

**Juridiska Institutionen
Handelshögskolan
vid Göteborgs Universitet**

**Tillämpade Studier
30 högskolepoäng
HT-2007**



GÖTEBORGS UNIVERSITET
Handelshögskolan, Juridiska institutionen

Tidpunkt för anmälan av företagskoncentration

**Konsekvenserna vid anmälan av
företagskoncentration innan förekomsten av
bindande huvudavtal**

Författare: Mina Lindgren

Handledare: Professor Rolf Dotevall

Innehållsförteckning

Sammanfattning.....	4
Förkortningar.....	6
1 Inledning.....	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och metod.....	8
1.3 Avgränsning.....	9
1.4 Disposition.....	10
2 Introduktion.....	11
2.1 Syftet med konkurrensrätten.....	11
2.2 Företagskoncentrationens effekter.....	11
2.3 Regler om företagskoncentration.....	12
3 Den svenska modellen.....	14
3.1 Konkurrenslagen.....	14
3.2 Begreppet företagskoncentration.....	15
3.3 Anmälningsskyldigheten.....	15
3.4 Företagskoncentrations oförenlighet med konkurrenslagen.....	16
3.4.1 Bedömningskriterier.....	16
3.4.2 Oförenlighetens omfattning och verkan.....	17
3.5 Handläggning.....	18
3.6 Statistik.....	21
4 EG- rättens inflytande.....	23
4.1 Koncentrationsförordningen.....	23

4.2	Begreppet företagskoncentration	23
4.3	Anmälningsskyldigheten	24
4.3.1	Gemenskapsdimension.....	24
4.3.2	Möjligheterna till hänskjutning	25
4.4	Företagskoncentrations oförenlighet med koncentrationsförordningen	25
4.5	Handläggning	27
4.6	Statistik.....	29
5	International Competition Network.....	30
5.1	Nätverkets funktion	30
5.2	Inställning till tidpunkten för anmälan av företagskoncentration	30
6	Betänkandet En ny konkurrenslag	32
7	Svensk avtalsrätt och prekontraktuellt ansvar	34
8	Partsperspektivet	37
9	Något om transaktionskostnader	39
10	Slutanalys	40
11	Källor	49

Sammanfattning

Parter har vid anmälan av företagskoncentration efterfrågat möjligheten för Konkurrensverket att pröva företagskoncentrationer redan innan förekomsten av bindande huvudavtal. Bakgrunden till denna efterfrågan utgörs av intresset att undslippa den osäkerhet och de kostnader som väntetiden, då Konkurrensverket fattar beslut om koncentrationens förenlighet med konkurrenslagen, innebär för parterna. Ju snabbare en koncentration kan genomföras efter att slutliga avtal ingåtts desto billigare. Dessutom finns möjligheten till en tidigare prövning i många andra länder och även på EG-nivå. Med liknande formella krav internationellt minskar parternas kostnader vid anmälan till flera jurisdiktioner.

Det finns såväl för- som nackdelar med att tillåta prövningen av företagskoncentrationer redan innan bindande avtal har ingåtts. Å ena sidan skulle möjligheten till sådan prövning innebära viss risk för onödigt merarbete för Konkurrensverket, utifall anmälda koncentrationer sedermera inte skulle komma att genomföras. Å andra sidan uppger konkurrensmyndigheter i andra jurisdiktioner som tillåter anmälningar innan förekomsten av bindande avtal att de inte upplevt några större sådana problem. Faktorer som arbetsbelastning, konsultkostnader och risken för negativ publicitet avhåller företag från att anmäla koncentrationer på ren spekulat. Det kan dock bli praktiskt svårt för Konkurrensverket att definiera hur långt parterna måste ha kommit i förhandlingsprocessen innan en anmälan kan accepteras. I likhet med Kommissionen torde vikt fästas vid att båda parterna visar intresse för att koncentrationen skall genomföras samt att den är relativt preciserbar.

En förbudstalan som förs av Konkurrensverket i Stockholms tingsrätt är inte beroende av huruvida det finns bindande överlåtelseavtal eller ej. Detta då ett förbud hindrar koncentrationen som sådan. Konkurrensverket skall inte heller ta hänsyn till eventuella efterföljande civilprocesser då verket inte skall värna om enskilda näringsidkare. Vissa parter som är skyldiga att anmäla en koncentration

till Konkurrensverket kan redan idag undslippa kravet på bindande avtal genom att begära hänskjutning av ärendet till Kommissionen.

Överenskommelser som inte är att anse som konstituerande för en koncentration drabbas inte av ogiltighet efter ett förbud. Detta torde gälla oavsett om förbudet grundar sig på en prövning baserad på ett undertecknat kontrakt eller en form av prekontraktuell handling. Betänkandet En ny konkurrenslag föreslår dock att även rättshandlingar med *syftet* att genomföra en koncentration skall drabbas av ogiltighet. Om överenskommelser anses syfta till att genomföra en koncentration trots att de inte är konstituerande kan detta emellertid innebära såväl oförutsedda som dyra konsekvenser för de anmälade parterna. Vid en förändrad lagstiftning torde parterna således gynnas av en oförändrad skrivning av gällande ogiltighetsregel alternativt med tillägget att ogiltigheten enbart skall drabba rättshandlingar som konstituerar koncentrationen.

Genom att underlätta anmälan av företagskoncentrationer minskar parternas transaktionskostnader. De kostnader som riskerar att uppstå under Konkurrensverkets handläggningsperiod kan undvikas genom att prövningen tidigareläggs i koncentrationsprocessen. Likväl kan kostnader som uppstår då en företagskoncentration är anmälningspliktig i flera jurisdiktioner undvikas genom att sträva efter internationellt konforma anmälningsregler. Ur det större perspektivet kan sådana lättnader skapa ett mer optimistiskt klimat vad gäller initierandet av företagskoncentrationer vilket torde vara till fördel för marknaden, konsumenterna och den generella välfärden.

Förkortningar

Dir	Regeringens kommittédirektiv
EG	Europeiska gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska gemenskapernas domstol
EU	Europeiska Unionen
Förstainstansrätten	Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt
Förvaltningslagen	Förvaltningslagen (1986:223)
HD	Högsta domstolen
ICN	International Competition Network
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
Kommissionen	Europeiska gemenskapernas kommission
Koncentrationsförordningen	Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EGT nr L 24, 29.1.2004
Konkurrenslagen	Konkurrenslagen (1993:20)
Konkurrensverket	Svenska konkurrensverket
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Regeringens proposition
Sekretesslagen	Sekretesslagen (1980:100)
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredning

1 Inledning

”Äro inte löften alltid bindande? Ska det vara någon viss årstid kanske, då de ska ges?”

ur *Röda Rummet* av August Strindberg

1.1 Bakgrund

Konkurrensverket accepterar i dagsläget inte anmälningar om företagskoncentrationer utan att parterna upprättat undertecknade kontrakt. För de anmälade parternas del innebär detta att verkställandet av de ingångna avtalen måste skjutas på framtiden¹ samt en period av osäkerhet i väntan på myndighetens beslut som kan ge negativa effekter. Kravet på undertecknade kontrakt skiljer sig dessutom från det EG-rättsliga systemet, som tjänar som förebild för de svenska reglerna, vilket även har påtalats av anmälade parter². Konkurrensverket har trots kritik och förfrågningar dock valt att behålla kravet.

Den centrala frågeställningen vid regleringen av företagskoncentrationer handlar om hur den bästa balansen, mellan att tillåta företagskoncentrationer som gynnar marknaden respektive förbjuda koncentrationer som hämmar marknaden, kan uppnås.³ Sverige har haft regler om företagsförvärv sedan 1982 års konkurrenslag. Längre tid tog det på EG-nivå då det dröjde till 1989 års koncentrationsförordning för en liknande reglering att bli gällande. Förändringar har sedan införandet av reglerna gjorts bl.a. med en ny konkurrenslag i Sverige år 1993 och en ny koncentrationsförordning på EG-nivå år 2004.

De regler som tillämpas för företagskoncentrationer kan delas in i materiella regler och formella regler.⁴ De materiella rör om bedömningen av

¹ E-mail, Advokat Eric Ericsson, 071203.

² Dnr 815/2000, bilaga 1.

³ Cook och Cohen, *Effects of Mergers*, s 11.

⁴ Jfr Ekelöf och Boman, *Rättegång I*, s 43.

koncentrationen som sådan medan de formella reglerna berör tillvägagångssättet för prövningen. Syftet med denna uppsats är att granska tidpunkten för anmälan vid prövningen av företagskoncentrationer och har således med formella regler att göra. Formella regler förtjänar att uppmärksammas på grund av att det är dessa som förverkligar de materiella reglerna. Om någonting i de formella reglerna inte fungerar korrekt kommer således inte heller de materiella reglerna att få det åsyftade genomslaget.

1.2 Syfte och metod

Vid anmälan av företagskoncentration har parter strävat efter möjligheten för Konkurrensverket att pröva företagskoncentrationer redan innan förekomsten av bindande huvudavtal. Detta är möjligt i många andra länder och även vid anmälan till Kommissionen av företagskoncentration med gemenskapsdimension. Syftet med denna uppsats är att undersöka det svenska rättsliga kravet på bindande huvudavtal vid anmälan av företagskoncentration samt utreda huruvida det finns ett utrymme för förändring.

Den metod som använts vid framställningen av denna uppsats är en traditionell juridisk metod. Förutom sedvanliga rättskällor ligger stort fokus även på Konkurrensverkets utgivna material och handlagda ärenden. Då konkurrensrätten utgör ett särskilt regelsystem i Sverige är det sedermera praxis från Marknadsdomstolen, Stockholms tingsrätt och Konkurrensverket som gör sig aktuell. Med hänsyn till att jag har haft förmånen att vistas vid Konkurrensverket under författandet har jag dessutom kunnat ställa frågor till myndighetens medarbetare på kontinuerlig basis vilket i sin tur bidragit till innehållet i uppsatsen.

1.3 Avgränsning

För att förstå den formella regleringen som gäller vid anmälan av företagskoncentration är det viktigt att ha en uppfattning om den materiella regleringen reglerna samt ändamålet med denna. Denna uppsats har dock inte för avsikt att närmare granska vare sig de materiella reglerna som gäller vid prövningen av företagskoncentrationer eller den nationalekonomiska teori om företagskoncentrationers effekter som ligger till grund för den materiella regleringen.

Likväl är det av vikt att förstå att företagskoncentrationer kan uppkomma på ett flertal olika sätt. Dessa olika former beskrivs kort i uppsatsen men även på denna punkt finns det således mer associationsrättslig information att hämta. Även utredningen om reglerna vid offentligt bud på publika aktiebolag och tillika börsregler kommer att bli begränsad med hänsyn till att det i dagsläget inte krävs bindande avtal för prövning i sådana situationer.

Ytterligare rättsområden som inte kommer att beröras i större utsträckning i denna uppsats är arbetsrätten som gäller vid verksamhetsövergång, krediträtten och finansieringsmöjligheterna vid företagskoncentrationer samt köprättsliga regler om säljaren och köparens rättigheter respektive skyldigheter. Reglerna gör sig förvisso aktuella i samband med företagskoncentrationer men är ur ett konkurrensrättsligt perspektiv inte av avgörande betydelse.

Sist men inte minst kommer ej heller förvaltningsrättsliga normer att behandlas i större utsträckning i denna framställning. Eftersom Konkurrensverket är en statlig förvaltningsmyndighet skall förvaltningsrättsliga principer genomgående tas under beaktan i myndighetens verksamhet.

