
FÖRETAGSFÖRVARV I SVENSKT NÄRINGSLEV

BILAGA 1–5

Skatter och företagsfusioner i Sverige

Motåtgärder vid företagsförvärv

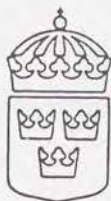
NO:s och SPK:s roll i samband med
vissa företagsförvärv

Fackligt inflytande vid företagsköp

Kontroll av företagsförvärv inom EG

Ref

62



Statens offentliga utredningar

1990:1

Industridepartementet

Ägarutredningen

Bilaga 1–5

Skatter och företagsfusioner i Sverige
av *Karl-Markus Modén*

Motåtgärder vid företagsförvärv
av *Anders Fällman*

NO:s och SPK:s roll i samband med vissa
företagsförvärv
av *Erik Nerep*

Fackligt inflytande vid företagsköp
av *Gunnar Fond*

Kontroll av företagsförvärv inom EG
av *Ulf Bernitz*

Allmänna Förlaget har utgivit en bibliografi över SOU och Ds som omfattar åren 1981–1987. Den kan köpas från förlagets Kundtjänst, 106 47 Stockholm.

Best. nr. 38-12078–X

Beställare som är berättigade till remissexemplar eller friexemplar kan beställa sådana under adress:

Regeringskansliets förvaltningskontor

SOU-förrådet

103 33 Stockholm

Tel: 08/763 23 20 Telefontid 8.10–12.00 (externt och internt)

08/763 10 05 12.00–16.00 (endast internt)

91-38-82814-6

ISBN ~~91-38-10475-X~~

ISSN 0375-250X

Ägarutredningens förord

Ägarutredningen erhöll sommaren 1985 regeringens uppdrag att kartlägga förändringar i det svenska näringslivets ägar- och inflytandestruktur, att analysera förändringarnas orsaker och diskutera deras effekter. Resultaten av detta arbete publicerades i utredningens huvudbetänkande. Ägande och inflytande i svenskt näringsliv, SOU 1988:38.

Utredningen erhöll sommaren 1988 tilläggsdirektiv med uppdrag att kartlägga företagsförvärv i det svenska näringslivet, genomföra fallstudier av större förvärv och överväga behovet av en översyn av de regler som inom olika områden berör företagsförvärv. Som underlag för detta arbete har utredningen låtit forskare och experter utanför utredningens sekretariat genomföra ett antal studier, av vilka flertalet publiceras i föreliggande form. Studierna har presenterats för utredningen, men författarna svarar själva för innehållet.

Stockholm i januari 1990

Lennart Pettersson
Ordförande

Rolf Skog
Sekreterare

Innehåll

<i>Bilaga 1</i> Skatter och företagsfusioner i Sverige	7
<i>Bilaga 2</i> Motåtgärder vid företagsförvärv	49
<i>Bilaga 3</i> NO:s och SPK:s roll i samband med vissa företagsförvärv ..	89
<i>Bilaga 4</i> Fackligt inflytande vid företagsköp	127
<i>Bilaga 5</i> Kontroll av företagsförvärv inom EG	163

Bilaga 1

Skatter och företagsfusioner i Sverige
av *Karl-Markus Modén*

Innehåll

1	<i>Inledning</i>	11
1.1	Syfte och Problembegränsning	12
1.2	Disposition	12
2	<i>Skattesystemets påverkan på företagens investeringsbeslut</i>	13
2.2	Bolagsbeskattning och företagens finansieringsbeslut	13
2.3	Aktieägarnas inkomstbeskattning	15
2.4	Skatter och företagsfusioner	16
2.4.1	Forskning om skattesystemets inverkan på företagsfusioner i USA	16
2.4.2	Skatteincitament till fusioner i Sverige	18
2.4.3	Numeriska exempel på skattebesparingar vid fusioner	19
2.4.4	Val av betalningsmedel vid offentliga uppköpserbjudanden	20
2.5	Sammanfattning	22
3	<i>Empiriska Studier</i>	25
3.1	Dataurval och beskrivning av datamaterialet	25
3.2	Förvärvarnas skattemotiv	28
3.2.1	Förklarande variabler och testbara hypoteser	29
3.2.2	Förvärvande företag – modell 1(a) och 1(b)	30
3.2.3	Marknadsnoterade företag – modell 2	31
3.2.4	Resultat av skattningarna i modell 1 och 2	31
3.3	Målföretag – modell 3	33
3.3.1	Skattningsresultat – modell 3	33
3.4	Analys av fusionspar	34
3.5	"Event"-studier	35
4	<i>Avslutande Kommentarer</i>	39
	<i>Appendix</i>	41
A.1	Skatter och utdelningar	41
A.2	Konstruktion av 'Tobins – q' och ÖVERFLÖD	42
A.3	Resultat av de ekonometriska skattningarna	44
	<i>Referenser</i>	47

1 Inledning

Företagsfusioner och företagsuppköp har de senaste åren rönt ett allt större allmänt intresse. Denna ökade uppmärksamhet är välbefogad, värdet av de tillgångar som bytt ägare genom fusioner och företagsköp har nämligen ökat väsentligt på senare år. Företagsköpen sker också i ökad utsträckning genom offentliga uppköpserbjudanden på aktiemarknaden, en utveckling som gått hand i hand med den starka expansionen av kapitalmarknaderna under 1980-talet.

Företagsfusioner påverkar marknadsstrukturen och därmed den ekonomiska effektiviteten inom de berörda branscherna. En ohämmad uppköps- och koncentrationsprocess kan ytterst leda till monopolisering, med åtföljande välfärdsförluster för samhället. Samtidigt kan dock företagsfusioner vara ett viktigt led i industrins strukturomvandling, där långsiktigt olönsamma företag, som är dömda att försvinna, gör detta på ett förhållandevis smidigt sätt. En annan aspekt är att en intensiv utländsk konkurrens, åtminstone i vissa branscher, kan motivera stora produktionsenheter för att utnyttja storleksfördelar i produktionen. I dylika fall är en stark producentkoncentration till fördel ur effektivitetssynvinkel. Det kan således redan från början konstateras att frågan om företagsfusioners samhällsekonomiska "önskvärdhet" inte har något enkelt, entydigt, svar.

Skattesystemet, både företagsbeskattningen och den personliga kapitalinkomstbeskattningen, påverkar företagens investerings- och finansieringsbeslut. Ett köp av ett existerande företag kan ses som en speciell typ av investering, vilket kan vara ett substitut till investeringar i nytt realkapital. Om skattesystemet påverkar även denna typ av investeringar så är det angeläget att veta hur denna påverkan sker och hur betydelsefulla skattefrågorna är vid fusionsbesluten. Det är tänkbart att en del företagsfusioner motiveras av en strävan från de inblandade företagen att minimera sina skattebetalningar. Vissa fusioner kan möjliggöra för parterna att permanent undvika viss beskattning, varigenom företagen tillsammans kan betala ut mer pengar till aktieägarna. Om dessa skatteincitament är av stor betydelse vid fusionsbeslutet kan investeringsaktiviteten snedvridas mot denna typ av finansiella investeringar, vilka utan skatter skulle ha ett negativt nettonuvärde för ägarna. Samhället gör därmed en effektivitetsförlust eftersom den sociala avkastningen på investeringarna understiger den privata. För att statens skatteintäktsmål skall kunna uppfyllas, måste andra skatter höjas, vilket medför en inkomstöverföring från en grupp (de vilkas skattebelastning

ökar) till en annan i samhället (aktieägarna). Om skatteincitamenten är av liten betydelse så snedvrids inte investeringarna av denna anledning. De skattebesparingar som uppstår medför inga samhällsekonomiska förluster, utan är s.k. klumpsummetransfereringar från en grupp till en annan. Detta kan naturligtvis vara ett fördelningspolitiskt problem, men är inte ett effektivitetsproblem.

1.1 Syfte och problemavgränsning

Föreliggande studie syftar till att undersöka vilken relativ betydelse skatteincitamenten har vid företagsfusioner i Sverige. En empirisk studie av ett stort antal fusioner genomförs för att testa hypotesen att skattefördelar är en signifikant bidragande orsak till företagsfusioner.

Undersökningen sker på företagsnivå och inga försök görs att uppskatta storleken av eventuella skattebortfall. Undersökningen avgränsas till frågan om ett systematiskt skatteundvikande sker genom företagsuppköp. Storleken på den undandragna skatten är en logiskt sett efterföljande fråga och kan eventuellt bli föremål för en uppföljande studie.

Effekterna på marknadsstruktur och resultat behandlas inte heller, dessa frågor lämpar sig bättre för branschstudier för vilka ett annat dataunderlag krävs än det som används i denna studie.

1.2 Disposition

Kapitel 2 inleds med en översikt över kapitalbeskattningens påverkan på företagens investerings- och finansieringsbeslut. Därefter diskuteras mer ingående hur fusionsbesluten kan påverkas av kapitalbeskattningsreglerna. Kapitlet avslutas med en diskussion av frågan huruvida diversifiering på företagsnivå, t.ex. genom konglomeratfusioner, är i aktieägarnas intresse eller om företagsledningen handlar i sitt eget intresse oberoende av aktieägarna. Kapitel 3 innehåller en beskrivning av datamaterialet och konstruktionen av de ekonometriskas modeller som används för att testa hypoteserna om skatt-
emotivens betydelse. Resultaten av modellskattningarna diskuteras också, medan de kvantitativa resultaten redovisas i ett appendix. Studien avslutas i kapitel 4 med en sammanfattning av de viktigaste slutsatserna samt några avslutande kommentarer.

2 Skattesystemets påverkan på företagens investeringsbeslut

Beskattning av inkomst från kapital är ett komplicerat område inom skatte-teorin. Samtidigt som t.ex. företag beskattas för att de använder kapital, erhåller de ofta stora subventioner för att utöka sin kapitalstock. Dessa subventioner, eller investeringsincitament, skiljer sig åt mellan olika typer av tillgångar, vilket leder till att de effektiva skattesatserna på en marginell investering kan variera mycket mellan olika branscher och tillgångar.¹ Ägare av kapital beskattas för de inkomster de erhåller från sina kapitalinnehav. Beskattningen av inkomster från kapitaläggande skiljer sig åt mellan olika associations- och inkomstformer. Ränteinkomster från t.ex. vanlig bankinlåning är högt beskattade medan sparande på s.k. allemanssparkonto är skattebefriat. Denna typ av sparandeincitament, liksom investeringsincitamenten för företagen, har införts för att stimulera kapitalbildningen, vilket i sin tur förväntas öka lönerna och den ekonomiska välfärden. Investerings- och sparandeincitamenten har effekter på ägandet av kapitalet, varför skattesystemet även kan påverka maktfördelningen i samhället. I de två följande avsnitten diskuteras hur beskattningen av kapital som används inom aktiebolag och ägs av aktieägare påverkar företagens val av finansieringsform och investeringsprojekt.

2.2 Bolagsbeskattning och företagens finansieringsbeslut

Ett aktiebolag kan finansiera sina investeringar på i princip tre sätt: (1) genom upplåning på kreditmarknaden, (2) med kvarhållna vinstmedel samt (3) genom tillskott av nytt aktiekapital. Om kapitalmarknader vore perfekta, d.v.s utan osäkerhet, transaktionskostnader och informationsbarriärer mellan låntagare och långgivare, skulle kostnaden för dessa finansieringskällor vara lika och företagets finansieringspolitik skulle inte kunna påverka företagets värde.² Skattesystemet påverkar dock finansieringskostnaderna

¹ Södersten visar, i King och Fullerton(1983), hur marginalskatterna varierar mellan olika branscher, ägargrupper, finansieringsformer och vid olika inflationstakter.

² Detta är innebörden av det s.k. Modigliani-Miller teoremet (Modigliani och Miller, 1958).

på så sätt att skuldfinansiering och kvarhållna vinstmedel blir billigare finansieringskällor än nyemissionsfinansiering. Fördelen för skuldfinansiering uppkommer p.g.a. att hela den nominella räntekostnaden är avdragsgill. Utdelningar däremot beskattas först på företagsnivån genom bolagsskatten och senare hos aktieägarna.³ Om således nyemissioner är dyrare än ökad skuldsättning uppstår frågan hur företagen bestämmer sin skuldsättningsgrad, eller D/E-kvot ("Debt/Equity"). Denna fråga har visat sig vara mycket svårbesvarad. Enligt Modigliani-Miller teoremet är företagets värde oberoende av dess D/E-kvot, men avdragsrätten för räntor medför att detta teorem inte gäller om företagsbeskattning tas i beaktande. Om räntekostnaden vore konstant borde hela investeringen finansieras med lån och man skulle i sådana fall observera företag med oändligt höga D/E-kvoter, eller m.a.o. mycket låg soliditet. Eftersom företagen i praktiken aldrig följer en sådan extrem finansieringspolitik, utan söker upprätthålla en viss konstant soliditetsnivå, behövs andra teorier för att förklara företagens finansieringsbeslut. Ett par sådana teorier diskuteras härnäst.

Enligt Jensen & Mecklings (1976) "agency theory" uppstår en konflikt mellan borgenärer och aktieägare/företagsledare eftersom den sistnämnda gruppen har bättre information om företagets framtidsutsikter (s.k. asymmetrisk information). Ett aktiebolags ägare har endast begränsat ekonomiskt ansvar och kan ledas till att investera i alltför riskfyllda projekt, vilket ökar aktiernas förväntade avkastning och ökar risken (sänker marknadsvärdet) på företagets skulder. Av detta följer att när D/E-kvoten ökar (soliditeten sjunker) så ökar också den marginella räntekostnaden eftersom långivarna vill kompensera sig för den högre risken genom en högre låneränta. Vid en viss D/E-kvot är räntekostnaden efter skatt lika med kostnaden för nyemissionsfinansiering. Denna D/E-kvot är optimal för bolaget eftersom det är den blandning av skulder och eget kapital som ger den lägsta finansieringskostnaden för ett givet investeringsprogram.

En annan teori som också leder till en optimal inre D/E-kvot, har presenterats av DeAngelo och Masulis (1980). De utgår från det realistiska antagandet att företagen även har andra avdragsmöjligheter än ränteavdrag, t.ex. värdeminskningsskatt. Om de totala avdragsmöjligheterna överstiger rörelsevinsten, kan ytterligare ränteavdrag inte utnyttjas för att reducera bolagsskatten eftersom den beskattningsbara vinsten redan reducerats till noll. Detta resonemang vilar på antagandet att en skattemässig förlust inte berättigar till en omedelbar skatteåterbäring. Skattesystemet är asymmetriskt i detta avseende, istället för återbäring får företag med en skattemässig förlust ett förlustavdrag som kan avdras mot framtida vinster. Eftersom förlustavdragen har en begränsad livslängd samt minskar i nuvärde ju längre fram i tiden de används, finns incitament att använda dem så snart som möjligt. Denna skatteasymmetri kan vrida företagens val av investe-

³ Denna dubbelbeskattning mildras till viss del av det s.k. Annell-avdraget som tillåter företagen ett partiellt avdrag för utdelade medel.

ringsprojekt mot sådana som genererar "snabba" vinster och kan diskriminera projekt som har högre nettonuvärde, då utnyttjandet av förlustavdrag inte beaktas. Skattesystemet är därför inte neutralt vad avser valet av investeringsprojekt och en suboptimal resursallokering kan uppstå (se Auerbach 1986).

I detta avsnitt har diskuterats hur bolagsbeskattningen kan påverka företagens val av finansieringsform och investeringsprojekt. Företagen har incitament att använda en högre skuldsättningsgrad än vad de skulle göra utan bolagsbeskattning. Detta tillåter t.ex. ett företag med en kontrollerande aktieägare, att expandera utan att denna kontroll förloras och bidrar därför till att ägandekoncentrationen konserveras.

2.3 Aktieägarnas inkomstbeskattning

Det andra ledet i kapitalbeskattningen är den personliga beskattningen av inkomst från kapital. Företagens vinstmedel kan nå aktieägarna i två olika former, som utdelningar eller kapitalvinster. Dessa två alternativ har olika skattekonsekvenser för aktieägarna. Ett företag som agerar i aktieägarnas intresse bör välja en utdelningspolitik som bäst passar aktieägarnas skattesituation.

Enligt Tobins q-teori (Tobin 1969) bör ett företag som söker maximera sitt aktievärde, anpassa sin aktiestock så att kvoten mellan aktiernas marknadsvärde och återanskaffningsvärdet av företagets nettotillgångar (q) är lika med ett. Om q är högre än ett, vilket indikerar att företagets interna expansionsmöjligheter är goda, bör nya aktier emitteras. Om q är mindre än ett bör företaget försöka minska sitt eget kapital. I vissa länder, t.ex. USA, kan bolagen köpa tillbaka sina egna aktier och därigenom öka aktiepriset och q . I Sverige är köp av egna aktier inte tillåtet enligt aktiebolagslagen 7 kap. § 1.

En variant av q -teorin, kallad "the new view", som tar i beaktande att utdelningar i allmänhet beskattas hårdare än kapitalvinster, förutsäger att q kan vara mindre än ett även i ett långsiktigt jämviktsläge. Kvarhållna vinstmedel måste någon gång betalas ut till aktieägarna till en hög skattekostnad. Denna skattekostnad kapitaliseras i aktiepriset och q når ett jämviktsläge som understiger ett. Teorin ger m.a.o. en förklaring till varför q i praktiken oftast understiger ett. Detta i sin tur har två viktiga implikationer för denna studie. För det första innebär teorin att det är billigare att köpa ett existerande företag på aktiemarknaden än att investera i nytt realkapital i motsvarande form. För det andra innebär teorin att kapital är inlåst i företaget p.g.a. den höga beskattningen av utdelningar och att företagen söker alternativa sätt att dela ut dessa medel till aktiemarknaden. Återköp av egna aktier är ett sätt, men köp av ett annat företag kan tjäna samma syfte. Om företagen har samma ägare före köpet så är det uppenbart att transaktionen är ekvivalent med återköp av bolagets egna aktier. Om företagen har olika

ägare är detta inte lika klart. Atkinson & Stiglitz (1980) hävdar dock att om justering för förändring av risk görs genom ombalansering av aktieägarnas portföljer, kan dessa transaktioner ses som ekvivalenta. Ett annat synsätt är att se dessa transaktioner som ett spel mellan två parter, staten och aktiemarknaden. Företag som saknar lönsamma interna projekt, men har stora mängder likvida medel, föredrar att investera i andra företag och på det sättet betala ut medel till marknaden i en lågt beskattad form. Även om detta inte direkt gynnar de existerande aktieägarna så missgynnas de som regel inte och aktieägarna som grupp gynnas i allmänhet.

I detta avsnitt har ett skäl presenterats till varför företagen väljer låga utdelningskvoter och varför detta är i aktieägarnas intresse. Förklaringen är den lägre skattesatsen på kapitalvinster än utdelningar. Företagen kan alltså, med aktieägarnas goda minne, välja att hålla kvar vinstmedel och placera dem i rent finansiella investeringar.

2.4 Skatter och företagsfusioner

I detta avsnitt diskuteras särskilda skatteregler som kan förväntas påverka företagens fusionsbeslut. För att erhålla en jämförelsebakgrund presenteras först förhållandena på detta område i USA.

2.4.1 Forskning om skattesystemets inverkan på företagsfusioner i USA

I USA har diskussionen om företagsfusioner främst kretsat kring konsekvenserna för konkurrenssituationen i de berörda branscherna. Skattesystemets inverkan på incitamenten har dock rönt ett allt större intresse på senare tid, även om förhållandevis få undersökningar gjorts av skattemotivens relativa betydelse. Ett par empiriska undersökningar har dock nyligen genomförts av Auerbach & Reishus (1986 och 1988) vilka refereras här.

Auerbach & Reishus nämner tre typer av potentiella skattefördelar på företagsnivå vid företagsfusioner i USA: (1) ökade möjligheter att utnyttja förlustavdrag, (2) ökade värdeminskningssavdrag genom ökade avskrivningsunderlag ("basis step-up"), (3) ökade ränteavdrag p.g.a. en ökad D/E-kvot i det nya, sammanslagna, företaget.

(1) I USA redovisar företagen relativt ofta negativa skattemässiga resultat, även om deras verkliga, ekonomiskt riktiga resultat,⁴ är positivt. Detta är en konsekvens av generösa avdragsmöjligheter vid vinstbeskattningen. Vissa företag ackumulerar mycket stora förlustavdrag som kan föras bakåt för att dras av mot de tre närmast föregående årens vinster, varvid en omedelbar skatteåterbäring erhålles. Om dessa tidigare vinster är otillräckliga

⁴ Enligt Haig-Simons inkomstdefinition är ekonomisk inkomst "cash-flow" plus förändring av förmögenhet under en period.

för att utnyttja hela förlusten måste den återstående delen föras framåt för att dras av mot framtida vinster. Detta är en vanlig situation för ett stort antal företag, vilken dessutom tenderar att bestå över tiden. Ett förlustavdrag kan emellertid användas endast i femton år, varför vissa företag riskerar att förlora avdragsrätten. Dessutom minskar förlustavdragens nuvärde över tiden. Dessa förhållanden kan påverka företagens investeringsbeteende på så sätt att de försöker "köpa" vinster för att utnyttja förlustavdragen. Ett sätt att köpa vinster är att köpa ett existerande företag som inte har förlustavdrag. Detta reducerar företagets kombinerade skattebetalningar och är värdeskapande för aktieägarna.

(2) En höjning av avskrivningsunderlaget, och därmed avskrivningsmöjligheterna, kan ske när det bokförda värdet av kapitalutrustningen är lägre än dess marknadsvärde. Det säljande företaget måste visserligen betala reavinstskatt, men värdet av ökade avskrivningar för det köpande bolaget är oftast högre än kostnaden för reavinstskatten. Båda företagen kan därför vinna genom att försäljningspriset anpassas så att skattevinsten delas. I vissa fall måste det säljande bolaget betala en extra skatt (s.k. "depreciation recapture tax") på reavinsten, vilket ofta eliminerar eller kraftigt reducerar skattevinsten. Detta skatteincitament varierar därför i betydelse från fall till fall.

(3) Ökade ränteavdrag genom en höjning av D/E-kvoten är den fråga som rönt mest intresse i den allmänna debatten. Farhågor har rests att det ökande utnyttjandet av obligationer vid företagsköp (s.k. "leveraged buy-outs"), kan minska företagets finansiella motståndskraft och vid en eventuell konjunkturedgång öka antalet konkurser. Auerbach & Reishus (1986) visar i en empirisk studie av 422 fusioner mellan stora aktiemarknadsföretag att i cirka en femtedel av dessa fusioner fanns möjligheter att öka utnyttjandet av förlustavdrag och andra skatteavdrag. Värdet av dessa avdrag motsvarade i genomsnitt ungefär 10 % av det uppköpta företags marknadsvärde innan fusionen. Potentiella fördelar av ett ökat avskrivningsunderlag fanns endast i ett mindre antal fall och bedömdes inte som viktigt. Det mest överraskande resultatet av denna studie var att ingen signifikant ökning av den kombinerade D/E-kvoten efter en fusion kunde noteras. Den absoluta skuldsättningen ökade visserligen men aktiernas marknadsvärde ökade proportionellt.

Auerbach & Reishus (1987) har skattat den relativa betydelsen av de nämnda skattemotiven i en ekonometrisk studie. De finner stöd för hypotesen att förlustavdrag ökar sannolikheten för förvärv av ett företag inom den närmaste framtiden, men sambandet är relativt svagt. Möjligheter att öka avskrivningsunderlaget eller att öka skuldsättningen påverkar inte fusionsbesluten.

Sammanfattningsvis kan man från dessa studier dra slutsatsen att skattemotiven verkar ha en underordnad betydelse vid företagsfusioner i USA.

2.4.2 Skatteincitament till fusioner i Sverige

Den svenska bolagsbeskattningen stipulerar att utdelningar får utbetalas endast från redovisade vinstmedel efter skatt (plus balanserade vinstmedel från tidigare år). Eftersom avdragsmöjligheterna är mycket generösa befinner sig många bolag i en situation där de inte kan utnyttja alla sina avdrag. Om de gjorde detta skulle de i och för sig kunna reducera sina skattebetalningar, men inte upprätthålla sina utdelningar. Aktiemarknaden förväntar sig att företagen upprätthåller en viss utdelningsnivå, vilket introducerar en restriktion på den redovisade vinsten före skatt.

Upptäckning av avskrivningsunderlag är som regel inte aktuellt i Sverige, eftersom de flesta fusioner sker genom koncernbildningar där de enskilda företagen fortsätter som egna juridiska personer och fortsätter att skriva av sin kapitalutrustning som förut.

Vad gäller ränteavdragen så existerar samma fördel som i USA, men utdelningsrestriktionen och möjligheten till andra avdrag (såsom lagernedskrivningar) begränsar denna fördel.

Svenska företag bygger i allmänhet upp stora obeskattade reserver. Av dessa brukar, som en tumregel, 50 % räknas till eget kapital och 50 % som latent skatt. Den latent skattedelen av de obeskattade reserverna kan betraktas som ett räntelöst lån från statskassan. Obeskattade reserver skapas genom bokslutsdispositioner, såsom avskrivningar utöver plan, lagernedskrivningar, avsättningar till resultatutjämningsfond och investeringsfond. I allmänhet är dessa dispositionsmöjligheter så stora att de inte till fullo kan utnyttjas inom utdelningsrestriktionen. Detta gäller dock inte alla företag. Vissa företag är tillräckligt lönsamma för att kunna utnyttja alla sina avdrag och för dessa företag är en marginell investering i realkapital fullt beskattad. I en sådan situation kan, vid en jämförelse mellan en investering i nytt realkapital respektive ett företagsköp, det senare alternativet favoriseras, även om det har ett lägre nettonuvärde före skatt, om det köpta företaget har outnyttjade avdragsmöjligheter. En annan situation uppstår för ett olönsamt företag som inte kan uppfylla sin utdelningsrestriktion genom att upplösa obeskattade reserver. Om ett sådant företag reducerar sin utdelning till noll och därigenom överger utdelningsrestriktionen, kan det vara lönsamt att generera ett så stort förlustavdrag som möjligt och fusionera med ett lönsamt företag för att utnyttja förlustavdraget. I Sverige ges inte någon omedelbar skatteåterbäring, men ett förlustavdrag kan föras framåt under tio år.

En vanligare situation är att bokslutsdispositionerna är tillräckliga för att uppfylla den utdelningsnivå som aktiemarknaden kräver, antingen genom en ökning eller minskning av de obeskattade reserverna. Företagen kan då i princip själva välja sin effektiva skattesats på marginella investeringar genom ett ökat utnyttjande av existerande avdragsmöjligheter. Bolagsskatten faller i denna situation endast på intramarginella vinster⁵ och ingen "stör-

⁵ Vinster genererade av redan existerande realkapital.

ning" av investeringsincitamenten sker (se Södersten & Bergström, 1984). Denna situation gäller för flertalet stora och väldiversifierade svenska företag och man kan förmoda att detta är ett långsiktigt jämviktsläge för de överlevande företagen.

2.4.3 Numeriska exempel på skattebesparingar vid fusioner

I detta avsnitt diskuteras ett stiliserat exempel på hur skatteavdragsreglerna kan påverka företagens investeringsbeslut och hur köp av ett olönsamt företag, med outnyttjade dispositionsmöjligheter och/eller förlustavdrag, kan vara företagsekonomiskt motiverat.

I exemplen nedan definieras bokföringsmässig vinst som:

$$\Pi = f(K, L) - \omega L - rD - \hat{\delta}\hat{K} \quad (2.1)$$

där $f(K, L)$ = produktionsfunktion,
 K = det 'sanna' värdet av kapitalstocken,
 ω = marknadslön,
 D = utestående lån,
 $\hat{\delta}$ = skattemässig avskrivningstakt,
 $\hat{K}$ = bokfört värde av kapitalstocken,
 r = marknadsräntesats.

Om företaget är uteslutande aktiefinansierat och om bruttovinst definieras som: $\pi = f(K, L) - \omega L$, kan bokföringsmässig vinst skrivas som:

$$\Pi = \pi(K, L) - \hat{\delta}\hat{K} \quad (2.2)$$

Företaget väljer en utdelningspolitik vid $t=0$ som definierar en restriktion på de möjliga avdragen. Utdelningen begränsas av:

$$0 \leq Div \leq (1-\tau)\Pi \quad (2.3)$$

Denna restriktion är dock endast strikt bindande uppåt om inga balanserade vinstmedel från tidigare år existerar. I sådana fall kan utdelningen överstiga innevarande års vinst efter skatt. Utdelningsrestriktionen blir då:

$$0 \leq Div_0 \leq [(1-\tau)\Pi_0 + \sum_{t=1}^{t_0-1} ((1-\tau)\Pi_t - Div_t)] \quad (2.4)$$

Värdet på $\hat{\delta}$ kan företagen bestämma själva, men det måste ligga inom intervallet: $0 \leq \hat{\delta} \leq \delta^*$, där δ^* bestäms av skattereglerna.

Företagen ackumulerar kontanta medel som härstammar från två källor: (1) skattebesparingar från avskrivningar och (2) kvarhållna vinstmedel. I exemplen nedan antages att dessa medel investeras i finansiella tillgångar, (t.ex. obligationer) som avkastar en konstant marknadsränta.

Två olika företag betraktas, det första företaget (A) har ett lönsamt projekt och det andra företaget (B) ett olönsamt. Båda företagen har en ensam aktieägare och projekten är helt aktiefinansierade. Det olönsamma pro-

jektets internränta understiger marknadsräntan och skulle inte genomföras under perfekt säkerhet. Det antages här att företagen agerar under osäkerhet av teknologiskt natur, d.v.s. när kapitalutrustningen installerats är de framtida betalningsströmmarna kända med säkerhet. Innan dess känner företaget endast projektavkastningens sannolikhetsfördelning. När investeringen väl genomförts, och projektet visat sig vara olönsamt, kan inte utrustningen säljas till ett annat företag som kan göra sig bättre nytta av denna. Betalningsströmmarna från kapitalutrustningen är alltså oberoende av var den är installerad. B-aktieägaren kan dock sälja sina aktier till företag A. Med perfekt information och säkerhet kommer priset att vara lika med nuvärdet av betalningsströmmarna i företag B. Om B:s avdrag kan utnyttjas bättre i företag A, kan dock priset överstiga nuvärdet av projektet i företag B.

Den initiala investeringskostnaden är 100 kr för båda projekten. Projekt A genererar ett konstant betalningsflöde värt 30 kr i varje period. Kvarhållna vinstmedel placeras i finansiella tillgångar till marknadsränta, 10 %. Utdelningen är 2.50 kr varje period, vilket är en relativt realistisk utdelningspolitik. Med dessa antaganden har företag A ackumulerat kvarhållna kontantmedel vid slutet av år $t=10$ till ett värde av 228.50 kr. Vid $t=10$ likvideras företaget och aktieägaren betalar realisationsvinstskatt på skillnaden av vad han erhåller och vad han betalat vid $t=0$: $(228.5 - 100) = 128.5$. Endast 40 % av denna vinst behöver tas upp till beskattning.

Projekt B genererar konstanta netto-betalningsströmmar värda 10 kr varje period. Företag B väljer att inte betala några utdelningar och är därför inte begränsad med avseende på vilken vinst före skatt det skall redovisa. Avskrivningsmöjligheterna utnyttjas maximalt varje period varvid förlustavdrag genereras under de första fem åren. Företag B kan använda hela detta förlustavdrag, men endast över fyra år. Företag A, å andra sidan, kan använda hela B:s förlustavdrag omedelbart (under period 6). Nuvärdet av återstående skattebetalningar, vid början av period 6, för de separata företagen är 92.34 kr. Nuvärdet av företag A:s framtida skatter, efter det att det förvärvat B, är endast 85.91 kr, vilket ger en kombinerad skattebesparing på 6.43kr.

Detta exempel är givetvis mycket förenklat, men visar ändå hur överföring av outnyttjade avdragsmöjligheter mellan företag i samband med företagsfusioner, kan förklara de observerade uppköpspremierna. Resonemanget bygger på att de båda företagen väsentligt skiljer sig åt m.a.p. den utsträckning som de kan utnyttja de befintliga avdragsmöjligheterna.

2.4.4 Val av betalningsmedel vid offentliga uppköpserbjudanden

Uppköp av aktiemarknadsföretag sker genom att ett uppköpsprospekt utskickas till aktieägarna i det berörda företaget. Erbjudandet i dessa prospekt kan variera vad avser formen för vederlaget. Följande betalningsme-

del förekommer: 1) kontanter, 2) nyemitterade aktier i det köpande företaget, 3) skuldebrev, 4) konvertibla skuldebrev, 5) optionsrätt till framtida teckning av nya aktier i det köpande bolaget, 6) konvertibla vinstandelsbevis och 7) olika kombinationer av ovanstående alternativ.

Värdet av erbjudandet måste naturligtvis motsvara minst det aktuella marknadsvärdet av uppköpsobjektet. Som regel överstiger erbjudandet detta marknadsvärde väsentligt, varvid skillnaden kallas överkurs eller premie. På en perfekt kapitalmarknad där alla parter har tillgång till samma information och utan skatter, bör aktieägarna var indifferent vad gäller betalningsmedel. Endast investeringens reala konsekvenser påverkar aktieägarnas förmögenhet.

Transaktionskostnader, skatter och asymmetrisk information medför dock i verkligheten att valet av betalningsmedel är av betydelse för aktieägarna. Transaktionskostnader betraktas i regel som relativt obetydliga. Det är istället skattebehandlingen av olika betalningsformer samt asymmetrisk information som ansetts vara de viktigaste faktorerna för att förklara val av betalningsmedel och uppköpspremie.

I t.ex. USA och Storbritannien uppstår ingen beskattningsbar vinst när aktier i det förvärvande företaget erhålles i utbyte, medan en kontantförsäljning normalt medför en sådan skattskyldighet. I Sverige däremot gäller att skattskyldighet för den enskilde aktieägaren uppkommer vid varje form av avyttring mot vederlag.⁶ Ingen förskjutning av skattebetalningarna erhålles därför i Sverige. Aktie-för-aktie erbjudanden till samma värde som kontanterbjudanden torde av denna anledning inte vara skattegynnade i Sverige. Eftersom kontanter är den mest likvida betalningsformen bör många mindre aktieägare föredra sådana, särskilt som uppskov med realisationsskatt som regel inte kan åtnjutas. Institutionella ägare, som ofta är skattebefriade, kan dock förväntas vara indifferent beträffande formen av vederlaget. Det bör även tas i beaktande att aktieägarna som regel erhåller aktier i ett större, mer diversifierat företag, vilket vissa aktieägare, med speciellt stora transaktionskostnader för att ändra sin aktieportfölj, kan värdera högt. I praktiken innehåller de flesta uppköpserbjudanden olika alternativ, t.ex. ett rent kontantalternativ och ett kombinerat kontant- och aktiealternativ. Man kan förmoda att företagen på detta sätt försöker skräddarsy erbjudandena för att bäst passa uppköpsobjektens ägarkrets. En sådan strategi bör öka deras möjligheter att lyckas med uppköpet.

För det köpande företaget kan valet av betalningsmedel vara av stor betydelse. Företag med låg marknadsvärdering men hög likviditet och/eller betalningsström från existerande aktiviteter, har motiv att reducera sitt eget

⁶ Ett undantag från denna regel finns i kommunalskattelagen, § 35 3 mom. 3st., där regeringen ges möjlighet att medge undantag från reavinstbeskattning om det kan antagas att en sådan beskattning skulle "hindra en strukturrationalisering som är önskvärd ur allmän synpunkt". Företagen ansöker regelmässigt om sådan dispens, men den beviljas mycket sällan. Skälen för ansökningarna är ofta att aktieägarna kan få likviditetssvårigheter när de erhåller aktier i vederlag.

kapital för att höja sitt marknadsvärde. Eftersom återköp av egna aktier är förbjudet i Sverige, kan ett kontantköp av ett annat företag vara ett skatteeffektivt alternativ att dela ut medel till marknaden. Aktie-för-aktie erbjudanden å andra sidan kan förväntas vara förknippade med företag som anser att deras marknadsvärdering är för högt och där inga reala synergieffekter anses föreligga vid förvärvet.

De senaste åren har mycket forskning ägnats åt analyser av informationsinnehållet i olika finansieringsåtgärder från företagets sida. Företagsledningen har bättre information om företagets framtidsutsikter än aktiemarknaden, s.k. asymmetrisk information. Företagets val av utdelningskvot och finansieringsform kan i denna situation överföra värdefull information till aktiemarknaden. En höjning av utdelningen betraktas t.ex. allmänt som en signal att företagets framtidsutsikter förbättrats, vilket resulterar i en höjning av aktiepriset. Valet av betalningsmedel vid ett uppköp kan också ge olika signaler till marknaden. Nyemissionsfinansiering kan t.ex., i enlighet med resonemanget bakom Tobins-q teori, ge en signal om att företagsledningen anser att deras egna aktier är övervärderade och en negativ prisreaktion skulle då bli följden. Kontantförvärv skulle, enligt samma resonemang, ge en positiv signal.

En alternativ förklaring till kontantförvärv har presenterats av Jensen (1986). Han menar att sådana förvärv kan vara ett sätt att använda höga betalningsströmmar för att öka företagets storlek istället för att betala ut pengar till aktieägarna, eller att investera i interna projekt av lågt värde. Denna förklaring utgår från Jensen & Mecklings "agency-theory", där företagsledningen handlar i sitt eget intresse på aktieägarnas bekostnad. Anledningen till att ett överskott av likvida medel inte betalas ut till aktieägarna är enligt denna teori inte den ovan diskuterade inlåsningseffekten på grund av hög beskattning på utdelningar. Kontantförvärv skulle då ge en signal att förvärvet har en relativt låg förväntad avkastning. Aktiepriset kan dock ändå tänkas öka om skattefördelen är tillräckligt stark. Detta resonemang vilar i grunden på antagandet att återinvesterade vinstmedel är en billig finansieringskälla och därför associerade med aktiviteter med en låg förväntad avkastning. Av samma anledning skulle nyemissionsfinansierade förvärv ha en hög förväntad avkastning.

2.5 Sammanfattning

I detta kapitel har diskuterats hur beskattning av inkomst från kapital påverkar företagets finansierings- och investeringsbeteende. Det konstaterades att bolagsbeskattningen gör skuldfinansiering billigare än nyemissioner. Den höga beskattningen av utdelningar relativt kapitalvinster ger dessutom incitament att kvarhålla vinstmedel inom företagen. Denna tendens till ackumulation av vinstmedel har som konsekvens att företagen gör finansiella investeringar i större utsträckning än de skulle göra utan kapitalbeskattning.

Skillnaden i beskattning av utdelningar och kapitalvinster kan även resultera i ett marknadsvärde som understiger återanskaffningsvärdet av företagets nettotillgångar. Detta innebär att det är billigare att köpa ett företags aktier än att investera i nytt realkapital.

Skattesystemet behandlar vinster och förluster asymmetriskt eftersom vinster beskattas direkt medan förluster inte berättigar till en omedelbar återbäring. Företag med förluster får ett förlustavdrag som kan avräknas mot betald vinstskatt under maximalt tio år. Företag med stora ackumulerade förlustavdrag kan söka en vinstrik fusionspartner för att utnyttja dessa avdrag, om de inte anticiperar tillräckligt stora vinster från existerande aktiviteter i framtiden.

Utnyttjande av förlustavdrag kan vara ett motiv för fusioner, men behovet att redovisa en beskattningsbar vinst för att betala utdelningar, innebär att många företag inte utnyttjar alla tillgängliga avdrag. Företagen skiljer sig åt i den utsträckning de kan utnyttja sina avdragsmöjligheter. Vinstrika företag kan ha motiv att söka fusionspartners med outnyttjade avdragsmöjligheter, även om dessa är investeringsobjekt med lågt eller negativt nettonuvärde när skattefaktorer inte beaktas.

Företagens observerade finansieringspolitik hög—skuldsättningsgrad och låga utdelningskvoter—kan förklaras tämligen väl med de incitament skattesystemet introducerar. Samma beteende kan dock förklaras utifrån andra utgångspunkter, vilket Jensen & Mecklings "agency-cost" teori visar. Enligt denna teori tenderar företagsledare, som har en stor andel av sitt humankapital bundet till ett visst företag, att söka diversifiera företagets verksamhet på ett sätt som aktieägarna inte är betjänta av. Om stora skattevinster kan göras genom en sådan diversifiering kan dock företagsledningens och aktieägarnas intressen sammanfalla. I detta fall är staten förloraren och i slutändan de grupper som måste betala en högre skatt p.g.a. skattebortfallet från bolagssektorn.

3 Empiriska studier

I föregående kapitel diskuterades hur kapitalbeskattningsregler kan påverka företagens finansierings- och investeringsbeteende samt hur dessa regler kan uppmuntra företagsfusioner. I detta kapitel undersöks den relativa betydelsen av dessa skatteincitament vid fusionsbesluten. Detta görs i en empirisk studie av fusioner mellan svenska företag under perioden 1983 till 1987.

"Agency-cost" teorin förutsäger delvis samma beteende som skatteteorin. Testbara hypoteser ämnade att särskilja dessa två teorier formuleras därför. I den utsträckning ingendera av dessa teorier erhåller något empiriskt stöd, kan fusionsverksamheten vara driven av andra motiv än de som dessa teorier förutsäger. Inget försök görs att identifiera dessa motiv. Syftet med den empiriska studien är inte att hitta en "bästa" förklaringsmodell, utan att undersöka skatteincitamentens betydelse.

3.1 Dataurval och beskrivning av datamaterialet

Datamängden består av finansiella data från en panel av företag mellan 1983 och 1987, vilka under denna period varit inblandade i en eller flera fusioner. Urvalet av företag tillgick så att alla fusioner under perioden, mellan i Sverige inregistrerade aktiebolag identifierades. Källan var SPK:s fusionsregister. I detta dominerar antalsmässigt fusioner mellan små och medelstora företag. Även om i stort sett samma relativa skattefördelar existerar i alla storleksklasser, begränsades urvalet till fusioner mellan företag där det förvärvade företaget hade minst 200 anställda. Denna begränsning var nödvändig ur databehandlings- och kostnadssynvinkel. Värdemässigt är också de större företagen helt dominerande. Totalt identifierades 185 fusioner som uppfyllde dessa kriterier. Om ett företag förvärvat ett företag med strax över 200 anställda och ett annat just under denna gräns, skulle med detta kriterium endast det första inkluderas. Detta skulle medföra en snedvridning av resultaten för dessa företag. Ett kompletterande urvalskriterium användes därför: alla fusioner där kvoten mellan värdet av det förvärvade och det förvärvande företagens bokförda tillgångar var större eller lika med 0.01 inkluderades. Som en följd därav inkluderades ytterligare 35 fusioner (netto).

Tabell 3.1 Fusioner mellan bolag noterade på olika fondhandlarlistor.

Lista:		AI	AII	Målbolag OTC		Övriga	P	Summa:
Förvär- vande bolag	AI	17	1	2		2	28	50
	AII	2	1	2			14	19
	OTC					1	5	6
	Övriga							
	P	3		1		1	47	51
Summa:		22	2	4		4	94	126

I syfte att förenkla analysen av datamaterialet, exkluderades flera kategorier företag för vilka särskilda skatteregler gäller eller för vilka förutsättningarna i övrigt är speciella. Förvärv gjorda av investmentbolag och statliga bolag samt fusioner mellan bank- och finansbolag exkluderades. I de fall där ett dotterbolag i en koncern förvärvat ett annat företag, betraktades moderbolaget som förvärvare om dess ägarandel i dotterbolaget översteg 90 %, annars ansågs dotterbolaget som förvärvare.

Finansiella data från årsredovisningar insamlades därefter. För företag som står utanför aktiemarknaden är detta en tidsödande procedur, eftersom data för dessa måste tas fram manuellt ur PRV:s mikrofilmsregister. P.g.a. ofullkomliga uppgifter i detta register, måste en stor del av dessa företag uteslutas. Urvalets storlek begränsades slutligen till 126 fusioner. Fördelningen av fusioner mellan företag noterade på någon aktiekurslista (AI-, AII-, OTC- och övrig lista), samt onoterade bolag (i fortsättningen kallade privata, "P"), framgår av tabell 3.1. Där framgår också att de företag som inte är föremål för marknadsnotering dominerar antalsmässigt bland de förvärvade företagen, medan marknadsnoterade företag är i flertal bland förvärvarna. En storleksklassificering enligt värdet av de bokförda tillgångarna året före fusionen ges i tabell 3.2 där följande storleksgrupper används:

- A: 0 – 50 mkr
- E: 1.000 – 5.000 mkr
- B: 50 – 250 mkr
- F: 5.000 – 10.000 mkr
- C: 250 – 500 mkr
- G: 10.000 –
- D: 500 – 1.000 mkr

Tabell 3.2 Korstabulering av fusioner enligt tillgångsstorlek, (löpande priser).

		Målbolag							Summa:
		A	B	C	D	E	F	G	
Förvär- vande bolag	A	1	2	2	1				6
	B	4	9		1	2			16
	C	10	12	4	2				28
	D	6	8	4	2	2			22
	E	1	15	7	3	9		1	36
	F		1			1	2		4
	G			4	4	1	2		14
Summa:		22	47	21	16	15	4	1	126

Av tabell 3.2 framgår att de förvärvande företagen som regel är betydligt större än de förvärvade. Medelstorleken på ett förvärvande bolag är 4.150 mkr. och på ett förvärvat, 770 mkr. I genomsnitt är alltså det förvärvande företaget cirka 5 gånger så stort som det förvärvade. I 25 fall är dock köparen mindre än det köpta företaget.

I många fall, speciellt bland de marknadsnoterade företagen, sker förvärv av röstmajoriteten successivt. SPK registrerar en fusion när röstandelen av aktierna överstiger 50 %. Det aktieköp som utlöser denna händelse kan dock vara litet (t.ex. från 49,9 % till 50,1 %). I tabell 3.3 redovisas hur förändringen av det procentuella aktieinnehavet skett i populationen:

Tabell 3.3 Förändringar av procentuella ägarandelar i samband med fusion.

	0→90%	(0-50)→90%	0→(50-90%)	(0-50)→(50-90%)	Summa:
AI-AI	6	7	2	2	17
AI-P	19	2	1	1	23
P-P	33	5	2	1	41
AII-Övr.	11	4	1	1	17
Övr.	13	1	2		16
Summa:	82	19	8	5	114

För 13 fusioner fanns inte data tillgängliga över det förvärvande företags ägarandel innan fusionen. I samtliga dessa fall förvärvades dock minst 90 % av målföretaget. I tabell 3.3 kan observeras att det bland de marknadsnoterade företagen är relativt vanligt att öka ägarandelen successivt. De 24 successiva förvärven tillgick enligt följande mönster ('0' är det tidigaste år för vilket ägarandelsinformation registrerades, '1' det nästkommande etc):

Mer än 90 %:

- AI-AI
- 1 0: 0% 1: 35,3% 2: 97.7%
- 2 0: 2% 1: 32,4% 2: 100%
- 3 0: 0% 1: 58% 2: 100%
- 4 0: 0% 1: 25% 2: 29,8% 3: 36,5% 4:100%
- 5 0: 0% 1: 41,1% 2: 100%
- 6 0: 14,7% 1: 21,5% 2: 100%
- 7 0: 0% 1: 34,8% 2: 23,6% 3: 30,0% 4:100%
- AI-P
- 8 0: 25% 1: 100%
- 9 0: 48% 1: 95%
- P-P
- 10 0: 50% 1: 100%
- 11 0: 40% 1: 100%
- 12 0: 36% 1: 40,2% 2: 90,2%
- 13 0: 50% 1: 100%
- 14 0: 49% 1: 100%
- AII-Övr
- 15 0: 50% 1: 100%
- 16 0: 25% 1: 90%
- 17 0: 25% 1: 96%
- 18 0: 0% 1: 6,9% 2: 25% 3: 57% 4: 100%
- Övr
- 19 0: 29% 1: 34% 2: 100%

50-90%:

AI-AI	20	0:49,9%	1: 74,5%
	21	0:33%	1: 57,5%
AI-PI	22	0:50%	1: 75%
P-P	23	0:40%	1: 66,5%
AII-P	24	0:49%	1: 51%

Bland gruppen fusioner där ägarandelen förändrades från 0 till mellan 50 och 90%, var den genomsnittliga ägarandelen 63% med fem fall i intervallet 55 - 62,5%.

Eftersom ett stor mängd förvärv alltså sker successivt, behövs en modell för att förklara storleken på ägarandelen och företagens portföljvalsbe- teende i stort. De större företagen har ofta mycket stora och väldiversifierade aktieportföljer. I exemplen ovan tar det som mest fyra år att uppnå minst 90%. I vissa fall fanns dock inte data tillgängligt för det första året av aktie- innehavet, så denna tid kan vara betydligt längre i vissa fall.

Successiva förvärv kan bero på osäkerhet beträffande uppköpsobjektets verkliga kvalitet. En hög ägarandel kan medföra styrelsrepresentation, ökad insyn och större klarhet på denna punkt. Imperfektioner på kapital- marknaden är en annan möjlig förklaring.

Har passerandet av 50%-gränsen någon betydelse? Svaret på denna fråga är osäkert. Om de båda företagens betalningsströmmar inte är perfekt, po- sitivt, korrelerade, så kan en fusion minska den totala konkursrisken.⁷ Den- na möjlighet torde dock i praktiken spela roll redan vid en lägre ägarandel. Koncernbildning kan dock medföra inkomstutjämningsmöjligheter mellan koncernbolag som kan reducera de totala skattebetalningarna. Passerandet av 50%-gränsen kan av aktiemarknaden betraktas som en signal om att ett offentligt uppköpserbjudande snart kommer att läggas på resterande aktier.

I de ekonometriska studierna kommer även små ägarförändringar som ger upphov till en fusion att beaktas. Bakom detta ligger antagandet att ett fullständigt köp ofta planeras att genomföras vid en senare tidpunkt. Om detta de facto inte skett har ingen betydelse eftersom det är förhållandena just före fusionsbeslutet som är av intresse.

De verkliga köpesummorna vid uppköpen är som regel inte tillgängliga annat än vid offentliga uppköpserbjudanden. Det går inte heller att an- vända de bokförda värdena på aktierna enligt moderbolagens specifikation, eftersom dessa ofta skrivs ned (i klump) efter förvärvet.

3.2 Förvärvarnas skattemotiv

I detta avsnitt beskrivs modeller av de förvärvande företagens fusionsbe- teende. I den första modellen används data för hela perioden för samtliga företag som varit förvärvare ett eller flera år under perioden. Denna metod syftar till att testa hur vissa finansiella och skatterelaterade variabler på-

verkar sannolikheten för en fusion. En alternativ metod är att dra ett slumpmässigt urval av alla företag för ett visst år och jämföra karakteristika mellan företag som medverkat i fusioner under detta år med motsvarande karakteristika i företag som inte medverkat i sådana. Om man väljer att inkludera privata företag kompliceras dock urvalsproblemet eftersom det i praktiken är mycket svårt att konstruera en population av dessa företag att dra ett urval ifrån. Istället undersöks hur sannolikheten för en fusion beror på värdena av de förklarande variabelerna under perioden. Om de inkluderade företagen har en högre, individuell, benägenhet att växa genom företagsköp än företag i allmänhet, kommer parameterskattningarna att ha en positiv bias. Det går således inte att göra inferenser till hela företagspopulationen utifrån dessa skattningar. Eftersom syftet med studien inte är prediktion, utan att estimera betydelsen av skatteincitament, är dock detta inte ett avgörande problem. En alternativ ansats, vilken används i avsnitt 3.2.3, är att helt begränsa sig till marknadsnoterade företag.

3.2.1 Förklarande variabler och testbara hypoteser

Jensen (1986) har gett en förklaring till fusioner som går under namnet: "free-cashflow" teorin. Enligt denna teori, som vilar på "agency-cost" teorin, försöker företag med begränsade interna expansionsmöjligheter, men höga vinster från existerande aktiviteter, expandera genom företagsköp istället för att betala ut vinsterna till aktieägarna. Denna hypotes kan vara svår att skilja från "inläsningshypotesen" som diskuteras ovan. "Free-cashflow" teorin förutsäger dock även att företagsköp är negativt relaterade till öknings av interna investeringar. För att särskilja de båda hypoteserna inkluderas dels en variabel som mäter vinster från existerande realkapital, kallad CASHFLOW (vinst före avskrivningar enligt plan dividerat med totala bokförda tillgångar), dels en variabel kallad Δ INVEST, definierad som kvoten mellan förändringen av reala investeringar sedan föregående år, dividerad med totala bokförda tillgångar. Om CASHFLOW är positiv och signifikant och Δ INVEST samtidigt är negativ och signifikant stöder detta Jensens teori.

Enligt "inläsningshypotesen" är utdelningar och fusioner substitut. En variabel kallad UTDKVOT definieras som: total utdelning dividerat med totala bokförda tillgångar. En mer adekvat variabel skulle eventuellt var förändringen av utdelningskvoten. Data för att konstruera denna variabel fattas dock för en stor del av urvalet. Används nivån på utdelningarna istället för förändringen av dessa så antages att en skillnad föreligger mellan företag som ofta engagerar sig i företagsköp och andra företag. Hypotesen att testa är om en högre fusionsbenägenhet är negativt relaterad till en hög utdelningskvot. Om CASHFLOW är positiv, Δ INVEST negativ och UTDKVOT negativ, så talar detta till fördel för "inläsningshypotesen" framför "free-cashflow" teorin.

Ovan diskuterades hur förlustavdrag kan vara ett motiv till fusioner. Ty-

vär är information om stocken av förlustavdrag inte allmänt tillgänglig för varje enskilt företag. För att få en viss uppfattning om förlustavdrag påverkar fusionsbenägenheten definierades en dummy-variabel som är lika med 1 om företaget haft en förlust året innan observationsåret. Detta är en mycket osäker indikator och modellen skattas även utan denna variabel.

Överflödiga avdrag i allmänhet kan vara ett motiv till fusioner. En variabel, ÖVERFLÖD, som mäter skillnaden mellan maximalt tillåtna avdrag under ett år och faktiskt utnyttjade avdrag under samma år, konstruerades för att mäta graden av avdragens överflödighet. En beskrivning av hur denna variabel konstruerats ges i appendix.

För att undersöka om det existerar någon skillnad mellan privata och marknadsnoterade företag, inkluderades en dummyvariabel som är 1 om företaget är privat och 0 annars. Om denna variabel är positiv och signifikant, indikerar det att privata företag, i urvalet, har en högre benägenhet att växa genom fusioner än marknadsnoterade företag.

3.2.2 Förvärvande företag – modell 1(a) och 1(b)

De flesta ekonometriskas fusionsstudier analyserar det kvalitativa valet mellan att genomföra en fusion eller inte. De vanligaste specifikationerna är PROBIT- och LOGIT-modeller.⁸ Skillnaden mellan dessa är främst beräkningstekniska och vi kommer att använda endast PROBIT-modellen.

Den grundläggande idén bakom dessa modeller är att en situation där ett val mellan två alternativ måste göras, existerar. Detta val påverkas av en rad variabler som antages var linjärt relaterade till en latent, icke-observerbar, variabel y^* :

$$y_i^* = x_i\beta + \epsilon_i \quad (1)$$

y^* är en kontinuerlig variabel som uttrycker det subjektiva värdet av att agera för individ i , givet värdet på x_i . ϵ_i är en slumpterm som antas vara normalfördelad. När y_i^* når en viss kritisk nivå $\bar{y}$ utlöses en aktion; endast aktion – icke aktion observeras och kodas som en binär variabel, y :

$$\begin{aligned} y_i^* &= x_i\beta + \epsilon_i \\ y_i &= 1 \text{ om } y_i^* \geq \bar{y} \\ &= 0 \text{ annars.} \end{aligned} \quad (2)$$

Denna typ av modeller tar inte i beaktande den relativa storleken av t.ex. ett uppköpt företag (relativt till moderbolaget). En kvantitativ modell kan dock formuleras om vi antar att y^* är kvoten mellan målbolagets och moderbolagets marknadsvärde. Negativa värden på y^* observeras inte. Om en linjär funktion och normalfördelad slumpterm antas, erhålles följande modell:

⁷ Denna effekt kallas "Co-insurance" effekten och lanserades av Lewellen (1971)

⁸ Se Maddala 1983 för en beskrivning av dessa modeller

$$\begin{aligned}
 y_i &= x_i\beta + \epsilon_i \\
 y_i &= y_i^* \text{ om } y^* \geq 0 \\
 &= 0 \text{ om } y^* < 0
 \end{aligned}
 \tag{3}$$

Detta är en s.k. Tobit-modell vilken används när en beroende variabel endast är observerbar inom ett visst intervall. I föreliggande fall är $y \geq 0.01$, där y definieras som kvoten mellan målbolagets och moderbolagets totala bokförda tillgångar.

3.2.3 Marknadsnoterade företag – modell 2

Inkluderandet av privata företag omöjliggör en analys av hur aktiemarknadsrelaterade variabler påverkar fusionsbeteendet. Det är självfallet viktigt att ta sådana variabler i beaktande eftersom de värdemässigt största fusionerna sker mellan aktiemarknadsföretag. Ett kompletterande urval av sådana företag som inte varit inblandade i fusioner under respektive år, drogs för åren 1984–87. Urvalet konstruerades så att 50 observationer inkluderades för varje år. P.g.a. bristfälliga data för vissa företag reducerades urvalet för vissa år. Bland de förklarande variablerna ingår, som i modell 1, CASHFLOW, Δ INVEST samt ÖVERFLÖD. En variabel kallad D/E, inkluderades som mått på outnyttjad skuldsättningskapacitet året innan fusionen. Denna variabel används av Bagwell & Shoven (1988), som föreslår att låga värden på (D/E) indikerar att företaget bör öka sin skuldsättningsgrad för att öka ränteavdragen. Detta kan eventuellt underlättas genom ett företagsköp. (D/E) konstruerades i tre olika varianter: (1) $(D/E)_b$ = totala skulder (bokförda värden) ÷ eget kapital enligt senaste balansräkning; (2) $(D/E)_m$ = totala skulder ÷ totalt börsvärde vid senaste årsskifte och 3) $(D/E)_j$ = totala skulder ÷ justerat eget kapital (=eget kapital + 0.5*obeskattade reserver). Nivån på utdelningskvoten, UTDKV, definieras nu som totala utdelningar dividerat med totalt börsvärde. Dessutom definieras Δ UTDKV: förändringen av utdelningskvoten, i reala termer, sedan föregående år. Slutligen definieras en variabel som approximerar "Tobins-q". Denna variabel används i två olika varianter vilkas konstruktion beskrivs i appendix. Om diskussionen i kapitel 1 om Tobins-q är relevant, förväntas "Q" vara negativt relaterad till sannolikheten att engagera sig i företagsköp.

3.2.4 Resultat av skattningarna i modell 1 och 2

En komplett redovisning av parameterskattningarna för alla modellvarianter som estimerats ges i appendix. I detta avsnitt kommenteras de kvalitativa resultaten och hypotestesten.

PROBIT-skattningarna av modell 1(a) fann ingen signifikant skillnad mellan privata och marknadsnoterade företag. Jensens "Free Cashflow" teori erhåller inget empiriskt stöd i denna modell; CASHFLOW har fel tecken och är dessutom signifikant vid minst 6% signifikansnivå i båda mo-

dellvarianterna. Δ INVEST är positiv och signifikant, vilket indikerar att företagsköp och investeringar i nytt realkapital är kompletterande aktiviteter istället för substitut, som "Free Cashflow" teorin förutsäger. Inlåsningshypotesen får inte heller något empiriskt stöd, UTDKVOT har visserligen rätt tecken, men är insignifikant. ÖVERFLÖD är insignifikant och verkar vara helt orelaterad till sannolikheten för företagsköp. Dummyvariabeln för förlust året innan observationsåret verkar inte heller påverka uppköpsfrekvensen. Den totala signifikansnivån, enligt χ^2 -testvariabeln, är relativt god, vilket indikerar att förklaringsförmågan är relativt god. Den andra varianten av modellen exkluderade dummyvariabeln för förlustavdrag, detta ändrade dock inte de kvalitativa resultaten nämnvärt.

Modell 1(b) är TOBIT-skattningar av ovanstående modell. Den viktigaste skillnaden gentemot PROBIT-skattningarna är att värdet på log-likelihood-funktionen sjunker drastiskt, vilket indikerar att TOBIT modellen ger en sämre anpassning än PROBIT. Tecken och signifikansnivåer för parameterskattningarna är dock mycket lika mellan dessa två specifikationer.

Modell 2:

Den grundläggande modellen skattas i sex olika varianter för varje år. De kvalitativa resultaten varierar mellan olika år, men är relativt konsistenta mellan olika modellvarianter för samma år. CASHFLOW är negativ för alla år utom 1985, Δ INVEST är nästan alltid positiv, medan Δ UTDKV är positiv och negativ med ungefär samma frekvens. Ingen av dessa variabler är dock signifikanta vid 5%-nivån i någon variant. UTDKV alternerar också mellan positiva och negativa tecken och har i allmänhet mycket höga parametervärden, standardfelen är dock mycket höga vilket medför att i endast ett fall är ett estimat signifikant vid 5%-nivån, i tre fall är de signifikanta vid 10%-nivån. Dessa blandade resultat försvårar en definitiv slutsats, men resultaten stöder varken "Free Cash-flow" teorin eller "inlåsningssteorin". Vad beträffar övriga variabler så är de olika varianterna av (D/E) variabeln oftast positiva och signifikanta i fyra fall, och då alltid positiva. Detta motsäger teorin om outnyttjad skuldsättningskapacitet som ett motiv för fusioner. Q-variabeln är endast signifikant i två fall för 1984 och i dessa fall negativ. I allmänhet har de olika varianterna av denna variabel låga t-värden och byter tecken. ÖVERFLÖD är insignifikant fram till 1987 då t-värderna plötsligt blir höga, vilket indikerar någon form av strukturell förändring under detta år. Vad som kan ha utlöst en sådan förändring är dock omöjligt att säga utifrån tillgängliga data. Modellernas prediktionsförmåga är genomgående låg och har även en låg förklaringsgrad, utom för 1987 då samtliga modeller är signifikanta vid 2%-nivån.

Sammanfattningsvis erhåller de olika skattehypoteserna mycket svagt stöd från dessa modeller, med ett möjligt undantag för 1987 då ÖVERFLÖD verkar påverka uppköps sannolikheten i positiv riktning.

3.3 Målföretag – modell 3

I detta avsnitt analyseras hur vissa skatteattribut påverkar sannolikheten för ett företag att bli uppköpt. Hela urvalet kan inte användas i detta fall och analysen begränsas till marknadsnoterade företag. Istället för att använda hela observationsperioden genomförs tvärsnittsstudier för 1985 och 1986.

Ett slumpmässigt urval drogs ur populationen av marknadsnoterade företag som inte varit föremål för uppköpserbjudanden inom minst 12 månader efter respektive år. Dessa urval kompletterades med samtliga förvärvade, marknadsnoterade, företag från det ursprungliga urvalet. PROBIT-specifikationen användes och y kodas som 1 om företaget förvärvats under året och noll annars. Slumptermen antas vara normalfördelad. Följande oberoende variabler användes:

TILLVLT1 = 5-årig geometrisk tillväxttakt av "cashflow";

TILLVLT2 = 5-årig geometrisk tillväxttakt av totala bokförda tillgångar;

STORL = logaritmen av totala bokförda tillgångar;

OR = obeskattade reserver, året före förvärvet, $\div$ totala tillgångar;

E/P = "Earnings/Price" kvot, definierad som: resultat före avskrivningar $\div$ totalt börsvärde;

ÖVER-

FLÖD = (maximala avdrag – faktiska avdrag) $\div$ totala tillgångar.

TILLVLT1 och TILLVLT2 är två alternativa mått på företagets tillväxttakt. Hypotesen är att storleksmaximerande företag kan vara speciellt attraherade av snabbt växande företag, speciellt om de själva verkar i en stagnerande bransch. STORL kontrollerar för olika grad av förmåga att skydda sig mot uppköp som är korrelerade med absolut storlek. OR inkluderas mot bakgrund av de möjligheter att handla med obeskattade reserver som diskuterades i kapitel 1. E/P är ett mått på aktiemarknadens värdering av företagets framtida lönsamhet. ÖVERFLÖD mäter som tidigare i vilken utsträckning tillgängliga avdrag kunde utnyttjas i det senaste bokslutet före fusionen.

3.3.1 Skattningsresultat – modell 3

Denna modell uppvisar till skillnad från tidigare modeller en excellent prediktions- och förklaringsförmåga. Båda tillväxtvariablerna är positiva, men insignifikanta. Storleksvariabeln är dock signifikant och negativ, som väntat. OR är genomgående signifikant och uppvisar en stark, positiv, påverkan på sannolikheten för att bli uppköpt. E/P är signifikant och negativ för 1985, men positiv och insignifikant för 1986. Dessa blandade resultat gör det svårt att dra definitiva slutsatser beträffande aktiemarknadsvärderingens påverkan på sannolikheten att bli uppköpt. Ett högt E/P-värde indikerar att företagets framtida vinstnivå förväntas bli låg, för 1985 hade detta en signifikant negativ inverkan på sannolikheten att bli uppköpt. ÖVER-

FLÖD är oftast negativ och insignifikant, tillsammans med resultaten för OR indikerar detta att ett företags aktuella skattesituation är mindre viktig än stocken av obeskattade reserver för de potentiella moderbolagen.

