handelshinder och öka integrationen av gemenskapsmarknaderna. Om nationella marknader tidigare har hållits avskilda från varandra på grund av rättsliga hinder som nu har undanröjts, görs vanligen en försiktig bedömning av historiska uppgifter om priser, marknadsandelar eller handelsmönster. Om den pågående marknadsintegrationen kan väntas leda till att de geografiska marknaderna inom kort blir större, kan detta beaktas vid definition av den geografiska marknaden i samband med bedömningen av en koncentration.

Omständigheter av betydelse vid bedömning av den relevanta geografiska marknaden utgörs av bl.a.:

- bevis för att kunder tidigare gått över till leverantörer i andra geografiska områden
- särdrag hos efterfrågan
- kunders och konkurrenters synpunkter
- aktuella geografiska inköpsmönster

- handelsflöden och transportmönster
- handelshinder och omställningskostnader i samband med en övergång till leverantörer i andra områden

Bevis för att kunder tidigare gått över till leverantörer i andra geografiska områden

I vissa fall kan uppgifter om prisförändringar i olika områden och kundernas reaktioner på dessa finnas tillgängliga. I allmänhet kan samma kvantitativa tester som används vid definition av produktmarknaden användas vid definition av de geografiska marknaden. Internationella prisjämförelser kan dock vara mer komplicerade på grund av ett antal faktorer såsom växelkursförändringar, beskattning och produktdifferentiering.²¹⁰

Särdrag hos efterfrågan

Själva typen av efterfrågan av den relevanta produkten kan avgöra omfattningen av den geografiska marknaden. Faktorer såsom nationella preferenser eller preferenser för nationella varumärken, språk, kultur och livsstil samt behovet av lokal närvaro kan bidra till att begränsa det geografiska utrymme för konkurrens.²¹¹

Kunders och konkurrenters synpunkter

Uppgifter och synpunkter som lämnas av de berörda företagens kunder och konkurrenter kan också vara av betydelse vid bedömningen av den geografiska marknads närmare avgränsning.²¹²

Aktuella geografiska inköpsmönster

En granskning av kundernas inköpsmönster i geografiskt hänseende kan i vissa fall ge information om den geografiska marknads omfattning. Om kunder köper på liknande villkor av företag inom hela gemenskapen eller EES eller förser sig med insatsvaror genom effektiva upphandlingsförfaranden efter anbud av företag inom hela

²¹⁰ Se tillkännagivandet, punkt 45.

²¹¹ Se tillkännagivandet, punkt 46.

²¹² Se tillkännagivandet, punkt 47.

gemenskapen eller EES, anses den geografiska marknaden normalt omfatta hela gemenskapen.²¹³

Handelsflöden och transportmönster

När antalet kunder är så stort att det inte är möjligt att genom dem få en klar bild av de geografiska inköpsmönstren kan information om handelsflödena användas i stället, under förutsättning att handelsstatistiken är tillräckligt detaljerad vad gäller de aktuella produkterna. Uppgifter om handelsflödena, och i synnerhet de underliggande orsakerna till dem, ger insikter och upplysningar som kan användas när den geografiska marknaden omfattning fastställs, men de är normalt inte i sig tillräckliga för att en slutsats skall kunna dras.²¹⁴

Handelshinder och omställningskostnader i samband med en övergång till leverantörer i andra områden

Frånvaron av gränsöverskridande inköp eller handelsflöden behöver inte i sig betyda att marknaden är att anse som enbart nationell. Vid angivna förhållanden måste även fastställas huruvida det kan finnas handelshinder som skyddar den nationella marknaden innan slutsatsen kan dras att den relevanta geografiska marknaden är nationell. Hinder kan härvid utgöras av transportkostnader eller transportbegränsningar som beror på lagstiftning eller på de berörda produkternas art.

Tillgången till distributionskanaler i ett visst område, handelshinder som består inom vissa sektorer samt kvoter och tulltaxor kan även utgöra hinder som skyddar ett geografiskt område mot konkurrens från företag utanför området.