1.4 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i fyra olika avsnitt. Det första avsnittet innehåller en introduktion i konkurrensrätt samt en presentation av effekterna och regleringen av företagskoncentrationer. Det andra avsnittet presenterar den svenska konkurrenslagstiftningens utveckling samt den svenska och den EG- rättsliga gällande regleringen av företagskoncentrationer. En parallell genomgång görs av systemens rättskällor, effekterna av koncentrationer i strid med rättskällorna samt när anmälningssplikten gör sig gällande. Vidare skall handläggningsprocessen beskrivas och viss statistik presenteras. Det tredje avsnittet uppmärksammar relevanta aspekter utanför det normativa området som bör beaktas i den senare analysen och börjar med en presentation av The International Competition Network samt organisationens inställning till frågan om tidpunkt för anmälan av företagskoncentration. Därefter presenteras utredningen En ny konkurrenslags slutsatser i samma fråga. Därefter skall avtalsrättsliga spörsmål lyftas fram, parternas inställningar till den inledande anmälningssprocessen diskuteras och avslutningsvis en kortare beskrivning av hur rättslig reglering generellt kan öka välfärden i samhället göras. Slutligen följer i det fjärde avsnittet en slutanalys där parametrar som tidigare berörts utvecklas och avvägs mot varandra.

2 Introduktion

2.1 Syftet med konkurrensrätten

Konkurrensrätten är ett ungt rättsområde som saknar rötter i romersk eller annan äldre rätt.⁵ Konkurrensrätten är dock inte en renodlad juridisk disciplin utan vilar på ekonomiska överväganden med det primära syftet är att skydda effektiv konkurrens. Med effektiv konkurrens anses samhällets resurser komma till bättre användning och därigenom vara till fördel för konsumenterna genom att priserna pressas ner och utbudet ökar. Vad som kännetecknar perfekt effektiv konkurrens är i allmänhet en marknad med ett flertal säljare där de utbudna produkterna inte är för differentierade, företagen inte agerar i samförstånd och det inte finns några väsentliga hinder för marknadsinträde.⁶ Enligt den marknadsekonomiska modellen är således konkurrens mellan olika företag det yttersta incitamentet för företagen i sin verksamhetsplanering. Konkurrensrätten ämnar skydda konsumenterna genom att motverka beteenden som leder till att en eller flera producenter kontrollerar efterfrågan och därmed förhindrar effektiv konkurrens.⁷

2.2 Företagskoncentrationens effekter

Aktiviteten av förvärv och sammanslagningar beskrivs ofta som förvärvsvågor som under olika perioder påverkat näringslivets struktur i olika länder.⁸ Strukturella förändringar bland företag är viktiga för utvecklingen av samhällets ekonomi.⁹ Ett företags tillväxt kan genomföras på olika sätt och mot olika bakgrunder. Dels kan tillväxten bero på effektiv utveckling inom företaget, dels kan den bero på samgående eller förvärv av andra företag.¹⁰ Fusioner och förvärv

⁵ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, s 61.

⁶ Wetter, m.fl., Konkurrensrätt- en handbok (2004), s 7 ff.

⁷ SOU 1998:98, s 41 f.

⁸ SOU 1998:98, s 46 f.

⁹ Prop. 1992/93:56, s 38 f.

¹⁰ SOU 1998:98, s 42.

kan dels leda till skalekonomiska fördelar vilket innebär en ökad produkttillverkning utan att marginalkostnaden ökar i samma mån, dels viddeekonomiska fördelar genom en bredd i produktprogram inom utveckling, distribution och marknadsföring.¹¹ Emellertid kan tillväxt i vissa fall leda till marknadsdominans som inverkar negativt på konkurrensen och därmed på utvecklingen av marknaden samt samhällets ekonomi.¹²

Det har gjorts ett flertal studier som undersöker effekterna av företagskoncentrationer. Resultaten har ändå visat att olika typer av koncentrationer kan ge olika effekter. Vid *horisontell* integration, då företagen är verksamma på samma marknad med likartade produkter, minskar antalet självständiga konkurrerande företag vilket kan ha skadlig verkan på konkurrensen om redan uppnådd marknadsdominans förstärks. Även *vertikala* sammanslagningar då företagen har ett produktmässigt samband men befinner sig inom olika led i produktions- och distributionskedjan, t.ex. en sammanslagning av en ledande råvaruleverantör och ett företag som tar fram slutprodukter, kan hämma konkurrensen genom att reducera såväl faktiska som potentiella konkurrenters möjligheter att konkurrera. Slutligen kan även *diagonala* sammanslagningar (konglomerat), då företagen saknar såväl produktmässigt som marknadsmässigt samband, medföra konkurrenshämmande effekter såtillvida marknaderna kan anses närliggande eller besläktade då detta kan medföra att marknadsinträdet för utomstående kan försvåras.¹³

2.3 Regler om företagskoncentration

Konkurrensrättsliga regler med syfte att möjliggöra ingripande vid företagskoncentrationer har utvecklats relativt sent inom konkurrensrätten. En orsak till detta är troligen att det funnits många skiftande attityder till

¹¹ Gripenberg, "Företag måste se fler möjligheter med fusioner".

¹² Prop. 1992/93:56, s 38 f.

¹³ SOU 1998:98, s 43 f, 50.

nödvändigheten och nyttan med en sådan reglering. En ökad koncentration ansågs tidigare normalt inte som någonting negativt utan snarare positivt och som ett led i strukturrationalisering. Inom Europa ansågs det även som en nödvändighet med större företag i konkurrensen med utländska företag. Efter hand kom dock ekonomisk teori och analys att utvecklas och därmed även betoningen av effektiv konkurrens. I många rättssystem anges som det övergripande målet med koncentrationslagstiftningen att motverka uppkomsten av koncentrerade företagsenheter som allvarligt hämmar konkurrensen. Med detta avses normalt koncentrationer som leder till att konkurrensintensiteten minskar genom att marknadsdominans uppkommer eller förstärks. Möjligheten till ingripande skall således dels möjliggöra överlevnad för de effektiva företagen och dels skapa möjlighet för nya företag att tillträda marknaden utan hinder av etableringssvårigheter som skapats av ett eller flera företag som dominerar marknaden.¹⁴

¹⁴ SOU 1998:98, s 44 f.

3 Den svenska modellen

3.1 Konkurrenslagen

Gällande konkurrenslag implementerades 1993 och är inriktade på att motverka tre olika slags åtgärder som kan hämma effektiv konkurrens. Den första typen av åtgärder är gemensamma förfaranden som omfattar flera aktörer på marknaden och avser avtal, överenskommelser eller samordningar mellan konkurrerande företag. Den andra typen av åtgärder är ensidiga förfaranden, vilket förutsätter att företaget i fråga har sådan marknadsstyrka att det kan agera utan att behöva ta större hänsyn till varken konkurrenter eller konsumenter. Den tredje typen av åtgärder är strukturella åtgärder med vilka avses företagsförvärv, sammanslagningar och andra åtgärder för att få ett kontrollerande inflytande över ett företag.¹⁵ I allt väsentligt följer lagen de gällande EG-rättsliga konkurrensreglerna.¹⁶ Konkurrenslagen är tillämplig på alla företag i fråga om all produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter.¹⁷ Lagen har inte som syfte att bereda ett näringsidkarskydd utan är till för att skydda konkurrensen som sådan. Avsikten är således inte att skydda mindre företag från konkurrens från mer effektiva företag trots att det kan leda till nedläggningar eller omstruktureringar. I konsekvens med det allmänna konkurrensintresset skall marknaden dock skyddas från missbrukande företag som hämmar andra företags etablerings- och konkurrensfrihet.¹⁸ Sedan Sveriges inträde i EU gäller dessutom de EG-rättsliga reglerna vilket innebär ett dubbelt konkurrensrättsligt system. Om svensk rätt inte skulle stämma överens med EG-rätten skulle de EG-rättsliga reglerna gå före i enlighet med principen om EG-rättens företräde.¹⁹

¹⁵ SOU 2006:99, s 120.

¹⁶ Prop. 1992/93:56, s 1.

¹⁷ 1 § konkurrenslagen.

¹⁸ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, s 84.

¹⁹ Se vidare Craig och De Búrca, EU Law, s 275 ff.

3.2 Begreppet företagskoncentration

Definitionen av begreppet företagskoncentration finns i 34 § konkurrenslagen. Paragrafen har följande lydelse.

Med en företagskoncentration enligt denna lag avses

1. att två eller flera tidigare självständiga företag slås samman, eller
2. att antingen en eller flera personer, som redan kontrollerar minst ett företag, eller också ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll över ett eller flera företag eller delar därav.

Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner utgör en företagskoncentration enligt första stycket 2.

En företagskoncentration kan således utgöras av företagssammanslagningar (fusioner), förvärv av företag eller del av företag samt bildandet av vissa gemensamma företag. Även förändringar i ägarstruktur eller kontrollmekanismer kan utgöra en företagskoncentration. Endast sådana transaktioner som medför en varaktig förändring av företagets struktur innefattas i begreppet.²⁰

3.3 Anmälningsskyldigheten

I 1993 års lag har det införts en generell anmälningsskyldighet av företagskoncentrationer med EG-rätten som förebild.²¹ En anmälan skall göras till Konkurrensverket om de berörda företagen det föregående räkenskapsåret tillsammans hade en omsättning som översteg fyra miljarder kronor och minst två av företagen var för sig hade en omsättning i Sverige som översteg 100 miljoner kronor.²² Vid en företagssammanslagning skall koncentrationen anmälas av de företag som slås samman och i övriga fall av den eller dem som förvärvar kontroll över ett företag eller en del därav.²³ Det finns ingen regel som föreskriver när en

²⁰ SOU 2006:99, s 375.

²¹ Prop. 1998/99:144, s 64.

²² 37 § konkurrenslagen.

²³ 37 a § konkurrenslagen.

koncentration senast skall anmälas.²⁴ Företagskoncentrationen får dock inte fullföljas under den inledande prövningen hos Konkurrensverket.²⁵ Det normala är att koncentrationer anmäls i samband med att de uppkommer och fullföljs efter att Konkurrensverket har godkänt dem.²⁶

3.4 Företagskoncentrations oförenlighet med konkurrenslagen

3.4.1 Bedömningskriterier

En företagskoncentration skall enligt 34 a § konkurrenslagen förbjudas om den skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligt hämmar eller är ägnad att väsentligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det, och ett förbud kan meddelas utan att väsentliga nationella säkerhets- eller försörjningsintressen åsidosätts. Med dominerande ställning menas en såpass stark ekonomisk ställning hos ett företag att detta kan agera oberoende av sina konkurrenter och således förhindrar effektiv konkurrens. Vid bedömningen av om en dominerande ställning föreligger utgör företagets marknadsandel en viktig faktor. En stor marknadsandel får mindre betydelse om även företagets konkurrenter är i besittning av stora marknadsandelar. Innehär företaget en marknadsandel på minst femtio procent föreligger dock en presumtion för dominans som torde vara svår att motbevisa.²⁷ Rekvisitet "väsentligt hämmar eller är ägnad att väsentligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens" ger uttryck för det s.k. konkurrenstestet, d.v.s. bedömningen av förvärvets negativa effekter på konkurrensen. Av betydelse för prövningen är bl.a. marknadens struktur, förekomsten av faktisk och potentiell konkurrens, företagens marknadsställningar samt ekonomiska och finansiella styrkor, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter och deras tillgång till leveranser och marknader, rättsliga och andra

²⁴ Prop. 1998/99:144, s 71.

²⁵ 38 § konkurrenslagen.

²⁶ Wetter, m.fl., Konkurrensrätt- en handbok (2004), s 761.

