

Juridiska institutionen
Uppsats för tillämpade studier
Jur.kand.-programmet, 20 p.
April 2000

Förfarandet vid EU:s koncentrationskontroll

- med Telia/Telenor-ärendet som exempel

Författare: Lisa Engstrand (740307-1942)
Handledare: docent Filip Bladini

Förkortningar:

Art.	Artikel
DG IV	Kommissionens generaldirektorat IV med ansvar för konkurrensfrågor
EGT	Europeiska gemenskapens tidning (OJ på engelska)
MTF	Merger task force, den enhet på Kommissionen som har hand om koncentrationsärenden
OJ	Official journal, se EGT

Sammanfattning

Alltsedan Kommissionens prövningen av fusionen mellan Telia och Telenor har intresset för EU:s koncentrationskontroll ökat i Sverige. Globaliserings- och fusionstrenden har spätt på antalet anmälningar av företagskoncentrationer till Kommissionen kraftigt. I denna starka utveckling berörs allt fler företag av koncentrationskontrollen och det är därför angeläget att de är medvetna om vad prövningen innebär och vilka som avses. Prövningen går i korthet ut på att avgöra om en anmäld transaktion är förenlig med den gemensamma marknaden, d.v.s. inte skapar eller förstärker en dominerande ställning som hämmar konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del därav. Att marknads aktörer inte koncentreras till ett fåtal stora och därigenom hämmar konkurrensen ligger både i konsumenternas och företagens intresse.

Koncentrationskontrollen bygger på en skyldighet att förhandsanmäla koncentrationer av en viss storlek med verksamhet och viss omsättning inom EU. Eftersom regelverket bygger på detta gemenskapskriterium som möjliggör en extraterritoriell tillämpning av koncentrationsförordningen, så kan Kommissionen även pröva koncentrationer med företag med säten utanför EU, t.ex. Telenor. Beroende på vilken slags transaktion som koncentrationen bildas genom, har olika personer skyldighet att anmäla den. Om den aktuella koncentrationen är en företagssammanslagning eller har tillkommit genom förvärv av gemensam kontroll skall parterna gemensamt förhandsanmäla koncentrationen. I övriga fall skall anmälan göras av den person eller det företag som helt eller delvis förvärvar kontroll över ett eller flera företag. Om transaktionen anmäls för sent eller genomförs utan ett godkännande från Kommissionen riskerar de anmälningsskyldiga dryga böter. Förhandsanmälan innebär att ett speciellt formulär CO som finns bifogat till tillämpningsförordningen och är mycket omfattande, fylls i och insändes till Kommissionens arbetsenhet för koncentrationsärenden, Merger Task Force. För att göra prövningen smidig och underlätta arbetet för både MTF och parterna i en koncentration bör s.k. *pre notification meetings* hållas. Dessa informella kontakter är en mycket betydelsefull del av processen.

När parterna har skickat in en komplett förhandsanmälan skall MTF pröva om transaktionen faller in under företagskoncentrationsförordningen och i så fall avgöra hurvida det finns allvarliga tvivel om dess förenlighet med den gemensamma marknaden. Finns inga sådana tvivel avger Kommissionen ett godkännandebeslut inom en månad och företagets planer kan sättas i verket. Om det däremot finns tvivel om förenligheten måste en prövningen gå in i en fördjupad s.k. fas II-undersökning som varar ca fyra månader. Under denna skall Kommissionen sammanfatta sin kritik mot koncentrationen i *statement of objections* som kommuniceras parterna och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, samt även till viss del andra berörda och tredje parter. För att kunna utöva sin rätt till försvar har parterna praktiskt taget full tillgång till handlingarna i ärendet. Detta behövs bl.a. för att svara på Kommissionens kritik i *statement of objections*. Berörda parter får tillgång till en icke sekretessbelagd version av *statement of objections* och tredje parter har endast rätt till en sammanfattning av densamma. Däremot har alla parter full rätt att komma in med synpunkter på koncentrationen och *statement of objections* till Kommissionen. Den företar vanligtvis även ett s.k. marknadstest för att få reda på hur den aktuella produktmarknaden fungerar och utvecklas konkurrensmässigt. Marknadstestet, som består av ett antal frågor, ställs främst till koncentrationsparternas kunder, leverantörer och konkurrenter. Med hjälp av svaren kan MTF bilda sig en uppfattning om marknaden och därefter ta ställning till hur den anmälda koncentrationen skulle påverka den. Telia/Telenor menar att Kommissionen låter sig styras alltför mycket av dessa kommentarer, vilket missgynnade dem i prövningen av fusionen.

Berörda parter får bara tillgång till handlingarna i ärendet för att kunna utöva sin rätt till försvar, medan tredje parter över huvud taget inte får se handlingarna. Detta hör samman med konfidentialitetsaspekterna som en så här känslig prövning ger upphov till. Under hela processen har tjänstemännen på Kommissionen tystnadsplikt vad gäller information som de får genom fallet och parterna får ange vad de anser vara företagshemligheter av det som de yppar eller lämnar ifrån sig. Önskemålen efterlevs regelmässigt och sekretesskyddet verkar enligt båda sidor fungera tillfredsställande.

Om parterna har begärt det skall en muntlig förhandling, eller hearing som det brukar kallas, hållas. Där får de chans att lägga fram sina motargument muntligen inför Kommissionen, samtidigt som tjänstemännen som jobbar med fallet på MTF och även representanterna i rådgivande kommittén kan ställa frågor direkt till parterna. Vid denna får också berörda och tredje parter såsom fackliga organisationer och andra arbetstagarrepresentanter, närvara och yttra sig.

För att utverka ett positivt beslut kan det ibland vara nödvändigt för parterna att göra vissa åtaganden så att koncentrationen blir förenlig med den gemensamma marknaden. Det är formellt sett parterna som tar initiativ till eventuella åtaganden, men i praktiken säger Kommissionen var det finns konkurrensproblem och anger också lämpliga lösningar på dessa. Man brukar dela in åtaganden i två typer: strukturella och beteendemässiga, och de kan både framläggas i fas I och II. Det har hävdats att strukturella åtaganden bäst möter en permanent, strukturell förändring av marknaden, men jag anser att även de beteendemässiga åtaganden har betydelse i vart fall som komplement till dessa. Telia/Telenor fick igenom fusionen först efter långtgående åtaganden som till största delen var av strukturell karaktär. Detta godkännande var dock förgäves, eftersom det av den tilltänkta fusionen inte blev av. Prejudikatvärdet av prövningen består trots detta oförändrat.

Allmänt kan sägas att proceduren präglas av de snäva tidsfristerna som är typiska för EU:s koncentrationskontroll. Både MTF och parterna tvingas handla snabbt och effektivt för att prövningen skall hinnas med inom de utsatta tiderna. Detta är en av kontrollens fördelar, samtidigt som det ställer stora krav på alla. Telia/Telenor upplevde den extensiva informationsplikten gentemot Kommissionen som särskilt betungande och man hade även problem med att hålla tidsfristerna. Andra sidan av myntet är Kommissionens undersökningsrätt som ger dem rätt att inhämta upplysningar både från parter och tredje män.

Innan det slutliga beslutet tas måste rådgivande kommittén, som består av representanter från alla medlemsstaterna, yttra sig över utkastet till beslut. Kommissionen skall enligt regelverket ta största möjliga hänsyn till yttrandet och hittills har den bara gått emot kommitténs åsikt en enda gång, vilket tyder på att så också är fallet.

Vad gäller koncentrationskontrollen som företeelse så anser jag att om man bestämt sig för att hindra den helt fria konkurrensen från att medföra konkurrensbegränsande företagssammanslagningar, så är EU:s prövning av koncentrationer i stort sett ett bra redskap för detta syfte. Den optimala nivån på *de minimis*-reglerna kan alltid diskuteras, men konstruktionen av regelverket är genomtänkt och fungerar.

Innehållsförteckning

1. INLEDNING	7
1.1 FRÅGESTÄLLNINGAR	7
1.2 SYFTE OCH AVGRÄNSNINGAR	7
1.3 METOD	8
2. BAKGRUND	9
2.1 ÖKAT ANTAL FÖRETAGSKONCENTRATIONER.....	10
2.1.1 Telia/Telenor-fusionen.....	11
3. FÖRORDNING 4064/89	12
3.1 HISTORIK.....	12
3.2 TILLÄGG OCH ÄNDRINGAR	13
3.2.1 Ändringar	13
3.2.2 Förordning 447/98.....	14
3.2.3 Kommissionens tillkännagivanden	14
3.3 KRITERIER FÖR KONCENTRATIONSFÖRORDNINGENS TILLÄMPLIGHET	14
3.3.1 Gemenskapsdimension	14
3.3.2 Företagskoncentration.....	16
3.4 KOMMISSIONENS JURISDIKTION	18
4. GÅNGEN I KOMMISSIONEN	19
4.1 ALLMÄNT	19
4.2 MERGER TASK FORCE	21
4.3 ANMÄLAN	21
4.3.1 Förenklad förhandsanmälan	24
4.3.2 Formulär CO.....	24
4.3.3 Vem är skyldig att förhandsanmäla?.....	24
4.3.4 Uppskjutande av koncentrationens genomförande.....	25
4.3.5 Mottagandet av anmälan	25
4.3.6 Telia/Telenors förhandsanmälan.....	25
4.4 PRÖVNINGEN	27
4.4.1 Fas I.....	27
4.4.1.1 Informationsskyldighet och undersökningsrätt	28
4.4.1.1.1 Sekretess	29
4.4.1.1.2 Rätten att höras och rätten till försvar.....	30
4.4.1.2 Beslut i fas I.....	30
4.4.1.3 Telia/Telenor-ärendet i fas I.....	31
4.4.2 Fas II.....	32
4.4.2.1 Statement of objections.....	34
4.4.2.2 Tillgång till handlingar.....	35
4.4.2.3 Muntliga förhandlingar/hearingen	36
4.4.2.4 Tredje mans rätt att delta i prövningen.....	36
4.4.2.5 Medlemsstaternas deltagande i prövningen/ rådgivande kommittén	37
4.4.2.6 Beslut i fas II.....	39
4.4.2.7 Telia/Telenor-ärendet i fas II	40
4.4.2.8 Övrigt kring beslutet.....	41
4.4.2.8.1 Accessoriska begränsningar	41
4.4.2.8.2 Publicering	41
4.4.2.8.3 Återkallande av beslut	42
4.4.2.8.4 Överklagande	42
5. ÅTAGANDEN	42
5.1 ALLMÄNT OM ÅTAGANDEN	42
5.1.1 Åtaganden under fas I.....	43
5.1.2 Åtaganden under fas II.....	45
5.2 UTKAST TILL TILLKÄNNAGIVANDE FRÅN KOMMISSIONEN	47

5.3 TYPER AV ÅTAGANDEN	48
5.4 TELIA OCH TELENORS ÅTAGANDEN	49
5.4.1 Kommissionens policy för framtida avgöranden	51
6. FUSIONEN SPRICKER	51
7. SLUTSATSER	51
9. LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING	55

1. Inledning

Under sensommaren 1999 ägnade svensk media mycket uppmärksamhet åt fusionen mellan telejättarna svenska Telia och norska Telenor. Detta fångade mitt intresse och jag började läsa mer om affären. Den aktuella frågan då var huruvida företagen skulle få ett godkännande av fusionen från EU-kommissionen. Denna skall nämligen pröva om vissa företagskoncentrationer hämmar konkurrensen på den relevanta produktmarknaden inom EU. Till skillnad från andra konkurrensrättsliga förfaranden inom EG-rätten är tidsfristerna i denna koncentrationskontroll mycket korta, vilket ställer stora krav på processens effektivitet. Samarbetet mellan Kommissionen, parterna och eventuella tredje parter måste fungera bra för att Kommissionen skall hinna undersöka koncentrationen i tid. Företagen upplever inte sällan processen som krävande, främst med tanke på den informationsplikt man har och de knappa tidsfristerna. Proceduren i koncentrationsärenden är därför en viktig del i prövningen och kan vara avgörande för om parterna lyckas utverka ett positivt beslut från Kommissionen. Samtidigt blir EU:s koncentrationskontroll ett allt viktigare och vanligare inslag i de svenska företagens vardag, vilket inte minst den efterföljande prövningen av Volvo/Scania-affären visade. Med tanke på det ovan nämnda har jag fokuserat uppsatsen på proceduren i koncentrationsärendena och anlagt ett företagsperspektiv på densamma. För att illustrera processens olika delar har jag tagit prövningen av Telia/Telenor-fusionen som konkret exempel.

Min förhoppning är att uppsatsen skall tjäna som en introduktion till EU:s företagskoncentrationskontroll och vara en vägledning för företag med planer på framtida samgåenden.

1.1 Frågeställningar

Jag avser främst att besvara frågan vad som krävs av parterna, d.v.s. de anmälade företagen, i processen och vad dessa har att vänta i densamma. Denna allmänna frågeställning kan delas upp i flera, mer konkreta frågor; Vad innebär EU:s koncentrationskontroll? Vilka företag berörs av reglerna? Vem är skyldig att förhandsanmäla koncentrationen och vad innebär det? Hur mycket och hur deltar parterna i prövningen? Vad har de för rättigheter och skyldigheter? Hur upplevs processen? Är EU:s koncentrationskontroll ett bra kontrollsystem? Har tredje parter något inflytande över prövningen? Vad har medlemsstaterna för roll, om någon överhuvudtaget, i processen? Vad avgör om en fördjupad undersökning skall inledas? Vem tar initiativ till åtaganden? Vilka åtaganden passar vid vilka konkurrensproblem?

För att kunna besvara min huvudsakliga frågeställning kommer jag gå in mer eller mindre djupt på dessa frågor, beroende på om de bara förklarar sammanhanget eller om de är bärande för uppsatsens syfte.

1.2 Syfte och avgränsningar

Denna uppsats syftar till att vara en guide för företag som planerar ett förvärv eller en sammanslagning med ett annat företag. Samtidigt är den en introduktion för alla intresserade till EU:s koncentrationsregler. Den vill visa vad som händer under Kommissionens prövning av företagskoncentrationer, vad som förväntas av företagen och vilka rättigheter och

skyldigheter dessa har. Uppsatsen skall också ge tredje parter såsom konkurrenter, leverantörer, kunder, branschorganisationer och arbetstagarrepresentanter, en inblick i vad de har för rättigheter att delta i prövningen. Intresset för tredje parter att komma med synpunkter och höras muntligt ökar i takt med att EU:s koncentrationskontroll får allt större betydelse för näringslivet. De materiella reglerna redovisas bara i den utsträckning de krävs för förståelsen av prövningen och proceduren. Procedurreglerna lämnas desto större utrymme eftersom de vävs in i framställningen av processen. Ett särskilt avsnitt ägnas åt beskrivning och klassificering av åtaganden. Detta skall tjäna som hjälp till företagens initiativ till förslag på åtaganden, vilket blir allt vanligare i processen.

För att åskådliggöra processens olika steg har jag, som ovan nämnts, valt att titta lite närmare på ett visst ärende, prövningen av Telia/Telenor-fusionen. Redogörelsen för hur dessa parter agerat och bemötts utgör ett konkret exempel på vad företag kan förvänta sig av proceduren.

Uppsatsen redogör som sagt endast överskådligt för de materiella reglerna. Det finns mycket litteratur som behandlar enbart den materiella prövningen. En annan begränsning är att jag koncentrerat mig på gemenskapsreglerna och alltså inte de olika medlemsstaternas nationella konkurrensregler, vilkas tillämpning utsluts om EU:s koncentrationsregler är tillämpliga. Vidare behandlar jag inte konkurrensrättsliga teorier eller argumentation som sådan då det skulle föra för långt och dessutom inte är syftet med uppsatsen. Jag utgår därför från grundantagandet att konkurrens är bra för utvecklingen av marknader och att det gynnar konsumenterna i längden genom lägre priser och bättre produkter. Det konkreta exemplet som jag tagit upp, Telia/Telenor, är valt för att åskådliggöra och klargöra processen. Fusionen i sig (vilken inte blev av) och dess antagna organisatoriska eller företagsekonomiska följder undersöker jag därför inte. Jag syftar ej heller att analysera varför resultatet blev som det blev i den materiella prövningen.

1.3 Metod

Denna uppsats är deskriptiv till sin karaktär och kompletteras av en fallstudie. Hur jag har gått tillväga i insamlingen av material för uppsatsskrivandet beskrivs nedan.

För att ge en bakgrund och introduktion till EU:s koncentrationskontroll har jag utgått från litteratur som finns på området. Det som har försvårat arbetet har varit att litteraturen i regel är från tiden innan revideringen av koncentrationsförordningen och att de nästan uteslutande behandlat de materiella reglerna i processen. Cook och Kerse har varit den primära källan vad gäller framställningen av proceduren och vad som krävs av företagen och av Kommissionen. Naturligtvis har koncentrationsförordningen och tillämpningsförordningen varit av största betydelse, men även Kommissionens riktlinjer som t.ex. *Best Practice Guidelines* och Utkastet till riktlinjer om åtaganden har varit ett viktigt komplement. Mycket material har jag hittat på Kommissionens hemsida på Internet, som är en bra källa för material från EU.

I syfte att belysa procedurreglerna och få ett konkret exempel på hur en prövning kan se ut har jag tittat närmare på Telia/Telenor-ärendet. Genom intervjuer med den ansvarige för Telias Notification Team, juristen Stefan Johansson, har jag fått en bra bild av prövningen ur ett företagsperspektiv. Intervjuer med Monica Widegren, som är ansvarig för Konkurrensverkets samarbete med Kommissionen och svensk representant i rådgivande kommittén, samt med Dan Sjöblom, som var handläggare för Telia/Telenor-ärendet i Kommissionen, har gett ytterligare information om hur processen fungerar i praktiken.

2. Bakgrund

Vi lever i en tid av globalisering, vilket innebär att företagen i allt större utsträckning måste försöka hävda sig i konkurrensen utanför den egna staten. Långt ifrån alla branscher eller företag är utsatta för internationell konkurrens, men för dem som är det handlar det ofta om en hård kamp för att få vara kvar på marknaden. Ett sätt för företagen att bättre kunna klara sig på en marknad eller att ta sig in på en ny marknad, är att expandera. Expansionsviljan är ett utslag av konkurrensmekanismen som driver företag att ta över allt fler marknadsandelar och locka allt fler köpkategorier.¹

Expansionen kan ske på olika sätt, antingen internt eller externt. Den interna expansionen kan vara följden av utveckling och effektivitetshöjning inom företaget, medan den externa expansionen uppnås genom samgåenden eller förvärv av andra företag, s.k. företagskoncentrationer.²

Faran med koncentrationer av företag är att de kan minska konkurrensen. Detta i sin tur blir till nackdel för konsumenterna då utbud och efterfrågan rubbas med prishöjningar som resultat. För att förhindra detta låter man inte de fria marknadskrafterna få fritt spelrum, utan staten intervenerar genom lagar och förordningar. Sverige har sedan 1993 en ny konkurrenslag.³ Den reglerar företagskoncentrationer inom landet.⁴ Sedan vi gick med i EG 1995 gäller även gemenskapens konkurrensregler fullt ut. Förordning 4064/89, som antogs 1990, innehåller regler för tillåtligheten av företagskoncentrationer inom EU. Syftet med EU:s koncentrationskontroll är att ”preserve and promote an effective competitive structure within the common market to the benefit of customers and consumers.”⁵ Kontrollen bygger på ett system med obligatorisk förhandsanmälan av företagskoncentrationer, där Kommissionen prövar den anmälda koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. De materiella reglerna för koncentrationers tillåtlighet finns i ovan nämnda förordning 4064/89 (företagskoncentrationsförordningen) och procedurreglerna finns både i den förordningen samt i förordning 447/98 (tillämpningsförordningen).