Stora omställningskostnader i samband med en övergång till leverantörer i andra länder utgör ett ytterligare sådant hinder.²¹⁵

Beräkning av marknadsandelar²¹⁶

Fastställandet av den relevanta marknaden i fråga om såväl produkter som geografisk omfattning gör det möjligt att fastställa vilka leverantörer, kunder och konsumenter som finns på den aktuella marknaden.

²¹³ Se tillkännagivandet, punkt 48.

²¹⁴ Se tillkännagivandet, punkt 49.

²¹⁵ Se tillkännagivandet, punkt 50.

²¹⁶ Se tillkännagivandet, punkterna 53-55.

En total marknadsstorlek och marknadsandelar för var och en av leverantörerna kan normalt beräknas på grundval av försäljningen av de relevanta produkterna i det relevanta området.

Den total marknadsstorleken och marknadsandelarna kan oftast erhållas från källor på marknaden, dvs. företags uppskattningar eller undersökningar som gjorts av branschkonsulter eller branschorganisationer. Om detta inte är möjligt, eller om de tillgängliga uppskattningarna inte är tillförlitliga, kan den totala marknadsstorleken och marknadsandelarna beräknas med utgångspunkt i leverantörernas försäljningssiffror på den relevanta marknaden. I allmänhet är både uppgifter om försäljningsvolym och omsättning användbara. I fråga om differentierade produkter anses försäljningsvärdet samt marknadsandelar beräknade på detta bättre återspegla varje leverantörs relativa ställning och styrka. Även om marknadsandelar vanligtvis beräknas på grundval av försäljningssiffror, finns det andra faktorer som beroende på egenskaperna hos produkterna eller branschen i fråga kan ge vägledning, t.ex. kapacitet, antal aktörer på upphandlingsmarknader, m.m.

3.5.2 Förenlighet med den gemensamma marknaden

Bedömningen av en koncentrations negativa påverkan på konkurrensen sker genom det s.k. konkurrenstest, som utgör en sammanvägd bedömning av hur en koncentration kommer att påverka konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller väsentlig del av den. Avgörande vid bedömningen är inte själva koncentrationsökningen i sig utan transaktionens negativa påverkan på konkurrensen. Som tidigare berörts så föreligger en presumtion för att en koncentration inte skall anses hämma den effektiva konkurrensen, om marknadsandelen för de berörda företagen inte överstiger tjugofem procent av den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den.

Konkurrenstestet medger en relativ fri helhetsbedömning av en koncentrations påverkan på konkurrensförhållandena på en viss marknad. En rad olika omständigheter, som delvis flyter in i varandra och delvis även flyter ihop med dominansprövningen, kan vara relevanta i denna bedömning, t.ex. förekomsten av faktisk eller potentiell konkurrens, marknadens struktur, de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörers och kunders valmöjligheter och tillgång till marknader och leveranser, rättsliga och andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan för de aktuella varorna och

tjänsterna, avnämarintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande. Det är sålunda till stor del samma faktorer som redan har beaktats vid dominansprövningen som får betydelse vid konkurrenstestet.

3.6 Anmälning- och handläggningsförfarandet

I detta avsnitt behandlas anmälning- och handläggningsförfarandet avseende ärenden enligt koncentrationsförordningen.

3.6.1 Anmälan

Som nämnts bygger kontrollen av koncentrationer med gemenskapsdimension på principen om obligatorisk anmälan av sådana koncentrationer innan de har genomförts. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa kontrollsystemets effektivitet.

3.6.1.1 Tidpunkten för anmälningsskyldighetens inträde

I artikeln 4.1 ges bestämmelser som närmare reglerar tidpunkten för anmälningsskyldighetens inträde.²¹⁷

Artikel 4.1

Sådana koncentrationer med en gemenskapsdimension som avses i denna förordning skall anmälas till kommissionen senast en vecka efter avtalets ingående eller offentliggörandet av budet om övertagande eller förvärvet av en kontrollerande andel. Fristen skall löpa från den tidpunkt när den första av dessa händelser inträffar.