Modellens prediktionsförmåga är som sagt mycket god, vilket illustreras av den höga frekvensen av korrekt klassificerade uppköpta företag, speciellt för 1985. En sådan modell kan vara "värd" mycket mot bakgrund av de höga överkurser som oftast betalas vid offentliga uppköp. Aktiemarknaden själv verkar inte kunna förutsäga blivande uppköpsobjekt med någon högre grad av precision, vilket gör att man bör misstänka att något är fel med modellen. Palepu (1986) påpekar att urvalsprocessen snedvrider parameterestimaten på så sätt att prediktionsförmågan överdrives. Urvalsprocessen är inte helt slumpmässig eftersom de uppköpta företagen överrepresenteras. Denna typ av urvalsteknik kallas "choice-based sampling" och används när den företeelse som ska studeras förekommer relativt sällan i populationen. Om ett slumpmässigt urval dras från hela populationen måste detta urval göras mycket stort för att ett tillräckligt antal observationer av företeelsen under studium ska inkluderas. Detta kan bli mycket dyrt och i denna situation kan man istället välja att medvetet överrepresentera dessa observationer. Om den verkliga proportionen av dessa i populationen är känd, kan estimeraten korrigeras i efterhand så att denna "sampling bias" elimineras.

Modellen skattades med viktade observationer, där vikterna beräknades dels utifrån antalet uppköp som identifierats enligt de urvalsprinciper som beskrivits ovan, dels utifrån det antal uppköpserbjudanden som redovisas i Bergström et al. (1989). Det senare viktsystemet ger betydligt högre vikter än det första, men resultaten av de nya skattningarna skiljer sig inte nämnvärt åt. Resultaten för det första viktsystemet ges i appendix. Som väntat reduceras parameterskattningarna avsevärt, samtidigt ökar standardfelen vilket leder till att t-värdena kraftigt reduceras. Ingen parameter är signifikant skild från noll, inget teckenbyte sker dock. Modellens prediktionsförmåga försämrars också drastiskt, vilket är helt i linje med de argument som Palepu ger. Att använda den okorrigerade modellen i syfte att identifiera framtida målföretag skulle sannolikt inte vara speciellt framgångsrikt.

3.4 Analys av fusionspar

I tidigare avsnitt har modeller av moderbolagen respektive målföretagens fusionsbeteende skattats. En fusion består dock av två parter, vilka måste passa ihop, som ett äktenskap. Detta är särskilt tydligt vad beträffar motiv att utnyttja överflödiga avdrag. Om båda företagen har överflödiga avdrag kan inte utnyttjandegraden av dessa ökas genom en fusion. Kan ett företag utnyttja det andras avdrag förändras situationen. Resultaten tidigare har indikerat att denna variabel inte har någon som helst påverkan på fusionsbeslutet. Detta kan dock vara ett resultat av att relevansen av denna variabel är helt beroende av "matchningen" av fusionsparen.

En metod som tar i beaktande "par-specifika" variabler används av Auerbach & Reishus (1988). De jämför ett urval av fusionspar med ett stratifierat urval av "pseudo-fusioner". Denna kontrollgrupp består av företag i samma storleksklass som de riktiga fusionsparen, men är helt slumpmässigt ihopparade. Om dessa fusionspar uppvisar liknande potentiella skattefördelar som de verkliga fusionerna, kan slutsatsen dras att skattemotiven inte har ett avgörande inflytande på fusionsbesluten.

Den metod som Auerbach & Reishus använder kräver tillgång till en stor population för att dra det stratifierade urvalet från. För svenska förhållanden är det svårt att konstruera ett adekvat urval enligt dessa principer. Anledningen är att det finns få mycket riktigt stora företag i Sverige och att dessa, nästan utan undantag, varit involverade i större företagsköp under observationsperioden. Denna metod bedömdes därför som oanvändbar i föreliggande studie.

3.5 "Event"-studier

För att mäta vilka vinster (eller förluster) aktieägarna gör i samband med offentliga företagsköp används s.k. "event"-studier. Det är studier av prisförändringar på de inblandade företagens aktier runt den tidpunkt då ett planerat uppköp blir allmänt känt. För att erhålla ett korrekt mått på de prisförändringar som beror på uppköpserbjudandet måste priset korrigeras för den allmänna prisutvecklingen på aktiemarknaden under den relevanta perioden. Detta görs genom att skatta en s.k. kontrollavkastning för varje företag för en period som inte är influerad av uppköpserbjudanden. Kontrollavkastningen jämförs med den verkliga avkastningen runt tiden för uppköpserbjudandet, skillnaden dem emellan kallas "överavkastning". Den kumulerade överavkastningen utgör ett mått på den vinst som aktieägarna erhåller p.g.a. företagsköpet. Överavkastningen för företag j under period t kan skrivas som:

$$ar_{jt} - C_{jt} \quad (4)$$

Detta datum kan dock vara svårt att identifiera exakt eftersom information ibland läcker ut i förväg, den kumulerade avkastningen beräknas därför över en relativt lång period innan den första, officiella, informationen. Överavkastningen aggregeras enligt:

$$AR_t = \frac{1}{N} \sum_{j=1}^N ar_{jt} \quad (6)$$

där N är antalet företag i en viss grupp av intresse. Därefter kumuleras dessa avkastningsmått för att få ett mått på avkastningen över flera månader:

$$CAR_t = \sum_{i=t_0}^t AR_i \quad (7)$$

t_0 är det första observationsdatumet.

Den svåraste delen i denna procedur är att hitta en adekvat modell för att skatta c_{jt} . Problemen därvidlag diskuteras av bl.a. Franks et al. (1988), de använder tre olika modeller men finner ingen signifikant skillnad i resultaten dem emellan. Baserat på detta resultat används den s.k. "marknadsmodellen" i de studier som redovisas nedan:

$$c_{jt} = \alpha_t + \beta_j (r_t^m - r_t^0) \quad (8)$$

där r_t^0 är avkastningen på en statsskuldväxel,

r_t^m är avkastningen på marknadsindex.

β_j är aktie j 's kovarians med marknadsindex dividerat med marknadsindexets varians.

Givet estimat av α_t och β_j så kan ett estimat av kontrollavkastningen, $\hat{c}_{jt}$, erhållas genom insättning i uttryck (8).

Sammanlagt 25 uppköpserbjudanden studerades över perioden april 1983 – januari 1988, 17 olika köpande företag var inblandade i dessa, som samtliga lyckades och minst 90% av målföretagets aktier förvärvades.

Målföretagens överavkastning mellan dag -1 till +1 var i genomsnitt 16,3%, den kumulerade överavkastningen, CAR_t , från $t=-16$ till $t=+1$ var 18,5%. CAR_{+16} var i genomsnitt 19,4%, medan $CAR_{-1} = 2\%$, detta indikerar att relativt litet "informationsläckage" ägde rum innan $t=0$.

De köpande företagen erhöll i genomsnitt 4% överavkastning vid $t=+1$, denna avkastning är dock inte signifikant skild från noll (vid 5% signifikansnivå). CAR_t är negativ innan $t=+1$ och når inte upp till positiva värden förrän vid $t=+10$, CAR_t är dock inte signifikant skild från noll för någon t .

Dessa resultat överensstämmer tämligen väl med de som Bergström et al. erhåller för ett större urval av företag under perioden 1980–1987. Målföretagens överavkastning runt $t=0$ var i denna studie 15% och de köpande företagens 3%. I båda studierna är dock variationen runt dessa medelvärden avsevärd. Det indikerar att överavkastningen kan skilja sig åt mellan olika grupper av företag, med olika identifierbara karakteristika.

I avsnitt 2.6 diskuterades vad som påverkar valet av betalningsmedel och hur detta val kan förväntas vara relaterat till den observerade överavkastningen. Ett problem med att empiriskt testa dessa teorier är att många uppköpserbjudanden innehåller kombinationer av olika betalningsmedel, ofta utformade som alternativ för aktieägaren att välja mellan. En grov klassificering i tre huvudgrupper kan göras: 1) rena kontanterbjudanden; 2) kontanter och aktier, samt 3) kombinationer av kontanter, vanliga och konvertibla skuldebrev, teckningsoptioner och aktier. Dessa grupper innehåller 6, 10 respektive 9 uppköp.

Bland målföretagen i grupp 1) var den genomsnittliga överavkastningen vid dag $t=+1$, 12,1%; CAR_{+16} var dock endast 5,6%, vilket inte är signifikant skilt från noll. Företagen i grupp 2) och 3) erhöll en överavkastning av 17,4% respektive 17,8%, vid $t=+1$; CAR_{+16} var 20% respektive 20,8%.

De köpande företagen i grupp 1) hade en överavkastning på 6,3% vid

$t=+1$, men CAR_{+16} var så låg som -30.5%, vilket är signifikant skild från noll. För de två övriga grupperna var AR_{+1} , 6.1% respektive 2.6%; CAR_{+16} var 10% respektive 2%. Skillnaden mellan CAR_{+16} för grupp 1) och endera grupp 2) eller 3) är signifikant skilda från noll.

För att testa om överavkastningen skiljer sig åt mellan de tre grupperna skattades följande modell:

$$AR_{+1} = \beta_1 D_1 + \beta_2 D_2 + \beta_3 D_3 + \epsilon \quad (9)$$

där $D_1 = 1$ om uppköpet tillhör grupp 1, 0 annars;

$D_2 = 1$ om grupp 2, 0 annars;

$D_3 = 1$ om grupp 3, 0 annars.

Resultatet av skattningen blev (t-värden och signifikansnivåer inom parentes):

$$AR_{+1} = \underset{\substack{(1.7950) \\ (0.0864)}}{0.121D_1} + \underset{\substack{(3.3290) \\ (0.0030)}}{0.83D_2} + \underset{\substack{(3.2480) \\ (0.0037)}}{0.17D_3} \quad (10)$$

Dessa resultat överensstämmer i stort med de som redovisats ovan för mål-företagen och indikerar att kontantförvärv är förenade med signifikant lägre överavkastning än övriga typer av förvärv. De köpande företagen i denna grupp uppvisar en signifikant negativ överavkastning över en period om cirka tre – fyra veckor efter $t=0$. Det sistnämnda resultatet måste dock tolkas försiktigt eftersom endast två köpande företag, och fyra uppköp ingår i denna grupp. De två övriga kontantförvärven gjordes av företag som stod utanför aktiemarknaden. Det är ändå intressant att jämföra dessa resultat med de som Franks et al. redovisar för USA och Storbritannien. De finner att kontantförvärv är förknippade med signifikant högre överavkastning än övriga typer av förvärv, ett resultat som är motsatt det som framkommit i denna studie. Skillnader i reavinstbeskattningsregler, som diskuterades i avsnitt 1.6, kan förklara detta, den lägre överavkastningen för kontantförvärv förklaras dock inte av denna skillnad.

Inlåsningshypotesen får svagt stöd i denna studie. En PROBIT-skattning av en modell där $y=1$ om förvärvet var i grupp 1) och där de oberoende variablerna var Q, UTDKV och en dummyvariabel för samma bransch, gav inget stöd för hypotesen att Q är negativt relaterad till sannolikheten att använda kontanter. UTDKV och branschdummin var båda insignifikanta.

De olika skattehypoteser som diskuterats får inget stöd i dessa aktieprisstudier. Den negativa kumulerade överavkastningen efter kontantförvärven kan eventuellt ges en "agency"-teoretisk förklaring, i linje med Jenssens teori. Mer empiriskt bevismaterial behövs dock för att kunna dra några mer bestämda slutsatser i denna fråga.

4 Avslutande kommentarer

Syftet med denna studie har varit att presentera empiriska bevis angående skattesystemets inverkan på företagens fusionsbeslut. Analysen har utförts på en aggregerad nivå, vilket innebär att det kan förekomma flera individuella fall där skattemotiven haft en avgörande betydelse, vilka dock inte påverkat de totala resultaten. Dessa resultat, vilka redovisas i appendix och kommenteras i kapitel 3, finner mycket lite stöd för teorin att skatteincitamenten har en avgörande betydelse för den totala fusionsverksamheten. Dessa slutsatser överensstämmer för övrigt tämligen väl med de som framkommit i amerikanska och brittiska studier av skatteincitament till företagsfusioner.

Horisontella och vertikala fusioner är relativt ofta förekommande och i dessa fall är företagens lönsamhet och skattesituation ofta högt korrelerade, vilket motsäger skattehypotesen. Konglomeratfusioner kan vara motiverade av skatteskäl i högre grad, men säkra bevis i denna fråga har inte framkommit i denna studie.

En beklaglig brist är att incitamenten att utnyttja ett potentiellt målbolags förlustavdrag inte kunnat testas på ett adekvat sätt, p.g.a. brist på information om sådana avdrag. Eftersom förlustavdragen inte görs i företagens resultaträkningar, utan i deklarationerna, och vinsten före skatt och utdelningsutrymmet, därför inte påverkas, så är dessa avdrag relativt mer värda än andra avdrag till samma belopp. Det empiriska materialet uppvisar dock få företag med stora och ihållande förluster sedan minst fem år före fusionen. Detta, tillsammans med de stora resultatutjämningsmöjligheter som bolagsskattereglerna medger, indikerar att handel med förlustavdrag inte är av avgörande betydelse för nivån på fusionsverksamheten. Det är dessutom inte givet att en sådan handel är negativ från resursallokeringssynpunkt. Auerbach (1986) påpekar att överföring av avdrag mellan företag kan höja företagens effektivitet och investeringsnivå, om en sådan överföring lättar på skatterestriktioner som åvilar företagen.

Avslutningsvis bör poängteras att frågan om fusionsverksamhetens "önskvärdhet" från samhällets synpunkt är mycket komplex. Företagsköp och företagsfusioner kan vara ett smidigare sätt för "döende" företag att lämna arenan, än den juridiska konkursprocessen, vilken kan medföra stora effektivitetsförluster. Detta poängteras t.ex. av Manne (1965). Fusioner är en viktig del i industrins strukturomvandlingsprocess, och bolagsskattesystemet bör avvägas så att denna positiva mekanism inte försvagas av en önskan

att förhindra effektivitetsnedsättande fusioner av den typ som diskuterats i denna studie. Om det svenska bolagsskattesystemet är nära idealet i detta sammanhang är tvivelaktigt, men innan ett definitivt svar på denna fråga kan ges behövs mer forskning på området.

Appendix

A.1 Skatter och utdelningar

Utdelningar kan endast betalas utifrån vinst efter skatt plus balanserade vinstmedel. Denna regel medför att företagen kan tvingas betala mer skatt än vad som de skulle kunna göra och att de "frivilligt" avstår från att utnyttja alla potentiella avdrag. Privata företag är oftast dominerade av ett fåtal ägare, som bör föredra kapitalvinster framför utdelningar. Man bör därför förvänta sig att privata företag ger mindre utdelningar och betalar mindre skatt (utnyttjar tillgängliga avdrag i högre utsträckning). I tabell A1 redovisas de förvärvande företagens utdelningsbeteende:

Tabell A1 De förvärvande företagens utdelningsbeteende, (standardavvikelser inom parentes.)

Företagstyp:	Marknadsnoterade	Privata
Utdelning alla år	37	8
Aldrig utdelning	0	23
Utdelning vissa år	6	11
Utdelning i % av resultat efter skatt	53 (44)	40 (41)
Utdelning i % av CASHFLOW	11.9 (8)	14.5 (15)

De två sista raderna hänför sig endast till de företag som gav regelbunden utdelning i respektive grupp. CASHFLOW definieras som: Resultat efter finansiella poster + avskrivningar enligt plan.

Den nominella skattesatsen beräknas till cirka 50 % av resultat före skatt, avdrag som endast görs i deklarationen, t.ex. Annell-avdrag och förlustavdrag reducerar dock ofta den effektiva skattesatsen i procent av resultat före skatt. I tabell A2 ges värden på den effektiva, genomsnittliga skatten, för olika resultatmått, för marknadsnoterade och privata företag respektive företag som ger regelbunden utdelning och de som inte gör detta:

Tabell A2 Genomsnittliga skattesatser (standardavvikelse inom parentes.)

	Noterade	Privata	Utdelning	Ej utdelning
t_1	40 % (172)	30 % (39)	27 % (74)	22 % (23)
t_2	40 % (176)	31 % (44)	28 % (88)	24 % (24)
t_3	45 % (181)	36 % (17)	33 % (104)	27 % (28)
t_4	42 % (184)	17 % (14)	48 % (220)	13 % (15)

där

- t_1 = (totala skatter)/resultat efter finansiella poster,
- t_2 = (totala skatter)/resultat före bokslutsdispositioner,
- t_3 = (totala skatter)/resultat före skatt,
- t_4 = (totala skatter)/(resultat efter finansiella poster + planenliga avskrivningar.)

Den stora variationen runt medelvärdena beror på den asymmetriska behandlingen av vinster och förluster samt det s.k. garantibeloppet, vilket introducerar en ytterligare asymmetri. Företag med låga resultat kommer därför ibland att uppvisa mycket höga, procentuella, skattesatser. Genomsnitten är beräknade efter den genomsnittliga skatten över observationsperioden för varje enskilt företag.

A.2 Konstruktion av 'Tobins – q' och ÖVERFLÖD.

'Tobins-q' definieras som kvoten mellan ett företags marknadsvärde och återanskaffningsvärdet av dess kapitalstock. Vid konstruktionen av 'Q' togs totalt börsvärde vid respektive årsslut som ett mått på marknadsvärde. Återanskaffningsvärdet av kapitalstocken är svårare att uppskatta. Ett mått är företagens substansvärde enligt balansräkningen, definierat som totala tillgångar minus totala skulder, eller justerat substansvärde där 50 % av de obeskattade reserverna räknas till skulderna. Dessa mått är dock baserade på historiska anskaffningskostnader vilka, i inflationstider, oftast är väsentligt lägre än de verkliga återanskaffningskostnaderna. Ett mått på kapitalstockens återanskaffningsvärde skattades för varje företag enligt den s.k. 'perpetual inventory' metoden (se Auerbach & Reishus, 1988). Denna metod fungerar så att den avskrivningstakt, δ som satisfierar ekvation (A1), beräknas för varje företag:

$$K_T = (1-\delta)^T K_0 + (1-\delta)^{T-1} I_1 + \dots + (1-\delta) I_{T-1} + I_T \tag{A1}$$

K_t är det planenliga restvärdet av kapitalstocken vid slutet av år t och I_t är investeringar under år t. K_0 antas vara en korrekt värdering av den initiala

kapitalstocken; det fel som introduceras av detta, nödvändiga, antagande minskar ju större T är. Återanskaffningsvärdet av kapitalstocken beräknas därefter som:

$$K_T^* = (1-\delta)^T K_0 + (1-\delta)^{T-1} I_1 \frac{P_T}{P_1} + \dots + I_T \quad (\text{A2})$$

där P_t är värdet av konsumentprisindex år t .

Variabeln ÖVERFLÖD är ämnad att mäta i vilken utsträckning som företagen kan utnyttja sina tillgängliga avdrag. Företagen har till sitt förfogande en lång rad dispositionsmöjligheter vid boksluten och dess optimeringsproblem är mycket komplext. Här betraktas endast tre resultatregleringsåtgärder och ingen hänsyn tas till konsekvenser av en åtgärd för möjliga åtgärder nästkommande bokslut. Dessa resultatregleringsåtgärder är: 1) avsättning till allmän investeringsfond; 2) lagernedskrivning och avsättning till resultatutjämningsfond; 3) avskrivning utöver plan på maskiner och inventarier.

Avsättning till allmän investeringsfond kan göras med maximalt 50 % av vinsten före skatt och avsättning till allmän investeringsfond (plus diverse mindre poster vilka bortses ifrån). Differensen mellan maximal avsättning och faktisk avsättning till allmän investeringsfond beräknades för varje företag och år.

Lagernedskrivning kan göras med maximalt 50 % av det s.k. basvärdet (lagrets anskaffningsvärde enligt FIFO-metoden minskat med inkurans). Om lagerreserven är maximal under år t , kan endast 50 % av lagerökningen avsättas till lagerreserven år $t+1$, om lagret minskat måste lagerreserven upplösas.

Företag som är arbetskraftsintensiva har ofta små lager och kan därför bli missgynnade relativt till kapitalintensiva företag. Av denna anledning finns möjligheten att kombinera lageravsättning med 35 % av basvärdet, med avsättning till resultatutjämningsfond med 20 % av lönesumman. När basvärdet är mindre än 75 % av lönesumman så är det optimalt att använda kombinationen av avsättning till lagerreserv och resultatutjämningsfond.

Maskiner och inventarier skrivs av enligt civilrättsliga minimiregler och skatterättsliga maximiregler. Skillnaden däremellan redovisas som bokslutsdisposition i resultaträkningen. Enligt den skatterättsliga huvudregeln kan maskiner avskrivas med 30 % av det utgående restvärdet vid årets slut; komplementärregeln tillåter 20 % linjär avskrivning på anskaffningsvärdet under fem år. För expanderande företag, med olika kohorter maskiner, är det alltid fördelaktigt att använda huvudregeln. Maximala avskrivningar på maskiner beräknas enligt huvudregeln.

ÖVERFLÖD definierades som summan av de maximala avdragen, enligt ovan, och de faktiska avdragen, dividerat med totala tillgångar.

A.3 Resultat av de ekonometriska skattningarna

Nedan redovisas de numeriska resultaten av de ekonometriska skattningarna. För modell 2 ges endast resultaten för den variant där marknadsvärden användes för variablerna '(D/E)' och 'Q'.

Modell 1.a

<i>Probit 1:</i>	Parameter	t-värde
Intercept	-0.2171	-1.664
DUMMY1	-0.1609	-1.093
DUMMY2	-1.6230	-0.928
CASHFLOW	-1.6676	-1.994
$\Delta INVEST$	1.1526	2.354
UTDKVOT	-4.8542	-0.998
ÖVERFLÖD	-0.1999	-0.634

Log likelihood = -211.96 $\chi^2 = 18.503$, (α = signifikansnivå: 0.05) Kritiska värden på t för tvåsidigt test att $\beta \neq 0$ är: $\alpha = 0.05$: $t_k = 1.960$; $\alpha = 0.10$: $t_k = 1.640$.

DUMMY1 = dummyvariabel för privat företag; DUMMY2 = dummy för förlustavdrag.

Modell 1.b

<i>Tobit 1:</i>	Parameter	t-värde
Intercept	-0.6129	-3.012
DUMMY1	-0.0603	-0.267
DUMMY2	-2.6431	-2.634
CASHFLOW	1.1035	1.865
$\Delta INVEST$	-6.1188	-0.854
UTDKVOT	-2.8122	-0.713
ÖVERFLÖD	0.0634	0.157

Log likelihood = -297.09

Modell 2

<i>Probit (1984)</i>	Parameter	t-värde
Intercept	-0.5591	-0.879
$(D \setminus E)_m$	0.0578	0.489
$\Delta UTDKV$	-0.5827	-0.532
$\Delta INVEST$	-0.0039	-0.879
Q_m	0.0019	0.279
UTDKVOT	-5.4664	-0.283

CASHFLOW	-0.3956	-0.065
ÖVERFLÖD	-2.3396	-0.541

Log likelihood = -19.213 $\chi^2 = 8.7376$ ($\alpha = 0.2720$)

Modell 2

<i>Probit</i> (1985)	Parameter	t-värde
Intercept	-1.6818	-2.045
$(D \setminus E)_m$	0.2688	1.174
$\Delta UTDKV$	0.3040	0.848
$\Delta INVEST$	0.2137	1.063
Q_m	0.0047	0.015
UTDKVOT	20.1787	1.746
CASHFLOW	6.8525	1.156
ÖVERFLÖD	-3.9807	-1.178

Log likelihood = -23.800 $\chi^2 = 11.265$ ($\alpha = 0.1265$)

Modell 2

<i>Probit</i> (1986)	Parameter	t-värde
Intercept	-0.1550	-0.251
$(D \setminus E)_m$	-0.0886	-0.608
$\Delta UTDKV$	-0.3918	-0.958
$\Delta INVEST$	0.1477	1.225
Q_m	0.0028	0.248
UTDKVOT	-6.6875	-0.452
CASHFLOW	-3.4240	-0.715
ÖVERFLÖD	1.0820	0.643

Log likelihood = -24.381 $\chi^2 = 8.4883$ ($\alpha = 0.2915$)

Modell 2

<i>Probit</i> (1987)	Parameter	t-värde
Intercept	-2.1076	-2.966
$(D \setminus E)_m$	0.4852	2.324
$\Delta UTDKV$	0.6303	1.479
$\Delta INVEST$	0.0146	0.316
Q_m	-0.0888	-0.169
UTDKVOT	-14.8230	-1.696
CASHFLOW	-0.3486	-0.071
ÖVERFLÖD	2.2435	2.421

Log likelihood = -15.707 $\chi^2 = 20.778$ ($\alpha = 0.004$)

Modell 3

<i>Probit</i> (1985) (<i>ovägt</i>)	Parameter	t-värde
Intercept	8.2428	1.713
TILLVT1	5.3650	1.065
STORL	-0.6748	-2.139
OR	11.2407	2.193
E/P	-8.7462	-2.027
ÖVERFLÖD	-12.4117	-1.477

Log likelihood = -8.354 $\chi^2 = 18.085$ ($\alpha = 0.028$)

Modell 3

<i>Probit</i> (1985) (<i>vägt</i>)	Parameter	t-värde
Intercept	4.191	0.260
TILLVT1	4.820	0.380
STORL	-0.459	-0.340
OR	8.715	0.570
E/P	-6.066	-0.410
ÖVERFLÖD	-11.016	-0.280

Modell 3

<i>Probit</i> (1986) (<i>ovägt</i>)	Parameter	t-värde
Intercept	-3.3650	-1.048
TILLVT1	4.9750	1.502
STORL	0.0045	0.021
OR	7.0066	2.296
E/P	3.0407	1.109
ÖVERFLÖD	0.9658	0.272

Log likelihood = -11.450 $\chi^2 = 13.089$ ($\alpha = 0.0226$)

Modell 3

<i>Probit</i> (1986) (<i>vägt</i>)	Parameter	t-värde
Intercept	-3.827	-0.160
TILLVT1	3.967	0.186
STORL	-0.034	-0.004
OR	6.187	0.300
E/P	3.072	0.330
ÖVERFLÖD	1.242	0.023

Log likelihood = -12.602 $\chi^2 = 10.789$ ($\alpha = 0.056$)

Referenser

- Atkinson A. & J. Stiglitz (1980), "*Lectures on Public Economics*," McGraw Hill, New York.
- Auerbach A. (1983a), "*Taxation, Corporate Financial Policy and the Cost of Capital*", Journal of Economic Literature, 21, pp. 905–940.
- Auerbach A. (1983b), "*Stockholder Tax Rates and Firm Attributes*," Journal of Public Economics, 21, pp. 107–127.
- Auerbach A. (1986), "*The Dynamic Effects of Tax Law Asymmetries*," Review of Economic Studies, 53, pp. 205–225.
- Auerbach A. & D. Reishus (1986), "*Taxes and Merger Decision*," NBER Working Paper No. 1855.
- Auerbach A. & D. Reishus (1988), "*The Effects of Taxation on the Merger Decision*," i A. Auerbach red.: *Corporate Takeovers: Causes and Consequences*, University of Chicago Press, Chicago.
- Bagwell S. & J.B. Shoven (1988), "*Share Repurchases and Acquisitions*," i A. Auerbach red.: *Corporate Takeovers: Causes and Consequences*, University of Chicago, Chicago
- Bergström et al.(1989), "*Vem vinner och förlorar på företagsförvärv?*," Mimeo
- DeAngelo H. & R.W. Masulis (1980), "*Optimal Capital Structure under Corporate and Personal Taxation*," Journal of Financial Economics, 8(1), pp. 3–81.
- Franks J.R., Harris R.S. & C. Mayer (1988), "*Means of Payment in Takeovers: Results for the United Kingdom and the United States*," i A. Auerbach red.: *Corporate Takeovers: Causes and Consequences* University of Chicago Press, Chicago.
- Galai D. & R.W. Masulis (1976), "*The Option Pricing Model and the Risk Factor of Stock*," Journal of Financial Economics, 3, pp. 53–81.
- Jensen M. (1986), "*Agency Cost of Free-Cashflow, Corporate Finance and Takeovers*," American Economic Review, 76, pp. 323–29.
- Jensen M. & W. Meckling (1976), "*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*," Journal of Financial Economics, 3(4), pp. 305–60.
- King M. & D. Fullerton (1983), red., *The Taxation of Income from Capital: A Comparative Study of the U.S., U.K., Sweden and West Germany*, University of Chicago Press, Chicago.

- Lewellen W. (1971), "A Pure Financial Rationale for the Conglomerate Merger," *Journal of Finance*, 26, pp. 521–35.
- Maddala G.S. (1983), *Limited Dependent and Qualitative Variables in Econometrics*, Econometric Society Monograph 3, Cambridge, England.
- Modigliani F. & M. Miller (1958) "The Cost of Capital, Corporate Finance, and the Theory of Investment," *American Economic Review*, 48(3), pp. 261–97.
- Palepu K. (1986), "Predicting Takeover Targets: A Methodological and Empirical Analysis," *Journal of Accounting and Economics*, 8, pp. 3–35.
- Smith C.W. & R.M. Stulz (1985), "The Determinants of Firms Hedging Policies," *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 20(1), pp. 391–405.
- Södersten J. & W. Bergström (1984), "Do Tax Allowances Stimulate Investments?," *Scandinavian Journal of Economics*, 86(2), pp. 244–268.
- Tobin J. (1969), "A General Equilibrium Approach to Monetary Theory," *Journal of Money, Credit and Banking*, 1(1), pp. 15–29.

Bilaga 2

Motåtgärder vid företagsförvärv

av *Anders Fällman*

Innehåll

1	<i>Inledning</i>	53
2	<i>Internationell översikt</i>	55
2.1	Amerikas Förenta Stater	55
2.2	Storbritannien	57
2.3	Övriga länder i Västeuropa	59
2.4	De nordiska länderna	60
3	<i>Motåtgärder vid företagsförvärv i Sverige</i>	63
3.1	Motåtgärder i bolagsordningen	64
3.2	Motåtgärder i emissionsvillkor	73
3.3	Motåtgärder i avtal	75
3.4	Motåtgärder genom aktieförvärv	80
3.5	Strukturella motåtgärder	82
4	<i>Sammanfattning och slutsatser</i>	85
	<i>Fotnoter</i>	87

1 Inledning

Målsättningen med denna rapport är att ge en översiktlig beskrivning och analys av de olika former av motåtgärder mot sk fientliga företagsförvärv som utvecklats i framför allt Förenta staterna och Storbritannien, samt att undersöka i vad mån dessa motåtgärder skulle kunna tillämpas av svenska företag i Sverige.

Med uttrycket motåtgärd förstås sådana åtgärder som ett företag vidtar för att motverka att kontrollen över företaget övergår till någon utomstående utan den sittande företagsledningens samtycke. En motåtgärd är i de flesta fall en preventiv åtgärd för att motverka ett framtida försök till fientligt övertagande, men en motåtgärd kan även vidtas som försvar efter ett försök till fientligt övertagande.

Med uttrycket "fientligt", som, i likhet med de flesta andra termer inom detta område, är hämtat från engelsk terminologi, förstås ett försök till övertagande av kontrollen i målföretaget som inte har godkänts av den sittande företagsledningen i målföretaget. Det ligger således inget värdeomdöme i terminologin.

Rapporten är disponerad på följande sätt. I kapitel 2 ges en internationell översikt med en beskrivning av olika former av fientliga företagsförvärv och motåtgärder som utvecklats framför allt i Förenta staterna och Storbritannien. Även erfarenheter från Norden och övriga Europa beaktas. Den stora variationsrikedomen framför allt i Förenta staterna gör det ohanterligt att beskriva de olika motåtgärderna i detalj. Motåtgärderna har därför delats in i olika huvudgrupper.

I kapitel 3 ges en beskrivning och analys av de olika former av motåtgärder som används av svenska företag idag och sådana motåtgärder som skulle kunna tillämpas av svenska företag.

Rapporten avslutas i kapitel 4 med en sammanfattning och en redovisning av författarens slutsatser.

2 Internationell översikt

De första regleringarna av företagsförvärv genom offentliga erbjudanden infördes i slutet av 1960-talet. I Förenta staterna antogs den första federala lagstiftningen på detta område år 1968 genom "The Williams Act", som utgör ett tillägg till "The Securities Exchange Act" från 1934.¹ Ungefär samtidigt infördes de första lagregleringarna på delstatsnivå. I Storbritannien infördes ett självreglerande system genom bildandet av "The City Panel on Take-overs and Mergers", som år 1968 utarbetade "The City Code on Take-overs and Mergers".

När fientliga företagsförvärv och motåtgärder mot sådana förvärv började utvecklas vid mitten av 1970-talet kom ovanstående regleringar tillsammans med framför allt aktiebolagsrättsliga regler att utgöra de rättsliga ramarna. Utvecklingen av tekniker för motåtgärder mot fientliga företagsförvärv har varit mycket omfattande i främst Förenta staterna och Storbritannien. I Sverige har dock utvecklingen ännu inte medfört att företag vidtagit så långtgående åtgärder som i Förenta staterna och Storbritannien för att motverka fientliga företagsförvärv, vilket delvis torde bero på att de svenska företagen i viss mån kunnat skydda sig bakom lagstiftning som motverkat utländska försök till förvärv av svenska företag. Mot inhemska fientliga företagsförvärv har svenska företag försökt skydda sig genom bl a indelning i intressesfärer och korsäggande.

2.1 Amerikas Förenta Stater

I Förenta staterna är förmodligen de sk "shark repellents"², dvs sådana motåtgärder där bolagsordningen används som ett instrument för att motverka ett övertagande av kontrollen i företaget, de mest utbredda. Tilläggen till bolagsordningen kan avse exempelvis restriktioner vid val av styrelseledamöter, inskränkt rösträtt, inskränkt äganderätt, kvalificerad majoritet vid vissa beslut på bolagsstämman, olika former av tvångsinlösen eller hembud. Bedömningen av lagligheten av sådana ändringar och tillägg till bolagsordningen faller normalt under respektive delstats aktiebolagsrättsliga lagstiftning, som varierar från delstat till delstat. I en del fall har den delstatliga lagstiftningen, som ett led i en rättsprocess för att försöka undanröja en viss motåtgärd, blivit föremål för federal prövning. Federala domstolar har därigenom fått avgöra om den delstatliga lagstiftningen står i strid

med Förenta staternas konstitution.

I rättsfallet *Edgar v. Mite*³ prövade Förenta staternas högsta domstol konstitutionaliteten av "The Illinois Business Take-Over Act of 1979". Denna lag från delstaten Illinois föreskrev bl a att vid ett offentligt erbjudande på aktierna i ett företag inregistrerat i Illinois, kunde "The Secretary of State"⁴ sammankalla en "hearing" med olika intressenter för att avgöra om det offentliga erbjudandet skulle få registreras, vilket var ett krav i den aktuella lagen. Högsta domstolen fann att den delstatliga lagstiftningen stred mot Förenta staternas konstitution, eftersom den bl a ansågs hindra en fri handel mellan delstaterna.

Högsta domstolen har dock i ett senare rättsfall, *CTS v. Dynamics*⁵, fastställt konstitutionaliteten av en liknande lagstiftning i delstaten Indiana⁶. I lagstiftningen föreskrivs att styrelsen i ett målföretag har rätt att sammankalla en extra bolagsstämma för att låta avgöra om förvärvaren skall ges rätt att rösta för de aktier han förvärvat. De aktieägare som inte sålt sina aktier i samband med det offentliga erbjudandet kan därigenom förhindra den nye förvärvaren från att rösta för sina aktier under en tid av maximalt tre år. Högsta domstolen fann att Indianas lagstiftning inte stred mot konstitutionen, eftersom reglerna var av rent aktiebolagsrättslig natur och därmed föll inom delstatens kompetensområde. Detta rättsfall har banat väg för nya sk "merger ban statutes" i flera delstater, däribland Delaware och New York. I delstaten Wisconsin fastställde en federal appellationsdomstol⁷ i maj 1989 konstitutionaliteten av en lag som ger styrelsen i ett företag möjlighet att begränsa rösträtten för stora aktieägare. En aktieägare som förvärvat mer än 10% av aktierna i ett företag får inte rösta för dessa aktier under tre år, om aktieägaren inte innan förvärvet erhållit styrelsens godkännande. Domstolen avslutade sin motivering med kommentaren: "Wisconsin's law may well be folly; we are confident that it is constitutional".

Dessa federala rättsfall belyser de speciella förhållanden som påverkar bruket av motåtgärder i Förenta staterna. En kompetenskonflikt råder mellan å ena sidan de federala reglerna, som syftar till att skydda aktieägarna i målföretaget vid företagsförvärv utan att rubba balansen mellan det övertagande företaget och målföretaget, och å andra sidan de delstatliga reglerna som har som främsta mål att skydda lokala företag från fientliga förvärv.

En genomgång av delstatliga rättsfall visar att stora olikheter råder mellan olika delstater vid bedömningen av "shark repellents" och andra motåtgärder. Det finns dock en för delstaterna gemensam aktiebolagsrättslig bedömningsnorm i sådana mål, nämligen "The Business Judgement Rule". Denna presumptionsregel begränsar domstolarnas möjlighet att pröva om den sittande företagsledningen på ett oaksamt eller avsiktligt sätt skadat bolaget eller aktieägarna genom sitt handlande.

"The Business Judgement Rule" har kommit till användning bl a vid prövning av den mycket spektakulära gruppen av motåtgärder som betecknas "poison pills" (giftpiller). Ett "poison pill" är en klausul i bolagsordningen, i emissionsvillkoren eller i ett avtal som utlöses vid en viss hän-

delse. En sådan händelse kan tex vara att ett offentligt erbjudande läggs på målföretagets aktier eller att någon förvärvar en kontrollpost aktier i målföretaget.

I delstaten Delaware avgjordes år 1985 rättsfallet *Moran v. Household International*⁸ med stöd av "The Business Judgement Rule" vid prövningen av en sk "poison pill plan". Styrelsen i Household Int. hade beslutat emittera optioner till företagets aktieägare. Varje aktie i företaget berättigade till en option som i sin tur gav rätt att förvärva en aktie i målföretaget till en förmånlig kurs efter det att någon utomstående antingen förvärvat 30 procent av aktierna eller lagt ett offentligt erbjudande på målföretagets aktier. Om det övertagande företaget försökte genomföra en fusion med målföretaget utlöstes en sk "flip-over" klausul som gav optionsrättsinnehavarna rätt att istället teckna aktier i det köpande företaget till en mycket förmånlig kurs.

Delawares högsta domstol fann med stöd av "The Business Judgement Rule" att styrelsens beslut att emittera optionerna inte stred mot Delawares aktiebolagslag. Käranden ansågs inte ha styrkt att styrelsens primära avsikt var att skydda sin egen position.

En annan form av motåtgärder som används i Förenta staterna är sk "lock-ups", vilkas syfte är att blockera fientliga företagsförvärv genom att ett annat utomstående företag gynnas. En sk "crown-jewel lock-up" fungerar så att målföretaget ger ett utomstående företag en option att förvärva den mest värdefulla tillgången i målföretaget till ett visst bestämt pris i händelse av ett fientligt övertagande. Motåtgärden avser att göra ett fientligt förvärv mindre intressant för de företag som endast är intresserade av någon viss tillgång i målföretaget.

Förvärv av egna aktier är en annan form av motåtgärd som är tillåten för amerikanska företag enligt delstatlig lagstiftning.⁹

I Förenta staterna har tidvis sk strukturella motåtgärder varit vanliga. Genom att förändra målföretagets struktur kan målföretaget göra sig svåråtkomligt vid fientliga förvärv. Den stränga konkurrensrättsliga lagstiftningen har bl a utgjort ett skydd för företag som varit av sådan storlek att de kunnat dominera en viss marknad. Ett försök från ett konkurrerande företag att förvärva målföretaget skulle i så fall förhindras av konkurrensrättsliga myndigheter. Det har även förekommit att företag som en preventiv motåtgärd förvärvat ett annat företag, som ägnar sig åt tillståndspliktig verksamhet, såsom radio- och TV-stationer och försvarsindustri, för att därigenom kunna skydda sig mot förvärvare som inte skulle godkännas av tillsynsmyndigheten.

2.2 Storbritannien

I Storbritannien har målföretag försökt använda sig av de konkurrensrättsliga reglerna för att skydda sig mot fientliga förvärv. Ett ofta förekommande motdrag från målföretaget är att försöka få ärendet hänskjutet

till prövning av "The Monopolies and Mergers Commission". Om ärendet upptas till prövning måste det offentliga erbjudandet nämligen dras tillbaka enligt de engelska take-over reglerna.¹⁰

De engelska take-overreglerna är i övrigt mycket stränga mot sådana motåtgärder som vidtas av målföretaget efter det att ett offentligt erbjudande lämnats till målföretagets aktieägare. Det fastslås som en allmän princip att målföretaget inte får agera på något sätt som skulle kunna försvåra genomförandet av ett lämnat offentligt erbjudande utan att först få ett godkännande av aktieägarna på bolagsstämman.

Som nämnts inledningsvis har Storbritannien ett självreglerande system genom "The City Code on Takeovers and Mergers". Efterlevnaden av detta regelverk sköts av en panel, bestående av representanter från olika finansiella institutioner. Panelen är en helt fristående institution och är inte ens erkänd som en sk självreglerande organisation (SRO) under "The Financial Service Act of 1986". Efterlevnaden av reglerna anses dock vara mycket stor. Takeover-reglerna betraktas allmänt som god affärsstandard av de olika självreglerande organisationer som organiserar olika grupper av finansiella institutioner. Dessa organisationer övervakar självständigt takeover-reglernas efterlevnad bland sina medlemmar. Även allmänna domstolar har refererat till takeover-reglerna som utgångspunkt vid en bedömning av ett visst företags agerande.¹¹ En allmän domstol har dock ingen behörighet att materiellt överpröva ett beslut av panelen. I formellt hänseende har dock beslut från panelen varit föremål för domstolsprövning. I ett rättsfall från "The Court of Appeal" uttalade domstolen att allmänna domstolar har behörighet att pröva om panelens beslut fattats med iakttagande av vissa grundläggande rättsskyddsprinciper, såsom att parterna beretts möjlighet att yttra sig.¹² I ett fall har en allmän domstol, efter begäran om ett interimistiskt beslut från ett företag, förbjudit panelen att göra vissa uttalanden i samband med ett offentligt erbjudande.¹³

Utöver takeover-reglerna finns ett annat självreglerande regelverk, nämligen "The Rules Governing Substantial Acquisitions of Shares" (SAR), vars efterlevnad också övervakas av panelen. SAR reglerar formerna för köp av aktier upp till ett innehav på 30% av aktierna i ett företag, som är den gräns vid vilken aktieägaren enligt takeover-reglerna måste lämna ett offentligt erbjudande på de resterande aktierna i målföretaget. SAR tillkom för att förhindra sk "dawn raids" (gryningsräder) där en förvärvare på mycket kort tid ackumulerar aktier i målföretaget för att därefter lämna ett offentligt erbjudande på resten av aktierna i målföretaget. Aktieinnehavet ger budgivaren ett försprång framför andra potentiella budgivare. Enligt SAR får ingen förvärva mer än 10% av aktierna i ett företag på mindre än sju dagar om förvärvaren därigenom skulle komma upp i mer än 15% av aktierna. Undantagna är dock förvärv från en enskild aktieägare, partiella offentliga erbjudanden och förvärv som är villkorade av ett senare offentligt erbjudande som stöds av målföretagets styrelse.¹⁴

2.3 Övriga länder i Västeuropa

I *Västtyskland* finns en takeover-rekommendation utarbetad av en expertkommitté vid finansdepartementet.¹⁵ Takeover-rekommendationen saknar dock sanktioner och innehåller inga regler om motåtgärder.¹⁶

I *Nederländerna* finns takeover-regler utarbetade av det sk ekonomiska och sociala rådet, som består till en tredjedel av arbetstagarrepresentanter, en tredjedel arbetsgivarrepresentanter och en tredjedel experter utsedda av regeringen.¹⁷ Dessa regler innehåller bl a bestämmelser som ger arbetstagarna i målföretaget vid ett offentligt erbjudande rätt till information. Tillämpningen av dessa regler i kombination med lagregler om medbestämmande för arbetstagare har medfört att arbetstagarna i målföretaget i ett flertal fall kunnat fördröja genomförandet av företagsförvärv genom att kräva mer information.¹⁸

Det köpande företaget är skyldigt att före ett företagsförvärv inhämta ett godkännande från de egna arbetstagarnas sk "Works Council", som skall yttra sig om informationen varit tillfredsställande. Det följer dock inte direkt av lag att det köpande företaget även är skyldigt att inhämta ett godkännande från "The Works Council" i målföretaget. I praktiken har dock yttrande i ett flertal fall begärts från "The Works Council" i målföretaget.

Om "The Works Council" inte ger sitt godkännande får förvärvet inte genomföras under en månad vilken är den tid "The Works Council" har möjlighet att hänskjuta frågan till domstol. Om frågan hänskjuts till domstol får inte förvärvet genomföras förrän domstolen har funnit att arbetstagarna har fått den information de har rätt till.¹⁹

I *Nederländerna* har det utvecklats en speciell motåtgärd för att förhindra fientliga företagsförvärv. Företagen har möjlighet att genom sk "depository companies" skilja aktiernas ekonomiska rättigheter från rösträtten. I flera av de största holländska börsföretagen har en del av aktierna emitterats till en ägargrupp som styr företaget och resten av aktierna till ett sk "depository company", som kontrolleras av företagets ägargrupp. "The depository company" emitterar därefter till allmänheten "depository receipts", som är ett slags kvitto på de deponerade aktierna. Kvittot, som omsetts på börsen istället för aktiebrev, ger rätt till utdelning, men saknar rösträtt.

I mars 1988 presenterade "The Stock Exchange Association" en rapport med vissa riktlinjer för motåtgärder.²⁰ Rapporten föreskriver bl a att börsföretagen skall avstå från att använda fler än två permanenta motåtgärder för att förhindra försök till fientliga företagsförvärv.²¹

I *Frankrike* och *Italien* är företagsledningen i ett målföretag förhindrade att vidta motåtgärder efter det att ett erbjudande offentliggjorts. I *Spanien* är offentliga erbjudanden sedan år 1984 reglerade i lag, som dock inte begränsar företagsledningens möjligheter att vidta motåtgärder.²²

Inom *EG* förbereds för närvarande en harmonisering av medlemsstaternas takeover-regler. EG-kommissionen har lagt fram ett utkast till förslag till direktiv på detta område.²³ Enligt detta förslag skall varje medlemsstat

ha en tillsynsmyndighet som skall övervaka reglernas efterlevnad. I förslaget begränsas företagsledningens möjligheter att vidta motåtgärder.

Enligt artikel 8 får styrelsen i målföretaget, efter det att det köpande företaget offentliggjort sitt beslut att lämna ett offentligt erbjudande, inte utan bolagsstämmans godkännande besluta om emission av aktier eller konvertibla skuldebrev. Styrelsen får ej heller efter denna tidpunkt utan bolagsstämmans godkännande vidta åtgärd som inte kan betraktas som normal.²⁴ En onormal åtgärd får dock vidtas om antingen bolagsstämman eller tillsynsmyndigheten lämnar sitt tillstånd till åtgärden.

Efter det att ovanstående direktiv lagts fram kommer EG-kommissionen att börja arbeta på ett andra direktiv om takeovers som särskilt skall behandla sådana motåtgärder som styrelsen kan besluta om utan bolagsstämmans godkännande, såsom "poison pills".²⁵

2.4 De nordiska länderna

I de nordiska länderna är utvecklingen av motåtgärder relativt likartad beroende på att den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen i stort sett är gemensam. Det finns dock vissa skillnader mellan länderna. I *Danmark* har det bl a diskuterats i vad mån äganderättsbegränsningar i bolagsordningen skall vara tillåtna för börsnoterade företag. Flera danska banker med aktier inregistrerade vid Köpenhamns fondbörs har velat införa begränsningar i bolagsordningen att ingen skall få äga mer än tex 5% av aktierna i företaget. Börsstyrelsen har dock inte tillåtit börsföretagen att begränsa ägandet till under 10% av aktiekapitalet. I Danmark är det tillåtet för ett företag att förvärva egna aktier upp till 10% av aktiekapitalet.²⁶

I *Norge* kan börsföretagen i viss begränsad utsträckning ha sk samtyckesklausuler i bolagsordningen, som ger företagets styrelse rätt att vägra att lämna sitt samtycke när aktier i företaget övergår till en ny ägare. Enligt Oslo Börs Börsreglemente § 4 får dock en bestämmelse i bolagsordningen som begränsar aktiens fria omsättning inte tillämpas utan skälighets grund.²⁷

Detta stadgande blev föremål för prövning år 1983 i tvisten mellan det börsnoterade företaget Borregaard A/S och aktieägaren Nova Industrier A/S. Borregaard vägrade att ge sitt samtycke till att Nova Industrier delade upp delar av sitt aktieinnehav på flera dotterbolag för att kringgå den rösträttsbegränsning som fanns i Borregaards bolagsordning. Börskommitten fann att Borregaard saknade skälighets grund att vägra samtycke till överlåtelsen. Börskommitten uttalade att skälighets grund endast kan föreligga om en aktieägare genom förvärv försöker att främja särintressen på bekostnad av andra aktieägare. Detta beslut fastställdes av handelsdepartementet.²⁸ Enligt handelsdepartementets mening torde det krävas att ett förvärv är till skada för övriga aktieägare för att målföretaget skall ha skälighets grund att vägra samtycke. Oslo Börs har en särskild kurslista för mindre företag kallad Börs 2, med ett eget börsreglemente. Enligt § 2 i detta reglemente måste

målföretaget konsultera börsen innan samtycke kan vägras. Förutsättningar för att vägra samtycke anses dock vara större för dessa börsföretag. Vägran skall inte vara orimlig.²⁹

I börsreglementet för Börs 2 finns det bestämmelser om anmälningskyldighet för s.k. "golden parachutes". Ett börsföretag som slutit ett avtal med personer i företagsledningen om avgångsvederlag som överstiger vanliga lönevillkor, måste lämna information till börsen om sådana avtal. Samma regel anses vara analogt tillämplig på Oslo Börs i övrigt.³⁰

3 Motåtgärder vid företagsförvärv i Sverige

I Sverige utarbetade Stockholms Handelskammare och Industriförbundet genom Näringslivets börskommitté (NBK) 1971 efter engelsk förebild en rekommendation rörande offentligt erbjudande om aktieförvärv. Denna rekommendation omarbetades 1988 av NBK och utgör idag en bilaga till Stockholms fondbörs inregistreringskontrakt. Motsvarande referens finns även i det av börsen utarbetade market maker-avtalet för OTC-företag.

Takeover-reglernas efterlevnad garanteras främst genom börsstyrelsens tillämpning av inregistreringskontraktet. Ett börsföretag som inte iakttar bestämmelserna i takeover-reglerna gör sig skyldigt till avtalsbrott mot inregistreringskontraktet. Börsstyrelsen har möjlighet att avkräva ett vite från företaget eller att avregistrera dess aktier från notering på börsen. Börsstyrelsens beslut att avkräva ett vite för brott mot takeover-reglerna har varit föremål för prövning av Högsta domstolen i fallet AB Företagsfinans, där börsstyrelsens beslut fastställdes.³¹

Även bankspektionen har en viss övervakning av takeover-reglernas tillämpning. Bankspektionen skall bl.a. verka för en sund utveckling av de verksamheter som står under inspektionens tillsyn. I den s.k. MEA-affären 1982 kritiserade inspektionen två banker i deras egenskap av fondkommissionärer som medverkat vid ett offentligt erbjudande i strid med NBK:s takeover-regler och börsens inregistreringskontrakt.³² Inspektionen uttalade att det är "väsentligt för en sund utveckling av en fondkommissionärs rörelse att fondkommissionären i sin verksamhet respekterar de principer som fastslagits i det inregistreringskontrakt som Stockholms fondbörs slutit med de på börsen noterade bolagen och som en följd härav även NBK:s rekommendationer rörande offentligt erbjudande om aktieförvärv i och för samgående mellan bolag".

NBK:s takeover-regler innehåller en bestämmelse om motåtgärder.³³ Målbolagets styrelse eller ledning får inte utan stöd av bolagsstämman besluta vidta "någon åtgärd i fråga om bolaget som är ägnad att äventyra erbjudandets avgivande eller vidhållande". Detta gäller efter det att förhandlingar upptagits med målbolagets styrelse eller ledning eller efter det att ett sådant erbjudande lämnats. Bestämmelsen är dock inte undantagslös. Kravet på bolagsstämmobeslut kan efterges "om hänsynen till bolaget och dess ägare uppenbarligen kräver att åtgärd vidtas med största skyndsamhet". I

kommentaren till denna bestämmelse ges ingen närmare exemplifiering när detta undantag skulle kunna vara tillämpligt. Det sägs endast att "det kan finnas situationer när det är berättigat att utan stöd av bolagsstämman vidta långtgående motåtgärder. Förutsättningar härför är dock att behovet av åtgärden framstår som såväl brådskande som uppenbarligen i bolagets och dess ägares intressen."

Nedan följer ett försök till systematisering av olika typer av motåtgärder som tillämpas i Sverige och som skulle kunna tillämpas i Sverige med nuvarande rättsliga regler. Jag har försökt att beskriva olika metoder och lämna exempel på sådana metoder för att därefter under respektive metod lämna en kommentar om möjligheterna att kunna tillämpa metoden i Sverige. Kommentarer gör inte anspråk på att vara uttömmande rättsliga analyser av metoderna, vilket inte skulle låta sig inrymmas i det avsedda omfånget för denna rapport.

3.1 Motåtgärder i bolagsordningen

Gemensamt för denna grupp motåtgärder är att bolagsordningen används som instrument för att försvåra ett övertagande av kontrollen i målföretaget.

Bolagsordningen är aktiebolagets stadgar. I bolagsordningen anges de bestämmelser som är individuella för varje aktiebolag. Vissa bestämmelser i bolagsordningen är obligatoriska, medan andra bestämmelser är fakultativa. Aktiebolagslagen innehåller ingen absolut begränsning av vilka fakultativa bestämmelser som får ingå i en bolagsordning. Av ABL 18:4 följer dock en generell begränsning att bestämmelse i bolagsordningen inte får stå i strid mot aktiebolagslagen, annan lag eller författning. Övriga generella begränsningar i ABL 18:4 har karaktär av ordningsföreskrifter, såsom att bestämmelse i bolagsordningen inte skall vara otydlig eller vilseledande. Bolagsordningen antas av aktiebolagets bolagsstämman. Beslut om ändring av bolagsordningen fattas enligt huvudregeln med två tredjedelars majoritet av såväl de avgivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädde antalet aktier (ABL 9:14). I ABL 9:15 regleras ändring av bolagsordningen i vissa kvalificerade fall, såsom vid ändring av aktieägarnas inbördes rätt till bolagets vinst, där strängare kvalificerad majoritet krävs. Enligt ABL 9:13, 2 st kan i bolagsordningen upptas bestämmelser att strängare kvalificerad majoritet krävs vid ändring av vissa bestämmelser i bolagsordningen än vad som följer av ABL.

3.1.1 Restriktioner vid val av styrelseledamöter

Styrelsens ledamöter väljs i normalfallet enligt ABL 8:1 av bolagsstämman med enkel majoritet för en mandatperiod som löper ut vid slutet av nästa ordinarie bolagsstämman.

Metod 1. Styrelseledamöternas mandatperioder förlängs till mer än ett räkenskapsår. Bolagsordningen ändras så att styrelsens ledamöter inte kan avsättas i förtid av bolagsstämman och att bolagsordningen i detta avseende inte kan ändras annat än med mycket kvalificerad majoritet.

Exempel: Målföretagets bolagsordning ändras så att styrelseledamöterna väljs på tre år istället för ett år. I bolagsordningen föreskrivs att styrelsens ledamöter inte kan avsättas i förtid annat än med nio tiondelars majoritet. Ändring av dessa bestämmelser i bolagsordningen kräver nio tiondelars majoritet.

Om ägarmajoriteten skiftar i målföretaget under innevarande mandatperiod måste förvärvaren antingen övertyga styrelseledamöterna att frivilligt ställa sina platser till förfogande eller så tvingas förvärvaren invänta mandatperiodens slut för styrelseledamöterna innan nyval kan förrättas till styrelsen.

Metoden innebär att styrelseledamöternas mandatperioder förlängs till mer än ett räkenskapsår. Enligt ABL 8:1, 3 st kan bolagsordningen ange att styrelsens ledamöter väljs för en tid av maximalt fyra räkenskapsår.

Metoden innebär också att styrelsens ledamöter inte skall kunna avsättas av bolagsstämman under mandatperioden annat än med viss kvalificerad majoritet. Enligt ABL 8:2 upphör styrelseledamots uppdrag i förtid om bolagsstämman fattar beslut om uppdragets upphörande i förtid. Ett sådant beslut fattas normalt med enkel majoritet. Med stöd av ABL 9:13, 2 st kan det dock i bolagsordningen föreskrivas att beslut på bolagsstämman i vissa frågor beslutas med kvalificerad majoritet. Bolagsordningen kan således föreskriva en mycket kvalificerad majoritet för att i praktiken göra styrelsens ledamöter oavsättliga under mandatperioden. Det kan dock ifrågasättas hur sträng kvalificerad majoritet bolagsordningen får föreskriva eller om bolagsordningen får föreskriva att ett sådant beslut endast får fattas om samtliga aktieägare är eniga. Uppdrag som styrelseledamot anses ha karaktär av förtroendeuppdrag, som skall kunna återkallas om förtroendet inte längre finns. En bestämmelse i bolagsordningen, som föreskrev enighet mellan samtliga aktieägare för beslut om avsättande av styrelseledamot, skulle därför kunna strida mot grunderna för aktiebolagslagen.

Metoden innebär slutligen att ändring av den bestämmelse i bolagsordningen, som föreskriver särskilt kvalificerad majoritet vid beslut om avsättande av styrelseledamöter i förtid, skall kunna ändras endast med mycket kvalificerad majoritet. Genom denna sista bestämmelsen får de sittande styrelseledamöterna ett fullgott skydd mot en ny ägare. Föreskriften att bestämmelse i bolagsordningen endast kan ändras med särskilt angiven kvalificerad majoritet har stöd i ABL 9:13, 2 st.

Metod 2. Styrelsens ledamöter delas in i flera grupper med olika och förlängda mandatperioder. På ordinarie bolagsstämma förrättas nyval endast av en av grupperna. I likhet med metod 1 ovan ändras bolagsordningen så att styrelsens ledamöter inte kan avsättas i förtid av bolagsstämman och att bolagsordningen i denna del inte kan ändras annat än med mycket kvalificerad majoritet.

Exempel: Målföretagets styrelse består av nio styrelseledamöter. Dessa är indelade i tre grupper om tre styrelseledamöter i varje grupp. Styrelseledamöterna väljs på tre år. På ordinarie bolagsstämma förrättas endast nyval av tre styrelseledamöter. Genom denna valprocedur krävs det att en ny majoritetsägare inväntar två ordinarie bolagsstämmor innan denne kan besätta en majoritet av styrelseplatserna och därmed få kontroll över målföretaget.

Metoden innebär att styrelseledamöternas mandatperioder förlängs till mer än ett räkenskapsår och att styrelsens ledamöter delas in i olika grupper, som väljs omlott på olika ordinarie bolagsstämmor. Metoden strider inte mot ABL 8:1. Denna metod kombineras på samma sätt som metod 1 med krav på kvalificerad majoritet vid avsättande av styrelseledamöter i förtid och att bolagsordningen i denna del inte kan ändras av bolagsstämman annat än med mycket kvalificerad majoritet.

Metod 3. Styrelseval förrättas på bolagsstämman genom s k kumulativ röstning. Kumulativ röstning skiljer sig från majoritetsval på så sätt att en minoritet av aktieägare utser ett antal styrelseledamöter som svarar mot minoritetens andel av det totala antalet företrädda röster på bolagsstämman.

Exempel: Styrelsen består av tio ledamöter som skall väljas på bolagsstämman. Om styrelseledamöterna valts genom majoritetsval skulle en aktieägare med 51 % av de på stämman företrädda rösterna kunna utse samtliga tio ledamöter. Om val i stället förrättas med kumulativ röstning kan en eller flera aktieägare med tillsammans 40 % av rösterna utse fyra av de tio ledamöterna i styrelsen.

Om kumulativ röstning kombineras med förlängda mandatperioder enligt metod 1 ovan och gruppindelning av styrelseledamöterna enligt metod 2 ovan kan övertagandet av kontrollen i vissa fall fördröjas i mer än två år.

En bestämmelse om kumulativ röstning i bolagsordningen står inte i strid mot ABL 8:1. För att erbjuda ett fullgott skydd måste denna metod på samma sätt som metoderna 1-3 ovan kombineras med bestämmelser i bolagsordningen som begränsar bolagsstämmans möjlighet att avsätta styrelsens ledamöter i förtid och att ändra bolagsordningen i denna del.

Metod 4. En eller flera styrelseledamöter utses av annan än aktieägare på bolagsstämman. I bolagsordningen ges annan, t.ex. annat företag, organisation eller staten genom viss myndighet, rätt att utse en eller flera styrelseledamöter. Om inte en majoritet av styrelseledamöterna väljs av utomstående måste denna metod kombineras med någon av metoderna 1–3 ovan för att kunna erbjuda ett fullgott skydd.

Metoden innebär att någon utomstående ges rätt att utse en eller flera styrelseledamöter. Enligt ABL 8:1, 2 st väljes styrelsen av bolagsstämman, om ej bolagsordningen föreskriver att en eller flera styrelseledamöter skall utses på annat sätt. Aktiebolagslagen lämnar således utrymme för att aktieägarna kan låta någon utomstående utse vissa ledamöter i styrelsen. Det är således möjligt att ge vissa aktieägare rätt att utse några av styrelsens ledamöter. Det torde dessutom vara möjligt att i bolagsordningen föreskriva att en majoritet av styrelsens ledamöter utsågs av annan än bolagsstämman.³⁴ I doktrinen har det uttalats att även en bolagsordningsbestämmelse som föreskriver att samtliga styrelseledamöter väljs av utomstående skulle kunna vara gällande.³⁵

Enligt Kedner och Roos³⁶, skulle det strida mot principerna för ansvarsfördelningen mellan bolagsorganen om aktiebolagets VD gavs rätt att utse styrelsens ledamöter. Kedner och Roos skriver vidare att "Bolagsordningsbestämmelser som medger att styrelsen i större utsträckning förnyar sig själv torde strida mot lagens organisationsmönster och kompetensfördelningen mellan bolagsorganen."

För att denna metod skall vara effektiv måste det införas begränsningar i bolagsordningen så att bolagsordningen i denna del inte kan ändras utan mycket kvalificerad majoritet. Huruvida en sådan förstärkning i bolagsordningen påverkar bedömningen om bolagsordningsbestämmelser strider mot aktiebolagslagens grunder kan endast avgöras i det enskilda fallet.

3.1.2 Inskränkt rösträtt

Enligt ABL 9:3 kan ingen rösta för egna och andras aktier för sammanlagt mer än en femtedel av de på stämman företrädde aktierna, om ej annat följer av bolagsordningen. Denna rösträttsbegränsning är borttagen i de flesta aktiebolag så att aktieägarna kan rösta för fulla antalet aktier.

Metod 5. Generell rösträttsinskränkning. På bolagsstämma kan ingen aktieägare avge fler än ett visst begränsat antal röster. Begränsningen kan göras till ett visst antal röster eller viss andel av röstetalet. Rösträttsinskränkningen kan förstärkas genom att ytterligare kvalificerad majoritet krävs för ändring av bolagsordningen.

Exempel: I målföretagets bolagsordning föreskrivs att ingen kan rösta för egna eller andras aktier för sammanlagt mer än fem procent av de på bolagsstämman företrädde aktierna.

Metoden föreskriver att rösträtten inskränks ytterligare så att ingen aktieägare kan rösta för fler än ett visst antal eller för viss andel av röstetalet. En sådan skärpning av rösträttsbegränsningen står inte i strid mot ABL 9:3.

En särskild rösträttsbegränsning som endast skulle gälla för vissa slag av aktieägare, t.ex stiftelser eller utlänningar, skulle däremot stå i strid mot ABL. Enligt ABL 3:1 har alla aktier lika rätt i bolaget, men vissa skillnader är tillåtna mellan olika aktieslag i bolaget. Det är däremot inte tillåtet att göra en akties rätt beroende av vem som har den i sin hand enligt Kedner och Roos, s 61.

3.1.3 Inskränkt äganderätt

Metod 6. Särskilt inskränkt äganderätt. Vissa slag av aktieägare får inte äga aktier i företaget eller får endast äga ett begränsat antal aktier i företaget.

Exempel 1: Målföretagets bolagsordning innehåller bestämmelse att aktier i bolaget inte får förvärfas av stiftelser eller utländska företag.

Exempel 2: I målföretaget finns aktier av serie A, som inte får förvärfas av svenska aktiebolag, handelsbolag eller stiftelser, och aktier av serie B som fritt får förvärfas.