¹ SOU s. 180

² SOU s. 180

³ SFS 1993:20

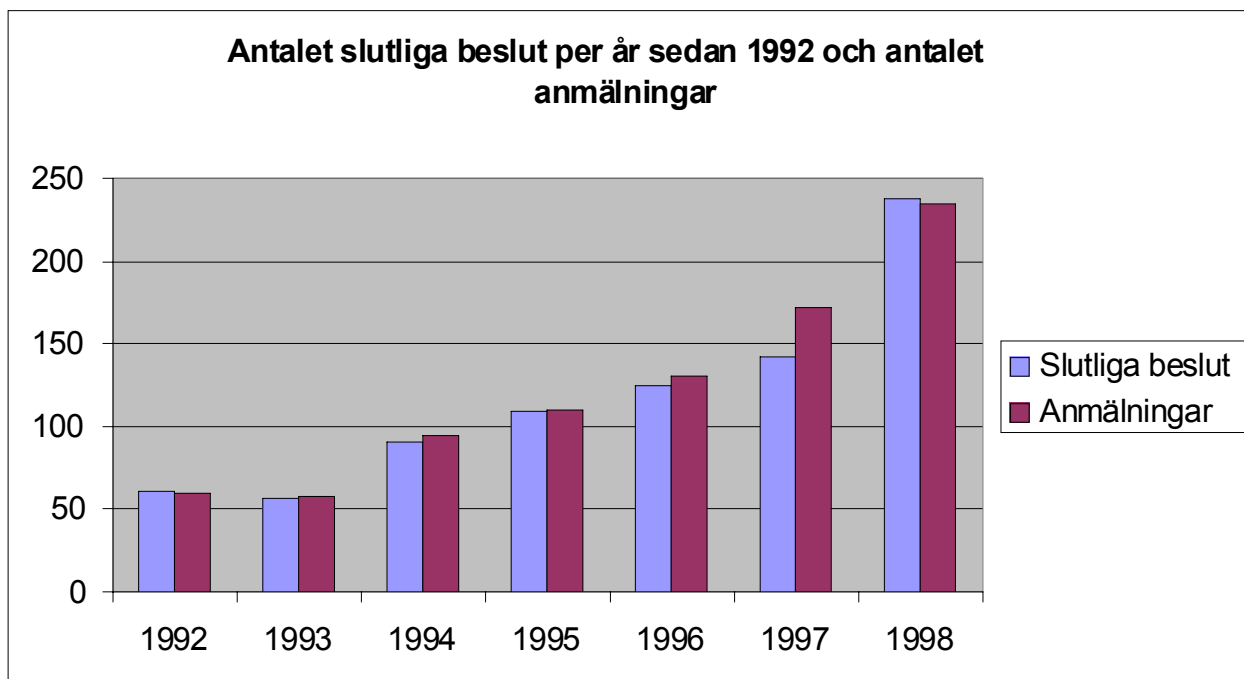
⁴ 4 §

⁵ Cook och Kerse s. 127

2.1 Ökat antal företagskoncentrationer

Under de senaste åren har vi sett en stark trend med samarbeten, förvärv och samgåenden mellan företag. I allt större grad har detta gjorts över nationsgränserna. Denna utveckling är ett resultat av att företagen vill anpassa sig till den nya globaliseringen av marknaden och till den ökade internationella konkurrensen.

I början av 1997 uppstod en koncentrationsvåg som inte har visat några tecken på att avmattas. Denna trend har för Kommissionens del inneburit att ett större antal ärenden har anmälts, undersökts och beslutats om.



Källa: s. 65 1998 års konkurrensrapport

Under 1998 gjordes 235 anmälningar om företagskoncentrationer, vilket var en ökning med 36 % sen året innan. Kommissionen fattade 238 slutliga beslut. Detta är en ökning med hela 66 % jämfört med 1997. Beslut om fördjupade fas II-undersökningar enligt art. 6.1 c förordning 4064/89 togs i 12 fall. Trots att detta är något färre än 1997 i förhållande till den totala mängden ärenden skall det enligt Kommissionen inte tolkas som att andelen stora företagskoncentrationer som är potentiellt konkurrensbegränsande minskar.⁶ Tvärtom pekar allt på en fortsatt internationell koncentrationstrend, vilket för med sig att EU:s koncentrationskontroll får en allt större betydelse.

⁶ 1998 års konkurrensrapport s. 49

Att antalet koncentrationer som anmäls ständigt växer kan man också se i tabellen nedan. Här visas också vad för slags beslut som anmälningarna resulterar i. Som synes utgör fas II-beslut en relativt liten del av alla beslut som Kommissionen tar.

Ärenden som behandlats under företagskoncentrationsförordningen 1990-98

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	Totalt
Förhandsanmälningar	12	63	60	58	95	110	131	172	235	936
Tillbakadragna anmäl.	0	0	3	2	6	4	6	9	9	39
S:a kvarhållna anmäl.	12	63	57	56	89	106	125	163	226	897
Beslut:										
Art. 6.1.a	2	5	9	4	5	9	6	4	6	50
Art. 6.1.b	5	50	47	49	80	93	109	118	217	768
Art. 6.1.b m. åtaganden								2	12	14
Art. 6.1.c	0	6	4	4	6	7	6	11	12	56
Art. 8.2 med åtaganden	0	3	3	2	2	3	3	7	5	28
Art. 8.2 utan åtaganden	0	1	1	1	2	2	1	1	2	11
Art. 8.3/4 -förbud	0	1	0	0	1	2	3	3	2	12
Slutliga tagna beslut	7	60	60	56	90	109	122	135	244	883

Källa: s. 272 Faull & Nikpay

2.1.1 Telia/Telenor-fusionen

En av de senaste fusionerna i raden är den mellan svenska Telia och norska Telenor. Genom sammanslagningen skulle företaget bli den största teleoperatören i Norden. Efter att parterna i mars 1999 ingått ett samgåendeavtal anmäldes fusionen till Kommissionen enligt företagskoncentrationsförordningen. Den inledande fas I-undersökningen visade sig inte tillräcklig, utan Kommissionen hyste ”allvarliga tvivel” angående koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, vilket ledde till att en fördjupad fas II-undersökning påbörjades. Under förhandlingarna i fas II gjorde Telia och Telenor en rad åtaganden som till sist fick Kommissionen att godkänna fusionen. Efter det positiva beskedet från Kommissionen ledde dock stora samarbetssvårigheter till att fusionen definitivt stoppades. Trots detta olyckliga efterspel har Kommissionens prövning av Telia/Telenor-fusionen stor betydelse för bedömningen av andra företagskoncentrationer. Prejudikatvärdet av proceduren såväl som den materiella prövningen består därför obeaktat att fusionen senare ej fullföljdes.

3. Förordning 4064/89

3.1 Historik

När Romfördraget antogs 1957 utelämnade man medvetet regler om koncentrationer.⁷ Inte heller i de fördragsförfattande medlemsländerna fanns några regler som kontrollerade detta.⁸ Den allmänna inställningen var att uppkomsten och utvecklingen av stora företag inom EG var nödvändig för att möta konkurrensen på världsmarknaden.⁹

1966 skrevs en promemoria där Kommissionen gav sin syn på tillämpligheten av Romfördragets art. 85 och 86 på företagskoncentrationer.¹⁰ Enligt den var art. 85 inte tillämplig på företagskoncentrationer som innebar en varaktig förändring av egendomsförhållandena och strukturen i företagen.¹¹ Däremot ansåg Kommissionen att art. 86 kunde vara tillämplig. I Continental Can-fallet¹² från 1973 bekräftades att även EG-domstolen delade denna uppfattning. Fallet handlade om ett företag som ansågs ha missbrukat sin dominerande ställning, och därmed även ha brutit mot art. 86, genom att förvärva ett konkurrerande företag, vilket fick till följd att konkurrensen på en väsentlig del av den gemensamma marknaden avtog.¹³

Samtidigt på Pariskonferensen 1972 menade EG:s dåvarande stats- och regeringschefer att det var nödvändigt med ett enhetligt kontrollsystem för företagskoncentrationer för att den gemensamma marknaden skulle kunna fullbordas.¹⁴ Som en följd av detta tog Kommissionen fram ett förslag till en förordning som skulle reglera företagskoncentrationer.¹⁵ Förordningen skulle omfatta alla större företagskoncentrationer där man redan innehade en dominant position på marknaden, men även där en sådan uppnåddes genom förvärvet. Kontrollen skulle underlättas genom en obligatorisk förhandsanmälan och mindre koncentrationer samt koncentrationer som var av allmänt gemenskapsintresse undantogs. Förslaget till förordning kritiserades hårt på grund av oklarheter kring undantagens räckvidd och den obligatoriska förhandsanmälan. Kritiken blottade också den känsliga frågan om kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och gemenskapen. Förslaget antogs aldrig och till följd av den ekonomiska krisen lades arbetet mer eller mindre på is under resten av 70-talet.¹⁶

Philip Morris-fallet¹⁷ från 1987 markerade en ny inriktning då EG-domstolen, i motsats till vad Kommissionen uttalat 1966, öppnade möjligheten att under vissa förutsättningar tillämpa art. 85 på företagskoncentrationer. Samtidigt som det nu genom praxis visat sig att art. 85 och

⁷ Broms s. 3 / Anad S. Pathak EEC Concentration Control: The Foreseeable Uncertainties, ECLR nr 3 (1990) s. 119

⁸ Gahnström s. 21/ SOU s. 210

⁹ SOU s. 185, Coyet s. 323 f

¹⁰ Memorandum on the Concentration of Enterprises in the Common Market, Study No 3 (1966)

¹¹ Coyet s. 325

¹² Europemballage Corp and Continental Can v. Commission 6/72 (1973) CMLR s. 199

¹³ Coyet s. 325

¹⁴ Broms s. 4 / Final declaration of the Conference of the Heads of State or Government of the Member States of the Enlarged Communities

¹⁵ Broms s. 4 / Proposal for a Regulation of the Council on the control of concentration between undertakings, submitted to the Council by the Commission on 20 July 1973, OJ C 92/1 (31.10.1973)

¹⁶ Broms s. 4 / SOU s. 243

¹⁷ British American Tobacco Ltd. And R. J. Reynolds Industries Inc. V. Commission, ECR 4457 (1987)

86 var otillräckliga för att reglera företagskoncentrationer¹⁸, ökade antalet förvärv och fusioner stadigt, vilket gjorde att behovet av enhetliga regler blev alltmer påtagligt. Även det faktum att medlemsstaterna år 1986 antagit den s.k. europeiska enhetsakten, som bl.a. innebar att medlemsstaterna åtog sig att tillse att den enda gemensamma marknaden hade uppnåtts till den 1 januari 1993, ökade behovet av enhetliga regler som reglerade större internationella företagskoncentrationer inom EG.¹⁹

Redan 1987 hade ministerrådet lyckats ena sig om följande principer som en förvärvskontrollförordning skulle bygga på:

”(1) kontroll av företagskoncentrationer skulle endast omfatta storskaliga företagssammanslagningar av betydelse på EG-marknaden

(2) obligatorisk förhandsanmälan av planerade företagssammanslagningar

(3) att EG:s organ skulle så långt det var möjligt ha företräde framför nationella granskningsmyndigheter

(4) förbud mot konkurrensbegränsande företagssammanslagningar

(5) bedömningen av tillåtligheten av företagssammanslagningar skulle ske enligt samma principer som i artikel 85(3)

(6) nära och kontinuerligt samarbete mellan Kommissionen och Medlemsstaterna i syfte att uppnå en så skyndsam handläggning som möjligt.”²⁰

Utifrån dessa principer började Kommissionen med förnyad kraft arbeta fram ett nytt förslag till förordning. Förordningen baserades på art. 235 och 87 i Romfördraget.²¹ Detta förslag antogs slutligen den 21 december 1989 av ministerrådet och den 21 september 1990 trädde förordning 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer i kraft.²²

3.2 Tillägg och ändringar

3.2.1 Ändringar

Under 1997 företogs en översyn av förordningen. Den viktigaste praktiska förändringen som följde på denna är troligen Kommissionens formaliserade godtagande av åtaganden från företagen i fas I. Detta förfarande innebär färre förseningar och därmed mindre ovisshet angående resultaten för anmälda transaktioner. Det är även resursbesparande för både Kommissionen och företagen att inte behöva gå igenom en fas II-undersökning.²³

¹⁸ Förordn. 4064/89 beaktandemening 6

¹⁹ Coyet s. 324

²⁰ Bross s. 6 f

²¹ Brittan s. 39, förordn. 4064/89 beaktandemening 8

²² Bross s. 7

²³ 1998 års konkurrensrapport s. 51, se vidare kap. 4.4.2

3.2.2 Förordning 447/98

Vid företagskoncentrationsförordningens tillkomst antog Kommissionen under dess art. 23, förordning 2367/90 som innehöll procedurregler och till vilken ett formulär för förhandsanmälan, formulär CO, bifogades. Denna ersattes efter några år av Kommissionens förordning 3384/94.²⁴ Under 1997 reviderades koncentrationsförordningen och som en del av detta införde Kommissionen en ny tillämpningsförordning 447/98 och ett ändrat formulär CO.²⁵ Tillämpningsförordningen innehåller procedurregler om bl.a. förhandsanmälan, tidsfrister, anstånd och hur de berörda företagen skall få yttra sig.

3.2.3 Kommissionens tillkännagivanden

Samtidigt som den första tillämpningsförordningen antogs 1990 publicerade Kommissionen två tillkännagivanden. Dessa klargjorde Kommissionens inställning i några av de frågor som väckts rörande tillämpningen av företagskoncentrationsförordningen. Även dessa tillkännagivanden reviderades 1997 och nya versioner och några nya tillkännagivanden publicerades i mars 1998. De tillkännagivanden som nu är i kraft behandlar begreppet berörda företag, koncentrationsbegreppet, beräkning av omsättning och självständigt fungerande gemensamma företag, d.v.s. *joint ventures*.²⁶ Även ett tillkännagivande om accessoriska begränsningar, som ofta förekommer vid företagskoncentrationer, har publicerats.²⁷

3.3 Kriterier för koncentrationsförordningens tillämplighet

EU:s kontroll av företagskoncentrationer gäller endast de företag som faller under företagskoncentrationsförordningen. Därav följer att det bara är dessa koncentrationer som är skyldiga att förhandsanmälas. Därför är det viktigt för företag att känna till förordningens tillämpningsområde.

3.3.1 Gemenskapsdimension

Enligt art. 1.1 i företagskoncentrationsförordningen är densamma endast tillämplig på koncentrationer med ”gemenskapsdimension”. Detta har en företagskoncentration om:

- a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga de berörda företagen överstiger **5 000** miljoner ecu, och
- b) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen i dess helhet för minst två av de berörda företagen överstiger **250** miljoner ecu. Detta gäller dock inte om vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen som helhet inom en och samma medlemsstat.²⁸

När förordningen antogs 1989 fanns i art. 1.3 en bestämmelse om att dessa tröskelvärden skulle tas upp till förnyad prövning av ministerrådet på initiativ av Kommissionen före

²⁴ EGT L 337 31.12.1994, s. 1

²⁵ Kommissionens förordning (EG) 447/98 av den 1 mars 1998, EGT L 61 02.03.1998

²⁶ EGT C 66 2.3.1998, s. 1-25 och 1998 års konkurrensrapport s. 60

²⁷ EGT C 203, 1990, s. 5 och 1998 års konkurrensrapport s. 51

²⁸ Art. 1.2 förordn. 4064/89

utgången av 1993. Redan från början stod klart att Kommissionen hade för avsikt att sänka tröskelvärdena, men p.g.a. vissa medlemsstaters, däribland Tyskland, Storbritannien och Frankrike, ovilja att inskränka sina nationella kontrollmöjligheter hände inget på många år. Kommissionen framlade till slut 1996 i sin s.k. grönbok²⁹ förslag till förändringar av företagskoncentrationskontrollförordningen. Vad gäller tröskelvärdena föreslogs dessa sänkas från 5 till 2 miljarder ecu vad avser företagens sammanlagda omsättning i hela världen, och från 250 till 100 miljoner ecu inom EU för minst två av de berörda företagen.³⁰

I och med 1997 års revidering av förordningen antogs i art. 1.3 ytterligare tröskelvärden som kompletterade de som redan fanns. Dessa anger att *även om* en företagskoncentration inte når upp till de i art. 1.2 nämnda tröskelvärdena, skall koncentrationen ändå anses ha gemenskapsdimension om -

- a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 2,5 miljarder ecu,
- b) den sammanlagda omsättningen för samtliga berörda företag i var och en av åtminstone tre medlemsstater överstiger 100 miljoner ecu,
- c) i var och ett av åtminstone tre medlemsstater enligt punkt b, den totala omsättningen för vart och ett av åtminstone två av de berörda företagen överstiger 25 miljoner ecu,
- d) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för vart och ett av åtminstone två av de berörda företagen överstiger 100 miljoner ecu

- om inte vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i en och samma medlemsstat.

Kommissionen har till hjälp för företagen utarbetat olika tillkännagivanden som behandlar hur man skall räkna ut sin omsättning, hur regeln om två tredjedelar skall appliceras och hur ”berörda företag” lättare ska identifieras.³¹

3.3.1.1. Kommissionens exklusiva kompetens

Koncentrationsförordningen tillkom i en tid då nackdelarna med avsaknaden av klara gränslinjer mellan medlemsstaternas och gemenskapens kompetens i den övriga konkurrensrätten var ett välkänt faktum och dess tillkomst var följaktligen beroende av att man kunde finna en bra lösning på kompetensproblemet.³² Förordningen är därför baserad på principen om ”one-stop-shop”, vilket innebär att endast *en* myndighet, antingen en nationell eller Kommissionen, skall granska en företagskoncentration. Syftet med denna princip är att förhindra att företagskoncentrationen prövas av flera konkurrensmyndigheter, vilket innebär en stor risk för olika bedömningar och motstridiga utslag.

²⁹ Green Paper on the Review of the Merger Regulation finns på Internet på DG IV:s hemsida (http://europa.eu.int/en/record/green/gp9601/ind_merg.htm)

³⁰ Gahnström s. 40

³¹ Commission notice on calculation of turnover, EGT C 66, 2.3.1998, Exchange Rates to calculate the turnover (merger), Simplified method to obtain the average rate used to calculate the turnover, finns på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Fusioner –Övrigt”, Guidance note I: Calculation of turnover for insurance undertakings, Guidance note II. Calculation of turnover for joint undertakings, Guidance note III: Application of the two-thirds rule, OJ L 377, 31.12.1994, Commission notice on the concept of undertakings concerned, EGT C 66, 2.3.1998

³² Wahl s. 217

Huvudregeln är därför enligt koncentrationsförordningens art. 21.2 att medlemsstaterna inte får tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer som har gemenskapsdimension, utan Kommissionen har exklusiv kompetens att tillämpa förordningen på dessa.³³ För att koncentrationen skall ha gemenskapsdimension krävs, som nämnts ovan, att den når upp till de i art. 1.2 angivna tröskelvärdena. Enligt Wahl³⁴ så ligger sannolikt förordningens stora förtjänster från ett kompetensfördelningsperspektiv, i begreppet gemenskapsdimension och på det sätt detta definieras. Tröskelvärdena syftar nämligen till att skilja koncentrationer som påverkar hela gemenskapen, från de som endast påverkar en medlemsstat. Enligt Wahl liknar begreppet gemenskapsdimension i denna delen samhandelskriteriet i art. 85 och 86 i Romfördraget, men han tillägger att det förra kriteriet är enklare att tillämpa. Detta bygger han på konstaterandet att ”det finns givna ramar för på vilket sätt EGs kompetens konstateras.”³⁵ Saknar däremot en företagskoncentration gemenskapsdimension skall i princip nationell rätt tillämpas.³⁶ Observeras bör att den då kan vara anmälningspliktig i många länder.³⁷

Till huvudregeln om Kommissionens exklusiva kompetens har fogats två undantag. För det första kan medlemsstaterna, trots att en koncentration uppfyller kravet på gemenskapsdimension, tillämpa nationell rätt i syfte att skydda vissa legitima intressen. För det andra kan Kommissionen, om konkurrensen hindras på en specifik, nationell marknad, överlämna ärendet till den berörda nationella konkurrensmyndigheten för prövning.³⁸

Motsatsvis har medlemsstaterna, vilket ovan nämnts, exklusiv kompetens att avgöra företagskoncentrationers tillåtlighet om de inte uppfyller kraven på gemenskapsdimension. Undantagsvis kan en medlemsstat begära att Kommissionen även här skall ingripa. Förutsättningen är då att koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligen hämmar den effektiva konkurrensen i medlemsstaten.³⁹

3.3.2 Företagskoncentration

Centralt för förståelsen av koncentrationsförordningens tillämpningsområde är begreppet företagskoncentration. Vad en företagskoncentration i förordningens mening är definieras i art. 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 helt eller delvis över ett eller flera andra företag.

Genom revideringen av förordningen 1997 ändrades definitionen till att även täcka gemensamma företag, s.k. *joint ventures*, vilket uttrycks i art. 3.2:

³³ Broms s. 39

³⁴ Wahl s. 221

³⁵ Wahl s. 220 f

³⁶ Wahl s. 221

³⁷ Gahnström s. 27f

³⁸ Broms s. 39, art. 9.2 och 21.2 förordn. 4064/89

³⁹ Broms s. 39, art. 22.3 förordn. 4064/89

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

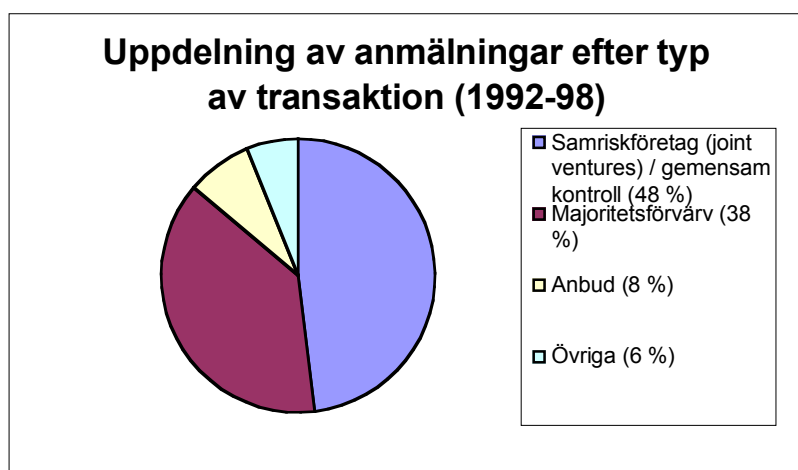
Ett *joint venture*, eller samriskföretag som det ibland kallas på svenska, kan vara koncentrativt eller kooperativt. Ett *joint venture* som endast är ett forum för samarbete mellan moderbolag brukar benämnas kooperativt, medan ett *joint venture* som uppträder självständigt på marknaden i förhållande till sina moderbolag och påverkar moderbolagens struktur är koncentrativt.⁴⁰ Alla *joint ventures* vars tillskapande innebär en varaktig strukturell förändring hos moderbolagen anses vara s.k. *full function joint ventures* och faller som sådana under koncentrationsförordningen. Koncentrativa *joint ventures* är *full function joint ventures*, vilket i vissa fall även kooperativa *joint ventures* kan betraktas som. Avgörande för om ett *joint venture* faller under koncentrationsförordningen är alltså huruvida det är ett *full function joint venture*, d.v.s. om någon ny aktör på marknaden *de facto* skapas.⁴¹

Utförligare hjälp för att bedöma om en viss transaktion kommer utgöra en koncentration enligt förordningen, finns i tillkännagivandet om koncentrationsbegreppet som kommissionen publicerat.⁴² Det finns numera ett tillkännagivande även för bedömningen av *joint ventures*.⁴³

En koncentration kan alltså enligt denna definition uppkomma genom

- a) en företagsfusion,
- b) till följd av en förändring av kontrollen över ett företag eller
- c) genom ett *joint venture*.