Av bestämmelsen framgår att en koncentration skall anmälas till kommissionen för prövning senast *en vecka* efter avtalets ingående eller offentliggörandet av budet om övertagande eller förvärvet av ett kontrollerande inflytande. Anmälningstiden löper från den tidpunkt när den första av angivna händelser äger rum.

²¹⁷ Se t.ex. Bellamy – Child, s. 354 f, Cook – Kerse, s. 98 f, Hawk - Huser, s. 291 ff.

Genom bestämmelsen beaktas möjligheten av att koncentrationen kan ske i ett eller flera steg. Om t.ex. förvärvaren ingår avtal med en eller flera aktieägare om förvärv av en eller flera aktieposter innan kungörandet av det offentliga budet sker kan anmälningsskyldighet inträda i samband med avtalet. För att ett avtal skall anses vara ingånget i bestämmelsens mening förutsätts att avtalet är bindande enligt tillämplig nationell lagstiftning och inte ensidigt kan frånträdas av någon av parterna. Ett avtal som uppfyller detta villkor omfattas normalt av bestämmelsen även om dess giltighet är avhängigt av t.ex. aktieägarnas godkännande.

I fråga om ett offentligt bud anses detta offentliggjort när den som avger budet blir bunden av detta enligt tillämplig nationell lagstiftning.

Ett offentliggörande av en avsikt eller plan att genomföra en anmälningsskyldig koncentration anses däremot inte utgöra ett offentligt bud under förutsättning att offentliggörandet inte innebär ett bindande erbjudande.

Det kan observeras att i förordningen finns inte någon bestämmelse som ger kommissionen behörighet att medge förlängning av anmälningens fristen. Kommissionen har dock ”medgivit” ett kortare informellt ”anstånd” med ingivandet av den formella anmälan under förutsättning att det berörda företaget har underrättat kommissionen inom den angivna fristen (”waivers of one-week deadline”).

3.6.1.2 Vem som skall göra anmälan

I artikel 4.2 anges vem som är skyldig att göra anmälan:

En koncentration som består av en företagssammanslagning enligt artikel 3.1. a eller förvärvet av gemensam kontroll enligt artikel 3.1. b skall anmälas gemensamt av parterna i företagssammanslagningen respektive av dem som förvärvar den gemensamma kontrollen. I övriga fall skall anmälan göras av den person eller det företag som förvärvar kontroll över ett eller flera företag eller delar därav.

Vid sammanslagning av företag eller förvärv av gemensam kontroll skall en gemensam anmälan göras av parterna. Om förvärvet t.ex. innebär att ensam kontroll övergår till gemensam kontroll skall således anmälan göras gemensamt av de parter som därigenom erhåller gemensam kontroll över företaget. När ett offentligt bud lämnas åligger det anbudsgivaren att göra anmälan. I övriga fall skall anmälan göras av den som förvärvar kontrollen.²¹⁸

²¹⁸ Se t.ex. Cook - Kerse, s. 97 f, Hawk - Huser, s. 293.

Om den som är anmälningsskyldig uppsåtligt eller av oaktsamhet underlåter att anmäla en koncentration kan kommissionen genom beslut ålägga vederbörande böter om lägst 1 000 och högst 50 000 ECU.²¹⁹

3.6.1.3 Vad anmälan skall innehålla, m.m.²²⁰

I artikel 3.1 i tillämpningsförordningen föreskrivs att anmälan skall innehålla den information, inbegripet handlingar, som framgår av formulär CO (bilaga till förordningen). De anmälade parterna är skyldiga att fullständigt och korrekt redovisa alla relevanta fakta och omständigheter som krävs för kommissionens beslut i det enskilda fallet. Kravet på fullständig information har införts för att säkerställa att kommissionen kan bedöma den anmälda koncentrationen inom angivna frister.