²⁷ Prop. 1998/99:144, s 27.

hinder för inträde på marknaden samt utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella produkterna.²⁸

3.4.2 Oförenlighetens omfattning och verkan

Eftersom ett förbud innebär ett stort ingripande från statens sida är det viktigt att såväl Konkurrensverket som Stockholms tingsrätt beaktar proportionalitetsprincipen vid sin prövning för att undvika mer ingripande åtgärder än vad som är klart nödvändigt. Om en partiell avhändelse eller ett partiellt förbud eller något annat åläggande är tillräckligt för att motverka en konkurrenshämmande koncentration bör en sådan möjlighet väljas framför ett totalt förbud.²⁹ En part kan således åläggas att avyttra viss verksamhet eller genomföra annan konkurrensfrämjande åtgärd.³⁰ I doktrin påpekas att domstolen ex officio torde ha möjlighet att gå utanför ett yrkande av Konkurrensverket om totalt förbud och utdöma åläggande eller partiellt förbud, men däremot inte torde kunna utdöma totalt förbud om Konkurrensverket yrkat något mindre ingripande.³¹

Konsekvensen av en förbjuden koncentration är att alla rättshandlingar som utgör del i företagskoncentrationen blir ogiltiga.³² Detta gäller dock inte sådana rättshandlingar som utgörs av förvärv som har skett på en svensk eller utländsk börs³³, en auktoriserad marknadsplats³⁴ eller någon annan reglerad marknad eller genom inrop på exekutiv auktion. I sådana fall får förvärvaren åläggas av Stockholms tingsrätt att avyttra det som har förvärvats.³⁵ Effekterna av ogiltigheten

²⁸ Prop. 1998/99:144, s 28.

²⁹ Prop. 1992/93:56, s 44.

³⁰ 36 § konkurrenslagen.

³¹ Wetter, m.fl., Konkurrensrätt- en handbok (2004), s 735.

³² 35 § konkurrenslagen.

³³ Jfr 1 kap 4 § 1 p lagen om börs- och clearingverksamhet.

³⁴ Jfr 1 kap 4 § 3 p lagen om börs- och clearingverksamhet.

³⁵ 35 § konkurrenslagen.

är att rättshandlingar som legat till grund för koncentrationen inte kan göras gällande till sitt innehåll.

I samband med prövningen av företagskoncentration kan tre olika avtalstyper göra sig gällande. Den första typen av avtal är som nämnts sådana som är konstitutiva för koncentrationen genom att vara en del av koncentrationens uppkomst, t.ex. en avtalsklausul varigenom ett företag överläts. Den andra typen av avtal utgörs av accessoriska begränsningar med vilket menas begränsningar av parternas handlingsfriheter som förvisso inte är huvudsyftet med koncentrationen men ändå nödvändiga för att den skall komma till stånd, t.ex. konkurrensklausuler, licenser avseende äganderättigheter och know-how samt inköps- och leveransavtal. Om en koncentration skall förbjudas uppkommer inte frågan huruvida en begränsning är accessorisk, istället blir reglerna om konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning i konkurrenslagen tillämpliga. Detta gäller även för den tredje typen av avtal som rör konkurrensbegränsningar som inte är accessoriska.³⁶ T.ex. kan ett avtal fortfarande ha rättsverkningar i delar som reglerar förhållandet mellan parterna vid ett förbud eller vad som avtalats mellan part, eller ett annat medverkande företag, och tredje man.³⁷

3.5 Handläggning

Konkurrensverket har bemyndigats att meddela föreskrifter om vilka uppgifter som skall lämnas vid anmälan av företagskoncentration samt fastställa blanketter.³⁸ Konkurrensverket tog fram den första anmälningsblanketten med tillhörande anvisningar i och med 1993 års konkurrenslag. Blanketten kallades K2.³⁹ Enligt blanketten skulle till anmälan bifogas tre exemplar av de *slutliga eller senaste versionerna* av förvärvsavtalet samt andra avtal som rörde företagsförvärvet eller hade anknytning till detta. Möjligheten att anmäla ett företagsförvärv redan innan

³⁶ Prop. 1998/99:144, s 57-60.

³⁷ Prop. 1998/99:144, s 89.

³⁸ 3 § konkurrensförordningen.

³⁹ KKVFS 1993:3.

parterna ingått det slutliga överlåtelseavtalet utgjorde en möjlighet för att påskynda förvärvsprövningen.⁴⁰ Förvärvsdokumentet kunde bestå i ett avtalsutkast eller en avsiktsförklaring. För att Konkursverket skulle pröva förvärvet krävdes dock att dokumentet var tillräckligt precist och konkret. I *Dagab AB m fl.* (1995-10-16)⁴¹ togs framtida planerade förvärv inte upp till prövning då villkor och tidpunkter för förvärven saknades. År 1996 togs en ny blankett K2⁴² fram av Konkursverket. I den nya blanketten angavs att tre exemplar av *förvärvsavtalet* och eventuella aktieägaravtal eller andra avtal som rörde företagsförvärvet eller med anknytning till det skulle bifogas. I praktiken innebar den nya formuleringen dock ingen förändring gällande förvärvsavtalet och detta behövde således inte vara bindande.⁴³ En förändring genomfördes dock i och med blankett K2⁴⁴ som trädde i kraft år 2000. Enligt denna skulle numera tre exemplar av *undertecknat överlåtelseavtal* bifogas anmälan. Ändringarna i och med den nya blanketten baserades på förändringarna i konkurrenslagen som innebar en övergång från reglerna om företagsförvärv till reglerna om företagskoncentrationer. Syftet var således att närma sig EG-rätten och blanketten kom att utformas i nära anslutning till Kommissionens s.k. CO- formulär⁴⁵ som användes vid anmälan av företagskoncentration till Kommissionen.⁴⁶ Kravet på undertecknat överlåtelseavtal var dock något som frångick CO- formuläret. Enligt formuläret räckte det att kopior av de slutliga eller senaste versionerna av alla handlingar som rörde koncentrationen bifogades anmälan.⁴⁷ Om Kommissionen tog emot en anmälan som saknade bindande överlåtelseavtal ansågs anmälan dock inte effektiv förrän parterna hade meddelat Kommissionen att bindande avtal ingåtts.⁴⁸ Detta var i konsekvens med att anmälningsplikten aktualiserades först då parterna i en

⁴⁰ Wetter, m.fl., *Konkurrensrätt- en handbok* (1999), s 540.

⁴¹ Dnr 695/95.

⁴² KKVFS 1996:2.

⁴³ Christina Szatek, 071019.

⁴⁴ KKVFS 2000:1.

⁴⁵ Formulär CO för anmälan av en företagskoncentration enligt förordning (EEG) nr 4064/89.

⁴⁶ Dnr 45/2000, aktbilaga 10.

⁴⁷ Art. 5.1 Formulär CO för anmälan av en företagskoncentration enligt förordning (EEG) nr 4064/89.

⁴⁸ Mål M.021 Dresdner Bank/BNP

företagskoncentration ingått bindande avtal.⁴⁹ I praktiken fanns det således en möjlighet för parterna att deponera sin anmälan i förväg.⁵⁰ Det fanns två anledningarna till att Konkurrensverket införde kravet på undertecknade överlåtelseavtal. Den första var bristande resurser då myndigheten inte ansåg att verksamheten skulle ägna sig åt koncentrationer som sedermera eventuellt inte genomfördes, och den andra att myndigheten såg potentiella problem med utformningen av en förbudstalan om det inte fanns några bindande handlingar att angripa.⁵¹ Kravet på undertecknat överlåtelseavtal kom även att gälla för blanketten för anmälan om företagskoncentration⁵² som infördes år 2006 och som är gällande idag. Premissen frångår dock den senaste koncentrationsförordningen⁵³ från år 2004 som möjliggör anmälan till Kommissionen så snart de berörda parterna kan visa för Kommissionen att de har en ärlig avsikt att ingå ett avtal och har en tillräckligt konkret plan, t.ex. genom ett principalavtal, ett samförståndsavtal eller en avsiktsförklaring (letter of intent) som undertecknats av företagen.⁵⁴ Avvikelsen var även något som påpekades bland de synpunkter som gavs efter att Konkurrensverket gett advokatbyråer, organisationer m.fl. möjlighet att yttra sig inför de nya ändringarna.⁵⁵ År 2004 utfärdades kommittédirektivet Ökad effektivitet på konkurrensområdet m.m. I detta angavs bl.a. att ändringar i konkurrenslagens regler om företagskoncentration skulle övervägas med anledning av den nya koncentrationsförordningen. Det uppmärksammades särskilt att frågan om den tidigaste tidpunkten för anmälan av en företagskoncentration enligt konkurrenslagen skiljde sig från förordningen.⁵⁶ Den utredning som tillsattes kom ut med betänkandet En ny konkurrenslag år 2006⁵⁷.

⁴⁹ Art. 4 (1) Rådets förordning (EG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av koncentrationer mellan företag.

⁵⁰ Bellamy m fl, European Community Law of Competition, s 434.

⁵¹ E-mail, Karin Lunning, 071023.

⁵² KKVFS 2006:3.

⁵³ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁵⁴ Art. 4.1 2 st. samt skäl 34 i ingressen.

⁵⁵ Dnr 583/2004, aktbilaga 17.

⁵⁶ Dir. 2006:128.

⁵⁷ SOU 2006:99.

En anmälan om företagskoncentration utgör en allmän handling när den kommit in till Konkurrensverket vilket innebär att allmänheten har rätt att ta del av den.⁵⁸ Rätten att ta del av allmänna handlingar kan dock begränsas genom lag bl.a. med hänsyn till skyddet för enskilda ekonomiska förhållanden.⁵⁹ Enligt sekretesslagen⁶⁰ skall för Konkurrensverkets tillsyn och utredning sekretess gälla om det t.ex. kan antas att enskild lider skada om vissa uppgifter röjs. Vid handläggningen av företagskoncentration är det främst avtal förknippade med transaktionen samt uppgifter om marknadsandelar, prognoser, kunder och konkurrenter som kan bli aktuella att sekretessbelägga.⁶¹

För övrigt regleras Konkurrensverkets handläggning av förvaltningslagen. Av lagen framgår att handläggningen skall ske så enkelt, snabbt och billigt som möjligt utan att säkerheten eftersätts.⁶² Dessutom har myndigheten en serviceskyldighet som innebär att det skall lämna upplysningar, vägledning, råd och annan sådan hjälp till enskilda i frågor som rör myndighetens verksamhetsområde.⁶³ Innan en anmälan lämnats in finns det även möjlighet att uppta förhandskontakter med myndigheten.⁶⁴

3.6 Statistik

Sedan 1993 års konkurrenslag implementerades hade i slutet av augusti 2007 1 863 stycken företagskoncentrationer anmälts till Konkurrensverket. Av de 64 ärenden som gått till särskild undersökning har fem stycken tagits till Stockholms tingsrätt och av dessa tre stycken avgjorts i sak.⁶⁵ De fem mål som prövats i Stockholms

⁵⁸ 2 kap tryckfrihetsförordningen.

⁵⁹ 2 kap 2 § tryckfrihetsförordningen.

⁶⁰ 8 kap 4 §.

⁶¹ Wetter, m.fl., Konkurrensrätt- en handbok (2004), s 763.

⁶² 7 § förvaltningslagen.

⁶³ 4 § förvaltningslagen.

⁶⁴ Konkurrensverkets föreskrifter (KKVFS 2006:3) om anmälan enligt 37 § konkurrenslagen.