De vanligaste koncentrationerna som täcks av förordningen är fusioner, företagsförvärv, inkrämsförvärv och förvärv av delar av ett företag eller en rörelse och *full function joint ventures*.⁴⁴ Diagrammet nedan visar fördelningen på transaktionstyper av alla anmälda transaktioner mellan år 1992 och 1998 enligt företagskoncentrationsförordningen.⁴⁵



Källa: s. 66 1998 års konkurrensrapport

⁴⁰ Westin s. 54 f

⁴¹ Westin s. 130 f

⁴² EGT C 66 2.3.1998, s. 1-25

⁴³ EGT C 66 2.3.1998, s. 1-25

⁴⁴ Coyet s. 330

⁴⁵ 1998 års konkurrensrapport s. 66

3.4 Kommissionens jurisdiktion

Den våg av internationella företagsammanslagningar som nu går över världen innebär i många fall gränsöverskridande företagsbildningar. Flera av dessa koncentrationer sker mellan företag med säte inom EU och företag med säte utanför. Ett exempel på det är fusionen mellan svenska Telia och norska Telenor. Frågan är huruvida dessa koncentrationer täcks av förordning 4064/89.

Ingen artikel i förordningen reglerar denna jurisdiktionsproblematik uttryckligen. Men enligt Cook och Kerse⁴⁶ betyder det varken att förordningen är tiggande på denna punkt eller att saken är helt osäker. De menar att definitionen av en koncentration med gemenskapsdimension, och speciellt då omsättningskriteriet för verksamheten i EU, i praktiken sannolikt leder till att förordningen ger Kommissionen jurisdiktion över den aktuella koncentrationen ”on a sound and substantial territorial basis”.⁴⁷ De fortsätter resonemanget med att konstatera att ”(i)n many if not the vast majority of cases the requirement for turnover in the Community will necessitate activity within the Community sufficient to justify the assumption of jurisdiction although that will not necessary involve any threat to the competitive structure of E.C. markets.”⁴⁸ Som de också påpekar tyder beaktandemening 11 i förordningen på det, vilken stadgar att en koncentration med en gemenskapsdimension föreligger om omsättningskriteriet är uppfyllt och att ”(d)etta gäller även om koncentrationerna genomförs av företag vars huvudsakliga verksamhet inte är förlagd till gemenskapen, men som har en betydande verksamhet där”. Detta talar för en extraterritoriell tillämpning av företagskoncentrationsförordningen på internationella företagskoncentrationer. Sammanfattningsvis kan sägas att koncentrationer med utanförstående företag täcks in av förordning 4064/98:s jurisdiktion eftersom gemenskapskriteriet bygger på verksamhet och viss omsättning inom EU, och inte på företagets territoriella säten.

Noteras bör att Kommissionens exklusiva jurisdiktion över företag utom EU innebär en potentiell kompetenskonflikt mellan EU och utanförstående stater.⁴⁹ Kommissionen anser sig dock ha ”utvecklat metoder för att säkra ett effektivt och konstruktivt samarbete med tredje land på området koncentrationskontroll”⁵⁰ vilket borde minska konfliktrisken betydligt.⁵¹ I EES-området är t.ex. företagskoncentrationsförordningen gällande rätt genom EES-avtalet.⁵²

⁴⁶ Cook och Kerse s. 9 f

⁴⁷ Cook och Kerse s. 10

⁴⁸ Cook och Kerse s. 10

⁴⁹ Cook och Kerse s. 9

⁵⁰ 1998 års konkurrensrapport s. 50

⁵¹ Broms s. 48ff och SOU 1990:1 s. 240

⁵² Coyet s. 360

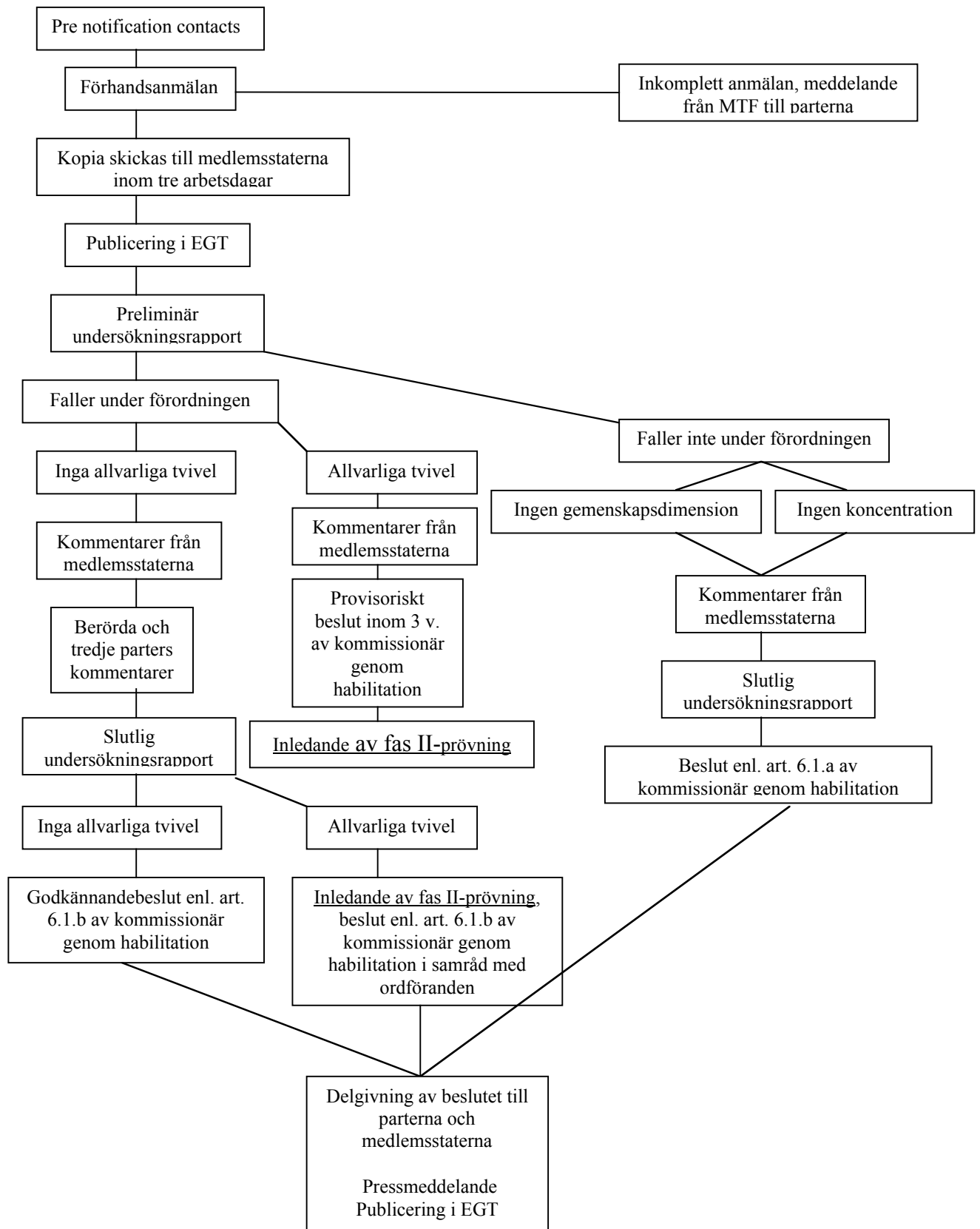
4. Gången i Kommissionen

4.1 Allmänt

Förfarandet vid Kommissionens koncentrationskontroll kan kortfattat sägas bestå av förhandsanmälan av den aktuella koncentrationen till Kommissionen, dennas prövning av koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden och till slut Kommissionens meddelande av sitt slutliga beslut.

Den schematiska modellen på nästa sida visar ett ärendes gång från det att parterna informellt diskuterar den förestående koncentrationen med MTF, förhandsanmälan lämnas in och fas I-undersökningen genomförs, tills dess att beslut tas.

Modell över proceduren från pre notification contacts till beslut i fas I:



Källa: s. 331 Cook och Kerse

4.2 Merger Task Force

För att effektivisera handläggningen av företagskoncentrationer bildades i januari 1991 en speciell Merger Task Force (MTF) på Kommissionen.⁵³ Den utgör en separat underavdelning, Direktorat B, till Generaldirektorat IV som har hand om konkurrenspolitiken i stort.⁵⁴ På Merger Task Force arbetar totalt ca 50-60 personer.⁵⁵ Dessa arbetar alltid i grupp och man eftersträvar en bra ”mix” av folk med olika bakgrund. I varje ärende blandas därför tjänstemän med olika utbildningar (juridik, ekonomi, statsvetenskap etc.), nationaliteter, språk och erfarenheter från branschen eller med liknande relevant erfarenhet. Allt detta beror dock på ärendets art och svårighetsgrad.⁵⁶ Man har även möjlighet att vända sig till andra generaldirektorat på Kommissionen eller till utomstående experter om det är befogat och om budgeten och andra resurssynpunkter tillåter det.⁵⁷ Man har i hög grad anlitat ekonomiska analytiska experter både inom det egna generaldirektoratet och från andra, speciellt DG II (ekonomi och finans) och DG III (interna marknaden och industri).⁵⁸ MTF:s uppgift är att undersöka anmälningar som kommer in och förbereda beslut.⁵⁹

En undersökning av en företagskoncentrations förenlighet med den gemensamma marknaden kräver ca 30 olika beslut. Dessa tas av Kommissionen, antingen kollegialt, d.v.s. samfällt, eller av en enskild kommissionär till vilken frågan har delegerats.⁶⁰

4.3 Anmälan

Enligt art. 4.1 i företagskoncentrationsförordningen skall företagskoncentrationer med gemenskapsdimension förhandsanmälas till Kommissionen senast en vecka efter det att ett samgåendeavtal ingåtts eller ett bud om övertagande offentliggjorts eller ett kontrollerande inflytande förvärvat. Om flera av dessa händelser inträffar räknas tidsfristen från den först infallande. Anmälningsplikten fullgörs genom ifyllandet och insändandet av det s.k. formulär CO, som bifogats Kommissionens förordning 447/98. Vid för sen anmälan riskerar parterna höga böter enligt art. 14 i koncentrationsförordningen. I praxis har dock Kommissionen varit relativt generös med tidsfristen.⁶¹ Det har då varit fråga om mycket komplexa affärer, där man har haft svårt att se transaktionernas rätta karaktär. Bellamy och Child anser det vara osannolikt att Kommissionen skulle bötesförelägga företagen vid kortare förseningar, såvida koncentrationen inte redan genomförts. Resultatet av en sen anmälan är att Kommissionen inte kan komma igång och pröva koncentrationen, samt att dess genomförande försenas.⁶²

Under 1998 bötfällde Kommissionen för första gången ett företag som underlåtit att anmäla en koncentration. Det aktuella fallet gällde det koreanska företaget Samsung⁶³ som förvärvat AST Research Inc. på sätt som anges i art. 4 redan i januari 1996, men väntat med

⁵³ Broms s. 34

⁵⁴ Cook och Kerse s. 7

⁵⁵ Cook och Kerse s. 93

⁵⁶ Dan Sjöblom 000302

⁵⁷ Cook och Kerse s. 93 och Dan Sjöblom 000302

⁵⁸ Overbury s. 576

⁵⁹ Bellamy och Child s. 354 kap. 6-100

⁶⁰ Cook och Kerse s. 94

⁶¹ Se bl.a. Ärende IV/M. 157- Air France/Sabena

⁶² Bellamy och Child s. 356 kap. 6-106

⁶³ Ärende nr. IV/M. 920-Samsung/AST; art. 14-beslut av den 18 feb. 1998

förhandsanmälan tills i april 1997.⁶⁴ Företagskoncentrationen hade även genomförts utan Kommissionens godkännande. För dessa brott ålades Samsung att betala sammanlagt 33.000 ecu i böter. När Kommissionen fastställde bötesbeloppet beaktades som en förmildrande omständighet att konkurrensen inte hade skadats, att överträdelsen inte varit avsiktlig och att parterna till slut ändå hade anmält transaktionen, samt att Samsung hade erkänt överträdelserna och sedan samarbetat med Kommissionen i dess undersökningar. Överträdelserna hade dock pågått under en längre tid. Dessutom kunde Samsung som ett viktigt företag med en betydande verksamhet i Europa, förutsättas känna till EU:s regler om koncentrationskontroll. Bötesbeloppet sattes dock relativt lågt med hänsyn till ovan nämnda omständigheter och p.g.a. att det var första gången som Kommissionen bötfällde ett företag för en försenad förhandsanmälan.⁶⁵ Efter detta har Kommissionen bötfällt ytterligare ett företag, danska A.P. Möller⁶⁶, för att det underlåtit att förhandsanmäla tre företagskoncentrationer, vilka också genomförts.⁶⁷ I beslutet beaktade Kommissionen att en lång tid hade gått utan vare sig rättelse eller anmälan från företaget och att det borde varit medvetet om sin skyldighet att förhandsanmäla transaktionerna. Därför sattes bötesbeloppet högre denna gång, 219.000 ecu.

Med hänsyn till omfattningen av de uppgifter som skall lämnas i förhandsanmälan är det i de allra flesta fall omöjligt att hinna upprätta en komplett anmälan på en vecka. Eftersom genomförandet av företagskoncentrationen är beroende av Kommissionens godkännande, bör man redan på planeringsstadiet av en transaktion tänka på upprättandet av en anmälan. När de omständigheter inträffar varifrån tidsfristen på en vecka löper, bör anmälan vara klar. Den vecka inom vilken anmälan skall inges skall därför ses som en ren expeditionstid för inlämnandet.⁶⁸ För övrigt så är det skillnad mellan plikten att anmäla visst senast datum och möjligheten att lämna in en förhandsanmälan *innan* detta datum. Kommissionen har därför inget emot ”för tidiga” förhandsanmälningar.⁶⁹

Innan förhandsanmälan har parterna möjlighet att informellt och i strikt förtroende diskutera koncentrationen med Kommissionen.⁷⁰ Detta är något som Kommissionen tycker är viktigt eftersom proceduren då kan snabbas på och bli effektivare. Dessa informella kontakter, kallade *pre notification contacts* eller *meetings*, möjliggör för MTF att börja undersökningen på ett tidigt stadium och minskar samtidigt risken för en försenad förhandsanmälan.⁷¹ De har som syfte⁷²

- att informera Kommissionen om bakgrunden till den eventuella koncentrationen
- att diskutera tidsfristerna för förhandsanmälan och de olika besluten
- att Kommissionen bistår parterna med teknisk, juridisk och annan rådgivning vad gäller företagskoncentrationsförordningen
- att Kommissionen diskuterar arten och mängden av information som krävs i anmälan, och
- att ge parterna en fingervisning om Kommissionens troliga inställning till transaktionen.

⁶⁴ Ärende nr IV/M. 970, Samsung/AST

⁶⁵ 1998 års konkurrensrapport s. 62

⁶⁶ Ärende IV/M. 969- A.P. Möller; art. 14-beslut av den 10 feb. 1999

⁶⁷ De tre koncentrationerna var Ärende nr. IV/M. 988- Maersk DFSD Travel, Ärende nr. IV/M. 1005- Maersk Data/Den Danske Bank och Ärende nr. IV/M. 1009- Georg Fischer/DISA

⁶⁸ Gahnström s. 35 och not 33 Dhunér och Hedström

⁶⁹ Faull & Nikpay s. 258

⁷⁰ Förordn. 447/98 beaktandemening 8 p. 10, se även *Best Practice Guidelines* i 1998 års konkurrensrapport s. 60

⁷¹ Bellamy och Child s. 356 kap. 6-106

⁷² Faull & Nikpay s. 257

Vissa företag och deras företrädare undviker *pre notification contacts* med Kommissionen med hänvisning till rädslan att information om transaktionen skall läcka ut innan man gör en formell förhandsanmälan. Denna farhåga är dock ogrundad eftersom Romfördraget förbjuder EU-tjänstemän att avslöja någon företagshemlig information och art. 17.2 i koncentrationsförordningen förbjuder alla som arbetar med ett ärende att sprida upplysningar man fått genom tillämpningen av förordningen. Som en extra skyddsåtgärd kan t.ex. parterna på begäran få sin identitet skyddad genom kodnamn i all skriftlig korrespondens med Kommissionen.⁷³

Det har konstaterats att ”i de flesta fall då en anmälan bedömts som ofullständig hade inga eller endast kortfattade diskussioner förts med kommissionen om ärendet eller innehållet i anmälan, innan den lämnades in”.⁷⁴ Med anledning av att det under de senaste åren noterats en ökning av antalet ofullständiga anmälningar, har efter diskussioner mellan ECLF kommittén (the European Competition Lawyers Forum) och Merger Task Force utarbetats ett dokument, *Best Practice Guidelines*, som syftar till att minska detta antal genom att minimera de situationer och omständigheter som kan resultera i en ofullständighetsförklaring. De tre främsta skälen som har föranlett ofullständighetsförklaringar från Kommissionen är

- 1) att det i vissa fall varit tekniskt omöjligt att acceptera en förhandsanmälan,
- 2) att anmälan innehållit information som inte varit adekvat eller
- 3) att parterna borde, men ändå inte har identifierat potentiella berörda marknader som istället har framkommit efter Kommissionens marknadsundersökning.⁷⁵

I riktlinjerna anges vad företagen skall göra och vad som skall diskuteras med Merger Task Force inför en anmälan.⁷⁶ Redan här kan parterna t.ex. ändra i koncentrationsplanen så att den blir förenlig med den gemensamma marknaden.⁷⁷

Erfarenheterna har visat att möten i förväg om anmälan är ytterst värdefulla både för de anmälande parterna och för Kommissionen för att bestämma den exakta informationsmängden som krävs i en anmälan, och i majoriteten av fallen kommer följden av dessa möten att bli en betydande minskning av de uppgifter som behövs. De anmälande parterna uppmuntras följaktligen att rådgöra med Kommissionen angående möjligheten till befrielse från skyldigheten att tillhandahålla vissa uppgifter.⁷⁸

I princip skall dock alla frågor i formulär CO besvaras och när Kommissionen fått in den kompletta anmälan börjar sanden rinna i Kommissionens timglas. Alla tidsfrister som förordningen stadgar om beräknas nämligen från denna tidpunkt.⁷⁹ Kravet på komplett anmälan innan tidsfristerna börjar löpa syftar nämligen till att säkerställa att Kommissionen hinner bedöma koncentrationen inom de stränga tidsramarna som gäller enligt företagskoncentrationsförordningen och tillämpningsförordningen. Om anmälan skulle visa sig vara inkomplett informeras parterna genast skriftligen om detta av Kommissionen.⁸⁰ Det är viktigt att alla lämnade uppgifter i anmälan är korrekta, eftersom den anmälningsskyldige annars riskerar att få betala böter enligt art. 14.1.b i företagskoncentrationsförordningen och

⁷³ Faull & Nikpay s. 256 f

⁷⁴ 1998 års konkurrensrapport s. 60

⁷⁵ Application of the Merger Regulation: Declaration of Incompleteness som finns på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Fusioner –Övrigt”

⁷⁶ *Best Practice Guidelines* finns på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Fusioner –Övrigt”

⁷⁷ Bellamy och Child s. 358 kap. 6-113

⁷⁸ Inledningen till formulär CO, s. 1

⁷⁹ Art. 10.1 förordn., art. 4.2 och 4.4 förordn. 447/98 och inledningen till formulär CO, s. 2

⁸⁰ Inledningen till formulär CO, s. 2

Kommissionen kan återkalla ett godkännandebeslut som grundats på sådana uppgifter.⁸¹ Det finns dispensmöjligheter enligt art. 3.2 tillämpningsförordningen att inte behöva lämna viss information i anmälan. Även detta bör diskuteras redan vid de första informella kontakterna med Kommissionen.

4.3.1 Förenklad förhandsanmälan

Om ett företag inte har någon eller bara obetydliga faktiska och förutsebara verksamheter inom EES-området behövs endast en förenklad förhandsanmälan lämnas in. Förutsättningarna för detta är att en gemensam kontroll förvärvas av två eller flera företag och

- i) omsättningen för det gemensamma företaget och/eller omsättningen för de tillförda verksamheterna är mindre än 100 miljoner ecu inom EES-territoriet, och
- ii) det totala värdet av de tillgångar som tillförs till det gemensamma företaget är mindre än 100 miljoner ecu inom EES-området.