I formuläret ges närmare anvisning bl.a. om vilka uppgifter som skall lämnas för att en anmälan skall anses som fullständig. Uppgifter som skall lämnas omfattar bl.a.

- de anmälade parterna och övriga parter i koncentrationen,
- alla företag som tillhör samma företagsgrupp som en part i koncentrationen
- koncentrationens rättsliga, ekonomiska och finansiella struktur
- vilka ekonomiska sektorer som berörs av koncentrationen

Om informationen, inbegripet handlingarna i anmälan, är ofullständig i något väsentligt avseende skall kommissionen utan dröjsmål skriftligen underrätta de anmälade parterna eller deras företrädare och ange en skälig tidsfrist för parterna att komplettera anmälan. I dessa fall gäller anmälan från den dag då den fullständiga informationen har mottagits av kommissionen.²²¹

Väsentliga förändringar av de uppgifter som lämnats i anmälan och som de anmälade parterna känner till eller borde ha känt till skall meddelas kommissionen utan dröjsmål. Om förändringarna kan ha en betydande inverkan på bedömningen av koncentrationen kan kommissionen besluta att anmälan istället skall gälla från den tidpunkt när informationen om förändringarna mottogs av kommissionen. Kommissionen skall i sådana fall utan dröjsmål underrätta de anmälade parterna om beslutet.²²²

²¹⁹ Artikel 14.1 i koncentrationsförordningen.

²²⁰ Se t.ex. Bellamy – Child, s. 352 f, Cook - Kerse, s. 99 ff, Hawk – Huser, s. 293 ff.

²²¹ Artikel 4.2. i tillämpningsförordningen.

²²² Artikel 4.3. i tillämpningsförordningen.

Oriktig eller vilseledande information anses utgöra ofullständig information.²²³ Underlåtenhet att fullgöra uppgiftsskyldigheten kan leda till att efterföljande frister inom vilka kommissionen enligt artikel 10 skall fatta beslut förlängs.

Kommissionen kan medge undantag från uppgiftsskyldigheten i vissa delar om uppgifterna inte bedöms nödvändiga för prövningen. Kommissionen kan även medge undantag från uppgiftsskyldigheten om t.ex. uppgifterna helt eller delvis inte kan anses tillgängliga för den anmälningsskyldige.

3.6.1.4 Förenklad anmälan (short-form notification)

I de fall koncentrationen avser ett gemensamt företag som inte har någon eller endast obetydlig verksamhet inom EES-området kan kommissionen medge att en förenklad anmälan görs. En sådan anmälan kan göras när två eller flera företag förvärvar gemensam kontroll över ett gemensamt företag och a) omsättningen för det gemensamma företaget och/eller omsättningen för de tillförda verksamheterna är mindre än 100 miljoner ECU inom EES-området och b) det sammanlagda värdet av de tillgångar som tillförs det gemensamma företaget är mindre än 100 miljoner ECU inom samma område.

Även om förutsättningarna för förenklad anmälan föreligger kan kommissionen begära att få de ytterligare uppgifter som den anser nödvändig för prövningen. Kommissionen kan även ålägga den anmälningsskyldige parten att inkomma med en fullständig anmälan när skäl för detta föreligger.

3.6.1.5 Offentliggörande av anmälan

En anmäld koncentration som faller inom koncentrationsförordningens tillämpningsområde skall offentliggöras av kommissionen. Offentliggörandet syftar bl.a. till att ge tredje man, t.ex. konkurrenter, kunder och leverantörer, kännedom om koncentrationen. I offentliggörandet skall anges parterna, koncentrationens karaktär och de branscher som koncentrationen berör. Vid offentliggörandet skall parternas berättigade intresse av att deras affärshemligheter inte röjs beaktas.²²⁴

²²³ Artikel 4.4. i tillämpningsförordningen.

²²⁴ Artikel 4.3 i koncentrationsförordningen.