Denna metod har stöd i ABL 17:1. Enligt ABL 17:1 kan i bolagsordningen intagas förbehåll att aktier i bolaget ej får genom vare sig teckning eller överlåtelse förvärfas av aktiebolag eller annan sammanslutning eller stiftelse eller annan än svensk medborgare. Denna reglering i aktiebolagslagen är ett av undantagen till den aktiebolagsrättsliga principen i ABL 3:2 att aktier fritt skall kunna överlåtas och förvärfas. ABL 17:1 används idag huvudsakligen för att skriva in bestämmelser i bolagsordningen om sk utlänningsförbehåll, för att inte aktiebolaget skall betraktas som ett kontrollssubjekt enligt lagen (1982:617) om utländska förvärv av svenska företag m m. ABL 17:1 ger dock utrymme både för bestämmelser i bolagsordningen som inskränker äganderätten i högre grad än vad som krävs för att inte aktiebolaget skall betraktas som kontrollssubjekt och bestämmelser som inskränker äganderätten men utan att uppfylla kraven för att aktiebolaget inte skall betraktas som kontrollssubjekt. Det torde däremot inte vara möjligt att införa en generellt begränsad äganderätt på så sätt att ingen får äga fler än ett visst antal aktier i målföretaget. En sådan inskränkning skulle stå i strid mot principen om akties fria överlåtbarhet och saknar stöd i ABL 17:1. Ett förvärv av aktie i strid med bestämmelse i bolagsordningen som fattats med stöd av ABL 17:1 är ogiltigt enligt Kedner och Roos, s 386.

3.1.4 Kvalificerad majoritet vid fusion

Metod 7. I bolagsordningen införs krav på mycket kvalificerad majoritet för att aktieägarna i målföretaget skall kunna godkänna ett fusionsavtal med det övertagande företaget.

Exempel: I målföretagets bolagsordning har det införts en bestämmelse om kvalificerad majoritet vid bolagsstämmans godkännande av fusionsavtal enligt ABL 14:1–2. Utan sådan bestämmelse räcker det med enkel majoritet på bolagsstämman i målföretaget för att aktieägarna skall kunna rösta för ett avtal om fusion med ett övertagande bolag.

Metoden försvårar ett samgående mellan två bolag genom fusion i form av sk absorption enligt ABL 14:1 och kombination enligt ABL 14:2. Metoden är dock tämligen ointressant idag eftersom svenska företag vid företagsförvärv sällan fusionerar bolagen i aktiebolagsrättslig mening.

3.1.5 Tvångsinlösen

Metod 8. I bolagsordningen införs regler om rätt för minoritetsaktieägare att påkalla tvångsinlösen om ett aktiebolag har ett visst majoritetsinnehav som understiger det i ABL 14:9 stadgade kravet på 90 % av aktierna och rösterna i målföretaget.

Exempel: I målföretagets bolagsordning införs bestämmelse att minoritetsaktieägare har rätt att få sina aktier inlösta på sätt som föreskrivs i ABL 14:9–13 om ett aktiebolag självt eller tillsammans med dotterföretag har mer än 50% av aktierna och rösterna i målföretaget.

Metoden innebär ett avsteg från förutsättningen i ABL 14:9 att aktiebolag, som är moderbolag till målföretaget, självt eller tillsammans med dotterföretag äger mer än nio tiondelar av aktierna med mer än nio tiondelar av röstetalet för samtliga aktier i målföretaget.

Enligt prop 1975:103, s 297 f, krävs det inte ett uttryckligt bemyndigande i ABL för att avvikelser från lagen skall kunna göras i bolagsordningen. I bolagsordningen kan enligt departementschefen införas "alla slags bestämmelser som inte står i strid med ABL eller annan lag eller författning". Departementschefen uttalar vidare att bestämmelse inte heller får stå i strid med grunderna för ABL.

Den föreslagna metoden inskränker dock varken tillämpningen av ABL 14:9 eller aktieägarnas minoritetsskydd. Metoden innebär tvärtom en förstärkning av minoritetsskyddet.

Metod 9. I bolagsordningen införs regler om rätt för minoritetsaktieägare att påkalla tvångsinlösen om ett aktiebolag lämnar ett offentligt erbjudande på en del av målföretagets aktier.

Metoden skulle innebära ett sätt för aktieägarna i ett aktiebolag att skydda sig mot partiella förvärvserbjudanden. En begäran från en minoritetsaktie-

ägare att få sina aktier inlösta av budgivaren fordrar dock att budgivaren fullföljer sitt bud och förvärvar aktier i målföretaget. Bestämmelsen om tvångsinlösen blir tillämplig p g a av viss händelse i form av ett offentligt erbjudande. I SOU 1971:15 diskuterades förutsättningarna för att bolagsordningen skall kunna ta upp bestämmelser vars tillämplighet är beroende av viss händelse. Det är inte alldeles klart i vilken utsträckning tillämpning av viss bestämmelse kan göras beroende av viss händelse och vilka slag händelser som skulle accepteras. Ett offentligt erbjudande är dock en sådan konkret och fastställbar händelse att bestämmelsen i bolagsordningen skulle kunna tillämpas utan osäkerhet.

Metod 10. I bolagsordningen införs särskilda värderingsregler eller prisformler för de aktier som blir föremål för tvångsinlösen enligt ABL 14:9 eller någon av metoderna 8–9. Lösenbeloppet kan exempelvis bestämmas till att motsvara eller överstiga priset per aktie i ett eventuellt offentligt erbjudande på aktierna.

Exempel 1: Bolagsordningen i målföretaget föreskriver att vid tvångsinlösen påkallad av minoritetsägare skall lösenbeloppet per aktie motsvara det pris som erbjöds aktieägarna i ett partiellt erbjudande.

Exempel 2: Bolagsordningen i målföretaget föreskriver att vid tvångsinlösen påkallad av minoritetsägare skall lösenbeloppet per aktie motsvara det pris som erbjöds aktieägarna i ett offentligt erbjudande jämte ett visst tillägg. Lösenbeloppet skall således enligt bolagsordningen bestämmas till ett visst lägre belopp än det som erbjöds för de aktier som såldes genom det offentliga erbjudandet. Detta för att motverka att aktieägarna skall sälja sina aktier genom ett offentligt erbjudande.

Vid fastställande av en akties lösenbelopp enligt ABL 14:9 används antingen huvudregeln där skiljenämnden får i uppgift att bestämma ett med hänsyn till alla omständigheter skäligt lösenbelopp, eller särregeln enligt ABL 14:9, 3 st där lösenbeloppet skall motsvara det vederlag som givits i ett offentligt erbjudande.

Metoden föreskriver således en viss bestämd prisformel vid bestämningen av aktiens lösenbelopp, som ABL saknar annat än i de fall särregeln i ABL 14:9, 3 st är tillämplig. I exempel 1 utsträcker bolagsordningen särregelns tillämplighet även till sådana partiella offentliga erbjudande som inte omfattas av ABL 14:9, 3 st. Att bolagsordningen föreskriver en viss prisformel torde inte stå i strid mot ABL. Sådana klausuler är förhållandevis vanligt förekommande i hembudsklausuler i bolagsordningen.

Exempel 2 däremot innehåller en värderingsformel som kan komma att gynna vissa aktieägare framför andra. Det är osäkert i vad mån en sådan prisformel skulle upprätthållas av rättsordningen. I ABL 3:3, 2 st angående hembudsklausuler stadgas att om ”tillämpningen av föreskrift i bolagsordningen rörande lösenbelopp skulle bereda någon otillbörlig fördel, kan jämkning ske”. Det är mycket möjligt att denna regel kan tillämpas analogt

på otillbörliga prisformler. Eventuellt kan ett beslut om införande av en sådan bestämmelse i bolagsordningen stå i strid mot likhetsprincipen i ABL 9:16 och därigenom kunna undanröjas genom klander.

3.1.6 Föryttringsbegränsningar

Metod 11. Hembud. I bolagsordningen införs bestämmelse om hembud för visst aktieslag som inte är noterat. Förvärvare av aktie som omfattas av hembudet är skyldig att hembjuda aktien i den ordning som föreskrivs i bolagsordningen.

Exempel: I målföretaget finns röststarka aktier av serie A, som inte är noterade och som omfattas av hembud enligt bolagsordningen. Därutöver finns aktier av serie B som är noterade och som fritt kan överlåtas och förvärvas utan hinder av hembud.

ABL 3:3 anger under vilka förutsättningar bolagsordningen kan ha bestämmelser om hembud. Stockholms fondbörs har dock med stöd av lagen (1979:749) om Stockholms fondbörs och förordningen (1979:996) om Stockholms fondbörs uppställt som krav att de aktieslag som ett aktiebolag har inregistrerade vid Stockholms fondbörs inte får vara föremål för hembudsskyldighet enligt bolagsordningen.³⁷ Ett aktiebolag har dock möjlighet att låta inregistrera ett visst aktieslag för handel, medan andra aktieslag med hembudsskyldighet inte registreras för handel.

3.1.7 Differentierad rösträtt

Metod 12. Generellt differentierad rösträtt. Vissa aktier i målföretaget har högre röstvärde än andra aktier vid omröstning på bolagsstämma.

Exempel: I målföretaget finns aktier av serie A med 10 röster och aktier av serie B med 1 röst.

Enligt ABL 3:1, 3 st gäller att ingen aktie i företaget får ha ett röstvärde som överstiger tio gånger röstvärdet för annan aktie. De företag som före ikraftträdandet av 1944 års aktiebolagslag hade givit ut aktier med röstvärdesdifferenser som var större än tio gånger röstvärdet för annan aktie får dock enligt lagen (1975:1386) om införande av aktiebolagslagen § 8 fortfarande ge ut aktier med de röstvärdesdifferenser som tillkommer redan utgivna aktier.

Metod 13. Differentierad rösträtt i vissa frågor. Vissa aktier i målföretaget har högre röstvärde eller annan särskild rättighet vid omröstning i vissa särskilda frågor på bolagsstämma.

Exempel: I målföretaget finns preferensaktier av serierna A och B, samt stamaktier av serie C. A-aktier har en röst per aktie utom i frågor om styrel-

seval där aktien har ett röstvärde på tio. B-aktier har en röst per aktie och därutöver har B-aktieägarna tillsammans rätt att utse tre styrelseledamöter. C-aktierna har endast en röst per aktie.

Enligt ABL 3:1, 2 st kan bolagsordningen föreskriva att aktier av olika slag skall finnas eller kunna utges av företaget. Av prop 1975:103, s 311 framgår att sådana skillnader kan vara att exempelvis ägarna av ett visst aktieslag har rätt att själva välja ett visst antal styrelseledamöter eller revisorer. Enligt departementschefen följer det dock av grunderna för ABL vissa begränsningar i möjligheten att göra skillnad mellan olika aktier. Ingen aktieägare skall kunna berövas rätt att delta i bolagsstämma eller att klandra bolagsstämmbeslut. Denna principiella begränsning tillsammans med begränsningen av röstvärdesdifferensen mellan aktier skapar en viss osäkerhet om hur långtgående rättigheter ett visst aktieslag kan få på bekostnad av andra aktieslag utan att stå i strid mot dessa begränsningar.

Metod 14. Konvertibla aktier. De flesta aktierna i målföretaget har lika röstvärde medan några få aktier har ett lägre röstvärde. Vid en viss händelse, t.ex. ett offentligt erbjudande eller att någon aktieägare förvärvar mer än 30 procent av aktierna, konverteras flertalet aktier automatiskt eller på begäran av aktieägare till aktier med lägre röstvärde.

Exempel: I målföretaget finns aktier av serie A med 10 röster, konvertibla aktier av serie B med 10 röster och aktier av serie C med 1 röst. Vid ett offentligt erbjudande konverteras B-aktierna automatiskt till C-aktier. Enligt ABL 3:1, 4 st kan i bolagsordningen bestämmas att aktie av visst slag skall i närmare angiven ordning kunna konverteras till aktie av annat slag. Enligt prop 1975:103, s 313 måste det anges om omvandlingen skall ske automatiskt vid viss tidpunkt eller när visst förhållande inträffar, eller om omvandlingen skall kunna påkallas av bolaget eller av aktieägaren.

Metod 15. Förändrad rösträtt vid viss händelse. Vid en viss händelse, t.ex. ett offentligt erbjudande, förändras villkoren för röstning för vissa aktieslag.

Exempel: I målföretaget finns aktier av serie A med 10 röster, serie B med 10 röster och serie C med 1 röst. Vid ett offentligt erbjudande förändras villkoren för serie B så att dessa aktier endast får en röst per aktie.

Denna metod är ett alternativ till konvertibla aktier enligt metod 14 ovan. Enligt Kedner och Roos, s 62, kan i bolagsordningen t ex föreskrivas att preferensaktier i bolaget tillerkänns högre röstvärde om utdelning inte lämnas under visst antal år. Det är dock osäkert hur långtgående sådana förändrade villkor får vara och till vilka förutsättningar de får knytas för att kunna verkställas.

3.2 Motåtgärder i emissionsvillkor

Gemensamt för denna grupp motåtgärder är att de emissionsvillkor som antas av bolagsstämman vid utgivande av konvertibla skuldebrev eller skuldebrev förenade med teckningsrättsoptioner används som instrument för att försvåra ett övertagande av kontrollen i målföretaget eller på annat sätt förstärka skyddet för aktieägarna vid ett fientligt förvärv.

Beslut om emission av konvertibla skuldebrev och skuldebrev förenade med teckningsrättsoptioner beslutas av bolagsstämman med enkel majoritet. I emissionsbeslutet skall anges vissa obligatoriska villkor enligt ABL 5:4.

Uppräkningen av obligatoriska villkor är inte uttömmande. Enligt Kedner och Roos, s 156 kan ett bolag mycket väl ta in fler villkor i ett emissionsbeslut än de som anges ABL 5:4. När skuldebreven tecknats skall bolaget anmäla beslutet om emission med samtliga emissionsvillkor för registrering hos Patent- och registreringsverkets bolagsbyrå. Emissionsvillkoren blir således genom registreringen offentlig handling.

Beslut om emission av skuldebrev kan även fattas av styrelsen efter bemyndigande från bolagsstämman. Om skuldebreven skall tecknas mot kontanter, kan styrelsen efter bolagsstämmans bemyndigande bestämma samtliga emissionsvillkor helt själv enligt ABL 5:9. Bolagsstämmans beslut skall i sådant fall endast ange inom vilken tid, som längst kan vara till nästa ordinarie bolagsstämma, styrelsen skall besluta om emission.

När bolaget inger emissionsbeslutet med emissionsvillkoren för registrering skall Patent- och registreringsverkets bolagsbyrå enligt ABL 18:4 granska att beslutet tillkommit i behörig ordning och att emissionsvillkoren till sitt innehåll inte strider mot lag eller annan författning eller mot bolagsordningen. Emissionsvillkoren får ej heller i något viktigt avseende vara ottydliga eller vilseledande.

3.2.1 Förändrade villkor vid viss händelse

På samma sätt som bolagsordningen kan innehålla bestämmelser att vissa villkor för aktier skall förändras vid viss händelse, kan emissionsvillkoren innehålla sådana bestämmelser med avseende på skuldebrev.

Metod 1. "Flip-in". Skuldebrev utgivna av målföretaget är förenade med teckningsrättsoption, som ger rätt till nyteckning av aktier i målföretaget till förmånlig kurs vid viss händelse.

Exempel: I målföretaget finns aktier av serie A som inte är noterade på börsen och aktier av serie B som är noterade. Varje A-aktieägare har getts möjlighet att teckna ett skuldebrev som är förenat med en teckningsrättsoption som ger rätt till teckning av fem B-aktier till en kurs per aktie som motsvarar B-aktiens nominella belopp. Rätt till att utnyttja optionen inträder om målföretagets aktier blir föremål för ett offentligt erbjudande.

Om optionsrättssinnehavaren skall ges rätt att teckna aktier till en förmånligare kurs vid inträffandet av en viss händelse, får emissionskursen dock inte sättas lägre än aktiernas nominella belopp enligt ABL 5:1, 3 st.

Om emissionen skall avvika från aktieägarnas företrädesrätt att teckna sig för förvärv av skuldebrev måste bolagsstämman fatta beslut om avvikelse från aktieägarnas företrädesrätt enligt ABL 5:2. Ett sådant beslut fattas av bolagsstämman med enkel majoritet enligt ABL 9:13. Det är dock osäkert i vad mån en majoritet av aktieägare i ett bolag skulle kunna fatta ett beslut som under förutsättning att en viss händelse inträffade, skulle gynna vissa aktieägare på bekostnad av andra aktieägare. Ett sådant beslut skulle kunna stå i strid mot likhetsprincipen i ABL 9:16 och upphävas genom en klander-talan.

Metod 2. "Flip-over". Skuldebrev utgivna av målföretaget är förenade med teckningsrättsoption, som ger rätt till nyteckning av aktier i ett övertagande företag vid en viss händelse.

Exempel: I målföretaget finns aktier av serie A som inte är noterade på fondbörsen och aktier av serie B som är noterade. A-aktieägarna har givits rätt att teckna skuldebrev som är förenade med teckningsrättsoptioner som ger rätt till teckning av aktier till förmånlig kurs i det företag som försöker genomföra en fusion med målföretaget efter ett fientligt företagsförvärv. Rätten till nyteckning i det övertagande bolaget förutsätter att målföretagets bolagsordning villkorar ett eventuellt fusionsavtal mellan det övertagande företaget och målföretaget av att "flip-over" bestämmelsen iakttas av det övertagande företaget.

Denna metod, som är direkt hämtad från ett amerikanskt sk "poison pill", skulle med all sannolikhet inte fungera i Sverige. Metoden bygger på att det övertagande företaget genomför en fusion enligt ABL 14:1-2 med målföretaget, vilket är mycket ovanligt i Sverige. Det är dessutom mycket osäkert i vad mån en bestämmelse i målföretagets bolagsordning som anger förutsättningarna för godkännande av ett fusionsavtal på i exemplet angivet sätt, skulle upprätthållas av rättsordningen.

Metod 3. Konvertering vid viss händelse. I målföretaget finns konvertibla skuldebrev utgivna med rätt att konvertera till aktier till en viss konverteringskurs. Vid viss händelse ges ett offentligt erbjudande ges innehavarna rätt till omedelbar konvertering för att spåda ut förvärvarens aktieinnehav. Eventuellt kan konverteringskursen sänkas vid vissa händelser för att ytterligare fördyra ett förvärv av målföretaget.

Exempel: I målföretaget finns konvertibla skuldebrev med rätt att konvertera till aktier i målföretaget om 10 år. Vid viss händelse, exempelvis att ett offentligt erbjudande läggs på målföretagets aktier, ges innehavarna av skuldebreven rätt till omedelbar konvertering till aktiernas nominella be-

lopp. De konvertibla skuldebrevens har emitterats till samtliga aktieägare. I emissionsvillkoren finns det dock en bestämmelse om hembud enligt vilken skuldebrevens inte får överlåtas utan iakttagande av hembud. Hembudsbestämmelsen försäkrar att en utomstående fientlig förvärvare får sitt aktieinnehav utspädd vid en konvertering av skuldebrevens.

Metoden bygger på samma modell som metod 1 ovan för skuldbrev förenade med teckningsrättsoptioner. Den skiljer sig dock genom bestämmelsen om hembud. Hembudsbestämmelsen gör att utspädningseffekten blir verkningsfull mot en utomstående förvärvare.

Aktiebolagslagen innehåller inga begränsningar i vad avser hembudsbestämmelser för skuldbrev. En sådan bestämmelse får bedömas enligt vanliga obligationsrättsliga regler. Det PM som utgivits av Stockholms fondbörs den 6 juni 1982 angående förbud mot hembud i bolagsordningen för noterade aktier omfattar inte konvertibla skuldbrev som emitterats av ett börs- eller OTC-företag.

3.2.2 Rätt till återbetalning vid viss händelse

I emissionsvillkoren anges skuldbrevets löptid. Under lånets löptid kan dock skuldbrevets innehavare eller företaget ha rätt att säga upp lånet till förtida återbetalning under vissa förutsättningar som bestämts i emissionsvillkoren.

Metod 5. Innehavare av skuldbrev förenade med teckningsrättsoptioner ges rätt till omedelbar betalning av målföretaget vid viss händelse, text att ett offentligt erbjudande ges till målföretagets aktieägare.

Denna metod, som i Förenta staterna betecknas "poison put" (giftoption), syftar till att öka den finansiella belastningen på målföretaget och därigenom på det övertagande företaget vid ett fientligt förvärv av målföretaget. Eftersom den teckningsrättsoption som följer med skuldbrevet kan göras avskiljbar efter det att skuldbrevet emitterats av målföretaget enligt ABL 5:1, 4 st, lider innehavaren av skuldbrevet inte någon skada av att skuldbrevet inlöses i förtid.

3.3 Motåtgärder i avtal

Denna grupp av motåtgärder tillskapas genom att ett utomstående företag i avtal med målföretaget gynnas framför en fientlig förvärvare. Dessa motåtgärder betecknas i Förenta staterna "lock-up agreements" (inlåsningsavtal). Det utomstående företag som gynnas av målföretaget betecknas "white knight" (vit riddare).

Enligt likhetsprincipen i ABL 9:16 och 8:13 får inte bolagsstämman eller styrelsen fatta beslut som är ägnade att bereda otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller annan aktieägare. Om "lock-up

agreements" skall kunna användas i Sverige är det således en förutsättning att inte avtalet med det utomstående företaget ekonomiskt missgynnar bolaget. Enligt Kedner och Roos, s 256 avses med "nackdel" såväl ekonomiska aspekter som maktaspekter. Denna ståndpunkt är dock inte alldeles klar, eftersom departementschefen i prop 1973:93, s 137, uttalade att en åtgärd som är i bolagets intresse och framstår som företagsekonomiskt riktig eller försvarlig inte kan betecknas som otillbörlig.

Påföljden vid bolagsstämmans överträdelse av ABL 9:16 är att beslutet kan upphävas eller ändras genom klandertalan. Påföljden vid styrelsens överträdelse av ABL 8:13 är att beslutet är ogiltigt. Ett i strid mot ABL 8:13 ogiltigt styrelsebeslut kan dock inte klandras av någon aktieägare. Ej heller anses en aktieägare ha rätt att genom en fastställsetalan i allmän domstol få fastslaget att ett avtal som ingåtts med stöd av ett ogiltigt styrelsebeslut är ogiltigt. En aktieägare eller utomstående budgivare har således begränsade möjligheter att angripa ett avtal som ingåtts med stöd av ett styrelsebeslut i strid mot ABL 8:13.

Aktieägare och utomstående budgivare har dock möjlighet att kräva skadestånd med stöd av ABL 15:1 från de styrelseledamöter som medverkat i ett beslut som står i strid mot ABL 8:13. Om å andra sidan avtalet med det utomstående företaget endast gynnar detta i annat än ekonomiskt avseende, är en skadeståndstalan inte något verksamt remedium.

Det utomstående företaget har rätt att kräva fullgörelse av avtalet om det inte insåg eller bort inse att ABL 9:16 eller 8:13 överskreds. Om en fientlig förvärvare trots det gynnande avtalet tar över kontrollen i målföretaget, har den nye ägaren möjlighet att såsom ställföreträdare för målföretaget med stöd av avtalslagen § 36 kräva jämkning om avtalsvillkoren är oskäliga.

3.3.1 Emission av aktier till ett utomstående företag.

Enligt NBK:s takeover-regler, II.12 får styrelsen eller ledningen i målföretaget efter det att förhandlingar upptagits om ett offentligt erbjudande eller efter ett sådant erbjudande inte vidtaga någon åtgärd i fråga om målföretaget som är ägnad att äventyra det offentliga erbjudandets avgivande eller vidhållande utan stöd av bolagsstämman.

I kommentaren till denna regel uttalas att ett av bolagsstämman tidigare lämnat bemyndigande för styrelsen att besluta om emission, vilket inte har samband med erbjudandet, inte får utnyttjas annat än i vissa undantagsfall.

Metod 1. Målföretaget har i ett optionsavtal förbundit sig att emittera aktier till ett utomstående företag genom en riktad nyemission för att därigenom späda ut en fientlig förvärvares aktieinnehav.

Metoden är konstruerad i syfte att kringgå NBK:s takeover-regler. Genom att målföretagets styrelse ingår avtalet i god tid före ett offentligt erbjudande skall NBK:s regel II.12 endast kunna bli tillämplig när målföretagets led-

ning verkställer optionsavtalet. I det läget uppkommer en konflikt mellan NBK:s regel och optionsavtalet. Om ledningen underlåter att verkställa optionsavtalet medverkar den till att målföretaget begår avtalsbrott och kan bli skadeståndsskyldigt. Styrelsen och VD riskerar dessutom att bli personligen skadeståndsskyldiga enligt ABL 15:1 p g a sin underlåtenhet. Om styrelsen väljer att inte iaktta NBK:s regel II.12 riskerar målföretaget att få betala böter till Stockholms fondbörs p g a brott mot inregistreringskontraktets bilaga 2. Målföretaget kan även riskera att få sina aktier avregistrerade från Stockholms fondbörs.

Vilket som är det riktiga handlandet i en sådan situation får avgöras i det enskilda fallet. Det skall dock noteras att NBK:s regel II.12 inte är undantagslös. "Kravet på bolagsstämmobeslut kan dock efterges om hänsynen till bolaget och dess ägare uppenbarligen kräver att åtgärd vidtas med största skyndsamhet." I kommentaren till regeln sägs att "det kan finnas situationer när det är berättigat att utan stöd av bolagsstämman vidta långtgående motåtgärder. Förutsättningen härför är dock att behovet av åtgärden framstår som såväl brådskande som uppenbarligen i bolagets och dess ägares intressen."

Ett löfte från målföretaget att emittera aktier vid en viss händelse är dock alltid beroende av ett beslut av målföretagets bolagsstämman, t ex i form av ett bemyndigande till styrelsen enligt ABL 4:15.

Metod 2. Målföretaget har emitterat konvertibla skuldebrev till aktieägarna som därefter förvärvats av målföretaget på marknaden. Målföretaget har i ett optionsavtal förbundit sig att vid ett offentligt erbjudande sälja de konvertibla skuldebrev till ett utomstående företag som kan konvertera skuldebrev till aktier i målföretaget för att spåda ut den framtida förvärvarens aktieinnehav.

Enligt ABL 7:1 kan ett aktiebolag inte förvärva sina egna aktier. Förbudet mot förvärv av egna aktier omfattar dock inte skuldebrev och teckningsrättsoptioner som utfärdats av aktiebolaget. Aktiebolaget kan visserligen inte självt påkalla konvertering eller utnyttja teckningsrättsoptionerna, men inget hindrar att aktiebolaget förvärvar sina egna konvertibla skuldebrev och teckningsrättsoptioner. För att inte ett förvärv av egna skuldebrev eller teckningsrättsoptioner skall stå i strid mot aktiebolagets vinstsyfte, måste avsikten med förvärvet vara återavyttring. Ej heller torde sk konfusion inträda, dvs att fordringsrätten upphör automatiskt, p g a att aktiebolaget är såväl borgenär som gäldenär till samma fordran, eftersom skuldebrevet och teckningsrättsoptionerna inte är enkla skuldebrev.

I det ställningstagande som Aktiemarknadsnämnden gjorde i sitt uttalande 1987:6 ansågs ett OTC-noterat företags dotterbolag kunna förvärva moderbolagets konvertibla skuldebrev och därefter utfärda optioner till vissa anställda att vid ett senare tillfälle förvärva de konvertibla skuldebrev från detta dotterbolag.

Enligt metod 2 emitteras skuldebrev i syfte att motverka ett fientligt övertagande, vilket inte torde förändra bedömningen av åtgärden i sig. En konflikt uppkommer dock när ett fientligt bud läggs på målföretagets aktier och målföretagets ledning tvingas verkställa optionsavtalet, vilket kan stå i strid med NBK:s regel II.12.

Metod 3. Målföretaget har emitterat skuldebrev med avskiljbara teckningsrättsoptioner till aktieägarna. Målföretaget har därefter förvärvat teckningsrättsoptioner på marknaden. Målföretaget har i ett optionsavtal med ett utomstående företag förbundit sig att vid ett offentligt erbjudande sälja teckningsrättsoptionerna till det utomstående företaget, som kan teckna nya aktier i målföretaget för att spåda ut den fientlige förvärvarens aktieinnehav.

Metoden skall bedömas på motsvarande sätt som metod 2 ovan. Metod 3 är dock mer lätthanterlig eftersom målföretaget och det utomstående företaget inte behöver binda upp kapital i motåtgärden förrän efter ett eventuellt försök till fientligt företagsförvärv.

3.3.2 Försäljning av målföretagets tillgångar.

Ett beslut om försäljning av tillgångar i företaget fattas av företagets styrelse enligt ABL 8:6. Vid en omfattande utförsäljning av företagets tillgångar kan det dock finnas anledning att hänskjuta ärendet till bolagsstämman. I doktrinen har bl a Nial³⁸ uttalat att styrelsen är skyldig att hänskjuta till bolagsstämman "extraordinära frågor som är av sådan beskaffenhet och betydelse för bolaget att de ligger utanför den normala affärsverksamheten." Betydelsen för styrelsens handlingsfrihet talar emellertid för att endast verkligt exceptionella, i bolagets förhållanden djupt ingripande åtgärder, undandragas styrelsens bestämmanderätt."

Metod 4. Vid ett offentligt erbjudande säljer målföretaget de tillgångar som intresserar det förvärvande företaget, t ex målföretagets fastigheter, ett utländskt dotterbolag eller vissa patent, till ett utomstående företag. Tillgångarna säljs för att minska det förvärvande företagets intresse av att fullfölja förvärvet.

Försäljning av tillgångar i målföretaget är en sådan åtgärd som omnämns särskilt i kommentaren till NBK:s regel II.12, som målföretagets styrelse inte får vidta utan bolagsstämmans godkännande.

Styrelsens beslut att sälja tillgångar i målföretaget kan medföra att styrelsens ledamöter blir skadeståndsskyldiga gentemot målföretaget enligt ABL 15:1 om målföretaget skadas ekonomiskt av beslutet.

Metod 5. Målföretaget lämnar ett löfte genom ett optionsavtal till ett utomstående företag att sälja vissa tillgångar i målföretaget vid viss händelse, såsom vid ett offentligt erbjudande. Genom att offentliggöra existensen av optionsavtalet minskar potentiella förvärvares intresse av att förvärva målföretaget.

Om styrelsen kan få ett bemyndigande från bolagsstämman att ingå ett sådant optionsavtal utgör inte NBK:s regel II.12 något hinder. Om styrelsen inte fått ett sådant bemyndigande eller optionsavtalet godkänts av bolagsstämman, uppkommer en konflikt mellan optionsavtalet och NBK:s regel II.12 vid ett fientligt erbjudande.

3.3.3 Anställningsavtal med generösa avgångsvederlag.

Verkställande direktörens och andra ledande befattningshavares anställningsavtal ingås av styrelsen. Styrelsen kan om den finner lämpligt uppdra åt tex styrelsens ordförande att närmare bestämma villkoren i dessa anställningsavtal. Om målföretagets ledning kräver att få sk fallskärmsavtal med generösa avgångsvederlag, bör dock styrelsen alltid vara informerad om förutsättningarna för avgångsvederlagens utbetalning och omfattning.

I Förenta staterna är bruket av sk "golden parachutes" mycket utbrett. Sådana avtal utformas regelmässigt så att vederlaget utbetalas när den anställda lämnar målföretaget oavsett om det är på egen begäran eller efter uppsägning från målföretaget. Detta för att undvika att personer i företagsledningen blir "gisslan" i målföretaget eller provoceras att säga upp sig själva.

Metod 6. Fallskärmsavtal. Vid en viss händelse, t.ex ett fientligt förvärv av målföretaget ges verkställande direktören och andra ledande befattningshavare i målföretaget rätt till generösa avgångsvederlag om de lämnar målföretaget inom en viss tid efter denna händelse, oavsett om de lämnar målföretaget på egen begäran eller blir uppsagda.

En person med ett fallskärmsavtal får inte otillbörligen gynnas av målföretaget. Om styrelsen gett verkställande direktören ett avgångsvederlag som på intet sätt kan anses marknadsmässigt finns det risk för att styrelsens beslut att ge verkställande direktören ett fallskärmsavtal kan vara ogiltigt enligt likhetsprincipen i ABL 8:13. I sådant fall kan VD knappast åberopa god tro för att fallskärmsavtalet skall vara gällande mot målföretaget. Efter ett fientligt förvärv kan den nya ledningen i målföretaget försöka jämka ett oskäligt högt avgångsvederlag med stöd av Avtalslagen § 36.

Det är också viktigt att notera att om tex målföretagets VD försöker motarbeta ett fientligt förvärv kan VD riskera att begå avtalsbrott mot sitt anställningsavtal om VD kan anses ha agerat illojalt mot målföretaget, vilket kan leda till att den nya ledningen i målföretaget häver anställningsavtalet.

3.4 Motåtgärder genom aktieförvärv

Gemensamt för denna typ av motåtgärder är att målföretag direkt eller indirekt förvärvar aktier i det egna företaget eller i ett annat företag för att ej bli förvärvat.

Enligt ABL 7:1 får ett aktiebolag inte förvärva sina egna aktier. Förvärv av egna aktier i strid mot ABL 7:1 medför att förvärvet är ogiltigt. Ett uppenbart kringgående av ABL 7:1 torde också kunna betraktas som ogiltigt.³⁹

3.4.1 Aktieförvärv i ett förvärvande företag

Enligt ABL 7:1 får inte ett dotterbolag förvärva aktier i moderbolaget. Så länge det inte uppstår ett koncernförhållande, kan dock två aktiebolag förvärva aktier i varandra. Ett koncernförhållande uppstår enligt ABL 1:2 när ett aktiebolag äger så många aktier i ett annat aktiebolag att det har mer än hälften av rösterna för samtliga aktier. Ett koncernförhållande kan även uppstå enligt ABL 1:2, 2 st om ett aktiebolag i annat fall på grund av aktieinnehav eller avtal ensamt har ett bestämmande inflytande över ett annat aktiebolag och en betydande andel i resultatet av dess verksamhet.

Metod 1. Vid ett offentligt erbjudande på målföretagets aktier försöker målföretaget förvärva aktiemajoriteten i det förvärvande företaget för att förhindra att bli uppköpt.

Exempel: Företaget A lägger ett offentligt erbjudande på aktierna i målföretaget B. Målföretaget B förvärvar därefter genom direkta förvärv och över börsen en praktisk majoritet i företaget A för att avstyra förvärvet. Om målföretaget B förvärvar aktiemajoriteten i företaget A kan målföretaget B i egenskap av moderbolag för företaget A förhindra att företaget A förvärvar ytterligare aktier i målföretaget B.

Denna metod betecknas i Förenata staterna "PAC-MAN", som är namnet på ett sk datorspel. Metoden bygger på begränsningen i ABL 7:1 att två aktiebolag i ett koncernförhållande inte får äga aktier i varandra. Det företag som först förvärvar röstmajoriteten i det andra företaget blockerar därmed det andra företagens möjligheter till ytterligare aktieförvärv, som därefter blir ogiltiga.

I exemplet ovan är utgångsläget att varken företaget A eller målföretaget B äger några aktier i varandra. Företaget A meddelar därefter att det kommer att lämna ett offentligt erbjudande på aktierna i målföretaget B. Enligt NBK:s take-overregler, II.3-4, får företag A inte börja förvärva aktier som lämnas in för försäljning förrän företaget A lagt fram ett prospekt. Om det offentliga erbjudandet innehåller sådana villkor som företag A ensamt kan disponera över måste företag A dessutom invänta en treveckors acceptfrist innan företag A kan förvärva och bli ägare till de inlämnade aktierna. Företag A kan dock förvärva aktier i målföretaget B utanför det offentliga erbjudandet exempelvis på börsen utan att iaktta NBK:s regler. Sådana förvärv

utanför ett offentligt erbjudande får dock inte ske till ett högre pris utan att vederlaget i det offentliga erbjudandet justeras upp i motsvarande mån.

I detta läge kan målföretaget B antingen lägga ett motbud till företaget A:s aktieägare, eller för att vinna tid försöka förvärva röstmajoriteten i företaget A genom direkta förvärv från stora aktieägare och genom förvärv på börsen. Om målföretaget B lyckas förvärva röstmajoriteten i företaget A, kan företaget A inte fullfölja det offentliga erbjudandet eftersom ett sådant förvärv skulle vara ogiltigt enligt ABL 7:1.

En annan variant av denna metod är att målföretaget B förvärvar en skriftlig röstmajoritet i företaget A och därefter försöker få till stånd en extra bolagsstämma i företaget A för att avsätta ledningen eller på annat sätt försöka avstyra det offentliga erbjudandet på målföretaget B:s aktier.

3.4.2 Indirekta förvärv av egna aktier

Enligt ABL 7:1 får inte ett aktiebolag förvärva sina egna aktier. Enligt uttalanden i förarbeten till 1944 års aktiebolagslag kan även ett indirekt förvärv av egna aktier vara ogiltigt om det kan anses innebära "ett kringgående av förbudet mot förvärv av egna aktier".⁴⁰ För att ett indirekt förvärv av egna aktier skall bedömas som ett kringgående måste förvärvet ha effekter som motsvarar eller liknar de som uppkommer vid direkta förvärv av egna aktier och som lagstiftarna velat motverka.

Metod 2. Målföretaget överenskommer med ett utomstående företag att det utomstående företaget skall förvärva en aktiepost i målföretaget från ett annat företag som hotar att lägga ett fientligt erbjudande på målföretagets aktier.

Exempel: Målföretaget A hotas av ett fientligt företagsförvärv av företaget B som redan förvärvat 10 procent av aktierna i målföretaget. Målföretaget A sluter ett avtal med företaget C att C skall erbjuda sig att förvärva B:s aktier i A. Enligt avtalet kompenserar målföretaget A företaget C för den överkurs som C tvingas betala till B.

Metoden att hota ett målföretag med ett fientligt erbjudande betecknas i Förenta staterna "green mail" (jämför "black mail" = utpressning). I Sverige saknar dock målföretaget möjlighet att själv förvärva de erbjudna aktierna på grund av förbudet mot förvärv av egna aktier. I ett sådant läge skulle dock målföretaget kunna tänkas överenskomma med ett annat utomstående företag att det förvärvar den erbjudna aktieposten mot viss kompensation från målföretaget för den överkurs det utomstående företaget tvingas betala för aktierna.

Det är dock osäkert i vad mån målföretaget har rätt att betala en kompensationsersättning till ett utomstående företag. Ett avtal som uppenbart ger målföretaget ett otillräckligt vederlag för sin prestation torde stå i strid mot syftet för målföretagets verksamhet att tillföra aktieägarna vinst. Om styrel-

sen fattar ett sådant beslut om kompensation kan det medföra att beslutet är ogiltigt.⁴¹ Ett avtal om kompensation till ett utomstående företag som fattats med stöd av ett sådant ogiltigt beslut är endast gällande om det utomstående företaget är i god tro om styrelsens kompensationsöverskridande beslut. Styrelsens ledamöter kan även bli skadeståndsskyldiga enligt ABL 15:1.

Metod 3. Ömsesidigt ägande. Målföretaget kommer överens med andra företag att de förvärvar aktier i varandras företag.

Exempel: Målföretaget A äger 20 procent av aktierna i företagen B och C. Företaget B äger 20 procent av aktierna i företagen A och C. Företaget C äger 20 procent av aktierna i företagen A och B. Genom detta ömsesidiga ägande har målföretaget A indirekt kontroll över 40 procent av aktierna i målföretaget.

Denna metod har utförligt behandlats av Rolf Skog i "Ömsesidigt aktieäande och aktiebolagens regler om förvärv och innehav av egna aktier", SOU 1988:38, bilaga 1.

Metod 4. Förvärv genom intressebolag. Målföretaget bildar tillsammans med andra företag ett gemensamt aktiebolag som skall förvärva aktier i de företag som bildat det gemensamma aktiebolaget.

Exempel: Målföretaget A bildar intressebolaget X tillsammans med de utomstående företagen B och C. X ägs till lika delar av A, B, och C. Genom ett konsortialavtal mellan A, B och C ges var och en av A, B och C rätt att för X:s räkning förvärva aktier i det egna företaget. Målföretaget A kan därefter vid behov låta X förvärva aktier i A. Genom ett internkontosystem svarar A, B och C för sina egna andelar av resultatet och finansieringen av X:s förvärv av respektive företags aktier.

Denna metod är konstruerad i syfte att kringgå förbudet mot förvärv av egna aktier i ABL 7:1. Även om målföretaget A och företagen B och C tillsatte en extern styrelse och VD, och dessutom lät företaget X avstå från att rösta för aktierna på målföretagets bolagsstämma, torde metoden kunna komma att betraktas som ett uppenbart kringgående av ABL 7:1 och som sådant ogiltigt.

3.5 Strukturella motåtgärder

Denna grupp av motåtgärder kännetecknas av att målföretagets struktur är utformad för att motverka fientliga förvärv.

3.5.1 Konkurrensrättsligt skydd.

Enligt 6 § konkurrenslagen kan marknadsdomstolen förbjuda ett företag att fullfölja ett företagsförvärv, om företaget får en dominerande ställning eller förstärker en redan dominerande ställning och denna konkurrensbegränsning bedöms kunna medföra skadlig verkan. Enligt 6 § 2 st konkurrenslagen får dock inte marknadsdomstolen förbjuda ett förvärv av aktier som har skett på Stockholms fondbörs, utan marknadsdomstolen får istället ålägga företaget att avyttra aktierna. Detta undantag torde även kunna omfatta förvärv av aktier som förmedlats av fondkommissionär utanför Stockholms fondbörs.⁴² Däremot undantas inte förvärv som sker genom ett offentligt erbjudande.

Ett beslut om förbud eller åläggande enligt 6 § konkurrenslagen blir endast gällande mot företaget om regeringen fastställer det enligt 7 § konkurrenslagen. Marknadsdomstolen har dock möjlighet enligt 21 § konkurrenslagen att interimistiskt hindra ett företagsförvärv genom att vid vite förbjuda ett företag att fullfölja företagsförvärvet intill dess ärendet har slutligt avgjorts.

Metod 1. Målföretaget växer genom företagsförvärv inom sitt verksamhetsområde till sådan storlek att ett fientligt förvärv från ett konkurrerande företag inte skulle godkännas av konkurrensrättsliga myndigheter.

Denna metod innebär att målföretaget bygger upp en dominerande ställning på en viss marknad. Målföretaget försöker därigenom att skydda sig mot försök till fientliga förvärv från företag som konkurrerar på samma marknad. Tillämpningen av den svenska konkurrenslagstiftningen ger dock anledning att ifrågasätta om denna metod i praktiken verkligen utgör ett skydd i Sverige.

När målföretaget utsätts för ett fientligt förvärv genom ett offentligt erbjudande, kan målföretaget förse NO med information om marknaden för att NO skall förmå marknadsdomstolen att interimistiskt förbjuda det budgivande företaget att fullfölja det offentliga erbjudandet. Om marknadsdomstolen utfärdar ett interimistiskt förbud innan det offentliga erbjudandet avslutats, finns det stor risk att det offentliga erbjudandet inte kan genomföras. Enligt NBK:s takeover-regler, II.3 får det budgivande företaget inte senarelägga redovisning av likvid till aktieägarna eller förlänga acceptfristen, om inte särskilt förbehåll därom gjorts i det offentliga erbjudandet. Om sådana förbehåll gjorts i det offentliga erbjudandet har aktieägarna möjlighet att återkalla sina accepter och ta tillbaka sina inlämnade aktier enligt NBK:s regel II.4. Ett interimistiskt förbud från marknadsdomstolen kan således utgöra en effektiv motåtgärd mot ett fientligt företagsförvärv.

3.5.2 Tillståndspliktig verksamhet.

Företag som bedriver tillståndspliktig verksamhet måste vanligen uppfylla vissa villkor för att inte tillståndet att bedriva verksamheten skall återkallas av tillsynsmyndigheten. I Sverige krävs tillstånd bl a för att bedriva bankrörelse, försäkringsrörelse, fondkommissionärsrörelse och finansbolagsrörelse.

Metod 2. Målföretaget bedriver sådan tillståndspliktig verksamhet som kräver att en ny förvärvare av målföretaget uppfyller vissa villkor för att målföretagets tillstånd inte skall återkallas.

Om målföretaget exempelvis bedriver finansbolagsverksamhet kan bankinspektionen enligt 15 § lagen (1988:606) om finansbolag återkalla tillståndet att bedriva finansbolagsverksamhet, om målföretaget anses olämpligt att bedriva finansbolagsverksamhet. Efter ett fientligt förvärv av målföretaget tillsätter den nye ägaren kanske en ny företagsledning och nya styrelseledamöter. Dessa personer kommer i så fall att bli föremål för bankinspektionens bedömning. Enligt 5 § finansbolagslagen skall bankinspektionen bedöma bolagets lämplighet. Det är dock osäkert i vad mån detta stadgande ger bankinspektionen rätt att ha synpunkter på den nye ägarens lämplighet.

4 Sammanfattning och slutsatser

Denna rapport beskriver och analyserar de olika former av motåtgärder mot sk fientliga företagsförvärv, som utvecklats i framför allt Förenta staterna och Storbritannien, och som används eller skulle kunna användas av svenska företag.

Rapporten visar att utvecklingen internationellt av motåtgärder är mycket långt gånge. Företagen har utvecklat motåtgärder som i praktiken innebär att företagsledningen kan isolera sig från aktieägarna. Situationen utomlands visar också på lagstiftningarnas och de självreglerande organisationernas ambivalenta inställning till motåtgärder. Om motåtgärderna inte regleras medför det ytterligare risk för maktförskjutning från aktieägarna på bolagsstämman till företagsledningen. Vissa av de motåtgärder som utvecklats är dessutom så ingripande att de riskerar att påverka aktiernas fria omsättningsbarhet och därigenom aktien som finansieringskälla för företagen. Det finns dessutom rättvisa och minoritetsskyddsaspekter som talar för en reglering av motåtgärder.

Å andra sidan innebär en reglering av motåtgärder ett ingrepp i avtalsfriheten i näringslivet. En inskränkning av möjligheten att använda motåtgärder öppnar dessutom möjligheten att nationella företag blir föremål för utländska förvärv.

Rapporten visar att företagsledningen i svenska företag har mycket stora möjligheter att vidta motåtgärder. Den inskränkning som följer av NBK:s takeover-regler och börsens inregistreringskontrakt hindrar företagsledningen att använda sig av motåtgärder som vidtas efter ett offentligt erbjudande. De allra flesta motåtgärder kan dock vidtas i preventivt syfte innan ett offentligt erbjudande.

Rapporten visar också att företagsledningen i svenska företag kan vidta motåtgärder genom avtal med utomstående företag som inte är offentliga förrän företagsledningen använder sig av dem. Varken aktieägarna eller en presumtiv förvärvare får kännedom om dem förrän företagsledningen använder sig av dem. Ett exempel är sk "golden parachutes" som ger företagsledningen mycket generösa avgångsvederlag vid ett maktskifte i företaget. I Norge kräver Oslo Börs att börsföretagen lämnar information om sådana avtal till börsen. Någon motsvarande regel finns inte i Sverige.

Rapporten visar även att utvecklingen av motåtgärder i olika länder påverkar internationella företagsförvärv. Inom EG-kommissionen förbereds en harmonisering av takeover-reglerna i medlemsländerna. Det finns även planer på att utarbeta ett särskilt direktiv med detaljerade regler om motåtgärder.

Fotnoter

¹ Securities Exchange Act of 1934, §§ 13 (d)–F, 14 (d)–(f), Act of July 29, 1968. Pub. L. No. 90–439, 82 Stat. 454 (1968)

² Termen kan närmast översättas med "hajpulver" och syftar på sådana medel som används för att hålla borta "corporate sharks", dvs företagshajar.

³ Edgar v. MITE Corporation. Supreme court of the United States, 1982, 457 U.S. 624

⁴ En delstatlig myndighet med motsvarande uppgifter som det svenska Patent- och registreringsverkets bolagsbyrå.

⁵ CTS Corporation v. The Dynamics Corporation of America, 107 s.ct 1637 (1987).

⁶ The Control Share Acquisition Chapter of the Indiana Business Corporation Law, Indiana Code § 28–1–41–1 et seq. (Supp. 1986).

⁷ Amanda Acquisition Corp. v. Universal Foods Corp., No. 89–1581, U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit (decided May 24, 1989).

⁸ Moran v. Household International, Inc., No. 37 Slip Op. (Del. Sup. November 19, 1985)

⁹ Detta område behandlas utförligt av Rolf Skog, "Ömsesidigt aktieäggande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier", SOU 1988:38, bilaga 1, s 40 ff.

¹⁰ The City Code on Take-overs and Mergers. Rule 12.

¹¹ Dunford and Elliot Ltd. v. Johnson and First Brown Ltd. [1977] 1 Lloyd's Rep. 505

¹² R. v. Panel on Takeovers and Mergers ex parte Datafin and Prudential Bache Securities, Inc., (1987) 2 WLR 699.

¹³ Sandstar Ltd. v. Graf Diamonds Ltd. (1979) 1 B. 1274

¹⁴ SAR, Rule 2.

¹⁵ "Guidelines for public, voluntary purchase and conversion offers for officially listed shares or transfer rights or for those sold on the unregulated unofficial market", Stock Exchange Committee of Experts with the Federal Ministry of Finance ("Börsensachverständigenkommission")

¹⁶ Dr. B. Haggene, "Private Agreements for Takeovers of Public Companies: West Germany", International Business Lawyer, May 1984, s 211 ff.

¹⁷ "Merger Rules", The Social and Economic Council.

¹⁸ Jan R. Schaafsma, "Private Agreements for Takeovers of Public Companies: The Netherlands", International Business Lawyer, May 1984, s 217 ff.

¹⁹ Frågor hänskjutna till domstol av "Works Councils" handläggs endast av "The Chamber of Industry of the Amsterdam Court of Appeal" med stöd av "The Act of Works Councils".

²⁰ Rapport van de Vereniging voor de effectenhandel inzake de toepassing van beschermingsconstructies, 4 mars 1988.

²¹ Joost J. B. M. Hengst, "Recent Developments in Securities Laws: The Netherlands", IBA report, September 1988.

²² Simon MacLachlan, m fl, "Acquisitions of Companies in Europe – Practicability, Disclosure and Regulation: An Overview", The International Lawyer, Vol. 23, No. 2, Summer 1989.

²³ Draft February 19, 1989 of a proposal for a thirteenth Council Directive on Company Law concerning takeover and other general bids.

²⁴ Artikel 8 (b): "to engage in transactions which do not have the character of current operations concluded under normal conditions unless the competent supervisory authority has authorized them, giving its reason for such authorization".

²⁵ Commission Information Memo, December 22, 1988.

²⁶ Rolf Skog, "Ågande och inflytande i svenskt näringsliv. Ömsesidigt aktieäggande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier", SOU 1988:38, bilaga 1.

²⁷ Oslo Börs Börsreglemente § 4:

"Alla börsnoterade aktier skall i princip vara fullt omsättningsbara. Om ett börsnoterat företags bolagsordning innehåller bestämmelser som kan inskränka aktiernas omsättningsbarhet och bestämmelserna tillämpas utan skälig grund, kan Börskommittén fatta beslut om att stryka företagets aktier från kurslistan. De berörda parterna skall ges tillfälle att yttra sig."

²⁸ Lucy Smith, "Kampen på aksjemarkedet, En rettslig studie av selskapsovertak og forsvarstiltak", 1988, s 154 ff.

²⁹ Lucy Smith, s 158.

³⁰ Lucy Smith, s 224.

³¹ NJA 1985 s 343.

³² Banketik nr 36, 1982-05-06.

³³ NBK:s takeover-regler, II.12.

³⁴ Prop 1975:103, s 369. Enligt departementschefen fanns det inte "några bärande skäl för den av utredningen föreslagna regeln om att minst hälften av styrelseledamöterna alltid måste tillsättas av bolagsstämman".

³⁵ Knut Rodhe, "Aktiebolagsrätt. Enligt 1975 års aktiebolagslag", 14 uppl. (1989), s 189

³⁶ Gösta Kedner och Carl Martin Roos, "Aktiebolagslagen", tredje upplagan (1988), s 193.

³⁷ Stockholms fondbörs PM av den 3 juni 1982 angående registrering av aktier vid Stockholms fondbörs, s 3. "Aktier förenade med hembudsskyldighet kan inte börsregistreras, men andra aktier i sådana bolag kan ifrågakomma för registrering."

³⁸ Nial, "Kompetensfördelning mellan stämma och styrelse", Festskrift till Knut Rodhe, (1976), s 341 f.

³⁹ Rolf Skog, "Ömsesidigt aktieäggande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier", SOU 1988:38, bilaga 1, s 75 ff.

⁴⁰ Rolf Skog, "Ömsesidigt aktieäggande och aktiebolagslagens regler om förvärv och innehav av egna aktier", SOU 1988:38, bilaga 1, s 75 ff.

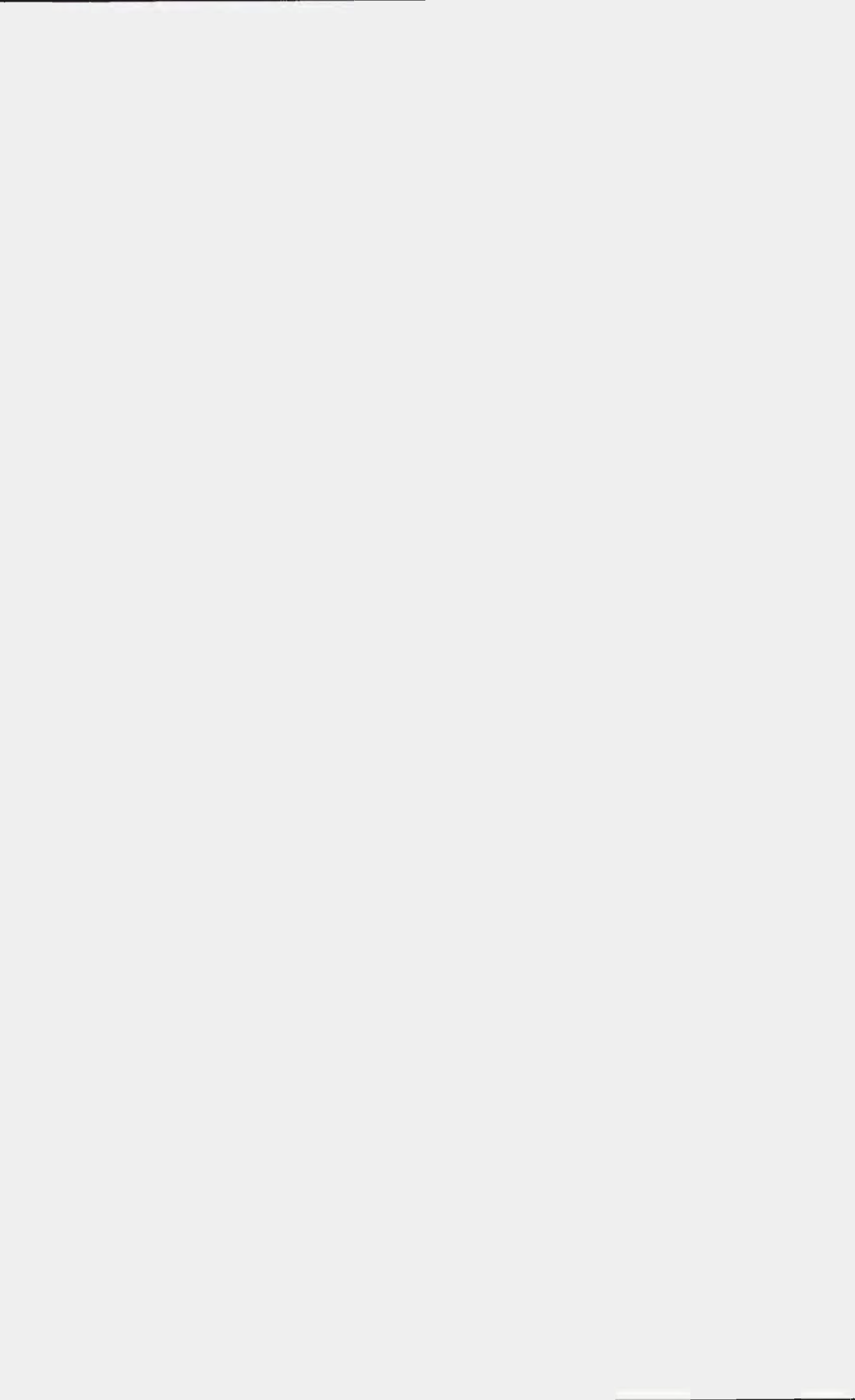
⁴¹ Knut Rodhe, "Aktiebolagsrätt. Enligt 1975 års aktiebolagslag", 14:e uppl (1989), s 244 ff.

⁴² Åke Martenius, "Konkurrenslagstiftningen", (1984), s 314 f. Analogisk tillämpning av Näringsutskottets uttalande (NU 1981/82:55, s 14) till förslaget till lag om utländska förvärv av svenska företag, att till förvärv som skett på Stockholms fondbörs även skulle räknas "aktieförvärv som förmedlats av fondkommissionär i eller utanför själva börshuset och som av denne efteranmälts till börsen enligt särskilda bestämmelser därom".

Bilaga 3

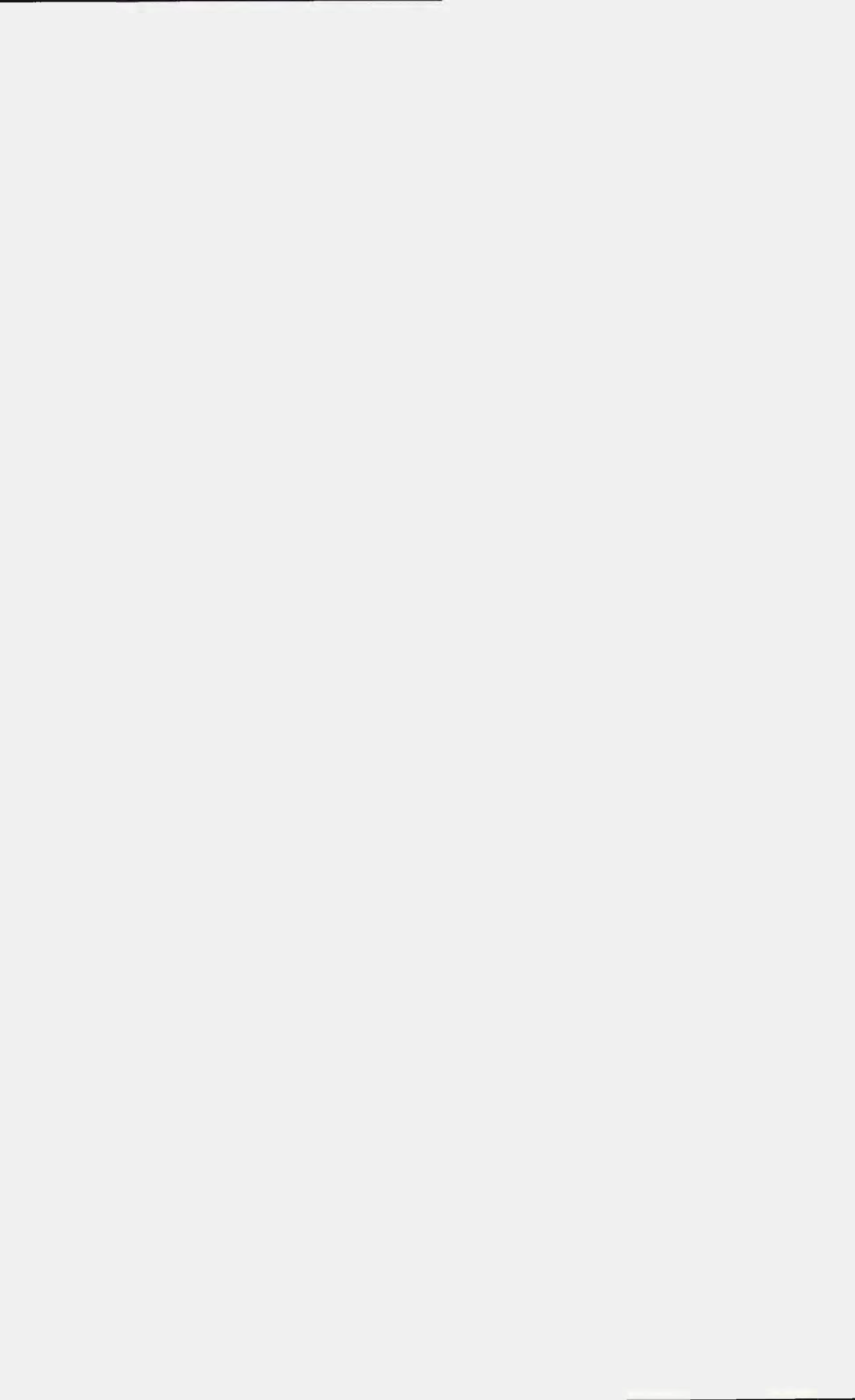
NO:s och SPK:s roll i samband med vissa
företagsförvärv

av *Erik Nerep*



Innehåll

1	<i>Utredningsuppdraget</i>	93
2	<i>Gällande lagstiftning</i>	95
3	<i>Marknadsdomstolens praxis</i>	99
4	<i>Handläggning och praxis hos NO</i>	103
5	<i>NO:s verksamhet i samband med de i utredningsuppdraget ingående företagsförvärven</i>	109
6	<i>SPK:s verksamhet i samband med förvärven</i>	117
7	<i>Sammanfattning och slutsatser</i>	125

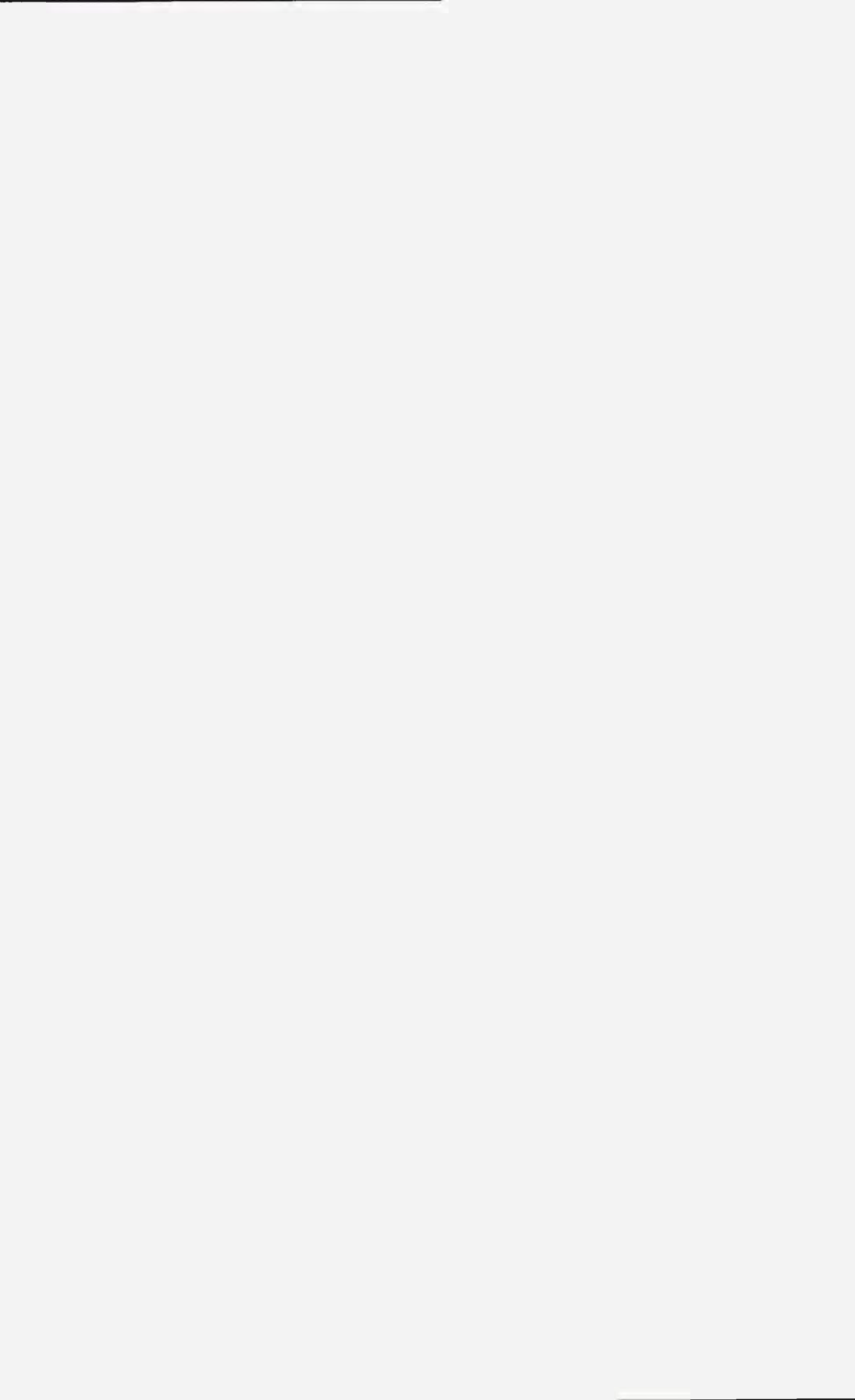


1 Utredningsuppdraget

Uppdraget har enligt tilläggsdirektiv till utredning (I 1985:04) rörande ägar- och inflytandefrågor i svenskt näringsliv (Dir. 1988:25) varit, att inom ramen för en analys av ett tiotal förvärv eller fusioner i svenskt näringsliv "belysa i vilken utsträckning NO och SPK i enlighet med gällande regler påverkat utvecklingen i samband med förvärven och fusionerna". Uppdraget omfattar följande förvärv.