Vad som skall ingå i den förenklade förhandsanmälan förklaras närmare i inledningen till formulär CO.

4.3.2 Formulär CO

Formulär CO, som är bifogat tillämpningsförordningen 447/98, skall användas vid förhandsanmälan av en företagskoncentration. Formuläret skall bl.a. innehålla uppgifter om parterna i koncentrationen, koncentrationen i sig, de ekonomiska sektorer som berörs, företagets omsättning, ägande och kontroll, eventuella samband med tidigare förvärv, vilka handlingar som ska bifogas, omfattande uppgifter om berörda marknader och eventuella accessoriska begränsningar som koncentrationen kommer föra med sig.

4.3.3 Vem är skyldig att förhandsanmäla?

I art. 4.2 i tillämpningsförordningen stadgas vem som är skyldig att förhandsanmäla en viss typ av koncentration. Det är viktigt att ha klart för sig vem som är anmälningspliktig eftersom höga böter kan utgå vid underlåtenhet att förhandsanmäla i tid.⁸² Om den aktuella koncentrationen är en företagssammanslagning enligt art. 3.1.a eller har tillkommit genom förvärv av gemensam kontroll enligt art. 3.1.b skall parterna gemensamt förhandsanmäla koncentrationen. I övriga fall skall anmälan göras av den person eller det företag som helt eller delvis förvärvar kontroll över ett eller flera företag.⁸³ Sammanfattningsvis är alltså anmälningsskyldigheten beroende av vilken typ av koncentration som skall anmälas.

⁸¹ Art. 6.3.a och 8.5.a förordn. 4064/89 och inledningen till formulär CO, s. 2

⁸² Art. 14.1.a förordn. 4064/89 och ärende IV/M. 920- Samsung/AST

⁸³ Se även inledningen till formulär CO, s. 4, art. 4.2 förordn. 4064/89, art. 2.1 förordn. 447/98

4.3.4 Uppskjutande av koncentrationens genomförande

Enligt art. 7.1 får en koncentration inte genomföras innan den förklarats förenlig med den gemensamma marknaden genom beslut enligt art. 6.1.b eller 8.2 eller genom den presumtion om förenlighet vid överskridande av tidsfristerna som art. 10.6 stadgar. Dock kan dispens i vissa fall medges av Kommissionen enligt art. 7.3. Förbudet att genomföra koncentrationen innan godkännandebeslutet har sanktionerats med böter enligt art. 14.2.b.

4.3.5 Mottagandet av anmälan

Anmälan skall ske på något av EU:s officiella språk, d.v.s. det går även bra med svenska. Svenskan kommer då i fortsättningen vara språket för de anmälade parterna vid handläggningen.⁸⁴ Den skall sedan lämnas in i ett original och 23 kopior till Merger Task Force på Kommissionens GD IV.⁸⁵ Rent praktiskt så skall anmälan lämnas direkt till Kommissionen med bud eller genom en rekommenderad postförsändelse.⁸⁶

När Kommissionen mottagit en förhandsanmälan skall parterna enligt art. 3.3 i tillämpningsförfordningen, utan dröjsmål erhålla en skriftlig bekräftelse på mottagandet. Kommissionen skall enligt art. 19 i företagskoncentrationsförfordningen inom tre arbetsdagar även sända kopior till alla 16 medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter. Detta görs för att handläggningen skall bli så snabb och effektiv som möjligt.⁸⁷ De nationella konkurrensmyndigheterna bidrar ju sedan i processen genom egna representanter i den rådgivande kommittén som Kommissionen konsulterar inför sitt slutliga beslut. Det samråd som Kommissionen har med kommittén förutsätter att de nationella representanterna är väl förberedda och har läst på det aktuella ärendet.

4.3.6 Telia/Telenors förhandsanmälan

Den 20 januari 1999 signerades ett avsiktsavtal mellan Norge och Sverige om en fusion mellan Telia och Telenor. I slutet av januari 1999 påbörjades sen arbetet i Telia och Telenor med förhandsanmälan i stort, den s.k. *pre notification period*. Interna jurister på de båda företagen samarbetade med en londonbaserad advokatfirma som då hette Lowell White Darrent⁸⁸, i en arbetsgrupp som kallades Notification Team. Den interna koordinatören Stefan Johansson, som är jurist på Telia, hade ansvaret för att all nödvändig data och information, som t.ex. marknadsdata, omsättningssiffror och viss ekonomisk information, togs fram. I samband med annonseringen av samgåendeplanerna mellan Telia och Telenor skickades den 8:e februari ett s.k. *briefing paper* in till Kommissionens arbetsgrupp MTF. Detta görs regelmässigt och i enlighet med Best Practise Guidelines. Detta *briefing paper* beskriver den aktuella transaktionen och är inledningen till de informella kontakterna mellan parterna och MTF. Parterna blir tilldelade en speciell handläggare på MTF som skall vara deras kontaktperson. Handläggare för Telia/Telenor var Dan Sjöblom.⁸⁹ Dessa handläggare ansvarar

⁸⁴ Art. 2 p. 4 förordn. 447/98

⁸⁵ Inledningen till formulär CO, s 4 f

⁸⁶ Art. 21 förordn. 447/98

⁸⁷ Gahnström s. 38

⁸⁸ Numera Lowells efter ett samgående med en tysk firma.

⁸⁹ Stefan Johansson 000214

för att alla legala och ekonomiska bedömningar görs på ett sätt som i sista hand håller för en prövning i EG-domstolen. De har även hand om processuella frågor som t.ex. rätten till försvar, kontakter med tredje parter, medlemsstater och andra enheter på Kommissionen.⁹⁰ I detta skede av *pre notification period* träffar parterna till transaktionen MTF som ställer frågor kring denna och man reder ut otydligheter. Vid dessa möten medverkar olika branschenheter på MTF, i Telia/Telenor-fallet bl.a. enheten för mediemarknaden. *Briefing paper* följdes av ett antal PM som sändes in till MTF av parterna. Efter någon månad gjordes det första utkastet till förhandsanmälan enligt CO-formuläret.⁹¹

Den 30:e mars 1999 ingicks sedan ett samgåendeavtal mellan svenska och norska staten och Telia och Telenor. På grund av att båda företagen är statligt ägda var man även tvungen att inhämta formella godkännanden till fusionen från de folkvalda i respektive land. Det norska Stortinget och svenska Riksdagen gav inte sina godkännanden till planerna förrän i juni 1999.⁹²

Samgåendeavtalet behandlar utbyte av aktierna och villkoren för detta, vissa utfästelser och garantier som parterna har lämnat, regler för en eventuell uppsägning av avtalet och en rad allmänna bestämmelser. Det innehåller även riktlinjer för företagets agerande i och kring EU:s prövning av fusionen. T.ex. så sägs under avsnitt 3.7 i samgåendeavtalet att "(e)nvar av parterna skall göra sitt bästa för att Utbytet skall kunna genomföras och skall därvid bl.a.

(i) tillhandahålla alla upplysningar som erfordras enligt EUs regler om kontroll av företagskoncentrationer för erhållande av tillstånd från EG-kommissionen".

Sen följer en förklaring att svenska staten har gett Telia, och norska staten har gett Telenor rätten att inge ansökan tillsammans till Kommissionen.⁹³ Ett av villkoren för staternas skyldighet att genomföra aktieutbytet är enligt avsnitt 4.1.c att "(e)n för båda Staterna tillfredsställande klarering i detta Avtal från EG-kommissionen enligt Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer föreligger."

Den 28 april 1999 lämnade den svenska och den norska regeringen in en definitiv gemensam förhandsanmälan om fusionen mellan Telia och Telenor.

Under *pre notification period* skickar Kommissionen i mån av behov ut s.k. *market requests* (marknadstest) till alla berörda parter, t.ex. konkurrenter, kunder och leverantörer, vilka innehåller individuella frågor till adressaterna om deras åsikter gällande den beskrivna transaktionen. I Telia/Telenor-fallet rörde det sig om flera hundra förfrågningar som skickades ut.⁹⁴ Med hjälp av detta marknadstest fick MTF in information om hur den aktuella telemarknaden ser ut och fungerar.

⁹⁰ Dan Sjöblom 000302

⁹¹ Stefan Johansson 000214

⁹² Dagens Nyheter 990917

⁹³ Samgåendeavtalet avsnitt 3.7.b

⁹⁴ Stefan Johansson 000214

4.4 Prövningen

Så snart Kommissionen fått in en anmälan om en företagskoncentration skall MTF pröva anmälan. Inom en månad från det att en komplett anmälan inkommit måste Kommissionen fatta beslut huruvida den anmälda företagskoncentrationen faller inom förordning 4064/89:s tillämpningsområde.⁹⁵ Både parterna och de berörda medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall informeras om beslutet.⁹⁶ Publicering av beslutet i C-serien av Europeiska Gemenskapernas Tidning (EGT), skall ske om Kommissionen konstaterar att koncentrationen faller inom förordningens tillämpningsområde. Publiceringen tar i praktiken två till sju dagar.⁹⁷ Offentliggörandet kommer innehålla parternas namn, koncentrationens karaktär och berörda branscher, dock med hänsyn tagen till eventuella företagshemligheter.⁹⁸ Beslutet publiceras i syfte att möjliggöra för intresserade och andra berörda parter att lämna synpunkter på koncentrationen.⁹⁹ Kommissionen kommer undersöka olika tredje parter åsikter om koncentrationen, speciellt kunder, leverantörer och konkurrenter. Anledningen till detta är att dessa tredje parter oftast vet mer om den aktuella marknadens funktion än vad tjänstemännen på MTF gör.¹⁰⁰ Givetvis kan dessa ta kontakt med Kommissionen på eget initiativ, men oftast sker det efter den nämnda publiceringen av förhandsanmälan och det bifogade beslutet om att koncentrationen faller inom koncentrationsförordningens tillämpningsområde. En tidsfrist på 10 dagar för inlämnande av kommentarer är då brukligt.¹⁰¹

4.4.1 Fas I

Om Kommissionen anser förordningen vara formellt tillämplig på den anmälda företagskoncentrationen startas en undersökning som syftar till att utreda om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden. Enligt art. 2.2 är den det om den inte skapar eller förstärker en dominerande ställning som hämmar den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del därav. Detta är det s.k. förenlighetstestet. Vid denna bedömning skall Kommissionen ta ställning till en mängd olika omständigheter. Art. 2.1 anger bl.a. att den skall ta hänsyn till marknadens struktur och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag med säte inom eller utom EU. Även företagets ställning på marknaden, deras ekonomiska och finansiella styrka, valmöjligheter för konsumenterna, förekomsten av etableringshinder och främjandet av den tekniska och ekonomiska utvecklingen skall beaktas.

För att kunna utreda företagets ställning på marknaden måste först fastställas vilken den relevanta marknaden är, geografiskt och produktmässigt. Denna avgränsning följer den praxis som utvecklats bl.a. vid tillämpningen av art. 85 och 86 i Romfördraget. Till hjälp för

⁹⁵ Art. 6.1.a och 10.1 st. 1 förordn. 4064/89

⁹⁶ SOU 1990:1 s. 266

⁹⁷ Bellamy och Child s. 358 not 45

⁹⁸ Art. 4.3 förordn. 4064/89

⁹⁹ Coyet s. 354, Gahnström s. 37f

¹⁰⁰ Dan Sjöblom 000302

¹⁰¹ Bellamy och Child s. 359 kap. 6-114

bedömningen av den relevanta marknaden har Kommissionen utfärdat ett tillkännagivande som skall användas på hela EU:s konkurrensrätt.¹⁰²

Dominerande ställning har ett företag om det p.g.a. sin ekonomiska ställning kan hindra den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden genom att det kan agera utan hänsyn till konkurrenter eller kunder. Fastställandet av om företagskoncentrationen kommer få eller förstärka en dominant ställning kräver en noggrann ekonomisk analys av företaget och marknaden. Företagets marknadsandelar har stor betydelse vid denna analys, eftersom de kan påvisa i vart fall formell dominans.¹⁰³ I beaktandemening 11 till förordningen sägs att en marknadsandel på mindre än 25 % indikerar att den effektiva konkurrensen inte hämmas. Kommissionen har i andra sammanhang uttalat att en marknadsandel på mer än 50 % kan anses medföra en presumtion för en dominerande ställning.¹⁰⁴

4.4.1.1 Informationsskyldighet och undersökningsrätt

Efter en förhandsanmälan kommer Kommissionen hålla nära kontakt med parterna för att diskutera och genom ömsesidiga överenskommelser lösa praktiska eller rättsliga problem som upptäckts vid en första undersökning av ärendet.¹⁰⁵

Parterna har skyldighet att informera Kommissionen om tillkomna eller ändrade förhållanden efter det att förhandsanmälan lämnades in. Annars riskerar de att ett beslut tas på inkorrekt eller ofullständiga uppgifter, vilket kan leda till böter och återkallande av beslutet.¹⁰⁶

Under granskningsproceduren har de inblandade företagen även en omfattande informationsskyldighet gentemot Kommissionen. Kommissionen å sin sida har rätt att inhämta nödvändiga upplysningar från medlemsstaternas regeringar, behöriga myndigheter, från ”kontrollerande personer” enligt art. 3.1.b och från företag. Om den tillfrågade inte ger något svar eller ger inkomplett eller felaktig information har Kommissionen rätt att förelägga personen att inom en viss tid lämna information. I praktiken kan upplysningsskyldighetens omfattning och tidsfristerna diskuteras med, och modifieras av MTF.¹⁰⁷ I syfte att samla in information till beslutsunderlaget har Kommissionen också rätt att genomföra undersökningsåtgärder, s.k. dawn raids, på de berörda företagen.¹⁰⁸ Detta under förutsättning att behöriga nationella myndigheter har informerats. Dessa kan på begäran även assistera Kommissionen vid dessa undersökningar. Hos företagen har Kommissionen rätt att undersöka böcker, räkenskaper samt andra dokument, ta kopior, göra muntliga utfrågningar av personal och bereda sig tillträde till företagets lokaler. Kommissionen kan använda denna rätt till följd av ett bemyndigande eller efter ett formellt beslut.¹⁰⁹ Skyldigheten att ge Kommissionen information och i förekommande fall ge den tillträde till information direkt hos företagen är sanktionerad enligt art. 14 och 15 i koncentrationsförordningen. Dessa artiklar ger Kommissionen också en allmän möjlighet att bötes- eller vitesförelägga personer eller företag

¹⁰² Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law OJ C 372 9.12.1997. Tillkännagivandet finns också på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Fusioner- Merger legislation index ”

¹⁰³ Coyet s. 344

¹⁰⁴ Coyet s. 345

¹⁰⁵ Förordn. 447/98 beaktandemening 8 p. 10

¹⁰⁶ Art. 8.5 förordn. 4064/89

¹⁰⁷ Bellamy och Child s. 363 kap. 6-127

¹⁰⁸ Art. 11 förordn. 4064/89 och Faull & Nikpay s. 261

¹⁰⁹ Bellamy och Child s. 364 kap. 6-128

som bryter mot de processuella eller materiella reglerna. Vid bestämmande av bötesbeloppet skall den ta hänsyn till allvarligheten i och typen av brott. Innan ett böter- eller vitesbelopp fastställs måste parterna få tillfälle att höras och rådgivande kommittén skall ge ett utlåtande av lämpligheten.¹¹⁰ Kommissionen har uttalat att man bara vid speciella omständigheter kommer genomföra undersökningar på företagen.¹¹¹

Kommissionens undersökningsåtgärder kan riktas såväl emot parterna som mot tredje parter. De kan bestå i frivilliga förfrågningar eller i förelägganden. Vid efterfrågningar om dokument och annan information måste först en frivillig förfrågan göras, vilket inte tillämpas i fallet med undersökningar på stället. De korta tidsfristerna i processen kommer minska Kommissionens möjligheter att använda nämnda befogenheter eftersom man helt enkelt inte kommer ha tid att använda dem. Om Kommissionen måste företa undersökningsåtgärder till följd av omständigheter som parterna förorsakat, kan fyramånadersfristen enligt art. 10.4 i koncentrationsförordningen, förlängas. Information som Kommissionen har fått genom sina undersökningsbefogenheter i form av handlingar från parterna eller tredje parter får enligt art. 17.1 i koncentrationskontrollförordningen, endast användas i syfte att pröva koncentrationen enligt densamma. De får alltså bara användas för upprätthållande av konkurrensregler och för andra koncentrationsärenden på gemenskaps- eller nationell nivå.¹¹²

4.4.1.1.1 Sekretess

Att Kommissionen har en allmän skyldighet att respektera det legitima intresset för företag att skydda sina affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter framgår av beaktandemening 8 p. 15 i tillämpningsförordningen. Enligt art. 214 i Romfördraget och art. 17.2 i företagskoncentrationsförordningen har alla parter, d.v.s. Kommissionen, medlemsstaterna och deras anställda, tystnadsplikt vad gäller information de fått genom proceduren, som omfattas av sekretess. Detta gäller även för uppgifter som är känsliga parterna emellan.¹¹³ Av Kommissionen insamlad information får inte lämnas ut eller göras tillgängliga i den mån den innehåller affärshemligheter eller annan sekretessbelagd information vars avslöjande inte anses nödvändigt av Kommissionen för förfarandets syfte. Parterna får i praktiken i stor utsträckning själva avgöra vilken information de vill sekretessbelägga. Det gör de genom att tydligt ange det material som de anser vara sekretessbelagt och skälen för detta. En separat icke-sekretessbelagd version måste därtill inges inom en given tidsfrist till Kommissionen.¹¹⁴

Den som är högst ansvarig för företagshemligt material är Kommissionens förhørsombud (the hearing officer). Om parterna och denne skulle ha olika uppfattning om huruvida en viss uppgift bör sekretessbeläggas har ombudet sista ordet. Innan beslut tas i frågan måste han dock informera parterna om grunderna för vägrandet av sekretessen och dessa skall få en chans att bemöta det.¹¹⁵

¹¹⁰ Art. 19.3-7 förordn. 447/98, Bellamy och Child s. 366 f kap. 6-131

¹¹¹ Ritter m.fl. s. 384 (not 207 Statements of the Commission, re Art. 12 och 13 (appendix 21 a))

¹¹² Ritter m.fl. s. 384

¹¹³ Inledningen till formulär CO, s. 5

¹¹⁴ Art. 17 förordn. 447/98

¹¹⁵ Faull & Nikpay s. 264

Enligt Kommissionens handläggare Dan Sjöblom finns det domstolspraxis på vad som omfattas av sekretessen och att det är den som MTF följer. Han uppfattar det som att det stora flertalet av uppgiftslämnarna också är nöjda med det sekretesskydd som ges.¹¹⁶

4.4.1.1.2 Rätten att höras och rätten till försvar

Reglerna för Kommissionens förfarande måste bestämmas så att de fullt ut säkerställer rätten att höras och rätten till försvar. I enlighet med denna princip om rätten till försvar skall parterna få tillfälle att yttra sig över de invändningar som Kommissionen avser att beakta i sina olika beslut. Det är också nödvändigt att ange vilka rättigheter de personer har som skall höras av Kommissionen, i vilken utsträckning som de skall få tillgång till Kommissionens arkiv och enligt vilka villkor de kan företrädas eller bistås.¹¹⁷ Man har därför bl.a. i tillämpningsförfordningens art. 14 tagit in bestämmelser om muntliga förhandlingar s.k. hearings. Där stadgas att Kommissionen *skall* erbjuda de anmälade parterna och andra berörda parter som har begärt det i sina bemötanden av och kommentarer till Kommissionens invändningar och visat tillräckligt intresse, möjlighet att framföra sina argument muntligen vid en formell förhandling. Utöver detta skede av prövningen *får*, men behöver alltså inte, Kommissionen i andra sammanhang ge parterna möjligheter att framställa sina synpunkter muntligen.¹¹⁸

Även om förordningen inte föreskriver någon formell rätt för tredje parter att komma med synpunkter bör Kommissionen ändå ta viss hänsyn till dessa eftersom några av de tredje parterna kan få rätt att överklaga det slutliga beslutet där det ”direkt och personligen berör” dem enligt art. 230 (f.d. art. 173) i Romfördraget.¹¹⁹

4.4.1.2 Beslut i fas I

Inom tidsfristen på en månad i fas I kan Kommissionen fatta ett av följande beslut:

- a) Koncentrationsförordningen är inte tillämplig på den anmälda transaktionen (art. 6.1.a).
- b) Koncentrationsförordningen är tillämplig, men koncentrationen ger inte upphov till ”allvarliga tvivel” angående dess förenlighet med den gemensamma marknaden (art. 6.1.b).
- c) Koncentrationsförordningen är tillämplig och Kommissionen hyser ”allvarliga tvivel” angående koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden och en fas II-undersökning skall därför inledas (art. 6.1.c).