3.6.1.6 Omvandling av anmälan

Om kommissionen finner att det anmälda förfarandet inte utgör en koncentration enligt artikel 3 i koncentrationsförordningen skall den skriftligen underrätta de anmälade parterna om detta och, för det fall dessa begär det och förutsättningar härför föreligger, behandla anmälan som en ansökan enligt artikel 2 eller anmälan enligt artikel 4 i förordning 17/62, som ansökan enligt artikel 12 eller anmälan enligt artikel 14 i förordning (EEG) nr 1017/68, som ansökan enligt artikel 12 i förordning (EEG) nr 4056/86 eller ansökan enligt artikel 3.2 eller artikel 5 i förordning (EEG) nr 3975/87.²²⁵

Kommissionen kan begära att i anmälan lämnade uppgifter kompletteras inom en lämplig tidsfrist i de fall detta bedöms nödvändigt för att för kunna bedöma förfarandet enligt bestämmelserna i angivna förordningar. Ansökan eller anmälan skall anses uppfylla kraven i dessa förordningar räknat från dagen för den ursprungliga anmälan när de kompletterande uppgifterna mottas av kommissionen.²²⁶

3.6.2 Uppskjutande av koncentrationer²²⁷

Enligt artikel 7.1 får en koncentration varken genomföras före anmälan eller innan den har förklarats förenlig med den gemensamma marknaden genom ett beslut enligt artikel 6.1 b artikel 8.2 eller på grundval av en presumtion enligt artikel 10.6. (s.k. stand still).²²⁸ Bestämmelsen innebär att åtgärder som medför att koncentrationen genomförs inte får vidtas innan kommissionen meddelat slutligt beslut i ärendet. Bestämmelsen syftar till att säkerställa effektiviteten i kontrollsystemet och särskilt den fulla verkan av ett senare beslut att förklara koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden.

Kommissionen kan på begäran medge dispens från de skyldigheter som anges i artikel 7.1 (se nedan).

²²⁵ Artikel 5.1 i tillämpningsförordningen; se även Cook - Kerse, s. 106 f.

²²⁶ Artikel 5.2 i tillämpningsförordningen.

²²⁷ Se t.ex. Bellamy – Child, s. 356 ff, Cook - Kerse, s. 107 ff, Hawk – Huser, s. 301 ff.

²²⁸ Senaste lydelse genom rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer.

Undantag

Enligt artikel 7.3 utgör förbudet mot genomförande av koncentrationen inte hinder för genomförandet av ett offentligt bud om övertagande som har anmälts till kommissionen enligt artikel 4.1 före den tidpunkt när budet offentliggörs under förutsättning att förvärvaren inte utövar de rösträttigheter som följer med värdepapperen i fråga eller gör det endast för att upprätthålla det fulla värdet av dessa investeringar. För undantag krävs att kommissionen beviljar dispens från förbudet (se nedan).

Dispens

I artikel 7.4 anges att kommissionen på begäran kan medge dispens från de skyldigheter som anges i artikel 7.1 och 7.3. En begäran om dispens kan göras och medges såväl före anmälan som efter själva transaktionen.

När kommissionen avser att fatta ett beslut enligt artikel 7.4, vilket negativt påverkar en eller flera av parterna, skall den skriftligen underrätta de anmälade parterna och andra berörda parter om kommissionens invändningar och fastställa en tidsfrist inom vilken de får yttra sig.²²⁹

Ett interimistiskt beslut om att medge undantag enligt artikel 7.4 kan meddelas utan att de berörda personerna, företagen eller företagsammanslutningarna lämnas tillfälle att på förhand framföra sina synpunkter, förutsatt att kommissionen lämnar dem tillfälle att göra detta så snart som möjligt efter det att den har fattat sitt beslut.²³⁰

Vid dispensprövningen skall beaktas bl.a. arten och omfattningen av den skada som kan vållas de företag som berörs av koncentrationen eller tredje man, och det hot mot konkurrensen som kan medföra.