Electrolux förvärv av Gränges år 1980.
Aritmos förvärv av Tretorn år 1981.
Volvos förvärv av Beijer år 1981.
Skrinets förvärv av Masonite år 1982.
AGAs förvärv av Uddeholm år 1984.
Proventus förvärv av Upsala Ekeby år 1984.
Pharmacias förvärv av LKB år 1986.
Trelleborgs förvärv av Boliden år 1987.
Skanskas förvärv av JM år 1987.
Nordstjernans förvärv av ABV år 1988.
MoDos förvärv av Holmen och Iggesund år 1988.

I enlighet härmed skall efter en genomgång av gällande lagstiftning samt domstolspraxis och praxis hos myndigheterna redovisas resultatet av undersökningen av NO:s och SPK:s verksamhet i samband med ovannämnda förvärv, eventuella ingripanden som skett eller åtgärder som vidtagits från dessa myndigheters sida samt i vad mån dylika ingripanden eller åtgärder påverkat förvärven.



2 Gällande lagstiftning

De nu gällande bestämmelserna om företagsförvärv i konkurrenslagen 5–9 §§ infördes i och med tillkomsten av konkurrenslagen (1982:729), vilken trädde i kraft den 1 januari 1983. Den tidigare gällande lagen (1953:603) om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet (konkurrensbegränsningslagen, KBL), gav endast mycket begränsade möjligheter till ingripanden mot skadliga effekter av företagsförvärv, vilket bl a fastställdes i marknadsdomstolens beslut 1982:23 beträffande bl a Sveriges Slakteriförbunds förvärv av huvuddelen av aktierna i AB Samfod: "Lagstiftaren har således enligt marknadsdomstolens mening slagit fast att den ändring av företagsstrukturen som ett företagsförvärv innebär inte i och för sig kan ha skadlig verkan som avses i konkurrensbegränsningslagen. Någon skillnad mellan olika former av företagsförvärv kan inte göras i detta sammanhang. Det kan tilläggas att det anförda inte hindrar att vissa effekter av ett företagsförvärv i det enskilda fallet kan bedömas innebära skadlig verkan och föranleda förhandling med annat syfte än att upplösa förvärvet."

Förutsättningarna för att ett ingripande skall kunna ske mot ett företagsförvärv anges i konkurrenslagens 5 §. Ingripande kan ske om ett företagsförvärv antingen leder till en dominerande ställning på marknaden för en vara, tjänst eller annan nytthet eller förstärker en redan dominerande ställning samt om förvärvet utgör en sådan skadlig konkurrensbegränsning som närmare definieras i konkurrenslagens 2 §. Ingripandet skall leda till att skadlig verkan av ett företagsförvärv förhindras. Detta skall i första hand ske genom förhandling, vilken i fall av särskild vikt från allmän synpunkt kan leda till att näringsidkaren skall avstå från förvärvet. I 5 § andra stycket definieras företagsförvärv såsom förvärv av företag som driver verksamhet inom landet oavsett om förvärvet gäller aktier, andel i handelsbolag rörelse eller del av rörelse. Till företagsförvärv hänförs vidare fusion. Slutligen stadgas i paragrafens sista stycke, att ingripande kan även ske i fall då näringsidkaren är en av flera näringsidkare som sammanhålls av gemensamma ägarintressen eller på annat sätt och som genom hans förvärv får eller förstärker en dominerande ställning på marknaden.

Beträffande skadlighetsbedömningen enligt konkurrenslagens 2 § kan följande anföras. Konkurrenslagen vilar i huvudsak på missbruksprincipen. Ingripande kan ske i det enskilda fallet om skadlig verkan av konkurrensbegränsning föreligger. (Här bortses från förbudsfallen i 13 och 14 §§ konkurrenslagen.) I 2 § konkurrenslagen definieras närmare skadlig verkan.

Bedömningen i det enskilda fallet skall vila på en granskning av de faktiska förhållandena på en marknad och deras konkurrensbegränsande verkningar. NO har bevisbördan för att skadlig verka föreligger. Sådan skall anses föreligga om en konkurrensbegränsning på ett från allmän synpunkt otillbörligt sätt påverkar prisbildningen, hämmar effektiviteten inom näringslivet eller försvårar eller hindrar annans näringsutövning. I kravet på otillbörlighet från allmän synpunkt ligger framför allt att konkurrensbegränsningen skall vara av viss vikt. Vidare skall en helhetsbedömning göras, innefattande en avvägning av negativa effekter av en konkurrensbegränsning mot andra intressen, som också är förtjänta av hänsyn och som kan motivera eller ursäktas konkurrensbegränsningen. I denna avvägning kan omständigheter av mycket olikartat slag komma in i bilden, allt ifrån samhällets allmänna politik på ett visst område, till sysselsättningsproblem, arbetsmarknadsproblem, trafiksäkerhetsfrågor och eventuella särskilda skäl som ett företag kan ha för att bibehålla en konkurrensbegränsning. Stor vikt skall tillmätas de långsiktiga ekonomiska verkningarna av en bestående konkurrensbegränsning. Däremot skall otillbörlighetsbedömningen inte innefatta någon moralisk bedömning.

Har en förhandling om avstående från företagsförvärv avslutats utan att dess skadliga verkan har kunnat förhindras, kan marknadsdomstolen enligt 6 § i första hand meddela förbud att tillämpa visst avtal, avtalsvillkor eller annat konkurrensbegränsande förfarande eller meddela åläggande att ändra ett tillämpat konkurrensbegränsande förfarande i enlighet med 3 §, samt i sista hand förbjuda förvärvet. Ett sådant förbud får emellertid inte avse förvärv av aktier som har skett på Stockholms Fondbörs eller förvärv som har skett genom inrop på exekutiv auktion. I sådana fall skall marknadsdomstolen i stället ålägga näringsidkaren att avhända sig aktierna eller annan egendom.

I 7 § stadgas vidare att ett förbud eller åläggande mot en näringsidkare enligt det ovanstående endast blir gällande om det fastställs av regeringen. Effekten av ett sådant fastställande är att företagsförvärvet blir ogiltigt (8 §).

Konkurrenslagen innehåller i övrigt särskilda bestämmelser avseende handläggningen av företagsförvärv (19–23 §§). Ärenden om företagsförvärv skall handläggas med särskild skyndsamhet. Så snart NO finner anledning att undersöka ett företagsförvärv, skall han besluta särskilt om detta. Har part i avtal om företagsförvärv anmält förvärvet till NO för prövning om fråga om förbud eller åläggande enligt 6 §, skall NO snarast besluta antingen att undersöka förvärvet eller att lämna det utan åtgärd såvitt avser sådant förbud eller åläggande. Om NO har beslutat att lämna ett anmält företagsförvärv utan någon åtgärd, får han därefter ej beträffande samma förvärv begära marknadsdomstolens prövning av fråga om förbud eller åläggande enligt 6 §, såvida inte näringsidkaren har lämnat oriktig uppgift om föreliggande sakförhållanden av väsentlig betydelse för ställningstagandet i beslutet.

Marknadsdomstolen kan vidare enligt handläggningsreglerna vid vite för-

bjuda en näringsidkare att fullfölja ett företagsförvärv intill dess ärendet har slutligt avgjorts (interimistiskt beslut). Förutsättningen härför är att synnerliga skäl föreligger. Regeringen har motsvarande befogenhet i fall av fastställande av domstolens beslut. Marknadsdomstolen får inte meddela förbud eller åläggande senare än sex månader efter det att ansökan har gjorts hos marknadsdomstolen om ett sådant (6 §). Fristen kan förlängas, om parterna i avtalet om företagsförvärvet samtycker till det eller om synnerliga skäl föreligger. Emellertid får förbud eller åläggande inte meddelas senare än två år efter det att avtalet om förvärvet slöts. Motsvarande frister ges i fall av fastställande från regeringens sida, dock att regeringen skall besluta i ärendet senast tre månader efter det att marknadsdomstolen underställt regeringen sitt beslut.

Beträffande den allmänna motivering till förvärvsreglerna och förarbetena i övrigt hänvisas till SOU 1978:9 s 291–302, i vilket ingick ett tidigare framlagt förslag till kontroll av företagsförvärv (Ds Ju 1974:17) samt prop 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag s 72–101. Såvitt i övrigt gäller tillämpningen och tolkningen av förvärvsreglerna hänvisas även till Åke Martenius kommentar till konkurrenslagen, Konkurrenslagstiftningen (Lund 1985) s 294 ff.

För bedömningen av NO:s och SPK:s verksamhet i samband med de för uppdraget aktuella förvärven bör emellertid framhåvas, att endast fall av särskild vikt från allmän synpunkt får bli föremål för ingripanden som syftar till ett avstående från förvärvet. Enligt motiveringen i propositionen (s 258) skall det vara fråga om de verkligt angelägna fallen. Det normala ingripandet bör i enlighet härmed bestå i att den skadliga verkan av ett företagsförvärv motverkas genom olika åtaganden från förvärvarens sida eller begränsade förbud som förmildrar de konkurrensbegränsande effekterna. I propositionen (s 266) framhålls vidare att, om det finns anledning att anta att man med stöd av de allmänna missbruksreglerna i framtiden kan i tillräcklig mån kontrollera förvärvaren, det kan vara opåkallat att vidtaga en så ingripande åtgärd som att förbjuda förvärvet. Vidare skall beaktas att förbud eller åläggande inte får sträcka sig utöver vad som är rimligt sett i förhållande till bl a de ekonomiska resurserna en förvärvare har, den handlingsfrihet han besitter och den praktiska möjligheten som finns att efterkomma förbudet eller åläggandet. Blir exempelvis de ekonomiska konsekvenserna betydande, bör enligt departementschefen hänsyn till detta tas i skäligen omfattning.

För vidare diskussion om de materiella förutsättningarna för ingripande, bl a om innebörden av kraven på dominerande ställning och definitionen av den relevanta marknaden se bl a – förutom SOU 1978:9 och prop 1981/82:165 – framför allt Harding, Kontroll av företagsförvärv i Sverige, Skrifter utg av IFIM nr 20, 1983. För uppgifter om koncentrationen, se SOU 1978:9 s 291 ff med hänvisning PoK 1982:2 s 8 ff, Rydén, Fusioner i svensk industri, 1971, Ägande och inflytande inom det privata näringslivet (SOU 1968:7), Ägandet i det privata näringslivet, Statens Industriverk

(SIND) 1980:5, Fusioner och förvärv i svenskt näringsliv 1969–73, en fallstudie (SOU 1977:51).

Mera allmänt se bl a Bernitz, *Konkurrens och priser i Norden*, Stockholm 1971, s 36 o.f. samt 102 o.f., och Lidgard, *Tidskrift för Sveriges advokatsamfund*, 1976 s 283 o.f. (Missbruk av dominerande marknadsställning i Sverige och EEC) s 333 o.f. (Missbruk av marknadsdominerande ställning och möjligheterna till fusionskontroll enligt svenk rätt) samt s 451 o.f. (Frihandel och missbruk av marknadsdominerande ställning). Se även Lidgard, *Sverige-EEC och konkurrensen*, Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund, nr 18, Lund 1977 samt Ahlmark, *Substitut och konkurrens – en studie av produktdifferentiering baserad på materialegenskaper*, Ekonomiska forskningsinstitut vid Handelshögskolan i Stockholm, Report 6069, Mars 1977.

3 Marknadsdomstolens praxis

Såsom skall framgå i det följande har NO granskat ett stort antal förvärv. Endast ett mycket litet antal förvärv har emellertid prövats av marknadsdomstolen. De närmare skälen till detta skall anges nedan, men redan här skall förutskickas, att NO på grund av ett självständigt ingripande mot flera förvärv har genom förhandlingar förhindrat att skadliga effekter av förvärvet uppkommer eller förmildrat sådana effekter.

Det första förvärvsärendet som marknadsdomstolen haft att bedöma var, såsom angivits ovan, Sveriges Slakteriförbunds förvärv av huvuddelen av aktierna i AB Samfod. Förvärvet bedömdes på grundval av den numera upphävda konkurrensbegränsningslagen, som enligt marknadsdomstolens mening inte var tillämplig på företagsförvärv i den meningen, att ingripande mot förvärvet i sig kunde ske. Däremot beslöt domstolen att uppta förhandlingar med Sveriges Slakteriförbund i syfte att undanröja vissa skadliga effekter av förvärvet. Förhandlingarna ledde sedermera till att Sveriges Slakteriförbund gjorde ett antal åtaganden, bl a att ge AB Samfod en fortsatt helt självständig ställning i marknadsföringshänseende samt rapportera till NO före företagsköp, se marknadsdomstolens beslut av den 10 juni 1983.

Tillämpningen av förvärvsreglerna i konkurrenslagen aktualiserades för första gången i det sk Sydstensärendet (MD 1987), som gällde AB Sydstens förvärv av vissa anläggningar för tillverkning av fabriksbetong. Enär NO:s yrkande i ärendet inte avsåg åtgärder mot Sydstens förvärv som sådant, utan endast mot vissa konkurrensbegränsande bestämmelser i förvärvsavtalen, fann marknadsdomstolen att 5 § i konkurrenslagen inte var tillämplig. Domstolens bedömning av de påtalade konkurrensbegränsningarna skedde således enligt den allmänna missbruksbestämmelsen i 2 § konkurrenslagen. I marknadsdomstolens beslut av den 20 januari 1987 (1987:2) meddelades i enlighet härmed förbud avseende tillämpningen av vissa klausuler i förvärvsavtalen endast på grundval av 2 och 3 §§ i konkurrenslagen.

Förvärvsreglerna i konkurrenslagen tillämpades i realiteten för första gången i det sk Alcro-Becker-ärendet (MD 1986:27), i vilket NO yrkade förbud för Beckers Färg AB och dess efterföljare Alcro-Beckers AB samt AB Wilhelm Becker, Wilhelm Becker Intressenter AB och AB Alfort & Cronholm att fullfölja Beckers Färg AB:s förvärv av AB Alfort & Cronholms rörelse för tillverkning och försäljning av produkter för konsument- och yrkesmåleri. I ärendet fann marknadsdomstolen att Alcro-Beckers,

främst med hänsyn till företages stora marknadsandel och bindningar med återförsäljarledet, fick ett väsentligt inflytande på den aktuella marknaden och i viss utsträckning kunde agera utan att ta hänsyn till reaktioner från konkurrenter och potentiella konkurrenter, och att bolaget därför kunde anses få en sådan dominerande ställning som avses i 5 § konkurrenslagen. Emellertid bedömde domstolen, att förvärvet icke medförde sådan skadlig verkan som anges i 2 § konkurrenslagen, varför domstolen lämnade NO:s talan utan bifall.

I en ansökan till marknadsdomstolen av den 5 juli 1985 yrkade NO, att marknadsdomstolen med stöd av 5 och 6 §§ i konkurrenslagen skulle ålägga SSAB Svenskt Stål AB att avhända sig de aktier SSAB våren 1985 förvärvat i Bröderna Edstrand AB. Efter förberedande handläggning i domstolen och informella överläggningar mellan parterna återkallade NO sedermera sin talan med hänvisning till de åtaganden SSAB gjort beträffande aktieinnehavet i Bröderna Edstrand. Åtagandena innebar bl a begränsningar i SSAB:s möjligheter att tillvarata sina rättigheter i egenskap av aktieägare i Bröderna Edstrand AB. (Dessa åtaganden redovisas närmare i nästa avsnitt nedan.) I anledning härav avskrev domstolen ärendet i beslut av den 11 november 1986.

I en ansökan till marknadsdomstolen av den 28 oktober 1987 yrkade NO att marknadsdomstolen skulle förbjuda AGA:s förvärv av De Förenade Kolsyrefabriernas GAS AB (DFK) från Norsk Hydro Sverige AB. Vidare yrkade NO att domstolen skulle förbjuda AGA att fullfölja förvärvet intill dess ärendet slutligt avgjorts av domstolen. Med hänvisning till att i ärendet ej förebragts synnerliga skäl för det av NO yrkade interimistiska förbudet lämnade marknadsdomstolen i ett beslut av den 10 november 1987 NO:s yrkande utan bifall. Sedermera återkallade NO sin talan i ärendet i en skrivelse av den 18 november 1987. Återkallandet grundades på det förhållandet att den skada för de inblandade företagen som skulle uppkomma vid en återgång av förvärvet vid den senare tidpunkt, då ett slutligt avgörande av marknadsdomstolen kunde förväntas föreligga, övervägde de negativa effekter från konkurrenssynpunkt som förvärvet medförde. I beslut av den 18 november 1987 avskrev marknadsdomstolen ärendet.

Ett nyligen (den 23 augusti 1989) av marknadsdomstolen avgjort ärende gällde Esselte AB:s förvärv av aktier i AB Curt Enström och AB Carl Lamm under 1988 och 1989, samtliga företag inom kontorsvarubranschen. Härvid yrkade NO att marknadsdomstolen skulle förbjuda de ifrågavarande förvärven eller ålägga Esselte att avhända sig de aktuella aktierna. Bakgrunden var i korthet följande.

I januari 1986 förvärvade Esselte en kontrollpost motsvarande cirka 15% av röstetalet i AB Kabinettet, ett kontorsvarudetaljstföretag som var på väg att övertas av kontorsvarugrossisten Enström. Genom Esseltes förvärv förhindrades Enström att uppnå ett aktieinnehav om 90% i Kabinettet, vilket var nödvändigt för att kunna tvångsinlösa resterande utestående aktier. Bl a i anledning härav träffades i april 1986 en överenskommelse mellan Es-

selte och Enström, enligt vilken Esselte i utbyte mot aktierna i Kabinettet förvärvade 25% av aktiekapitalet (cirka 14% av rösterna) i Enström. Under 1987 förvärvade huvudägaren i Esselte, Mobilia AB, cirka 17% av aktiekapitalet (cirka 9% av rösterna) i Enström.

Under våren 1988 förvärvade Enström cirka 85% av aktierna i kontorsmaskinföretaget AB Carl Lamm. I samband med detta förvärvade Esselte en kontrollpost om cirka 13% i Carl Lamm. Ett försök från Enströms sida att späda ut Esseltes andel i Carl Lamm och samtidigt öka sitt eget ägande till över 90% ledde till tvist mellan Enström och Esselte. Tvisten hänvisades till domstol men avskrevs sedermera.

På grund av transaktionerna kring Carl Lamm beslutade NO den 27 maj 1988 att närmare granska förhållandena inom kontorsvarubranschen. Efter en preliminär undersökning meddelade NO Mobilia och Esselte den 16 juni 1988, att NO förmodligen skulle komma att motsätta sig åtgärder från företagets sida i syfte att öka inflytandet och insynen i Enströms verksamhet. I syfte att bredda underlaget för ett definitivt ställningstagande i frågan hemställde NO att Statens pris- och konkurrensverk skulle göra en närmare kartläggning av kontorsmarknaden.

Den 14 september 1988 offentliggjorde Esselte att bolaget avsåg att lägga bud på samtliga aktier i Enström. Offentliggörandet föregicks av en överenskommelse med familjen Enström om förvärv av deras aktier och optioner i Enströms, samt, i anslutning till detta, förvärv av Mobílias, Trygg-Hansas och Sparbankernas aktiefonders innehav i företaget. Härigenom kom Esselte att kontrollera 82% av aktiekapitalet och 88,6% av rösterna i Enström.

Efter vissa kontakter med förvärvsparterna beslutade NO den 11 oktober 1988 om undersökning av förvärvet enligt 20 § konkurrenslagen. Den 22 oktober 1988 tillkännagavs, att Esseltes ägarandel i Enström överskred 90% och att Esseltes styrelse därmed beslutat om tvångsinlösen av resterande utestående aktier.

Den helt avgörande frågan i marknadsdomstolen kom att bli huruvida enligt 5 § konkurrenslagen Esselte genom sitt förvärv i Enström erhöll eller förstärkte en dominerande ställning på den aktuella marknaden, nämligen framför allt kontorsbranschen. NO gjorde gällande, att Esselte hade en dominerande marknadsställning i vad som kan betecknas såsom kontorsbranschen och på ett antal delmarknader inom denna. Till stöd för påståendet om marknadsdominans anförde NO, att Esselte hade betydande marknadsandelar i fråga om mindre kontorsmaskiner och kontorsmateriel av allmän karaktär. Vidare påstods Esselte ha en stark ställning inom flera led av kontorsvarudistributionen och särskilt i fråga om grossistförsäljning till detaljhandeln. Till ytterligare stöd för påståendet om marknadsdominans åberopade NO det förhållandet, att Esselte allmänt är ett mycket större företag än konkurrentföretagen, att bolaget har överlägsen finansiell makt och systematiskt köper upp mindre företag som hotar att bli allvarliga konkurrenter.

Emellertid lämnade marknadsdomstolen NO:s talan utan bifall, främst med hänvisning till att det inte kunde anses utrett, att Esselte genom förvärvet av Enström erhöll eller förstärkte en marknadsdomerande ställning i den mening som avses i 5 § konkurrenslagen. Även om marknadsbegreppet i 5 § konkurrenslagen har en vid innebörd och måste, förutom särskilda varu- eller tjänstemarknader, även kunna avse verksamheten i en hel bransch eller en viss distributionsfunktion, bedömde marknadsdomstolen, att sambanden mellan olika produkter eller produktgrupper, liksom mellan olika distributionsformer, inom den aktuella näringsverksamheten var vaga samt att verksamhetens struktur ändrades fortlöpande genom att nya produkter och nya distributionsvägar tillkom. Till följd härav blev marknadsandelar som var av avgörande betydelse för en bedömning av Esseltes marknadsställning svåra att närmare definiera. Det material som presenterades från NO:s sida, inklusive SPK:s utredning, utgjorde ett alltför osäkert underlag för en definition av marknadsställning och marknadsdominans. I vart fall fann marknadsdomstolen inte klarlagt, att Esseltes genom förvärvet uppkommande marknadsposition inom någon betydelsefull del av förvärvet berörda verksamhetsområden var sådan, att Esselte kunde agera utan att ta nämnvärd hänsyn till konkurrenter eller potentiella konkurrenter. Marknadsdomstolen påpekade emellertid antydningssvis, att ingripande enligt konkurrenslagen mot Esselte skulle kunna ske i en framtid om Esselte ytterligare stärkte sin ställning på marknaden.

Sammanfattningsvis har marknadsdomstolen haft att bedöma mycket få företagsförvärv och i endast två fall har en materiell tillämpning av förvärvsreglerna i konkurrenslagen ägt rum. Icke i något fall har marknadsdomstolen beslutat om förbud mot förvärv, ej heller om andra mindre ingripande åtgärder enligt 3 § konkurrenslagen. Följaktligen har ej heller regeringen haft anledning att fastställa ett förbud mot förvärv.

4 Handläggning och praxis hos NO

Utgångspunkten för NO:s verksamhet är vad som stadgas i 11 § lagen om marknadsdomstol m m (1970:417, omtryckt i 1984:294), att för konkurrensbegränsningsfrågor finns en näringsfrihetsombudsman, som utses av regeringen för viss tid och som skall vara lagkunnig. I en förordning (1982:1048) med instruktion för näringsfrihetsombudsmannen anges NO:s uppgifter på följande sätt:

2 § Näringsfrihetsombudsmannen har till uppgift att främja en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens inom näringslivet. I anslutning här till fullgör ombudsmannen de uppgifter som följer av konkurrenslagen (1982:729) och 12 § (1956:245) om uppgiftsskyldighet rörande pris- och konkurrensförhållanden.

3 § Det åligger näringsfrihetsombudsmannen särskilt

att följa koncentrationen i näringslivet samt att ägna speciell uppmärksamhet åt konkurrensbegränsande förfaranden som marknadsdominerande företag tillämpar,

att ta upp ärenden rörande konkurrensbegränsningar, som är av betydelse för större konsumentintressen eller påverkar konkurrensförhållanden inom en hel näringsgren eller på ett påtagligt och avgörande sätt försvårar eller hindrar någons näringsutövning,

att från konkurrenssynpunkt granska olika former av etableringshinder,

att uppmärksamma om vissa samhällsåtgärder i sig får olämpliga konkurrensbegränsande effekter och, där så är påkallat, verka för att inslag som onödigtvis begränsar konkurrensen undviks,

att främja genomslagskraften av det allmännas bedömningar i fråga om skadliga konkurrensbegränsningar genom informationsspridning i lämplig omfattning till näringsidkare och andra berörda, bl a om marknadsdomstolens och ombudsmannens ställningstaganden i skilda ärenden av betydelse.

4 § På begäran av en näringsidkare kan näringsfrihetsombudsmannen, om särskilda skäl föreligger meddela denne huruvida en konkurrensbegränsning, som näringsidkaren avser att genomföra, enligt ombudsmannens bedömande har skadlig verkan. Ett sådant besked är inte bindande

för ombudsmannen vid en senare prövning av konkurrensbegränsning, om nya omständigheter har tillkommit eller annan särskild anledning föreligger. Besked får lämnas endast i den mån det kan ske utan att andra göromål därigenom eftersätts.

5 § Näringsfrihetsombudsmannen bör i sin verksamhet samråda med konsumentverket och konsumentombudsmannen samt med myndighet som avses i lagen (1956:245) om uppgiftsskyldighet rörande pris- och konkurrensförhållanden.

6 § Näringsfrihetsombudsmannen företräder staten inom sitt verksamhetsområde, om annat inte följer av särskilda föreskrifter.

NO har sålunda en central ställning vid tillämpningen av konkurrenslagen. NO har att på eget initiativ eller på anmälan av utomstående eller parter undersöka sakförhållandena, varvid parterna skall beredas tillfälle att informera NO och yttra sig i övrigt, för att utröna om skadlig verkan av konkurrensbegränsning föreligger. NO kan således på eget initiativ ta upp företagsförvärv till bedömning.

Parterna i ett avtal om företagsförvärv har möjlighet – dock ingen skyldighet – att anmäla förvärvet till NO för prövning. (Såvida inte NO ålagt anmälningsskyldighet enligt 7 § konkurrenslagen.) Har så skett, måste NO snarast besluta antingen att inleda en undersökning eller att lämna förvärvet utan åtgärd. I det senare fallet kan NO, med undantag av det fall att oriktiga uppgifter lämnats, inte senare påkalla att förvärvet skall förbjudas (20 § konkurrenslagen). Skulle NO vid en undersökning av ett företagsförvärv finna, att förvärvet leder till eller stärker marknadsdominans och medför skadlig verkan enligt 2 § konkurrenslagen, kan NO föra talan i marknadsdomstolen. Såsom redan angivits ovan, är detta emellertid mycket sällsynt. Oftast torde förhandlingslösningar komma till stånd i förhandlingar mellan NO och de aktuella parterna i förvärvet.

Sedan konkurrenslagen med de nya förvärvsreglerna trädde i kraft den 1 januari 1983 har NO främst på eget initiativ men även på grundval av anmälningar utifrån granskat ett stort antal förvärv. Resultatet av granskningen redovisas förutom i NO:s egna akter över ärendena, löpande i tidskriften *Pris och konkurrens* (tidigare *Pris- och kartellfrågor*), som utges av Statens Pris- och konkurrensverk i samarbete med NO och marknadsdomstolen samt i NO:s årsrapporter.

Av central betydelse för NO:s (och även marknadsdomstolens) handläggning av förvärvsärenden (liksom i övriga ärenden) är förhandlingsprincipen. Denna innebär att, sedan en anmälan om förvärv nått NO (eller NO tagit upp ett förvärv på eget initiativ) och NO sedan brev- eller telefonledes kontaktat de berörda företagen och på den vägen inhämtat ytterligare information om förvärvet samt på grundval av denna och eventuell vidare utredning av Statens pris och konkurrensverk eller egna utredningar gjort bedömningen, att förvärvet medför sådana skadliga effekter som anges i

konkurrenslagens 2 § och uppfyller rekvisiten i konkurrenslagens 5 §, NO har att i första hand inleda förhandlingar med de berörda företaget (-n) för att nå en lösning som mildrar eller neutraliserar de skadliga effekterna av förvärvet. Sådana förhandlingar förs normalt på NO:s kansli mellan representanter för NO och de berörda företagen. Förhandlingarna leder oftast till lösningar i form av åtaganden från de berörda företagens sida eller i vissa fall begränsat förbud för företagen att vidtaga viss åtgärd. Skulle förhandlingarna misslyckas, vilket är ytterst sällsynt, kan NO föra ärendet vidare till marknadsdomstolen.

En flyktig granskning av NO:s förvärvsärenden från 1980 fram till denna dag visar, att de allra flesta ärendena avslutas med ett beslut från NO:s sida om att inte vidtaga ytterligare åtgärder, eller lämna förvärvet utan åtgärd. Skälet till detta kan antingen vara att skadlig verkan enligt 2 § konkurrenslagen inte befunnits föreligga eller att 5 §:s rekvisit om marknadsdominans icke är uppfyllt. I ett mindre antal ärenden upptas förhandlingar med de berörda företagen, vilka, såsom ovan angivits, oftast leder till förhandlingslösningar i form av åtaganden eller förbud i syfte att förmildra eller neutralisera de skadliga konkurrensbegränsande effekterna av ett viss förvärv. I ytterst få fall förs ärendet vidare till marknadsdomstolen (högst fem under den senaste tioårsperioden). Ett NO-beslut kan i vissa fall även bestå i att NO efter en inledande undersökning beslutar att genomföra en grundligare undersökning av ett visst förvärv.

Ett åtagande i samband med en förhandlingslösning kan ofta bestå i att det förvärvande företaget åtar sig att informera NO fortlöpande om t ex framtida förvärv eller planerade sådana, eller att företaget skall successivt minska sitt aktieinnehav i det förvärvade företaget till en lägre nivå och överväga sin styrelserepresentation i bolaget (t ex Kungsörnen AB:s förvärv av aktier i AB Aritmos, d:nr 403/83 beslut 1983:500). Som exempel på det förstnämnda kan nämnas förhandlingslösningen mellan NO och Saab-Scania Enertech AB (d:nr 540/83, beslut 1984:108), varvid Enertech avgav följande förklaring:

1. Om Saab-Scania Enertech AB planerar att förvärva företag som driver verksamhet i Sveriges skall NO underrättas om detta i god tid före förvärvet. Detta åtagande gäller endast produktgrupper där företagets marknadsandel efter förvärvet kommer att överstiga 40 procent.
2. Saab-Scania Enertech AB förklarar att företaget inte har för avsikt att förvärva företag som driver verksamhet i Sverige inom produktgrupperna allbränslepannor, elpannor, elkassetter, varmvattenberedare, fastighetspannor, värmeväxlar för fjärrvärme och oljebrännare.

Detta skall inte längre gälla om väsentligt ändrade förhållanden skulle inträda. Sådana ändrade förhållanden kan vara att Enertechs dominerande marknadsställning skulle ha upphört inom en produktgrupp där ett förvärv aktualiseras.

3. Saab-Scania Enertech AB åtar sig att inte motsätta sig att avtalet mellan Parca Norahammar och Kymi Kymmene Oy om försäljning i Sverige av Högforspannor upphävs om fortsatt utredning från NO:s sida skulle leda fram till att ett sådant upphävande ökar konkurrensen.

Åtaganden kan också vara mera långtgående, som t ex i anslutning till samgåendet mellan SF och Europafilm, varvid SF:s ägare Bonnierföretagen gjorde följande åtaganden:

1. AB Bonnierföretagen (Bofö) skall verka för att SF/Europafilm behåller nuvarande omfattning på biograffilmproduktionen. Bofö åtar sig att verka för en allmän ökning av svensk biograffilmproduktion, bl a genom att på rimliga villkor tillhandahålla lokaler för filminspelning åt andra biograffilmproducenter.
2. Bofö åtar sig att tillse att andra svenska biograffilmproducenter bereds rimliga möjligheter att få sin produktion visad på SF/Europafilms biografer.
3. Bofö garanterar att för minst hälften av den svenska filmproduktion som SF/Europafilm deltar i lägga in i produktionsbudgeten 5–7 extra kopior, 4–5 till FHR och 1–2 till Våra Gårdar för samtidig distribution på småbiografer via FHR och Våra Gårdar.
4. Bofö skall verka för en förbättring av avtalsvillkoren för importerad film samt för en ökad intäktsandel för producenter av svensk film.
5. Bofö åtar sig att tillse att SF/Europafilm vid nedläggning av biografer erbjuder möjlighet för andra intressenter att överta lokalen i de fall det gäller ortens enda biograf.
6. Bofö åtar sig att tillse att SF/Europafilms biobiljettpriser fram till den 1 juli 1987 inte höjs fränsett eventuell utjämning av biljettprisskillnader mellan SF och Europafilm i initialskedet. Bofö förbehåller sig sig dock rätt att låta SF/Europafilm för vissa särskilt attraktiva filmer ta ett högre pris. Om den allmänna prisnivån enligt de undersökningar som SPK månadsvis publicerar stiger med mer än 7 procent på 12-månadersbasis per 1 juli skall Bofö kunna ta upp överläggningar med NO angående biobiljettpriserna.

Som ett ytterligare exempel på åtaganden kan nämnas Swanboard Masonite AB:s övertagande av Swedeboards Vrena AB:s boardtillverkning, där NO fann att förvärvet kunde godtas under förutsättning att följande åtaganden gjordes av Swanboard Masonite:

1. Swanboard Masonite åtar sig att inte delta i något prissamarbete med andra företag som tillverkar och/eller säljer board på den svenska marknaden.

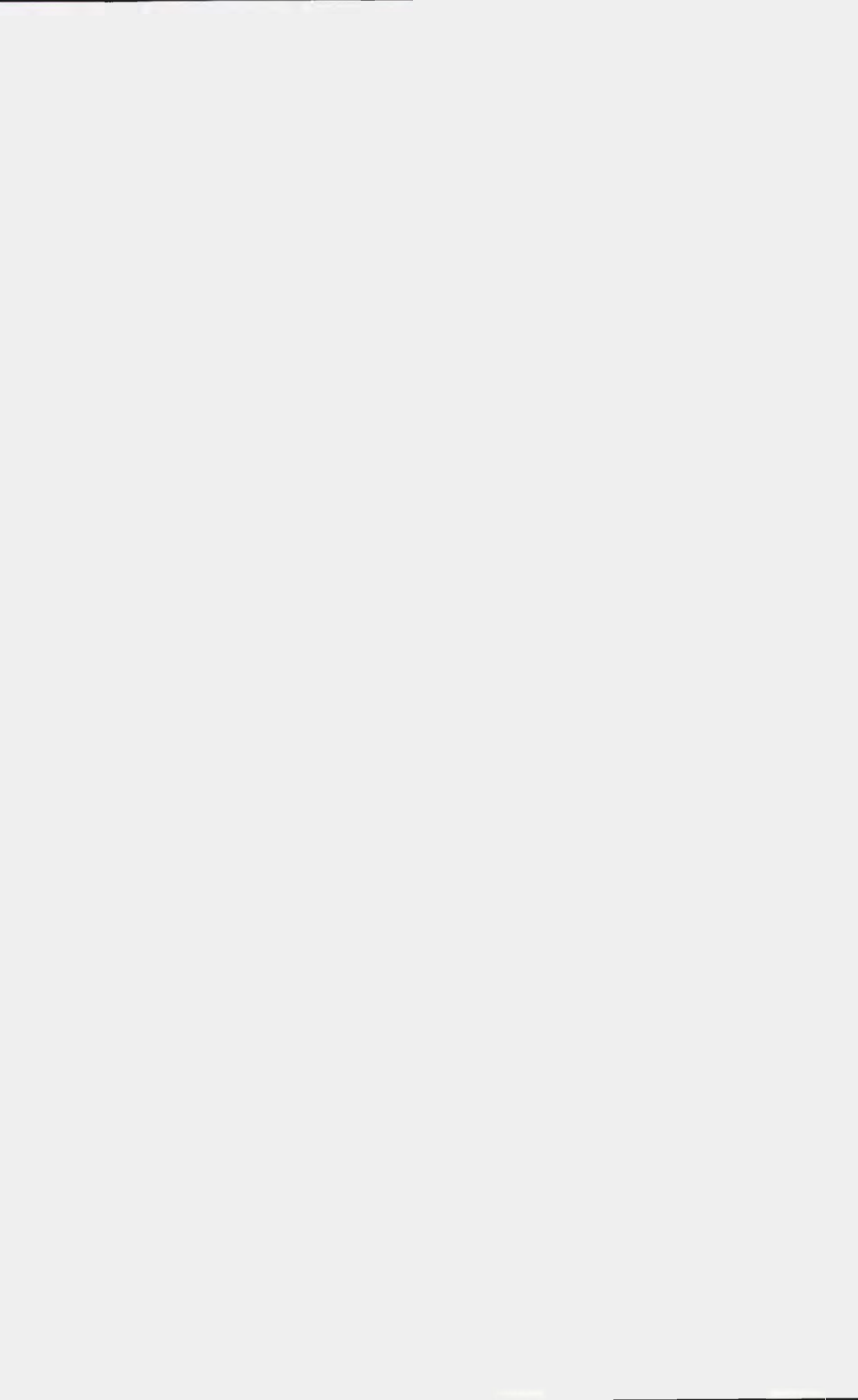
2. Swanboard Masonite åtar sig att inte förvärva något ytterligare företag som tillverkar och/eller säljer board eller andra skrivmaterial på den svenska marknaden utan att i god tid dessförinnan ha informerat NO om förvärvet.

I vissa fall har åtagandet bestått i att det förvärvande företaget avstått från vissa delar av förvärvet, som t ex i fallet Bilspedition AB:s förvärv av aktie- och röstmajoriteten i AB Scansped, där efter förhandlingar med NO Bilspedition sålde två av de i köpet ingående Fraktarna AB samt Nordisk Transport och Spedition AB till utomstående företag (d:nr 475/85, beslut 1986:100). Mycket långgående och detaljerade åtaganden har förekommit i t ex ärendet rörande SSAB Svenskt Stål AB:s förvärv av 29 procent av aktierna (motsvarande drygt 12 procent av antalet röster) i stålgrossistföretaget Bröderna Edstrand AB. Överläggningar mellan NO och SSAB resulterade i att SSAB gjorde följande utfästelser gentemot NO:

- att* låta förvaltarregistrera samtliga sina aktier i Bröderna Edstrand AB,
- att* låta förvaltarregistreringen bestå så länge SSAB innehar aktierna (som ett förtydligande av denna att-sats har SSAB förklarat, att utfästelsen innefattar att förvaltarregistreringen inte skall kunna upphävas tillfälligt för t ex deltagande i bolagsstämma),
- att* varken begära eller acceptera representation i styrelsen för Bröderna Edstrand AB,
- att* ej påfordra utseende av minoritetsrevisor i Bröderna Edstrand AB,
- att* ej heller i övrigt utöva de rättigheter som kan grundas på aktieinnehav i Bröderna Edstrand AB utom för rent finansiella syften, såsom lyftande av utdelning, deltagande i emissioner, utnyttjande av aktierna som säkerhet samt annat som saknar samband med Bröderna Edstrand AB:s operativa verksamhet,
- att* i proportion till SSAB:s aktieinnehav delta i eventuella emissioner, men att ej i övrigt förvärva ytterligare aktier i Bröderna Edstrand AB,
- att* så snart det kan ske utan realisationsförlust för SSAB avyttra samtliga aktier i Bröderna Edstrand AB, samt
- att* var sjätte månad, första gången den 1 maj 1987 och intill dess hela aktieinnehavet avyttrats, för NO redovisa läget beträffande aktuellt aktieinnehav. gjorda försäljningsansträngningar och annat som har samband med SSAB:s aktieinnehav i Bröderna Edstrand AB.

Ovanstående utfästelser skall ej kunna återkallas eller modifieras av SSAB utan samtycke från NO (d:nr 288/85, beslut 1986:439).

Såvitt avser åtagandenas form och innehåll, uppvisar praxis en stor variationsrikedom. De ovan givna exemplen visar, att mycket allmänt hållna åtaganden om information till NO om verksamhet och planerade förvärv växlas med mycket långtgående och detaljerade åtaganden.



5 NO:s verksamhet i samband med de i utredningsuppdraget ingående företagsförvärv

Av de i utredningsuppdraget ingående företagsförvärv har följande förvärv ö h t ej granskats av NO eller granskats endast initialt (i vart fall föreligger ej något formellt beslut om undersökning i dessa fall):

1. Aritmos förvärv av Tretorn år 1981
2. Skrinets förvärv av Masonite år 1982
3. AGA:s förvärv av Uddeholm 1984
4. Proventus förvärv av Upsala Ekeby 1984
5. Trelleborgs förvärv av Boliden 1987

Av vilka skäl ovannämnda förvärv icke har lett till granskning eller åtgärder från NO:s sida kan icke närmare utredas här, men den naturliga förklaringen torde vara att förvärven betraktats som ointressanta från konkurrensbegränsningssynpunkt.

De övriga förvärven har från NO:s sida handlagts på följande sätt (i kronologisk ordning):

1. AB Electrolux förvärv av Gränges AB (d:nr 56/80)

I beslut av den 27 juni 1980 fann NO, att det vid den tidpunkten inte förelåg tillräckliga skäl till ytterligare åtgärder (även om förvärvets effekter inte till alla delar på dåvarande stadium kunde bedömas). Beslutet föregicks av en omfattande utredning, innefattande bl a skriftväxling mellan AB Electrolux och Gränges AB, å ena sidan, samt NO, å den andra, samt genomgång av de berörda företagens verksamhet i Sverige och utlandet. Den till grund för beslutet liggande promemorian (akt.bil. 10) redovisar negativa, konkurrensbegränsande effekter av förvärvet, men även de positiva effekter, presenterade av Electrolux och Gränges, som förvärvet kunde tänkas ge. Sedan NO tagit del av material som Electrolux och Gränges presenterat för Industridepartementet och Statens industriverk, ställde NO vissa kompletterande frågor direkt till företagen. Vidare studerade NO Electrolux prospekt till aktieägarna i Gränges, bolagens verksamhetsberättelser, uppgifter och uttalanden i pressen med anledning av förvärvet samt handlingar i tidigare ärenden hos NO rörande företagsförvärv genomförda av Electrolux och Gränges.

På grundval av det ovannämnda materialet gjorde NO följande bedömning av förvärvets effekter från konkurrenssynpunkt (slutsatserna bör läsas mot bakgrund av den vid den aktuella tidpunkten gällande lagen, nämligen konkurrensbegränsningslagen, som inte innehöll regler med direkt tillämplighet på förvärv).

För Electrolux del kan förvärvet av Gränges till viss del betecknas som en vertikal integrering bakåt. Man får härigenom tillgång till vissa halvfabrikat (t ex aluminium, kopparrör, andra metall och plastdetaljer) som används inom Electrolux-koncernen. För närvarande uppgår Electrolux inköp från Gränges till ca 60 mrk/kr. Enligt uppgift skulle detta belopp på några års sikt kunna öka till ca 200 mkr. Gränges integrerar med motsvarande betraktelsesätt till viss del framåt. För en tillverkare av komponenter och halvfabrikat kan det ligga ett värde i att komma närmare marknaden. Samgåendet innebär inte att koncentrationen på någon marknad ökar i någon mera påtaglig omfattning. Inom ett begränsat antal produktområden finns likartad produktion inom Electrolux och Gränges, t ex sågverk och produktion av träemballage, formgodstillverkning, pressgjutning och automatsvarvning. Inom Electrolux avser denna tillverkning främst intern försörjning varför konkurrens på marknaden i egentlig mening knappast föreligger. När man bedömer förvärvets effekter från utgångspunkten marknadskoncentration behöver därför inte några allvarligare invändningar resas från konkurrenssynpunkt.

Ett förvärv av Gränges innebär att Electrolux blir det näst största börsnoterade företaget mätt efter omsättning. Mätt i antalet anställda blir Electrolux den största arbetsgivaren. Detta medför givetvis en betydande koncentration av makt, beslutsfattande och finansiella styrka i svenskt näringsliv, något som i och för sig kan väcka betänkligheter från konkurrenssynpunkt. Häremot kan ställas att både Electrolux och Gränges i stor utsträckning marknadsför sina produkter på internationella marknader där man liksom i Sverige möter konkurrens från storföretag, ofta multinationella. Så är fallet t ex ifråga om vitvaror, symaskiner, motorsågar, kontorsmaskiner, aluminiumprodukter, kopparprodukter, VVS-material. Härav följer också att riskerna för minskad effektivitet som en följd av förvärvet inte behöver vara så stora eftersom Electrolux på grund av konkurrenstrycket tvingas till rationalisering i tillverkning och administration samt utveckling av konkurrenskraftiga produkter.

Electrolux möjligheter att vidta konkurrensbegränsande åtgärder i form av diskriminering gentemot konkurrenter torde knappast påtagligt öka till följd av förvärvet av Gränges eftersom enligt vad Gränges uppgivit Gränges inte har några leveranser i Sverige av något betydenhet till företag som kan betecknas som konkurrenter till Electrolux. Förklaringen härtill är emellertid att Electrolux i stor utsträckning saknar inhemska konkurrenter.

Förvärvet av Gränges ökar möjligheterna till s k reciprocal dealing inom Electroluxkoncernen. Härmed avses exempelvis att företag inom nu-

varande Gränges kan åläggas att göra inköp av vissa färdigprodukter från Electroluxföretag medan Electrolux köper insatsvaror från Gränges. Ett sådant handlande försämrar konkurrensförutsättningarna för andra företag på ifrågavarande marknader eftersom konkurrerande företag kan få svårt att stå kvar eller komma in som leverantörer i den utvidgade koncernen. En risk är också att prisbildningen och effektiviteten påverkas negativt om företagen inte utnyttjar konkurrensen till att göra sina inköp där man får de förmånligaste villkoren.

Vid en konkurrensrättslig bedömning av Electrolux förvärv av Gränges måste en vägning göras mellan å ena sidan de negativa effekterna från konkurrenssynpunkt och å andra sidan de positiva effekterna som förvärvet kan medföra från andra synpunkter. Ett problem härvid är svårigheterna att kvantifiera dessa effekter. Företagen har knappast på någon punkt presenterat beräkningar över hur stora fördelarna med ett samgående skulle bli. För att värdera förvärvets negativa och positiva effekter mera i detalj skulle åtgå ytterligare betydande utredningsresurser. Den av NO gjorda prövningen måste dock bli av resursskäl bygga på förhållandevis begränsad utredning.

En samlad bedömning på basis av det i ärendet föreliggande materialet ger emellertid enligt föredragandens bedömning inte tillräckliga skäl att göra gällande att Electrolux förvärv av Gränges medför sådana från allmän synpunkt skadliga verkningar av konkurrensbegränsning som avses i KBL. Ytterligare utredning i ärendet bör därför inte ske. Mot denna bakgrund saknas för närvarande tillräckliga skäl till vidare åtgärder i saken från NO:s sida.

2. AB Volvos förvärv av Beijerinvest.

I beslut av den 22 december 1980 fann NO, att det vid den tidpunkten inte förelåg tillräckliga skäl till ytterligare åtgärder i ärendet (även om förvärvets effekter inte i alla delar kunde bedömas på dåvarande stadium). Den promemoria som låg till grund för beslutet (akt.bil 4), som tillkom efter skriftväxling med AB Volvo och AB Beijerinvest samt en utredning på grundval av övrigt material, bl a olika pressmeddelanden och faktablad, redovisar följande (efter en inledande presentation av förvärvet och de berörda företagen):

Samgåendet mellan Volvo och Beijerinvest medför en viss vertikal integrering genom att företag som för närvarande ingår i Beijer-koncernen och har leveranser till bilindustrin kommer att ingå i den nya koncernen. AB Kockums Jernverk levererar sålunda gjutna detaljer till växellådor, SAB Automotive tillverkar bromsutrustning till lastvagnar och bussar och AB Beckers levererar industrifärg. Vart och ett av de nämnda företagens leveranser till Volvo uppgår till mellan ca 10 och ca 40 milj kr per år.

Samgåendet leder enligt vad ovan redovisats inte omedelbart till någon ökad marknadskoncentration eftersom företagen huvudsakligen har olika

verksamhetsområden. På de båda områden, energi- och bilmarknaden, där båda företagen engagerat sig har Volvo på energisidan och Beijerin-vest på bilsidan ännu inte hunnit helt etablera sig på marknaden. Där- emot är företagen, om de ej går samman, framtida konkurrenter på dessa marknader. Båda dessa marknader kännetecknas dock av stark inter- nationell konkurrens. Någon omedelbar konkurrensbegränsande effekt av att företagets samgående skulle leda till ökad marknadskoncentration finns sålunda inte.

Samgåendet leder till viss vertikal integration. Härigenom kan konkur- renter till de ovan nämnda företagen som levererar till Volvo komma i en sämre konkurrenssituation. Volvo kan komma att föredra att i större ut- sträckning göra inköp hos dessa företag när de tillhör samma koncern. Förvärvet kan vidare leda till att de nämnda leverantörerna av produkter för bilindustrin kan pressas att ge fördelar till Volvo som andra köpare in- te får del av. I båda fallen skulle förvärvet kunna leda till strukturella ef- fekter, i det första fallet i leverantörsledet, i det andra senare fallet i bil- tillverkarledet. Risken för negativa effekter blir större ju större om- fattning leveranserna mellan de samgående företagen har och ju större marknadsandelar de har på sina respektive marknader. Risken för negati- va effekter blir vidare större ju mer centraliserat beslutfattandet i den nya koncernen blir. Med hänsyn till den i sammanhanget relativt begränsade omfattningen som leveranserna mellan Beijer och Volvo har och till att decentraliseringen inom framför allt Beijerinvest redan nu är stor och de uttalanden som i samband med samgåendets presentation gjorts av före- tagsledningen i den nya koncernen om fortsatt decentraliserad verksam- het, anser föredraganden inte att de anförda riskerna f n framstår som så allvarliga från allmän synpunkt att de i sig bör förhindra förvärvets ge- nomförande.

Samgåendet mellan Volvo och Beijerinvest leder till att ett utom- ordentligt stort företag bildas. Det finns därför anledning att bedöma samgåendet mot bakgrund av de effekter som i konkurrenslagstiftning an- setts vara förbundna med s k konglomeratfusioner. Negativa effekter av en konglomeratfusion består bl a i

- risk för en koncentration av makt, beslutsfattande och finansiell styrka,
- risk för minskad effektivitet på grund av att det nybildade företaget ge- nom diversifiering når en storlek där företagsledningens förmåga att överblicka och styra produktion och administration avtar,
- risk för eliminering av betydande potentiell konkurrens.

Den nya koncernen, Volvo/Beijerinvest, blir mätt i omsättning det största företaget i Sverige. Koncernen kommer också att bli den klart största en- skilda exportören i landet. Däremot är både Electrolux, efter förvärvet av Gränges, och Kooperativa Förbundet större än den nya koncernen mätt i antalet anställda. Samgåendet mellan Volvo och Beijerinvest medför en

betydande koncentration av makt, beslutsfattande och finansiell styrka i svenskt näringsliv som redan i sig kan vara negativ från konkurrenssynpunkt. En sådan maktkoncentration ger stora påtryckningsmöjligheter gentemot t ex regering, kommuner och fackföreningar. Volvo och Beijerinvest, liksom den nya koncernen, kommer emellertid att marknadsföra sina produkter huvudsakligen på internationella marknader där man, liksom i Sverige, möter konkurrens från stora företag. Riskerna för att förvärvet skulle leda till negativa effekter för effektiviteten behöver därför inte vara stora eftersom konkurrenstrycket kommer att tvinga till rationalitet i tillverkning och administration samt till utveckling av konkurrenskraftiga produkter.

Den nya koncernens möjligheter att genomföra konkurrensbegränsande åtgärder i form av diskriminering gentemot konkurrenter torde knappast öka till följd av förvärvet eftersom leveranserna mellan företagen är av begränsad omfattning. Inte heller torde utanförstående företags konkurrensförutsättningar komma att försämrast genom ökade möjligheter till s k reciprocal dealing inom den nya koncernen.

Vid en bedömning enligt 5 § konkurrensbegränsningslagen (KBL) av samgåendet mellan Volvo och Beijerinvest skall även de positiva effekterna av förvärvet beaktas. Några beräkningar av sådana effekter har inte gjorts. Fördelar kan emellertid vara att Volvos beroende av bilmarknaden blir något mindre och att de båda företagen genom att samordna sina resurser snabbare kan expandera på energiområdet än om de uppträder var för sig.

Det nu föreliggande materialet ger enligt föredragandens bedömning inte grund för att hävda att samgåendet mellan Volvo och Beijerinvest medför sådana från allmän synpunkt skadliga verkningar av konkurrensbegränsning som avses i KBL. Ytterligare utredning i ärendet bör därför inte ske. Mot denna bakgrund saknas för närvarande tillräckliga skäl till vidare åtgärder i saken från NO:s sida.

3 Pharmacia AB:s förvärv av LKB-produkter AB

I beslut av den 6 november 1986 fann NO efter en granskning av förvärvet ej skäl att vidtaga åtgärder mot förvärvet. Beslutet föregicks av direkta kontakter med Pharmacia och Pharmacias kunder samt en utredning av eventuella negativa effekter av förvärvet. Härvid befanns att Pharmacia och LKB snarare kompletterade än konkurrerade med varandra på separationsområdet, att företagen hade en hög exportandel, att bland företagets kunder ingick till en väsentlig del stora beställare, att det på de områden där Pharmacia och LKB konkurrerade fanns ett femtiotal andra leverantörer på den svenska marknaden, på vissa områden dock ett mindre antal sådana, samt att de berörda företagens kunder icke hade synpunkter att framföra på förvärvet.

4. Skanska AB:s förvärv av JM Byggnads och Fastighets AB

I beslut av den 22 januari 1987 förklarades ärendet avslutat (d:nr 22/87, beslut 1987:18), då förvärvet inte föranledde någon åtgärd från NO:s sida. Beslutet föregicks av en ingående granskning av bolagens verksamheter i Sverige och utlandet, omsättningstal, marknadskoncentration, etc. Beslutet motiverades framförallt av att Skanska, såsom framgår av den PM som legat till grund för beslutet (akt.bil 1), genom förvärvet inte uppnådde någon dominerande ställning; räknat på de nio största byggföretagen steg Skanskas marknadsandel från ca 32 procent till 38 procent. Vissa svårigheter att klart definiera den relevanta marknaden förelåg emellertid, vilket också framgår av den ovannämnda promemorian.

5. Mo och Domsjö AB:s (MoDos) förvärv av Holmens Bruk AB och AB Iggesunds Bruk

Förvärvet ägde rum 1988. Redan 1983 granskade emellertid NO ett förvärv från MoDos sida av aktier i Iggesund, vid vilket tillfälle en PM upprättades hos NO, på grundval av vilken NO sedermera beslutade att icke vidtaga några ytterligare åtgärder. Beslutet motiverades med att de båda företagen hade mycket begränsade beröringspunkter främst vad gäller de mera förädlade produkterna inom pappersområdet. Förvärvet av aktiemajoriteten skulle därför inte innebära att dominans uppkom på någon marknad och det fanns därför ingen anledning att inleda en särskild undersökning om förvärvet i enlighet med 20 § konkurrenslagen.

Beträffande MoDo:s förvärv av aktier i Holmen föreligger inte någon motsvarande utredning eller promemoria, men enligt uppgift från NO vilar beslutet, att ej ingripa mot förvärvet, på samma grunder som i Iggesunds-ärendet. För närvarande är situationen den, att MoDo äger hela Iggesund och Holmen. På den ifrågavarande svenska marknaden förekommer numera tre block, bestående av SCA, Stora och MoDo.

Det kan nämnas att NO granskat ett näraliggande förvärv, nämligen Holmen Hygiens förvärv av MoDo Konsumentprodukter, men beslutat att icke företaga vidare åtgärder med följande motivering (se PM av den 17 juni 1987, d:nr 237/87, beslut 1987:280, akt.bil, 2b):

På de olika delmarknader som är aktuella kommer ett sammanslaget HH och MoDo K att uppnå marknadsandelar på respektive 55 %-papper, konsument, 53 %-papper, storförbrukare, 50 %-blöjor, 49 %-bindor samt 46 %-tamponger. Mölnlyckes marknadsandelar på motsvarande delmarknader är 34 %, 33 %, 43 % och 48 %. Den planerade konstellationen kommer otvetydigt att få en mycket stark position på marknaden. Konkurrensen om respektive kundkategori kommer emellertid med all sannolikhet att öka. I och med att HH via MoDo K kan komma in som leverantör till de privata blocken, kommer det troligen också att lämnas utrymme för Mölnlycke att komma in som leverantör till KF.

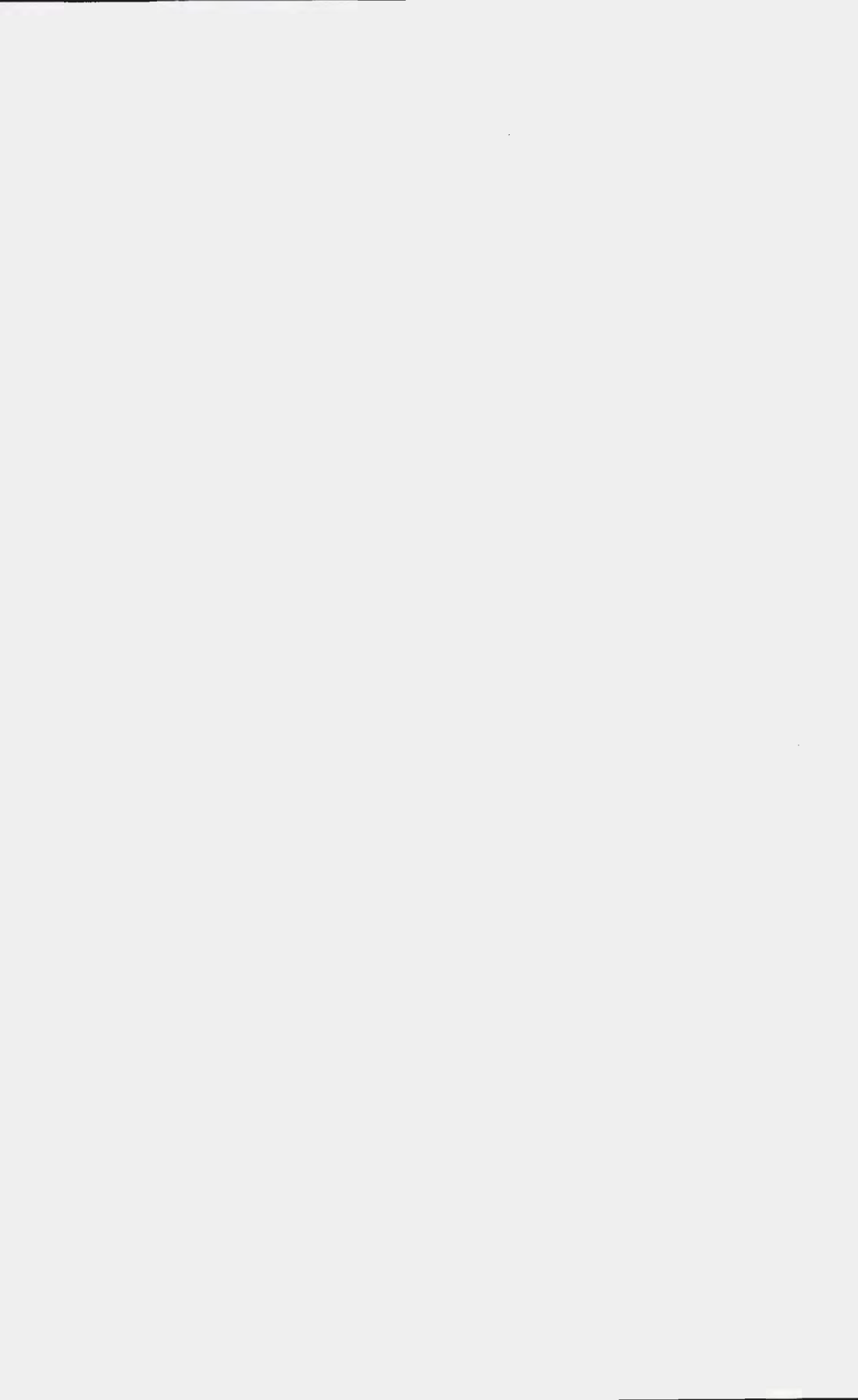
De reaktioner NO erfarit från kundsidan angående det planerade sam-

gåendet har varit klart positiva. Starkt konkurrensförmåga gentemot Mölnlycke och nödvändig resursallokering för vidare produktutveckling har anförts som argument såväl från kunderna som förvärvsparterna. Man tycks också från kundhåll vara nöjd med och uppskatta de ansträngningar som görs från svenska leverantörer att uppfylla sina åligganden. Konkurrens från importerade varor finns men förefaller inte särskilt överväldigande, åtminstone inte på papperssidan. Men när det gäller sanitetsprodukter finns större utländska leverantörer (Tampax, Proctor & Gamble) beredda att utöka sin marknadsandel så fort tillfälle ges.

Med hänsyn till den ökande stimulans i konkurrens som synes bli fallet av det planerade förvärvet och med beaktande av de positiva strukturella effekter som uppenbarligen kan åstadkommas samt mot bakgrund av den positiva inställning som har framkommit hos ICA, DAGAB och KF, finner föredraganden inte det nödvändigt att föreslå att en fördjupad undersökning företas av förvärvet. Det kan också finna skäl i sammanhanget att betänka det förvärv som Mölnlycke gjorde av Edet 1986 och som accepterades av NO utan att en fördjupad undersökning gjordes. NOs slutsats i det ärendet (d:nr 2-461/85) är väl tillämplig också i nuvarande situation. NO anförde då att en sammanslagning av de båda företagen torde kunna ge stordriftsfördelar som kan skapa utrymme för expansion utomlands.

6. Nordstjernans förvärv av ABV

Efter Nordstjernans förvärv av ABV 1988 inledde NO en undersökning av förvärvet, vilken utmynnade i ett ännu ej offentliggjort ställningstagande. Av samtal med NO har framgått att NO ställt upp en rad villkor för att godkänna förvärvet. Dessa villkor synes dock ej slutligt ha lagts fast och ärendet är därför ännu (den 2 oktober 1989) icke slutbehandlat. Ett förslag till förhandlingslösning har presenterats av NO och behandlas för närvarande av Nordstjernan.



6 SPK:s verksamhet i samband med förvärven

Statens Pris- och konkurrensverk (SPK), tidigare benämnd Statens Pris- och kartellnämnd, fungerar som ett utrednings- och övervakningsorgan på konkurrensområdet. I SPK:s konkurrensövervakande verksamhet ingår att fortlöpande utföra och publicera branschvisa eller företagsspecifika utredningar i pris- och konkurrensfrågor samt att registrera kartellavtal och andra konkurrensbegränsande avtal och föra register över sammanslagningar av företag. SPK administrerar också prisregleringslagen, när denna är i kraft. Inom ramen för sin utredningsverksamhet skall SPK också biträda marknadsdomstolen och näringsfrihetsombudsmannen vid utredning i frågor som kan vara av betydelse för förhandlingar enligt konkurrenslagen.

Såvitt avser företagsförvärv övervakar SPK fortlöpande förvärven på den svenska marknaden och redovisar dessa i kvartalsvisa översikter i SPK:s publikation *Aktuellt om fusioner* (som för första gången utkom i början av 1983; tidigare, dvs före 1983, redovisades förvärven i omfattande årsrapporter benämnda *Fusioner inom svenskt näringsliv*). Förvärv som innebär att ett företag förvärvat aktie- (andels-) och/eller röstmajoriteten i ett annat företag, eller där ett företags rörelse förvärvas, redovisas utförligare, under det att andra förvärv endast rapporteras i allra största korthet. I övrigt ges årligen korta översikter över förvärv i den ovannämnda tidskriften *Pris och konkurrens*. Dessa översikter var före 1983 relativt omfattande, men är sedan utgivningen av *Aktuellt om fusioner* påbörjades mycket begränsad. (I allmänhet redovisas samtliga förvärv inom ramen för 1 – 2 sidor.)

SPK:s rapportering av förvärv i *Aktuellt om fusioner*, som i enlighet med vad som ovan nämnts sker kvartalsvis, är i huvudsak en faktaredovisning och bygger till stor del på uppgifter inhämtade från dags- och fackpress samt statistiskt material. I vissa fall förekommer det att SPK i samband med rapporteringen kommenterar ett förvärvs effekter helt allmänt i vad avser koncentrationen på den ifrågavarande marknaden. I övrigt sker ingen bedömning av förvärvets konkurrensbegränsande effekter eller förenlighet i övrigt med konkurrenslagens förvärvsregler.

Såsom ovan angivits, har SPK att på marknadsdomstolens eller NO:s uppdrag närmare utreda pris-, konkurrens- och marknadsförhållanden i samband med att ett ärende väcks hos NO eller förs vidare till marknadsdomstolen. Denna utredningsverksamhet sker på grundval av en formell begäran från sagda myndigheters sida, varvid SPK redovisar utred-

ningsresultaten direkt till ifrågavarande myndigheter. Vid sidan av denna utredningsverksamhet på formell grund förekommer relativt omfattande informella kontakter mellan SPK och NO i samband med att NO utreder ett förvärv. Härvid torde det vara vanligt att SPK lämnar upplysningar om marknadsförhållanden (företagens marknadsandelar) samt pris-, produktions-, omsättnings- och transportförhållanden.