⁶⁵ Konkurrensverkets webbplats, http://www.kkv.se/t/Page___372.aspx, 071018.

tingsrätt är *KKV./Sveriges Television AB m fl.*⁶⁶ där tingsrätten ogillade Konkurrensverkets talan om förbud, *KKV./ Selecta AB m fl.*⁶⁷, där tingsrätten biföll Konkurrensverkets talan efter att den justerats och ålade svaranden vid vite att fullgöra vissa åtagande, *KKV./ Optiroc Group AB m fl.*⁶⁸, där tingsrätten ogillade Konkurrensverkets talan om förbud och Marknadsdomstolen lämnade myndighetens överklagan utan bifall, samt *KKV./ Svenska Girot AB och Postgirot Bank AB*⁶⁹ och *KKV./ SF Bio AB och Sandrew Metronome Sverige AB*⁷⁰, där tingsrätten avskrev målen då de svarande dragit tillbaka sina anmälningar och Konkurrensverket i båda målen därmed återkallade sin talan.⁷¹

⁶⁶ Mål T 8-669-96.

⁶⁷ Mål T 8-712-96.

⁶⁸ Mål MD 1998:10.

⁶⁹ T 1470-01.

⁷⁰ T 6633-05.

⁷¹ SOU 2006:99, s 386 i not 52.

4 EG- rättens inflytande

4.1 Koncentrationsförordningen

Före 1990 fanns det inga särskilda regler om företagskoncentrationer på EG-nivå. EU:s medlemsstater var länge oense i frågan om kompetensfördelningen mellan de nationella konkurrensmyndigheterna och EG:s institutioner samt i frågan hur lagstiftad kontroll över fusioner och förvärv påverkade den industriella utvecklingen. Kritiken gick oftast ut på att kontrollen skulle kunna ha en hämmande effekt på utvecklingen av hemmamarknaden genom att försvåra konkurrensen med utländska företag. Detta gällde såväl ur medlemsstaternas nationella perspektiv som ur ett unionsperspektiv i relation till starka marknader såsom USA och Japan.⁷² EG- domstolen kom dock genom sin praxis att påvisa svårigheter med att tillämpa såväl artikel 81 om konkurrensbegränsande avtal som artikel 82 om missbruk av dominerande ställning för att förhindra förvärv som innebar negativa effekter för den gemensamma marknaden.⁷³ För en effektiv koncentrationskontroll behövdes således särskild reglering.⁷⁴ En ny förordning om kontroll av företagskoncentrationer, förordning 4064/89, trädde i kraft 1990. Den 1 maj 2004 ersattes denna av förordning 139/2004.⁷⁵

4.2 Begreppet företagskoncentration

Enligt koncentrationsförordningen⁷⁶ definieras en företagskoncentration enligt följande.

En koncentration skall anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att

a) två eller flera tidigare självständiga företag eller delar av företag slås samman, eller

⁷² Westin, Europeisk konkurrensrätt, s 195 f.

⁷³ Se Mål 6/72 *Europemballage Corp. & Continental Can Co. Mot Kommissionen* och Målen 142 och 156/84 *British American Tobacco Ltd och RJ Reynolds Industries not Kommissionen*.

⁷⁴ Westin, Europeisk konkurrensrätt, s 196 f.

⁷⁵ Westin, Europeisk konkurrensrätt, s 195 f.

⁷⁶ Artikel 3.1 och 3.4.

b) en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt förvärvar kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag.

Även bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner skall utgöra en koncentration.

Koncentrationsförordningens definition av företagskoncentration är således praktiskt taget identisk med den svenska definitionen i konkurrenslagen.⁷⁷

4.3 Anmälningsskyldigheten

4.3.1 Gemenskapsdimension

Alla företagskoncentrationer som har s.k. gemenskapsdimension skall enligt koncentrationsförordningen⁷⁸ anmälas till Kommissionen. En koncentration har gemenskapsdimension om den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 5 miljarder euro och den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner euro. Medlemsstater får inte tillämpa nationella regler på koncentrationer med gemenskapsdimension.⁷⁹ De får dock vidta nödvändiga åtgärder för att skydda legitima intressen såsom allmän säkerhet, mediernas mångfald och tillsynsregler. Andra allmänna intressen måste erkännas av Kommissionen.⁸⁰ Även företagskoncentrationer som faller under dessa tröskelvärden kan dock i vissa fall komma att ha gemenskapsdimension.⁸¹ En koncentration anses dock sakna gemenskapsdimension trots att tröskelvärdena är uppnådda om vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två

⁷⁷ Se avsnitt 3.2.

⁷⁸ Artikel 1. 2.

⁷⁹ Artikel 21.3 koncentrationsförordningen.

⁸⁰ Artikel 21.4 koncentrationsförordningen.

⁸¹ Artikel 1.3 koncentrationsförordningen.

tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i en och samma medlemsstat.⁸²

4.3.2 Möjligheterna till hänskjutning

Saknar en företagskoncentration gemenskapsdimension finns det ändå en möjlighet att få den prövad av Kommissionen. Denna regel, den s.k. 3 + regeln, är tillämplig för koncentrationer som är anmälningspliktiga i minst tre medlemsländer.⁸³ Likväl kan en företagskoncentration som innehar gemenskapsdimension efter begäran handläggas av nationell myndighet. Detta om parterna motiverar hur koncentrationen påtagligt påverkar konkurrensen på en marknad inom en medlemsstat som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad.⁸⁴ Även de nationella konkurrensmyndigheterna kan begära att en företagskoncentration som saknar gemenskapsdimension skall hänskjutas till Kommissionen. Sådant hänskjutande är möjligt om koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstater och hotar att påtagligt påverka konkurrensen inom den medlemsstats eller de medlemsstaters territorium som framställer begäran.⁸⁵ Likaså kan Kommissionen hänskjuta ärenden till nationella konkurrensmyndigheter. Detta om en företagskoncentration hotar att påtagligt påverka konkurrensen på en marknad inom en medlemsstat som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, även om det rör sig om en väsentlig del av den gemensamma marknaden.⁸⁶

4.4 Företagskoncentrations oförenlighet med koncentrationsförordningen

En företagskoncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till

⁸² Se Mål M.3986 Gas Natural/ Endesa, Mål T-417/05, Endesa SA mot Kommissionen.

⁸³ Westin, Europeisk konkurrensrätt, s 198.

⁸⁴ Artikel 4.4 koncentrationsförordningen.

⁸⁵ Artikel 22 koncentrationsförordningen.

⁸⁶ Artikel 9 koncentrationsförordningen.

följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.⁸⁷ EG- rätten och konkurrenslagen överrensstämmer således till större del i bedömningen av företagskoncentrationer.⁸⁸ Till skillnad från Konkurrensverket har dock Kommissionen befogenhet att självständigt fatta beslut i fråga om företagskoncentrations förenlighet eller oförenlighet med den gemensamma marknaden.⁸⁹ En koncentration som anmäls skall antingen godkännas eller förbjudas. Reser Kommissionen invändningar mot en anmäld koncentration måste parterna eventuellt vidta frivilliga åtaganden för att få ett godkännande. Ett sådant godkännandebeslut får förenas med villkor och ålägganden.⁹⁰ Om Kommissionen förklarar en koncentration som redan genomförts oförenlig med den gemensamma marknaden, eller om en koncentration genomförs i strid med ett villkorat beslut, får Kommissionen kräva att koncentrationen upplöses och att situationen som rådde innan återställs alternativt besluta om andra lämpliga åtgärder för att i största möjliga mån uppnå samma effekt.⁹¹

Giltigheten av en transaktion som genomförs före koncentrationen anmäls till Kommissionen eller innan den förklarats förenlig med den gemensamma marknaden är beroende av Kommissionens beslut.⁹² Genom att koppla giltigheten till beslutet kan en koncentration som egentligen genomförts i strid med förordningen godkännas retroaktivt. Fram till att Kommissionen fattat ett beslut är parternas avtal överkställbara men fortfarande giltiga. Förordningen tar således inte sikte på att förbjuda ingående av avtal utan istället på verkställandet av avtal i den utsträckning som krävs för att undvika negativa effekter.⁹³ Ett fall som ger exempel på de svårigheter som kan uppkomma då Kommissionen förbjuder en

⁸⁷ Artikel 2.3 koncentrationsförordningen.

⁸⁸ Westin, Europeisk konkurrensrätt, s 211.

⁸⁹ Artikel 8.1-3 koncentrationsförordningen.

⁹⁰ Artikel 6.2 och 8.2 koncentrationsförordningen.

⁹¹ Artikel 8.4 koncentrationsförordningen.

⁹² Artikel 7.4 koncentrationsförordningen.

⁹³ Cook och Kerse, EC Merger Control, s 171.

koncentration som redan genomförts är målet *Kesko Oy mot Kommissionen*⁹⁴ där den finska detaljhandelskedjan Kesko hade förvärvat den konkurrerande detaljhandelskedjan Tuko. Kommissionen ålade i fallet Kesko att återställa Tuko-kedjan, som hade hunnit integreras med Kesko, till samma konkurrensmässiga tillstånd som förevarit innan förvärvet och att sälja kedjan till en kvalificerad och av Kesko oavhängig köpare med tillräckliga finansiella resurser för att vidmakthålla och utveckla Tuko som en aktiv konkurrent till Kesko.⁹⁵

Om Kommissionen beslutar att en koncentration inte är förenlig med den gemensamma marknaden är transaktionen ogiltig såväl ur ett EG- rättsligt perspektiv som ur ett nationellt perspektiv med hänsyn till EG-rättens företräde.⁹⁶ Trots att beslutet enligt koncentrationsförordningen innebär ogiltighet för *transaktionen* är det möjligt att nationella domstolar i en civilprocess skulle uppfatta att det är *avtalshandlingarna* i koncentrationen som drabbas av ogiltigheten.⁹⁷

4.5 Handläggning

En koncentration med gemenskapsdimension får som ovan påpekats varken genomföras före den har anmälts till Kommissionen eller före den har förklarats förenlig med den gemensamma marknaden.⁹⁸ Koncentrationen skall anmälas till Kommissionen innan den genomförs och efter ingående av avtalet, tillkännagivandet av det offentliga budet eller förvärvet av en kontrollerande andel.⁹⁹ Möjligheten att meddela parterna att anmälan är ofullständig innebär att tidsfristen börjar löpa först när fullständig information mottagits.¹⁰⁰ Kommissionen avråder från anmälan av en förestående koncentration om den inte kan formuleras

⁹⁴ Mål T-22/97

⁹⁵ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, i not 24 s 185.

⁹⁶ Navarro Varona m.fl., Merger Control in the European Union, s 375.

⁹⁷ Cook och Kerse, EC Merger Control, s 171.

⁹⁸ Artikel 7.1 koncentrationsförordningen.

⁹⁹ Artikel 4.1 koncentrationsförordningen.

¹⁰⁰ Artikel 5 (2) Kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 7 april 2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

tillräckligt noggrant eller tillräckligt utvecklat för att Kommissionen ska kunna analysera dess förväntade effekter på marknaden.¹⁰¹

Anmälan får också göras när de berörda företagen kan visa att de har en ärlig avsikt att ingå ett avtal eller, när det gäller ett offentligt bud, när då en offentlig avsikt att lägga ett sådant bud har tillkännagivits förutsatt att avtalet eller budet leder till en koncentration med gemenskapsdimension. Detta innebär att parterna på ett tidigt stadium kan anmäla koncentrationen till Kommissionen. Prövningen av en koncentration kan därför i praktiken redan vara gjord när det slutliga avtalet väl ingås. Regeln är en förändring från 1989 års koncentrationsförordning och reflekterar Kommissionens ökade förståelse för i vilken kontext koncentrationer anmäls samt fördelarna för parterna med att tidigt kunna anmäla koncentrationer.¹⁰² Parterna skall förvissa Kommissionen om sin avsikt och visa en tillräckligt konkret plan för koncentrationen. Detta kan göras med ett principavtal, ett samförståndsavtal eller en avsiktsförklaring som undertecknats av alla berörda parter. För offentliga bud räcker det med ett offentligt tillkännagivande av avsikten att senare lägga ett sådant bud.¹⁰³ För bedömningen huruvida en handling är att anse som tillräckligt konkret enligt koncentrationsförordningen saknas det riktlinjer. I princip accepterar dock Kommissionen alltid parternas anmälan så till vida den icke-bindande handlingen är underskrivna av båda parter och dess form kan liknas vid de handlingar som finns uppräknade i koncentrationsförordningen. I tveksamma fall görs en fördjupad undersökning, dock mycket sällan. Svårare kan det vara vid offentliga bud då handläggningen kan komma att inrymma en balansgång mellan Kommissionens regler och nationella børsregler. I slutändan handlar emellertid Kommissionens handläggning om att avväga parternas

¹⁰¹ Se vidare Cook och Kerse, EC Merger Control, s 147.