Ett beslut om dispens kan förenas med villkor och ålägganden som säkerställer förutsättningarna för att en effektiv konkurrens vidmakthålls. Ett sådant beslut kan även ges med retroaktiv verkan.

²²⁹ Artikel 12 i tillämpningsförordningen.

²³⁰ Artikel 18.2 i koncentrationsförordningen.

Ogiltighet, m.m.

I artikel 7.5 ges närmare bestämmelser om giltigheten av en koncentration som genomförs i strid mot bestämmelserna i artikel 7.1. I första stycket anges:

Giltigheten av en transaktion som genomförs i strid mot punkt 1 skall vara beroende av ett beslut enligt artikel 6.1 b eller 8.2 eller 8.3 eller av en presumtion enligt artikel 10.6.

Av bestämmelsen framgår att giltigheten av en transaktion som genomförs i strid mot bestämmelserna i artikel 7.1 är beroende av kommissionens beslut enligt artikel 6.1 b eller 8.2 eller 8.3 eller av en presumtion enligt artikel 10.6. 3

I fråga om transaktioner med värdepapper ges i andra stycket undantag från bestämmelsen i första stycket:

Denna artikel skall dock inte påverka giltigheten av transaktioner med värdepapper, inklusive sådana som kan konverteras till andra värdepapper som kan vara föremål för handel på en marknad under offentligt erkända myndigheters kontroll och tillsyn, vilken fungerar regelmässigt och direkt eller indirekt är tillgänglig för allmänheten, såvida inte köparen eller säljaren visste eller borde ha vetat att transaktionen genomfördes i strid mot punkt 1.

Bestämmelsen innebär att giltigheten av transaktioner med värdepapper inte påverkas av bestämmelsen i artikel 7 under förutsättning att varken köparen eller säljaren visste eller borde ha vetat att transaktionen genomfördes i strid mot angivna bestämmelse.

3.6.3 Handläggningsförfarandet, m.m.

3.6.3.1 Förberedande handläggning (pre-notification)

Anmälan av en koncentration innebär normalt en omfattande uppgiftsskyldighet för de anmälningsskyldiga parterna.

Enligt kommissionen har erfarenheterna visat att informella kontakter mellan representanter för kommissionen och berörda företag är ytterst värdefulla, särskilt vad gäller möjligheterna att i ett tidigt skede kunna avgränsa omfattningen av uppgiftsskyldigheten för de berörda företagen. Kommissionen anmodar därför generellt parterna att rådgöra

med kommissionen angående möjligheten till befrielse från skyldigheten att tillhandahålla vissa uppgifter.²³¹

Kommissionen fortsatta handläggning medför ofta nära kontakter med de berörda parterna. Kommissionen strävar därvid efter att, där så bedöms möjligt, i samförstånd med parterna försöka undanröja de rättsliga och praktiska problem som kan uppkomma.

Kommissionen har även i syfte att effektivisera handläggningen infört en mer informell och effektivare ordning i samband med handläggningen av ärenden. Den informella handläggningsordningen tjänar även syftet att möjliggöra för parterna att i ett tidigt skede få upplysningar och vägledning av kommissionen i frågor av betydelse för prövningen. Den angivna ordningen ger också kommissionen förutsättning att i ett tidigt skede kunna inhämta information och kunskap om transaktionen, vilket i många fall väsentligt nedbringar den formella handläggningstiden och ger kommissionen ökade förutsättningar att fatta beslut enligt artikel 6.1 a och b, vilket även medför att antalet fördjupade undersökningar kan begränsas. Det kan observeras att möjligheten att ge vägledning i materiella frågor begränsas av kommissionens skyldighet att rådgöra med den rådgivande kommittén och andra enheter inom kommissionen i olika skeden av prövningsförfarandet.