I det följande skall redovisas SPK:s verksamhet i form av allmän övervakning och rapportering eller formellt eller informellt biträde i samband med de inom ramen för utredningen aktuella förvärven. Det kan redan här förutskickas att i endast ett av förvärven, nämligen Nordstiernans förvärv av ABV år 1988, har SPK gjort en utredning på grundval av en formell begäran från NO:s sida. I flera av de övriga förvärven, enligt uppgift från SPK exempelvis Electrolux förvärv av Gränges, Aritmos förvärv av Tretorn, Volvos förvärv av Beijer, AGAs förvärv av Uddeholm, Proventus förvärv av Upsala Ekeby, Skanskas förvärv av JM och MoDos förvärv av Holmen och Iggesund, har förekommit underhandskontakter mellan NO och SPK, varvid SPK bl a upplyst om marknads- och prisleförhållanden. Vad dessa underhandskontakter i detalj har inneburit, kan givetvis icke med säkerhet fastställas. Det får vara tillfyllest i detta sammanhang att konstatera, att sådana underhandskontakter är vanliga samt att SPK i sådan form biträder NO vid utredningar av förvärv. Härutöver har merparten av förvärven i större eller mindre utsträckning redovisats i den ovannämnda kvartalsrapporten, Aktuellt om fusioner, eller den tidigare förekommande årsrapporten, Fusioner inom svenskt näringsliv, samt i tidskriften Pris och konkurrens.

1. AB Electrolux förvärv av Gränges AB

AB Electrolux förvärv av Gränges AB redovisas kortfattat i Fusioner inom svenskt näringsliv 1980 (SPK:s utredningsserie 1981:32 med bilagor, s 98–102). Redovisningen är uteslutande faktamässig och innefattar en beskrivning av de berörda företagen och deras verksamheter.

2. AB Aritmos förvärv av Tretorn AB

AB Aritmos förvärv av Tretorn AB i februari 1981, som egentligen innebar att Aritmos dotterbolag Akron AB förvärvade 68% av aktierna i Tretorn AB, redovisas i Fusioner inom svenskt näringsliv 1981 (SPK:s utredningsserie 1983:1 med bilagor, s 48). Redovisningen innehåller uteslutande fakta om de berörda företagen och deras verksamhetsgrenar.

3. AB Volvos förvärv av Beijerinvest AB

AB Volvos förvärv av Beijerinvest AB redovisas i Fusioner inom svenskt näringsliv 1981 (SPK:s utredningsserie 1983:1 med bilagor, s 68–70). Redovisningen innehåller uteslutande fakta om de berörda företagen och deras olika verksamhetsgrenar.

4. Investment AB Skrinets förvärv av Masonite AB

Investment AB Skrinets förvärv av Masonite AB redovisas i bilaga till Fusioner inom svenskt näringsliv 1982 (med beskrivningar av fusioner inom olika näringsgrenar samt avyttringar från större företag till privata köpare, s 15). Redovisningen är rent faktamässig.

5. AGAs förvärv av Uddeholm AB

Förvärvet redovisas i Aktuellt om fusioner (1984:4). Redovisningen innehåller en genomgång av de berörda företagen, deras verksamhet, aktieägarna i företagen, närstående företag, etc samt avslutas med följande kommentar:

Genom AGAs förvärv av Uddeholm har AGA-koncernen åter breddat sitt produktutbud. Företagen har inte arbetat på gemensamma marknader varför samgåendet inte medför någon koncentration på produktmarknaden. Däremot medför samgåendet ökad finanskoncentration. Aktiebörsen värderade vid årsskiftet 1984/85 AGA till omkring 4,2 miljarder kronor och Uddeholm till cirka 2,2 miljarder kronor, dvs sammanlagt 6,4 miljarder kronor. Den nya koncernen AGA-Uddeholm får, baserat på 1984 års uppgifter, omkring 13 000 anställda och cirka åtta miljarder kronor i omsättning.

Någon specifik utredning på hemställan av NO har icke förekommit.

6. Investment AB Proventus förvärv av Upsala Ekeby

Förvärvet redovisas i Aktuellt om fusioner (1983:4). Efter genomgång av tidigare förvärv, bolagens verksamhet, aktieägare och ekonomi, kommenterar SPK förvärvet på följande sätt:

Proventus har tidigare inte arbetat inom Upsala Ekebys verksamhetsområden varför förvärvet inte innebär ändrade koncentrationsförhållanden.

Någon utredning på begäran av NO har inte förekommit.

7. Pharmacia AB:s förvärv av LKB-Produkter AB

Pharmacia AB:s förvärv av LKB-Produkter AB i början av oktober 1986 redovisas i Aktuellt om fusioner (1986:3, s 31–35). Förutom fakta om de berörda företagen, deras olika verksamhetsgrenar, omsättningstal, antalet anställda, etc kommenteras förvärvet på följande sätt:

Sedan SPK 1983 började sammanställa information om köp av företag varje kvartal är den medicinska sektorn, tillsammans med skogsindustri, olja och petrokemi, de områden där de flesta stora förändringar skett.

Verkstadsföretaget Wilhelm Sonesson AB, som tidigare ofta köpt för-lustföretag inom sitt eget kompetensområde, avvek 1983 från denna policy genom köpet av Leo. Detta köp var ett av de få, större företagsköpen under 1983 där ett stort industriföretag gav sig in i en helt ny bransch.

1984 förvärvade sedan Leo Ferrosan. Ferrosan hade några få procent av den svenska läkemedelsmarknaden. Utlandsförsäljningen uppgick till ca 20 procent av Ferrosans totala försäljning av läkemedel, vilket var en liten andel i förhållande till de större läkemedelsföretagen här i landet. Genom tillhörigheten till en stor industrikoncern bedömdes Ferrosan få ökade möjligheter att ta fram och testa nya produkter och lansera dessa i ett större antal länder än som hittills varit möjligt.

Sonessonkoncernen expanderade inom den medicinska sektorn genom att i början av 1985 öka sin andel i Gambro AB från 24 till 57 procent av röstetalet. Efter förvärvet av Gambro svarade den medicinska sektorn för närmare 40 procent av Sonessonkoncernens omsättning.

Pharmacia satsar, genom förvärven av Leo och LKB-Produkter, drygt 4,5 miljarder kronor för sin expansion inom läkemedel, diagnostik och biokemi. De internationella marknaderna är för samtliga tre företag av avgörande betydelse. Gemensamt är också de kostnadskrävande satsningarna på forskning och utveckling (FoU). Pharmacia satsade 1985 470 Mkr på FoU, Leo 126 och LKB-Produkter 79 Mkr.

Ett grundläggande motiv till Pharmacias förvärv av Leo är att de båda företagen, som i internationella sammanhang hör till de medelstora eller små företagen, har behov att nå eller förbättra de minimiresurser som fordras för att utveckla nya läkemedel. Företagen pekar på nödvändiga satsningar på FoU, bl a inom genteknologi. Satsningar inom bioteknik kommer också att ske.

Även den internationella marknadsföringen underlättas. Således har Leo saknat egen marknadsföringsorganisation utanför Nordeuropa medan Pharmacia har en stark dotterbolagsorganisation bl a i USA (800 anställda).

Vad gäller produktprogram kompletterar företagen varandra inom cancerområdet. Inom delar av bolagens viktiga produktområden, främst Leos rökavvänjnings- och dentalpreparat, beräknas däremot samverkansfördelarna vara mer marginella eller indirekta.

Affärsidén är i många hänseenden lika inom Pharmacia och LKB – innovativ produktutveckling, nära kontakter med universitetsforskningen, inriktning på totala systemlösningar, internationalisering och nischfilosofi. Pharmacia och LKB bearbetar i betydande utsträckning samma marknader och målgrupper. Pharmacias Bioteknik-Grupp (oms 1985 826 Mkr) och LKBs affärsgrupp Biokemisk forskning (661 Mkr) vänder sig till forskare inom universitetet och industri med produkter för separation och rening av biomolekyler. Pharmacia Diagnostics (705 Mkr) och affärsgruppen kliniska system inom LKB (335 Mkr) säljer immundiagnostiska instrument och test för sjukhus och forskningslaboratorier. Inom områdena lågtryckskromatografi och elektrofores är båda företagen internationella teknologi- och marknadsledare.

Samgåendet beräknas förstärka företagens marknadsposition inom viktiga delsegment inom bioteknik/biokemi. Bolagen kommer att ha nära

hälften av världsmarknaden inom segmenten lågtryckskromatografi och elektrofores.

Det finns även olikheter mellan företagen. Olikheterna bedöms dock vara värdefulla kompletteringar. LKB är således, med ett brett sortiment för en kundkrets främst inom den akademiska forskningsmarknaden, mer instrumentinriktad än Pharmacia. Pharmacia har som grund en stark kemi- och applikationsbas inom specifika områden med ett balanserat program av kemikalier och instrument.

Företagen bedömer att de kompletterar varandra väl inom bioteknikområdet genom sina olika starka sidor vad gäller applikationskunskande, instrumentutvecklingskompetens och know-how inom kemi och biologi.

Samgåendet mellan Pharmacia och Leo beräknas 1990 ha medfört samordnings- och synergivinster på ca 300 Mkr. Genom köpet av LKB kommer Pharmacia att ta upp ett goodwillvärde på maximalt 950 Mkr. Under förutsättning att detta avskrivs med 10 procent från 1987 påverkas resultatet negativt med 95 Mkr per år. Efter två år beräknas resultateffekten av samgåendet vara positivt.

Någon utredning på grundval av en formell begäran av NO har inte förekommit.

8. Trelleborg AB:s förvärv av Boliden AB

Trelleborg AB:s förvärv av ytterligare andelar i Boliden AB (från 41,1 till 64,6 procent av antalet aktier och från 44,3 till 67,9 procent av antalet röster) i januari och februari 1987 redovisas i *Aktuellt om fusioner* (1987:1, s 17–19). Redovisningen innefattar en genomgång av de berörda företagen och avslutas med följande kommentar:

Redan före förvärvet av Boliden arbetade Trelleborgskoncernen med ett mycket stort antal produkter, bl a slitgummiprodukter, produkter för mineralbearbetande industri, element i kombination Gunni/metall, tätningsslistor, gummiduk, slangar, kemskyddsprodukter samt specialdäck.

Genom förvärvet av majoriteten i Boliden (gruvor, metaller mm), som i januari 1986 köpte röstmajoriteten i Ahlsell AB (teknik, handel, entreprenad), har Trelleborgskoncernen kommit att innefatta en mängd produktgrupper. Snabba åtgärder för strukturerings- och verksamhetsförändring har satts in.

Någon utredning på grundval av en formell begäran av NO har inte förekommit.

9. Skanska AB:s förvärv av JM Byggnads och Fastighets AB

Skanska AB:s förvärv av röstmajoriteten i JM Byggnads och Fastighets AB den 27 maj 1987 redovisas i *Aktuellt om fusioner* (1987:2, s 29–35). Redovisningen innefattar de berörda företagen, verksamhet, marknader, närstående företag, etc och avslutas med följande kommentar:

De större byggföretagen har under de senaste åren i regel haft svag lönsamhet på byggverksamheten. Från branschen uppges byggandet av nya bostadsfastigheter ha gett ett otillräckligt överskott medan väl genomförda kontors- och industriprojekt kunnat vara lönsamma. Utlandsverksamheten ger inte längre de överskott som uppstod i samband med att de oljeproducerande länderna fick stora resurser för investeringar genom oljeprishöjningar i mitten och slutet av 1970-talet. Genom ökad efterfrågan och ändrad statlig bostadsfinansiering beräknas lönsamheten för bostadsbyggandet förbättras.

I byggbranschen har ledig kapacitet funnits, trots att ROT-sektorn (reparationer, om- och tillbyggnad av bostadsfastigheter) har ökat och goda industrikonjunkturer gett uppsving åt byggandet av industri- och kontorsprojekt. Storstäderna, särskilt Stockholmsregionen och universitetsstäderna, har under senare år varit och är alltså expansiva och, ur kapacitetssynpunkt för byggföretagen, "överhettade" områden.

Under 1970-talet och början av 1980-talet var byggbranschen inne i en nedgångs- och stagnationsperiod. I en sådan miljö uppstår förutsättningar/möjligheter till branschförändringar – ägarna och företagsledarna söker genom nya företagskonstellationer, neddragningar av kapaciteten eller andra åtgärder skapa ökad räntabilitet. Vad gäller tiden från 1983 har dock SPK endast registrerat två företag med minst 200 anställda som köpts upp – Wihlborgsbyggen AB, Malmö, och Yngve Kullenbergs Byggnads AB, Göteborg – av de omkring 30 företag med minst 200 anställda inom bygg- och anläggningsverksamhet. Beståndet av mindre och medelstora företag kan dock ha förändrats betydligt.

Det begränsade antalet förvärv av större byggföretag torde bli bero på att vissa, trots dålig lönsamhet på byggsidan, ofta är mycket solida företag. Genom tidigare stora inköp av råmark – markinnehav är dock inte lika intressant som tidigare genom kommunernas ökade bestämmanderätt – genom byggande och drift av egna fastigheter samt i några fall genom aktieinnehav har byggföretagen under senare år i regel visat både god lönsamhet och god förmögenhetsutveckling. Således har tex finansförvaltningen i Skanska lämnat ett överskott på 400–500 Mkr under vartdera av åren 1985 och 1986.

Byggbolagen har således ofta sökt breddning av verksamheten i stället för omstrukturering av byggandet för att höja lönsamheten. Det finns också skäl till annorlunda förändringsutveckling inom byggandet jämfört med tillverkningsindustri.

Byggföretagets marknadsandel är inte stabil i den bemärkelse att tidigare produkter skapat en löpande efterfrågan. Ett byggföretag kan ha skapat goodwill genom tidigare produktion, äga mark, inneha byggrätter och orderstock samt ha kontor i det område där anbud lämnas varigenom ett stabilt marknadsläge har skapats. Den nya produktionen måste dock ständigt återskapas i konkurrens med andra företag. Till detta medverkar att byggarbetskraften i de större byggföretagen är rörlig. I detta företag är

omkring 70–80 procent av arbetsstyrkan projektanställd. Ökad marknadsandel i byggbranschen kan således sannolikt inte automatiskt förvärvats genom företagsköp såsom är fallet vid företagsköp inom tillverkningsindustri.

Bruttoinvesteringarna i byggnader och anläggningar uppgick 1985 till 86,7 miljarder kronor. Beräknat efter faktureringen 1985 uppgick Skanskas och JM Byggs marknadsandelar till 13 respektive 2 procent. I beloppet 86,7 miljarder ingår dock investeringar i jord- och skogsbruk (2,8 miljarder kronor) och inom samfärdsl, post- och telekommunikation, offentlig väg- och gatuhållning m m (9,5 miljarder kronor). Om dessa bygg- och anläggningsarbeten, som ofta torde utföras i egen regi, dras ifrån blir företagens marknadsandelar 1985 15 resp 3 procent.

Sju-åtta företag i landet konkurrerar om de stora projekten. Skanskas och JM Byggs marknadsandelar på stora projekt, tex projekt överstigande 10 Mkr, är betydligt högre än ovan angivna andelar.

JM Bygg har för branschen haft en god resultatutveckling och betraktas av Skanska som ett välskött företag. Ett viktigt skäl för förvärvet torde ha varit JM Byggs betydande fastighetsinnehav. I Skanskas årsberättelse för 1986, som kom ut i april 1987, sägs att med hänsyn till de höga börskurserna på fastighetsbolagen, torde ytterligare större aktieförvärv på fastighetsområdet inte komma i fråga under 1987.

Någon utredning på grundval av en formell begäran av NO har inte förekommit.

7 Sammanfattning och slutsatser

Av den ovan givna redovisningen av NO:s och SPK:s verksamhet i samband med de i uppdraget ingående förvärven framgår, att ingripande från NO:s sida endast har skett i ett fall, nämligen beträffande Nordstjernans förvärv av ABV 1988. Ingripandet föregicks av en utredning från NO:s och SPK:s sida (i det senare fallet på grundval av en formell begäran av NO) och ledde så småningom fram till ett förslag från NO:s sida till en förhandlingslösning. Huruvida Nordstjernan kommer att godtaga förslaget är ännu oklart, men det saknas skäl att antaga annat än att Nordstjernan avser och kommer att fullfölja de åtaganden som bolaget kan komma att göra i förhandlingarna med NO. Avsikten är givetvis att dessa åtaganden skall medverka till att neutralisera eller mildra de skadliga effekterna av förvärvet. Tvivelsutan kan NO komma att påverka utvecklingen i samband med Nordstjernans förvärv av ABV; överhuvud taget synes de företag, mot vilka ålägganden eller förbud riktas inom ramen för NO:s verksamhet, lägga stor vikt vid att uppfylla sina åtaganden på grundval av förhandlingslösningar med NO.

Såvitt avser de övriga förvärven har NO granskat Electrolux förvärv av Gränges, Volvos förvärv av Beijer, Pharmacias förvärv av LKB och Skanskas förvärv av JM (i viss mån även MoDos förvärv av Holmen och Iggesund). Granskningen har i samtliga fall lett fram till att beslut om ingripande ej skall ske (i vart fall ej "för närvarande"; ingripande har ej heller därefter skett i något av fallen). Såsom motiv för dessa beslut har i allmänhet anförts, att förutsättningar för ingripande enligt konkurrenslagens förvärvsregler saknats. Här skall erinras, att i Sverige saknades specifika konkurrensrättsliga regler mot förvärv före den 1 januari 1983, vilket förhållande givetvis var ägnat att försvåra eller omöjliggöra ingripande mot förvärv före denna tidpunkt. Tidigare kunde, såsom framgår av det ovan nämnda Samfodärendet i marknadsdomstolen (1982:23), ingripande endast ske i mycket begränsad utsträckning mot vissa skadliga effekter av förvärv, däremot inte mot förvärven som sådana. Skälet till att ingripande i begränsad utsträckning icke har skett mot de här aktuella förvärven, dvs förvärv som ägt rum före den 1 januari 1983, torde främst vara att NO efter en avvägning av negativa och positiva effekter av förvärvet från konkurrenssynpunkt funnit, att förvärven inte medfört sådana från allmän synpunkt skadliga verkningar som avsågs i den dåvarande konkurrensbegränsningslagen (vilka bedömningsgrunder motsvaras av nuvarande konkurrenslagens 2 §).

Vad sedan gäller de förvärv som ägt rum efter konkurrenslagens ikraftträ-

dande den 1 januari 1983 vilar NO:s beslut, att icke ingripa mot förvärven i fråga, antingen på bedömningen, att förvärven varken leder till eller stärker en marknadsdominerande ställning för det förvärvande företaget eller att förvärvet icke medför sådana skadliga effekter som anges i konkurrenslagens 2 §. Huruvida denna bedömning i det enskilda fallet är riktig, är en fråga som får anses ligga utom ramen för uppdraget. Vad som däremot kan vara av visst intresse, är huruvida de av NO:s granskning berörda företagen i samband med förvärven eller därefter påverkats – tex genom att visa större återhållsamhet – av det förhållandet, att NO inlett en undersökning av förvärvet. Frågan är givetvis mycket svår att besvara. Ehuru viss påverkan icke kan uteslutas, saknas skäl att anta, att NO:s granskningsverksamhet har haft något avgörande inflytande på företagets agerande. Även om företagen i något fall skulle ha avvikit från sina ursprungliga planer i samband med förvärven, torde det vara svårt att påvisa kausalitet mellan NO:s verksamhet och sådana avvikelser.

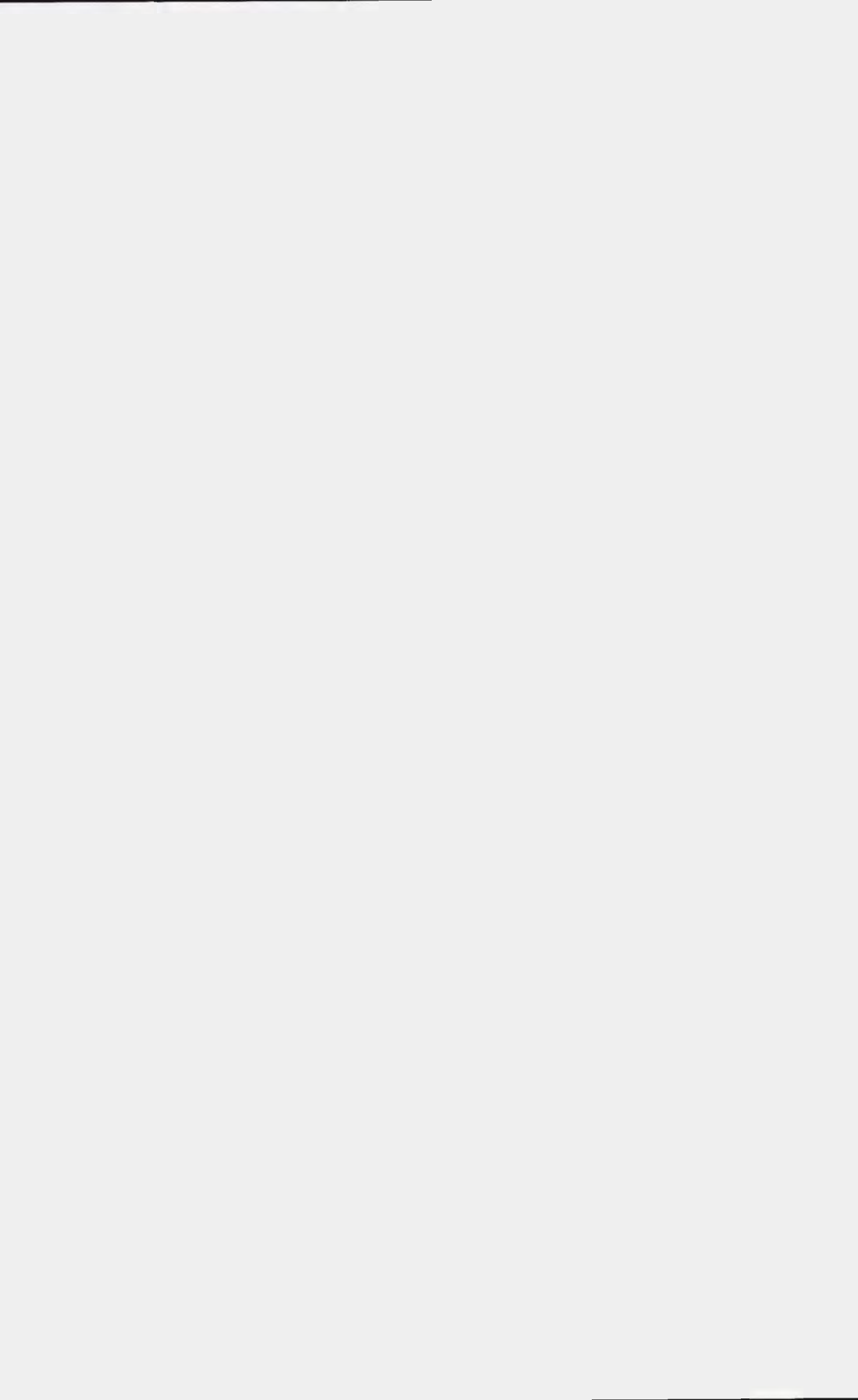
Beträffande de förvärv, slutligen, som överhuvudtaget inte blivit föremål för NO:s granskning, nämligen Aritmos förvärv av Tretorn, Skrinets förvärv av Masonite, AGA:s förvärv av Uddeholm, Proventus förvärv av Upsala Ekeby, Trelleborgs förvärv av Boliden och MoDos förvärv av Holmen och Iggesund (ehuru i viss mån granskat redan 1983, jfr ovan), vilket dock ej utesluter att en viss inledande, översiktlig granskning har skett, torde NO:s avgörande motiv härför vara, att förvärven saknar intresse från konkurrensbegränsningssynpunkt. Även här vilar NO:s ställningstagande på en bedömning av marknadsdominans och skadlighet enligt förvärvsreglerna i konkurrenslagen. Hur välgrundad en sådan bedömning har varit i det enskilda fallet är i avsaknad av material givetvis mycket svårt att avgöra. Det ligger heller inte inom ramen för uppdraget att utreda detta.

SPK har i sin verksamhet utrett och redovisat de faktiska förhållanden kring samtliga de förvärv som ingår i uppdraget. Utredningarna har presenterats i årsrapporten *Fusioner inom svenskt näringsliv och fr o m 1983* i kvartalsrapporten *Aktuellt om fusioner*. Redovisningen av förvärven, är såsom framgår ovan, i huvudsak faktamässig. Till vissa senare förvärv fogas kommentarer (se särskilt beträffande Skanskas förvärv av JM), vilka emellertid också i huvudsak utgör en redovisning av marknadsstruktur och koncentration. SPK har inte i något fall bedömt förvärvens förenlighet med förvärvsreglerna i konkurrenslagen, och det torde ej heller vara SPK:s uppgift. Utöver den ovan nämnda faktaredovisningen i SPK:s löpande rapporter har SPK i stor utsträckning bidragit med underhandsinformation i samband med NO:s granskning av olika förvärv samt i ett fall (Nordstjernans förvärv av ABV) med en utredning på grundval av en formell begäran av NO.

Slutsatsen blir följaktligen, att NO och SPK i enlighet med gällande regler mera påtagligt påverkat utvecklingen i samband med de i uppdraget ingående förvärven endast såvitt avser Nordstjernans förvärv av ABV. I samtliga övriga fall kan sådan påverkan inte påvisas.

Bilaga 4

Fackligt inflytande vid företagsköp
av *Gunnar Fond*



Innehåll

1	<i>Inledning</i>	131
1.1	Studerade företagsförvärv	132
2	<i>Vad är den fackliga rollen i samband med företagsförvärv/aktie- överlåtelser?</i>	133
3	<i>Nuvarande rättsläget – Medbestämmandelagen</i>	137
3.1	Förhandlingsinträde vid överlåtelser och förvärv	137
3.2	Preliminära avtal	138
4	<i>Nuvarande rättsläget – Lagen om styrelserepresentation för de privatanställda</i>	139
4.1	Koncerner	139
4.2	Rätten till styrelserepresentation	140
4.3	Arbetstagarrepresentanternas arbete	140
4.4	Styrelsens ansvar	140
4.5	Praktisk hantering av styrelserepresentationen	141
5	<i>Nuvarande rättsläget – Utvecklingsavtalet</i>	143
6	<i>Hur ser det fackliga inflytandet vid företagsuppköp ut i prakti- ken? Några typexempel.</i>	145
6.1	Typfall A: MORSK köper BIMA	145
6.2	Typfall B: ALFA lägger bud på BETA	150
6.3	Typfall C: KONCERNEN säljer DOTTERN	154
6.4	Några viktiga förutsättningar för fackligt inflytande	157
7	<i>Förslag till åtgärder för ökat fackligt inflytande vid företagsför- värv</i>	159
7.1	Fackligt inflytande genom samhällsprövning av större förvärv	161



1 Inledning

De senaste årens ökning av antalet uppköp och sammanslagningar av företag har också lett till att antalet anställda, som berörts av sådana ägarförändringar, ökat kraftigt. Under 1987 var det 77 000 anställda i företag som köptes upp av annat företag. 1988 var antalet drygt tre gånger så stort – 245 000.¹

Av de 694 företag som köptes upp under 1988 var de flesta mindre företag. Knappt 600 var företag med färre än 200 anställda. Av de uppköpta företagen var 102 börsnoterade eller dotterbolag till börsnoterade företag. Antalet anställda i dessa företag uppgick till lite drygt 200 000.

Drivkrafterna och motiven bakom de många företagsuppköpen och fusionerna varierar kraftigt. Bland de motiv som är vanligast förekommande kan nämnas följande:

- strukturella (synergi och/eller samordningsfördelar)
- maktintressen (ägargrupper och marknadsdominans)
- finansiella (inklusive skatteskal)

I många fall föreligger även en skillnad mellan vad ägarna anger som motiv för ett förvärv och de verkliga motiven. Det är t ex sällan som makt- eller skatteskäl anges vara huvudmotivet för ett företagsförvärv. Det hindrar inte att just dessa motiv i verkligheten hör till de allra vanligaste.

På samma sätt som motiven bakom företagsköpen är olika, så varierar också effekterna kraftigt. Det är svårt att dra några generella slutsatser om företagsuppköps effekter. Sett ur de anställdas synvinkel blir det dock ofta påtagliga konsekvenser efter det att ett företagsförvärv genomförts. För de fackliga organisationerna handlar det i sådana fall mest om att slå vakt om anställningstryggheten och att förhandla fram så bra avgångsvillkor som möjligt. I en del fall överväger de positiva effekterna av förvärvet och då är den fackliga uppgiften enklare.

Det är således svårt att säga något bestämt om fusionernas långsiktiga effekter för de anställda vad beträffar sysselsättning och ekonomisk tillväxt. Desto mer homogen är uppfattningen på den fackliga sidan att de anställda i praktiken helt saknar inflytande över företagsförvärv och fusioner. Om det är på det viset, innebär det att de fackliga organisationerna i sådana sam-

¹ Enligt SPK-rapport 1988:4 Aktuellt om fusioner

manhang har mycket små möjligheter att påverka förutsättningarna för den framtida utvecklingen i företaget.

Syftet med denna rapport är att beskriva de fackliga erfarenheterna från företagsuppköp och sammanslagningar under 1980-talet. Beskrivningen inriktas framför allt på informationen till de anställda och deras fackliga organisationer samt möjligheterna att förhandla om eller på annat sätt påverka skeenden i samband med ägarförändringar.

Som en bakgrund till beskrivningen av de fackliga erfarenheterna görs en kort sammanfattning av de arbetsrättsliga lagar som för närvarande reglerar det fackliga inflytandet i dessa sammanhang.

Rapporten avslutas med ett avsnitt som innehåller ett antal förslag till åtgärder, som syftar till att förbättra möjligheterna till fackligt inflytande vid företagsförvärv och fusioner.

1.1 Studerade företagsförvärv

För att kartlägga de fackliga erfarenheterna från företagsuppköp har ett antal intervjuer gjorts med fackliga företrädare i företag, som berörts av köp och fusioner under 80-talet. Därvidlag har lokala fackliga representanter intervjuats i såväl det uppköpta företaget, som i det köpande respektive säljande företaget. Det senare är särskilt intressant att studera i de fall det rör sig om en koncern som säljer ett dotterbolag.

De företagsförvärv som studerats är följande:

- STORAs köp av Billerud 1984, Papyrus 1986 och Swedish Match 1988
- NOBEL INDUSTRIERs köp av EKA 1985 och Berol Kemi 1988
- TRELLEBORGs köp av Boliden 1987
- NORDSTJERNANs köp av ABV 1988
- VOLVOs köp av Hilleshög och Weibull 1985
- MODOs köp av Holmen och Iggesund 1988.

Dessa fallstudier ligger till grund för de typfall som senare redovisas i avsnitt 6.

2 Vad är den fackliga rollen i samband med företagsförvärv/aktieöverlåtelser?

Fackföreningsrörelsen är en sammanslutning av löntagare. Medlemmarna i de fackliga organisationerna har alla i princip en anställning hos en arbetsgivare. Den fackliga uppgiften är att tillvarata medlemmarnas intressen gentemot arbetsgivarna.

Fram till slutet av 1960-talet var den fackliga huvuduppgiften att förhandla om löner och anställningsvillkor. Medlemmarnas anställningstrygghet och arbetsvillkor var också självklara och viktiga uppgifter.

Under 1970-talet utvecklades medbestämmandet d v s de anställdas engagemang och inflytande över verksamheten i vid mening såväl på den egna arbetsplatsen som på mer övergripande nivå i företaget. Med lagar och avtal som grund fick de fackliga organisationerna möjlighet att engagera sig i vad som skulle produceras och hur arbetet skulle organiseras.

1970-talets reformer på arbetslivets områden innebar att löntagarnas positioner flyttades fram i förhållande till arbetsgivarna. Förändringarna gick visserligen inte så långt att beslutsmakten flyttades från arbetsgivaren till de anställda, men arbetsgivarna ålades i alla fall att informera, förhandla och lyssna på fackens argument. Detta har i många fall lett till att de fackliga organisationerna numera medverkar i beslutsprocessen på ett helt annat sätt än tidigare.

När det gäller de s k ägarfrågorna har emellertid inga förändringar i grunden ägt rum. Det fackliga inflytandet vid aktieöverlåtelser och företagsuppköp är i allmänhet mycket begränsat. I de fall, där de fackliga organisationerna har kunnat påverka företagsuppköp, har det antingen varit på grund av speciella omständigheter och/eller tack vare mycket starka lokala fackliga organisationer.

Vilka intressen har då de fackliga organisationerna att bevaka vid ägarförändringar?

Fyra intressenivåer

För det första kan man urskilja minst fyra olika nivåer, där det finns fackliga intressen att bevaka.

1. Vad blir konsekvenserna för den enskilde medlemmen? Hur kommer hennes arbete och arbetsuppgifter att påverkas? Finns det risk för att vis-

sa tjänster och funktioner helt försvinner? Anställningstryggheten och anställningsvillkoren? Förtidspensioneringar och omplaceringar?

2. Vad händer med arbetsplatsen? Det kan gälla allt från en hel industrianläggning med flera fabriker, ett affärsområde, en division eller ett dotterbolag till en avdelning på exempelvis huvudkontoret. Vilka planer har de nya ägarna, som kan få effekter för den egna arbetsplatsen?
3. Vad kommer att hända med det uppköpta företaget? Tänker ägaren splittra upp det i delar eller får det leva vidare ungefär som tidigare? Hur självständigt blir företaget i Koncernen? Vilka resurser får man till sitt förfogande? Hur kommer verksamheten att samordnas med andra delar av Koncernen?
4. Vilka effekter får företagsuppköpet ur allmän synpunkt på områden, där fackföreningsrörelsen samlat har stora intressen att bevaka? Det handlar om mer övergripande frågor som industrins produktionskapacitet, arbetstillfällen, företagsstruktur, maktkoncentration och mångfald, näringslivets dynamik och effektivitet, inkomst- och förmögenhetsfördelning o s v.

I grova drag finns i dag det fackliga inflytandet på den första nivån genom MBL. Den primära förhandlingsskyldigheten inträder när arbetsgivaren vill göra förändringar som påverkar de anställdas situation. Detta inträffar i regel viss tid efter det att företagsköpet gjorts. Det är då i huvudsak fråga om effekter, som nästan alltid blir följden vid företagsuppköp och sammanslagningar. Många av dessa effekter är konkreta och påtagliga för medlemmarna och gäller ofta anställningstryggheten och arbetsvillkoren.

Självklart är det viktiga uppgifter för de fackliga organisationerna att hävda medlemmarnas intressen i dessa situationer. Samtidigt är det uppenbart att det på denna nivå handlar om den traditionella fackliga uppgiften av mer defensiv karaktär d v s att förhindra eller mildra de negativa konsekvenserna av redan fattade beslut. Fackligt inflytande på denna nivå, innebär dock inte att facket offensivt driver på för att *påverka förutsättningarna* för den framtida utvecklingen i företaget.

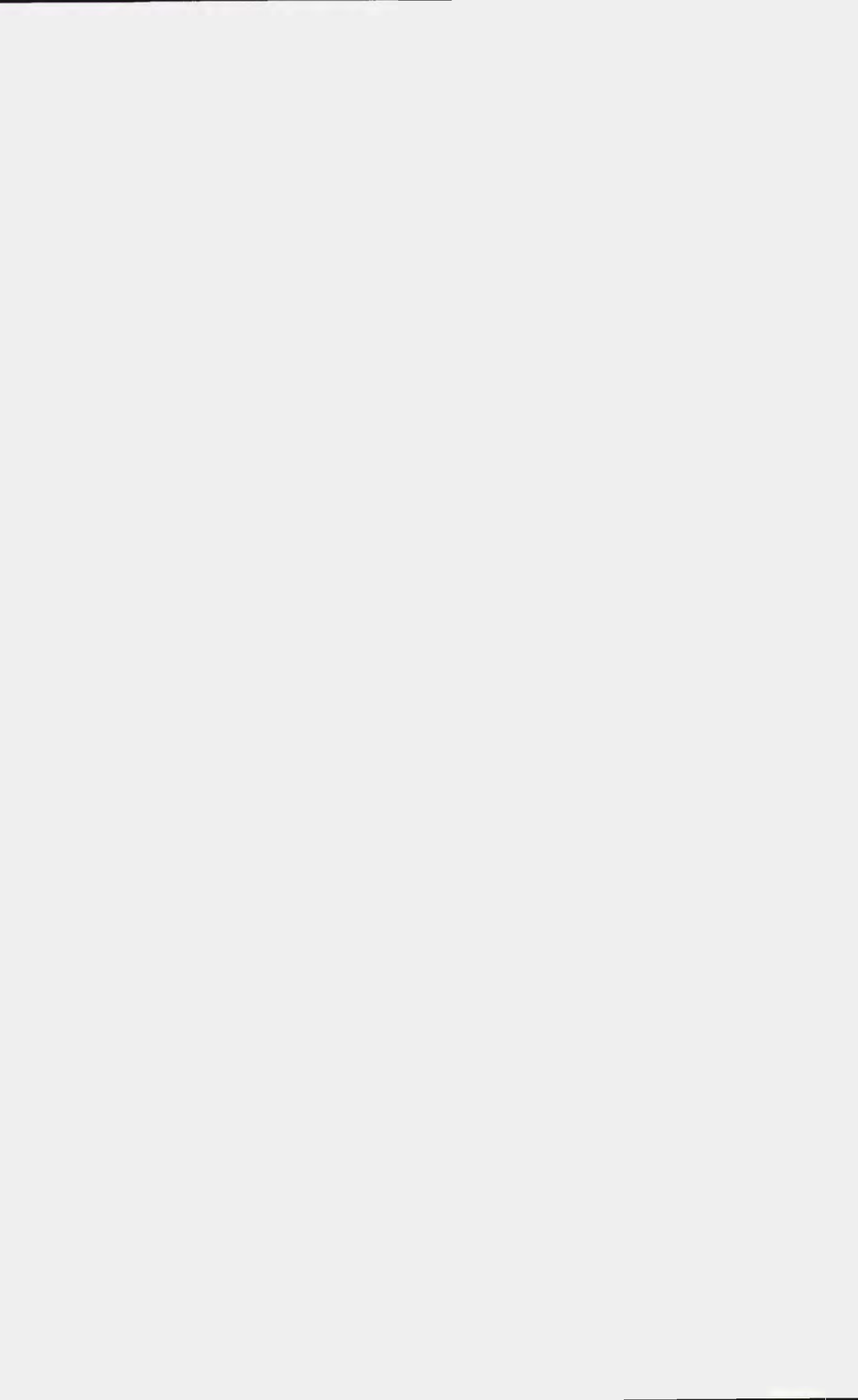
Fackets offensiva uppgift

På den andra och tredje nivån handlar det om en mer offensiv och kreativ och samtidigt mindre bevakande uppgift för facket. De anställdas intressen på dessa nivåer leder till att man måste diskutera *vilka krav som skall ställas på en ny ägare*. I allmänhet uppfattar de fackliga organisationerna sin uppgift vara att arbeta för att få en bra ägare, vilket ofta innebär följande krav:

- Finansiell stabilitet
- Vilja att investera i
 - personal
 - FoU

- marknad
- produktion
- Klar affärsidé och målinriktad strategi
- Dokumenterad ledningskompetens och tydlig ledningsfilosofi
- Vilja att utveckla personalens medinflytande
- Bör finnas synergieffekter (d v s $1+1 = 3$)

Den fjärde nivån handlar om de *samhällsekonomiska och mer övergripande effekterna av ägarförändringarna*. Dessa effekter har självfallet stor betydelse för löntagarna. Även om detta inte direkt berör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare, är det ändå av stor betydelse att de fackliga organisationerna försöker påverka besluten i en för medlemmarna positiv riktning. En effektiv bevakning av löntagarnas intressen kan därför inte klaras genom att enbart agera mot arbetsgivarna. Det krävs att man agerar även mot de politiska beslutsfattarna. Eftersom dessa aspekter dock ligger litet vid sidan av syftet med denna rapport får det räcka med detta konstaterande.



3 Nuvarande rättsläget – Medbestämmandelagen¹

I dagens läge har löntagarna och deras fackliga organisationer ett mycket begränsat inflytande vid köp och försäljning av företag. De arbetsrättsliga lagarna reglerar förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare. Aktieöverlåtelser mellan ägare, som inte är arbetsgivare faller därför i princip utanför medbestämmandelagen (MBL) och reglerna om primär förhandlingsskyldighet.

3.1 Förhandlingsinträde vid överlåtelser och förvärv

Om en köpare och/eller säljare samtidigt är arbetsgivare förändras situationen något. Överlåts eller förvärvas ett bolag eller en betydande aktiepost i ett bolag, inträder enligt MBL primär förhandlingsskyldighet, under den allmänna förutsättningen att transaktionen kan betraktas som en "viktigare förändring av arbetsgivarens verksamhet".

Arbetsgivarens primärförhandlingsskyldighet vid överlåtelse, förvärv och andra samgåenden av rörelser inträder på ett tidigt stadium. I normalfallet bör förhandlingar *inledas* redan innan arbetsgivaren avger bindande anbud om förvärv. Vidare skall primära förhandlingar normalt *genomföras* innan arbetsgivaren offentliggör erbjudande till allmänheten att köpa aktier i visst angivet företag (AD 1987:157 och AD 1981:57).

Om arbetsgivaren ämnar överlåta sin rörelse helt eller delvis, inträder förhandlingsskyldigheten redan före beslut om att försöka sälja rörelsen. Arbetsgivaren har inte rätt att i normalfallet vänta med förhandlingar tills dess en köpare visar sig och ett preliminärt avtal träffas (AD 1980:82, AD 1981:57 och AD 1983:7).

Sammanfattningsvis ger detta de fackliga organisationerna i de företag som köper respektive säljer aktier teoretiska möjligheter att påverka arbetsgivarens beslut. Det innebär däremot inte att de anställda i det *uppköpta/sålda* företaget har samma rättigheter och möjligheter att påverka sin situation.

¹ Detta avsnitt bygger i väsentliga delar på Medbestämmandelagen, kommentarer med rättsfall. LO/PTK 1984.

Om exempelvis ett dotterbolag säljs av moderbolaget medför inte det att dotterbolagets ledning är skyldig att primärförhandla om aktieförsäljningen. Ur formell synpunkt fattas nämligen inte beslutet om försäljningen i dotterbolaget. Primär förhandlingsskyldighet har däremot normalt moderbolaget, eftersom där beslutats om aktieöverlåtelsen, vilket i de flesta fall anses vara en viktigare förändring i moderbolagets verksamhet.

Primär förhandlingsskyldighet anses dock föreligga också gentemot de anställda vid det uppköpta/sålda företaget, då vissa speciella förutsättningar gäller, bl a om aktieöverlåtelsen sker på villkor som innebär att beslut om "viktigare förändring" i det sålda företaget fattas samtidigt med överlåtelsen.

Det kan t ex avse att beslut om uppsägning av anställda i dotterbolaget fattas samtidigt med aktieförsäljningen. (Jfr det s k Hvilanfallet AD 1978:156) Det kan även gälla ekonomiska villkor i köpeavtalet (t ex att fastigheter och maskiner uthyres på viss tid och på vissa villkor av säljaren), som på något sätt får direkta konsekvenser för det försålda bolaget och därmed också de anställda (AD 1979:1).

3.2 Preliminära avtal

Rättsläget vid överlåtelser och förvärv kompliceras av att de ofta föregås av olika former av preliminära avtal. Sådana avtal av typen avsiktsavtal eller letter of intent, är inte rättsligt bindande för de inblandade parterna. I praktiken har parterna dock bundit sig mycket långt i ett sådant avtal, och arbetsdomstolen har funnit att sådana avtal i princip skall föregås av primärförhandlingar. Enligt AD skapar ett offentliggörande av en preliminär överenskommelse sådana låsningar att arbetsgivaren åsidosätter sin förhandlingsskyldighet, om inte primärförhandlingar dessförinnan ägt rum (AD 1978:157, AD 1980:49 och AD 1981:57).

Arbetsdomstolen har dock funnit att det kan finnas "synnerliga skäl" för att i vissa situationer åsidosätta den primära förhandlingsskyldigheten. Det innebär att förberedelser som också innefattar avsiktsavtal (letter of intent) måste godtas i vissa särpräglade situationer. Därför får t ex "avtal av preliminär natur om överlåtelse, förvärv eller annat samgående, med börsnoterat företag som part, träffas utan föregående primärförhandlingar". Motivet till att MBL på det sättet åsidosätts är att "intresset av ostörd handel med fondaktier anses väga tyngre än arbetstagarsidans intresse av obundna primärförhandlingar". Syftet är att i möjligaste mån begränsa risken för obehörig spekulation på aktiemarknaden (AD 1978:157, AD 1979:149, AD 1980:49 och AD 1981:57).

4 Nuvarande rättsläget – Lagen om styrelserepresentation för de privatanställda

Reglerna i styrelserepresentationslagen bygger på tanken att de anställda genom sitt arbete bör ha rätt till insyn och inflytande på företagets verksamhet. Lagen innebär att de anställda i aktiebolag, banker, hypoteksinstitut, försäkringsbolag och ekonomiska föreningar får utse representanter i företagets styrelse. Löntagarrepresentanterna i företagsstyrelsen har de fackliga organisationerna som huvudmän, till skillnad från de stämموvalda ledamöterna, som har aktieägarna (eller motsvarande) som huvudmän.

4.1 Koncerner

Med företag menas även koncerner, eller "vid koncernliknande förhållanden". Begreppet koncern eller koncernliknande förhållanden är definierat i aktiebolagslagen (ABL). Enligt denna definition knyts moderbolagsbegreppet i koncernförhållande till aktieinnehavets storlek i ett annat aktiebolag eller, om aktier med olika röstvärde finns, till röstandelens storlek. Olika situationer beskrivs nedan:

1. I företagsbildningar, där ett svenskt aktiebolag direkt eller indirekt äger mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i en annan juridisk person, föreligger ett koncernförhållande. Aktiebolaget är då moderbolag och den juridiska personen dotterbolag.
2. Om flera aktiebolag (A, B och C) gemensamt äger ett annat bolag (D) talar man också om ett koncernförhållande. A, B och C betraktas samtliga som moderbolag i förhållande till D under förutsättning att de endast gemensamt kan fatta beslut om Ds angelägenheter.
3. Ett koncernförhållande kan uppkomma fastän ett företag inte har mer än hälften av aktierna eller andelarna. Har ett aktiebolag på grund av aktie- eller andelsinnehav eller avtal ensamt bestämmande inflytande över en annan juridisk person är detta ett koncernförhållande. Dock krävs det att moderföretaget har en betydande andel i resultatet av det kontrollerade företaget.

4.2 Rätten till styrelserepresentation

Huvudregeln är att de anställda i företag, som omfattas av lagen men som inte är moderföretag, har rätt att utse två ledamöter i styrelsen och en suppleant för varje sådan ledamot. Detta gäller under förutsättning att företaget sysselsätter minst 25 arbetstagare i Sverige.

Om företaget bedriver verksamhet inom skilda branscher och sysselsätter minst 1 000 arbetstagare i Sverige har de anställda dock rätt till tre ledamöter i styrelsen och en suppleant för varje ledamot.

I koncerner har de anställda i Sverige rätt till representation i moderbolagets styrelse. Rätten till styrelserepresentation tillkommer samtliga anställda inom koncernen, vilket innebär att de anställda i moderföretaget får dela styrelserepresentationen med de anställda i dotterföretagen. Således får alla anställda i koncernen delta när arbetstagarledamöter skall utses i moderföretagets styrelse. De anställda i dotterföretag behåller dock rätten att utse representanter i det egna företaget.

4.3 Arbetstagarrepresentanternas arbete

Huvudregeln är att arbetstagarrepresentanternas ställning och ansvar jämföras med de stämмоvalda styrelseledamöternas. Därigenom är det med några undantag när reglerna i aktiebolagslagen och lagen om ekonomisk förening som gäller också för arbetstagarrepresentanterna.

Styrelsen för ett aktiebolag svarar enligt ABL för bolagets organisation och förvaltning av bolagets angelägenheter. Allmänt gäller att styrelsen är skyldig att i sitt handlande främja bolagets intressen. Styrelseledamöterna har s k vårdnadsplikt av bolagets egendom. För att fullgöra dessa uppgifter har styrelsen rätt att erhålla all information den begär.

4.4 Styrelsens ansvar

Enligt ABL kan styrelseledamot bli skadeståndsskyldig för skada som tillfogats bolaget uppsåtligt eller av oaktsamhet.

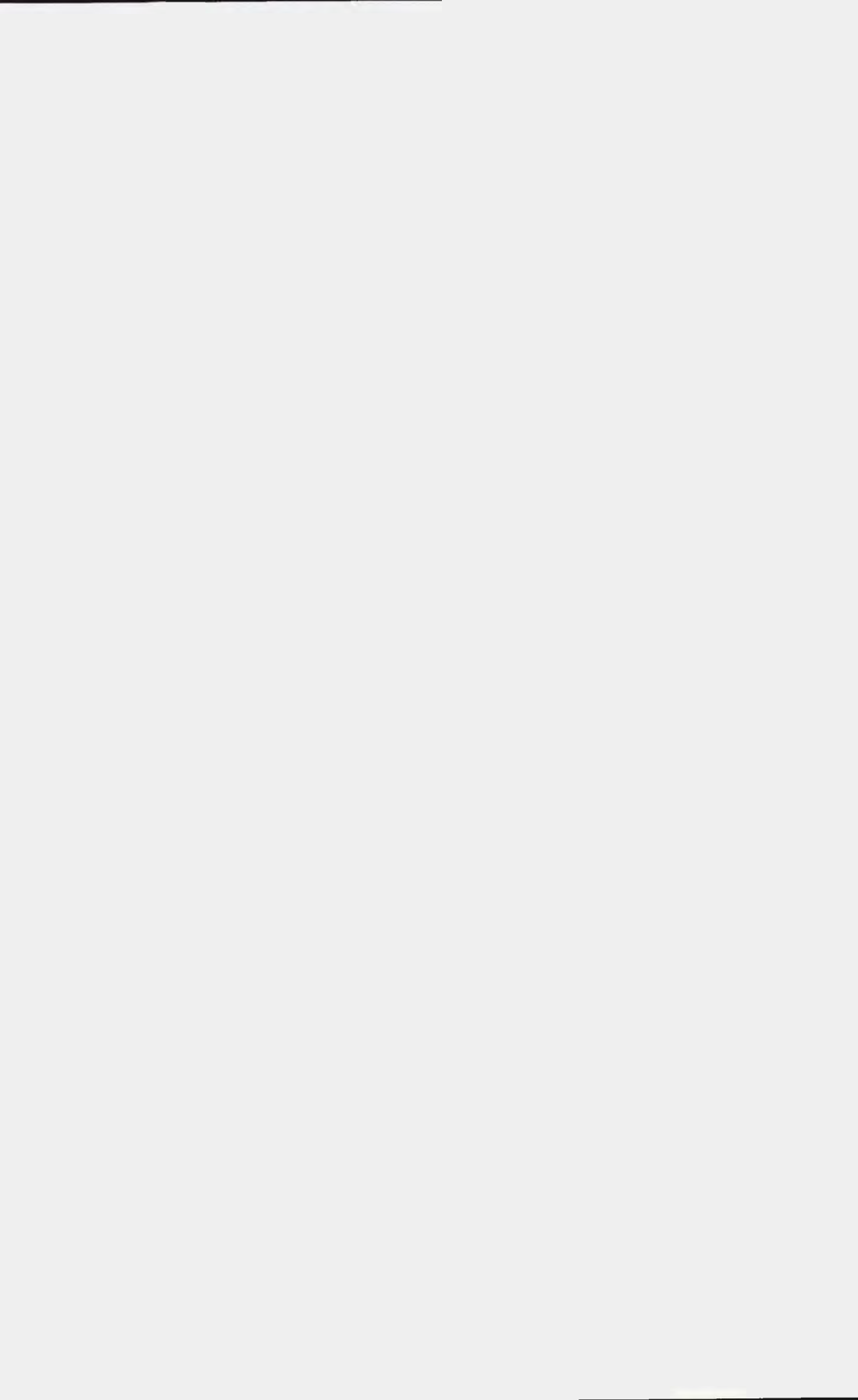
Vårdnadsplikten anses bl a innebära att styrelseledamot är skyldig att iaktta tystlåtenhet rörande sådant som kan skada bolaget, om det offentliggörs. Det finns dock inte några direkta regler om tystnadsplikt för styrelseledamöter i ABL. Styrelsen kan i enskilda ärenden särskilt besluta om tystnadsplikt. Man kan dock inte bli skadeståndsskyldig enbart av det skälet att styrelsen beslutat om tystnadsplikt. För att styrelseledamot skall kunna bli ansvarig krävs att den information som han lämnat har åsamkat bolaget ekonomisk skada.

Det betonas även att kravet på sekretess för arbetstagarledamöternas vidkommande inte får drivas så långt att de avstängs från alla möjligheter att samarbeta med och informera sina huvudmän. Utan hinder av vad som be-

slutats om tystnadsplikt på t ex styrelsesammanträde eller vad som följer av vårdnadsplikten, har arbetstagarledamoten alltid rätt att föra information vidare till den lokala fackliga organisationens styrelse eller i koncerner till koncernreferensgruppen.

4.5 Praktisk hantering av styrelserepresentationen

För att den fackliga representationen i företagsstyrelsen skall uppfylla syftet att ge de anställda insyn och inflytande på företagets verksamhet krävs ett väl fungerande fackligt kontaktarbete. Samtliga berörda fackliga organisationer i ett företag/koncern kan få insyn och inflytande i bolagsstyrelsen på ett tillfredsställande sätt endast om förberedelser och avrapportering i anslutning till styrelsesammanträden sker i de organ, som normalt bildas för ändamålet. Styrelserepresentationslagen ger facken i företag med geografiskt spridd verksamhet rätt att bilda referens- eller kontaktgrupper för de fackliga representanterna i företagsstyrelsen. Genom denna grupp hålls kontakten med respektive fackklubbar i företaget och förankras styrelseledamöternas ställningstaganden i en representativ facklig församling.



5 Nuvarande rättsläget – Utvecklingsavtalet

När det gäller koncerner ger utvecklingsavtalet mellan SAF-LO/PTK fackliga representanter rätt till betald ledighet i skälig omfattning för fackligt kontaktarbete. Detta kontaktarbete kan ske i ett koncernråd, en referensgrupp eller i form av ordförandeträffar. Det varierar från koncern till koncern om man har en gemensam LO/PTK-referensgrupp eller om man har skilda grupper.

I större koncerner omfattar koncernrådet/referensgruppen vanligen totalt 20–30 personer. Gruppen träffas regelbundet, mestadels i anslutning till koncernstyrelsesammanträden samt när särskilda behov föreligger. Gruppen är referensorgan för de fackliga representanterna i koncernstyrelsen och har vanligen en beredande funktion i olika frågor, t ex när det gäller att välja nya styrelseledamöter. I vissa fall utser gruppen ett särskilt arbetsutskott, vars uppgift bl a kan vara att fungera som informationsmottagare och förhandlingsgrupp när det gäller vissa koncernövergripande MBL-frågor. I andra fall finns inga sådana permanenta förhandlingsgrupper utan då utses förhandlingsdelegationer från fall till fall.

Tanken är också att de fackliga referensgrupperna skall utgöra ett stöd för styrelserepresentanterna, så att dessa inte ensamma skall bära ansvaret i svåra beslutssituationer. Därigenom underlättas även deras möjligheter att motsvara de krav och förväntningar som medlemmarna ofta har på styrelserepresentanterna. Det kan exempelvis vara att de skall

- vara väl förankrade och ha goda kontakter med sina uppdragsgivare
- uppmärksamhet följa verksamheten i företaget vad avser produkter, produktion, investeringar, marknader, ekonomi etc samt bevaka personalens intressen i dessa frågor
- driva personalfrågorna i styrelsen genom att då olika sakfrågor behandlas lyfta fram personalkonsekvenserna
- arbeta för att en god information genom företagsledningens försorg ges till personalen i allmänhet och till fackliga organ i synnerhet.

6 Hur ser det fackliga inflytandet vid företagsuppköp ut i praktiken? Några typexempel.

De typfall A, B, C som redovisas nedan skall åskådliggöra hur tillvägagångssättet i stora drag kan vara i samband med att beslut fattas om förvärv av företag. Jag har valt att redovisa tre olika fall som innehåller vissa grundläggande skillnader, som kan vara principiellt intressanta att studera.

De tre typfallen utgör inte någon exakt beskrivning av autentiska fall, men de bygger självfallet i hög grad på de fall som har studerats.

Till grund för typfall A ligger främst STORAs förvärv av Billerud och Swedish Match, MODOs förvärv av Holmen samt TRELLEBORGS förvärv av Boliden.

Bakom typfall B finns främst NORDSTJERNANs förvärv av ABV, VOLVOs köp av Hilleshög och Weibull samt MODOs köp av Iggesund.

Typfall C baseras i hög grad på PROCORDIAs försäljning av Berol Kemi och MODO/IGGESUNDS försäljning av EKA. I båda fallen uppträdde Nobel Industrier som köpare.

6.1 Typfall A: MORSK köper BIMA

De fackliga löntagarrepresentanterna i MORSKs styrelse informeras under helgen av MORSKs VD att ägarna och ledningen beslutat lägga ett bud på BIMAs aktier. Detta skall behandlas och formellt beslutas på det extra styrelsemöte som skall hållas i MORSK under måndagen. Informationen till de fackliga bolagsstyrelseledamöterna ges under sträng sekretess. MORSK har också begärt att handeln med MORSKs aktier på börsen skall stoppas under måndagen och att information skall lämnas vid en planerad presskonferens på måndagseftermiddagen.

Förslaget att köpa aktierna i BIMA är förankrat hos MORSKs huvudägare, tillika styrelsens majoritet. Det är således ingen tvekan om att MORSKs styrelse kommer att besluta enligt förslaget och möjligheterna för de fackliga styrelseledamöterna att påverka beslutet är i realiteten små eller inga alls.

Budet förankrat hos BIMAs huvudägare

MORSKs bud på BIMA har presenterats för huvudägaren i BIMA, vilken även har accepterat villkoren och beslutat säga ja till budet. BIMAs verkställande ledning har inte deltagit i eller varit informerade om dessa resonemang, utan de blir informerade först under söndagen. BIMA begär då ett börsstopp också för deras aktier. BIMAs styrelse kallas till ett extra sammanträde på måndagen, då MORSKs bud skall presenteras. Styrelsen skall ta ställning till budet och avge sin rekommendation till aktieägarna om man bör anta eller förkasta detta. Även om huvudägaren inte äger aktiemajoriteten i BIMA, kommer hans ställningstagande av naturliga skäl att ha stor betydelse och vara vägledande för styrelsens beslut.

De fackliga representanterna i BIMAs styrelse kommer att informeras om budet av BIMAs VD före styrelsemötet. En presskonferens planeras till måndagskvällen då styrelsens beslut väntas föreligga.

MBL-förhandlingar i MORSK

I MORSK kallas dagen efter att budet offentliggjorts de fackliga organisationerna till information och förhandlingar enligt MBL § 11. Innan förhandlingarna kan starta måste den fackliga koncernreferensgruppen, som också är informationsmottagare informeras. Denna grupp består av fackliga representanter från MORSKs (koncernens) olika företag, fördelade på LO-respektive PTK-ledamöter. Efter att Koncernreferensgruppen informerats utser den en förhandlingsdelegation (om det inte sedan tidigare finns en sådan vald för att sköta s k koncernövergripande förhandlingar), vars uppgift blir att förhandla med MORSK om förvärvet av aktierna i BIMA.

Det är i detta läge möjligt för de fackliga förhandlarna i MORSK att ta kontakt med de fackliga företrädarna i BIMA för att få respektive lämna information om hur man ser på det tänkta företagsförvärvet. I praktiken är det vanligt att dessa kontakter etableras mellan arbetstagarrepresentanterna i respektive företags styrelser.

Utifrån den information som MORSK lämnar om budet kan man på den fackliga sidan lägga fast de krav som man vill ha tillgodosedda i de kommande förhandlingarna. Dessa krav gäller i vanliga fall främst konsekvenserna för personalens anställningstrygghet, konsekvenserna för MORSKs befintliga verksamheter (produktionsenheter, marknad, FoU etc) och finansieringen av köpet (t ex kontant eller genom aktieemission).

Dessa diskussioner och förhandlingar sker normalt under stor tidspress och utrymmet för att analysera konsekvenserna av köpet är mycket begränsat. Den förhandlingsskyldighet som MBL ålägger arbetsgivaren i detta fall ger visserligen de fackliga organisationerna i MORSK möjligheter att kräva information och ställa andra krav i förhandlingarna. På det sättet kan MBL sägas ge vissa möjligheter för facken vid MORSK (d v s det köpande företaget) att påverka det slutliga beslutet att köpa aktierna i företaget.

Samtidigt måste man realistiskt konstatera att det reella inflytandet över beslutet är mycket begränsat.

Marginellt fackligt inflytande

Orsakerna till att MBL respektive styrelserepresentationslagen i realiteten inte ger mer än ett marginellt fackligt inflytande vid aktieförvärv av denna typ är framför allt följande:

1. *Det reella beslutet* att lägga ett bud på BIMAs aktier fattas av en liten grupp bestående av representanter för stora ägare och den verkställande ledningen. Ifall beslutet kommer snabbt är utrymmet för att diskutera och ifrågasätta beslutet i bolagsstyrelsen litet. Detta till skillnad från de fall då man kanske under en längre tid fört diskussioner i styrelsen om att lägga ett bud på BIMAs aktier. I detta senare fall har ju också de fackliga representanterna möjligheter att både analysera och lägga synpunkter på det lämpliga i ett förvärv, samtidigt som styrelsen kan diskutera frågan mer eller mindre förutsättningslöst.

I typfall A finns det sannolikt inte utrymme för några förutsättningslösa diskussioner vare sig i styrelsen eller i förhandlingarna med facken. Där har MORSKs huvudägare och ledning bundit sig vid sitt beslut. MBL-förhandlingarna blir i detta fall mest en formalitet, där arbetsgivaren är skyldig att lyssna på de fackliga representanternas synpunkter men inte att tillmötesgå deras krav. I detta fall uppfyller arbetsgivaren (MORSK) inte heller informations- och förhandlingsskyldigheten. I normala fall skall förhandlingar både inledas och genomföras innan arbetsgivarna avger bindande anbud om förvärv. Här är arbetsgivaren bunden av ett i realiteten redan fattat beslut och MBL-förhandlingarna genomförs först efter det att budet på BIMAs aktier offentliggjorts.

2. När ett beslut om företagsförvärv fattas i en begränsad och sluten kontrollägarkrets måste i regel styrelsebeslut och förhandlingar ske under *stor tidspress*. Informationen till de fackliga bolagsstyrelseledamöterna kommer alltför sent för att de skall ha praktiska möjligheter att vidareinformera sina fackliga kollegor (t ex i referensgrupper eller liknande) och förankra sina ställningstaganden inför styrelsebehandlingen.

Dessutom är det mycket vanligt att den första informationen till bolagsstyrelseledamöterna är sekretessbelagd. Även om arbetstagarledamöterna har rätt att föra informationen vidare till referensgruppen, sätter beslutet om tystnadsplikt en stor press på styrelseledamöterna att hålla informationen för sig själva tills budet är offentligt. Även de efterföljande förhandlingarna i MORSK äger ofta rum under stor tidspress, vilket allvarligt begränsar fackens möjligheter att analysera effekterna av företagsförvärvet.

Vad händer i BIMA

I det här fallet föreligger ingen primär förhandlingsskyldighet enligt MBL gentemot de anställda i BIMA, eftersom beslutet om försäljning tas av ägare som inte är arbetsgivare till de anställda i det uppköpta företaget. I BIMA fattas således inget formellt beslut, som kan bli föremål för förhandlingar enligt MBL. Det är enbart en fråga för ägarna, om man vill sälja BIMA eller inte.

Hade det i stället för *hela* BIMA gällt försäljning av vissa delar därav, såsom ett dotterbolag eller en division/affärsområde, skulle situationen varit annorlunda. I sådant fall är säljaren i normalfallet även arbetsgivare och då föreligger primär förhandlingsskyldighet enligt MBL. Det säljande företaget skall då ta upp förhandlingar om försäljningen med de fackliga organisationerna i koncernen d v s med dem som är kvar i företaget.

BIMAs anställda saknar helt inflytande

Däremot föreligger i normalfallet ingen skyldighet att förhandla med de anställda och deras fackliga organisationer i det företag som säljs. Inte heller det bolag som köper (MORSK) har någon primär förhandlingsskyldighet gentemot de anställda i det köpta företaget. Det innebär att vare sig säljaren eller köparen av aktierna har några skyldigheter enligt MBL att informera eller förhandla med löntagarna i det uppköpta företaget. De anställda som direkt berörs av ett företagsförvärv har således minst möjligheter av alla att påverka beslutet.

Förutom att medbestämmandelagen inte ger något stöd till de anställda i sådana situationer, tillkommer andra problem. Det största problemet är att *informationen* till de fackliga styrelseledamöterna i BIMA om MORSKs bud lämnas mycket sent, ofta dagen eller timmarna innan offentliggörandet. Det är inte ovanligt att de fackliga representanterna får informationen så sent att det inte finns några rimliga möjligheter att gå vidare med informationen till medlemmarna. Medlemmarna får då den första informationen genom massmedias försorg.

Konsekvensen av den sena informationen blir att löntagarna och deras fackliga organisationer tvingas agera under mycket stor tidspress. Detta till yttre mera visso i en situation som de fackliga företrädarna inte har den sedvanliga förhandlingsvanan att falla tillbaka på. Trots de många företagsuppköpen under senare år hör inte förhandlingar om sådana till vardagen. Därför är även luttrade fackliga förtroendemän ovana vid situationen. Tidsbristen i kombination med ovanan sätter med andra ord de fackliga organisationerna i en mycket besvärlig sits.