Ett förenlighetsbeslut enligt art. 6.1.b kan förenas med villkor om att parterna fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot Kommissionen i syfte att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.¹²⁰

Om Kommissionen efter fas I-undersökningen hyser ”allvarliga tvivel” om koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, skall den besluta om att inleda en fas II-

¹¹⁶ Dan Sjöblom 000302

¹¹⁷ Förordn. 447/98 beaktandemening 8 p. 10-11, 14

¹¹⁸ Art. 14 förordn. 447/98, se vidare kap. 4.4.2.3

¹¹⁹ Ritter m.fl. s. 385

¹²⁰ Art. 6.2 förordn. 4064/89, se vidare kap. 5.1.1

undersökning.¹²¹ Beslut om detta måste även det fattas inom en månad från anmälan.¹²² Ibland kan Kommissionen fatta mer än ett beslut rörande koncentrationen. I en viss del kan man sakna jurisdiktion att pröva transaktionerna, i en annan del kanske koncentrationen inte ger upphov till ”allvarliga tvivel” angående dess förenlighet med den gemensamma marknaden och i en tredje del kan det vara tvärtom och en fas II-undersökning måste startas. Bellamy och Child benämner sådana beslut blandade beslut.¹²³

Skulle Kommissionen inte klara av att fatta ett beslut inom en månad skall koncentrationen enligt presumptionsregeln i art 10.6 i koncentrationsförordningen *anses* vara förenlig med den gemensamma marknaden.¹²⁴

Förutom vid ett presumptionsbeslut skall Kommissionen informera parterna och de nationella konkurrensmyndigheterna i medlemsstaterna om beslut enligt art. 6 i fas I. Detta skall ske i form av ett motiverat brev. Kommissionen måste inte publicera besluten, men det görs regelmässigt ändå.¹²⁵ Praxis är att Kommissionen avger ett pressmeddelande¹²⁶ och publicerar en liten notis i EGT. På Internet publiceras hela beslutet i fulltext.¹²⁷ MTF gör också en icke konfidentiell version av besluten som tillhandahålls intresserade.¹²⁸

4.4.1.3 Telia/Telenor-ärendet i fas I

Efter det att MTF mottagit Telia/Telenors förhandsanmälan gjordes en första prövning av transaktionen. Den resulterade i ett beslut enligt art. 6 i koncentrationsförordningen att fusionen föll under densamma och att en fördjupad undersökning av transaktionens förenlighet med den gemensamma marknaden måste göras.

Vad gäller informationsskyldigheten så upplevdes den som en börda enligt koordinatören för Notification Team på Telia, Stefan Johansson. Detta eftersom Kommissionen har en sådan omfattande rätt till upplysningar från parterna och att det är svårt och tidskrävande för parterna att ta fram den efterfrågade informationen och datan. Man accepterade dock informationsskyldigheten som nödvändig, eftersom Kommissionen behövde den för att bedöma transaktionen.¹²⁹

Telia/Telenor gjorde vissa åtaganden redan i fas I inom den stadgade treveckorsfristen, närmare bestämt den 25 maj. Dessa åtaganden var villkorade av ett beslut enligt art. 6.1.c i koncentrationsförordningen. Tidsfristen för Kommissionens prövning i fas I förlängdes p.g.a. åtagandena automatiskt till sex veckor, eftersom den skulle få tid att marknadstesta transaktionen tillsammans med åtagandena. Före åtagandena, men främst under marknadstestet uppvaktade konkurrenterna Kommissionen med information, åsikter och invändningar mot åtagandenas tillräcklighet. Enligt Stefan Johansson är det frågan om ett taktiskt spel med tidsfristerna, där det gäller för konkurrenterna att komma in med känslig information i rätt tid, vilket ofta innebär så sent som möjlig för att Kommissionen inte skall

¹²¹ Art. 6.1.c förordn. 4064/89

¹²² Art. 6.1.c och 10.1 förordn. 4064/89

¹²³ Bellamy och Child s. 360 kap. 6-116 ”mixed decisions”

¹²⁴ Art. 10.6 förordn. 4064/89, Bellamy och Child s. 360 kap. 6-117

¹²⁵ Coyet s. 355

¹²⁶ Kan bl.a. läsa på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Pressmeddelanden”

¹²⁷ Kan bl.a. läsa på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Beslut”

¹²⁸ Bellamy och Child s. 360 f kap. 6-118

¹²⁹ Stefan Johansson 000214

hinna utreda klagomålen innan tidsfristens utgång. Detta leder regelmässigt till att Kommissionen anser åtagandena vara otillräckliga, som i Telia/Telenor-fallet, och en fas II-undersökning måste inledas.¹³⁰

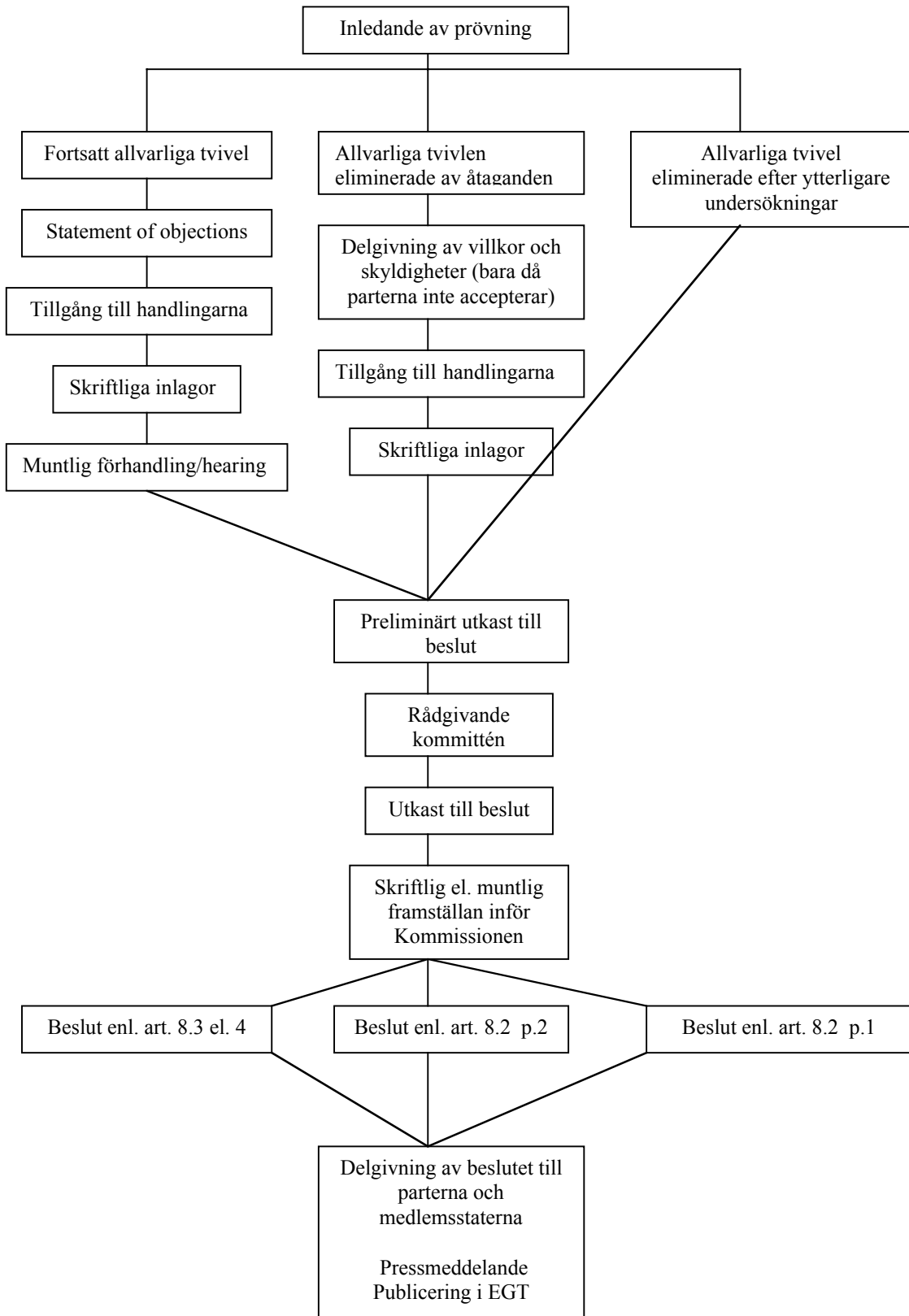
4.4.2 Fas II

I fas II fortsätter Kommissionen att pröva den anmälda koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Fördjupade och mer omfattande undersökningar görs av dess påverkan på konkurrensen på relevanta marknader. I mån av behov görs marknadstester även i fas II. Största skillnaden mot marknadstesterna i fas I är tidstillgången, eftersom det i fas II finns mer tid att göra en bredare undersökning och följa upp den.¹³¹ Annars är den allmänna skillnaden mot fas I-undersökningen att man i fas II arbetar utifrån antagandet att det finns allvarliga tvivel angående koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Detta måste inte betyda att koncentrationen verkligen *ger* upphov till att konkurrensen hämmas. Att Kommissionen beslutat om en fördjupad undersökning kan ju bero antingen på att man inte hunnit pröva koncentrationen tillräckligt i fas I, men att den *prima facie* ger upphov till allvarliga tvivel, eller på att man redan identifierat svåra konkurrensproblem. I det första fallet kan en fördjupad undersökning ge svar på huruvida koncentrationen *ger* upphov till ett hämmande av konkurrensen. I det andra fallet, som är vanligast, har man antagligen redan identifierat huvuddragen i konkurrensproblemen, men den fördjupade undersökningen syftar att närmare granska dessa.

¹³⁰ Stefan Johansson 000214

¹³¹ Dan Sjöblom 000302

Modell av fas II:



Källa: s. 332 Cook och Kerse

Den schematiska modellen ovan visar de olika steg som den fördjupade fas II-undersökningen innebär. Den tar vid efter Kommissionens beslut att inleda fas II och avslutas med ett godkännande- eller icke-godkännandebeslut av Kommissionen. Den fyramånadersperiod som Kommissionen normalt har på sig i fas II kan delas upp i olika arbetssteg. Under de första sex veckorna fortsätter MTF samla information om transaktionen och frågar ut parterna, deras leverantörer och kunder och konkurrenter och analyserar detta. Två veckor efter det förbereds Kommissionens kritik mot transaktionen i form av *statement of objections* varpå denna delges parterna. Inom två veckor skall de sen svara på Kommissionens kritik och hearingen förberedas, om parterna begärt en sådan. En vecka efter hearingen skall ett utkast till beslut vara klart, vilket skall sändas två veckor i förväg till rådgivande kommitténs representanter i medlemsstaterna. Dessa sammanträder sedan, varpå MTF har ytterligare två veckor på sig att göra eventuella ändringar i beslutet. Detta sänds sedan över till Kommissionen så att den kan ta det slutliga beslutet inom tio dagar.¹³² De olika stegen kommer att närmare beskrivas nedan.

Under fas II-undersökningen har Kommissionen samma rättigheter att undersöka och parterna samma skyldigheter att informera som i fas I. Under denna fördjupade undersökning har parterna även rätt att begära muntlig förhandling, s.k. hearing, enligt art. 14 och 15 i tillämpningsförordningen.

Om den fördjupade undersökningen resulterar i att inga konkurrensproblem till slut kan identifieras skall Kommissionen efter hörande av rådgivande kommittén¹³³ förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden enligt art. 8.2, 1 st. i företagskoncentrationsförordningen. I andra fall skall Kommissionen tillkänna sina invändningar mot koncentrationen till parterna genom det s.k. *statement of objections*.

4.4.2.1 Statement of objections

Om kommissionen efter sin undersökning överväger att förklara en koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden skall ett skriftligt dokument upprättas över de invändningar mot koncentrationen som man har.¹³⁴ Detta dokument kallas *statement of objections* och brukar ta MTF ca sex veckor från öppnandet av fas II-undersökningen att förbereda.¹³⁵ Det följer ett liknande resonemang som art. 6.1.c-besluten gör och skall sändas till de anmälade parterna och till andra berörda parter. De sistnämnda får en icke sekretessbelagd version och eventuella tredje parter får oftast bara en sammanfattning av *statement of objections*.

¹³² Faull & Nikpay s. 265

¹³³ Art. 19.3 förordn. 4064/89

¹³⁴ Art. 18 förordn. 4064/89 och art. 13 förordn. 447/98, Gahnström s. 39

¹³⁵ Bellamy och Child s. 361 f kap. 6-120

	<u>Parterna</u>	<u>Andra berörda parter</u>	<u>Tredje parter</u>
<u>Tillgång till statement of objections:</u>	ja	ja, icke sekretess-belagd version	endast en sammanfattning
<u>Rätt att svara på statement of objections:</u>	ja	ja	ja

Källa: s. 267 Faull & Nikpay

Syftet med *statement of objections* är att Kommissionen skall uppfylla sin plikt i art. 18.1 i koncentrationsförordningen och 13.2 i tillämpningsförordningen, att låta parterna bemöta dess kritik mot transaktionen. *Statement of objections* måste därför innehålla all den kritik som Kommissionen tänker grunda sitt slutliga beslut på.¹³⁶ I och med översändandet ska Kommissionen ange en tidsfrist inom vilken parterna skriftligen får bemöta invändningarna. Det brukar röra sig om en ganska kort period, ca två veckor, men Kommissionen försöker sätta tidsfristen med hänsyn till den för parternas förberedande uppskattade tidsåtgången.¹³⁷ Företagen har härigenom möjlighet att utveckla sin argumentation och eventuellt komplettera sin anmälan med ytterligare relevanta handlingar och upplysningar. De skriftliga bemötandena på Kommissionens invändningar skall insändas i ett original och 29 kopior till Merger Task Force.¹³⁸

4.4.2.2 Tillgång till handlingar

Kommissionen har kodifierat sin praxis vad gäller de olika parternas tillgång till handlingarna i ärendet.¹³⁹ För att rätten att bemöta invändningarna i exempelvis *statement of objections* och på hearingen inte skall bli en chimär skall de anmälande parterna efter begäran få tillgång till handlingarna i ärendet. Andra berörda parter kan efter begäran också få tillgång till handlingarna, men bara i den mån det är nödvändigt för att de skall kunna förbereda sina yttranden. Tredje parter har överhuvudtaget ingen rätt till handlingarna i ärendet. De olika intressenternas tillgång till handlingarna visas i tabellen nedan.

	<u>Parterna</u>	<u>Andra berörda parter</u>	<u>Tredje parter</u>
<u>Tillgång till handlingar:</u>	ja	endast så långt det är nödvändigt för att utöva sin rätt till försvar	nej

Källa: s. 267 Faull & Nikpay

¹³⁶ Faull & Nikpay s. 266

¹³⁷ Bellamy och Child s. 361 f kap. 6-120 och not 71

¹³⁸ Art. 13 förordn. 447/98

¹³⁹ Faull & Nikpay s. 267 och Notice on the internal rules of procedure for processing requests for access to file in cases under (...) Council Regulation (EEC) 4064/89, OJ C23/3 1997

Vi en eventuell meningsskiljaktighet huruvida viss handling skall ges ut eller inte, skall en särskild procedur för att pröva detta följas. Högst ansvarig för utlämnande av handlingar är Kommissionens förhørsombud (*the hearing officer*) och dennes beslut kan i sista hand överklagas till EG-domstolen.¹⁴⁰

4.4.2.3 Muntliga förhandlingen/hearingen

När Kommissionen skickar *statement of objections* till parterna frågar den samtidigt om de vill ha en muntlig förhandling, eller hearing som det oftast kallas, vilket innebär en chans att muntligen få framlägga sin sak för Kommissionen. Om dessa begär en hearing enligt art. 14 i tillämpningsförordningen så skall en sådan hållas. Tiden för hearingens hållande är ca två veckor efter avsändandet av *statement of objections* och ca tre veckor innan rådgivande kommittén sammanträder. Det är förhørsombudet (*the hearing officer*) som är ordförande för mötet och denna har ansvar för mötesordningen och vilka som får delta. Både berörda parter och tredje parter (t.ex. arbetstagarrepresentanter) får efter en formell förfrågan ställd till ombudet delta i hearingen. De kan då höras tillsammans med parterna eller separat. Till dessa förhör, som hålls på ett av Kommissionen bestämt datum, inbjuds även de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna, och rådgivande kommittén har rätt att närvara vid hearingarna, vilket alltid utnyttjas eftersom det är ett bra sätt för representanterna att sätta sig in i ärendet.¹⁴¹

Enligt art. 15 i tillämpningsförordningen leds förhören av Kommissionens förhørsombud och de är inte offentliga. De inbjudna parterna uppträder antingen personligen eller genom ombud och allt vad de säger protokollförs. Rent praktiskt hålls förhör med varje person ensamt eller tillsammans med andra som inbjudits att närvara. Hela tiden skall dock hänsyn tas till eventuell sekretessbelagd information.

Proceduren vid hearingen är sådan att först presenterar tjänstemännen på MTF ärendet och den kritik man har mot koncentrationen i den nuvarande formen. Sen får parterna ge sin bild av den och besvara Kommissionens kritik. Sen är det fritt fram för medlemsstaternas representanter, tredje parter och Kommissionen att fråga ut parterna. Efter det får andra berörda parter och tredje parter presentera sin syn på koncentrationen och därefter utfrågas de. Till slut får parterna i ärendet kommentera det som framkommit under hearingen.¹⁴²

4.4.2.4 Tredje mans rätt att deltaga i prövningen

Vad gäller beslut enligt art. 8.2, 2 st. skall fysiska eller juridiska personer som kan påvisa ett berättigat intresse i saken, efter en skriftlig ansökan härom ha rätt att yttra sig enligt art. 18.4 koncentrationsförordningen. Denna bestämmelse vänder sig särskilt till ledamöter av de berörda företagens administrativa eller styrande organ och till erkända arbetstagarrepresentanter från dessa företag. Kommissionen skall då enligt art. 16 i tillämpningsförordningen skriftligen underrätta den ansökande tredje mannen/parten om förfarandets karaktär och innehåll och ange en tidsfrist inom vilken denne kan lämna sina

¹⁴⁰ Faull & Nikpay s. 268 f

¹⁴¹ Widegren 991201

¹⁴² Faull & Nikpay s. 269 f

synpunkter skriftligen. Vid behov kan Kommissionen ge den som begärt det möjlighet att delta i ett formellt förhör. Även i andra, icke specificerade fall kan den ge andra tredje män samma rätt till framläggande av sina synpunkter, skriftligt eller muntligt.

MTF har under senare år sett ett växande intresse från tredje parter att få inblick och bli involverade i fas II-undersökningen. Främst på två områden har frågor om tredje parter rätt uppkommit. Dessa är: 1) rätten till handlingar i ärendet, och 2) rätten att bli hörd. Tredje parter anspråk på rättigheter i dessa avseenden kolliderar inte sällan med de anmälade parternas rättigheter och intressen. Kommissionen har angett att handlingar i ett ärende inte kan sekretessbeläggas helt endast p.g.a. att de innehåller konfidentiella uppgifter, om dessa kan erhållas av tredje parter på marknaden. Att tillåta spridning av sådana uppgifter underlättar en öppen dialog under undersökningarna. Kommissionen skiljer alltså mellan information som redan är tillgänglig för tredje parter på marknaden och dokument med affärshemligheter. De första har tredje parter följaktligen rätt att få tillgång till, medan den andra typen är sekretessbelagd. Av samma skäl har Kommissionen, som ovan nämnts, gjort en liknande uppdelning mellan de anmälade parterna och tredje parter rätt till hörande.¹⁴³ Parternas rätt till försvar och hörande är större än tredje parter rätt till hörande, men det ligger också i allmänhetens intresse att förhören är så öppna som möjligt för undersökningens bästa. Huvudregeln är att Kommissionen hör alla parterna gemensamt, men där det är nödvändigt för att skydda affärshemligheter hålls separata förhör. Till slut är det ändå Kommissionen sak att avgöra vilken information som kan lämnas ut till olika tredje parter.¹⁴⁴

4.4.2.5 Medlemsstaternas deltagande i prövningen/ rådgivande kommittén

Medlemsstaternas deltagande och inflytande i prövningen har varit en mycket kontroversiell fråga. Förordningen ger utrymme för ett visst inflytande av medlemsstaterna, men bara så långt som effektivitetskravet kan tillåta. Art. 19 stadgar att prövningen skall genomföras i samarbete med de nationella konkurrensmyndigheterna i respektive medlemsland. Detta innebär bl.a. som ovan nämnts att Kommissionen inom tre arbetsdagar måste sända kopior på anmälningar och andra viktiga dokument i ett ärende, som t.ex. *statement of objections*, till de kompetenta nationella myndigheterna. Det innebär också att Kommissionen måste konsultera en rådgivande kommitté innan det slutliga beslutet fattas.