¹⁰² Cook och Kerse, EC Merger Control, s 147.

¹⁰³ Ingress 34 koncentrationsförordningen.

intressen av en snabb process och Kommissionens egen administrativa börda, d.v.s. risken för att koncentrationen sedermera inte genomförs.¹⁰⁴

4.6 Statistik

Sedan 1989 års koncentrationsförordning trädde i kraft hade 3 595 stycken företagskoncentrationer anmälts till Kommissionen i slutet av september år 2007. Av dessa drogs 109 anmälningar tillbaka. Kommissionen har under årens lopp beslutat att förbjuda totalt 20 stycken företagskoncentrationer.¹⁰⁵ Det senaste förbudet fastslogs i juni år 2007 då Kommissionen beslutade att förklara flygbolaget Ryanairs uppköp av konkurrenten Aerlingus oförenligt med den gemensamma marknaden.¹⁰⁶ Detta var dessutom det första förbudet under den nya koncentrationsförordningen. I skrivande stund väntas domar i ett antal mål gällande företagskoncentrationer hos Förstainstansrätten men inga av dessa handlar om överklagade förbud.¹⁰⁷ Senast ett mål om överklagat förbud avgjordes i Förstainstansrätten var i september år 2005 då domstolen fastställde Kommissionens beslut.¹⁰⁸ Domar kan i dagsläge inte heller väntas från EG-domstolen.¹⁰⁹ Senast EG-domstolen avgjorde ett mål efter en överklagan av ett förbud var i *TetraLava/Sidel mot Kommissionen*¹¹⁰ i februari år 2005 då domstolen fastställde Förstainstansrättens beslut att ogiltigförklara Kommissionens förbud.

¹⁰⁴ E-mail Helena Larsson Haug, 071120.

¹⁰⁵ <http://www.ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>, 071101.

¹⁰⁶ M.4439 Ryanair /Aerlingus

¹⁰⁷ <http://competition.practicallaw.com/2-102-3368#a31250>, 071101.

¹⁰⁸ *Mål T-87/05 EDP-Energias de Portugal SA v Kommissionen*

¹⁰⁹ <http://competition.practicallaw.com/9-102-9022>, 071101.

¹¹⁰ Mål C-13/03.

5 International Competition Network

5.1 Nätverkets funktion

The International Competition Network (ICN) är en internationell organisation med syftet att skapa ett nätverk för institutioner som arbetar med konkurrensrätt för att behandla vanliga frågor om implementering och verkställande av konkurrensrättsliga regler. Nätverket arbetar för att underlätta formell och materiell konvergens inom konkurrensrätten med en informell organisation som arbetar i projekt. Med likriktade regler kan bördor på grund av olika formella krav undvikas till fördel för såväl konsumenter som företag runt om i hela världen.¹¹¹

ICN erbjuder konkurrensmyndigheter en informell mötesplats för att upprätthålla kontakter och diskutera praktiska konkurrensrättsliga problem. Det är den enda internationella organisationen som enbart ägnar sig åt konkurrensrätt. Bland medlemmarna finns såväl nationella som multinationella konkurrensmyndigheter. Medlemmarna involveras i arbetsgrupper som främst arbetar via internet, telefon, fax och videokonferenser. Årliga konferenser och seminarier ger medlemmarna möjlighet att diskutera arbetsgruppernas resultat. ICN har ingen lagstiftande funktion men när organisationen når konsensus om rekommendationer från arbetsgrupperna kan de enskilda myndigheterna själva besluta att implementera rekommendationen.¹¹²

5.2 Inställning till tidpunkten för anmälan av företagskoncentration

ICN har antagit en rekommendation för proceduren vid anmälan av företagskoncentrationer. Rekommendationen behandlar 13 olika områden och ett av dessa områden är tidpunkten för anmälan. Av rekommendationen följer¹¹³

¹¹¹ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/home>, 071102.

¹¹² <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/about-icn>, 071102.

¹¹³ III (A) Recommended Practices for Merger Notification Procedures.

Parties should be permitted to notify proposed mergers upon certification of a good faith intent to consummate the proposed transaction.

I kommentaren förklaras att parterna bör ha möjlighet att anmäla transaktionen så fort som möjligt då detta möjliggör parternas anmälan vid den tidpunkt de själva anser vara den mest effektiva samt underlättar samordningen vid anmälan till flera jurisdiktioner. Konkurrensmyndigheter skall dock inte behöva acceptera rent spekulativa anmälningar och skall därför kunna kräva lämpligt stöd för att parterna har för avsikt att fullfölja koncentrationen. De jurisdiktioner som tillåter anmälan med ett letter of intent, principavtal eller offentliggörande av avsikten att lägga ett offentligt bud har inte upplevt några större besvär med spekulativa anmälningar. Kostnader, arbete med att samla in information och risken för offentlig uppmärksamhet frånhåller parterna att göra anmälningar som inte är allvarligt menade. Skulle parterna begära sekretess under handläggningstiden menar nätverket att myndigheten bör överväga hur detta påverkar möjligheten att göra egna undersökningar, t.ex. kontakten med kunder och konkurrenter.¹¹⁴

¹¹⁴ III (A) kommentar 1-3 Recommended Practices for Merger Notification Procedures.

6 Betänkandet En ny konkurrenslag

I betänkandet En ny konkurrenslag från 2007 föreslås att det i konkurrenslagen skall införas en bestämmelse om att en anmälan om företagskoncentration får göras så snart part eller annan medverkande kan visa att de avser att genomföra en koncentration.¹¹⁵ Utredningen lyfter fram möjligheten att anmäla en företagskoncentration till Kommissionen innan ett bindande avtal ingåtts om de berörda företagen kan visa en ärlig avsikt att ingå ett avtal och det finns en tillräckligt konkret plan. Det påpekas att detta även är vanligt i många andra jurisdiktioner och rekommenderas av International Competition Network. En ändring skulle således inte enbart bringa likhet mellan svensk rätt och EG-rätten utan även mellan svensk rätt och många andra länders rätt.¹¹⁶ Vidare framhålls att överensstämmande regler i svensk rätt och på EG-nivå skulle underlätta för företagen och deras ombud genom att öka förutsebarheten. Enhetliga regler skulle även underlätta genomförandet av en företagskoncentration i det fall en koncentration är tvungen att anmälas i flera länder, bl.a. med hänsyn till behovet av sekretess.¹¹⁷ Det påtalas å ena sidan att det förvisso finns en risk för att Konkurrensverket kan komma att handlägga ärenden där koncentrationen inte genomförs i slutändan, å andra sidan anges att erfarenheter från andra länder givit för handen att denna risk inte är särskilt stor. Såväl kostnader som oönskad publicitet gör att företag undviker att anmäla koncentrationer alltför lättvindigt. Enligt utredningens bedömning är en anmälan i praktiken heller inte möjlig förrän den planerade koncentrationen till större del konkretiserats då anmälningsblanketten kräver att ett stort antal uppgifter lämnas innan anmälan kan anses komplett.¹¹⁸

¹¹⁵ SOU 2006:99, s 427.

¹¹⁶ SOU 2006:99, s 428.

¹¹⁷ SOU 2006:99, s 429.

¹¹⁸ SOU 2006:99, s 429.

I kommittédirektivet anges att tidpunkten för anmälan är beroende av att Konkurrensverket inte kan ta egna beslut i koncentrationsärenden utan måste väcka talan om ingripande vid Stockholms tingsrätt.¹¹⁹ Detta avvisar dock utredningen som menar att en anmälan baserad på t.ex. ett letter of intent eller motsvarande skriftlig handling inte torde utgöra något hinder för att Konkurrensverket skall kunna väcka talan om ingripande mot en företagskoncentration. Detta då domstolen prövar huruvida koncentrationen skall förbjudas och inte utgår från existensen av bindande rättshandlingar. Emellertid kan en förbudsdom åberopas i en civilprocess och därigenom få viss rättslig betydelse.¹²⁰

I konsekvens med förslaget att låta företag anmäla företagskoncentrationer förutsatt att de kan visa att de ämnar genomföra koncentrationen föreslår utredningen dessutom en justering av regeln gällande ett förbuds omfattning. Från att en rättshandling som utgör en del i koncentrationen blir ogiltig föreslås således att ett förbud mot en företagskoncentration skall medföra att rättshandlingar som konstituerar koncentrationens genomförande eller har till syfte att genomföra koncentrationen skall bli ogiltiga.¹²¹

¹¹⁹ Dir. 2006:128.

¹²⁰ SOU 2006:99, s 429 f.

¹²¹ SOU 2006:99, s 430.

7 Svensk avtalsrätt och prekontraktuellt ansvar

Avtal som sluts allteftersom parterna kommer överens under förhandlingar är framför allt vanligt vid större transaktioner som t.ex. företagsförvärv och olika former av samgåenden mellan företag. Diskussioner och dokumentation kan dock leda till viss bundenhet redan innan parterna ingått ett slutligt huvudavtal. Rättsläget under detta förstadium till det slutliga avtalet är emellertid ofta ovisst. Många gånger upprättas dokument med varierande beteckningar som representerar annat än det slutliga avtalsdokumentet. Den terminologi som används är emellertid inte sällan föga upplysande, förvirrande eller till och med vilseledande. Ur mängden av förekommande uttryck från engelsk och amerikansk avtalspraxis kan nämnas "heads of agreement", "memorandum of agreement", "agreement in principle" och "term sheet". Vanliga svenska varianter är "principavtal" eller "principöverenskommelse". Den svenska termen "avsiktsförklaring" är ovanlig och är snarast en översättning av den engelska termen "letter of intent" som däremot är vanligt förekommande även i avtal mellan svenska parter. Hur avtalet rubriceras är dock sällan av avgörande betydelse vid bedömningen av dess rättsverkningar. En närmare analys av den löpande texten i avtalet kan leda till att parterna givit uttryck för en starkare bundenhet, alternativt en svagare bundenhet, än vad rubriken antyder. För att tolka avtalet får rubrikerna således tillmätas mindre betydelse än avtalstexten och parternas övriga agerande.¹²²

Syftet med ett letter of intent kan variera. Ibland syftar det endast till att få en *förhandlingspsykologisk effekt* vilket innebär att det inte kan tillmätas någon rättslig betydelse. Andra syften kan vara att säkerställa att den information som motparten tar del av inte sprids vidare, att motparten inte förhandlar med andra parallellt, att klargöra att parterna ännu inte är bundna vid något avtal eller att stipulera avtalad

¹²² Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s 64.

skriftform.¹²³ Med hänsyn till att det i många jurisdiktioner är möjligt att anmäla företagskoncentrationer om parterna kan uppvisa ett letter of intent kan syftet även vara just att uppfylla anmälningsplikten.¹²⁴ Det är inte ovanligt att större avtal om t.ex. företagsförvärv föregås av bindande utfästelser där parterna låser sina förhandlingspositioner så att avtalsinnehållet växer fram successivt. Det är emellertid osäkert huruvida avtalsbundenhet kan anses uppkommen redan innan de avsedda avtalsförhandlingarna slutförts. Ofta förklarar sig parterna inledningsvis vara överens om en rad saker i letters of intent, vilket ger intryck av att det föreligger ett bindande avtal, för att avslutningsvis fastställa att bundenhet inte skall uppkomma innan det finns ett undertecknat skriftligt kontrakt.¹²⁵ Innebörden av sådan avtalad skriftform är en presumtion mot att bindande avtal kommit till stånd innan formkravet uppfyllts.¹²⁶

Skillnaden mellan en handling som medför bundenhet respektive ett som inte medför bundenhet är att part med det förra kan kräva verkställighet och vid avtalsbrott skadestånd upp till det positiva kontraktsintresset d.v.s. ersättning som om kontraktet hade fullgjorts. Detta finns inte reglerat direkt i lagtext men torde följa av allmänna avtalsrättsliga principer¹²⁷. Om en handling inte medför bundenhet gäller istället regler om skadestånd i utomobligatoriska förhållanden vilket innebär att skadeståndslagen blir tillämplig. Enligt denna blir dock ren förmögenhetsskada enbart ersatt i samband med brott.¹²⁸ Kostnader som den ena parten åsamkat sig kan således inte avkrävas den andra parten om det inte finns ett brott. Det kan emellertid finnas en möjlighet till skadestånd om en part oaktsamt vilselett den andra i samband med avtalsingående och motparten haft befogad tillit

¹²³ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s 65.