I situationen att bli uppköpt av ett annat företag ställer dessutom medlemmarna i regel stora krav på de fackliga representanterna att agera snabbt och resolut. I verkligheten kan det ju handla om att det är en arg konkurrens som köper BIMA, vilket i de flesta fall väcker starka känslor till liv hos

de berörda. Det kan också vara andra faktorer, som gör att misstänksamheten är stor mot det köpande bolaget.

Den bristande eller obefintliga informationen från i första hand köparens men även från säljarens sida ger naturligen upphov till stor osäkerhet bland de anställda. Man vet i detta läge inte vilka motiv MORSK har för förvärvet, vilka avsikter och planer man har, vilka affärsidéer och strategier som ligger bakom etc. När man inte får tillgång till information och svar på dessa frågor är det i regel svårt att bedöma vilka konsekvenser företagsförvärvet kommer att få för t ex produktionen, försäljningen, administrationen och forskningen. Det vakuum som uppstår skapar en osäkerhet och i många fall en rädsla för vilka förändringar som kommer att bli följden. I grunden kan det vara sysselsättningstryggheten som står på spel.

BIMA-facken kräver information

I det här läget måste de fackliga organisationerna ställa krav på att få all relevant information från i första hand köparen. De fackliga kraven har som vi tidigare konstaterat dock ingen formell grund att stå på i detta fall, och det finns därför normalt inte mycket kraft att sätta bakom kraven. (Jag bortser här för enkelhetens skull från det allmänna opinionstryck omkring ett företagsuppköp, som eventuellt kan skapas).

I allmänhet ligger det dock även i säljarnas och köparnas intressen att komma ut med information till dem som är direkt berörda av affären. Det bör rimligen vara angeläget för i synnerhet det köpande MORSK att förklara varför man köper samt vilka framtidsplaner man har, i syfte att få arbetstagarna positivt inställda till förvärvet och den nya ägaren. Av den anledningen blir de fackliga kraven på information inte sällan tillgodosedda.

Det måste emellertid konstateras att informationen i regel lämnas relativt lång tid efter det att MORSK lagt sitt bud på BIMAs aktier. Det är inte heller säkert att informationen till sitt innehåll svarar upp mot de ställda kraven. Det kan t ex vara svårt att få klara besked om vilka avsikter och framtidsplaner köparen har. Än mindre innebär detta att de anställda och deras fackliga organisationer befinner sig i någon direkt förhandlingssituation gentemot köparen om själva förvärvet.

Det har dock hänt att facken, i situationer som påminner om detta typfall, har ställt krav på köparen t ex att avstå från att köpa 100% av företaget och i stället nöja sig med ett minoritetsägarande d v s mindre än 50%. I något enstaka fall har köparen tillmötesgått ett sådant krav.

Även om de inte är många, visar sådana exempel att det finns möjligheter för löntagarna att påverka aktieförvärv. Men det fackliga inflytandet uppnås inte med stöd av lagstiftningen. Det krävs i stället framför allt ett resolut fackligt agerande, där man har satt upp klara mål och bestämt en strategi för hur man skall uppnå dessa mål. För att lyckas krävs tid och resurser för analys och kontakter. Underlaget måste vara av god kvalitet för att man skall kunna driva de fackliga kraven mot arbetsgivaren. För detta behövs mer tid och mer information än vad som normalt ges i dessa lägen.

6.2 Typfall B: ALFA lägger bud på BETA

I detta fall behandlas på ett extra bolagsstyrelsemöte frågan om bolaget ALFA skall lägga ett offentligt bud på företaget BETAs aktier. ALFA äger sedan en tid 25 procent av röstvärdet i BETA och har en representant i BETAs styrelse.

ALFAs styrelse har tidigare haft principdiskussioner om företagets strategi. Man har vid dessa tillfällen varit ense om att satsa på en expansion bl a genom förvärv av företag som passar in i den beslutade strategin. Man har även konkret diskuterat möjligheterna att lägga ett bud på de resterande aktierna i BETA.

Från den fackliga sidan har man aktivt deltagit i dessa diskussioner och även uttalat sitt stöd för att BETA skall förvärfvas. Det kan t o m hävdas att de fackliga representanterna vid olika tillfällen anfört att styrelsen snarast borde besluta om att lägga ett bud på BETA. I annat fall har de fackliga representanterna ansett att ALFA i stället skall sälja sitt aktieinnehav i BETA.

Efter en relativt kort diskussion blir beslutet vid det extra styrelsemötet i ALFA att uppta primära förhandlingar enligt MBL § 11 angående det bud man avser lägga på BETAs aktier.

MBL-förhandlingar i ALFA

Då ALFA är en koncern, sammankallas omedelbart den fackliga koncernreferensgruppen, som är gemensam för LO och PTK. Vid dess möte informerar de fackliga ledamöterna i bolagsstyrelsen om bakgrunden och motiven till styrelsens beslut att lägga budet på BETA. Också koncernreferensgruppen har tidigare diskuterat ett förvärv av BETA och det har varit stor enighet om att den frågan skall drivas offensivt i bolagets styrelse. Gruppen beslutar utse en koncernförhandlingsdelegation, vars främsta uppgift blir att driva följande två huvudkrav:

1. Köpet av BETA skall betalas med nyemitterade aktier i ALFA och inte ske genom kontant betalning.
2. Eventuella samordningsvinster får inte leda till uppsägningar av personal utan övertalighet måste lösas på andra sätt.

Dessutom skall förhandlingsdelegationen kontakta de fackliga styrelserepresentanterna vid BETA och informera sig om deras syn på ALFAs köp.

Efter genomförda MBL-förhandlingar kan företagsledningen gå ut offentligt med erbjudandet till aktieägarna i BETA.

Liksom i typfall A föreligger i det här fallet i princip ingen förhandlings-skyldighet gentemot de anställda i BETA. Det gäller under förutsättning att erbjudandet från ALFA avser aktierna i moderbolaget BETA (d v s hela BETA-koncernen). Det är då enbart en ägarfråga om man vill acceptera erbjudandet från ALFA eller inte. Vare sig säljarna eller köparen har några

skyldigheter att informera eller förhandla med de anställda och deras fackliga organisationer i det företag, som det offentliga uppköpserbjudandet avser.

BETAs styrelse har dock att behandla ALFAs erbjudande och besluta om man skall rekommendera aktieägarna att anta eller förkasta erbjudandet. De fackliga representanterna i BETAs styrelse befinner sig i det här läget i ungefär samma situation som löntagarrepresentanterna i Företagets styrelse i typfall A.

ALFAs bud inte förankrat hos BETAs ägare

Jämfört med typfall A, kan dock några betydelsefulla skillnader föreligga. ALFAs bud behöver t ex inte vara förankrat bland vare sig BETAs ägare eller ledning. Det kan röra sig om ett fientligt övertagande, vilket ofta innebär att i varje fall företagsledningen ställer sig negativ till ALFAs erbjudande. Detsamma kan gälla en viss del av de tongivande aktieägarna. Inte alltför sällan föregås ett offentligt uppköpserbjudande av viss osämja i det uppköpta företags styrelse och/eller viss beslutsförlamning på grund av andra orsaker. I sådana fall kommer ofta oenigheten i öppen dager när uppköpserbjudandet blir offentligt.

Det faktum att ALFAs bud inte är förankrat hos någon dominerande ägare kan ge de fackliga organisationerna vid BETA större möjligheter att agera för att påverka ägarförändringen. Ett skäl är att det vid offentliga uppköpserbjudanden i regel finns mer tidsmässigt utrymme för analys och kontakter för facken innan tiden för aktieägarna att svara på ALFAs erbjudande gått ut. Därigenom ökar också förutsättningarna för facken att ta ställning till ALFA som ny ägare och utarbeta en facklig strategi för hur man skall kunna utöva något inflytande på ägarbilden.

Det är inte minst viktigt att de fackliga representanterna vid de båda företagen kan ta kontakt med varandra och utbyta information samt diskutera vilka effekterna kan bli av ett förvärv. Allmänt gäller att sådana kontakter i dag tas alltför sällan, även när möjligheterna finns.

Ett annat skäl är, att om företagsledningen i BETA är negativ till ägarförändringen, skapas därigenom ofta ett vakuum, en situation som präglas av osäkerhet om vad ALFAs förvärv kommer att leda till. Osäkerheten kan även gälla för aktieägarna i denna situation, kanske i synnerhet om det är fråga om institutionella ägare med varierande intressen i sammanhanget. Oavsett vilka skäl företagsledningen har för sitt ställningstagande, så ger detta ändå ett visst utrymme för de fackliga organisationerna att agera och med olika medel skapa opinion för sina ställningstaganden.

Återigen måste det slås fast att detta aktionsutrymme *inte* uppnås med stöd av MBL. Lagen om styrelserepresentation för de anställda ger dock i detta fall arbetstagarrepresentanterna möjligheter att föra fram sina synpunkter och att argumentera för sin sak i syfte att påverka styrelsen vid ställningstagandet till ALFAs bud. Det kan även tänkas att de fackliga styrelse-

representanterna kan samarbeta med vissa andra styrelseledamöter för att hitta alternativa ägarlösningar.

Facket mobiliserar andra köpare

En möjlighet att mobilisera andra köpare skapas också i situationer som denna. Framför allt kan de fackliga organisationerna, om de så vill, kontakta andra företag och söka påverka dem att lägga konkurrerande bud på BETA. Det finns även exempel där facken har övertygat ägarrepresentanter i BETAs styrelse om att anbudsgivaren (ALFA) är en dålig lösning för företaget (BETA), och att det skulle vara bättre med GAMMA som ägare. I ett sådant fall kan de fackliga organisationerna vid BETA även ha stor nytta av kontakter med facken vid GAMMA för att påverka ledningen för GAMMA.

Resultatet kan bli att GAMMA lägger ett konkurrerande bud på BETA och att BETAs styrelse därigenom får pröva vilket bud man anser vara bäst för BETA. I bästa fall sammanfaller kapitalägarnas och löntagarnas intressen och då kommer man till samma slutsats. Detta är dock inte alltid fallet.

Anbudsförfarande gör fackligt inflytande möjligt

Ett anbudsförfarande kan således ge de fackliga organisationerna ett större inflytande vid ägarskiftet än vad som är vanligt i dag. Som jag har försökt visa är det tänkbart att utrymmet ökar för facken att driva sina krav gentemot såväl köpare som säljare i ett sådant läge. Detta förstärks om det dessutom finns konkurrerande ägarintressen. De anställda och deras organisationer kan genom målmedvetet agerande manövrera sig fram till en position, som innebär att den tilltänkte köparen måste ta stor hänsyn till vad de anställda anser om förvärvet, trots att MBL inte ger någon rättslig grund för detta.

För anbudsgivaren kan det därför bli nödvändigt att informera de anställda vid BETA om varför man köper och vilka framtidsplaner man har för BETAs verksamheter. I likhet med typfall A är en sådan öppen och seriös information troligen ett måste för att hindra stora grupper av anställda från att lämna BETA. Företaget löper annars stora risker att förlora den kompetens som verksamheten bygger på. Erfarenheterna från studerade fall av denna karaktär visar att det är av avgörande betydelse för de anställdas inställning att anbudsgivaren lämnar denna information personligen och direkt till de berörda, och att detta görs så tidigt som möjligt. I flera fall har personalens inställning svängt från att ha varit direkt negativ till att bli positiv efter att sådan information lämnats.

Ägarintresset varierar

För säljarna (aktieägarna) kan det som vi sett bli nödvändigt att göra olika avvägningar vid beslutet om vilket bud som skall accepteras. Det normala får väl sägas vara att aktieägarna är mest intresserade av att få ut ett så bra pris som möjligt på aktierna och därför är beredda att sälja till den som bjuder högst. I sådana fall kan en anbudsgivning vara positiv för aktieägarna genom att intresserade spekulanter får bjuda över varandra. Det innebär dock inte att det automatiskt är positivt för de anställda.

I företag med spritt ägande utan dominerande ägare som känner särskilt ägaransvar för vad som händer med företaget efter ägarskiftet blir resultatet ofta att den högstbjudande vinner utan att denne behöver avge någon särskild avsiktsförklaring. Då är också det fackliga inflytandet mycket begränsat. I normala fall inskränker det sig till de anställdas styrelserepresentation, vilket väger lätt i denna situation. I sådana fall är det inga ägarintressenter som bevakar att förvärvet innebär en strukturellt riktig lösning och är bra för det förvärvda företaget. Sysselsättningsaspekterna betonas inte heller vid sådana affärer.

I andra företag, där det finns dominerande ägargrupperingar, kan det oftare inträffa att ägarna lägger vikt vid vilken typ av köpare som skall få förvärva aktierna. Ägarna kan i sådana fall sträva efter att exempelvis välja en köpare, som av olika skäl passar det uppköpta företaget väl och har något att tillföra. Det kan gälla t ex produktionskapacitet, marknadskanaler, finansiella resurser etc. Om ägarna har ambitioner att trygga företagets fortlevnad genom att hitta lämplig köpare, är det även möjligt att de anställda ges möjligheter att påverka valet av köpare.

Formerna för det fackliga inflytandet kan i sådana fall variera; det kan ske genom styrelserepresentationen, genom kontakter från ägarna och ledningen med vissa tongivande fackklubbar eller direkt med fackliga företrädare som har ägarnas och ledningens förtroende. Det vanligaste torde vara att ägarrepresentanter i bolagsstyrelsen, kanske tillsammans med företagets ledning, har fortlöpande diskussioner med de fackliga styrelserepresentanterna, vilket även är naturligt med tanke på att styrelsen skall avge sin rekommendation till aktieägarna att anta eller förkasta det aktuella budet.

En ytterlighetsvariant av företag med dominerande ägare är när det salubjudna företaget är ett helägt dotterföretag och ingår i en koncern. Om moderbolaget aktualiserar en försäljning av dotterföretaget föreligger primär förhandlingsskyldighet för moderbolaget gentemot de fackliga organisationerna i koncernen. I typfall C tas ett exempel på en sådan försäljning upp och där ett anbudsförfarande kombineras med ett långtgående fackligt inflytande.

6.3 Typfall C: KONCERNEN säljer DOTTERN

Den stora KONCERNENS styrelse har beslutat att dotterbolaget DOTTERN skall bjudas ut till försäljning. Man ger chefen för det affärsområde där DOTTERN ingår, tillika ordförande i DOTTERNs styrelse, i uppdrag att genomföra försäljningen. Beslutet innebär också att DOTTERN skall säljas genom ett anbudsförfarande, där intresserade kandidater får lägga bud på aktierna i DOTTERN.

MBL-förhandlingar i moderbolaget

I moderbolaget genomförs MBL-förhandlingarna enligt den primära förhandlingsskyldigheten gentemot den koncernfackliga förhandlingsgruppen. I denna grupp ingår normalt inte representanter för facken vid DOTTERN, men vid dessa förhandlingar adjungeras en facklig företrädare från vardera LO- och PTK-sidan. Detta beror på att man på den fackliga sidan anser det viktigt att ha med de direkt berörda också vid den koncernövergripande förhandlingen.

Inför förhandlingarna har den fackliga förhandlingsgruppen ingående diskuterat förutsättningarna för försäljningen med de fackliga representanterna vid DOTTERN. Dessa diskussioner har lett fram till en lista på krav, som skall ställas på moderbolaget, avseende villkoren för att acceptera en försäljning. De viktigaste punkterna på denna lista är de krav som man från facklig sida vill att moderbolaget skall ställa på den blivande köparen av DOTTERN.

Till bilden hör att man på olika nivåer i KONCERNEN, inklusive koncernstyrelsen, sedan rätt lång tid tillbaka diskuterat en försäljning av DOTTERN, främst beroende på att företaget inte längre passar in i KONCERNEN och den fastlagda affärsstrategin. Därigenom har man inte minst på den fackliga sidan haft en mental beredskap för att försäljningen förr eller senare skulle komma att aktualiseras. De anställda i DOTTERN och deras fackliga organisationer har därför också delvis kunnat förbereda den nu uppkomna situationen, bl a genom att diskutera lämpliga fackliga strategier och önskvärda köpare respektive icke-önskvärda köpare.

Enighet om kraven på köparen

MBL-förhandlingarna på koncernnivå resulterar så småningom bl a i en lista på krav på den tilltänkta köparen. Listan kan tänkas innehålla ungefär följande:

1. Köparen måste kunna erbjuda en bättre miljö för DOTTERN än den nuvarande.
2. Köparen bör ha förutsättningar att förbättra DOTTERNs strategiska positioner inom såväl marknad som det tekniska området.

3. DOTTERN skall hållas ihop och inte splittras upp i olika delar. Företaget skall ges en förhållandevis självständig ställning i organisationen och med en god finansiell bas.
4. Säljarens mål är att få ut bästa möjliga pris från en köpare, som både kan och vill tillmötesgå dessa krav.

Denna kravlista skall sedan ligga till grund för företagets bedömning och värdering av de intresserade köparna och deras olika bud. I den första omgången har anbudsgivarna att komma in med preliminära bud och en skriftlig redovisning av vad man vill göra med DOTTERN, varpå "chefsförhandlaren" gör en första grovgallring. Det innebär att han "spolar" de företag som inte alls uppfyller de uppställda kraven. Denna grovgallring görs i samförstånd med de fackliga organisationerna vid DOTTERN.

Kvar till andra omgången finns sedan en grupp företag (1-5 st), som bedöms som intressanta att diskutera vidare med. Företagen inbjuds därför till DOTTERN för att titta på industrierna och för diskussioner med ledningen och de fackliga organisationerna.

Facken anlitar löntagarkonsult och preciserar kraven

I det här läget begär och får facken vid DOTTERN anlita en löntagarkonsult, som skall bistå med analys av de intressanta företagen. Löntagarkonsulten skall arbeta med den fackliga förhandlingsgrupp, som nu utses gemensamt av LO- och PTK-klubbarna på DOTTERN. Samtliga tio fackklubbar inom DOTTERN har därigenom samordnat sig och har en enig uppfattning om det fortsatta arbetet.

Den fackliga förhandlingsgruppen vid DOTTERN arbetar nu med hjälp av löntagarkonsulten fram de fackliga krav som skall ställas på köparen, samt på säljaren när det gäller det fackliga deltagandet i själva processen. Dessa krav som närmast kompletterar de tidigare kraven formuleras på följande sätt:

Krav på ny ägare

1. Bra långsiktig lösning för DOTTERN och dess anställda
2. Ingen styckning av DOTTERN
 - a) företaget skall hållas ihop,
 - b) Ingen senare försäljning av hel division,
 - c) ingen uppdelning av DOTTERNs olika delar i det köpande företagets organisation,
 - d) självständigt bolag med goda finansiella resurser
3. Branschkunig och satsningsvillig ägare
 - a) ha kunskaper om branschen,
 - b) ha industriellt intresse och förståelse,
 - c) ha klar affärsidé och tydligt formulerade mål

4. Bevara och utveckla personalens medbestämmande
 - a) utveckla det lokala medbestämmandeavtalet,
 - b) möjligheter att påverka det nya moderbolaget t ex genom styrelse-representation eller direktkontakt med ledningen,
 - c) rätt till regelbundna kontakter med fackliga organisationer inom KONCERNEN i de övriga nordiska länderna.
5. Ägaren skall kännetecknas av god företagsetik
 - a) den anställda skall inte behöva skämmas över sitt arbete eller sin arbetsgivare,
 - b) ingen verksamhet i Sydafrika,
 - c) få utrymme att utveckla miljövänligare produkter

Krav på deltagande i beslutsprocessen

1. Möjlighet för DOTTERNs fackliga organisationer att träffa de intresserade köparna
2. Möjlighet för DOTTERNs fackliga organisationer att påverka valet av den slutliga köparen.

Facklig medverkan leder till ökat samförstånd

Detta resulterar i att särskild tid avsätts vid de inbjudna företagens besök för diskussioner med de fackliga representanterna. Då ges tillfälle att dels presentera ovannämnda kravlista och få företagens svar på detta, dels ställa mer specifika frågor om det aktuella företags motiv och avsikter med köpet av DOTTERN. Kärnfrågorna är: Vad vill köparen göra med DOTTERN? Vad kan köparen tillföra DOTTERN?

Inför den slutliga bedömningen träffar man representanter för de företag som "ligger bäst till" samt med fackliga representanter vid dessa företag för ytterligare information. Efter dessa träffar kan den fackliga förhandlingsgruppen bedöma företagens starka och svaga sidor och slutligen göra rangordningen av köparna.

Därefter återstår slutförhandlingen med det säljande moderbolagets företrädare d v s chefen för affärsområdet där DOTTERN ingår. I detta läge kan det självfallet vara så att man inte gör samma bedömningar och därför inte kan enas om vilket företag som är den bästa köparen beroende på att man värderar fördelarna och nackdelarna hos köparna olika. För säljaren har givetvis priset en stor betydelse, vilket knappast är fallet för de anställda vid DOTTERN.

Samtidigt visar erfarenheterna från verkliga fall att när de fackliga organisationerna får vara med i hela processen på detta sätt, utvecklas ett långtgående samförstånd mellan parterna. Det aktiva fackliga deltagandet i den fortlöpande processen torde också på företagets sida uppfattas som ett posi-

tivt medbestämmande. Det leder till att företaget ogärna går emot de fackliga organisationernas önskemål. Det finns således exempel på planerade företagsförvärv, där de fackliga organisationerna har fått en faktisk vetorätt mot tänkta köpare.

Även om man inte skulle lyckas nå enighet mellan de fackliga organisationerna i DOTTERN och "chefsförhandlaren" finns det ytterligare möjligheter till fackligt inflytande. Innan koncernstyrelsen fattar beslut om försäljningen, skall MBL-förhandlingen på koncernnivå vara avklarad. Om den fackliga samordningen fungerar tillfredsställande skall de krav som facken vid DOTTERN haft drivas vidare i koncernförhandlingen. Den sista möjligheten till fackligt inflytande finns sedan när försäljningen av aktierna i DOTTERN behandlas i KONCERNENS styrelse.

6.4 Några viktiga förutsättningar för fackligt inflytande

Avslutningsvis skall här anges några avgörande förutsättningar för att ett långtgående fackligt inflytande vid aktieöverlåtelse i dagens läge skall kunna uppnås:

1. Det krävs *starka, medvetna och kunniga* fackliga organisationer som både vågar och har förmåga att aktivt driva sina krav.
2. Det krävs en *genomarbetad och effektiv organisation* av det fackliga arbetet, med en klar fördelning av olika uppgifter.
3. Det krävs att *arbetare och tjänstemän arbetar tillsammans* och når enighet i de viktiga frågorna. Facklig ärlighet och öppenhet är i sin tur förutsättningar för att det fackliga samarbetet mellan arbetare och tjänstemän skall fungera.
4. Det krävs *tidsmässigt utrymme* för de fackliga organisationerna för att samla in och analysera information, bygga upp och använda kontakter, bedöma konsekvenser etc.
5. Det krävs att facken har väl upparbetade kontakter – *fackliga nätverk* – för att informations- och opinionsarbetet skall vara effektivt.
6. Det krävs *kompetenta och erfarna fackliga företrädare*, som kan värdera informationen och bedöma de strukturella konsekvenserna av företagsförvärvet.
7. Det krävs att arbetsgivarna och de fackliga organisationerna har *goda relationer* till varandra, relationer som präglas av stort förtroende mellan inblandade personer och ett likartat synsätt på behovet och nyttan av fackligt inflytande.

7 Förslag till åtgärder för ökat fackligt inflytande vid företagsförvärv

En genomgång av de fackliga erfarenheterna från några av de större företagsuppköp som gjorts under 1980-talet visar på följande huvudproblem:

1. *Informationen* om aktieöverlåtelsen ges sent till de fackliga organisationerna i både det köpande och säljande bolaget. Framför allt informeras de direkt berörda vid det bolag som förvärvas på ett mycket sent stadium.
2. Det finns ingen skyldighet för vare sig det köpande eller det säljande bolaget att *samråda eller förhandla* med facken i det salubjudna företaget innan avtal om aktieöverlåtelse träffas.

Om det fackliga inflytandet vid företagsförvärv skall utvidgas krävs uppenbarligen åtgärder som främst riktas mot dessa problem. Därför koncentreras det följande resonemanget till några sådana förslag till åtgärder.

När det gäller informationsfrågan är det i normala fall mest angeläget för de anställda i det salubjudna företaget att få information från köparen. Som problemet tidigare har beskrivits, ger den bristande eller obefintliga informationen upphov till stor osäkerhet och i många fall rädsla för vad som kan komma att hända. Följden blir ofta att arbetstagarna intar en negativ ställning till förvärvet och den nya ägaren. Åtminstone präglas deras inställning i många fall av en betydande misstänksamhet.

Erfarenheterna från flera av de studerade fallen visar att när köparen väl informerar de anställda och deras fackliga representanter om sina motiv, strategier och framtidsplaner kan en stor del av osäkerheten undanröjas, vilket i sin tur vanligen leder till en förändrad inställning. Det talar för att det ligger i köparens eget intresse att så snabbt som möjligt komma ut med information till dem som är direkt berörda av förvärvet. Givetvis är det viktigt att informationen också är sådan att den ger svar på de frågor som är relevanta i sammanhanget.

Mot den här bakgrunden borde övervägas en lag som ålägger köparen att dels informera de fackliga organisationerna på ett tidigt stadium, dels avge en avsiktsförklaring. En sådan skyldighet att lämna information och att avge en avsiktsförklaring bör kompletteras med en regel som ger de fackliga organisationerna vid det företag som skall förvärvas rätt till rådrum under en bestämd tidsperiod.

Informationen till facken bör ges lika snabbt som de börsnoterade bolagen i dag måste informera aktiebörsen när aktieposter av en viss storlek förvärvats i ett bolag (uppflaggning). På så sätt skulle arbetstagarnas intressen i någon mån jämföras med aktiemarknadens.

En sådan informationsplikt gentemot de fackliga organisationerna måste även gälla för icke-börsnoterade företag. Det finns i det här sammanhanget ingen anledning att särbehandla börsföretagen.

Informationsplikten bör inträda när vissa gränser för ägar- och röstandelar passeras. Enligt min bedömning uppnås de väsentligaste syftena med en informationsplikt om gränserna sätts vid 10, 25, 40, 50 och 90%. En sådan regel skulle således innebära att köparen åläggs att särskilt informera de fackliga organisationerna i det "köpta" företaget, så fort någon av dessa ägar- och/eller röstandelar passeras. Informationen bör lämnas till den fackliga grupp, som är utsedd till informationsmottagare i det "köpta" företaget.

Vad beträffar informationens innehåll bör kraven öka i takt med att ägarandelarna ökar. Man kan därvidlag urskilja 25% som en av flera skäl viktig gräns för aktieäggande. Det kan därför vara lämpligt att kraven på informationens innehåll sätts lägre för förvärv som understiger 25% för att sedan öka relativt kraftigt i och med att köparen passerar 25%-gränsen.

Vid de mindre förvärven skulle det i så fall vara tillräckligt med att facken ges en skriftlig information om att en aktiepost av viss storlek förvärvats, vilka motiv som ligger bakom och om köparen avser att öka sitt aktieinnehav ytterligare.

Vid förvärv av aktieposter som ger 25% eller mer av aktie- och/eller röstvärdet i det köpta företaget bör informationsplikten utvidgas. Köparen bör, i sådana fall då köparen blir en dominerande ägare, åläggas att avge en utförligare och mer detaljerad motiv- och avsiktsförklaring av ungefär följande innebörd.

Avsiktsförklaringen bör ge besked om dels vilka motiven är för köpet, dels vilka framtidsplaner man har. Köparen bör åläggas att ange företagets affärsidé och strategi, vilka resultatmål och utvecklingsinriktning som åsatts för verksamheten. Köparen bör vidare ange vilka avsikterna är beträffande produktionen, personalen, investeringar, organisationen, kapitalstruktur etc. Köparen bör också tala om hur förvärvet finansieras. Avsiktsförklaringen bör avges i skriftlig form, t ex genom prospekt riktat till de anställda. Det bör också åläggas köparen att ge muntlig information till de anställda där även tillfälle ges att ställa frågor.

Rätt till fackligt rådrum under en bestämd tidsperiod (förslagsvis 1-2 månader) bör införas vid majoritetsförvärv för att de fackliga organisationerna skall ges tid och möjligheter till införskaffande av information och för analysarbete samt för erforderliga överläggningar och kontakter.

De fackliga organisationerna bör även ges en automatisk rätt att anlita löntagarkonsult om de så önskar när ett företagsuppköp aktualiseras.

Rådumsrätten ger på detta sätt de fackliga organisationerna vid det före-

tag som skall förvärvas bättre möjligheter att ta fram ett ordentligt underlag för sitt ställningstagande och att diskutera sig fram till vilka krav man eventuellt skall ställa på köparen.

För att rådrummet skall få en reell innebörd, måste det kombineras med en regel som förhindrar styrelsen i det företag som är aktuellt för försäljning att fatta något beslut angående försäljningen. Den praktiska innebörden av detta är att styrelsen måste bordlägga frågan i avvaktan på att den fackliga rådrumsrätten iakttagits.

En väsentlig fråga, som måste utredas vidare, är om *obligatoriskt börsstopp* bör inträda för det "köpta" företagets aktier i samband med att regeln om fackligt rådrum blir tillämplig. En sådan bestämmelse kan vara nödvändig för att undvika risken att stora aktieposter byter ägare innan styrelsen hunnit bordlägga frågan i avvaktan på det fackliga rådrummet. Det obligatoriska börsstoppet behöver i så fall endast gälla tills dess att det "köpta" företagets styrelse bordlagt frågan.

En lagstiftning som på detta sätt lägger ett större ansvar på köparen/budgivaren att ge en utförlig och öppen information till de anställda och samtidigt ger facken mer tid och rättigheter innebär sannolikt att man i praktiken kommer in i ett slags *samrådsförfarande mellan aktieägare och anställda*. Det är dock inte detsamma som regelrätta förhandlingar.

En ytterligare möjlighet är att i lag ge aktieägaren/köparen *skyldighet att förhandla* med de anställda innan det definitiva köpeavtalet skrivs under. Vill man gå ett steg ytterligare, skall det krävas de fackliga organisationernas godkännande för att förvärvet skall få genomföras. Innebörden av det är att facken ges en *formell vetorätt* vid ägarförändringar.

7.1 Fackligt inflytande genom samhällsprövning av större förvärv

Från allmänna utgångspunkter bör enligt min uppfattning en samhällelig prövning äga rum vid större företagsförvärv, exempelvis där den sammanlagda omsättningen kommer att överstiga 10 mdr kronor. Grunden för en sådan prövning bör utgöras av bedömningar av förvärvets effekter ur främst konkurrens- och struktursynpunkt. Även andra vitala samhällsintressen bör kunna ingå.

Det är naturligt att en sådan samhällsprövning sker efter ett visst remissförfarande, där bl a de fackliga organisationerna ges möjlighet att yttra sig över det planerade förvärvet (eller fusionen). Ett sådant förfarande tillämpas redan i dag vid utländska förvärv av svenska företag.

Bilaga 5

Kontroll av företagsförvärv inom EG
av *Ulf Bernitz*

Innehåll

Förord	171
1 <i>Inledning</i>	173
1.1 Bakgrund och rapportens disposition	173
1.2 Definitioner och begrepp	175
2 <i>Den ekonomiska bakgrunden</i>	179
2.1 Inledning	179
2.2 Den marknadsekonomiska grundvalen	179
2.3 Särskilt om konkurrenspolitik och konkurrensreglers betydelse på den Gemensamma Marknaden	181
2.4 Koncentration – effekter och verkningar i ekonomiskt hänseende	183
2.5 Skiftande attityd till ingripanden mot koncentration inom EG	185
2.6 Skäl för att kontrollera och reglera koncentration	186
2.7 Särskilt om internationella sammanslagningar	188
3 <i>Grunddrag i konkurrenslagstiftningen</i>	191
3.1 Inledning	191
3.2 Allmänt om konkurrensregler avseende företagsförvärv	191
3.3 Den internationella utvecklingen	193
3.3.1 Amerikansk antitrusträtt som förebild	193
3.3.2 Tillämpningen av konkurrensreglerna	195
3.3.3 Storbritannien	197
3.3.4 Västtyskland	198
3.3.5 Kontroll av företagsförvärv i Sverige	201
3.3.5.1 Bakgrund	201
3.3.5.2 Kontrollen av företagsförvärv i 1982 års konkurrenslag	202
3.3.6 Förvärvskontroll i Norge	208
4 <i>EG:s konkurrenslagstiftning – ramar och tillämpningsprocedur</i>	209
4.1 Utgångspunkter	209
4.2 Allmänt om EG:s konkurrensregler	210
4.3 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal	211
4.4 Förbudet mot missbruk av dominerande ställning	214
4.5 Den relevanta marknaden	215
4.5.1 Inledning	215
4.5.2 Den relevanta produktmarknaden	216
4.5.3 Den relevanta geografiska marknaden	219
4.6 Dominerande ställning	220
4.6.1 Betydelsen av dominerande ställning	221

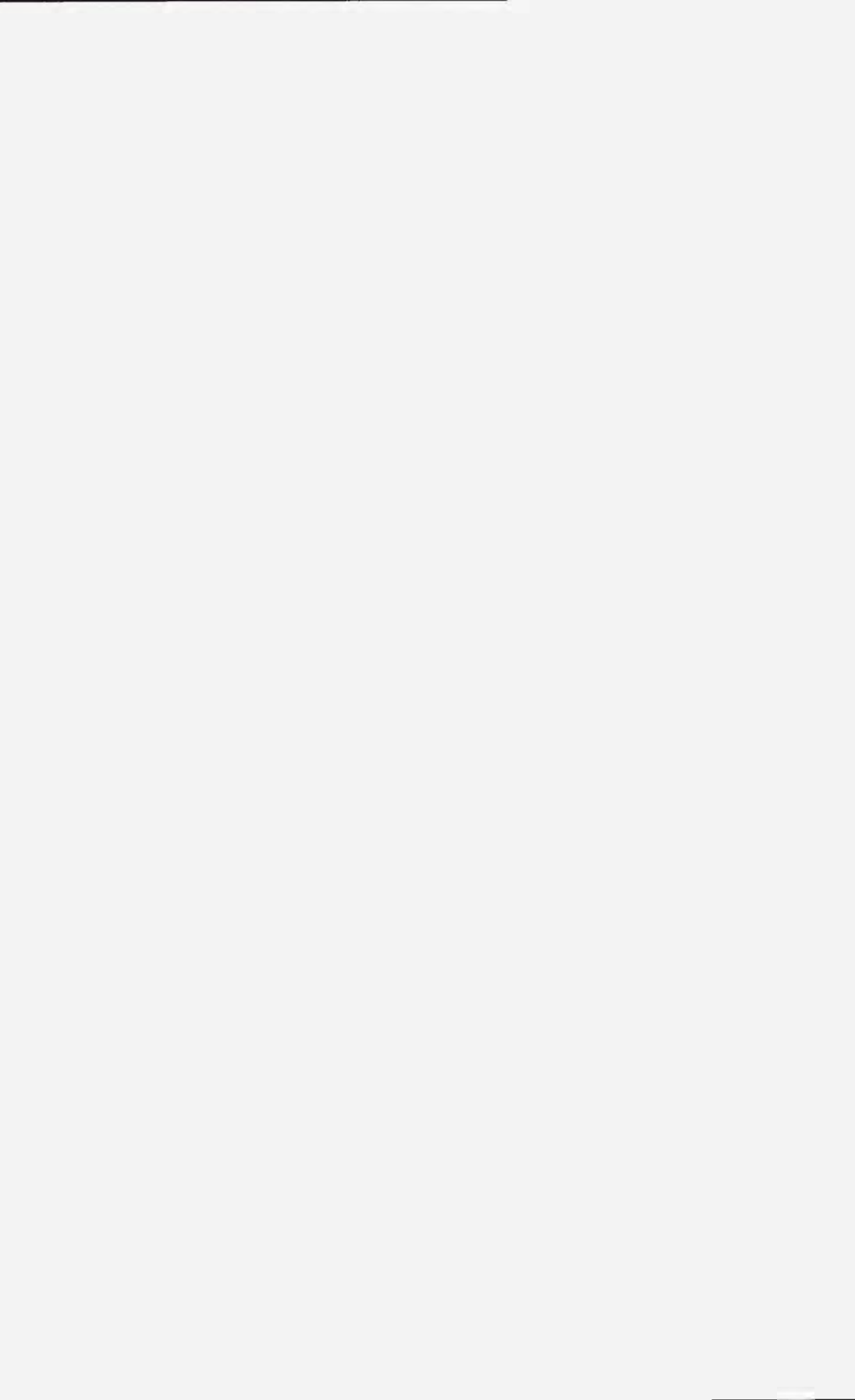
4.7	Kontroll av företagsförvärv som förstärker marknadsdominans	222
4.7.1	Continental Can-fallet	222
4.7.2	Huvudpunkter och viktigare begränsningar i tillämpningen av art 86	223
4.7.3	Kommissionens informella kontroll av företagsförvärv	224
4.7.4	Möjligheterna att utfärda interimistiskt förbud resp undantagsförklaringar	226
4.8	Kontroll av företagsförvärv genom regler om förbud mot konkurrensbegränsande avtal	227
4.8.1	Philip Morris-fallet	228
4.8.2	Konsekvenser av Philip Morris-fallet	230
4.8.2.1	Inledande anmärkningar	230
4.8.2.2	Förvärv på aktiebörsen resp take over-situationer	232
4.8.2.3	Ogiltighetssanktionen i art 85 (2)	233
4.9	Exterritoriell tillämpning	234
4.9.1	Huvudlinjer	234
4.9.2	Praxis rörande EG-rättens exterritoriella tillämpning	236
4.9.2.1	Effektprincipen	236
4.9.2.2	Den ekonomiska enhetens princip	238
4.10	Exterritorialitet och koncentrationsformer	239
5	<i>Förordningen om kontroll av företagskoncentrationer</i>	243
5.1	Bakgrund	243
5.1.1	1973 års förordningsförslag	243
5.1.2	Kommissionens fortsatta arbete	244
5.1.3	1988 års förordningsförslag	245
5.2	EG:s gällande förordning avseende kontroll av företagskoncentrationer	248
5.2.1	Tillämpningsområde	249
5.2.1.1	Community dimension	249
5.2.1.2	Koncentrationsbegreppet	252
5.2.1.2.1	Inledning	252
5.2.1.2.2	"Mergers"	253
5.2.1.2.3	Förvärv av aktier resp tillgångar	253
5.2.1.2.4	Samarbete mellan självständiga företag	257
5.2.1.2.5	Joint ventures	258
5.2.1.3	Bedömningsprinciper	259
5.2.1.3.1	Inledning	259
5.2.1.3.2	Den relevanta marknaden	260
5.2.1.3.3	Dominerande ställning	261
5.2.1.3.4	Hämmande av den effektiva konkurrensen	262
5.2.1.3.5	Undantagsmöjligheter	264

5.3	Förhandsanmälan	265
5.3.1	Inledning	265
5.3.2	Inledande av granskningsprocedur	266
5.3.3	Kommissionens granskning	267
5.3.4	Medlemsstaternas inflytande över granskningsprocedu- ren	268
5.4	Relationen mellan förordningens normsystem och art 85 resp 86	268
5.5	Förhållandet till nationell förvärvskontroll i EG	270
5.5.1	Bakgrund	270
5.5.2	Förordningens kompetensregler	271
5.5.3	Relationer till tredje land	274
5.6	Förordningens ställning i förhållande till det börs- och associa- tionsrättsliga harmoniseringsarbetet	274
5.6.1	Harmonisering av bolagsrätten samt s k Europabolag	274
5.6.2	Det trettonde bolagsdirektivförslaget rörande take overs	277
5.6.3	Det tionde bolagsdirektivförslaget rörande internatio- nella företagssammanslagningar (cross-frontiers mer- gers)	279
6.	<i>Sammanfattning och konklusioner</i>	283
6.1	Inledning – presentation	283
6.2	Allmänt om konkurrensregler och kontroll av företagsförvärv på den Gemensamma Marknaden	284
6.3	Tillämpningen av förbudet mot missbruk av marknadsdomine- rande ställning	285
6.4	Tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal	286
6.5	Exterritoriell tillämpning	287
6.6	Förordningen om kontroll av företagskoncentrationer	287
6.6.1	Inledning	287
6.6.2	"EG-dimension"	288
6.6.3	Koncentrationsbegreppet	288
6.6.4	Materiella bedömningsprinciper	289
6.6.5	Förhandsanmälan och granskning	290
6.6.6	Relationen till nationella kontrollsystem	291
6.7	Avslutande ord	292
<i>Bilaga 1</i>	<i>Utdrag ur Fair Trading Act (Storbritannien)</i>	<i>295</i>
<i>Bilaga 2</i>	<i>Utdrag ur Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – engelsk översättning (Västtyskland)</i>	<i>297</i>
<i>Bilaga 3</i>	<i>Utdrag ur svenska konkurrenslagen (KL)</i>	<i>305</i>

<i>Bilaga 4</i>	Utdrag ur norska prisloven	313
<i>Bilaga 5</i>	Utdrag ur Romfördraget (art 2, 3, 7, 30, 36, 85 och 86) .	315
<i>Bilaga 6</i>	Förordningen om kontroll av företagskoncentrationer av 1989	319

Vissa förkortningar

C.M.L.R.	Common Market Law Reports
E.C.R.	European Court Reports
ECU	European Currency Unit
KL	Konkurrenslagen av 1982
MD	Marknadsdomstolen i Sverige
OJ	Official Journal (EG)
US	United States Supreme Court Reports



Förord

Denna rapport utgör en studie av systemet för kontroll av företagsförvärv och företagssammanslagningar ("fusioner") inom EG. Detta är en mycket betydelsefull del av konkurrensrätten som har särskild inriktning på spelreglerna för de största företagen. Även om rapportens tyngdpunkt ligger på själva EG-reglerna på området, behandlas bl a också det konkurrensrättsliga systemet för kontroll av företagsförvärv i vissa länder (USA, Storbritannien, Västtyskland, Sverige och Norge), EG-reglernas räckvidd i förhållande till svenska företag och sambandet med utvecklingen inom EG:s bolagsrätt (Europabolag, take-overs, fusioner).

EG:s konkurrensrätt har nyligen – som ett led i förverkligandet av den inre marknaden – tagit ett stort steg framåt genom att ministerrådet den 21 december 1989, efter mycket lång förberedelse, antagit den viktiga förordningen om kontroll på gemenskapsplanet av företagskoncentrationer. Denna rapport förelåg då redan i princip färdig. Den har emellertid därefter skrivits om väsentligt för att kunna redovisa det nya läget. En svårighet har varit att den nya förordningen lämnar åtskilliga frågor helt eller delvis obesvarade och att några analyser av det nya rättsläget inte funnits att tillgå. Detta gäller inte minst förhållandet mellan det nya regelsystemet och det tidigare rättsläget grundat på de allmänna reglerna i art 85 och 86 i Romfördraget vilka i och för sig förblivit tillämpliga. Det lär emellertid dröja innan vi får klagörande ny praxis.

Rapporten har självständigt utarbetats på ägarutredningens uppdrag och författaren svarar ensam för innehållet. Jag tackar min tidigare amanuens, Kenth Muldin, för synnerlig värdefull hjälp.

Stockholm i januari 1990

Ulf Bernitz

1 Inledning

1.1 Bakgrund och rapportens disposition

Den rättsliga kontrollen av företagsförvärv och företagssammanslagningar har under senare tid rönt en allt större uppmärksamhet både på nationell och internationell nivå. På nationell nivå har i länder som saknar en effektiv och heltäckande förvärvskontroll framförts krav på införande av en mer ändamålsenlig och tidsenlig konkurrensrättslig kontroll av företagsförvärv. Även i länder (t ex Storbritannien och Västtyskland) vars konkurrensrätt innehåller ett väl utbyggt och genomarbetat system för kontroll av företagsförvärv har det ifrågasatts om inte systemet bör utvidgas och effektiviseras. På internationell nivå har frågan rönt stor uppmärksamhet inom OECD. Det största intresset har dock diskussionen inom EG tilldragit sig. Härvid har särskilt uppmärksamats möjligheten av att på basis av den befintliga konkurrensrättsliga regleringen kontrollera och ingripa mot företagsförvärv som hämmar konkurrensen på den Gemensamma Marknaden respektive lämpligheten av att införa en särskild reglering i syfte att effektivisera kontrollen och skärpa möjligheterna att ingripa mot större företagsförvärv.

Det ökande intresset kan härledas till flera uppmärksammade utvecklingstendenser. Färsk OECD- och EG-statistik visar att antalet förvärv, övertaganden, fusioner etc ökar stadigt både på nationell och internationell nivå. Här kan nämnas att inom EG genomfördes 1986/87 708 st "koncentrativa operationer" i form av sammanslagningar, övertaganden, aktieförvärv eller s k joint ventures (se om begreppen mer utförligt nedan avsnitt 1.2). Detta skall jämföras med 561 st 1985/86 resp 480 st 1984/85. Vidare har storleken av företagssammanslagningar och förvärv ökat. Tendensen att de involverade företagen är relativt stora och att transaktionerna representerar allt större ekonomiska värden visar sig både på nationell och internationell nivå. En ytterligare tendens är att antalet företagssammanslagningar inom tjänstesektorn, främst banker och försäkringsbolag, ökat markant under de senaste åren.

Ett förhållande som särskilt uppmärksamats inom EG är att antalet internationella företagsförvärv, dvs förvärv av företag över landgränserna, stadigt ökat. Härvid avses både förvärv där företagen är belägna i EG-länder och förvärv där ett eller bägge företagen är belägna utanför EG. De internationella företagsförvärven har särskilt fäst uppmärksamheten på de

konkurrensbegränsande effekter på marknaden som en stigande internationell koncentrationsgrad kan föra med sig.

Till ämnets aktualitet bidrar också det ökande antalet företagsförvärv som ofta under omfattande publicitet sker under motstånd från det förvärvade företagets ledning, s k "hostile take-overs".

I ett EG-perspektiv medverkar även det pågående arbetet med fullbordandet av den inre marknaden till att frågan om en enhetlig kontroll av företagsförvärv på EG-planet livligt debatterats och föranlett en hög aktivitet från EG-kommissionens sida. Arbetet har lett till att ministerrådet 21 dec 1989 antagit den mycket viktiga förordningen om kontroll av företagskoncentrationer (Regulation on the control of concentrations between undertakings). Dess antagande hade föregåtts av ett mångårigt, omfattande och engagerat arbete med frågan. De grundläggande initiativen hade tagits av kommissionen redan under 1970-talets förra hälft.

Begreppet *företagsförvärv* ges i rapporten en vid betydelse. Även den juridiska kontrollen av former för koncentration i näringslivet som inte direkt faller under begreppet företagsförvärv behandlas. Förutom situationer då ett företag förvärvat ett annat företags aktier eller tillgångar, dvs "rena" företagsförvärv, analyseras rättsläget även beträffande olika former av företagssammanslagningar och fusioner samt bildandet av nya bolag som kontrolleras gemensamt av två eller flera företag (begreppen definieras utförligt i avsnitt 1.2). Härav framgår att utgångspunkten för den konkurrensrättsliga analysen i princip utgörs av alla slags former av koncentration inom näringslivet vare sig det rör sig om fusioner, företagssammanslagningar (mergers), koncernbildningar, övertaganden (take-overs), aktieförvärv, joint ventures etc.

Huvudsyftet med rapporten är att beskriva och analysera relationen mellan olika slags koncentrationsförfaranden och EG:s konkurrensrätt. Avsikten är således att redogöra för på vilket sätt och i vilken omfattning EG:s konkurrensregler kan utnyttjas för kontroll av koncentrativa förfaranden på marknaden och i praktiken används för att hindra planerade eller upplösa genomförda företagsförvärv, sammanslagningar etc. Rapporten behandlar i detta avseende såväl den kontroll som är möjlig genom de grundläggande konkurrensreglerna i Romfördraget (art 85 och 86) som den kontroll i form av en särskild förordning som nyligen antagits av ministerrådet. Vidare observeras förhållandet mellan EG-rätten och den nationella kontrollen av företagsförvärv. Särskilt behandlas i detta avseende relationen mellan EG-rätten och det svenska systemet för förvärvskontroll samt den reella betydelse som EG-rätten har och kan komma att få för svenska företag.

Rapporten innehåller fyra avsnitt.

Första avsnittet behandlar den ekonomiska bakgrunden. Särskilt behandlas de marknadsekonomiska utgångspunkterna, konkurrensens betydelse på den Gemensamma Marknaden samt de ekonomiska effekterna av koncentration i näringslivet och de särskilda skäl som finns för kontroll av företagsförvärv inom EG.

I det *andra* avsnittet behandlas kontrollen av företagsförvärv i några större industriländer. Här tas de i många avseenden olikartade normsystemen i USA, Storbritannien och Västtyskland upp till närmare granskning.

Tredje avsnittet utgör i stort en redogörelse för EG:s konkurrenslagstiftning med särskilt avseende på frågan i vad mån de allmänna konkurrensreglerna kan tillämpas på företagsförvärv. Särskild vikt fästs vid att klargöra grundläggande begrepp såsom relevant marknad, dominerande ställning etc samt konkurrensreglernas exterritoriella tillämpning. Vidare analyseras möjligheterna att med stöd av art 85 resp art 86 i Romfördraget angripa olika former av företagsförvärv.

I det *fjärde* avsnittet redogörs för 1989 års nya grundläggande EG-förordning om kontroll av företagskoncentrationer.

Rapporten avslutas med en *sammanfattning*.

Såsom *litteratur* har främst anlitats officiellt tryck och rättsfallssamlingar, konkurrensrättsliga arbeten och aktuella artiklar – inbegripet mina egna böcker Marknadsrätt (1969), Internationell marknadsrätt (1980) och Svensk Marknadsrätt (1986) – samt OECD-rapporter.

1.2 Definitioner och begrepp

En generell iakttagelse rörande relevanta begreppsdefinitioner är att man måste vara observant på att samma begrepp kan ha olika betydelse beroende på i vilket sammanhang det används. De förekommande begreppen kan ofta ha en viss betydelse i ekonomiska sammanhang men en annan, vanligtvis mer stringent, i juridiskt hänseende. Även inom ramen för den juridiska begreppsvärlden används begreppen i olika betydelse beroende på i vilket sammanhang som avses. Det är t ex ofta väsentlig skillnad på ett visst begrepps betydelse och räckvidd i en konkurrensrättslig resp bolagsrättslig bedömning. Vidare används ofta begreppen i dagligt tal i en betydelse som inte alltid har täckning vare sig i ekonomisk eller juridisk teori. Det är därför av största betydelse att kortfattat definiera de i rapporten väsentliga begreppen. I detta avsnitt redovisas därför som utgångspunkt den allmänna innebörden av de grundläggande begreppen. I den detaljerade beskrivningen av EG:s konkurrensregler och förordning om kontroll av företagskoncentrationer byggs dessa generella definitioner på med de särskilda rekvisit och kriterier som gäller för den rättsliga kontrollen av företagsförvärv inom EG.

Ett *företag* kan definieras på många olika sätt. I svenskt lagspråk förekommer termen mycket sällan, eftersom man normalt föredrar att använda termerna näringsverksamhet eller näringsidkare. I juridiskt hänseende förstås ofta med termen företag all verksamhet som bedrivs under ett och samma namn, den s k firman, medan begreppet i ekonomisk teori ofta avser en enhet inom det ekonomiska systemet vilken dirigeras och kontrolleras av en enhetlig ledning. I denna rapport används begreppet i betydelsen av en organisatorisk enhet vars verksamhet leds, planeras och kontrolleras av en en-

hetlig ledning och med uppgift att producera varor eller tjänster. I denna definition inbegrips således både fristående juridiska enheter, koncerner och offentliga företag.

En *koncern* betraktas normalt som en enhet både ur ekonomisk och juridisk synvinkel. Vanligen förstås härvid en grupp företag där ett moderbolag äger andra juridiska personer, s k dotterföretag, som i sin tur kan kontrollera andra företag. Koncernförhållanden utgör således ofta mycket komplexa förhållanden avseende ägarstruktur och inflytande. Den grundläggande frågan är vilka kriterier som skall vara avgörande för om ett moder- och dotterbolagsförhållande skall anses föreligga. I svensk aktiebolagsrätt anses enligt huvudregeln ett koncernförhållande uppstå när ett bolag ensamt har mer än hälften av rösterna rörande ett annat företags aktie- eller andelskapital. I konkurrensrättslig praxis, både på nationell och internationell nivå, knyter man normalt an till de bolagsrättsliga kriterierna. Koncernbegreppet är således normalt förbehållet ägarförhållanden som bolagsrättsligt kan karakteriseras som moder-dotterbolagsrelationer. I rapporten avses således med koncerner ett förhållande där ett moderbolag äger mer än hälften av aktierna eller andelarna i dotterföretag och därmed kan kontrollera dotterföretagets verksamhet. Koncernbegreppet avser inte förhållanden där ett bolag tillsammans med ett annat bolag äger mer än hälften av ett företags aktier resp andelar eller förhållanden där ett företag äger exakt hälften av aktierna resp andelarna.

Ur konkurrensrättslig synvinkel är det tämligen stela koncernbegreppet av mindre intresse genom att konkurrensförutsättningarna påverkas även i situationer där relationen mellan olika företag inte är så stark att den konstituerar ett koncernförhållande. I ett koncentrationsperspektiv är det av stor betydelse om ett företag, utan att utgöra moderbolag i bolagsrättslig mening, har ett *bestämmande inflytande* i ett eller flera andra företag. Ett bestämmande inflytande kan föreligga om ägarandelen visserligen inte överstiger hälften av aktierna eller andelarna men ändå utgör den ojämförligt största enhetligt ägda aktieposten. Begreppet bestämmande inflytande kan dock inte definieras enbart utifrån ägarandel utan bedömningen av om ett bestämmande inflytande föreligger influeras även av en mängd andra faktorer såsom avtalsmässiga bindningar, ev gemensamma företagsledningsfunktioner resp personer, reellt inflytande på företagsledningen, finansiella bindningar etc. Särskild vikt fästs vid om ägarandelen är förenad med representation i ledningen av företaget eller om någon annan form av kontrollfunktion föreligger. I denna rapport avses med bestämmande inflytande att ett företag på grund av ägarandel och/eller andra faktorer har ett inflytande över ett annat företags verksamhet att det därmed kan utöva styrning resp kontroll av företagets kommersiella åtgärder och strategi.

Begreppet *företagsförvärv* ges i rapporten en bred innebörd. Termen används som ett övergripande begrepp för alla former av samgående mellan företag i form av aktie- eller andelsköp (antingen hela företaget eller aktiemajoriteten) eller andra former av företagssammanslagningar t ex koncern-

bildningar, fusioner, konsolidering etc. Någon definitionsmässig skillnad mellan begreppen företagsförvärv och företagssammanslagning avses således inte utan bägge begreppen används i den vidsträckta betydelse som angivits. Begreppen har härvid nära samband med den i ekonomisk teori förekommande termen företagskoncentration som innebär att flera företag med uppgivande av sin ekonomiska självständighet på ett varaktigt sätt omgrupperas under en gemensam ledning.

Med *fullständigt förvärv* avses köp av aktie- eller andelsposter som motsvarar mer än hälften av aktierna/andelarna eller röstetalet i det förvärvade bolaget. Till fullständiga förvärv räknas även de förvärv som avser hela substansen (det s k inkråmet) i ett annat företag. *Partiella förvärv* avser köp av betydande delar av ett företags verksamhet, t ex i form av en tillverkningsavdelning, patenträtter etc eller köp av minoritetsposter av aktier eller andelar.

Fusion i rättslig bemärkelse avser ett förfarande där två eller flera företag slås samman antingen genom att det överlåtande bolagets tillgångar upplöses och dess tillgångar resp skulder övertas av ett annat bolag (s k absorption) eller att företagen förenas genom att bilda ett nytt bolag som övertar bolagets tillgångar och skulder (s k kombination). I denna rapport kommer begreppet fusion i klarhetens intresse endast att användas för förfaranden som leder fram till en slutgiltig koncernbildning. I fråga om förvärv av majoriteten av aktierna eller andelarna kommer termerna företagsförvärv eller företagssammanslagning att användas. Att termerna fusion och fusionskontroll annars ofta används i en dylik allmän bemärkelse är välbekant.

Konsolidering innebär att två eller flera företag förenas under gemensam kontroll och ledning men behåller sin tidigare rättsliga existens. Konsolidering kan också innebära förvärv som leder till att det förvärvade företaget förlorar all ekonomisk självständighet.

En särskild typ av gemensam ekonomisk verksamhet mellan flera företag utgörs av s k *joint venture*. I denna rapport används begreppet för att beteckna ett samarbete som karakteriseras av att två eller flera från varandra fristående företag bildar ett gemensamt företag, som utgör en egen juridisk person, för ett särskilt ändamål. Syftet med det gemensamt ägda bolaget är ofta att utföra särskilt kostsamma och resurskrävande forsknings- och utvecklingsprojekt, konstruktionsarbeten, exploatering av naturresurser, specialproduktion etc.

Några ord skall också i detta sammanhang sägas om innebörden av termerna *merger*, *acquisition* och *take-over* som vanligtvis används i engelskspråkig litteratur. Termerna *merger* och *acquisition* används normalt utan någon definierad begreppsskillnad men det är tydligt att *merger* avser någon form av företagssammanslagning, t ex i form av en fusion, som innebär att en associationsrättslig och ledningsmässig gemensamhet byggs upp, medan *acquisition* närmast avser köp av ett företags aktier, andelar eller substansvärden utan att företagets ledningsfunktioner och räkenskaper smälter samman. *Acquisition* kan härvid avse såväl majoritetsposter som minori-

tetsposter. Med *take-over* menas vanligtvis ett övertagande oavsett i vilken form det sker. Take-overs brukar dock ofta kännetecknas av att det förvärvande företaget ger ett bud till samtliga aktieägare i det förvärvade företaget avseende tillgängliga aktieposter. Övertagandebegreppet förutsätter dock att det är fråga om förvärv av mer än hälften av företagets andelar/aktier. S k "hostile take-over" avser ett övertagande som sker utan samtycke från det övertagna företagets styrelse. Överhuvudtaget brukar begreppet take-over reserveras för förvärv som sker i en atmosfär av motstånd och fientlighet från övriga ägare och/eller företagsledning.

Av stor betydelse i konkurrensbegränsningsrätten är begreppen *dominerande ställning* och *den relevanta marknaden*. Dessa begrepp kommer att behandlas utförligt senare i framställningen. Här skall därför endast mycket allmänt redogöras för vad begreppen rättsligt sett innebär. Med dominerande ställning avses att ett företag på grund av marknadsandelen eller andra förhållanden i betydande utsträckning kan agera oberoende av sina konkurrenter. Många gånger räcker en marknadsandel om 40 % eller något mer för att dominerande ställning skall anses föreligga. Dominerande ställning kan dock föreligga även vid mindre marknadsandelar men då torde det krävas tillkommande omständigheter, t ex svaga konkurrenter, tekniskt försprång, överlägsen finansiell styrka etc.

För att kunna avgöra om ett företag har en dominerande ställning måste man avgränsa den marknad som företagets ställning skall relateras till. Vid avgränsningen måste man bestämma dels produktmarknaden, dels den geografiska marknaden. Tillsammans bildar dessa avgränsningar den relevanta marknaden. Avgörande vid bestämningen av produktmarknaden är produkternas substituerbarhet (utbytbarhet). Produkter som är utbytbara med hänsyn till pris, användningsområde, konsumenternas uppfattning m m tillhör samma marknad. I konkurrensbegränsningsrätten arbetar man normalt med tämligen smala marknadsavgränsningar. Vid bedömningen av den geografiska marknaden har transportmöjligheter och transportkostnader avgörande betydelse.

Begreppet "*den relevanta marknaden*" utgör nyckeln till förståelsen av konkurrensregler vars syfte är att förhindra missbruk av en dominerande ställning. Ett företag som är stort på en snävt avgränsad marknad, t ex tegel, kan vara litet på en vidare bestämd marknad, t ex byggnadsmaterial. På liknande sätt kan ett företag vara stort om marknaden begränsas till en viss ort eller ett land men litet om marknaden omfattar en hel region eller flera länder.

2 Den ekonomiska bakgrunden

2.1 Inledning

I detta avsnitt skall en kortare genomgång företas av de grundläggande tankegångar och målsättningar som präglar utformningen av den konkurrensrättsliga regleringen i Västeuropa och särskilt inom den Europeiska Gemenskapen. Avsnittet är ägnat att belysa de ekonomiska förutsättningar som EG:s konkurrensregler vilar på i syfte att ge underlag för senare analys av konkurrensreglernas tillämplighet och bedömningsnormer i konkreta fall. En dylik redogörelse är nödvändig som bakgrund i alla konkurrensrättsliga sammanhang eftersom den förekommande rättsliga regleringen av konkurrensen enbart kan värderas och tillämpas utifrån den *konkurrenspolitiska funktion* regleringen är avsedd att fylla. Även EG:s konkurrensregler fyller en konkurrenspolitisk funktion som har sin grund i de ekonomiska värderingar som ligger till grund för marknadens funktion samt de grundläggande frihandels- och integrationssträvandena. Det skall dock poängteras att det inte går att jämföra EG-marknaden med en nationell marknad i alla avseenden. Därför kommer de speciella förhållanden som gäller på EG-marknaden att behandlas särskilt.

2.2 Den marknadsekonomiska grundvalen

En grundläggande utgångspunkt för regleringen av konkurrensen i Västeuropa är den marknadsekonomiska grundvalen. Till skillnad från ett centraliserat ekonomiskt system där ekonomiska beslut och funktioner sammanförts till enhetliga centrala organ utgör marknadsekonomin en decentraliserad ekonomi. Ekonomiska beslut och marknadsmässiga funktioner utgår härvid från självständiga företag som arbetar i konkurrens. I den marknadsekonomiska modellen är konkurrensen mellan olika företag den grundläggande mekanismen som styr dessas verksamhet i form av beslut och inriktning av produktion, investeringar etc. Den rättsliga normeringen av näringslivets organisation och verksamhet utgår följaktligen från föreställningen om fria och självständiga företag som arbetar i hård konkurrens. I praktiken förekommer dock inte och torde heller inte eftersträvas någon renodlad marknadsekonomi utan marknadshushållningen har i hög grad modifierats dels genom statlig styrning och kontroll, dels genom förekommande konkurrensbegränsningar på marknaden. Näringslivets utveckling styrs således dels av företagens självständiga agerande, dels av samhällets styråtgärder. Därav följer att de västeuropeiska ekonomierna och den ekonomiska ordningen i Förenta Staterna utgör blandekonomier. Begreppet blandekonomi säger dock inget om graden av central styrning resp decentralisering eller förhållandet mellan samhällelig normering av marknaden och företagens självständiga agerande utifrån marknadens konkur-

rensfunktion.

Av denna mycket schematiska översikt framgår att marknadens utveckling och villkor är ett resultat av åtgärder och agerande av tre olika kraftcentra; samhället, företagen och konsumenterna. Samhällets agerande bestäms av vilka målsättningar som ställts upp för den ekonomiska politiken. Ett av medlen som används för att uppnå de uppställda målen är konkurrenspolitiken. Företagens agerande bestäms förutom av den normering och ramar som utformats av samhället även av företagets självständiga mål och medel. Dessa mål och medel formas i huvudsak utifrån konkurrensförutsättningarna på marknaden samt företagets egna möjligheter att styra dessa. Konsumenternas agerande har betydelse både för de på marknaden verk samma företagen samt för vilka slags samhällseliga åtgärder som bedöms nödvändiga. Påverkan är dock dubbelriktad med resultat att konsumenternas agerande i viss grad bestäms av samhällets och företagens åtgärder. Till utgångspunkt för marknadsekonomin ligger dock den grundläggande förutsättningen att det huvudsakligen är konsumenternas preferenser i form av efterfrågan som styr konkurrensen på marknaden.

Konkurrenspolitikens yttersta syfte är att ta tillvara de positiva följder för konsumenterna som en effektiv, fungerande konkurrens för med sig. Det gäller således att skapa förutsättningar för att konsumenterna kan styra marknaden med sin efterfrågan och därmed motverka beteenden som leder till att producenterna eller enstaka producenter bestämmer efterfrågan. För att denna efterfrågemodell skall fungera krävs en effektiv konkurrens. Konsumentintresset kan ofta skönjas direkt i fall av konkurrenshämmande åtgärder. När det gäller koncentrativa förfaranden framstår dock inte alltid konsumentintresset lika klart genom att man ofta inte kan peka på omedelbara negativa konsumentaspekter. På längre sikt står det dock klart att koncentration i näringslivet som minskar konkurrensen också leder till förfång för konsumenterna.

Den expansiva tendensen hos företag är i grunden ett utslag av konkurrensmekanismen på marknaden som präglas av tävlan om marknadsandelar och köparkategorier. Den eftersträlvade tillväxten kan dock ske på olika sätt och med hjälp av olika medel. Expansion kan härvid vara resultatet av utveckling och effektivitetshöjning inom företaget i form av produktutveckling, ökad priskonkurrens, aktiv marknadsföring, investeringar i produktionen etc. Expansionen kan emellertid också ske genom förvärv av eller samgående med andra företag. Denna typ av expansion kan ske antingen inom de marknader som företaget dittills agerat på men kan lika gärna avse inbrytningar på nya marknader.