Den rådgivande kommittén består av två representanter från myndigheterna i varje medlemsland, varav åtminstone en skall vara sakkunnig i konkurrensfrågor. Medlemsstaterna kan dock välja att bara ha en representant eller tre, fyra i ett visst ärende.¹⁴⁵ När Kommissionen har avslutat undersökningen i ett fall och utarbetat ett beslutsförslag skall rådgivande kommittén konsulteras.¹⁴⁶ Detta brukar infalla en till två veckor innan det slutliga beslutet skall tas.¹⁴⁷ Kommittén skall yttra sig om Kommissionens utkast till beslut och om man är oenig skall omröstning ske.¹⁴⁸ Detta sker vid ett sammanträde som sammankallats av Kommissionen, där den också är ordförande. Ca 10 dagar innan sammanträdet skall hållas får medlemsstaternas representanter en inbjudan till vilken Kommissionens beslutsförslag bifogas. Representanterna får även kopior på de viktigaste handlingarna i ärende och skall

¹⁴³ Se vidare kap. 4.4.2.3

¹⁴⁴ Lowe s. 151 f

¹⁴⁵ Widegren 000127

¹⁴⁶ Förordning 447/98 beaktandemening 8 p. 18

¹⁴⁷ Widegren 991201

¹⁴⁸ Förordning 447/98 beaktandemening 8 p. 18

yttra sig över den konkurrensrättsliga analysen och slutsatserna i beslutsförslaget.¹⁴⁹ Ansvariga tjänstemän på MTF deltar också i sammanträdet och svarar på representanternas frågor om ärendet.¹⁵⁰ Om Kommissionen anser det vara nödvändigt kan den utan hinder av att rådgivande kommittén konsulterats, återuppta undersökningen av en koncentration.¹⁵¹ Efter avslutandet av den kan kommittén rådfrågas ännu en gång över det omarbetade utkastet till beslut. Rådgivande kommittén kan alltså rådfrågas flera gånger i samma ärende. I exempelvis Boeing-fallet var det så många snabba förändringar att kommittén behandlade transaktionen tre gånger.¹⁵²

Kommitténs yttrande skall vara skriftligt och bifogas Kommissionens utkast till beslut. Detta skriftliga uttalande är i och för sig endast rådgivande, men i art. 19.6 koncentrationsförordningen stadgas att ”Kommissionen skall ta största möjliga hänsyn till kommitténs yttrande” och att Kommissionen skall underrätta den om i vilken utsträckning man vid fattandet av det slutliga beslutet har beaktat dess yttrande. Enligt Monica Widegren som är ansvarig för Konkurrensverkets samarbete med Kommissionen och tillika svensk representant i rådgivande kommittén, fäster Kommissionen stor vikt vid rådgivande kommitténs diskussion och yttrande. Detta stöds av faktumet att Kommissionen aldrig gått emot ett yttrande i sitt slutliga beslut.¹⁵³ Detta påstående är inte helt korrekt då Kommissionen i ärendet Mannesmann/Hoesch 1992 gick emot rådgivande kommitténs yttrande.¹⁵⁴ I SOU 1990:1 uttalas att ”(k)ommitténs uttalande torde (...) ha mycket stor betydelse” och man säger vidare att ”det kan antas att kommitténs uttalande kommer att speglas av allmänpolitiska hänsynstaganden vid sidan av rent konkurrensrättsliga aspekter”.¹⁵⁵ Enligt Monica Widegren finns inget stöd för detta uttalande. Hon menar att enskilda medlemsstater i undantagsfall kan ha gett uttryck för andra än rent konkurrensrättsliga ståndpunkter, men att det är ytterligt tveksamt om det sedan har återspeglats i kommitténs gemensamma yttrande.

Det som för rådgivande kommittén ofta försvårar bedömningen av koncentrationsfall är att eventuella åtaganden som görs av parterna, görs i ett så sent skede att det kan vara svårt för kommitténs representanter att hinna ta ställning till de nytillkomna omständigheterna.

Rådgivande kommittén har också rätt att delta i Kommissionens hearings med parterna, där de även kan ställa frågor till dessa. Detta underlättar för kommitténs representanter att bli medvetna om parternas inställning till Kommissionen invändningar i ärendet. Även svenska Näringsdepartementet har formell rätt att närvara vid Kommissionens hearings, något som dock aldrig utnyttjats.¹⁵⁶

Enligt art. 19.7 kan den rådgivande kommittén förorda att yttrandet offentliggörs, vilket kommittén alltid gör, men det är till syvende och sist Kommissionen som avgör om det skall ske. Yttrandet offentliggörs i dessa fall i EGT C-serien efter det att Kommissionens beslut offentliggjorts.¹⁵⁷

¹⁴⁹ Widegren 991201 och 000127

¹⁵⁰ Faull & Nikpay s. 271

¹⁵¹ Förordning 447/98 beaktandemening 8 p. 18

¹⁵² Faull & Nikpay s. 271, Boeing/McDonell Douglas (Case IV/M877) 1997

¹⁵³ Widegren i Dagens Industri 990925

¹⁵⁴ Dan Sjöblom 000302 och Mannesmann/Hoesch M. 222 NACE: DJ.27.20, OJ L114-8/05/1993 p. 34

¹⁵⁵ SOU 1990:1 s. 268

¹⁵⁶ Widegren 991201 och 000127

¹⁵⁷ Widegren 000127

Även innan andra beslut i processen måste rådgivande kommittén konsulteras. Det gäller exempelvis innan bötes- eller vitesbelopp fastställs enligt art. 14 och 15 i koncentrationsförordningen.

4.4.2.6 Beslut i fas II

Ett slutligt beslut innebärande ett godkännande eller underkännande av koncentrationen skall tas senast fyra månader efter beslutet om att inleda fas II-undersökningen.¹⁵⁸ Om Kommissionen inte hinner ta ett beslut inom den utsatta tiden skall koncentrationen anses vara förenlig med den gemensamma marknaden enligt presumptionsbestämmelsen i art. 10.6 i koncentrationsförordningen. I fall där Kommissionen finner att en koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, måste Kommissionen enligt artikel 2.3 förklara koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden. En koncentration som *inte* skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning skall istället i enlighet med artikel 2.2 förklaras förenlig med den gemensamma marknaden och få genomföras.¹⁵⁹ De slutliga besluten enligt art. 8.2 eller 8.3 tas av hela Kommissionens kollegium och manifesteras i fullt motiverade beslutsdokument. Även i fas II är det möjligt att ta s.k. blandade beslut.¹⁶⁰ Förutom vid presumptionen enligt art. 10.6 skall Kommissionen meddela det slutliga beslutet till parterna utan dröjsmål. Den ger också ut ett pressmeddelande efter några dagar och beslutet publiceras i EGT med hänsyn tagen till parternas eventuella intresse av sekretess.¹⁶¹

Innan Kommissionen konsulterar rådgivande kommittén och fattar beslut enligt art. 8.2, 2 st., d.v.s. förenar det slutliga godkännandebeslutet med villkor och ålägganden för att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot Kommissionen, skall den låta de berörda personerna, företagen eller företagssammanslutningarna i varje skede av förfarandet fram till samrådet med rådgivande kommittén få yttra sig om de anmärkningar som framförs mot dem.¹⁶² De parter som avses är a) anmälade parter, b) andra berörda parter i koncentrationsplanen än de anmälade, såsom säljaren och det företag som är mål för koncentrationen, c) tredje man/part som visat tillräckligt intresse.¹⁶³ För att kunna utnyttja denna rättighet till fullo föreskrivs att åtminstone de direkt berörda parterna skall få tillgång till de icke sekretessbelagda delarna av akten. Rätten till sin akt inkluderar således inte rätt att ta del av företagshemlig information, Kommissionens eller andra myndigheters interna dokument eller annan konfidentiell information vars utlämnande skulle orsaka stor skada för uppgiftslämnaren.¹⁶⁴ I konsekvens med rätten till försvar kan Kommissionen endast fatta beslutet på grundval av de invändningar som parterna fått tillfälle att yttra sig om.¹⁶⁵ Motsatsvis finns ingen rätt till försvar eller muntligt hörande eller tillgång till akten när Kommissionen tänker ta ett godkännandebeslut som *inte* är förenat med villkor som skall säkerställa några åtaganden.

¹⁵⁸ Art. 10.3 förordn. 4064/89

¹⁵⁹ Coyet s. 343

¹⁶⁰ Bellamy och Child s. 363 kap. 6-124

¹⁶¹ Bellamy och Child s. 363 kap. 6-126

¹⁶² Art. 18.1 förordn. 4064/89

¹⁶³ Art. 11 förordn. 447/98

¹⁶⁴ Bellamy och Child s. 362 kap. 6-121

¹⁶⁵ Art. 18.3 förordn. 4064/89

4.4.2.7 Telia/Telenor-ärendet i fas II

På Telia och Telenor var man medvetna om risken för en fas II-undersökning, men det stod enligt Stefan Johansson inte klart från början att man skulle behöva gå in i en fördjupad undersökning. Målet för företagen var att man skulle få igenom fusionen redan i fas I, vilket man efterhand insåg skulle bli svårt. Vad som i Telia/Telenor-fallet omöjliggjorde ett godkännandebeslut i fas I är enligt Stefan Johansson de klaganden som kom in till Kommissionen från bl.a. konkurrenter i och med det s.k. marknadstestet. Han anser att Kommissionen tar alltför stor hänsyn till klagandena från berörda parter, vilket hör samman med Kommissionens försiktighet då den inte i efterhand vill få kritik för att inte ha beaktat en viss aspekt eller klagomål.¹⁶⁶ Dan Sjöblom, som var Kommissionens handläggare i ärendet, säger att "(a)nledningen till att vi frågar kunder, konkurrenter och andra tredjeparter är att de oftast vet mer om marknadens funktion än vi." Han tillägger att "[s]jälvfallet måste vi granska inlämnade synpunkter från tredjeparter på samma sätt som de som lämnats av parterna", men att det "i slutändan [är] styrkan hos argumenten som styr."¹⁶⁷

Den 15 maj 1999 beslutade Kommissionen att inleda en fördjupad undersökning av Telia/Telenor-ärendet enligt art. 6.1.c i koncentrationsförordningen, eftersom den ansåg att "allvarliga tvivel" fanns angående fusionens förenlighet med den gemensamma marknaden.

I slutet av juli 1999 delgav Kommissionen parterna sin kritik mot fusionen genom *statement of objections*. Stefan Johansson anser att Kommissionen vid utformandet av sin kritik i *statement of objections* lade för stor vikt vid en telekom-teori framförd av den franske professorn Patrick Rey, vilken utgick från en slags "terrorbalans" mellan Telia och Telenor vad gäller termineringen av teletrafiken. Rey ansåg att priserna för access för marknaden medvetet hölls lika låga av Telia och Telenor för att man inte skulle ta varandras marknadsandelar. Denna teori, som ursprungligen utarbetats för Tele Danmark, influerade Kommissionen vid sammanställandet av *statement of objections*, vilket enligt Stefan Johansson var okritiskt och fel, eftersom antagandet som teorin bygger på är direkt felaktigt. Då *statement of objections* är en icke offentlig handling innehållande företagskänslig information lämnar varken Telia eller Telenor ut den till utomstående.

För att diskutera och bemöta den kritik som Kommissionen framlagt i *statement of objections* begärde Telia/Telenor en hearing med Kommissionen, vilken hölls i mitten av augusti. Efter denna påbörjade Kommissionen arbetet med att göra ett utkast till beslut, vilket skulle utgöra underlag för rådgivande kommitténs yttrande.

Rådgivande kommittén höll möte om Telia/Telenor-fusionen den 23 september där resultatet, d.v.s. deras yttrande, innebar ett enhälligt nej till godkännandet av fusionen. Kommittén höll ännu ett möte sista veckan i september där den tog ställning till de förändringar och åtaganden som parterna lämnade in till Kommissionen den 24 september. Det slutliga yttrandet som kommittén avgav godkände transaktionen då den ansåg att Kommissionens kritik hade tillmötesgått och fusionen inte längre hotade hämma konkurrensen på telemarknaden.

Stefan Johansson anser rådgivande kommittén vara ett bra inslag i processen, eftersom representanterna i den har lite mer känsla för hur marknaden fungerar. Positivt är också att de har en kritisk inställning till Kommissionen och inte ser allt som svart eller vitt (till skillnad

¹⁶⁶ Stefan Johansson 000214

¹⁶⁷ Dan Sjöblom 000302

från Kommissionen). Hans uppfattning är att deras yttrande väger tungt i processen, vilket styrks av att Kommissionen regelmässigt följer kommitténs uttalanden. Han erinrar sig ett ärende¹⁶⁸ där Kommissionen gick emot kommitténs yttrande, vilket gjorde att rådgivande kommittén ifrågasatte Kommissionens beslut, vilket också tyder på att den uppfattar sig själv som viktig. De enskilda representanterna, menar Stefan Johansson, är mindre låsta i sina uppfattningar och kritiska, i detta ärende till Telia och Telenors fördel. Han anser inte att uttalandet i SOU 1990:1 att kommitténs uttalande kommer att ”speglas av allmänpolitiska hänsynstaganden vid sidan av rent konkurrensrättsliga aspekter” har någon verklighetsgrund, utan att representanterna agerar efter en strikt konkurrensrättslig norm, vilken i och för sig kan innehålla konkurrensrättslig argumentation byggd på en mängd faktorer och teorier.¹⁶⁹

4.4.2.8 Övrigt kring beslutet

4.4.2.8.1 Accessoriska begränsningar

I många fall innebär en koncentration konkurrensbegränsningar i form av avtal och andra rättsligt bindande handlingar som utan att utgöra grundvalen till koncentrationen, ändå har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen. De begränsningar som avses är sådana som parterna avtalar sinsemellan och som begränsar deras egna handlingsförmåga på marknaden. Exempel på accessoriska begränsningar är konkurrensförbudsklausuler, licensavtal och köp- och leveransåtaganden. Enligt art. 8.2 skall Kommissionens beslut att godkänna en anmäld koncentration även omfatta sådana begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationens genomförande, d.v.s. accessoriska begränsningar. Kommissionen har till hjälp för anmälade parter utgivit ett tillkännagivande om bedömningen av dessa accessoriska begränsningar. Ett förslag till nytt tillkännagivande har också publicerats. Enligt det nya förslaget skall parterna redan på formulär CO motivera en begäran att vissa av dem individuellt avgränsade avtal skall anses uppfylla kriterierna för accessoriska begränsningar. Följden av denna begäran blir att avtalen omfattas av det slutliga beslut som Kommissionen sedan tar vad gäller koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden.¹⁷⁰

4.4.2.8.2 Publicering

Publicering i EGT:s C-serie är obligatoriskt vid slutliga godkännande- eller förbudsbeslut enligt art. 8.2-5.¹⁷¹ Även andra beslut kan, men måste inte, publiceras av Kommissionen.¹⁷² Praxis är dock att Kommissionen gör det ändå. Det brukar ta mellan sex och tolv månader från det att ett beslut tagits till dess att det publiceras. P.g.a. denna långa väntan har man utvecklat en praxis som tillåter personer med ett legitimt intresse att ta del av beslutet så fort all företagshemlig information har tagits bort. Sannolikt finns det då bara tillgängligt på det

¹⁶⁸ Se not 154

¹⁶⁹ Stefan Johansson 000214

¹⁷⁰ Tillkännagivandet från Kommissionen om accessoriska begränsningar i samband med koncentrationer och det nya förslaget till tillkännagivande finns båda på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Fusioner –Lagstiftning”

¹⁷¹ Art. 20.1 förordn. 4064/89

¹⁷² Ritter m.fl. s. 385

språk ärendet beretts på.¹⁷³ På Internet läggs besluten ut i fulltext samtidigt som de publiceras i EGT.¹⁷⁴

4.4.2.8.3 Återkallande av beslut

Kommissionens slutliga beslut kan enligt art. 8.5 i koncentrationsförordningen återkallas om det är baserat på felaktig information, om det har utverkats på ett bedrägligt sätt eller om parterna begått brott mot ett åtagande de har gjort.¹⁷⁵

4.4.2.8.4 Överklagande

Court of First Instance, d.v.s. EG-domstolens första instans, har obegränsad jurisdiktion att granska lagenligheten i Kommissionens beslut vad gäller böter och viten, liksom den har jurisdiktion enligt Romfördragets art. 230 (f.d. art. 173) att granska Kommissionens beslut enligt koncentrationsförordningen. En prövning görs efter en begäran om upphävande av beslutet. Taleberättigade är parterna och andra personer som är direkt och personligen berörda av beslutet.¹⁷⁶

Prövningen enligt koncentrationsreglerna är påfrestande för företagen som är inblandade och leder ofta till ett slags vakuum i verksamheten. Även personalen upplever i många fall en känsla av osäkerhet under prövningen. Med hänsyn till detta torde rättigheten att överklaga ett negativt beslut till EG-domstolen, vilket skulle innebära en förlängd osäkerhet och ineffektivitet, inte framstå som ett alternativ för de förfördelade parterna. Denna syn på överklaganderätten delar Stefan Johansson, som anser det osannolikt att något företag skulle utsätta sig för en överprövning i EG-domstolen av Kommissionens beslut.¹⁷⁷ Antagandet stöds av faktumet att inget slutligt beslut av Kommissionen har överklagats.

5. Åtaganden

5.1 Allmänt om åtaganden

Kommissionen måste ta ett beslut om en anmäld koncentrations förenlighet med den gemensamma marknaden. Detta kan ske i fas I eller efter en fördjupad fas II-undersökning. Kommissionen har, till skillnad från många nationella konkurrenskontrollsystem, ingen kompetens att påföra parterna några åtaganden. Däremot kan den förena det slutliga beslutet med villkor och skyldigheter att parterna måste genomföra de åtaganden som de gjort gentemot Kommissionen.¹⁷⁸ Det är alltså upp till parterna själva att föreslå åtaganden som de tror möter Kommissionens kritik mot koncentrationen.¹⁷⁹ Ett godkännandebeslut är därför i många fall ett resultat av åtaganden som parterna gjort för att göra koncentrationen förenlig

¹⁷³ Faull & Nikpay s. 272

¹⁷⁴ Se DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Fusioner –Beslut”

¹⁷⁵ Se även Bellamy och Child s. 367 kap. 6-135

¹⁷⁶ Bellamy och Child s. 369 kap. 6-140

¹⁷⁷ Stefan Johansson 000214

¹⁷⁸ Overbury s. 585, 587

¹⁷⁹ Overbury s. 587

med den gemensamma marknaden. Dessa åtaganden kan som sagt göras i fas I eller II, under hand eller efter att Kommissionen i *statement of objections* framställt sina synpunkter på de konkurrensproblem som koncentrationen för med sig.¹⁸⁰

Det finns ett starkt motstånd mot att starta fas II-undersökningar både hos Kommissionen och medlemsstaterna, men framför allt hos parterna. Detta beror bl.a. på att förutsättningarna för att initiera den fördjupade fas II-undersökningen, d.v.s. allvarliga tvivel om koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, redan i sig implicerar oförenlighet. Om man då tillägger att koncentrationen handlar om stora summor och att Kommissionen i fas II måste komma med skriftliga invändningar har många tolkat ett initierande av en fas II-undersökning som att koncentrationen ”is inevitably heading for disaster”¹⁸¹. Detta har lett till en stark press på MTF att finna lösningar på identifierade konkurrensproblem redan i fas I. Parterna å sin sida är därför ofta beredda att göra åtaganden redan i fas I för att slippa gå igenom fas II.¹⁸²

Det är inte alltid så lätt att i ett ärende identifiera konkurrensproblemen eller finna en godtagbar lösning på dem. I dessa fall, eller där samarbetssvårigheter finns mellan Kommissionen och parterna, är en fas II-undersökning lämpligare.¹⁸³

Det ligger i sakens natur att parterna i de allra flesta fallen inte kommer föreslå ett åtagande som är deras ”bottom line”. Sannolikt gör de ett förslag som möter kritiken från Kommissionen, men som ändå lämnar dem lite handlingsutrymme. MTF måste då besvara parternas initiativ till den del som förslaget inte till fullo möter Kommissionens kritik. Dessa förhandlingar kommer in i proceduren på ett ganska sent stadium. Overbury har gjort liknelsen att ”(t)he process may assume the quality of a poker game, but it is a poker game in which the parties themselves are always the dealer.” Detta menar han eftersom det är parterna som styr processen såtillvida att det är *de* som tar initiativ till åtaganden som sedan bedöms av Kommissionen.¹⁸⁴

5.1.1 Åtaganden under fas I

Vid förordning 4064/89:s tillkomst hade man sannolikt ingen tanke på att företag skulle komma att vilja göra åtaganden redan i fas I för att få ett snabbt godkännandebeslut. Detta tyder i vart fall Kommissionens uttalande i green paper från 1996 på,¹⁸⁵ där den säger att ”the introduction of ’express powers for accepting and enforcing Phase 1 commitments’ must be combined with some procedural amendments ’[i]n order to ensure transparency and to give Member States and interested third parties adequate time for comment’”.¹⁸⁶

Innan den ändring av förordning 4064/89 som genomfördes den 1 mars 1998 genom förordning 1310/97 hade Kommissionen alltså ingen uttrycklig kompetens att godkänna en företagskoncentration p.g.a. åtaganden som parterna gjort redan i fas I. I art. 8.2 fanns däremot redan då en uttrycklig regel som möjliggjorde för Kommissionen att godkänna en

¹⁸⁰ Cook och Kerse s. 185

¹⁸¹ Overbury s. 576

¹⁸² Overbury s. 576

¹⁸³ 1998 års konkurrensrapport s. 57

¹⁸⁴ Overbury s. 587

¹⁸⁵ Broberg ECLR [1996] vol. 17 nr. 5, s. 293 och not 24

¹⁸⁶ Green Paper on the Review of the Merger Regulation COM(96) Bryssel 31.1.1996, s. 29, finns även på Internet på DG IV:s hemsida (http://europa.eu.int/en/record/green/gp9601/ind_merg.htm)

koncentration till följd av åtaganden från parterna i fas II. Att det inte fanns någon explicit regel i denna fråga vad gäller godkännanden i fas I hindrade dock inte Kommissionen från att i praktiken meddela godkännandebeslut enligt 6.1.b på denna grund.¹⁸⁷

Kommissionens självpåtagna kompetens att avge godkännandebeslut i fas I p.g.a. åtaganden av parterna debatterades en del innan ändringen. Broberg ansåg då att ”the argument that such phase one commitments may significantly prejudice the legal safeguards built into the Regulation is found to be very convincing”.¹⁸⁸ Krause å sin sida ifrågasatte inte Kommissionens rätt att godkänna koncentrationer p.g.a. åtaganden i fas I som sådan, vilken han ansåg grunda sig i en analogi mellan art. 8.2 och 8.5. Däremot pekade han på en del problem som denna praxis orsakade.¹⁸⁹ Krause menade att Kommissionen istället borde slutit avtal med parter som fick en koncentration godkänd p.g.a. åtaganden redan i fas I. Avtalet skulle innehållit företagets skyldigheter att leva upp till sina åtaganden samt Kommissionens löfte att under dessa förutsättningar godkänna koncentrationen. Att Kommissionen skulle ha haft rätt att ingå dylika avtal med parterna skulle grundas på art. 181 i Romfördraget och doktrinen om ”*implied powers*”.¹⁹⁰

Ett godkännandebeslut enligt art. 8.2 kan återkallas enligt art. 8.5.b om parterna inte uppfyller sina skyldigheter enligt beslutet att genomföra åtagandena. Men eftersom det inte fanns någon liknande återkallanderegulering vad gäller godkännande i fas I, tog Kommissionen en risk när den utan explicit kompetens ändå godkände koncentrationer till följd av åtaganden i fas I. Om parterna inte skulle levt upp till sina åtaganden hade Kommissionen inte kunnat återkalla godkännandebeslutet på den grunden.¹⁹¹ Brobergs konklusion vad gäller genomdrivande är att Kommissionen inte kunde framtvinga de fas I-åtaganden som den hade accepterat, oberoende av att den saknade kompetens att överhuvudtaget acceptera åtaganden på detta stadium.¹⁹²

Den förste mars 1998 ändrades och gjordes tillägg till förordning 4064/89 genom förordning 1310/97. I dess beaktandemening 8 påpekades att ”(d)et är lämpligt att godta åtaganden under förfarandets första etapp när konkurrensproblemet kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt. Det bör uttryckligen föreskrivas att kommissionen i dessa fall kan förena sina beslut med villkor och ålägganden.” Därför introducerades en ny art. 6.1.a som säger att ”(k)ommissionen kan förena det beslut som den fattar enligt punkt 1 b med villkor och ålägganden i syfte att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden”. Om parterna är villiga att göra åtaganden i fas I får Kommissionen en förlängd period på sex veckor att besluta om godkännande.¹⁹³ Man passade samtidigt på att i 6.1.b ge Kommissionen möjlighet att återkalla godkännandebeslutet om de berörda företagen åsidosätter ett åläggande som beslutet är förenat med. Därmed har de förut så debatterade kompetensproblemen lösts genom uttrycklig reglering.