3.6.3.2 Inhämtande av upplysningar och undersökning på platsen²³²

I artikel 11.1 i koncentrationsförordningen anges att kommissionen vid sin prövning av en koncentration får inhämta sådana upplysningar som den bedömer nödvändigt från medlemsstaternas myndigheter, personer som avses i artikel 3.1, företag och företagssammanslutningar.

När kommissionen riktar en begäran om upplysning till en person, ett företag eller en företagssammanslutning, skall den samtidigt sända en kopia av denna begäran till den behöriga myndigheten i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt eller företaget eller företagssammanslutningen har sitt säte.²³³

Den som kommissionen begär upplysningar av är skyldig att lämna begärda upplysningar även om upplysningarna kan omfattas av sekretess.

²³¹ Se t.ex. Bellamy - Child, s. 305, Cook - Kerse, s. 208, Hawk - Huser, s. 298 f.

²³² Se t.ex. Bellamy - Child, s. 364, Cook - Kerse, s. 116 ff, Hawk - Huser, s. 306 f.

²³³ Artikel 11.2 i koncentrationsförordningen.

Kommissionen har även behörighet att begära biträde av medlemsstaternas behöriga myndigheter för att genomföra nödvändiga undersökningar hos företag och företagssammanslutningar. Kommissionen får därvid granska och ta kopior på räkenskaper och andra affärshandlingar, begära muntliga förklaringar samt bereda sig tillträde till lokaler som använts av företagen.²³⁴

3.6.3.3 Beslut enligt artikel 6²³⁵

Om kommissionen vid sin inledande prövning finner att den anmälda koncentrationen antingen inte omfattas av förordningens bestämmelser eller att förordningens bestämmelser är tillämpliga men att koncentrationen inte ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden skall kommissionen meddela beslut med sådant innehåll (artikel 6.1 a och b). 5

Om kommissionen finner att koncentrationen omfattas av förordningens bestämmelser och ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden skall den besluta om att inleda en närmare granskning av den anmälda koncentrationen (artikel 6.1 c).

Beslut enligt artikel 6 skall fattas inom en månad från anmälan av koncentrationen.²³⁶

Det kan observeras att kommissionen inte har någon skyldighet att lämna de berörda personerna, företagen och företagssammanslutningarna tillfälle att yttra sig över de anmärkningar som framförs mot dem innan den fattar beslut enligt artikel 6.²³⁷

3.6.3.4 Fördjupad undersökning

Om kommissionen beslutar att inleda en fördjupad prövning skall den upprätta en skrivelse som anger de invändningar som riktas mot koncentrationen (s.k. statement of objections).²³⁸

²³⁴ Artikel 12 och 13 i koncentrationsförordningen.

²³⁵ Se t.ex. Bellamy - Child, s. 360, Cook - Kerse, s. 181 ff.

²³⁶ Denna frist skall förlängas till sex veckor om bl.a. kommissionen mottar en begäran från en medlemsstat enligt artikel 9.2.

²³⁷ Artikel 18.1 i koncentrationsförordningen.

²³⁸ Se t.ex. Bellamy - Child, s. 361 f, Cook - Kerse, s. 120 ff, Hawk - Huser, s. 307 ff.

*Parter som skall höras, m.m.*²³⁹

I artikel 18 i koncentrationsförordningen ges bestämmelser för vilka parter som skall beredas tillfälle att yttra sig i ärendet. Där anges att kommissionen, innan den fattar beslut enligt artikel 7.4, 8.2, andra stycket, och 8.3-8.5, 14 och 15, skall lämna de berörda personerna, företagen och företagsammanslutningarna tillfälle att i varje skede av förfarandet, dvs. fram till kommissionens samråd med den rådgivande kommittén, yttra sig över de anmärkningar som framförs mot dem.

I artikel 18.3 i koncentrationsförordningen anges att kommissionen endast får fatta beslut på grundval av de anmärkningar som parterna har haft möjlighet att framföra synpunkter på. Parternas rätt att gå i svaromål skall därför fullt ut respekteras av kommissionen och i vart fall de direkt berörda parterna skall ges möjlighet att få ta del av handlingarna i ärendet, varvid hänsyn skall tas till företags berättigande intresse av att deras affärshemligheter skyddas.