¹²⁴ Olle Rislund, 071126.

¹²⁵ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s 64 ff.

¹²⁶ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s 72.

¹²⁷ Jfr art. 7.4.2 Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004 och art 9:501 Principles of European Contract Law 1999.

¹²⁸ 2 kap 2 § skadeståndslagen.

till informationen, s.k. culpa in contrahendo.¹²⁹ Sådant prekontraktuellt ansvar kan inträda om part t.ex. inte fullföljer ett letter of intent.¹³⁰ Skadeståndet rymmer dock enbart det negativa kontraktsintresset eller med andra ord ersättning för att återställa parten till dennes ekonomiska ursprungssituation. I NJA 1963 s. 105 hade E anställts av direktör G som VD för ett bolag i Colombia. Enligt den colombianska lagen krävdes dock att bolagsstämman gav sitt godkännande för att avtalet skulle vara giltigt. G intog förvisso en klausul om detta villkor men sände trots det meddelande till E om att infinna sig omedelbart. Bolagsstämman godkände emellertid inte anställningen vilket medförde att E var tvungen att lämna tjänsten. Han stämde därefter G och krävde ersättning för flyttkostnader, kostnader för avveckling av sin egen rörelse samt lön som VD under uppsägningstiden. HD fastställde att G gett E intrycket av att godkännandet var en ren formalitet och tillmätte avgörande vikt vid att G hade börjat tvivla på stämmans godkännande redan då han meddelade E att infinna sig. E blev ersatt för kostnader som han haft på grund av avtalet samt kostnader för förlorad arbetsinkomst från den tidigare verksamheten. Han blev dock inte ersatt den uteblivna lönen.¹³¹

¹²⁹ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, s 428 ff.

¹³⁰ Kleineman, Ren förmögenhetsskada, i not 54 s 433.

¹³¹ Se även NJA 1990 s. 745.

8 Partsperspektivet

En anledning till att Konkurrensverkets krav, på undertecknat överlåtelseavtal för anmälan av företagsförvärv, kan ifrågasättas är att det för parterna i en företagskoncentration skulle påskynda genomförandet av koncentrationen om prövningen kunde baseras på icke-bindande handlingar.¹³² Förvisso har parterna möjlighet att uppta förhandskontakter¹³³ med Konkurrensverket inför en anmälan för att ställa frågor och fastställa uppgiftsskyldigheten, vilket kan leda till att handläggningstiden förkortas när anmälan väl kommer in.¹³⁴ Problematiken med möjligheten till förhandskontakter är emellertid bl.a. att de innebär ökade kostnader för parterna. Framför allt om de är verksamma utanför Stockholmsregionen där Konkurrensverket ligger. De större advokatbyråerna Vinge och Lagerlöf & Leman yttrade i remissvar till Konkurrensverket år 2000, då möjligheten till förhandskontakt infördes, att såväl kostnader som arbetsbelastning torde öka för både parter och Konkurrensverket i och med reformen.¹³⁵ I många fall är det dessutom av andra affärsmässiga skäl inte möjligt att kontakta Konkurrensverket förrän sent i förvärvsprocessen.¹³⁶ Kritik har även riktats mot risken för att ett system som förutsätter förhandskontakter leder till en minskad förutsebarhet för de anmälade parterna.¹³⁷ Trots nackdelarna blir det likväl i praktiken allt vanligare med parter som upptar förhandskontakt med Konkurrensverket.¹³⁸ Sedan möjligheten infördes den 1 april år 2000 har fram till mitten av november år 2007 672 stycken anmälningar registrerats hos Konkurrensverket och i 153 ärenden handlingar diarieförts vid förhandskontakter.¹³⁹ Förhandskontakter tas även över telefon ibland vilket

¹³² Wetter, m.fl., Konkurrensrätt- en handbok (2004), s 761 f.

¹³³ KKVFS 2006:3.

¹³⁴ Wetter, m.fl., Konkurrensrätt- en handbok (2004), s 759 f.

¹³⁵ Dnr 45/2000, bil. 17, s 2 och bil. 20, s 2.

¹³⁶ Dnr 45/2000, bil. 18, s 2.

¹³⁷ Dnr 45/2000, bil. 18, s 2 f.

¹³⁸ E-mail, Maria Ulfvensjö- Baltatzis, 071116.

¹³⁹ Konkurrensverkets ärendehanteringssystem KONRAD, 071116.

innebär att ingenting registreras.¹⁴⁰ Enbart under år 2007 har 92 anmälningar om företagskoncentration gjorts fram till mitten av november och i 18 stycken ärenden har handlingar registrerats i samband med förhandskontakter.

Det är för övrigt vanligt att anmälade parter i företagskoncentrationer måste anmäla dessa i flera olika jurisdiktioner. När en anmälan av en internationell koncentration görs hos Konkurrensverket innebär detta således ofta i praktiken att koncentrationens genomförande blir uppskjuten på grund av det svenska kravet på undertecknade kontrakt eftersom åtskilliga andra länder saknar detta krav. Konsekvensen är att stora värden sätts på spel för de anmälade parterna då det är av största vikt för företagen att sätta igång integrationsprocessen så snabbt som möjligt. En av de större risker som parterna löper i samband med att koncentrationsprövningen drar ut på tiden är att nyckelpersoner vid företagen väljer att lämna koncentrationen på grund av osäkerhet inför framtiden. T.ex. kan ekonomicheferna vid två samgående företag vara osäkra på huruvida de kommer att få ha kvar sin post vilket leder till att båda väljer att lämna sina respektive företag och därmed lämnar köparen utan någon alls på posten. Vidare hindrar avtalskravet företag från att genomföra koncentrationer under en villkorad prövoperiod. Ur partsperspektiv är dessutom det fulla informationsutbyte som krävs mellan parterna i samband med avtalsingåendet mycket negativt inte minst med hänsyn till risken att i slutändan inte få koncentrationen godkänd.¹⁴¹

¹⁴⁰ E-mail, Maria Ulfvensjö- Baltatzis, 071116.

¹⁴¹ Olle Rislund, 071116.

9 Något om transaktionskostnader

I den ekonomiska analysen utgår man ifrån att alla individer är rationella och konstant strävar efter att öka sitt personliga välbefinnande. För att befrämja skapandet av välbefinnande bör följaktligen även frivilliga transaktioner befrämjas. En ömsesidigt gynnande transaktion är dock förenad med olika sorters kostnader. Dessa s.k. transaktionskostnader delas vanligtvis in i kostnader för kontakt, kostnader för kontrakt och kostnader för kontroll. Kostnader för kontakt syftar på kostnader som parterna har för att komma i kontakt med varandra, kostnader för kontrakt syftar på kostnader för att komma överens om ett huvudavtal och kostnader för kontroll syftar på kostnader för att verkställa det ingångna huvudavtalet. Transaktionskostnader kan dock leda till två olika problem. Antingen leder de till att transaktionen inte alls blir av, trots att den hade ökat välbefinnandet, eller alternativt att den blir av, trots att den minskar välbefinnandet.¹⁴²

Problem med transaktionskostnader är dock något som rättsordningen kan motverka. Lagen kan t.ex. å ena sidan ogiltigförklara transaktioner som minskar välbefinnandet, och å andra sidan minska transaktionskostnaderna för transaktioner som ökar välbefinnandet. Juridiska regler som sänker transaktionskostnader finns först och främst inom förmögenhetsrätten men även i t.ex. bolagsrätten, processrätten eller obeståndsrätten. I obligationsrätten sänks transaktionskostnaderna för att sluta kontrakt t.ex. genom att det finns en mängd dispositiva regler som gör sig gällande för det fall parterna inte avtalat om en viss fråga.¹⁴³

¹⁴² Dahlman m.fl., Rättsekonomi, s 83 ff.

¹⁴³ Dahlman m.fl., Rättsekonomi, s 90 ff.

10 Slutanalys

Anledningen till att det i dagsläget krävs undertecknade kontrakt för att Konkurrensverket skall acceptera en anmälan om företagskoncentration är att myndigheten på eget initiativ ställt upp ett sådant krav i sin anmälningsblankett. Detta har kunnat göras på grund av det bemyndigande som fastslås i koncentrationsförordningen. Det finns således inga lagfästa regler om när en anmälan får göras tidigast och detta är inte heller något som diskuteras i förarbetena till den reglering som är gällande idag. Konkurrensverket har med andra ord haft fria händer vid bedömningen av hur långt i koncentrationsprocessen de anmälade parterna skall ha kommit vid en prövning. Att myndigheten valt att följa CO- formuläret som används vid anmälan till Kommissionen är inte särskilt anmärkningsvärt med hänsyn till att den svenska regleringen som infördes år 2000 syftade just till att skapa kongruens med EG-rättens regler om företagskoncentrationer. Att utgå från formuläret är således en naturlig följd i förändringsprocessen. Det faktum att en ny koncentrationsförordning infördes år 2004 innebär dock ett annat förhållningssätt för Kommissionen beträffande tidpunkten för anmälan. Numera går det bra att anmäla en koncentration så länge en ärlig avsikt att ingå koncentrationen kan visas tillsammans med en tillräckligt konkret plan.

Konkurrensverket genomförde en revidering av sin anmälningsblankett som började gälla under år 2006 men utan att förändra sitt krav på undertecknat kontrakt. Anledningen till att kravet på undertecknade kontrakt behölls var att Konkurrensverket ville undvika onödigt merarbete, för det fall att de anmälda koncentrationerna sedermera aldrig genomfördes, samt förhindra eventuella processuella problem vid en förbudstalan. Det framfördes dock förfrågningar till myndigheten från anmälade parter om möjligheten att anmäla företagskoncentrationer tidigare och detta var även något som regeringen bad

skulle ses över i sina direktiv till utredningen som tog fram betänkandet En ny konkurrenslag.