Som nämnts ovan innebar alltså 1998 års ändringar i företagskoncentrationsförordningen att Kommissionen gavs möjlighet att godta åtaganden från parternas sida redan under fas I, vilket bidragit till att effektivisera proceduren då man sluppit gå in i en fördjupad fas II-

¹⁸⁷ ECLR [1998] vol. 19 nr. 4, s. 255

¹⁸⁸ Broberg CMLRev. [1997] vol. 34 nr. 4, s. 866

¹⁸⁹ Krause s. 209

¹⁹⁰ Krause s. 216

¹⁹¹ Broberg ECLR [1996] vol. 17 nr. 5, s. 293

¹⁹² Broberg CMLRev. [1997] vol. 34 nr. 4, s. 866

¹⁹³ Competition Policy Newsletter 1998 nr.2 June, s. 70

undersökning. Sen ändringen gäller enligt art. 23 i koncentrationsförordningen att Kommissionen har rätt att fastställa förfaranden och tidsfrister för att göra åtaganden enligt art. 6.1.a och 8.2. Som nämnts ovan är tidsfristen tre veckor från anmälan för att lämna in förslag på åtaganden som av parterna är avsedda att utgöra grunden för ett godkännandebeslut i fas I enligt 6.1.b.¹⁹⁴ Kommissionen skriver i 1998 års Konkurrensrapport att "(d)et är naturligtvis ytterst viktigt att parter som vill göra ett åtagande i fas I gör det inom den föreskrivna tidsfristen på tre veckor från dagen för anmälan. Tidsfristen betyder också att den föreslagna gottgörelsen måste vara ett uppriktigt försök från parternas sida att lösa det konkurrensproblem som kommissionen identifierat och därigenom undanröja skälen till "allvarliga tvivel" om transaktionens förenlighet med den gemensamma marknaden, som ju är grund för att inleda fas II-förfarandet, och inte något slags "inledningsbud" som kan bättras på senare om kommissionen kräver det. Förfarandet ger inte mycket utrymme för några egentliga ändringar av förslag. I de fall parterna vill göra fas I-åtaganden måste kommissionen bland annat se till att medlemsstaterna ges möjlighet att inge synpunkter på gottgörelsen och om så behövs, "marknadstesta" den på berörda tredje parter, innan de beslutar sig för om gottgörelsen skall godtas eller inte. Kommissionen är inte skyldig att godta en gottgörelse i fas I och den kommer inte heller att tillåta att förfarandet missbrukas genom att parterna inte förrän i sista stund erbjuder fullgod gottgörelse, i förhoppningen att någonting mindre krävande skall vara tillräckligt."¹⁹⁵

Vad som inte nog kan påpekas är att Kommissionen inte på något sätt är tvungen att acceptera de åtaganden som parterna gör.¹⁹⁶ I fas I kan Kommissionen bara acceptera åtagandena då konkurrensproblemen är klart identifierade och de föreslagna åtagandena helt eliminerar dessa.¹⁹⁷ En förutsättning för att Kommissionen skall kunna ge ett godkännandebeslut redan i fas I är att åtagandena föreslås inom tre veckor från förhandsanmälan.¹⁹⁸

Efter införandet av uttryckliga regler om möjligheter för Kommissionen att avge godkännandebeslut redan i fas I p.g.a. åtaganden, kan en stark trend med allt fler sådana beslut skönjas. Första året, 1998, togs nio stycken 6.2-beslut kopplade till åtaganden och under 1999 har denna siffra mångdubblats.¹⁹⁹

5.1.2 Åtaganden under fas II

Att parterna i en företagskoncentration skulle komma att göra åtaganden och ändringar i den ursprungliga koncentrationsplanen för att blidka Kommissionens kritik, hade förutsetts vid koncentrationsförordningens tillkomst. Därför fanns redan från början regler om företagens möjligheter att i fas II göra åtaganden för att utverka ett godkännandebeslut. Dessa regler ändrades något vid översynen av förordningen 1998.

I den ursprungliga lydelsen av art. 8.2, som reglerar åtagandena i fas II, angavs att Kommissionen till godkännandebeslutet får infoga villkor och skyldigheter för att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot Kommissionen "with a view to modifying the original concentration plan". Detta verkade vara en snävare

¹⁹⁴ Förordn. 447/98 art. 18.1

¹⁹⁵ 1998 års konkurrensrapport s. 57

¹⁹⁶ Competition Policy Newsletter 1999 nr.1 February, s. 42

¹⁹⁷ Competition Policy Newsletter 1998 nr. 2 June, s. 27 och 1994 års konkurrensrapport s. 315

¹⁹⁸ Competition Policy Newsletter 1998 nr. 3 October, s. 34

¹⁹⁹ Competition Policy Newsletter 1998 nr. 2 June, s. 27

bestämning av tillåtna åtaganden än vad som gäller idag. Av vissa tolkades den nämligen som att parterna endast fick föreslå åtaganden relaterade till tillgångar som ingick i koncentrationsplanen och alltså inte relaterade till andra tillgångar.²⁰⁰ Denna eventuella begränsning av möjliga åtaganden har i vart fall eliminerats av ändringen i art. 8.2, som numera lyder: Kommissionen kan förena sitt beslut med villkor och ålägganden för att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.

Av de 9 fas II-ärenden som det beslutades om under 1998, inbegrep fem godkända koncentrationer under förutsättning att formella åtaganden om gottgörelse gjordes, och i ett annat ärende noterade kommissionen då den godkände koncentrationen de utfästelser som parterna gjorde.²⁰¹

Tidsfristen för åtaganden som föreslagits till Kommissionen för att utgöra grunden för ett slutligt beslut enligt art. 8.2, har bestämts till tre månader från det att förfarandena inleddes. Under exceptionella förhållanden kan kommissionen förlänga denna period.²⁰²

I Telia/Telenor-affären begärde man uppskov på en vecka med att lämna in ändringarna till den ursprungliga fusionsplanen. Frågan är om det fanns några exceptionella förhållanden som kunde motivera ett accepterande av de åtaganden som inlämnades efter tremånadersfristen. Enligt svenska näringsdepartementet krävdes mer tid p.g.a. Post & Telestyrelsens lagförslag om att Telia skulle öppna accessnätet den 1 juli 2000. Eftersom detta lagförslag har varit känt sedan i maj 1999 förefaller det inte ha varit någon oväntad eller exceptionell omständighet som skulle motivera en förlängning av fristen. Risken var då att Kommissionen inte skulle beakta de åtaganden som inkommit efter utgången av den ursprungliga tremånadersfristen och följaktligen hela fusionen skulle komma att underkännas.²⁰³

Ur procedursynpunkt har dock kommissionen godtagit att det har inneburit ytterligare och exceptionella begränsningar för de anmälade parterna att göra de föreslagna åtagandena, bland annat eftersom deras ursprungliga fusionsplan hade godkänts av de svenska och norska parlamenten. Kommissionen har därför, som ett undantagsfall, gått med på att beakta de föreslagna åtagandena trots att de gavs in en vecka efter den lagstadgade tidsfristen. Kommissionen har fattat detta beslut med beaktande av att det i begäran om förlängd tidsfrist angavs vilka ytterligare åtaganden som skulle göras och att begäran gavs in inom den stadgade tidsfristen. Kommissionen har vidare beaktat att de föreslagna åtagandena var tydliga, vilket har möjliggjort en fullständig och riktig bedömning av det ändrade förslaget och vederbörligt samråd med EU:s medlemsstater och tredje parter.²⁰⁴

Enligt Stefan Johansson kunde Kommissionen inte stoppa fusionen p.g.a. denna försening eftersom den hade fått igenom så många krav. Beslutet att beakta åtagandena är därför en slags kompromiss, vilken blev möjlig för Kommissionen då Telia och Telenor hade angett i detalj vad man skulle komma att åta sig i den försenade skrivelsen.²⁰⁵

²⁰⁰ ECLR [1998] vol. 19 nr. 4 s. 255 och Cook och Kerse s. 186

²⁰¹ 1998 års konkurrensrapport s. 57, se vidare kap. 2.1

²⁰² Förordn. 447/98 art. 18.2

²⁰³ Dagens Industri 990927

²⁰⁴ Pressmeddelande IP/99/746

²⁰⁵ Stefan Johansson 000214

I anledning av detta beslut sade en källa i Kommissionen att man inte ville stoppa fusionen mellan Telia och Telenor bara för stoppandets egen skull på formella grunder, men att man å andra sidan måste se till att proceduren respekteras. Risken är att företagen annars hela tiden försöker skjuta på tidsgränsen med sina eftergifter.²⁰⁶ Slutsatsen av detta blir att Kommissionen är relativt generös med tidsfristen, men att det måste finnas ett skäl som motiverar ett undantag från den, låt vara att det kan vara svagt. Exceptionella omständigheter skall därför inte tolkas strikt och ej heller begränsas till skälen som sådana, utan till hela situationen, vilket ger Kommissionen ett större skön. De skäl som Telia/Telenor anförde bör ha tangerat gränsen för vad Kommissionen kan godta som exceptionella skäl, men med hänsyn till situationen som helhet kunde man ändå ta med de tillkommande åtagandena i bedömningen av fusionen.

5.2 Utkast till tillkännagivande från Kommissionen

Kommissionen har utarbetat ett förslag till riktlinjer om åtaganden av parterna i koncentrationsprocessen. Det har varit ute hos olika remissinstanser för inhämtande av synpunkter och tidsfristen för inkommande av kritik var satt till 8 oktober 1999.²⁰⁷ Eftersom utkastet inte antagits ännu är det inte på något sätt bindande för Kommissionen. Det är ändå intressant eftersom det speglar Kommissionens allmänna inställning och principer kring de åtaganden som parterna gör. Då tillkännagivandet antagits kommer Kommissionen känna sig bunden till sina egna principer och riktlinjer såsom de uttryckts däri. Tillkännagivandet bildar då praxis för Kommissionen, vilken blir viktig att följa av rättssäkerhetsskäl och önskan om förutsebarhet i processen. Tillkännagivandet ger vägledning för parterna samtidigt som Kommissionen inte lika lätt kan frånga sina egna principer då de kodifieras.

Utkastet innehåller allmänna principer om åtaganden, exempel på åtaganden som Kommissionen har godtagit, situationer som av olika anledningar inte kan godtas och de krav som ställs på parternas förslag till åtaganden i fas I och II. Det innehåller också Kommissionens principer vad gäller krav på åtaganden och genomförandet av dem. Principerna bygger på åtaganden om avyttring som är den vanligaste formen av åtagande. Detta tillkännagivande skall bl.a. tjäna som vägledning för jurister som utformar förslag till åtaganden.

Kommissionen har fått en del kritik för att man inte har gett ut fler riktlinjer, guidelines, men numera har den kritiken sannolikt tystnat i takt med att man antagit allt fler riktlinjer. Det finns även kritik mot hur behjälpliga sådana riktlinjer egentligen är. Overbury menar att de inte är så mycket till hjälp om de är för formella. Han säger att "(g)uidelines, after all, tend to set out attitudes to be adopted in the future based on past experience and to that extent they may inhibit a flexible approach to new situations."²⁰⁸ Det stämmer att man bör vara vaksam mot att inta en för oflexibel hållning till nya situationer, men faktum kvarstår att dylika riktlinjer är en bra hjälp när man skall göra en första bedömning av en uppkommen situation. Vad gäller redan bedömda situationer kan man med hjälp av riktlinjerna, som sammanfattar praxis, bilda sig en relativt säker bild av hur Kommissionen kommer bedöma koncentrationen i fråga. Desto osäkrare blir bedömningen när det gäller en tidigare okänd situation. Det som riktlinjerna i bästa fall kan bibringa här, är en fingervisning om hur Kommissionen kan

²⁰⁶ Nyhetsbyrå Direkt 990924

²⁰⁷ Introductory note on draft Commission notices, se DG IV:s hemsida på Internet (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under "Fusioner- Lagstiftning"

²⁰⁸ Overbury s. 588

komma att se på koncentrationen. Hur mycket omständigheterna i det enskilda fallet sen påverkar är alltid svårt att förutse.

5.3 Typer av åtaganden

Man kan dela in åtaganden i två huvudtyper: strukturella och beteendemässiga åtaganden. Kerse menar att då huvudsyftet med förordningen är att bevara ”competitive market structures”, så föredrar Kommissionen följaktligen strukturella åtaganden eftersom ”(s)uch an objective implies structural remedies”. Att Kommissionen skulle föredra strukturella åtaganden visar enligt Kerse Nordic Satellite Distribution-fallet, där Kommissionen efter att ha analyserat olika förslag till åtaganden från parterna tillbakavisade dem alla p.g.a. att de till mestadels var beteendemässiga och svåra att kontrollera och genomdriva.²⁰⁹ Jag menar att det finns andra senare beslut²¹⁰ som villkorats med beteendemässiga åtaganden, vilket tyder på att Kommissionen ibland kan föredra sådana. Visserligen är strukturella åtaganden i många fall lättare att kontrollera men faktum kvarstår att beteendemässiga åtaganden i vissa fall är mer adekvata lösningar på de uppkomna konkurrensproblemen. Dessutom kan beteendemässiga åtaganden i många fall vara ett lämpligt komplement till strukturella åtaganden.

Jones m.fl.²¹¹ har gjort en indelning av åtaganden i beteendemässiga och strukturella. Dessa har författaren sedan gjort underindelningar till, vilka bygger på de av företagen mest frekventa och av Kommissionen accepterade åtagandena. Uppställningen nedan syftar till att ge intresserade en fingervisning om vad åtaganden egentligen kan röra sig om, rent konkret. För att bedöma om nedan angivna åtaganden kan vara aktuella och ”passar” i ett visst ärende måste den föreliggande situationen jämföras mycket noggrant med de ärenden där åtagandetyper lätt till ett positivt beslut från Kommissionen.

Åtagandetyper:

1. Beteendemässiga åtaganden.
 - a) Separat management av tillgångar²¹²
 - b) Exklusiva leveransavtal²¹³
 - c) Beteende mot leverantörer²¹⁴
 - d) Samarbetsavtal med konkurrenter²¹⁵
 - e) Licenspolicy²¹⁶
 - f) Återkallande av anti-dumping-anmälan²¹⁷
 - g) Behållande av existerande kapacitet/ output nivå²¹⁸
 - h) Erbjudande om nödvändig service/licenser/produkter till konkurrenter och kunder²¹⁹

²⁰⁹ Cook och Kerse, s. 186

²¹⁰ Gencor/Lonrho M.413 para 216, Nestlé/ Perrier

²¹¹ Jones m.fl. s. 863

²¹² Boeing/McDonnell Douglas M571 p. 119

²¹³ Fiat/Ford New Holland M12 p. 30, TNT/GD Net M56 p.46-7, Grand Met. Cinzano M74, KNP/BT/URG M149 p. 166, Boeing/Mc Donnell Douglas M571 p. 116

²¹⁴ Boeing/McDonnell Douglas M571 p. 119

²¹⁵ Varta/Bosch M41 p. 51-6, Kali & Salz/MDK/Treuhand M179 p. 63-8, Glaxo/Wellcome M283 p. 29

²¹⁶ Boeing/McDonnell Douglas M571 p. ?

²¹⁷ Saint Gobain/Wacker Chemie/NOM M495 p. 260-4

²¹⁸ Gencor/Lonrho M413 p 215-6

2. Strukturella åtaganden:

- a) Försäljning av kapacitet²²⁰
- b) Försäljning av hela eller delar av ett företag²²¹
- c) Skapande av en ny leverantör på marknaden²²²
- d) En parts urdragande från ett *joint venture*²²³
- e) Tillbakadragande från flygrutter/ göra nya tillgängliga²²⁴

5.4 Telia och Telenors åtaganden

Telia och Telenor hade vissa planer på eventuella åtaganden redan från början i processen, men till största del utformades de slutliga åtagandena allt eftersom man såg hur processen utvecklade sig. I praktiken, menar Stefan Johansson, är det Kommissionen som säger vad som behövs genom diskussionerna om vad som utgör problemområden. Det är också mycket upp till konkurrenter och andra berörda att avgöra om åtaganden är tillräckliga, eftersom de ombeds yttra sig om transaktionen och åtagandena i och med marknadstestet.²²⁵

Den 13 oktober 1999 avgav Kommissionen sitt slutliga beslut angående tillåtligheten av Telia/Telenor-fusionen. Det innebar ett godkännande av affären, men med långtgående åtaganden för parterna. Åtagandena innebär ett öppnande av accessnätet för telefoni och en avyttring av båda företagens respektive kabel-TV-verksamheter och andra överlappande verksamheter. Fusionen i sin ursprungliga form bedömdes enligt Kommissionen ge upphov till allvarliga konkurrensproblem genom att den skulle förstärka företagets dominerande ställningar på flera svenska och norska marknader för telekommunikation och närstående tjänster, bl.a. marknaderna för fast kopplade telefonitjänster, mobiltelefonitjänster, företagsdatakommunikation, Internetanslutning, distribution av abonnentväxlar och lokala telefonkataloger. De skulle genom fusionen även bli dominerande på den irländska mobiltelefonmarknaden, eftersom den sammanslagna enheten skulle få kontroll över de två enda operatörerna där. På den skandinaviska marknaden för TV-tjänster befarades den vertikala integreringen förstärkas och ett ökat antal hushåll bli anslutna till det sammanslagna företagets distributionssystem. Den dominerande ställningen skulle därvid uppkomma på marknaderna för distribution av TV-tjänster till slutkund, inköp av program, försäljning av programrättigheter till återförsäljare, satellittransponderkapacitet och teknik för kryptering och dekryptering av TV-signaler.