I den mån kommissionen eller medlemsstaternas behöriga myndigheter anser det nödvändigt kan yttranden även inhämtas från andra fysiska eller juridiska personer. Fysiska och juridiska personer som kan påvisa ett berättigat intresse i saken, t.ex. ledamöter av de berörda företagens administrativa eller styrande organ eller erkända arbetstagarrepresentanter från dessa företag, skall efter ansökan ha rätt att yttra sig.²⁴⁰

De parter till vilka kommissionens invändningar har riktats eller som har blivit underrättade om dessa invändningar skall inom en av kommissionen angiven tidsfrist beredas tillfälle att lämna sina synpunkter skriftligen på invändningarna. De kan också föreslå att kommissionen hör personer som kan bekräfta dessa fakta.

I fråga om rätten att höras enligt artikel 18 i koncentrationsförordningen kan följande parter urskiljas:²⁴¹

a) *anmälade parter*, dvs personer och företag som lämnar in en anmälan enligt artikel 4.2 i koncentrationsförordningen

b) *andra berörda parter*, dvs. andra parter i koncentrationsplanen än de anmälade parterna, såsom säljaren och det företag som är mål för koncentrationen

c) *tredje man*, dvs. fysiska eller juridiska personer som visar ett tillräckligt intresse, t.ex. kunder, leverantörer, konkurrenter, med-

²³⁹ Se t.ex. Bellamy - Child, s. 362, Hawk - Huser, s. 120 ff, Hawk - Huser, s. 307 f.

²⁴⁰ Artikel 18.4 i koncentrationsförordningen.

²⁴¹ Artikel 11 i tillämpningsförordningen.

lemmar av administrations- eller ledningsorganen hos berörda företag, erkända arbetstagarrepresentanter i dessa företag, m.m.

d) *parter* avseende vilka kommissionen avser att fatta ett beslut enligt artikel 14 eller 15 i koncentrationsförordningen

Enligt artikel 16 i tillämpningsförordningen skall tredje man, om denne skriftligen ansöker om att höras enligt artikel 18.4 i koncentrationsförordningen, skriftligen underrättas av kommissionen om förfarandets karaktär och innehåll och ges en tidsfrist inom vilken de kan lämna sina synpunkter. Kommissionen kan på samma sätt ge varje annan tredje man möjlighet att lämna sina synpunkter.

3.6.3.5 Kommissionens slutliga avgörande²⁴²

En koncentration som uppfyller de kriterier som anges i artikel 2.2 skall av kommissionen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden (artikel 8.2). Ett sådant beslut skall även omfatta sådana begränsningar som har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen, s.k. accessoriska begränsningar.

Beslutet får förenas med villkor och ålägganden i syfte att säkerställa att de berörda företagen fullgör sina eventuella ålägganden gentemot kommissionen när det gäller att ändra den ursprungliga koncentrationsplanen.

Som tidigare nämnts skall en koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning och som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden (artikel 8.3).

Om en koncentration redan har genomförts kan kommissionen genom beslut kräva att de sammanförda företagen eller tillgångarna delas upp eller att den gemensamma kontrollen upphör eller att andra åtgärder som är nödvändiga för att återupprätta förutsättningarna för en effektiv konkurrens vidtas.

Ett beslut enligt artikel 8.2 eller 8.3 skall meddelas senast inom fyra månader från dagen för beslutet att inleda prövningsförfarande.

Om kommissionen inte fattar något sådant beslut den inom angivna tidsfristen skall koncentrationen anses ha förklarats förenlig med den gemensamma marknaden.²⁴³

²⁴² Se t.ex. Bellamy - Child, s. 363 f, Cook - Kerse, s. 125, 183 ff, Hawk - Huser, s. 317 ff.

²⁴³ Artikel 10.6 i koncentrationsförordningen.