Vad gäller den potentiella problematiken för merarbeten är frågan hur stor risken för sådant merarbete egentligen är. ICN framhåller att myndigheter i jurisdiktioner som tillåter anmälan av företagskoncentration redan innan parterna ingått bindande kontrakt inte har upplevt några större sådana besvär. Dessutom erfar Konkurrensverket redan viss risk för merarbete i och med parternas möjlighet till förhandskontakt. Med hänsyn till att en anmälan kräver att omfattande information om koncentrationen uppges torde parterna för övrigt ha kommit långt i förhandlingsprocessen och med andra ord vara tillförlitliga i sina intentioner innan de väljer att göra en anmälan, vilket även påpekas av utredningen i En ny konkurrenslag. Detta dels på grund av den arbetsinsats som krävs av företagen för att ta fram den efterfrågade informationen och dels på grund av kostnadsskäl för anlitanande av ombud vilket den större delen av anmälade företag väljer att göra. Även den omständigheten att parterna är tvungna att informera Konkurrensverket om diverse affärshemligheter i sin anmälan och därmed även avslöjar denna information för varandra¹⁴⁴ är något som talar för att parterna har en allvarlig avsikt med anmälan. Framför allt är detta sannolikt vid horisontella koncentrationer då företagen är konkurrenter på samma marknad med likartade produkter. ICN påpekar vidare att risken för offentlig uppmärksamhet frånhåller företag från att anmäla spekulativa koncentrationer. När en anmälan kommer in är den enligt svensk lag att betrakta som en allmän handling och det är enbart uppgifter i kategori med företagshemligheter som kan sekretessbeläggas, övriga uppgifter blir därmed offentliga. Konkurrensverket kan således inte sekretessbelägga att en anmälan över huvud taget är gjord. Vad gäller börsnoterade företag är det uppenbart att en koncentration som anmäls på ren spekulering skulle medföra efterverkningar på aktiehandeln. Även privata

¹⁴⁴ För partssekretess krävs att intresset för sekretess skall vara av synnerlig vikt enligt 14:5 sekretesslagen.

aktiebolag och andra verksamhetsformer torde dock kunna drabbas inte minst ur ett goodwill-perspektiv.

Vidare gäller enligt förevarande konkurrenslag att Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket får förbjuda en företagskoncentration utan att ställa krav på att koncentrationsprocessen nått en viss punkt. Det enda formella kravet enligt konkurrenslagen är att omsättningströsklarna skall vara uppnådda eller med andra ord att koncentrationen är anmälningspliktig. Enligt koncentrationsförordningen skall den heller inte ha gemenskapsdimension. Skulle Konkurrensverket tillåta prövning på grundval av ett letter of intent och finna sig tvunget att föra en förbudstalan torde detta således i princip vara möjligt redan idag ur ett processuellt perspektiv. Konsekvensen av ett förbud är att koncentrationen förbjuds som sådan, oavsett avsaknad på bindande överlåtelseavtal. En rättshandling som utgör del i koncentrationen blir efter ett meddelat förbud ogiltigt vilket torde gälla om rättshandlingarna upprättats såväl innan förbudsdomen som efter förbudsdomen.

Vad sedermera angår förbudets efterföljande ogiltighet är detta av vidare intresse för parterna vid en eventuell civilprocess. För ett letter of intent som kräver t.ex. ett påskrivet kontrakt för att bli bindande påverkar inte förbudet handlingen då den redan saknar rättsverkan. Dispyter kring ett ogiltigförklarat huvudavtal, och därmed även kostnaden för sådana, skulle således i viss mån kunna undvikas om prövningen gjorts i avsaknad på bindande huvudavtal. Nästa spørsmål är dock huruvida bindande överenskommelser, t.ex. om sekretess eller om vad som händer mellan avtalsparterna vid ett förbud alternativt mellan part och tredje man, i ett letter of intent skall drabbas av ogiltigheten vid ett förbud. Som del i koncentrationen avses att handlingen skall vara konstituerande. Med konstituerande avses enligt konkurrenslagens förarbeten handlingar som är en del av koncentrationens uppkomst såsom en avtalsklausul varigenom ett företag överlättes. Liksom sådana typer av överenskommelser, som de precis nämnda, inte

förlorar rättsverkan vid ett förbud grundat på bindande avtal gör de rimligtvis inte det heller enbart för att prövningen grundats på ett icke-bindande avtal. Detta i enlighet med allmän avtalsrätt då formen på överenskommelsen i sig är avgörande och inte huruvida den är att kategorisera som del av ett bindande eller ej bindande huvudavtal. Detsamma gäller för avtal om accessoriska begränsningar. Yttersta gränsen för jämkning av sådana avtalsvillkor är därmed 36 § avtalslagen.

I sammanhanget skall dock betänkandet En ny konkurrenslag uppmärksammas då det föreslås en ändring av konkurrenslagens regel om ogiltighet till följd av förslaget att ge företag möjligheten att anmäla koncentrationer utan bindande kontrakt. Den förslagna ändringen innebär att: "I de undantagsfall där prövningen av koncentrationen inte grundar sig på bindande avtal måste ogiltigheten drabba dels de rättshandlingar som må finnas vid tidpunkten för prövningen, dels de rättshandlingar som uppkommer om parterna och andra medverkande, trots förbudet, fullföljer koncentrationen"¹⁴⁵. Utredningens förslag är således att ett förbud mot en företagskoncentration skall medföra att rättshandlingar som konstituerar koncentrationens genomförande eller har till *syfte* att genomföra koncentrationen skall bli ogiltiga. Vad som kan ifrågasättas i utredningens förslag gäller vad som egentligen åsyftas med att rättshandlingar som har till syfte att genomföra koncentrationen skall bli ogiltiga. Exempelvis vid överenskommelser om sekretess eller om effekterna av ett förbud torde ogiltigheten kunna drabba parterna mycket negativt. Med hänsyn till att syftet med regeln om ogiltighet i grund och botten är att förhindra koncentrationer skulle en sådan formulering därmed åstadkomma effekter som går långt utanför detta syfte. Eftersom huvudregeln vid utomobligatoriska förhållanden är att det krävs brott för skadestånd torde dessutom det närmaste alternativet för möjlighet till ersättning för en part som drabbas vara en talan om culpa in contrahendo. I så fall måste dock parten bevisa att motparten varit medveten om att koncentrationen troligen skulle komma att förbjudas samtidigt som parten själv hyst befogad tillit till att

¹⁴⁵ SOU 2006:99, s 430.

koncentrationen skulle godkännas. Med hänsyn till förutsebarheten vid Konkurrensverkets tillämpning av reglerna om företagskoncentrationer torde det vara svårt att klassificera tilliten som befogad vid ett eventuellt förbud. Resultatet skulle således kunna bli att en part avslöjat en mängd affärshemligheter som en konkurrent sedan kan använda på eget bevåg¹⁴⁶ eller att en av parterna lagt ut betydligt mer i förhandlingskostnader än sin motpart utan att kunna kräva dessa ersatta. Konsekvenserna av den föreslagna ogiltighetsregeln är oöverskådliga och särskilt med hänsyn till att olika former av föravtal torde variera beroende på parter och aktuell bransch. Utredningen ger tyvärr ingen närmare förklaring i betänkandet.

Det skall även uppmärksammas att förbudsprocessen fungerar olika i Sverige och hos Kommissionen. I Sverige måste Konkurrensverket väcka en förbudstalan vid Stockholms tingsrätt och ett förbud leder till att alla handlingar som utgör en del i koncentrationen automatiskt blir ogiltiga. Hos Kommissionen är det Kommissionen själv som beslutar att förbjuda en koncentration och vid ett förbud blir eventuella avtalshandlingar inte ogiltiga. Istället kan Kommissionen t.ex. ålägga köparen att sälja målbolaget vidare om parterna till trots skulle genomföra koncentrationen. Koncentrationsförordningen tar således snarare sikte på verkställandet av avtalet än avtalet som sådant. Det enda tillfälle ett sådant förfarande blir aktuellt enligt konkurrenslagen är om förvärvet skett på svensk eller utländsk börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad alternativt genom inrop på exekutiv auktion då ett förbud inte får meddelas utan förvärvaren istället får åläggas att avyttra målbolaget. Liknande skulle även fallen vid partiellt förbud samt åläggande av konkurrensfrämjande åtagande vara då huvudavtalet i sådana fall inte drabbas av ogiltigheten eller i vart fall inte i sin helhet. En transaktion kan således förklaras ogiltig enligt koncentrationsförordningen, om den förklarats oförenlig med den gemensamma marknaden men ändå genomförts, utan att avtalshandlingarna i koncentrationen

¹⁴⁶ Förvisso kan sekretess såväl under som efter avtalsförhandlingar om avtal inte ingås anses som en allmän avtalsrättslig princip, jfr Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004 art 2.1.16.

påverkas. Genom att koppla giltigheten av transaktioner till genomförda koncentrationer undviks i vilket fall problem som de ovan beskrivna med ogiltiga prekontraktuella överenskommelser då en genomförd koncentration får antas grundas på bindande överlåtelseavtal. Förvisso finns ingen regel i svensk rätt som kräver skriftliga kontrakt vid företagsöverlåtelser för att överlåtelsen skall vara rättsligt bindande, men det torde däremot finnas ett sådant handelsbruk. Det är emellertid oklart hur en "ogiltig transaktion" skulle påverka bedömningen av avtalshandlingarna i en nationell civilprocess. Sist men inte minst kan det för övrigt påpekas att det är en något märkligt ordval att transaktionen skall *ogillas* eftersom en transaktion utgör ett förlopp som i sig saknar rättsverkan. Däremot kan de bakomliggande rättshandlingarna, d.v.s. parternas avtal, *ogillas* med den innebörden att transaktionen skall återgå.

För Konkurrensverkets del finns det således inga direkta hinder för att tillåta anmälan av företagskoncentration innan parterna ingått bindande kontrakt. Risker för merarbete får uppskattas till förhållandevis liten och det skulle inte heller strida mot några processuella regler vid en eventuell förbudstalan. Risk för civilrättsliga tvister faller på de anmälade parternas eget ansvar då Konkurrensverkets uppgift inte är att skydda enskilda näringsidkare utan konkurrensen som sådan. Osäkerheten för bieffekter på grund av ogiltighet får för övrigt, med hänsyn till att någon företagskoncentration hittills aldrig förbjudits, anses förhållandevis små. En ytterligare process mellan parterna får dessutom anses ännu mindre trolig då konsekvenserna av en ej genomförd koncentration ofta regleras i separata förbehåll.

En ytterligare omständighet som talar för att Konkurrensverket bör kunna pröva koncentrationer på grundval av icke-bindande överlåtelsehandlingar är möjligheten till hänskjutning på parternas begäran som i koncentrationsförordningen ges enligt 3 + regeln. Denna möjlighet suddar till viss del ut gränsdragningen mellan i vilka fall konkurrenslagen respektive

konkurrensförordningen skall tillämpas. I teorin kan således parterna i en företagskoncentration redan kringgå kravet på undertecknade kontrakt genom att begära hänskjutning. Likväl blir resultatet något märkligt om Kommissionen skulle begära hänskjutning till Konkurrensverket eftersom Konkurrensverket då skulle utöka kraven för anmälan.