²¹⁹ Elf Aquitaine-Thyssen/Minol M109 p. 13, Du Pont/ICI M115 p. 47-8, Glaxo/Wellcome M283 p. 29, Swedish Match/KAV M629 p. 42

²²⁰ Nestlé/Perrier M100 p. 51-6, Air France/Sabena M116 p. 32, 36-8, 43-6, 50-1, 55-7, British Airways/TAT M121 p. 25-6, British Telecom/MCI II M541 p. 76-80

²²¹ Alcatel/Telettra M18 p. 44-6, Magnetti-Marelli/CEAC M23 p. 19, Accor/Wagon-Lits M86 p. 29-31, Nestlé/Perrier M100 p. 51-6, Du Pont/ICI M115 p. 47-8, KNP/BT/URG M149 p. 166, Shell/Montecatini M 213 p. 6, 115-122, Procter & Gamble/Schickendanz M219 p. 186-9, MSG Media Service M256 p. 94-9, Nordic Satellite M326 p. 153-160, RTL/Veronica/Endemol M343 p. 111-3, Orkla/Volvo M344 p. 123, ABB/Daimler Benz M350 p. 139-147, Repola/Kymmene M355 p. 54, 64-7, Crown Cork & Seal/Carnaud Metalbox M358 p. 115-8, Kimberly-Clark/Scott Paper M383 p. 223-240, Shell/Montecatini M414 p. 1-21, British Telecom/MCI II M541 p. 76-83

²²² Du Pont/ICI M115 p. 47-8, Gencor/Lonrho M413 p 215-6

²²³ RTL/Veronica/Endemol M343 p. 11-6

²²⁴ Air France/Sabena M116 p. 32, 36-8, 43-6, 50-1, 55-7, British Airways/TAT M121 p. 25-6, Swissair/Sabena M327 p. 42-8

²²⁵ Stefan Johansson 000214

För att Kommissionen skulle godkänna fusionen var därför Telia/Telenor tvungna att ändra sin fusionsplan så att deras redan dominerande ställning inte skulle förstärkas eller dominans uppkomma på nya marknader. Följande åtaganden gjordes därför i detta syfte:

- Alla befintliga överlappningar på området för teletjänster kommer avyttras (dvs. Telenors svenska och Telias norska verksamheter skall säljas). Den nya enheten kommer därmed inte att få en större kundbas än vad Telenor hade före fusionen. Dessutom kommer de nya ägarna till de avyttrade verksamheterna att få ett starkare fotfäste på de svenska och norska telemarknaderna.
- Antingen Telia eller Telenor kommer att sälja sina andelar i en av de två befintliga irländska mobilteleoperatörerna.
- Företagens respektive intressen i kabel-TV-nät i Sverige och Norge kommer att avyttras, vilket kommer att leda till att den sammanslagna enheten inte kommer att få en större kundbas än vad Telenor hade före fusionen.
- Ett antal åtgärder kommer att vidtas för att öppna accessnätet i båda länderna. Detta kommer att öppna för tillträde till slutanvändarna av teletjänster i både Sverige och Norge, vilket kommer att garantera att den sammanslagna enheten inte kommer att vara det enda företag som har sådant tillträde i dessa båda länder och i Norden. Köparna av de överlappande telekommunikationstillgångar som skall avyttras kommer att kunna utveckla dessa ytterligare till följd av åtagandet om att öppna accessnätet. Slutligen kommer den framtida köparen av Telias och Telenors kabel-TV-nät att ha kapacitet att erbjuda traditionella teletjänster och mervärdestjänster genom dessa kabel-TV-nät.

Om vi applicerar indelning av åtaganden som gjorts ovan i kap. 5.3 på Telia/Telenor-fusionen ser vi att parterna här gjort mestadels åtaganden av strukturell karaktär. Försäljningen av den överlappande verksamheten på teletjänst-området, d.v.s. Telenors svenska och Telias norska verksamhet, är ett exempel på försäljning av kapacitet. Försäljningen av antingen Telias eller Telenors andelar i en av de två irländska mobilteleoperatörerna klassas däremot som försäljning av delar av ett företag. Åtagandet att sälja kabel-TV-nätet i respektive land bör också betecknas som försäljning av kapacitet. Att öppna accessnätet för konkurrenter är ett typexempel på ett beteendemässigt åtagande i form av erbjudande om nödvändig service. Detta åtagande var en av stötestenarna för godkännandet, vilket stödjer min mening att beteendemässiga åtaganden är viktiga i sig eller som nödvändiga komplement till strukturella åtaganden.²²⁶ I samband med godkännandebeslutet från Kommissionen lät kommissionären Mario Monti som är ansvarig för konkurrensfrågor, meddela att det är ”förmodligen inte sista gången vi kommer att kräva avyttring av kabel-TV-nät och/eller öppnande av accessnät för att lösa konkurrensproblem”²²⁷. Uttalandet indikerar Kommissionens fortsatta, framtida inställning till företagssammanslagningar på telekommunikationsområdet. Telia/Telenor-fusionen var ju det första ärende om ett samgående mellan två dominerande teleoperatörer i EU som handlades enligt EG:s koncentrationsförordning.

²²⁶ Jfr Cook och Kerse s. 186, se ovan kap. 5.3

²²⁷ Pressmeddelande IP/99/746

5.4.1 Kommissionens policy för framtida avgöranden

Telia/Telenor-beslutet är viktigt eftersom det anger kommissionens syn på transaktioner mellan dominerande operatörer inom EU. Kommissionen kommer att titta mycket noga på tillträdet till lokala tele- och kabel-TV-nät vid bedömningen av eventuella anmälningar av fusioner och samriskföretag mellan sådana dominerande operatörer i framtiden. Kommissionen kommer även i framtida ärenden att kräva att kabel-TV-nät avyttras och/eller att accessnät öppnas för att lösa konkurrensproblem. Denna policy ligger i linje med kommissionens granskning av kabel-TV-marknaden 1998, där rättslig åtskillnad mellan kabel-TV-nät och telenät som ägs av samma dominerande operatör var ett minimikrav.²²⁸ Ytterligare åtgärder, som avyttringar, skulle enligt granskningen bedömas från fall till fall, vilket också har gjorts i Telia/Telenor-ärendet.

6. Fusionen spricker

Efter det glädjande beskedet att EU-kommissionen godkänner Telia och Telenors fusionsplan började emellertid samarbetet knaka i fogarna. Koncernchefen Tormod Hermansen kritiserades hårt av bl.a. facket och de anställda och nationell prestige vägde tyngre än rent företagsekonomiska överväganden. Droppen kom när den gemensamma styrelsen beslutade att mobiltelefonverksamheten skulle förläggas till Sverige, vilket resulterade i att den norska regeringen underkände styrelsens beslut på grundval att den inte skulle vara beslutsför. Efter några veckors turbulens och otaliga krissamtal på regeringsnivå beslutade man till slut den 16 december 1999 att upplösa fusionen. Trots detta olyckliga efterspel har Kommissionens prövning av Telia/Telenor-fusionen stor betydelse för bedömningen av andra företagskoncentrationer. Prejudikatvärdet av den procedurrella såväl som den materiella prövningen består därför obeaktat att fusionen senare ej fullföljdes.

7. Slutsatser

Den koncentrationsvåg som startade 1997 håller i sig och växer sig allt större. Kommissionen påverkas genom att allt fler företagskoncentrationer förhandsanmäls och måste prövas enligt regelverket. Vad som ligger bakom fusionstrenden är svårt att säga, eftersom det är ett flertal faktorer som påverkar, men är vanskliga att urskilja. En betydande faktor för de stora, ofta multinationella koncentrationerna kan enligt Kommissionen ha varit införandet av den gemensamma valutan, som medförde synergieffekter p.g.a. förenklade finans- och handelsförhållanden inom koncerner. Detta påverkade då särskilt de företag som har betydande intressen i flera medlemsstater. En annan faktor som nämns av Kommissionen är de för ett par år sedan fallande oljepriserna, vilka ledde till stora omstruktureringar i företag världen över för att förhindra sänkt lönsamhet, inte minst bland oljesektorn och närliggande sektorer.

Om 80-talet kännetecknades av stora konglomerat och diversifiering inom koncernerna, så kännetecknas 90-talet av en globaliseringstendens och en strävan mot att renodla verksamheten. Detta för med sig bildandet av koncentrationer av företag som blir världsledande på sina särskilda produktområden. En annan följd av globaliserings- och specialiseringstendensen är den ökade förekomsten av koncentrationer på marknader som kan

²²⁸ Pressmeddelande IP/99/413

beskrivas som oligopol. På dessa marknader finns ett fåtal stora aktörer, men inget ensamt dominerande företag. Ett exempel är den svenska bensinmarknaden. EG-domstolen har genom Kali und Salz-målet²²⁹ uttalat att företagskoncentrationsförordningen även är tillämplig på kollektiv dominerande ställning, d.v.s. oligopol.

Vad som än ligger bakom den trend av koncentrationer som vi sannolikt bara sett början av, kan man konstatera att dessa transaktioner ökar risken för dominerande ställning på allt fler marknader. Om vi får färre aktörer på marknaden minskar konkurrensen generellt sett och det blir konsumenterna som får ta konsekvenserna genom högre priser. Frågan är då om EU:s koncentrationskontroll är ett bra redskap för att hindra uppkomsten av företagskoncentrationer som hämmar konkurrensen på den inre marknaden. För att kunna avgöra detta måste vi sätta in koncentrationskontrollen i sitt sammanhang.

Konkurrensrätten är fokuserad på den reglerande funktion som rätten har, till skillnad från andra rättsområden där argumentationen är mer konfliktlösande till sin funktion. Konkurrensrättsliga regler måste därför ses som en integrerad del av hela det konkurrensrättsliga systemet, där deras allmänna mål är att främja tillväxt och ekonomisk effektivitet.²³⁰ Om vi hade haft helt fri konkurrens hade de största och mest resursstarka företagen köpt upp sina svagare konkurrenter, vilket hade lett till en koncentration på marknaden. Detta kan i sin tur få till följd att tillväxten avtar eftersom den ekonomiska effektiviteten minskar. Detta scenario är ur flera avseenden negativt för konsumenterna. Nu är det emellertid så att konkurrenskrafterna inte givits fritt spelrum, utan de har reglerats på både statlig och överstatlig nivå. För Sveriges del innebär detta att vi har nationella konkurrensregler, samt att vi måste följa EU:s konkurrensrätt. På vissa områden är det mest fördelaktigt att endast reglera på nationell nivå, men vad gäller konkurrensregler och företagskoncentrationer skulle det inte vara ändamålsenligt. Allt fler koncentrationer sker, som nämnts ovan, över nationsgränserna och parallella, nationella prövningar av dessa skulle minska förutsebarheten och öka rättsosäkerheten hos aktörerna på marknaden. För att uppnå de positiva följderna av sund konkurrens måste spelreglerna också vara samma för alla aktörer inom EU. Därför behövs en företagskoncentrationskontroll på överstatlig nivå. Kravet på verksamhet och viss omsättning inom den gemensamma marknaden ger EU:s koncentrationskontroll extraterritorialitet, vilket är nödvändigt för att undvika kringgående av reglerna. Övriga materiella regler som t.ex. kravet på viss omsättning för att koncentrationen skall anses ha gemenskapsdimension, kan alltid diskuteras, men för att kunna utvärdera dessa måste först en noggrann ekonomisk och juridisk analys göras. Här kan bara kort sägas att *de minimis*-regler behövs, eftersom Kommissionen annars skulle överhoppas av ärenden som inte har någon betydelse för utvecklingen av konkurrensen på den gemensamma marknaden. Vad gäller bedömningen om en transaktion ger upphov till minskad konkurrens så kan man inte beskylla Kommissionen för att vara för sträng i denna bedömning. Tvärtom har Kommissionen kritiserats för att vara alltför tillåtande genom att godkänna för många ärenden. Förbud är i sig inget mål för koncentrationskontrollen, utan det är endast som sista utväg som Kommissionen motsätter sig en permanent strukturförändring av marknaden.²³¹ Detta påstående stöds av den än så länge relativt lilla del av de slutliga besluten som är icke godkännande-beslut. Man kan dock anta att denna andel kommer öka, dels till följd av det ökande antalet förhandsanmälningar, dels p.g.a. att trenden pekar mot allt större företagskoncentrationer. EU:s prövning av koncentrationer är sammanfattningsvis i stort sett

²²⁹ Frankrike mot Kommissionen samt Frankrike, SCPA och EMC mot Kommissionen, de förenade målen C-68/94 och C-30/95, REG 1998

²³⁰ Bladini s. 156 ff

²³¹ Overbury s. 584

ett bra redskap om man bestämt sig för att hindra den helt fria konkurrensen från att öka koncentrationen på marknaden.

Om vi så inriktar oss på proceduren har jag genom min begränsade undersökning inte fått några belägg för att den skulle innehålla några betydande brister. Sekretesskyddet under prövningen verkar fungera bra enligt både Kommissionens handläggare Dan Sjöblom och den ansvarige för Telias Notification Team, Stefan Johansson. Däremot antyder Faull & Nikpay att tilltron till sekretessen i *pre notification contacts* sviktar hos en del företag. För att dessa inte skall avstå från de viktiga informella diskussionerna med Kommissionen innan förhandsanmälan, borde man arbeta med att stärka tilltron till Kommissionens förmåga att behandla företagen konfidentiellt. Det finns dock så vitt jag vet inget som tyder på att farhågorna skulle vara befogade. Tvärtom har Kommissionen och MTF vid det här laget en lång erfarenhet av att arbeta konfidentiellt, i förtroende med olika företag.

De ovan beskrivna *pre notification contacts* är mycket omfattande och en stor och viktig del av processen. Eftersom Kommissionen inte vill få någon förhandsanmälan underkänd p.g.a. ofullständighet, är de informella kontakterna mycket grundliga. Det är här som Kommissionen lär in ärendet, ställer frågor, förbereder ärendet och förhandsanmälan så pass att den blir fullständig och att man har en rimlig chans att hinna utreda ärendet inom de snäva tidsramarna. Det är mycket viktigt att företaget och dess representanter tidigt tar kontakt med Kommissionen om en förestående koncentration, och att de samarbetar och är öppna redan i detta skede. På så sätt kan onödigt arbete och en fördjupad fas II-undersökning undvikas och prövningen effektiviseras. Genom antagandet av *Best Practice Guidelines* har företagen fått en handledning i hur de skall gå tillväga vid en förhandsanmälan och vad Kommissionen förväntar av dem. MTF hjälper gärna företagen med rådgivning som de därutöver behöver, allt för att få en så smidig prövning som möjligt.

Parterna i koncentrationen har tillgång till handlingarna i ärendet för att kunna förbereda sitt försvar i kommentarerna till *statement of objections* och vid den muntliga förhandlingen. Denna rätt är tämligen vidsträckt och borde därför inte leda till några tvister med förhørsombudet, som har högsta ansvaret för sekretess och utgivande av handlingar. Däremot kan man förvänta sig att berörda och tredje parter beskurna rätt att utfå handlingarna i ärendet ibland kan ge upphov till meningsskiljaktigheter. Reglerna kring denna rätt är mer öppna för att kunna anpassas till många olika situationer, vilket även medför en större möjlighet att tolka dem olika.

För att bemöta Kommissionens kritik av en transaktion kan parterna göra åtaganden som gör koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. Beroende på åtagandenas karaktär kan de antingen betecknas som strukturella eller beteendemässiga. Åtaganden kan numera göras antingen i fas I eller I inom vissa angivna tidsfrister. En grundförutsättning för att Kommissionen skall beakta åtaganden är att de inkommer i rätt tid och att de är tillräckligt klara och tydliga. I Telia/Telenor-ärendet lämnades det slutliga förslaget till åtaganden in efter tidsfristens utgång i fas II. Kommissionen gav uppskov med inlämningen och godtog ändå åtagandena med motiveringen att det innan tidsfristen löpt ut stod klart exakt vad företagen avsåg att åta sig och att den extra tidsåtgången berodde på att båda företagen var statsägda, vilket krävde en annan beslutsgång och på ett lagförslag från den svenska Post- och Telestyrelsen. Detta uppskov och påföljande godtagande rimmar väl med Kommissionens uttalande att det bara är i sista hand som man motsätter sig en permanent strukturförändring av marknaden. För att respekten för processen och de snäva tidsramarna inte skall urvattnas av dylika beslut, måste Kommissionen presentera exceptionella skäl för att kunna ge uppskov

med inlämnandet av åtaganden. Huruvida skälen i detta fall var exceptionella kan ifrågasättas, samtidigt som det de facto är Kommissionen som tillämpar reglerna (förvisso med EG-domstolen som högsta uttolkare). Detta exempel visar på den svåra balansgången mellan politik och juridik, folklig acceptans och formell korrekthet, som Kommissionen ständigt har att göra i koncentrationsärenden. Kommissionen har som sagt var ingen skyldighet att godta några åtaganden och det är formellt parterna som måste komma med förslag på sådana. I praktiken menar Stefan Johansson att det är Kommissionen som säger vad som behövs genom diskussionerna om vad som utgör problemområden. Vem som faktiskt lägger fram ett förslag på åtaganden kan vara osagt, utan viktigast är att parterna i ärendet står bakom förslaget och att Kommissionen antar det. På detta stadium i processen är nämligen samarbetet den avgörande faktorn för framgång med eventuella åtaganden.

Då företagskoncentrationerna bara förväntas öka i antal i framtiden är det av största vikt att de företag som berörs av EU:s koncentrationskontroll blir medvetna om vad den innebär för dem. Om kunskapen om processen ökar, blir även chansen att ”lyckas” i en prövning större.

9. Litteratur- och källförteckning

Tryckt material:

Offentliga tryck:

SOU 1990:1 "Företagsförvärv i svenskt näringsliv"

Tidningar:

Dagens Industri 990925, 990927

Dagens Nyheter 990917

Nyhetsbyrån Direkt 990924

Litteratur:

Bellamy, C. och Child, G. "Common Market Law of Competition" 4th ed. Sweet & Maxwell London 1993

Bladini, F. "Den konkurrensrättsliga argumentationen" i "Ånd og rett- Festskrift til Birger Stuevold Lassen", Oslo 1997

Brittan, L. "Competition policy and merger control in the single european market" Grotius Cambridge 1991

Broberg, M. "The EC Commission's Green Paper on the Review of the Merger Regulation" ECLR [1996] vol. 17 nr. 5

Broberg, M. "Commitments in phase one merger proceedings: The Commission's power to accept and enforce phase one commitments" CMLRev. [1997] vol. 34 nr. 4

Broms, P. "EG:s förordning avseende kontroll av företagskoncentrationer" Juristförlaget Stockholm 1991

Cook, C. och Kerse, C. "E.C. Merger Control" 1st ed. Sweet & Maxwell London 1996

Coyet, J. och Gustafsson, L. m.fl. "Konkurrensrätten inom EU och EES- en handbok" uppl. 1 Fritzes Göteborg 1994

ECLR [1998] vol. 19 nr. 4, Analysis section

Gahnström, A. och Norelid, S. "Företagsförvärv i Sverige- en handbok för praktiker" uppl. 1 Juristförlaget Stockholm 1996

Jones, C., Van der Woude, M., Lewis, X. "Competition Law Handbook" 1998 edition Sweet & Maxwell London 1998

Krause, H. "Article 6(1)b EC Merger Regulation: Improving the Reliability of Commitments" ECLR [1994] vol. 15 nr. 4

Lowe, P. "Recent developments in EC merger control" International antitrust law & policy 1994, 1994 Fordham Corporate Law Institute (B. Hawk ed. 1995)

Overbury, H. C. "Politics or policy? The demystification of EC merger control" International antitrust law & policy, 1992 Fordham Corporate Law Institute (B. Hawk ed. 1993)

Ritter, L., Braun, W.D., Rawlinson F. "EEC Competition law- a practitioner's guide" compact edition Kluwer Deventer, Holland 1991

Wahl, N. "Konkurrensförhållanden" avhandling Juristförlaget Stockholm 1994

Westin, J. "Introduktion till EG:s konkurrensregler- en praktisk översikt" uppl. 2 Iustus Förlag Uppsala 1998

Samgåendeavtal av den 30 mars 1999 mellan Telia och Telenor

Material från EU:

Application of the Merger Regulation: Declaration of Incompleteness, finns på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under "Fusioner –Övrigt"

Best Practice Guidelines, finns på Internet på DG IV:s hemsida (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under "Fusioner –Övrigt"

Competition Policy Newsletter 1998 nr.2 June, se DG IV:s hemsida på Internet (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under "Documentation, Publications, Speeches and Articles"

Competition Policy Newsletter 1998 nr. 3 October, se ovan

Competition Policy Newsletter 1999 nr.1 February, se ovan

Green Paper on the Review of the Merger Regulation COM(96) Bryssel 31.1.1996, s. 29, finns även på Internet på DG IV:s hemsida på adressen (http://europa.eu.int/en/record/green/gp9601/ind_merg.htm)

Introductory note on draft Commission notices, se DG IV:s hemsida på Internet (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under "Fusioner- Lagstiftning"

Kommissionens förordning (EG) 447/98 av den 1 mars 1998, EGT L 61 02.03.1998 och Internet på adressen (<http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/sv/44798.pdf>)

XXIV:e rapporten om konkurrenspolitiken 1994, se DG IV:s hemsida på Internet (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under "Documentation, Publications, Speeches and Articles- Annual Reports"

XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken 1998, se ovan

Pressmeddelande IP/99/413, se DG IV:s hemsida på Internet (<http://europa.eu.int/comm/dg04>) under ”Pressmeddelanden”

Pressmeddelande IP/99/746, se ovan

Rådets förordning (EG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT L 395 30.12.1989 och Internet på adressen (<http://europa.eu.int/comm/dg04/lawmerg/sv/c406489.pdf>)

Otryckt material:

Intervjuer och e-postkommunikation:

Widegren, Monica: chef för internationella sekretariatet på Konkurrensverket och ansvarig för samarbetet med Kommissionen, samt Sveriges representant i rådgivande kommittén
Telefonsamtal 991201 och e-post 000127

Johansson, Stefan: f.d. koordinator för Notification Team på Telia
Telefonsamtal 000214

Sjöblom, Dan: arbetar som handläggare på MTF, GD IV på Kommissionen
E-post 000302