Valet mellan förvärv av andra företag eller egen expansion beror i hög grad på företagets förutsättningar och marknadens utseende. Denna fråga skall inte närmare behandlas här. Däremot kan det konstateras att den grundläggande konkurrensmekanismen leder till att de på marknaden aktiva företagen måste besitta erforderlig konkurrensförmåga för att inte slås ut. I syfte att stärka sin egen konkurrenskraft, och således reducera konkur-

ensen från konkurrenter, kan företaget antingen vidta konkurrenshöjande åtgärder, t ex innovationer, aktiv prispolitik etc. Åtgärderna kan dock också vara av konkurrensbegränsande karaktär och betydelsefulla möjligheter utgörs härvid av konkurrensbegränsande avtal och förvärv av andra företag.

Företagens åtgärder av konkurrensbegränsande karaktär står i ett späningsförhållande till den av samhället eftersträfvade effektiva konkurrensen. Samtidigt som konkurrensen nödvändiggör expansionstendenser hos företagen kan dessa tillväxtsträvanden föranleda konkurrensbegränsande effekter. Dessa konkurrensbegränsande effekter framträder både när prismässigt, kvalitetsmässigt eller av andra skäl underlägsna företag slås ut utan att utslagningen följs av nyetablering och när koncentrationen åstadkoms genom företagsförvärv eller samgåenden. Den grundläggande skillnaden från samhällelig synpunkt mellan dessa båda typer av koncentration är att i det första fallet är koncentrationen ett utslag av konkurrenskraften hos de mest effektiva företagen medan i det andra fallet effektiviteten inte behöver vara det avgörande. I det första fallet grundas således expansionen på en högre effektivitetsgrad hos de företag som överlever men av det andra koncentrationfallet följer inte nödvändigtvis effektivitetsvinster.

I en marknadsekonomi upprätthålls de konkurrenspolitiska målen av olika slags konkurrensregler vars övergripande syfte är att hindra snedvridning av konkurrensbetingelserna på marknaden. Ett förverkligande av detta syfte är en viktig del i en fungerande ekonomi på nationell nivå, men frågan är om inte konkurrensreglerna har en ännu viktigare funktion på det internationella planet beroende på deras viktiga roll i en frihandelspolitik. Denna aspekt skall därför behandlas i ett särskilt avsnitt med utgångspunkt från förhållandena inom EG.

2.3 Särskilt om konkurrenspolitik och konkurrensreglers betydelse på den Gemensamma marknaden

EG:s konkurrenspolitik syftar till att dels avskaffa befintliga handelshinder, dels hindra uppkomsten av nya begränsningar i den fria handeln, vare sig det rör sig om statliga eller privata förfaranden. Konkurrensreglerna kan i stort delas in i två grupper. Den första gruppen består av regler som kan tillämpas på privata konkurrensbegränsningar i form av avtal eller missbruk av marknadsdominerande ställning. Den andra gruppen innefattar regler avseende statliga stödåtgärder. Med begreppet "konkurrensregler" åsyftas i denna rapport i första hand den förstnämnda regelkategorin.

Konkurrensreglernas grundläggande betydelse för EG-marknaden hänger samman med de för frihandelspolitikens grundläggande strävandena att avveckla olika handelshinder och motverka uppkomsten av nya. De handelshinder som förekommer på den internationella marknaden är ofta av en annan dimension och karaktär än de hinder som förekommer på det natio-

nella planet. Regler som har till syfte att säkerställa fri konkurrens över gränserna får därmed en stor betydelse för hela nationer och inte enbart för olika marknader. Vidare måste poängteras att det är stor skillnad mellan de verkningar som konkurrensreglerna för med sig på en internationaliserad marknad av EG:s typ, som fortfarande befinner sig i ett utvecklingsskede, jämfört med en homogen, välutvecklad och helt integrerad nationell marknad. EG:s konkurrensregler uppfattas därför ofta som ett progressivt regelsystem vars syfte är att driva på utvecklingen mot en integrerad marknad medan de nationella reglerna tillämpas i en förhållandevis statisk miljö där de målsättningar som arbetet inom EG präglas av redan är uppnådda. EG:s konkurrensregler får därvid ofta en mer direkt och ingripande betydelse för de på marknaden agerande företagen.

Det övergripande syftet med den inre marknaden är att säkerställa en fri och ohämmad cirkulation för varor, tjänster, arbetskraft och kapital, "de fyra friheterna". Den uppställda normen "fri konkurrens" får härvid en särskilt stor betydelse genom att fungera som en indikator på i vad mån målsättningen om fri cirkulation uppnåtts eller ej. Genom att ställa olika förfaranden i relation till den "fria konkurrensen" kan man avgöra om förfarandena harmonierar med eller kan anses skadliga för EG-marknadens bakomliggande syfte. I den praktiska tillämpningen måste dock konkurrensnormen konkretiseras betydligt i form av detaljerade konkurrensregler, vilkas tillämpning i konkreta fall kan förefalla vara av strikt juridisk natur. Det är dock viktigt att komma ihåg att EG:s konkurrensregler både i rättspolitiskt och rättstekniskt hänseende fyller en mer djupgående funktion än nationella normsystem genom att EG-reglerna har karaktären av en övergripande norm för hela integrationsarbetet. I själva verket skulle den fria och integrerade Gemensamma Marknaden sannolikt vara omöjlig att genomföra och bibehålla utan konkurrensregler.

Genom att EG:s konkurrenspolitik i så hög grad influeras av de handelspolitiska målen om fri cirkulation och integration skall EG:s konkurrensrätt ses i ett vidare perspektiv än nationella regler. I ett annat avseende måste dock konkurrensrätten ses från en mer begränsad utgångspunkt. Detta beror på att EG fortfarande saknar de grundläggande funktioner och normerande regelverk som är nödvändiga för att från medlemsstaterna "ta över" alla de områden som normalt innefattas i den ekonomiska politiken. Exempelvis saknas många av de konkurrenspolitiska styrmedlen och problem kan uppkomma med konkurrenspolitikens samordning med andra vitala samhällseliga medel och målsättningar. Här kan nämnas förhållandet att konkurrens även för med sig nackdelar och konkurrensbegränsningar fördelar, som på den nationella nivån medför att tillåtligheten av vissa förfaranden eller koncentration ofta bedöms i ett mycket brett samhällsekonomiskt perspektiv där hänsyn tas till arbetsmarknad, regionalpolitik etc. Även i EG finns ansatser till ett sådant brett bedömningsperspektiv men fortfarande får den konkreta tillämpningen av konkurrensreglerna generellt sagt anses ske i ett snävare perspektiv än den nationella tillämpningen. Det-

ta förhållande har på många håll upplevts som en fördel genom att tillämpningen av konkurrensreglerna många gånger blir mer effektiv genom att man slipper ta allt för många sidohänsyn.

En viktig iakttagelse är dessutom att den nationella konkurrenspolitiken inte i alla lägen harmonierar med EG:s. Tvärtom kan i många fall den nationella politiken och tillämpningen av nationella konkurrensregler strida mot EG:s syften och integrationssträvanden. En praktiskt sett mycket viktig fråga är därför i vad mån nationella regler kan tillämpas parallellt med EG-rättens normer. Skall ett förfarande som är tillåtet enligt EG-rätten kunna förbjudas enligt nationella konkurrensregler? Denna fråga är av stor vikt inte bara för den praktiska tillämpningen utan även för effektiviteten i den av EG medvetet förda integrationsvänliga konkurrenspolitiken.

Slutligen skall nämnas att storleken av den sammantagna EG-marknaden ställer tillämpningen av de för näringslivet normerande konkurrensreglerna i en särställning jämfört med nationella motsvarigheter. Konkurrensbegränsande förfaranden eller företeelser leder på EG-marknaden ofta till effekter för hela regioner och till skillnad från konkurrensbegränsningar på nationell nivå kontrollerar många gånger de involverade företagen även den potentiella importkonkurrensen. Konkurrensbegränsningar på EG-planet innefattar således ofta bindningar av såväl den inhemska som den utländska konkurrensen. Storleken av de företag som är inblandade för också med sig att de ekonomiska värden som står på spel vid konkurrensrättsliga ingripanden kan vara mycket stora. Det kan också nämnas att attraktiviteten av företagsförvärv i syfte att expandera ofta är större på stora marknader än på mindre. Genom ett förvärv ges möjlighet att överta hela marknader med stor omsättningspotential utan en egen föregående bearbetning som annars skulle varit mödosam och resurskrävande, om ens möjlig.

2.4 Koncentration – effekter och verkningar i ekonomiskt hänseende

Flera studier har genomförts avseende ekonomiska effekter av koncentration. Resultaten och slutsatserna av dessa undersökningar är dock inte entydiga vare sig avseende koncentrationens effekter på samhällsekonomin eller dess effekter på de involverade företagen. En effekt av att forskningsresultaten uppvisar varierande resultat är att när man på konkurrensrättslig väg infört kontroll- och ingripanderegler avseende företagsförvärv, har man avstått från att knyta den konkurrensrättsliga bedömningen till en eller ett fåtal avgörande bedömningsfaktorer. Både i USA och i Europa har man accepterat att skadlighetsbedömningen måste ske i ett mycket brett perspektiv där alla slags effekter tas i beaktande. Detta hindrar dock inte att vissa effekter kan väga tyngre än andra i helhetsbedömningen.

De genomförda undersökningarna visar dock att olika typer av koncentration (horisontell, vertikal, diagonal) leder till olika effekter. *Horisontella*

företagsförvärv minskar antalet självständigt konkurrerande företag på en viss marknad. Denna minskning kan, men behöver inte, ha skadliga effekter på konkurrensen. Beträffande horisontella förvärv är det framför allt fall där en redan uppnådd marknadsdominans förstärks som hamnat i blickpunkten genom att denna strukturella förändring av marknaden kan leda till allvarliga effekter på konkurrensintensiteten.

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

Effekterna av *diagonala* sammanslagningar (konglomerat) har debatterats livligt inom den ekonomiska litteraturen och meningarna går ofta isär om dessas skadliga eller positiva effekter. En distinktion måste dock göras mellan koncentration avseende marknader som inte är identiska men som ändå kan karakteriseras som besläktade eller närliggande och koncentration avseende marknader som är klart åtskilda. Som exempel på närliggande marknader kan nämnas TV-försäljningsmarknaden resp TV-uthyrningsmarknaden eller mjukvaru- resp hårdvarumarknaden inom dataområdet. Besläktade kan marknaderna anses vara såvida något påtagligt samband eller förhållande mellan marknaderna föreligger. T ex kan bil- resp båtmarknaden anses besläktade då de utgör centrala delar av den större transportbranschen. Ett annat exempel är tegel- resp trämarknaden då dessa utgör delar av den större byggnadsmaterialbranschen. Koncentration på närliggande eller besläktade marknader har länge ansetts kunna medföra konkurrenshämmande verkningar genom att marknadstillträdet för utomstående kan försvåras.

Koncentration som berör marknader som inte står i något förhållande till varandra eller utgör del av större marknader kan dock också föra med sig negativa verkningar. Särskilt har uppmärksamhetsbeteenden som underprisförsäljning (ej kostnadstäckande prissättning på en viss varugrupp i syfte att konkurrera ut svåra konkurrenter som inte har möjlighet att som konglomeratföretaget täcka inkomstbortfallet på annat sätt) samt ömsesidig återhållsamhet (konglomeratföretag som möter varandra på vissa marknader agerar återhållsamt pga vetskapen om att de annars riskerar vedergällning på en annan marknad). Förekomsten av ett stort konglomeratföretag kan också verka avhållande på potentiella konkurrenter genom att de noga måste överväga möjligheterna att inträda på marknaden och därmed ge sig i strid med ett stort internationellt konglomerat.

Sammantaget torde det inte från ett samhälleligt perspektiv vara möjligt att generellt förorda eller förkasta koncentration i näringslivet. Koncentrationens effekter måste prövas för varje särskild marknad för sig efter de för-

utsättningar som där råder. Genom att effekterna skiljer sig åt beroende på om det är frågan om horisontell, vertikal eller diagonal koncentration torde det vidare vara tämligen oomstritt att skilda bedömningsstandarder bör tillämpas i den rättsliga kontrollen av företagsförvärv. Dessa förhållanden gäller även för EG-marknaden. Till skillnad från bedömningen på det nationella planet måste dock effekterna på marknaden bedömas ur ett globalt marknadsperspektiv. Vidare präglas bedömningen av de bakomliggande syftena och ändamålen med den gemensamma marknaden (se närmare avsnitt 2.3).

2.5 Skiftande attityd till ingripanden mot koncentration inom EG

Konkurrensregler som har till primärt syfte att möjliggöra ingripanden mot koncentration i olika former i näringslivet representerar ett förhållandevis sent utvecklingsskede i konkurrensbegränsningsrätten. Som exempel kan nämnas att kontroll av företagsförvärv inte infördes i form av explicita lagstadganden förrän 1965 i Storbritannien och 1973 i Västtyskland. Vid tidpunkten för Romfördraget, 1957, saknades således bland medlemsländerna något system för förvärvskontroll. Några uttryckliga regler härom inflöt inte heller i Romfördraget (se nedan avsnitt 4.2).

Den grundläggande orsaken till att utvecklingen av koncentrationsregler är av ett sent datum står att finna i historiskt sett skiftande attityder till nödvändigheten och nyttan av en reglering av koncentrationsprocessen. Vid tidpunkten för Romfördraget ansågs normalt inte en ökad koncentration från samhällets synpunkt vara skadlig utan snarare var en accelererande koncentrationsprocess något som borde uppmuntras, bl a som led i en önskvärd strukturrationalisering. Framför allt ansågs det på nationell nivå vara en nödvändighet att de inhemska företagen var tillräckligt stora för att på ett slagkraftigt sätt svara mot konkurrensen från större utländska företagsenheter. Dessa synpunkter gjorde sig även gällande på europeisk nivå och från ett EG-perspektiv ansågs uppkomsten och utvecklingen av större koncentrerade företagsenheter som ett nödvändigt instrument i konkurrensen på världsmarknaden.

I senare ekonomisk teori och analys har dock värdet av en fungerande och effektiv konkurrens inom den Gemensamma Marknaden betonats. Genom en konkurrenspolitik som syftar till en obunden konkurrens, dvs marknader utan några större konkurrensbegränsningar, gynnas företag som är produktiva, effektiva och innovativa. Företag som bygger sin lönsamhet på en dominerande ställning riskerar att komma i konflikt med det övergripande syftet om en fri och gemensam marknad i effektivitetsskapande konkurrens. Den effektiva konkurrensen och ingripanden mot skadliga koncentrationsförfaranden inom den Gemensamma Marknaden anses således inte stå i en motsatsställning till strävandena att stärka EG-företagens konkurrenskraft på världsmarknaden, särskilt gentemot USA och Japan.

Tvärtom anser många att ingripandemöjligheter mot effektivitetshämmande konkurrensbegränsningar inom EG, t ex uppkomsten av dominerande företag, är en förutsättning för att den europeiska industrin skall kunna uppnå erforderlig effektivitet och konkurrenskraft på världsmarknaden. En fungerande integrerad inre marknad anses sålunda vara en nödvändig förutsättning för konkurrenskraft i externa relationer.

2.6 Skäl för att kontrollera och reglera koncentration

Det övergripande motivet för att genom konkurrensrättslig reglering styra och kontrollera koncentrationsförfaranden i näringslivet är en strävan att hindra uppkomsten av koncentrerade företagsenheter som allvarligt hämmar den dynamiska konkurrensen på en viss marknad. Som tidigare framgått kan företagsförvärv leda till både positiva och negativa effekter för konkurrensen och samhällets ekonomiska målsättningar. En reglering och kontroll av koncentrationen i näringslivet avser således endast att träffa de fall av koncentration som kan bedömas medföra allvarliga negativa konsekvenser. Härmed avses i första hand företagskoncentrationer som leder till att konkurrensintensiteten minskar genom att marknadsdominans uppkommer eller förstärks. Ingripandemöjligheter är således avsedda att fungera som ett viktigt instrument i arbetet att bevara en balanserad och fungerande konkurrens som dels möjliggör överlevnad för de effektiva företagen, dels skapar förutsättningar för inträde på marknaden av nya företag utan hinder av större etableringssvårigheter skapade av ett eller ett fåtal företag som dominerar marknaden.

Som tidigare påpekats är det ofta svårt att i ett konkret fall bedöma i vilken grad en koncentration kan förväntas medföra allvarliga konkurrens-hämmande effekter. Det tycks inte heller vara möjligt att på basen av tillgängliga undersökningar generellt uttala sig i frågan om en koncentrationsprocess medför för- eller nackdelar för samhällsekonomin i stort. I syfte att skapa förutsättningar för att man från samhällelig synpunkt skall kunna värdera ett företagsförvärvs effekter måste härvid de kontrollerande organen ha tillgång till instrument för att på ett så fullständigt sätt som är möjligt ta fram underlag för denna bedömning. Detta syfte uppnås genom införande av rättsliga regler som gör det möjligt att på ett inträngande sätt undersöka de inblandade företagens reella marknadsposition, produktionsvolym, ägarförhållanden, ingångna avtal med konkurrenter etc. Sådana regler är givetvis nödvändiga i syfte att ge kontrollorganen möjlighet att ingripa aktivt i form av utfärdande av förbud mot förvärv eller upplösning av redan genomförda förvärv men undersökningsregler fyller även funktionen att göra det möjligt att ta fram relevant underlag för bedömningen av om regleringen och ingripandemöjligheterna skall skärpas eller kanske mildras.

En viktig utgångspunkt är, om vi ser till EG, att den nationella för-

värvskontrollen utgår från en existerande fri marknad medan EG fortfarande arbetar på att uppnå en för de fyra friheterna obunden och integrerad marknad. Den nationella kontrollen har således som utgångspunkt ett mera statiskt marknadsförhållande, medan förhållandena i EG måste utgå från en marknad vars normsystem befinner sig i en ständig utveckling mot en åsyftad fullständig avveckling av handelsbarriärer i form av nationella handelshinder och privata konkurrensbegränsningar. Det har ofta betonats hur viktigt det är att marknaden betraktas utifrån ett helhetsperspektiv där *alla former* av handelsbarriärer och konkurrensbegränsningar beaktas.

Förhållandet att den ekonomiska aktiviteten allt mer äger rum på "EG-nivå", dvs i en allt högre grad avser transaktioner och dispositioner mellan de nationella marknaderna, medför i sig också krav på att det normsystem som reglerar det ekonomiska livet utgår från ett internationellt EG-perspektiv och inte avgränsas av nationsgränserna. Integrationsarbetet medför således att man i allt mindre utsträckning kan tala om nationella marknader till förmån för den internationaliserade EG-marknaden. Den samhälleliga normeringen måste därmed också "lyftas upp" på EG-nivå för att på ett ändamålsenligt sätt svara mot de ekonomiska realiteterna. Detta gäller särskilt kontrollen av företagsförvärv dels pga att kontrollen på den nationella nivån präglas av en stor variationsrikedom både avseende ambitionsnivå och bedömningsprinciper, dels pga att den nationella förvärvskontrollen brukat anlägga ett protektionistiskt synsätt och därmed tillåter koncentration som i praktiken får karaktären av handelshinder. Det senare förhållandet framgår av att medlemsländernas lagtillämpning i stor utsträckning premierat uppkomsten av så kallade "internal champions" vars verkningar på den effektiva konkurrensen på EG-marknaden kan jämföras med nationella handelshinder.

Vidare har insikten om värdet av en effektiv konkurrens medfört att man inom EG i allt högre grad betraktar förverkligandet av en fungerande konkurrens på en integrerad marknad som en nödvändig förutsättning för att klara konkurrensen på världsmarknaden, särskilt från USA och Japan. För att säkerställa en effektiv konkurrens anses härvid ett kontrollsystem rörande företagsförvärv vara ett av flera nödvändiga instrument. Denna inställning distanserar sig från äldre tiders recept för att kunna konkurrera på världsmarknaden som bestod i ett tämligen ensidigt premierande av stora företag. Denna insikt speglar utvecklingen av den moderna konkurrensteorin där konkurrens på utländska marknader i längden måste mötas med effektivitet och innovationsförmåga och inte endast med en ökad koncentrationsgrad.

2.7 Särskilt om internationella sammanslagningar

Företagsförvärv där de involverade företagen är hemmahörande i olika länder, s k "International Mergers", aktualiserar vissa särdrag i EG-rätten som är av betydelse både för EG-företag och icke EG-företag. Med begreppet EG-företag avses juridiska personer som bildats i enlighet med lagstiftningen i ett medlemsland samt har sitt säte, huvudkontor eller huvudanläggning inom Gemenskapen (art 58 i Romfördraget). Vidare uppställs ett hemvistkrav av innebörd att företaget har ett faktiskt och varaktigt ("seriöst") samband med ekonomin i en medlemsstat. Det är härvid utan betydelse om aktieägarna, bolagsmännen eller finansörerna inte är medborgare i något EG-land. Förhållandet att ett företag ägs av personer eller företag utanför EG betager inte dess status av EG-företag såvida kraven i art 58 uppfylls. Därmed kan svenska företags dotterbolag som bildats i enlighet med lagstiftningen i något EG-land och vars verksamhet är förlagd till detta medlemsland komma i åtnjutande av EG:s etablerings- och konkurrensregler. De svenskägda EG-företagen kan således i hägnet av det grundläggande diskrimineringsförbudet fritt vidareetablera sig inom EG.

Företagsförvärv som berör EG-marknaden kan därmed schematiskt delas in i tre olika typer:

1. *Ett EG-företag förvärvar ett annat EG-företag.* Det skall anmärkas att denna situation kan omfatta både företagsförvärv inom ett EG-land och företagsförvärv mellan olika EG-länder. Även rent nationella förvärv omfattas således av EG-rätten. Denna typ av företagsförvärv medför inga särskilda problem ur juridisk synvinkel utan EG-rätten kan tillämpas fullt ut.

2. *Ett EG-företag förvärvar ett icke EG-företag.* Den omvända situationen är att ett icke EG-företag förvärvar ett EG-företag (se Continental Can-fallet nedan avsnitt 4.7). Beträffande dessa konstellationer som kännetecknas av att en part är ett utanförstående företag måste man först avgöra huruvida EG-rätten i territoriellt hänseende är tillämplig på det utanförstående företaget. Har det utanförstående företaget dotterbolag inom EG som således utgör EG-företag enligt ovan använd terminologi anses EG-rätten vara tillämplig på grundval av den s k "ekonomiska enhetens princip" (se nedan avsnitt 4.9). Även om ingen bolagsrättslig anknytning till EG-marknaden föreligger är EG-rätten tillämplig på det utanförstående företaget genom att förvärvet sker på den Gemensamma Marknaden och därmed har sin effekt inom EG (se nedan avsnitt 4.9).

3. *Ett icke EG-företag förvärvar ett icke EG-företag.* Även denna situation kan under vissa förutsättningar komma att aktualisera tillämpning av EG:s konkurrensregler (se nedan avsnitt 4.8 om det s k Philip Morris-fallet). Har företagen anknytning till EG-marknaden i form av dotterbolag eller liknande gäller den "ekonomiska enhetens princip". Föreligger ingen direkt anknytning kan den s k "effektprincipen" tillämpas av innebörd att EG-rätten kan tillämpas såvida de utanförstående företagens handlande har effekter på den Gemensamma Marknaden. Effektprincipens innebörd och avgränsningar behandlas i avsnitt 4.9.

Vid tillämpningen av EG:s konkurrensregler är det avgörande inte huruvida företagen är EG-företag eller ej utan om koncentrationen äventyrar de målsättningar som uppställts i art 2 resp 3 i Romfördraget (se *bil 5*). Det är således koncentrationens effekter och inte associationsrättsliga eller andra mer formella synpunkter som avgör om EG-rätten är tillämplig. Vissa särskilda problem kan dock uppkomma när det blir fråga om att tillämpa EG-rätten på företagsförvärv som involverar icke EG-företag. Detta gäller både vid tillämpning av de av Kommissionen genomförda prejudiciella undersökningsförfaranden som föregår den rättsliga prövningen och den konkreta tillämpningen av de materiella konkurrensreglerna och dessas sanktioner. Dessa frågor har stor betydelse för bl a svenska företag med verksamhet inom EG och har i ett vidare perspektiv en avgörande roll för EG-rättens effektivitet och räckvidd. De särskilda problem som anknyter till kontroll av företagsförvärv som äger rum utanför EG skall därför behandlas utförligt senare i rapporten (se vidare nedan avsnitt 4.9 angående den s k imputationsprincipen och effektprincipen).

3 Grunddrag i konkurrenslagstiftningen

3.1 Inledning

Rättsliga ingripanden mot konkurrensbegränsningar brukar normalt anges efter två principer, förbuds- och missbruksprincipen. *Förbudsprincipen* innebär att förfaranden som anses skadliga preciseras och förbjuds i en författning och i allmänhet grundar förfaranden i strid mot förbuden mot konkurrensbegränsande åtgärder straffansvar. *Missbruksprincipen* innebär att ingripande endast sker när det i ett enskilt fall konstaterats att vissa konkurrensbegränsande åtgärder leder till skadlig verkan.

I allmänhet brukar konkurrenslagstiftningen vara utformad med utgångspunkt från antingen förbuds- eller missbruksprincipen men i praktiken tenderar skillnaderna mellan de två principerna att suddas ut. Exempelvis brukar förbudsprincipen mildras genom möjligheter till undantag eller skälighetsprövning medan missbruksprincipen kan skärpas genom regler om förbud mot vissa angivna typer av konkurrensbegränsningar.

EG:s liksom USA:s och Västtysklands konkurrensrätt vilar på förbudsprincipen, under det att Sverige och de övriga nordiska länderna utformat konkurrensrätten med utgångspunkt från missbruksprincipen. När det gäller EG:s konkurrensrätt skall redan här påpekas att det efterhand införts ett flertal olika möjligheter att undanta konkurrensbegränsande förfaranden från det generella förbudet och när det gäller de regler som närmast avser ingripanden mot koncentration och dominerande marknadsställning kan reglerna i praktiken knappast karakteriseras som förbudsregler.

3.2 Allmänt om konkurrensregler avseende företagsförvärv

De nationella regelverken avseende fusionskontroll uppvisar en stor variationsrikedom i utformning, räckvidd och effektivitet. Variationsrikedomen framgår särskilt när man jämför efter vilka normer tillåtligheten av koncentration skall bedömas, vilka storlekskriterier som stadgas för att företagsförvärv överhuvudtaget skall granskas samt vilken typ av procedur-regler som gäller.

När det gäller bedömningsstandarder kan man schematiskt indela fu-

sionskontrollreglerna i två grupper. Här avses dels regelverk som helt eller huvudsakligen gör tillåtligheten av företagsförvärv beroende av förvärvens inverkan på konkurrensen, s k konkurrenstest (USA, Västtyskland, Japan, Kanada), dels regelverk som anlägger ett bredare perspektiv genom att varje fall av koncentration bedöms med utgångspunkt från förutom dess inverkan på den effektiva konkurrensen även andra samhällseliga aspekter såsom effekter i regional-, arbetsmarknads-, handels- och industripolitiskt hänseende samt ev miljö- och konsumenteffekter (Frankrike, Sverige, Storbritannien).

I ett flertal regelverk är kontrollen och ingripandemöjligheterna avhängiga av storleken av förvärvet eller sammanslagningen. Normalt brukar den nödvändiga storleken anges i uppnådda marknadsandelar, värdet av de sammanlagda tillgångarna eller omsättningen. Även här uppvisas dock stor variation när det gäller storleksangivelserna, något som är helt naturligt genom att de olika nationella marknadernas storlek skiljer sig markant åt. Det finns dock exempel på nationella regelverk där marknadens storlek är ungefär lika stor men där tillämpligheten av fusionskontrollreglerna gjorts beroende av markant olika storleksvärden. Bakgrunden till detta förhållande får i första hand sökas i bakomliggande politisk oenighet när det gäller lämpligheten av stränga fusionskontrollregler.

Även bakom de olika procedurreglerna kan skönjas en varierande ambitionsnivå avseende fusionskontrollreglernas effektivitet och praktiska betydelse. I länder där kontrollsträvandena ligger på en hög ambitionsnivå förekommer vanligtvis tvingande regler om anmälningsskyldighet rörande större företagsförvärv (t ex Västtyskland och USA). Kontrollen av företagsförvärv bygger således i dessa regelverk på en förhandskontroll. I Storbritannien, Sverige och Norge bygger kontrollen av företagsförvärv för närvarande i huvudsak på en efterhandskontroll där de undersökande organen på egen hand följer upp koncentrativa förfaranden. EG:s nya förordning om kontroll av företagskoncentrationer bygger däremot på förhandskontroll. Generellt kan sägas att en förhandskontroll byggd på obligatorisk anmälningsskyldighet är ett effektivare instrument att kontrollera företagsförvärv än en efterhandskontroll men är förenat med en viss byråkratisk omgång. I sammanhanget skall dock nämnas att en efterhandskontroll ofta kombinerats med ett frivilligt anmälningssystem. I Sverige föreligger också möjlighet för näringsfrihetsombudsmannen att förelägga parterna anmälningsskyldighet, liksom goda kontrollmöjligheter i övrigt för NO.

3.3 Den internationella utvecklingen

3.3.1 Amerikansk antitrusträtt som förebild – konkurrensregler

Konkurrensbegränsningslagstiftningen har sina rötter i amerikansk rättstradition där antitrustlagstiftningen sedan länge utgjort en mycket väl utvecklad och central del av rättsordningen. Den amerikanska antitrustlagstiftningen bygger i första hand på den federala Sherman Act som infördes 1890. Denna lag har senare kompletterats av senare tillkommen lagstiftning i form av *Clayton Act* och *Federal Trade Commission Act*, båda från 1914. Vidare kan företagsförvärv angripas med stöd av delstatliga antitrustlagar. De konkurrensrättsliga författningarna innehåller generella förbudsregler som språkligt sett är ganska vagt utformade utan bestämda avgränsningar eller påbudna bedömningsnormer. Av tradition åtnjuter de tillämpande organen (Antitrust Division vid Department of Justice, Federal Trade Commission, FTC och de federala domstolarna) en stor handlingsfrihet i fråga om tolkningen och tillämpningen av författningarna. Därav följer att den synnerligen rikhaltiga rättspraxis som utvecklats utgör en ovärderlig rättskälla.

De viktigaste bestämmelserna i Sherman Act lyder i utdrag:

Sec 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal . . .

Sec 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor . . .

Åtal eller förbudstalan vid federal domstol enligt Sherman Act kan bara föras av Antitrust Division. Däremot kan enskilda parter föra skadeståndstalan, något som särskilt utnyttjas av konkurrenter. Den som lidit skada på grund av ett förfarande som strider mot lagen är berättigad till tredubbelt skadestånd (s k *treble damages*) och det är relativt vanligt att mycket höga skadestånd döms ut. Skadestånd kan erhållas inte bara av konkurrenter utan även av konsumentkollektiv som kan föra talan vid domstol härom, s k *class action*. Vidare kan domstolen ge förelägganden om divestiture (utförsäljning) resp dissolution (upplösning). Med "*divestiture*" förstås försäljning på allmänna marknaden av de förvärvade aktierna eller tillgångarna och med "*dissolution*" avses upplösning av en marknadsdominerande koncern i ett flertal fristående enheter. Dessa remedier är som synes mycket ingripande och oftast har domstolarna i den praktiska tillämpningen nöjt sig med att utfärda s k *injunctions*, dvs explicita förbud eller ålägganden för hur företaget skall uppträda i vissa konkurrensrelationer.

Enligt ordalagen utgör stadgandena generella förbud mot privata konkurrensbegränsande förfaranden i form av avtal eller annat samarbete resp åtgärder i syfte att uppnå monopol eller dominerande ställning. I rättstillämpningen tillämpas dock en s k *rule of reason* som innebär att domstolarna gör en friare och mer flexibel prövning av konkurrensbegränsningars tillåtlighet. Rule of reason innebär att en värdering i det särskilda fallet företas av det ifrågasatta konkurrensbegränsande förfarandets karaktär och relation till konkurrenslagstiftningens målsättning. Vidare innefattas en möjlighet att avföra mindre tämligen harmlösa konkurrensbegränsningar, *de minimis*-regeln. Ett flertal särskilt viktiga och ingripande konkurrensbegränsande förfaranden bedöms emellertid enligt fast rättspraxis vara förbjudna i sig (*per se*), förutsatt att de inte endast verkar *de minimis*. Det rör sig om avtal om prissamverkan, marknadsdelningsavtal, bojkotter etc. När det gäller företagsförvärv kan dock inte några *per se*-förbud sägas ha utbildats i rättspraxis.

Clayton Act tillkom för att effektivisera och strama upp kontrollen av konkurrensbegränsningar. Talan enligt Clayton Act kan föras av Antitrust Division eller Federal Trade Commission (FTC). Av särskilt intresse är den bestämmelse som särskilt riktar sig mot sammanslagning av företag (Sec. 7) och som efter en lagändring 1950 i sin centrala del lyder:

”that no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital – (or) the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”

Clayton Act är inte straffsanktionerad utan sanktionerna utgörs av förbud resp skadestånd. Vidare kan de ovan nämnda sanktionerna divestiture resp dissolution komma i fråga. Begreppet företagsammanslagning skall förstås vidsträckt och förutsätter ej någon fusion eller koncernbildning i associationsrättslig mening utan det avgörande är om ett företag direkt eller indirekt skaffar sig ett dominerande inflytande i ett annat företag.

En generell förutsättning för Clayton Acts tillämplighet är att den konkurrensbegränsande effekten ”may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly”. Detta begränsningsrekvisit möjliggör en viss flexibilitet i tillämpningen men är inte avsett att påbjuda en lika stor rörelsefrihet som rule of reason.

Sec. 7 avser alla typer av företagskoncentration. Både horisontella, vertikala och diagonala (konglomerat) förvärv faller under bestämmelsens tillämpningsområde. Avgörande för bedömningen är koncentrationens effekter på konkurrensen och i praxis har även mycket små andels- eller tillgångsförvärv avseende företag inom samma eller närliggande bransch ansetts strida mot förbudet. Praxis rörande konglomeratsammanslagningar är mer svårtolkad men det står klart att även i dessa fall tillämpas en relativt sträng

bedömning. Sec. 7 är även tillämplig på s k joint ventures.

1976 kompletterades Sec. 7 med en bestämmelse om förhandsanmälan av föreslagna sammanslagningar eller förvärv, Sec. 7A, den sk Hart-Scott-Rodino Act. Förhandsanmälan är härvid obligatorisk såvida vissa lågt satta storlekströsklar passeras.

Federal Trade Commission Act reglerar verksamheten vid Federal Trade Commission (FTC) som utgör en från åklagar- och domstolsorganisationen fristående administrativ myndighet. Basen för myndighetens agerande utgörs av en i lagen intagen generalklausul som riktar sig mot otillbörliga konkurrensåtgärder ("unfair methods of competition"). FTC är även berättigad att föra talan enligt Clayton Act.

Även FTC tillämpar sedan 1969 ett obligatoriskt anmälningssystem varigenom större företagsförvärv måste förhandsanmälas för undersökning och kontroll.

I USA finns även delstatlig antitrustlagstiftning av varierande stränghet. Detta förbigås här.

3.3.2 Tillämpningen av konkurrensreglerna

Den amerikanska antitrustlagstiftningen har haft ett betydelsefullt inflytande på utformningen av den västeuropeiska konkurrensregleringen. När det gäller fusionskontrollen kan inflytandet påvisas bl a rörande lagstiftningens allmänna utformning, begreppsbildningen samt lagstiftningens räckvidd i geografiskt hänseende. I detta avsnitt skall i belysning av rättspraxis några allmänna anmärkningar rörande tillämpningen av konkurrenslagstiftningen behandlas. Tolkningen av vissa begrepp och konkurrenslagstiftningens territoriella tillämpning behandlas i huvudsak i kap 4.

Huvudstadgandet rörande kontroll av företagsförvärv är Sec. 7 i Clayton Act. Även om det är detta stadgande som de konkurrensvårdande myndigheterna föredrar att stödja sig på står det klart att även Sec. 2 i Sherman Act används. Clayton Act anses dock uppställa en strängare bedömningsstandard. Av intresse är dock att även Sec. 1 i Sherman Act har använts i praxis för att ingripa mot företagsförvärv. Det kan således konstateras att det grundläggande amerikanska stadgandet om konkurrensbegränsande avtal innefattar inte bara lösa bindningar utan även avtal om företagssammanslagning (jfr 85 art i Romfördraget avsnitt 4.3).

Som ovan konstaterats lämnar lagstadgandena tämligen fritt spelrum åt domstolarna att konkretisera vilka bedömningsprinciper som skall vara avgörande samt vilket angreppssätt som domstolen skall tillämpa. En viktig iakttagelse är härvid att man i Förenta Staterna inte utgår från frågan om koncentrationen leder till att en dominerande ställning på marknaden skapas eller förstärks utan det avgörande är om konkurrensbegränsande effekter av viss styrka uppstår. Detta synsätt leder till att även då mindre företag med relativt obetydliga marknadsandelar slår sig samman, utan att en marknadsdominerande ställning är för handen, kan agerandet angripas.

En annan utgångspunkt för bedömningen är att storleken av det bolag sammanslagningen resulterar i inte i sig är tillräcklig grund för tillämpning av fusionskontrollreglerna. Detta slogs fast av Supreme Court i det grundläggande fallet *Brown Shoe v. United States* (370 U.S. 294, 1962) som gällde en vertikal sammanslagning i skobranschen. Avgörande är inte ökningen av koncentrationen utan minskningen av konkurrensen.

I praktiken har marknadsandelen en stor betydelse och en hög andel på marknaden torde i allmänhet presumera konkurrensbegränsande effekter. Amerikansk praxis är emellertid svårgripbar. Man tar även hänsyn till branschens allmänna struktur och särskild vikt fästs vid om det på marknaden föreligger en allmän tendens till ökad koncentration. Det är värt att poängtera att domstolarna visar stor benägenhet att beakta de detaljerade ekonomiska omständigheterna i enskilda fall. Detta framgår bl a av målet *United States v. General Dynamics Corporation* (415 U.S. 486, 1974) där en sammanslagning mellan två stora kolproducenter godtogs trots en hög sammanlagd marknadsandel. Otillåtligheten grundar sig således sällan på enbart marknadsandelstatistik eller företagets sammanlagda storlek.

Av avgörande betydelse är givetvis vilken marknad som marknadsandel skall relateras till. Detta anknyter till det i förvärvskontrollregleringen mycket komplicerade begreppet "relevant marknad". Detta behandlas mer utförligt nedan men allmänt kan sägas att domstolarna i allmänhet avgränsat den relevanta marknaden förhållandevis smalt (se avsnitt 4.5).

Horisontella förvärv prövas främst med hänsyn till marknadsandel, försvärande av nyetablering, möjligheter till ytterligare sammanslagningar, marknadens struktur samt de konkurrerande företagens storlek och marknadsandelar. Även om klara bevis saknas som utvisar att konkurrensen på marknaden minskar till följd av ett företagsförvärv kan detta presumeras såvida förvärvet leder till en marknadsandel som betydligt ökar företagskoncentrationen inom denna marknad (*United States v. Philadelphia National Bank* (374 U.S. 321, 1963)).

Diagonala sammanslagningar har i tidigare praxis förbjudits om det är sannolikt att de leder till konkurrensbegränsande effekter på vissa marknader. Härvid har särskilt risken för nyetableringshinder och eliminering av potentiell konkurrens varit avgörande (*FTC v. Procter & Gamble Corporation*, 386 U.S. 568, 1967 samt *United States v. Marine Bancorporation*, 418 U.S. 602, 1974).

Ett undantag från de ovan behandlade principerna är att det i allmänhet är tillåtet för konkurrenter att förvärva företag som gått i konkurs eller fått sin ekonomiska ställning allvarligt undergrävd, den s k doktrinen om *failing company*.

Den stränga praxis som domstolarna utbildade under 1970-talet har sedan Reagan-administrationen tillträdde 1981 i stor utsträckning inte följts upp i myndigheternas tillämpning. Man har helt klart omorienterat denna i en mer företagsvänlig riktning under starkt inflytande av Chicagoskolan, vars ledande företrädare (t ex Bork) framträtt som starka kritiker av en alltför

restriktiv antitrustlagstiftning. Några större ändringar i själva de grundläggande antitrustlagarna har dock inte blivit genomförda av kongressen. De ingripanden mot företagsförvärv som skett på senare år från Antitrust Divisions och FTC:s sida har i allt väsentligt varit inriktade mot horisontella förvärv av konkurrenter med klart konkurrensbegränsande effekter och praktiskt taget inte alls mot diagonala förvärv.

3.3.3 Storbritannien

Kontroll av företagsförvärv infördes i Storbritannien 1965 genom *Monopolies and Mergers Act*. Bakom den införda regleringen låg insikten om att vissa koncentrationsförfaranden hade negativa effekter på konkurrensen samt ett inflytande från den amerikanska regleringen. 1973 ersattes *Monopolies and Mergers Act* av den idag gällande *Fair Trading Act* som sedan 1976 ingår i *Restrictive Trade Practices Act*. I Storbritannien utövar *Office of Fair Trading (OFT)* kontrollen av företagsförvärv. Den konkreta utredningen och undersökningen av företagsförvärv företas av *Monopolies and Mergers Commission (MMC)*.

Ett kännetecken för Storbritanniens inställning till koncentration på marknaden är att man intar en pragmatisk och neutral hållning. Företagsförvärv anses som utgångspunkt inte vara vare sig goda eller skadliga utan varje fall undersöks i ett brett perspektiv utifrån sina egna förutsättningar. Nackdelarna och fördelarna vägs alltid i varje enskilt fall mot det allmänna intresset och några schematiska regler eller riktlinjer har inte utarbetats.

Fair Trading Act innehåller en mycket invecklad definition av vilka företagsförvärv som faller inom dess tillämpningsområde (se bilaga 1). Det centrala kriteriet är att det skall vara fråga om en situation där två eller flera självständiga företag sammanförs under gemensam äganderätt resp *gemensam kontroll* eller när endera företaget upphör att drivas till följd av något arrangemang eller transaktion mellan företagen. Företagen anses vara under gemensam kontroll bl a om de drivs av olika juridiska personer som i sin tur kontrolleras av en och samma person eller grupp av personer samt om ett moder-dotterbolagsförhållande uppstår. Kortfattat kan sägas att gemensam kontroll kan anses föreligga i tre olika situationer; faktisk kontroll; förmåga att kontrollera policy och förmåga att avsevärt påverka policy. Även ett förvärv av en betydande minoritetspost i ett företag anses normalt göra det möjligt att påverka företagets policy.

Vidare måste företagsförvärvet uppfylla något av följande kriterier för att en undersökning skall bli aktuell: 1. Marknadsandelen som skapas eller förstärks skall passera eller uppgå till 25 %, eller 2. Innefatta överlåtelse av tillgångar motsvarande 30 miljoner pund. *Fair Trading Act* uppställer även ett krav på att minst ett av företagen skall vara engelskt eller att minst ett av företagen skall kontrolleras av ett engelskt bolag.

I Storbritannien råder ett mycket speciellt undersökningsförfarande som har stor betydelse för den praktiska tillämpningen av fusionskontrollregle-

ringen. Någon obligatorisk anmälningsskyldighet föreligger inte utan initiativet tas av OFT som prövar om fallet skall hänskjutas till en Mergers Panel (MP) som är en interdepartemental kommitté. Om MP finner att de ovan nämnda rekvisiten uppfylls hänskjuts frågan till Secretary of State for Trade som i sin tur kan besluta att hänskjuta fallet vidare till MMC för vidare undersökning.

I praktiken hänskjuts ett mycket litet antal företagsförvärv till undersökning av MMC (1985 och 1986 endast ca 4 % av hos OFT anhängiga fall). Nästan samtliga fall som hänskjuts rör sig om situationer där förvärvet ännu inte genomförts. I sådana fall inträder även regler som stadgar att förvärvet inte får genomföras under undersökningstiden. Detta gäller dock endast om undersökning inletts. Det är fullt tillåtet att genomföra ett förvärv även om parterna är medvetna om att det kvalificerar sig för en undersökning såvida inte hänskjutande till MMC skett.

Hänskjutande av fallet till MMC sker endast om förvärvet befaras medföra allvarliga negativa verkningar på konkurrensen eller om andra samhällseliga intressen träds för när på ett långtgående sätt. Härvid spelar det nationella intresset in. Det kan nämnas att hänskjutande har skett endast på den grunden att ett utländskt förvärv av ett engelskt företag ansågs strida mot "public interest" genom att företagets nationella karaktär gick förlorad. Det förhållandet att företagsförvärvet representerar stora värden är inte ensamt grund för hänskjutande.

MMC avslutar granskningen, som kan ta ca 6 månader, med en rapport som vanligtvis innehåller en undersökning dels om de formella förutsättningarna för kontroll varit uppfyllda, dels om företagsförvärvet medför skadliga effekter från allmän synpunkt. Den senare frågan bedöms i enlighet med en bred avfattad norm (Sec. 84, se *bil 1*). Hänsyn skall bl a tas till förvärvets inverkan på teknikutvecklingen, sysselsättningen, företagets effektivitet och kostnadsutveckling samt engelska företags konkurrenskraft på marknader utanför Storbritannien. I praktiken har nästan enbart horisontella företagsförvärv angripits och i dessa fall har den uppnådda marknadsandelen haft stor betydelse. Praxis uppvisar en mycket liberal inställning till vertikala och diagonala sammanslagningar.

Efter MMC:s rapport beslutar Secretary of State om några konkreta åtgärder skall vidtas. Åtgärderna kan innefatta ett förbud mot förvärvet (prohibition order) eller föranstaltande om försäljning (divestiture order). Åtgärderna kan också bestå i förhållningsregler som parterna är förpliktade att följa. Det slutliga avgörandet ligger på politisk nivå och präglas följaktligen ofta av nationellt politiska överväganden.

3.3.4 Västtyskland

Den tyska konkurrensbegränsningsrätten är i förhållande till andra länder mycket omfattande. Gällande konkurrenslag, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, innehåller detaljerade regler om de flesta kända

typer av konkurrensbegränsande förfaranden och följriktigt innefattar lagen även regler rörande företagsförvärvskontroll. Lagen tillämpas primärt av Bundeskartellamt, den tyska konkurrensmyndigheten med säte i Västberlin. Beslut träffade av Bundeskartellamt kan överklagas i domstol.

Kännetecknande för den tyska förvärvskontrollen är dess anknytning till begreppet *missbruk av dominerande ställning*. Den tyska begreppsteorin har härvid utövat ett omfattande inflytande på den nordiska rätten och även EG:s konkurrensregler har i betydelsefulla hänseenden influerats av det tyska normsystemet (se nedan art 86 i Romfördraget avsnitt 4.4).

En generell förutsättning för förvärvskontrollregleringens tillämplighet är att förfarandet faller under begreppet sammanslagning ("Zusammenschluss"). Härvid avses främst förvärv av ett annat företags tillgångar eller aktier. Lagstiftningen innehåller i detta avseende även en s k "catch-all clause" av innebörd att alla slags förfaranden som leder till att ett företag uppnår ett dominerande inflytande i ett annat företag anses utgöra "sammanslagning" (se närmare 23 § i *bilaga 2*). Det avgörande är således om förvärvet medför ett dominerande inflytande. När det gäller förvärv av ett företags aktier anges att ett tillräckligt inflytande uppkommer om det sammanlagda innehavet motsvarar minst 25 % av röstetalet. I andra fall prövas förutsättningslöst om förfarandet leder till ett dominerande inflytande. Bland annat anses åtgärder varigenom minst hälften av styrelseledamöterna blir identiska (s k sammankopplade styrelser) konstituera erforderlig dominans. Även joint ventures som kontrolleras gemensamt av två eller flera företag omfattas.

En obligatorisk anmälningsskyldighet föreligger endast för företagsförvärv av en viss storlek. Anmälningsskyldighet gäller för förvärv som leder till att en marknadsandel på 20 % uppnås eller förstärks eller om något av de involverade företagen redan innan hade en marknadsandel om 20 %. Vidare föreligger anmälningsskyldighet om antalet anställda i företagen uppgår till minst 10.000 eller den totala omsättningen motsvarar 500 miljoner DM. Denna anmälningsskyldighet skall fullgöras snarast efter företagsförvärvets genomförande.

Den tyska lagstiftningen innehåller dock även regler om obligatorisk förhandsanmälan. Förhandsanmälan är obligatorisk i situationer när ett av de involverade företagen har en omsättning motsvarande 2 miljarder DM eller när minst två företag vardera har en omsättning på 1 miljard DM samt fall där sammanslagningen skall genomföras enligt lag eller delstatlig rätt (detta gäller företrädesvis bank- och försäkringsbranscherna). Skall ett företagsförvärv förhandsanmälas är det inte tillåtet att genomföra transaktionen innan Bundeskartellamt, inom ramen för vissa tidsgränser, har meddelat att förfarandet inte föranleder tillämpning av förbudsreglerna.

Vid den konkreta bedömningen av ett företagsförvärvs tillåtlighet är huvudregeln, att förvärvet skall förbjudas såvida det leder till eller förstärker en marknadsdominerande ställning. I lagstiftningen anges att marknadsdominerande ställning föreligger när ett företag inte har några konkurren-

ter, inte är utsatt för någon betydande konkurrens på den relevanta marknaden eller behärskar marknaden i förhållande till sina konkurrenter. I detta avseende beaktas särskilt marknadsandelen, finansiella resurser, potentiell konkurrens, förekommande etableringshinder på den relevanta marknaden samt marknads utvecklings- och innovationsgrad. Till ledning för bedömningen av frågan om marknadsdominans föreligger uppställer lagstiftningen vissa fasta presumtioner. Dessa uppvisar en hög detaljeringsgrad och avspeglar det bakomliggande syftet att fånga upp i princip varje form av koncentration som leder till eller förstärker en dominerande ställning. Det skall påpekas att presumptionsreglerna fångar upp alla slags typer av företagsförvärv, dvs horisontella, vertikala och diagonala (se särskilt 23 a om konglomeratförvärv). Särskilt kan nämnas att dominerande ställning presumeras om marknadsandelen överstiger 1/3.

Det skall tilläggas att när det gäller förstärkning av en redan existerande marknadsdominerande ställning är även förvärv som leder till en mycket blygsam ökning av marknadsandelen betydelsefulla. I praxis har man ingripit mot förvärv som inneburit en ytterligare marknadsandel om ca 1 %.

Även om de formella kriterierna för ett förbud skulle vara uppfyllda finns det en möjlighet att fria förfarandet, trots att en marknadsdominerande ställning skapas eller förstärks, förutsatt att förvärvet medför en förbättring av konkurrensförhållandena som överväger de negativa effekterna av ökad koncentration (§ 24(1)). Regeln avser dock endast skapandet av en för konkurrensen mer gynnsam marknadsstruktur. Fördelar för de inblandade företagen eller samhälleliga synpunkter, t ex bevarande av arbetstillfällen, tas inte i beaktande.

Det kan nämnas att man i praxis förbjudit företagsförvärv genom vilket en marknadsdominerande ställning sammanbundits med finansiella resurser, under förutsättning att företagen var verksamma på besläktade eller angränsande marknader. Detta har stor betydelse för tillåtligheten av diagonala sammanslagningar (konglomerat) eftersom de involverade företagen oftast är verksamma på angränsande marknader.

I de fall då ett företagsförvärv förbjudits av Bundeskartellamt kan dispens från förbudet sökas hos ekonomiministern som har möjlighet att bedöma förvärvets effekter även från allmän synpunkt. Vidare kan Bundeskartellamts beslut överklagas inför domstol.

Sammanfattningsvis kan sägas att den tyska förvärvskontrollen präglats av den amerikanska. Den tyska regleringen anknyter dock tillämpningen till begreppet dominerande ställning vilket ger ett smalare tillämpningsområde. Det bör dock framhållas att de fasta regler som finns avseende tolkningen av begreppet marknadsdominans resulterar i att ett tämligen stort antal förfaranden anses leda till eller förstärka marknadsdominans. Det skall också påpekas att den tyska regleringen ger möjlighet att beakta de verkliga effekterna på konkurrensen trots att tillämpningen huvudsakligen är knuten till den dominerande ställningen. Någon bedömning från allmän synpunkt företas dock inte i det rättsliga förfarandet.

I praktiken får tillämpningen i Bundeskartellamt av förvärvskontrollen sägas vara liberal och försiktig. Endast några procent av anmälningarna (ca 800/år) leder till någon form av ingripande från Bundeskartellamts sida. Dessa fall gäller i regel horisontella förvärv. I flertalet fall nås underhandslösningar. Ett fåtal fall går till domstolsprövning. I några uppmärksammade fall, bl a samgåendet nyligen mellan Daimler-Benz och Messerschmidt, har ekonomiministern efter en övergripande bedömning i huvudsak släppt igenom förvärv som Bundeskartellamt bedömt som otillåtna.

3.3.5 Kontroll av företagsförvärv i Sverige

3.3.5.1 Bakgrund

Konkurrenslagen (1982:729) innehåller särskilda regler om möjlighet att ingripa mot företagsförvärv som leder till eller förstärker en dominerande ställning och medför skadliga verkningar (se *bilaga 3*). Kontrollen av företagsförvärv framstår som den viktigaste nyheten i 1982 års konkurrenslag. Tidigare lagstiftning, konkurrensbegränsningslagen av 1953, gav nämligen inte befogenhet till ingripanden mot förvärvet i sig (se MD 1982:23, Samfod). Förvärvskontrollen i 1982 års konkurrenslag (KL) skall ses mot bakgrund av flera uppmärksammade förhållanden. 1978 års konkurrensutredning konstaterade att det svenska näringslivet präglas av stark koncentration. Denna utveckling bedömdes också i stort vara positiv eftersom en ökad koncentration gjorde det möjligt för svenska företag att ta tillvara stordriftsfördelar samt uppnå erforderlig styrka och konkurrenskraft på internationella marknader. Kontrollen av företagsförvärv i 1982 års konkurrenslag utgör dock en möjlighet att komma tillrätta med en alltför hög koncentrationsgrad främst inom de delar av näringslivet som inte är utsatta för internationell konkurrens eller där det finns etableringshinder. Ett konkurrensrättsligt kontrollsystem harmonierar också med förhållandena i flera utländska rättsordningar som uppvisar likheter med vår egen.

Konkurrensutredningens förslag till förvärvskontroll var av en omfattande och ingripande karaktär. Utredningen föreslog att alla företagsförvärv över vissa, tämligen lågt satta, värdegränser skulle anmälas till näringsfrihetsombudsmannen (NO). Fann NO skäl till ingripande skulle ärendet överlämnas till regeringen för prövning och ingripande. Ingripande skulle enligt förslaget kunna ske vid företagsförvärv som föranleder olägenhet av väsentlig betydelse från allmän synpunkt samt i situationer då skadlig verkan uppkommer pga en viss ägarstruktur i marknadsdominerande företag, dvs en möjlighet att ingripa mot marknadsdominerande företag utan att de skadliga effekterna uppkommit till följd av ett företagsförvärv. Konkurrensutredningens förslag möttes av mycket blandad kritik. Särskilt stark kritik röntes förslaget om ingrepp i ägarstrukturen som i sin förlängning innebar att regeringen skulle kunna besluta om upplösning av bestående företag.

3.3.5.2 Kontrollen av företagsförvärv i 1982 års konkurrenslag – lagregler, tillämpningsområde, bedömningsprinciper och procedur

Lagregler och begrepp

De regler om kontroll av företagsförvärv som infördes i 1982 års konkurrenslag är väsentligt mindre långtgående än utredningsförslagets. Bland annat avvisades konkurrensutredningens förslag om en befogenhet för regeringen att upplösa företag som missbrukar en marknadsdominerande ställning. Huvudprincipen är att företagsförvärv skall bedömas efter samma kriterier och i samma judiciella former som andra konkurrensbegränsningar. De särskilda reglerna om företagsförvärv är avsedda att verka inom ramen för ett enhetligt system för bedömning av konkurrensbegränsningar som föranleder skadlig verkan. Utgångspunkten är den inom svensk konkurrensbegränsningsrätt välkända missbruksprincipen. Kontrollen av företagsförvärv har dock utformats som ett specialfall i 5 § 1 st. Denna bestämmelse lyder:

”Består i fall som avses i 2 § konkurrensbegränsningen i att näringsidkaren, genom att göra ett visst företagsförvärv, får en dominerande ställning på marknaden för en vara, tjänst eller annan nytthet eller förstärker en redan dominerande ställning, skall marknadsdomstolen söka förhindra den skadliga verkan genom förhandling. Är saken av särskild vikt från allmän synpunkt, får förhandlingen syfta till att näringsidkaren skall avstå från förvärvet”.

Kontrollen av företagsförvärv har således lagtekniskt utformats som en speciell tillämpning av generalklausulen i 2 § mot konkurrensbegränsningar som på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt medför skadlig verkan. Till skillnad från 2 § KL anknyter dock kontrollen av företagsförvärv till uppkomsten eller förstärkandet av en dominerande ställning. Bedömningen av om skadlig verkan föreligger eller ej skall dock i materiellt hänseende följa bedömningsprinciperna i 2 § KL som i denna del lyder (2 st):

”Med skadlig verkan förstås att konkurrensbegränsningen på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt

- 1. påverkar prisbildningen,**
- 2. hämmar effektiviteten inom näringslivet eller**
- 3. försvårar eller hindrar annans näringsutövning.”**

Begreppet *företagsförvärv* innefattar förvärv av företag som driver verksamhet inom landet. Förvärvsbegreppet omfattar såväl fullständiga förvärv som partiella förvärv i form av aktieöverlåtelse eller tillgångar. Som företagsförvärv räknas sålunda förvärv av aktier i aktiebolag, andelar i handelsbolag, rörelse eller del av rörelse. Även fusioner enligt aktiebolagslagen resp lagen om ekonomiska föreningar omfattas av förvärvsbegreppet. Även förvärv som sker i samband med s k joint ventures omfattas.

Tillämpningsområde och bedömningsprinciper

Grundläggande för den svenska kontrollen av företagsförvärv är att ingripande enligt specialregleringen i KL endast kan ske under förutsättning att förvärvet medför eller förstärker en *dominerande ställning* på den relevanta marknaden. Härvid framgår både av konkurrensutredningens slutbetänkande och regeringens proposition att kontrollsystemet i princip omfattar inte bara horisontella och vertikala förvärv utan även s k konglomeratförvärv (se om begreppen avsnitt 2.4 och 4.5.2). Mot bakgrund av den lagtekniska utformningen kan dock denna förutsättning anses diskutabel. Som tidigare har påpekats är det vid en bedömning av konglomeratförvärv nödvändigt att överge anknytningen av den konkurrensrättsliga bedömningen till en enstaka marknad. Det förefaller därmed inte möjligt att i praktiken ingripa mot konglomeratförvärv inom ramen för ett kontrollsystem som förutsätter en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

Innebörden av begreppet dominerande ställning torde harmoniera med de bedömningsprinciper som utvecklats på det internationella planet (se avsnitt 4.6). Utgångspunkten är att ett företag har en dominerande ställning om det kan agera utan att ta nämnvärd hänsyn till befintliga eller potentiella konkurrenter. I bedömningen har marknadsandelen avgörande betydelse. Även om marknadsandelen endast är t ex 40 % kan till följd av teknisk och kommersiell överlägsenhet eller andra omständigheter en dominerande ställning vara för handen. Från praxis kan nämnas MD 1986:27, Alcro-Beckers, avseende samgående mellan färgföretagen Alcro och Beckers. I målet ansågs en marknadsandel om 45–50 % tillsammans med andra faktorer (små konkurrenter, bindningar i detaljistledet m m) konstituera en dominerande ställning. Däremot har marknadsdomstolen inte funnit att, såsom NO hade gjort gällande, Esselte AB fått eller förstärkt en marknadsdominerande ställning genom sitt förvärv av aktiemajoriteten i kontorsvaruföretaget Curt Enström (MD 1989:18). Domstolen fann det inte klarlagt att Esselte inom någon betydelsefull del av de ifrågavarande verksamhetsområdena kunde agera utan att ta nämnvärd hänsyn till konkurrenter eller potentiella konkurrenter.

Innebörden av begreppet *relevanta marknaden* anknyter nära till den nedan förda diskussionen i avsnitt 4.5. Avgörande är vilka produkter som skall anses vara ägnade att konkurrera med varandra (produkternas substituerbarhet) med hänsyn till pris, funktion, användbarhet m m. Svensk rätt ansluter sig till den internationella tendensen mot rätt smala marknadsavgränsningar. Marknadsdomstolen (MD) har funnit s k byggtapeter (= billigare papperstapeter) vara en egen marknad skild från den större tapetmarknaden (MD 1983:2, Boråstapeter) och konsumentfärgmarknaden har ansetts utgöra en egen marknad och inte endast en del av den större färgmarknaden (MD 1986:27, Alcro-Beckers).

Förhållandet att ett företagsförvärv leder till eller förstärker en dominerande marknadsställning är dock inte ensamt grund för ingripande. Det fordras vidare att påtaglig fara föreligger för konkreta skadeverkningar i

form av försämrad effektivitet, monopolprissättning etc. Bedömningen utgår från begreppet *skadlig verkan* i 2 § KL. För att skadlig verkan enligt KL:s terminologi skall föreligga krävs dels att något eller några av de s k effektkriterierna (prispåverkan, effektivitetshämmande, försvårande av annans näringsutövning) uppfylls, dels att förfarandet från allmän synpunkt kan betraktas som otillbörligt. I den sistnämnda bedömningen beaktas förutom konkurrensaspekter även andra samhällsintressen (t ex arbetsmarknads- och regionalpolitiska värderingar, försörjningsberedskap etc, se nedan).

I praktiken har förekomsten av aktiv eller potentiell utländsk konkurrens stor betydelse. Kontrollen av företagsförvärv får därför störst betydelse för marknader där utländsk konkurrens saknas eller förekommer i endast ringa omfattning. När det gäller de s k effektkriterierna fästs särskilt stor vikt vid branschens utvecklingsförmåga på längre sikt samt framtida påverkan på prisnivån. Beträffande effekterna av de konkurrensbegränsande verkningarna av förvärvet blir det således ofta fråga om en bedömning vilka effekter som den ökade koncentrationsgraden torde föra med sig i framtiden. De hittills fåtaliga avgjorda fallen visar också att bedömningen av effekterna av förvärvet är ytterst komplicerad (se det belysande fallet MD 1986:27 Alcro-Beckers).

Det faktum att ett förvärv endast kan angripas om det är otillbörligt från allmän synpunkt leder till att andra förhållanden av samhällelig natur som motiverar eller ursäktar konkurrensbegränsningen måste beaktas. Den uppkomna konkurrensbegränsningen måste således vägas mot andra samhälleliga intressen som möjligen kan göra konkurrensbegränsningen tillbörlig. Här kan nämnas förhållandet att företagssammanslagningen möjliggör företags- och samhällsekonomiskt eftersträfvade stordriftsfördelar, garanterar sysselsättning i regionalt utsatta områden, uppfyller lokaliserings- eller industripolitiska målsättningar, skapar förutsättningar för nödvändiga kapital- och know how-resurser i syfte att klara konkurrensen på världsmarknaden etc.

Ingripande kommer knappast i fråga om förvärvet gäller ett företag i konkurs eller ingår som ett led i en ekonomisk rekonstruktion av företag med allvarliga ekonomiska svårigheter (den internationellt erkända doktrinen om *failing company*).

Förutom de speciella kontrollreglerna inom ramen för 5 § KL kan företagsförvärv och dess konsekvenser prövas direkt enligt generalklausulen i 2 § KL. Det gäller exempelvis förvärv som inte leder till eller förstärker en dominerande ställning. Det skall dock poängteras att det enligt 2 § KL inte är möjligt att förbjuda själva förvärvet. Ingripanden kan dock rikta sig mot avtalsbestämmelser i förvärvsavtalet eller olika effekter av förvärvet (t ex konkurrensklausuler, se MD 1986:21 Sydsten). Vidare kan som exempel på förfaranden som kan bedömas enligt generalklausulen nämnas joint ventures och s k sammankopplade styrelser.

Procedur och handläggningsregler

Det svenska systemet för kontroll av företagsförvärv präglas av en modifierad förhandlingsprincip av innebörd att det tillämpande resp det dömande organet (NO resp MD) i första hand genom förhandling med de berörda parterna skall söka undanröja de från allmän synpunkt skadliga verkningarna av konkurrensbegränsande förfaranden. Utgångspunkten i 1982 års konkurrenslag är att skadliga konkurrensbegränsningar i första hand skall förhindras genom förhandlingar. Till skillnad från sin föregångare, 1953 års konkurrensbegränsningslag, ger konkurrenslagen generell möjlighet att rikta rättsligt bindande sanktioner mot företag. Sanktionsmöjligheterna skall dock i princip utnyttjas som andrahandsalternativ. När det gäller förfaranden avseende företagsförvärv är, som tydligt kommer framgå av det följande, förhandlingsvägen den i praktiken helt dominerande aktionsformen.

Någon obligatorisk anmälningsskyldighet för parterna i förvärvsfall föreligger inte. Parterna kan dock på frivillig väg anmäla förvärvet till NO för granskning i syfte att få fastställt om det planerade förvärvet strider mot konkurrenslagen. Detta sker i praktiken endast i begränsad utsträckning. NO kan vidare enligt 27 § KL ålägga t ex särskilt förvärvsintensiva företag att i förväg anmäla planerade förvärv. Inom ramen för en fortlöpande uppföljning av konkurrensförhållandena inom vissa starkt koncentrerade branscher (bl a cement, byggnadsmaterial, bryggeri, glass) är de inom branschen aktiva företagen ålagda att anmäla så snart ett avtal om förvärv har slutits. I övrigt får NO lita till information som kan införskaffas från andra myndigheter (främst SPK) eller genom dags- och fackpress samt näringslivskontakter. En vanlig informationskälla är också anmälningar från konkurrerande företag. För ekonomiska föreningar gäller den särskilda regeln att godkända fusionsavtal inte får registreras av länsstyrelsen om inte NO har beslutat lämna fusionen utan åtgärd enligt 20 § 1 st KL (12:5 föreningslagen).