Vidare indikerar det faktum att förhandskontakterna med Konkurrensverket har ökat som att möjligheten till tidigare anmälan efterfrågats att det finns ett intresse från parterna att handläggningen skall gå så fort som möjligt. Dock torde inte möjligheten till förhandskontakt till fullo kunna spara de anmälade parterna den tid en anmälan som inte baseras på bindande överlåtelseavtal skulle göra. Det är således svårt att dra ett likhetstecken mellan dessa två institut. Dessutom innebär förhandskontakterna såväl ett visst merarbete som ökade kostnader för parterna, till skillnad från ett t.ex. letter of intent som möjligen skulle ha upprättats mellan parterna oavsett anmälningsplikt. Möjligheten till en förtida anmälan i kombination med möjligheten till förhandskontakter skulle emellertid kunna skapa tillfälle för ytterligare tidsvinster för parterna. Dessa tidsvinster skulle leda till att eventuella onödiga transaktionskostnader för parterna att ingå kontrakt skulle minska då riskerna för problematik under handläggningstiden, som t.ex. avhoppade nyckelpersoner, skulle undvikas och sedermera innebära en enklare process. Detta skulle i sin tur resultera i ett högre välstånd för företagen och därmed gynna marknaden och den effektiva konkurrensen till fördel för konsumenterna. Det är dock svårt att avgöra hur påtagligt ett sådant välstånd, och således även fördelarna för konsumenterna, skulle bli eftersom den aktuella tidsvinsten torde variera från koncentration till koncentration med hänsyn till när parterna väljer att upprätta ett letter of intent eller en liknande handling för att därefter göra en anmälan.

Ett annat problem av mer praktiskt slag gäller *hur* parterna skall kunna visa att deras intentioner med en anmälan är tillräckligt seriösa och att genomförandet av

koncentrationen är tillräckligt säkert för att Konkurrensverket skall anse den vara möjlig att handlägga redan innan existensen av bindande avtal. Utredningen En ny konkurrenslag föreslår varken att parterna skall lämna in en plan som skall vara tillräckligt konkret, t.ex. genom ett principavtal, ett samförståndsavtal eller en avsiktsförklaring i likhet med ingressen i koncentrationsförordningen, eller någon annan form av kriterium som skall vara uppfyllt. Konsekvensen blir sålunda en relativt oförutsebar bestämmelse och befogenhet för Konkurrensverket att på eget bevåg avgöra vad som kan anses visat och inte visat. Det säger sig självt att regeln isolerad är mycket rättsosäker och med största sannolikhet kan skapa problem för såväl Konkurrensverket som för anmälade parter. Konkurrensverket skulle troligen bli tvunget att komma ut med anvisningar för att definiera vilken information som krävs. Det är tveksamt om en exemplifiering av olika rubriker liksom den i koncentrationsförordningen kan anses rättssäker. Förvisso är det säkert så att erfarna ombud mycket väl känner till hur en typisk avsiktsförklaring eller ett letter of intent ser ut, men att anta att sådana handlingar i övriga fall skulle anses som etablerade format torde vara att förutsätta för mycket. Att implicit kräva att anmälade parter anlitar ombud för att kunna göra en anmälan av en koncentration i förväg skulle kanske i vissa fall dessutom leda till att koncentrationen dröjer tills parterna ingått bindande avtal, vilket i enlighet med diskussionen ovan skulle öka transaktionskostnaderna och därmed i slutändan missgynna marknaden och konsumenterna. I praktiken blir dock dröjsmålet max 25 dagar från det att anmälan kommit in, förutsatt att koncentrationen inte kräver en fördjupad undersökning, vilket antagligen gör dröjsmålet försumbart. Alternativet skulle kunna vara att Konkurrensverket får uppfylla sin serviceskyldighet enligt förvaltningslagen varje gång part utan ombud vill få hjälp och beskriva vilka uppgifter som skall finnas i handlingen. Med tanke på den redan vederhäftiga anmälan som krävs torde dock kraven för en anmälan i förväg inte innebära ytterligare alltför krävande insatser från parternas sida, framför allt eftersom letter of intent eller liknande handlingar som sagt många gånger ändå upprättas mellan parter i företagsförvärv och sammanslagningar oavsett anmälan

till Konkurrensverket. Vidare skall påpekas att majoriteten av anmälda koncentrationer trots allt görs genom advokatbyråer med den följd att Konkurrensverkets serviceskyldighet troligen ändå inte skulle bli alltför belastad i praktiken. Sist men inte minst bör även erinras om Kommissionens handläggning av koncentration baserade på icke-bindande avtal, då vikt snarare fästs vid handlingens form och att båda parter undertecknat det än dess materiella innehåll. Med hänsyn till att konkurrenslagens regler om företagskoncentration härstammar från EG- rätten torde snarare Kommissionens praxis således utgöra tolkningsdata än t.ex. svensk processuell tradition vad gäller beviskravet "visa". Mot bakgrund av detta finns det troligtvis mer som talar för att Konkurrensverket i sina anvisningar till anmälan av företagskoncentration bör ange att anmälan är möjlig då parterna kan visa att de avser att genomföra koncentrationen genom att bifoga en prekontraktuell handling, som båda parter undertecknat, där denna intention går att utläsa, än att på detaljnivå förklara hur en sådan handling skall se ut. Detta inte minst då avtalspreliminära handlingar som påpekats kan ha många olika typer av form. Genom en sådan formulering beskrivs innehållet framför en viss rubrik men ger fortfarande parterna stort svängrum att själva bestämma över handlingens materiella substans och eventuella rättsverkningar.

11 Källor

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

Proposition 1998/99:144 Regler om företagskoncentrationer.

Utredningar

SOU 1998:98 Konkurrenslagens regler om företagskoncentration.

SOU 2006:99 En ny konkurrenslag.

Konkurrensverkets föreskrifter

KKVFS 1993:3 Konkurrensverkets föreskrifter om anmälan enligt 37 § konkurrenslagen (1993:20).

KKVFS 1996:2 Konkurrensverkets föreskrifter om anmälan enligt 37 § konkurrenslagen (1993:20).

KKVFS 2000:1 Konkurrensverkets föreskrifter om anmälan enligt 37 § konkurrenslagen (1993:20).

KKVFS 2006:3 Konkurrensverkets föreskrifter om anmälan enligt 37 § konkurrenslagen (1993:20).

Konkurrensverkets ärenden

Dnr 45/2000 Ändring av Konkurrensverkets föreskrift - KKVFS 1996:2.

Dnr 815/2003 Vägledning i fråga om anmälningsmöjlighet av företagskoncentration.

Dnr 583/2004 Översyn av Konkurrensverkets allmänna råd för företagskoncentrationer.

Kommissionens tillkännagivanden och riktlinjer

Kommissionens tillkännagivande om ett förenklat förfarande för handläggning av vissa koncentrationer enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 (2005/C56/04)

Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2004/c31/03)

Övrigt

Dir. 2004:128 Ökad effektivitet på konkurrensområdet.

International Competition Networks Recommended Practices for Merger Notification Procedures.
(<http://internationalcompetitionnetwork.org/media/archive0611/mnprecpractices.pdf>)

Litteratur

Bellamy, Christopher och Graham Child. *European Community Law of Competition*. 5:e upplagan. London: Sweet & Maxwell, 2001.

Bellodi, Leonardo och Gian Luigi Tosato. *EU Competition Law*, Volume 1. Leuven: Claeys & Casteels, 2006.

Bernitz, Ulf. *Svensk och europeisk marknadsrätt 1- konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2005.

Bohlin, Alf och Wiweka Warnling- Nerep. *Förvaltningsrättens grunder*. 2:a upplagan. Stockholm: Norstedts juridik, 2007.

Carlsson, Kenny, Lars Schuer och Erik Söderlind. *Konkurrenslagen*. 2:a upplagan. Stockholm: Fritzes Förlag, 1995.

Cook, John och Christopher Kerse. *EC Merger Control*. 4:e upplagan. London: Sweet & Maxwell, 2005.

Cook, P. Lesley och Ruth Cohen. *Effects of Mergers*. London: George Allen & Unwin, 1958.

Craig, Paul och Gráinne De Búrca. *EU Law*. 3:e upplagan. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Dahlman, Christian, Marcus Glader och David Reidhav. *Rättsekonomi- En introduktion*. 2:a upplagan. Lund: Studentlitteratur, 2004.

Ekelöf, Per Olof och Robert Boman. *Rättegång I*. 7:e upplagan. Lund: Norstedts, 1990.

Gustafsson, Leif, Jacob Westin, Clara Wrangel och Carl Bökwall. *Svensk konkurrensrätt*. 2:a upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik, 2004.

Grönfors, Kurt. *Avtalsgrundande rättsfakta*. Stockholm: Nerenius & Santéus Förlag, 1993.

Kleineman, Jan. *Ren förmögenhetsskada*. Stockholm: Juristförlaget, 1987.

Lake, Ralph B. Och Ugo Draetta. *Letters of Intent and Other Precontractual Documents*. 2:a upplagan. New Hampshire: Butterworth Legal Publishers, 1994.

Navarro Varona, Edurne, Andrés Font Galarza, Jaime Folguera Crespo och Juan Briones Alonso. *Merger Control in the European Union*. 2:a upplagan. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Ramberg, Jan och Christina Ramberg. *Allmän avtalsrätt*. 7:e upplagan. Stockholm: Norstedts juridik, 2007.

Westin, Jacob. *Europeisk konkurrensrätt*. Studentlitteratur, 2007.

Wetter, Carl, Johan Karlsson, Olle Rislund och Anders Gahnström. *Konkurrensrätt- en handbok*. Stockholm: Advokatfirman Vinge KB, 1999.

Wetter, Carl, Johan Karlsson, Olle Rislund och Marie Östman. *Konkurrensrätt- en handbok*. 3:e upplagan. Stockholm: Advokatfirman Vinge KB, 2004.

Artiklar

Andersson, Torbjörn, *Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurrensrätt- reflektioner i anledning av EG- domstolens avgörande i Eco Swiss- målet*, Juridisk Tidskrift 1999-2000 nr 2, s 443 ff.

Gripenberg, Pia, *Företag måste se fler möjligheter med fusioner*, Dagens Nyheter Ekonomi, s 5, 071127.

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1963 s. 105

NJA 1990 s. 745

Marknadsdomstolen

Mål MD 1998:10 KKV./.*Optiroc Group AB m fl.*

Stockholms tingsrätt

Mål T 8-669-96 KKV./.*Sveriges Television AB m fl.*

Mål T 8-712-96 KKV./.*Selecta AB m fl.*

Mål T 1470-01 KKV./.*Svenska Girot AB och Postgirot Bank AB.*

Mål T 6633-05 KKV./.*SF Bio AB och Sandrew Metronome Sverige AB.*

EG- domstolen

Mål 6/72 *Europemballage Corp. & Continental Can Co. mot Kommissionen.*

Målen 142 och 156/84 *British American Tobacco Ltd och RJ Reynolds Industries mot Kommissionen .*

Mål C-126/97 *Eco Swiss China Ltd mot Benetton International NV.*

Mål C-13/03 *TetraLava/Sidel mot Kommissionen.*

Förstainstansrätten

Mål T-22/97 *Kesko Oy mot Kommissionen.*

Mål T-87/05 *EDP-Energias de Portugal SA mot Kommissionen.*

Mål T-417/05 *Endesa SA mot Kommissionen.*

Kommissionens beslut

Mål M.3986 Gas Natural/ Endesa

Mål M.4439 Ryanair /Aerlingus.

Mål M.021 *Dresdner Bank/BNP*.

Intervjuer

Christina Szatek, Konkurrensakkunnig, Konkurrensverket, Stockholm, 071019.

Eric Ericsson, Advokat, Eric Erikson Advokat AB, Stockholm, 071203.

Helena Larsson Haug, Deputy Head of Unit Mergers Directorate D, Directorate-Generale for Competition, Bryssel, 071120.

Karin Lunning, Byråchef, Konkurrensverket, Stockholm, 071023.

Maria Ulfvensjö Baltatzis, Avdelningsråd, Konkurrensverket, Stockholm, 071116.

Olle Rislund, Advokat, Advokatfirman Cederquist KB, Stockholm, 071126.

Statistik

Konkurrensverkets webbplats: http://www.kkv.se/t/Page____372.aspx

Kommissionens webbplats:

<http://www.ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>

The International Competition Network

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/home>

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/about-icn>