NO:s granskning sker på flera stadier. Innan ett formellt beslut fattas att igångsätta en undersökning enligt 20 § KL har NO vanligtvis omfattande informella kontakter med de inblandade företagen. Innan ett § 20-beslut fattas genomförs också en preliminär undersökning i vilken redovisas uppgifter från bl a konkurrenter, förvärvsparterna, leverantörer, kunder etc. Det skall poängteras att de flesta fallen antingen avskrivs på ett tidigt stadium i handläggningsproceduren eller avslutas med att överläggningarna mellan NO och förvärvsparterna leder till en överenskommelse där parterna förbinder sig att göra vissa åtaganden. Dessa åtaganden är frivilliga överenskommelser och någon sanktion kan inte riktas mot företagen om överenskommelsen bryts.

Har NO fattat beslut om att inleda ett formellt undersökningsförfarande sker detta inom ramen för överläggningar med de berörda parterna. Om någon förhandlingslösning inte nås kan NO föra talan i marknadsdomstolen. Föreligger synnerliga skäl, kan marknadsdomstolen genom interimistiskt förbud enligt 21 § KL hindra att ett företagsförvärv fullföljs medan handläggningen fortfarande pågår. Denna möjlighet skall dock enligt motiven ut-

nyttjas sparsamt. Marknadsdomstolen har lämnat NO:s yrkande om interimistiskt förbud utan bifall i ett fall som gällde AGA:s förvärv av De För- enade Kolsyrefabrikenas Gas AB (DFK) från Norsk Hydro och avsåg marknaderna för kolsyra och industrigas. NO återkallade senare sin talan (MD:s avgöranden 1987 notis 3).

Finner marknadsdomstolen att ett företagsförvärv leder till marknads- dominans och medför skadlig verkan skall domstolen alltid först ta upp för- handling. Domstolen får härvid kräva att parterna avstår från förvärvet en- dast om "saken är av särskild vikt från allmän synpunkt" (5 § KL). I första hand skall således mindre ingripande åtgärder tillgripas, såsom olika åta- ganden från förvärvarens sida. Om förhandlingen misslyckas kan mark- nadsdomstolen förbjuda förvärvet. Ett sådant förbud blir giltigt endast un- der förutsättning att regeringen fastställer det (7 § KL). Regeringen skall härvid inte göra någon allmän överprövning av ärendet utan endast an- tingen helt eller delvis fastställa beslutet eller vägra fastställelse. Regeringen kan aldrig förbjuda ett förvärv som "friats" av marknadsdomstolen. Den di- rekta anledningen till att det slutliga avgörandet delvis lagts på regerings- nivå är att ett förbud mot ett företagsförvärv är en så ingripande och ekono- miskt betydelsefull åtgärd att den i sista hand bör bedömas av regeringen i ett brett ekonomiskt perspektiv. Den politiskt valda verkställande makten har härvid möjlighet att ta hänsyn till övergripande politiska och samhälls- ekonomiska intressen, t ex utrikeshandel, arbetsmarknads- och industripoli- tik, sysselsättning etc. Praxis saknas än så länge eftersom marknadsdom- stolen ännu inte har beslutat att ingripa mot något företagsförvärv.

Ett företagsförvärv blir ogiltigt om regeringen fastställer marknadsdom- stolens beslut om förbud mot förvärvet (8 § KL). Har förvärvet redan helt eller delvis genomförts skall det återgå, något som kan leda till mycket kom- plicerade situationer.

Ett viktigt inslag i handlägningsproceduren är att varje steg i hand- läggningen är förknippad med olika *tidsfrister*. För NO:s inledande in- formella granskning finns ingen tidsgräns. För hela förfarandet gäller dock att handläggningen skall ske med "särskild skyndsamhet" (19 § KL). Från det att NO fattat ett formellt beslut enligt 20 § KL om att ett undersöknings- förfarande skall inledas har NO tre månader på sig att fatta beslut om frågan skall föras vidare till marknadsdomstolen. Fristen kan om synnerliga skäl föreligger förlängas med en månad i taget efter beslut av marknadsdom- stolen. Kritik har framförts från företagarkåll mot tidsfristernas längd och NO:s tendens att dröja med § 20-beslut.

Marknadsdomstolen skall fatta beslut inom sex månader från det att NO:s ansökan anhängiggjorts vid domstolen. Regeringen skall fatta sitt be- slut om fastställande inom tre månader. Dessa frister kan dock förlängas om parterna samtycker eller om synnerliga skäl föreligger. Om fristerna ut- nyttjas maximalt, men ingen förlängning begärs, kan inget ärende som går till regeringen avgöras på snabbare tid än ett år. Till dessa tidsfrister har en absolut tidsgräns fogats av innebörd att några sanktioner i form av förbud eller åläggande inte får riktas mot ett förvärv senare än två år efter det att

avtalet om förvärvet slöts. Slutligen skall också tilläggas att om NO beslutar att lämna ett förvärv utan åtgärd kan fortsatt handläggning vid ett senare tillfälle inte upptas, såvida inte de involverade företagen lämnat oriktiga uppgifter av betydelse för ställningstagandet i frågan (20 § KL).

Utländska förvärv av svenska företag och det svenska kontrollsystemets geografiska räckvidd

Konkurrenslagens kontrollsystem träffar alla förvärv av företag som driver verksamhet inom landet. Därmed omfattas även utländska förvärv av svenska företag. Den konkurrensrättsliga prövningen inverkar inte på den prövning som även måste ske enligt 1982 års lag om utländska förvärv av svenska företag (1982:617). Omvänt gäller att förhållandet att tillstånd till förvärvet givits enligt lagen om utländska företagsförvärv inte hindrar att förvärvet prövas enligt konkurrenslagen. Förklaringen är att det rör sig om normsystem med i huvudsak skilda syften (jfr diskussionen rörande förhållandet till bolagsrättsliga normsystem i avsnitt 5.6). Detta innebär att utländska förvärv av företag i Sverige kommer att omfattas av ett dubbelt kontrollsystem (ett slags Zweischrankentheorie) genom att förvärvet i princip förutsätter dels förvärvstillstånd enligt 1982 års lag om utländska förvärv av svenska företag, dels att förvärvet inte strider mot den konkurrensrättsliga förvärvskontrollen i konkurrenslagen.

Det kan nämnas att 1982 års lag f.n. är under omprövning med inriktning på att mot bakgrund av den internationella utvecklingen begränsa förvärvsprövningens räckvidd (se DS 1989:57, Ändrade regler för utländska företagsförvärv). I praktiken har inga förvärv hittills förbjudits enligt 1982 års lag.

Utgångspunkten för den svenska konkurrenslagens geografiska räckvidd är att generalklausulen i 2 § KL är tillämplig på alla konkurrensbegränsningar som medför skadlig verkan inom landet, s k inlandsverkan. När det gäller partiella förvärv och sammanslagningar avses med begreppet "inom landet" att verksamheten som förvärvet ger förvärvaren del av bedrivs inom landet. Förarbetsuttalanden tyder på att konkurrenslagen även kan tillämpas på konkurrensbegränsningar som företas utomlands och som har direkta och påtagliga effekter på den svenska marknaden, den s k effektprincipen (jfr avsnitt 4.9). När det gäller kontrollen av företagsförvärv anges dock explicit att ingripanden bara skall kunna riktas mot förvärv av företag som har verksamhet i Sverige (5 § 2 st KL). Förvärv av företag som bedriver verksamhet endast utomlands omfattas således inte av kontrollsystemet. Detta gäller oavsett om det förvärvande företaget är svenskt eller utländskt.

Pågående utredningsarbete

Effektiviteten i det svenska kontrollsystemet har ifrågasatts. Kritiken avser främst förhållandet att kontrollen knutits till begreppet dominerande ställning på marknaden samt olika procedurfrågor. En huvudfråga för den nyligen tillsatta konkurrenskommittén är om lagstiftningen bör skärpas och effektiviseras. Förslag skall ha framlagts före utgången av 1990.

3.3.6 Förvärvskontroll i Norge

Införande av förvärvskontroll har övervägts i Danmark och Finland men har ej blivit införd. Särskilt kan noteras att den omfattande omarbeting som nyligen företagits av den danska lagstiftningen och som lett till införandet av 1989 års konkurrancelov inte innefattat införande av dylik kontroll, något som hade övervägts på utredningsstadiet. De två huvudskäl som härvid anförts har varit den inhemska marknadens begränsade storlek och utvecklingen på området inom EG.

I *Finland* har införande av lagstiftning om förvärvskontroll avvisats i samband med tillkomsten av 1988 års nya lag om konkurrensbegränsningar. Man har dock infört en viss lagstadgad anmälningsskyldighet. Enligt 11 § finska KBL kan konkurrensverket ålägga en näringsidkare som har dominerande ställning på marknaden att anmäla företagsförvärv som kan antas få en betydande inverkan på konkurrensförhållandena.

I *Norge* har däremot förvärvskontroll tillkommit 1988 genom att regler om "bedriftsserverv" införts som en ny § 42 a i prisloven (lagtexten återges i *bilaga 4*). Enligt denna kan prisrådet ingripa mot bedriftsserverv som leder till eller förstärker en väsentlig begränsning av konkurrensen som skulle vara till skada för "allmänna intresser". Ingripande kan ha formen av förbud mot förvärvet, påbud om aktieavhändelse eller andra bestämmelser för att motverka att förvärvet begränsar konkurrensen till skada för allmänna intressen. Innan beslut fattas om ingripande bör parterna ges tillfälle att gå med på en frivillig lösning av saken.

I motiven (se *Pristidende* 1988 nr 10) framhålls att termen bedriftsserverv är avsedd att motsvara den svenska lagens term företagsförvärv. Någon formaliserad anmälnings- eller förhandsgodkännandeordning har inte införts. I motiven framhålls att man vid bedömningen bör ta särskild hänsyn till den internationella konkurrenssituationen och förekomsten av importkonkurrens och nyetableringsmöjligheter.

Till stadgandet i prisloven anknyter särskilda administrativa föreskrifter. Av dessa framgår att prisdirektoratet, som administrerar prisloven, i första hand skall söka uppnå frivilliga lösningar och först om detta inte lyckas skall direktoratet ansöka hos prisrådet om ingripande. Särskilda tidsfrister uppställs. Ingripande mot ett förvärv kan ej ske senare än ett år efter det slutliga avtalets ingående. Finns särskilda skäl kan dock prisrådet förlänga denna frist till två år.

Prisrådet har 1989 prövat ett uppmärksammat fall, svenska Procordia AB:s förvärv av Hansa Bryggeri, Norges näst största bryggeri. Procordia hade kontroll över huvuddelen av bryggerinäringen i Sverige (Pripps och Falken) och ett minoritetsägarintresse i Norges största bryggeri Nora. Prisrådet fann förvärvet skadligt för konkurrensen i norsk bryggeriindustri och ålade Procordia att avhända sig aktierna i Hansa inom fyra månader från beslutet, såvida inte Procordia inom samma tid avvecklade sina ägarintressen i Nora (se *Pristidende* 1989 nr 7).

4 EG:s konkurrenslagstiftning – ramar och tillämpningsprocedur

4.1 Utgångspunkter

EG:s konkurrensregler är som tidigare nämnts ett medel för att förverkliga Romfördragets syften att skapa en gemensam integrerad marknad som bygger på konkurrens mellan självständiga företagsenheter samt främja den ekonomiska utvecklingen inom denna. En grundläggande utgångspunkt är att konkurrensreglerna utgör omedelbart gällande rätt i medlemsstaterna. Företag och enskilda kan således åberopa sig på EG-rättens regler inför nationella domstolar och myndigheter som således har i uppgift att beakta både den nationella lagstiftningen och EG-rätten. Man brukar säga att EG:s konkurrensregler har *direkt effekt* i medlemsländerna. I tvister på nationell nivå där tillämpning av EG-rätten aktualiseras finns det möjlighet för domstolar att hänskjuta tolkningen av de aktuella EG-reglerna till EG-domstolen i Luxemburg. För slutinstanserna föreligger härvid en skyldighet att hänskjuta tvistiga frågor om EG-regler till EG-domstolen.

Vidare gäller att EG-rätten som huvudprincip har *företräde* framför nationell lagstiftning. Vid bristande överensstämmelse mellan EG-rätten och medlemsstaternas interna rättsordning ges EG-rätten företräde. På konkurrensrättens område gäller således ett dubbelt normsystem inom medlemsländerna – gemenskapsrätten och den nationella rätten. Detta kallas med en ofta använd tysk term *Zweischrankentheorie*; det finns alltså dubbla skrankor. Förhållandet mellan de bägge normsystemen utgör ett besvärligt problem. Skall t ex ett förfarande som friats enligt EG-rätten kunna beivras i enlighet med nationell lagstiftning? Som huvudregel gäller att nationell rätt kan tillämpas så länge man inte inkräktar på en oinskränkt och enhetlig tillämpning av EG-rättens regler.

EG:s konkurrensregler gäller för samtliga företag som agerar på EG-marknaden. EG:s konkurrensrätt har således en stor praktisk betydelse för svenska företag som har verksamhet inom eller exporterar till EG-området. Å ena sidan riskerar de svenska företagen att bli föremål för undersökningar och ingripanden i fall av konkurrensbegränsande förfaranden. Å andra sidan har svenska företag nytta av konkurrensreglerna genom att de säkerställer en fri och obunden konkurrens på den Gemensamma Mark-

naden, något som har stor betydelse för mindre och medelstora svenska exportföretag. Det skall tilläggas att även stadganden i frihandelsavtalet som ger ovillkorliga och klara regler har direkt effekt inom EG, dvs skall tillämpas direkt av domstolar och myndigheter i EG-länderna (den s k Kupferbergdoktrinen). Detta anses dock inte gälla konkurrensreglerna i nuvarande frihandelsavtals art 23 som fått mycket liten praktisk betydelse.

4.2 Allmänt om EG:s konkurrensregler

EG:s konkurrensrätt är uppbyggd på en nyanserad förbudsprincip. Grundläggande är art 85 och 86 i Romfördraget vilka kompletteras av utfärdade förordningar och en rikhaltig rättspraxis. Tillämpningen av konkurrensreglerna ankommer i första hand på EG-kommissionen. Kontrollfunktionen fylls av EG-domstolen som har en betydelsefull rättsskapande roll. Allmänt kan sägas att domstolens arbete präglas av en starkt integrationsvänlig inställning, något som är naturligt med hänsyn till Romfördragets bakomliggande syften och intentioner.

Konkurrensreglernas kärna är ett principiellt förbud mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning på den Gemensamma Marknaden, ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna. Man bör dock lägga märke till att art 85 och 86 inte är tillämpliga på kol- och stålprodukter. I stort sett likalydande regler gäller dock för dessa marknader enligt CECA-fördraget. Inspirationskälla till EG:s konkurrensregler har varit den amerikanska antitrusträtten och den grundläggande Sherman Act tjänade även som förebild vid den konkreta utformningen av reglerna i art 85 resp 86. Allmänt kan dock sägas att EG:s konkurrensregler inte ligger på samma stränga nivå som de amerikanska.

Varken art 85 eller 86 är avsedda att utgöra kontrollregler för företagsförvärv på EG-planet. Romfördraget saknar helt regler som är särskilt inriktade på en förvärvskontroll. I detta avseende skiljer sig Romfördraget från sin föregångare, CECA-fördraget, som i art 66 ParisF stadgar förhandskontroll av vissa större företagssammanslagningar. Den främsta orsaken till att några förvärvskontrollregler inte flöt in i Romfördraget är att frågan om förvärvskontroll vid tidpunkten för fördragets tillkomst (1957) överhuvudtaget inte var särskilt uppmärksammas i europeisk konkurrensrätt. Inget europeiskt land hade vid den tidpunkten infört någon form av fusionskontroll. En viktig faktor var också att vid den tidpunkten syftade den förda politiken närmast till att uppmuntra koncentrativa förfaranden i näringslivet (se ovan avsnitt 2.5).

Såsom är fallet i flera andra konkurrensrättsliga system kan dock en viss förvärvskontroll komma till stånd genom en tillämpning av de allmänna konkurrensreglerna som genom sitt breda tillämpningsområde riktar sig mot alla typer av konkurrensbegränsande förfaranden. Det kan dock konstateras att intresset från EG-kommissionens sida att tillämpa konkurrens-

reglerna på företagsförvärv historiskt sett varit relativt svalt, särskilt jämfört med vilken aktivitet som präglat andra områden. Under lång tid intog även Kommissionen ståndpunkten att det generella förbudet mot konkurrensbegränsande förfaranden inte var tillämpligt på företagsförvärv. Läget har dock förändrats. Detta har visat sig dels i ett ökat intresse att med hjälp av hittills befintliga konkurrensregler undersöka, kontrollera och ingripa mot större konkurrensbegränsande förvärv, dels och framför allt i antagandet i dec 1989 av den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer.

4.3 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal

Art 85 i Romfördraget lyder:

Överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden, vilka är ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna och vilka har till syfte eller följd att konkurrensen inom den gemensamma marknaden förhindras, inskränkes eller förvanskas är oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna, särskilt de som innebär:

- a) direkt eller indirekt fastställande av inköps- eller försäljningspriser eller andra försäljningsvillkor,
 - b) begränsning eller kontroll av produktion, avsättning, teknisk utveckling eller investeringar,
 - c) uppdelning av marknader eller försörjningskällor,
 - d) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,
 - e) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.
2. Enligt denna artikel förbjudna överenskommelser eller beslut skall sakna rättsverkan.

3. Bestämmelserna i p 1 må dock förklaras icke tillämpliga på:
- varje överenskommelse eller slag av överenskommelser mellan företag,
 - varje beslut eller slag av beslut av företagssammanslutningar,
 - varje samordnat förfarande eller slag av samordnade förfaranden vilka bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av produkter eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som förbrukarna tillförsäkras en skälig andel av den därigenom uppkommande vinsten, och vilka icke
- a) ålägger berörda företag restriktioner som icke är oundgängliga för uppnåendet av dessa syften,
 - b) ger dessa företag möjlighet att för en väsentlig del av ifrågavarande produkter eliminera konkurrensen.

I p 1 uppställs således ett vidsträckt förbud mot konkurrensbegränsande överenskomelser m m och enligt p 2 är förbjudna överenskomelser ogiltiga. I p 3 öppnas vissa möjligheter till undantag från det generella förbudet, dvs förbudsprincipen modifieras i vissa avseenden.

Tillämpningen av art 85 förutsätter att tre kriterier uppfylls. För det första avser förbudet endast konkurrensbegränsande förfaranden som har sin grund i någon form av avtal, beslut eller annat samordnat förfarande mellan företag, det s k *avtalskriteriet*. Avtalskriteriet anses uppfyllt såvida två eller flera företag tillämpar ett förfarande i samförstånd utan att det finns ett direkt eller formellt avtal dem emellan. Således innefattas s k gentlemen's agreements i definitionen. Det skall tilläggas att det förhållandet att ett visst förfarande aktivt stöds och även uppmuntras av nationella offentliga organ och regeringar inte hindrar tillämpning av art 85. Inte heller hindras en tillämpning av art 85 av att ett visst förfarande prövats och tillåtits antingen i ett domstolsförfarande eller i administrativa former enligt nationella regler. Förfaranden som grundar sig på en myndighets eller regerings direkta rättsligt bindande beslut och föreskrifter, t ex en strukturrationalisering pga beredskapsskäl med koncentration som följd, faller dock utanför tillämpningsområdet för art 85 genom att man i dessa fall inte kan tala om ett frivilligt förfarande i samförstånd mellan de involverade företagen. Tillämpning av andra regler i Romfördraget kan dock aktualiseras i dessa fall.

För det andra måste det samordnade förfarandet vara ägnat att påverka samhandeln mellan medlemsländerna, det s k *samhandelskriteriet*. Samhandelskriteriet utgör ett försök att avgränsa tillämpningsområdet i förhållande till nationella konkurrensbegränsningar som således endast kan bli föremål för en prövning enligt den nationella lagstiftningen. I praxis har emellertid kriteriet kommit att tolkas mycket vidsträckt. Det räcker att handeln påverkas indirekt eller potentiellt och många gånger kan en konkurrensbegränsning påverka samhandeln även om de involverade företagen är belägna inom samma EG-land.

För det tredje måste förfarandet ha till syfte eller verkan att konkurrensen inom den Gemensamma Marknaden begränsas, det s k *konkurrensbegränsningsrekvisitet*. I artikeln räknas, i exemplifierande och inte i uttömmande syfte, ett antal förfaranden upp som generellt anses otillåtna. Utöver dessa exempel anses även t ex vertikala konkurrensbegränsande avtal mellan leverantörer och återförsäljare, bruttoprissättning och bojkottaktioner vara otillåtna former av konkurrensbegränsande förfaranden. Trots att det inte framgår av texten i art 85 krävs för ingripande att de konkurrensbegränsande effekterna är märkbara eller av någon betydelse (appreciable, significant) för den Gemensamma Marknaden. För att avgöra denna fråga blir det ofta aktuellt att först avgöra vilken marknad som effekten skall relateras till, den s k relevanta marknaden. Det kan nämnas att EG-kommissionen har utfärdat föreskrifter som ger ledning i frågan vilka slags förfaranden som anses vara av betydelse ("Notice Concerning Agreements of Minor Importance"). Genom den i rättspraxis först lanserade regeln att förfarandet

måste ha märkbara effekter på konkurrensen undantas en mängd olika företagsformer där olika företag verkar i samförstånd, så kallade bagatellkarteller. Som bagatellkarteller räknas enligt huvudregeln samverkan mellan företag med högst 5 % andel av den relevanta marknaden och högst 200 miljoner ECU i sammanlagd omsättning.

Konkurrensbegränsningen måste ha sin verkan inom EG. Därav följer att ett avtal mellan två företag som är belägna inom EG och som endast begränsar konkurrensen i ett utanförstående land i princip inte träffas av förbudet. Ett sådant förfarande kan dock komma att förbjudas om det indirekt påverkar handeln och konkurrensen inom EG. Vidare uppställer frihandelsavtalen med bl a Sverige en ömsesidig förpliktelse att tillse att handeln inte störs av konkurrensbegränsande avtal.

En mycket viktig utgångspunkt är att alla avtal som strider mot art 85 är ogiltiga (p 2). Ogiltigheten måste härvid beaktas av nationella domstolar och myndigheter och innebär att det inte tvångsvis går att driva igenom otillåtna avtalsbestämmelser genom rättsliga förfaranden i medlemsländerna.

Den administrativa tillämpningen av art 85 handhas av EG-kommissionen. Regler för dess behörighet och om förfarandet i allmänhet stadgas i en tillämpningsförfordning (Rådets förordning nr 17/62). I tillämpningsförfordningen konkretiseras och ges riktlinjer för tillämpningen av undantagsbestämmelsen enligt art 85 p 3. Huvudprincipen är att alla förfaranden som strider mot art 85 p 1 är otillåtna utan att något formellt beslut härom föreligger. För att undantag enligt p 3 skall komma i fråga måste förfarandet anmälas till Kommissionen som är ensamt behörigt organ att fatta beslut i frågan. Tanken med undantagen i p 3 är att tillåta förfaranden som från allmän synpunkt framstår som nyttiga. Av intresse är att regeln särskilt är avsedd att tillämpas för samverkan mellan små och medelstora företag som annars har svårt att hävda sig i konkurrensen.

Vissa vanliga och från EG:s synpunkt mindre allvarliga typer av konkurrensbegränsningar har dock befriats från anmälningsskyldighet. Vidare har vissa mindre långtgående konkurrensbegränsande avtal undantagits från tillämpningsområdet genom så kallade gruppundantagsförfordningar. Företagen kan också genom att underställa kommissionen ett avtal med begäran om ett uttalande av innebörd att förfarandet inte strider mot art 85 p 1 erhålla så kallad negativattest, dvs ett besked att avtalet inte strider mot art 85.

Som påpekats ansågs tidigare art 85 inte vara tillämplig på företagsförvärv. Här har dock skett en förändring i rättsläget genom domen i det så kallade Philip Morris-fallet. Rättsläget efter detta uppmärksammade fall behandlas i avsnitt 4.8.

4.4 Förbudet mot missbruk av dominerande ställning

Art 86 lyder :

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den utsträckning det är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet. Missbruk kan särskilt bestå i:

- a) direkt eller indirekt påtvingande av oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsning av produktion, avsättning eller teknisk utveckling till förfång för konsumenterna,
- c) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,
- d) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Detta stadgande riktar sig mot konkurrensbegränsningar som ett företag tillämpar ensidigt till skillnad från art 85 som avser samordnade förfaranden mellan flera företag. Det skall observeras att marknadsdominans i sig inte är förbjuden utan regeln riktar sig endast mot missbruk av marknadsdominans ("abuse . . . of a dominant position"). Några olika missbrukssituationer anges i en exemplifierande uppräkningslista.

Av avgörande betydelse för tillämpningen av art 86 är tolkningen av begreppet dominerande ställning. Härvid måste avgöras vilken marknad som skall läggas till grund för bedömningen, den s k relevanta marknaden. I själva verket är innebörden av begreppet relevant marknad helt avgörande för tillämpligheten och effektiviteten i den kontroll som art 86 är avsedd att möjliggöra av stora dominerande företag. Det gäller att avgöra dels den relevanta produktmarknaden där man särskilt ser till varornas inbördes substituerbarhet, dels den relevanta marknaden i geografiskt hänseende där det explicit uttalas i författningstexten att det räcker med en dominerande ställning på en väsentlig del av den Gemensamma Marknaden. Innebörden av begreppen "den relevanta marknaden" och "dominerande ställning" behandlas ingående nedan i avsnitt 4.5 samt 4.6. Allmänt kan sägas att bedömningen i rättspraxis av den relevanta marknaden är tämligen snäv. EG-domstolen har således i ett uppmärksammat rättsfall (United Brands 27/76) funnit att den relevanta marknaden utgjordes av bananer och inte frukt och i geografiskt hänseende har t ex ett land av Belgiens storlek ansetts tillräckligt.

I United Brands-målet definierade domstolen begreppet dominerande ställning "as a position of economic strength enjoyed by the enterprise

which enables it to prevent effective competition being maintained by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers". Denna definition återkommer ständigt i fall som gäller art 86. Bedömningen av frågan om dominerande ställning föreligger på den relevanta marknaden avgörs framför allt efter företagets marknadsandel. Det ges dock i praxis utrymme för en mer nyanserad helhetsbedömning mot bakgrund av marknads struktur, företagets ekonomiska och finansiella styrka och dominansens effekter i det konkreta fallet (se vidare nedan avsnitt 4.6).

I praxis har en marknadsandel om 40–45 % ansetts utgöra dominerande ställning. Av stor betydelse är dock relationen till konkurrenternas marknadsandelar. Ingripande torde således kunna ske vid lägre marknadsandelar om det vid en helhetsbedömning visar sig att företaget reellt sett har ett omfattande inflytande på marknaden genom att konkurrenterna har ännu lägre marknadsandelar. (se vidare avsnitt 4.6).

Även tillämpning av art 86 förutsätter att handeln mellan medlemsstaterna påverkas och även här har detta kriterium en vid innebörd. Tillämpningen av art 86 regleras i den ovan omtalade förordningen nr 17/62. Något anmälningsförfarande förekommer dock inte.

Tillämpningen av art 86 var länge tämligen sparsam men på senare tid har stadgandet fått en ökad betydelse i praxis. Vad som främst har uppmärksamats är möjligheterna att förhindra stora företagsförvärv och möjligheterna att kontrollera de multinationella företagens verksamhet och tillväxt. I de uppmärksammade fallen Gema och Continental Can fastslogs att sammanslagning mellan ett företag som har en dominerande ställning och ett konkurrentföretag kan utgöra missbruk i den mening som avses i art 86. I Continental Can-fallet friades visserligen förfarandet av EG-domstolen men i principiellt hänseende godkände domstolen Kommissionens tolkning av tillämpligheten av art 86 på företagsförvärv. Senare praxis och nuvarande rättsläge behandlas i avsnitt 4.7.

4.5 Den relevanta marknaden

4.5.1 Inledning

Att avgränsa den relevanta marknaden är från juridisk synpunkt förhållandevis komplicerat. Avgränsningen av den relevanta marknaden kan inte enbart avgöras med utgångspunkt från ekonomiska kriterier utan måste fastställas utifrån vilken marknadsbestämning som är lämpligast med hänsyn till konkurrenslagstiftningens syften. Utöver rent ekonomiska förhållanden (korspriselasticitet etc) beaktas i varierande grad också andra aspekter vilket i vissa fall kan leda till att avgränsningen uppfattas som tämligen godtycklig. Detta förhållande leder också till att avgränsningen av den relevanta marknaden i ett enskilt fall ofta är svårförutsägbar.

De bedömningsprinciper som idag tillämpas i de europeiska rättsordningarna och inom EG har i mycket hög grad influerats av de principer som utbildats i amerikansk rätt. Amerikansk praxis och normgivande bedömningsprinciper är således av stort intresse. Inledningsvis skall dock poängteras att grundläggande bedömningsprinciper och bakomliggande resonemang visserligen bildar en grundval men i den praktiska tillämpningen präglas avgränsningen av den relevanta marknaden i stor utsträckning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det är således fråga om en utpräglad "case-by-case" metod. Framställningen kommer därför att innehålla en förhållandevis fyllig redovisning av normskapande praxis på området i syfte att ge konkretion åt de ganska abstrakta bakomliggande principerna.

4.5.2 Den relevanta produktmarknaden

Avgörande för om vissa produkter skall räknas till samma marknad är deras inbördes substituerbarhet ("interchangeability"). Allmänt kan sägas att de konkurrensvårdande myndigheterna och organen strävar efter att avgränsa produktmarknaden så snävt att de konkurrensbegränsande effekterna som uppkommer till följd av koncentrativa förfaranden maximeras. Det blir dock fråga om en mycket grannliga avvägning genom att en alltför snävt bestämd marknad kan innebära att de involverade företagen i själva verket inte är konkurrenter, dvs inte agerar på samma marknad.

De amerikanska domstolarna bestämmer den relevanta produktmarknaden förhållandevis snävt. I ett klassiskt rättsfall rörande en företags-sammanslagning mellan skotillverkare (United States v. Brown Shoe Co. 370 U.S. 294, 1962) ansågs skomarknaden visserligen utgöra en enhetlig marknad men från konkurrensrättslig synpunkt ansågs att denna marknad borde delas upp i olika undermarknader, herrskor, damskor, barnskor etc. Den relevanta produktmarknaden bestämdes i fallet till att enbart omfatta herrskomarknaden. I målet United States v. Continental Can (378 U.S. 441, 1964) ansågs däremot bleckburkar och glasflaskor tillhöra marknaden för emballage för läskedrycker och barnmat. I det s k Cellophane-målet (United States v. E.I duPont de Nemours & Co U.S. 377, 1956) ansågs förpackningsmaterialet cellofan inte utgöra en egen marknad utan utgjorde en del av den större förpackningsmaterialmarknaden bestående av bl a olika pappersmaterial, aluminiumfolie, plastfilmer etc.

Från färsk fransk praxis kan nämnas att marknaden för uthyrning av TV-apparater inte ansetts utgöra en egen marknad utan uthyrningsmarknaden ansågs vara en del av TV-marknaden i allmänhet (dvs köp- och hyrmarknaden). Betydelsen av denna breda avgränsning understryks av det förhållandet att det berörda uthyrningsföretaget hade en marknadsandel på 88 % av uthyrningsmarknaden men endast 3.5 % av den totala TV-marknaden.

I EG-domstolens tillämpning avgörs produkternas substituerbarhet i första hand efter objektiva kriterier som kan relateras direkt till själva produkten såsom dess karaktär, pris, användning. I praxis har det dock be-

tonats att även "the competitive conditions and the structure of supply and demand on the market must also be taken into consideration" (322/81 Michelin v. Commission (1983) E.C.R. 3461). Därav följer att produkter som objektivt sett liknar varandra men används av olika konsumentgrupper kan anses tillhöra olika marknader. På samma sätt kan en produkt som endast saluförs till näringsidkare, t ex fabriksnya originalutrustade däck till nytillverkade bilar, uteslutas från marknaden där liknande produkter i huvudsak endast saluförs till konsumenter, t ex nytillverkade däck utan originalfälgar eller begagnade däck.

I Continental Can-fallet slog EG-domstolen fast att produkter som endast i begränsad utsträckning är utbytbara inte skall anses tillhöra samma marknad. Det måste således föreligga "reasonable interchangeability". Det finns visserligen ingen tumregel för tolkningen av termen "reasonable" men allmänt kan sägas att det ställs tämligen höga krav på substituerbarhet för att produkterna skall anses tillhöra samma marknad. I målet United Brands v. Commission (27/76 (1976) E.C.R. 425) ansågs bananer utgöra en egen marknad och inte en del av den större fruktmarknaden, trots att bananer till viss del ansågs utbytbara mot annan färsk frukt. Enligt domstolen fanns det dock ett mycket stort antal konsumenter som inte märkbart lockas bort från konsumtionen av bananer till förmån för annan färsk frukt som från tid till annan strömmar in på fruktmarknaden.

Material om produkters korspriselasticitet kan ha viss betydelse. Om en mindre prishöjning på en viss produkt föranleder stora konsumentgrupper att gå över till andra produkter är det ett tecken på att produkterna konkurrerar på samma marknad.

Vidare har antaganden om den potentiella konkurrensen viss betydelse. Potentiella konkurrenter, såväl inhemska som utländska, kan tillhöra den relevanta produktmarknaden om de med små ansträngningar kan ställa om produktionen till att avse identiska produkter. Det kan nämnas att man numera i stor utsträckning beaktar den utländska potentiella konkurrensen.

I det av EG-domstolen behandlade Continental Can-fallet (6/72 (1973) E.C.R. 215) var Kommissionens uppfattning att de relevanta marknaderna måste delas upp i marknader för lätta metallemballage till köttkonserver, lätta metallemballage till fiskkonserver och en marknad för metallock till konservindustrin. Domstolen godtog dock inte denna uppdelning utan förklarade att det inte visats genom vilka särdrag dessa marknader skiljer sig från den större marknaden för lätta metallemballage. Det ansågs inte tillräckligt att emballagen hade olika användningssyften utan det måste även föreligga särskiljande produktionskännetecken som gör dem särskilt ägnade för sina olika uppgifter. En dominerande ställning på marknaden för lätta metallemballage för fisk- resp köttkonserver var således inte avgörande så länge det inte visats att andra tillverkare av lätta metallemballage inte genom en enkel anpassning kunde tränga in på dessa marknader. Avgörandet är i vissa avseenden mycket svårtolkat och behandlas vidare i avsnitt 4.7.

Ett fall som ur svensk synvinkel väckt stort intresse är det s k Hugin-målet

(22/78, (1979) E.C.R. 1851) där reservdelarna till Hugins kassaregister ansågs utgöra en egen marknad skild från kassaregistermarknaden i övrigt. På reservdelsmarknaden var Hugin att betrakta som monopolist.

I de färskta Philip Morris-avgörandena i Tyskland resp EG (se närmare nedan avsnitt 4.8.1) har cigarrettmarknaden ansetts utgöra en egen marknad skild från övriga tobaksvaror såsom cigarrer, piptobak etc.

Vidare kan nämnas att marknaden för olika vitaminer (A, B1, B2, B3, B6, C, E, H etc) har ansetts utgöra skilda marknader och inte del av den större vitaminmarknaden (85/76 Hoffmann La Roche v. Commission, 1979 E.C.R. 461).

I Sverige har marknadsdomstolen som redan berörts anslutit sig till tendensen mot rätt smala marknadsavgränsningar. Från praxis kan nämnas att sk byggtapeter (billigare papperstapeter) funnits vara en egen marknad och inte en del av den större tapetmarknaden (MD 1983:2 Boråstapeter). Vidare har i ett fall rörande ett företagsförvärv konsumentfärgmarknaden ansetts utgöra en särskild marknad och inte en del av färgmarknaden i allmänhet (MD 1986:27 Alcro-Beckers).

Sammanfattningsvis är bedömningen av marknadens omfattning i EG:s rättspraxis i allmänhet ganska snäv. Det är påtagligt att den juridiska avgränsningen är snävare än vad som från strikt företagsekonomisk synvinkel kan te sig motiverat. Marknadsavgränsningarna kan därmed te sig en smula överraskande från de inblandade företagens synpunkt. Det skall dock anmärkas att smala marknadsavgränsningar när det gäller företagsförvärv i vissa fall kan vara till fördel för de involverade företagen. Om avgränsningen av den relevanta marknaden innebär att företagen anses arbeta på olika marknader föreligger således inte något konkurrensförhållande mellan företagen och därmed inte heller några konkurrenshämmande effekter. Om t ex ett företag som enbart framställer och saluför whisky förvärvar ett företag som tillverkar gin eller vodka är det med utgångspunkt från ovan redovisad praxis troligt att företagen inte anses arbeta på samma relevanta marknad. I konkurrensrättsliga sammanhang där de reella effekterna av vissa åtgärder är det avgörande torde det dock finnas ett visst utrymme för att inte anse begreppet "relevanta marknaden" vara av en statisk och oföränderlig karaktär. Det finns således en benägenhet att tolka begreppet med utgångspunkt från omständigheterna i det enskilda fallet vilket innebär att de konkurrensvårdande organen när så anses påkallat ger en bredare innebörd av den relevanta marknaden. I vad mån det sker och hur rättspraxis ställer sig är dock i dagens läge mycket osäkert. Det kan dock konstateras att i normsystem där förutsättningen för ingripande mot företagskoncentration är en dominerande ställning på den relevanta marknaden torde en dynamisk tolkning av begreppet den relevanta marknaden vara nödvändig för att t ex diagonala sammanslagningar skall kunna angripas. En bredare innebörd av den relevanta marknaden för dock med sig att en dominerande ställning blir svårare att påvisa. Som framgått är avgränsningen av den relevanta marknaden ett mångfacetterat och svårtillämpat kriterium och som

senare skall behandlas är detta en av anledningarna till att art 86 i Romfördraget inte anses särskilt lämplig att tillämpa på koncentration.

4.5.3 Den relevanta geografiska marknaden

På internationell nivå har problemen med avgränsningen av den geografiska marknaden huvudsakligen gällt möjligheten att dela upp marknaden i skilda nationella marknader. Härvid har en mängd olika faktorer av traditionell EG-karaktär betydelse. På nationell nivå har vid bestämningen av den geografiska marknaden vanligen transportmöjligheter och transportkostnader mellan olika regioner och lokalområden avgörande betydelse. Det vidare perspektivet som den internationaliserade EG-rätten representerar avspeglar sig också i de konkreta bedömningsprinciperna.

Allmänt kan sägas att avgränsningen av den geografiska marknaden normalt är lättare än avgränsningen av den relevanta produktmarknaden. I EG är utgångspunkten att den relevanta geografiska marknaden måste motsvara en väsentlig del ("substantial part") av den Gemensamma Marknaden (se art 86). Vid bedömningen av om en viss del av EG uppfyller väsentlighetskravet tas hänsyn till dess yttinnehåll men ännu mera till det ifrågavarande områdets ekonomiska betydelse. Man ser således i första hand till regioner och inte till nationsgränser. Vidare måste såväl produktionens och konsumtionens mönster, produktionens volym, transport- och distributionskostnader beaktas. I det s k United Brands-målet (se ovan) exkluderades Storbritannien, Italien och Frankrike från den geografiska marknaden pga att i dessa länder diskriminerade nationella handelsorganisationer bananer från United Brands till förmån för andra distributörer. Därmed ansåg EG-domstolen att kravet på att det skall råda ungefärligen homogena konkurrensvillkor på den geografiska marknaden inte vara uppfyllt.

I EG-praxis har Belgien och delar av Västtyskland ansetts utgöra en väsentlig del av Gemensamma Marknaden. I Michelin-målet (se ovan avsnitt 4.5.2) ansåg EG-domstolen att Nederländerna utgjorde den erforderliga relevanta geografiska marknaden. EG-domstolen har också uttalat att ett land av Belgiens storlek utgör en väsentlig del (127/73 BRT v. Sabham; 1974, E.C.R. 313). Det är troligt att även mindre områden uppfyller det geografiska väsentlighetsrekvisitet. Ett missbruk av dominerande ställning i t ex Luxemburg, vars befolkning motsvarar ca 0.23 % av hela gemenskapens befolkning, kan vara tillräckligt i varje fall om de konkurrensbegränsande effekterna kvantitativt sett är av stor betydelse. Det förefaller också sannolikt att storstadsområden som Paris och London eller större industricentra som Ruhr-området utgör väsentlig del av den Gemensamma Marknaden. Hugin-målet (se ovan avsnitt 4.5.2) indikerar exempelvis att den geografiska marknaden kan avgränsas till centrala London. Det skall dock påpekas att smala geografiska avgränsningar visserligen ofta gör det lättare för de konkurrensvårdande organen att påvisa dominerande ställning, men man måste i sammanhanget komma ihåg att en förutsättning för tillämpligheten av art

85 och 86 är att konkurrensbegränsningen påverkar handeln mellan medlemsstaterna. I många fall där den geografiska marknaden avgränsas till ett storstadsområde kan det med rätta, även om samhandelskriteriet tolkas liberalt, betvivlas att denna påverkanseffekt inträder. Exempelvis var EG-domstolens friande dom i Hugin-målet baserad på att samhandelskriteriet inte var uppfyllt.

Även i USA avgränsas de geografiska marknaderna i regionala eller lokala marknader på grundval av kommersiella realiteter, t ex frakthinder, klimatskillnader. I praxis har t ex Los Angeles-området ansetts utgöra den relevanta geografiska marknaden för lokala livsmedelsbutiker. Det skall påpekas att de amerikanska konkurrensreglerna inte uppställer något generellt krav på att den geografiska marknaden måste utgöra en väsentlig del av hela den amerikanska marknaden. I praktiken anses dock att området måste vara ekonomiskt betydelsefullt.

I Sverige anses normalt hela landet vara en enda marknad för flertalet industrivaror. När det gäller detaljhandel och servicenäringar måste dock ofta lokala avgränsningar företas.

4.6 Dominerande ställning

Utgångspunkten för bedömningen av frågan om dominerande ställning föreligger är avgränsningen av den relevanta marknaden. Det är på den normalt smalt avgränsade relevanta marknaden som den dominerande ställningen skall göra sig gällande. EG-domstolen har i United Brands-målet givit följande definition av begreppet dominerande ställning: "en ställning av ekonomisk styrka, som innehas av ett företag, som sätter det i stånd att hindra upprätthållandet av effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att ge det makten att i avsevärd utsträckning uppföra sig oberoende av sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand sina konsumenter". Som tidigare påpekats är marknadsandelen på den relevanta marknaden en grundläggande faktor. Den erforderliga marknadsdominansen förutsätter dock inte att företaget i det närmaste har monopol på en viss marknad. Genom att det avgörande kriteriet är i vad mån företaget kan agera oberoende av sina konkurrenter kan dominerande ställning föreligga även vid i absoluta tal relativt små marknadsandelar.

Av United Brands-målet framgår att dominerande ställning kan föreligga även om inte marknadsandelen i sig är så stor, såvida det föreligger andra faktorer som tillsammans konstituerar marknadsdominans. Några av dessa faktorer anges i domskälen i Continental Can-målet. Dominerande ställning föreligger om ett företag på grund av sin "marknadsandel eller sin marknadsandel i förening speciellt med förfogandet över teknisk kunskap, råvaror eller kapital, har möjlighet att bestämma priserna eller att kontrollera produktionen eller distributionen för en betydande del av de ifrågavarande produkterna". Andra betydelsefulla faktorer är försäljningsnätets utveck-

lingsgrad och i vad mån potentiell konkurrens föreligger. Av särskild betydelse är om det föreligger ett beroendeförhållande mellan återförsäljare och tillverkare resp distributörer. Ett sådant förhållande kan följa av en bristsituation (t ex kan nämnas förhållandena under oljekrisens dagar där de företag som tillhandahöll bristvaran olja var i en dominerande position gentemot sina kunder). Andra faktorer av betydelse är teknologiskt försprång, t ex innehavet av marknadsledande patenträttigheter, stark vertikal integration, avsaknad av potentiell konkurrens, starka och välkända varumärken etc. Vidare tas vid bedömningen hänsyn till konkurrenternas styrka och antal. En dominerande ställning kan således föreligga även när företags marknadsandel i sig inte är så stor i absoluta tal men ändå är avsevärt större än konkurrenternas. Det kan poängteras att ett företags eller koncerns ekonomiska styrka inte mäts i lönsamhet eller vinstmarginaler. Även om företaget går med förlust för en tid, hindrar inte detta att dominerande ställning föreligger.

En marknadsandel på 80 % eller mer anses av EG-domstolen i sig skapa en dominerande ställning. I Hugin-målet konstaterades att Hugin i princip hade en monopolställning avseende sina egna reservdelar och detta faktum ledde till slutsatsen att företaget var i stånd att oberoende av konkurrenter bestämma pris och andra försäljningsvillkor. Några tillkommande faktorer behöver inte vara för handen om marknadsandelen är mycket hög. Vidare har i praxis marknadsandelar om 57–65 % ansetts utgöra tillräckligt bevis för dominerande ställning (Michelin-målet). En marknadsandel om 40–45 % har dock inte i sig ansetts vara tillräckligt (United Brands-målet). När marknadsandelen är så pass hög som 40–45 % ställs det dock inga högre krav på tillkommande omständigheter för att presumera marknadsdominans utan det torde räcka med att konkurrenternas marknadsandelar är lägre.

Med anledning av att varje fall måste bedömas utifrån de särskilda förutsättningar som gäller för den aktuella marknaden är det svårt att generellt uttala sig om när dominerande ställning anses föreligga. Det kan dock nämnas att EG-domstolen i ett flertal fall där marknadsandelarna uppgått till 5–11 % inte ansett att dominerande ställning varit för handen. Sammanfattningsvis kan konstateras att marknadsandelar under 10 % knappast medför dominerande ställning såvida inte konkurrenternas marknadsandelar är avsevärt lägre. I fall där marknadsandelen är 20–40 % kan dock dominerande ställning tänkas föreligga om det finns tecken på att en oberoendeställning i vissa avseenden uppkommit.

4.6.1 Betydelsen av dominerande ställning

Att ett företag innehar en dominerande ställning är av stor betydelse vid tillämpning av konkurrensregler vars syfte är att förhindra olika former av konkurrensbegränsningar. Inom EG-rätten är det tämligen självklart att förekomsten av eller förstärkning av en dominerande ställning är en nödvän-

dig förutsättning för tillämpning av art 86.

Begreppet dominerande ställning har dock en vidare innebörd. Även vid tillämpning av generalklausuler mot konkurrensbegränsande avtal (t ex art 85) får förekomsten av dominerande ställning betydelse genom att det i praxis ställs högre krav på företag som är dominerande än vad som är fallet med övriga företag. Det krävs således en mindre grad av konkurrensbegränsande verkan för att anse ett visst förfarande strida mot konkurrensreglerna om ett dominerande företag ligger bakom än om mindre eller medelstora företag framkallat konkurrensbegränsningen. Detta förhållande har betydelse i fall av företagsförvärv då även mindre aktieköp eller andra partiella förvärv av dominerande företag kan anses utgöra en otillåten konkurrensbegränsning under det att samma förvärv av ett mindre företag inte ansetts medföra skadlig konkurrensbegränsande verkan.

4.7 Kontroll av företagsförvärv som förstärker marknadsdominans

Inledning

I detta avsnitt behandlas möjligheterna att angripa företagsförvärv med stöd av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i art 86. Stadgandet har från en allmän utgångspunkt behandlats i avsnitt 4.4, vartill hänvisas när det gäller dess allmänna räckvidd och rekvisit. Syftet med detta avsnitt är att mot bakgrund av den allmänna redogörelsen av innehållet i art 86 och relevant rättspraxis analysera i vad mån EG:s organ konkret kan stödja sig på art 86 i syfte att hindra företagskoncentrationer som förstärker en dominerande ställning. EG-domstolens avgörande 1973 i Continental Can-fallet är grundläggande, något senare avgörande saknas. De principer som utbildats vid tillämpning av art 86 har haft stor betydelse för utformningen av den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer.

4.7.1 Continental Can-fallet

Continental Can Company Inc. är ett amerikanskt bolag som framställer metall-, pappers- och plastemballage. Företaget planerade 1969 bl a att dels upprätta ett bolag (Europaemballage) inom EG till vilket det skulle föra över sina ägarandelar i det europeiska dotterföretaget SLW, dels genom Europaemballage förvärva det holländska företaget TDV. EG-kommissionen ansåg att Continental Can genom köpet av TDV missbrukade en dominerande ställning på marknaden för lätta förpackningar för köttkonserver, fiskkonserver och charkuterivaror samt på marknaden för metallock till glasburkar. Genom att Continental Can genom sitt dotterföretag i EG hade en dominerande ställning på nämnda EG-marknader innebar förvärvet en-

ligt Kommissionen att konkurrensen avseende emballagevarorna praktiskt taget eliminerades inom en väsentlig del av den Gemensamma Marknaden.

EG-domstolen framhöll i sin dom att de marknadsavgränsningar som Kommissionen företagit var behäftade med stor osäkerhet och undanröjde Kommissionens beslut med hänvisning till att beslutet grundade sig på allt för osäkra antaganden rörande de kriterier som de relevanta marknaderna avgränsats efter. Genom att de faktiska omständigheterna bakom avgränsningen av de relevanta marknaderna inte var klarlagda ansåg Domstolen inte att något förbud mot förvärvet kunde meddelas.

I den viktiga frågan om tillämpligheten av art 86 på företagsförvärv gick dock domstolen på Kommissionens linje. Domstolen konstaterade att ett missbruk av en dominerande ställning kan föreligga i situationer då ett företags dominerande ställning förstärks genom förvärv av ett annat företag, såvida den uppnådda graden av dominans allvarligt hindrar konkurrensen. Tidigare hade det från många håll hävdats att art 86 enbart var tillämplig på företagets beteende på marknaden och inte på förändringar i företagets struktur. Domstolen avfärdade denna distinktion efter att ha tolkat art 86 mot bakgrund av de allmänna målsättningarna i art 3 (f) (se *bil* 5). Det väsentliga ansågs vara den konkurrenshämmande effekten av den företagna åtgärden och inte i vilken form åtgärden företagits. Innehållet i art 3 (f) får därmed reell betydelse i situationer då luckor uppkommer i tillämpningen av art 86 (och 85). Sådana luckor kan fyllas ut genom en extensiv tolkning av art 86 (och 85) mot bakgrund av de generella föresatserna i art 3 (f). Den av domstolen lanserade principen innebär att art 86

”is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure, such as is mentioned in Article 3 (f) of the Treaty. Abuse may therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition i.e that only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one” (1973 CMLR 199, 26).

Continental Can-fallet belyser även frågan om utanförstående företags ansvar för handlingar företagna av dotterbolag i EG (se avsnitt 4.9) samt allmänna frågor kring tolkningen av begreppen relevant marknad och dominerande ställning (se avsnitt 4.5 och 4.6). Dessa frågor analyseras i separata avsnitt och skall därför inte vidare behandlas här.

4.7.2 Huvudpunkter och viktigare begränsningar i tillämpningen av art 86

Utöver de allmänna rekvisiten som behandlats i avsnitt 4.4 bör några förhållanden som starkt påverkar tillämpningen av art 86 avseende företagsförvärv framhävas. En grundläggande utgångspunkt är att art 86 endast kan

tillämpas på företagsförvärv under förutsättning att ett av de inblandade företagen redan innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden (om begreppet dominerande ställning se avsnitt 4.6). Art 86 kan således endast tillämpas på företagsförvärv som *förstärker* en dominerande ställning. Företagsförvärv som leder till att en dominerande ställning uppkommer, dvs när två icke-dominerande företag slår sig samman till ett dominerande företag, kan inte angripas.

I Continental Can-fallet anges att en förutsättning för att förvärvet skall strida mot art 86 är att förvärvet väsentligen minskar konkurrensen på den relevanta marknaden ("substantial fettering"). Väsentlighetskravet innebär i praktiken att enbart extrema fall träffas. Emellertid bör i detta sammanhang senare praxis beaktas som visserligen inte direkt avser företagsförvärv men som ändå torde vara normgivande när det gäller kravet på den konkurrenshämmande effekten. I senare fall har avsteg gjorts från det tämligen högt ställda väsentlighetskravet och därmed har tillämpningsområdet för art 86 vidgats. Det råder dock en viss osäkerhet om på vilken nivå effektkravet numera ligger. I det s k Vitamin-målet (Hoffmann-La Roche v. Commission Case 85/76 (1979) E.C.R. 461) angavs att förekomsten av en dominerande ställning leder till att kravet på konkurrenshämmande effekter till följd av det dominerande företags agerande kan ställas lågt. I stort sett kan varje konkurrenshämmande effekt vara tillräcklig för att art 86 skall kunna tillämpas. EG-domstolen har dock inte tagit ställning till i vad mån det fortfarande skall ställas något högre krav på de effekter som ett företagsförvärv för med sig. Kommissionens inställning tycks dock vara att i fall av företagsförvärv även en obetydlig förstärkning av en dominerande ställning vilket sannolikt leder till någon störning av konkurrensen på marknaden är tillräcklig (Tenth Report on Competition Policy, 1980, p 21).

4.7.3 Kommissionens informella kontroll av företagsförvärv

Kommissionen har på basen av art 86 i ett flertal fall intervenerat i planerade företagsförvärv. Mot bakgrund av publicerade informella kontakter har Kommissionen i några fall förmått företag att avstå från att genomföra förvärv. Ett fall rörde det svenska företaget Fortia AB (nuv Pharmacia) som planerade att förvärva det brittiska företaget Wright Scientific Ltd vilket tillverkade och marknadsförde s k kromatografikolonner (en typ av apparatur som inom kemin och medicin används för att separera olika komponenter i ämnesblandningar från varandra). Kommissionen uppmärksammade det planerade förvärvet efter anmälan av en konkurrent och en ingående undersökning visade att Fortia genom förvärvet skulle öka sin marknadsandel på den Gemensamma Marknaden avseende kromatografikolonner från 73 % till 82 %. Efter kontakt mellan Kommissionen och Fortia resp Wright inställdes planerna på förvärvet som således aldrig genomfördes (Eleventh Report on Competition Policy 1981, p 112). I ett annat fall (Pilkington/BSN-Gervais-Danone, Tenth Report on Competition Policy 1980, p 152) intog

Kommissionen ståndpunkten att ett företag som är dominerande på en viss nationell marknad och som förvärvar ett företag vars verksamhet är koncentrerad till en annan nationell marknad där varken det förvärvade eller förvärvande företaget har en dominerande marknadsposition, missbrukar sin dominerande ställning och därmed bryter mot förbudet i art 86.

Dessa två fall utgör de enda kända fallen där Kommissionen genom informella kontakter förmått företagen att avstå från att genomföra den planerade företagssammanslagningen. Det finns dock en mängd andra fall rapporterade där Kommissionen intagit ståndpunkten att art 86 inte varit möjlig att tillämpa. I flera fall har t ex den geografiska marknaden ansetts omfatta inte bara en medlemsstat utan hela regioner av den Gemensamma Marknaden och därmed har dominerande ställning inte kunnat påvisas. Vidare har förekomsten av både faktiska och potentiella konkurrenter på den relevanta marknaden föranlett slutsatsen att dominerande ställning inte med säkerhet kan påvisas. I Kommissionens praxis kan man spåra en viss försiktighet.

I sammanhanget kan nämnas en rad fall där Kommissionen efter anmälan från konkurrenter inlett undersökningar som avslutats med motiveringen att det påtalade förfarandet inte strider mot art 86. I fallet Michelin Nederland/Actor N.V. (Eighth Report on Competition Policy 1978, p 146) befanns visserligen det förvärvande företaget inneha en dominerande ställning men denna ställning ansågs inte förstärkas genom förvärvet. I fallet Michelin/Kleber Colombes (Tenth Report on Competition Policy 1980, p 156) uttalade Kommissionen att art 86 inte är tillämplig på interna omorganiseringar inom ramen för en sammanhållen företagsgrupp eller koncern.

I fallet Ashland Oil Inc/Cabot Co. (Fourteenth Report on Competition Policy 1984, p 109) var omständigheterna sådana att det ifrågasatta företagsförvärvet skulle leda till att det förvärvande företaget skulle uppnå den största produktionskapaciteten på den relevanta marknaden i Europa. Trots detta fann dock Kommissionen att dominerande ställning inte förelåg pga att den näst största producenten hade en relativt hög marknadsandel samt att det förvärvande företaget i sin tur var beroende av råmaterialleveranser från större integrerade producentföretagsgrupper.

Fallet Eagle Star/Allianz (Twelfth Report on Competition Policy 1982, p 103) utgör ett intressant exempel på en situation där ett företag genom att påkalla Kommissionens uppmärksamhet försöker hindra en s k "hostile take-over". I fallet hade 28 % av aktiekapitalet i Eagle Star förvärvats av det tyska försäkringsföretaget Allianz vars syfte var att senare lägga ett "fientligt" bud på resterande aktier. Eagle Star anmälde förfarandet till Kommissionen med motiveringen att förvärvet stred mot förbudet i art 86 mot missbruk av dominerande ställning. Kommissionen förutsatte något förvånande utan ingående undersökningar att Allianz hade en dominerande ställning på den tyska försäkringsmarknaden. Däremot ansågs på grundval av flera samverkande faktorer inte missbruksrekvisitet vara uppfyllt. Bl a ansågs förvärvet inte nämnvärt stärka den dominerande ställningen samt att

Allianz var utsatt för stark konkurrens från andra försäkringsbolag.

Den informella kontroll som Kommissionen utövat visar klart den inskränkta räckvidden av art 86. Som framgått är tillämpningen kantad av en mängd olika hinder som sammantaget leder fram till att art 86 i praktiken inte utgör ett effektivt instrument för kontroll av företagsförvärv. De främsta hindren tycks bestå i att dels med absolut säkerhet avgränsa den relevanta marknaden, dels påvisa att dominerande ställning föreligger och att denna ställning genom förvärvet förstärks. Vidare har Kommissionens aktionsmöjligheter begränsats av förhållandet att art 86 inte konstituerar någon skyldighet för företag att på förhand anmäla planerade företagsförvärv. Svårigheterna för Kommissionen att agera innan förvärvet fullbordats har lett till att ett flertal större företagssammanslagningar, där tillämpning av art 86 kunde ha aktualiserats, förefaller helt eller i huvudsak ha gått förbi Kommissionens hittillsvarande granskningsverksamhet. Här kan nämnas bildandet av större europeiska företagsgrupper som Philips/Grundig, Alfa Romeo/Fiat samt ASEA/Brown-Boveri. Tillkomsten av den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer med dess krav på förhandsanmälan av särskilt stora förvärv innebär en grundläggande förändring.

4.7.4 Möjligheterna att utfärda interimistiskt förbud resp undantagsförklaringar

I syfte att undgå de mycket svåra praktiska problemen som är förenade med en upplösning av redan genomförda företagsförvärv torde det i fall där Kommissionen inlett undersökningar finnas starka behov av en möjlighet för Kommissionen att utfärda ett interimistiskt förbud för de involverade företagen att slutföra förvärvet. Mot bakgrund av senare praxis (Camera Care-fallet 792/79 R (1980) 1 CMLR 334) står det klart att Kommissionen när det gäller tillämpning av art 85 och 86 formellt kan besluta om interimistiska åtgärder i syfte att bibehålla status quo intill dess att ett slutligt beslut har fattats. Saken skall här beröras såvitt gäller art 86 med inriktning på hittillsvarande praxis. I praktiken har hela frågan fr o m hösten 1990 kommit i ett nytt läge genom tillkomsten av den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer.

Interimistiska beslut av Kommissionen kan bara fattas såvida vissa förutsättningar uppfylls. Bl a krävs det att "there must be a reasonably strong prima facie case there has been a violation of the competition rules of the Treaty". Vidare kan interimistiska åtgärder endast tillgripas om de avser att förhindra en situation "which is intolerable for the public interest" eller "which is likely to cause serious and irreparable damage to the party seeking their adoption". I många fall av företagsförvärv torde dessa förutsättningar vara svåra att uppfylla. Kommissionen har också allmänt visat en viss restriktivitet i användningen av interimistiska ålägganden. Denna restriktivitet torde vara än mer påtaglig när det gäller företagsförvärv.

Genom att art 86 även är gällande rätt i samtliga medlemsländer kan det

förekomma att företag vänder sig till nationella domstolar med begäran om interimistiska förbud mot företagsförvärv som strider mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Som exempel kan nämnas en take over-strid i Storbritannien mellan Argyll Group och Guinness avseende företaget Distillers (DCL). Argyll vände sig till nationell domstol med begäran om ett förbud mot antagande av ett bud som Guinness avgivit till DCL:s aktieägare. Argyll stödde sig härvid på att ett genomförande av affären skulle strida mot art 86. I striden var Guinness den part som DCL:s företagsledning godtog medan Argylls bud uppfattades som fientligt, dvs i strid mot inställningen hos DCL:s företagsledning. Den brittiska domstolen vägrade att meddela något interimistiskt förbud pga att det inte i erforderlig utsträckning klarlagts att Guinness' förfarande utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.

När det gäller yrkanden om interimistiska förbud som framställs av konkurrerande budgivare i en take over-strid torde en ännu större restriktivitet intas än vad som är fallet i andra fall. Samma torde gälla yrkanden som framställs av det företag som utsätts för fientliga bud. Anledningen till detta förhållande är att den skada som konkurrerande budgivare resp det förvärvade företaget lider normalt inte är tillräckligt starkt skäl för interimistiska förbud. Interimistiska förbud torde endast komma i fråga såvida det är nödvändigt pga "public interest". Kommissionen torde även vilja undvika att betraktas "as a type of a Community level take-over and merger panel with firms threatened with an unwanted take-over alleging breaches of Article 86 as a last ditch defence tactic" (Merger control in the EEC, 1988 s 256).

4.8 Kontroll av företagsförvärv genom regler om förbud mot konkurrensbegränsande avtal

EG-kommissionen intog tidigt ståndpunkten att art 85, som innehåller det generella förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, inte var tillämplig på företagsförvärv. Det bakomliggande skälet till denna ståndpunkt var att företagskoncentrationer skilde sig från konkurrensbegränsande avtal i allmänhet genom att de innebar en permanent strukturell förändring. Kommissionens ståndpunkt innebar att art 85 inte var tillämplig på företagsförvärv där två eller flera tidigare självständiga företag fördes samman till en ekonomisk enhet. Däremot ansågs art 85 kunna tillämpas i situationer där avtalet mellan företagen inte resulterade i bildandet av enhetliga företagsstrukturer utan endast innebar ett samarbete i olika avseenden. Bakom Kommissionens ståndpunkt låg också praktiska hänsyn. Både avfattningen av art 85 och reglerna i tillämpningsförfordningen 17/62 lämnade åtskilligt i övrigt att önska när det gällde att tillämpa dessa regelverk på företagsförvärv. Rättsläget har emellertid ändrats genom EG-domstolens viktiga avgörande i Philip Morris-fallet.

4.8.1 Philip Morris-fallet

Omständigheterna i fallet är i många avseenden av en synnerligen komplex natur och det kan därför bara bli fråga om att redovisa huvudlinjerna med särskild relevans för de frågor som är av särskilt intresse för i vilken utsträckning art 85 kan tillämpas på olika former av företagsförvärv (se närmare *British-American Tobacco (BAT)/R.J Reynolds Industries Inc v. Commission*, mål 142 och 152/84, 4 (1988) C.M.L.R. 24).

1981 ingick Philip Morris Inc (PM) ett avtal med Rembrandt Group Ltd (RG) varigenom PM förvärvade 50 % av Rothmans Tobacco Holdings (RTH) som var ett helägt dotterbolag till RG. RTH kontrollerade i sin tur det helägda dotterbolaget Rothmans International (RI) som konkurrerade med PM på den europeiska cigarrettmärknaden. Överenskommelsen innefattade även regler om hembudsskyldighet om någon av parterna avsåg att avyttra sitt innehav i RTH samt samarbetsavtal på en mängd olika områden. Klagomål från konkurrenterna R.J Reynolds Ind (RJR) och British American Tobacco Ltd (BAT) inkom till Kommissionen. Konkurrenterna hävdade att avtalet mellan PM och RG stred mot art 85 och 86 eftersom den kontroll som PM genom aktieförvärvet skaffade sig över konkurrenten RI förorsakade omfattande konkurrenshämmande effekter på marknaden för cigaretter.

Kommissionen gick på konkurrenternas linje och tillämpade för första gången art 85 på ett företagsförvärv. Kommissionen grundade sin ståndpunkt på principen att en begränsning av konkurrensen uppkommer om två företag ingår en överenskommelse som innebär att ett av företagen får ett väsentligt inflytande och vinstintresse i en av dess största konkurrenter som i sin tur leder till att "they will no longer compete in some thoroughgoing a manner as deliberately to harm each others' interests". Kommissionen vände sig särskilt mot avtalsbestämmelserna om tillsättandet av styrelserepresentanter och förpliktelser att samordna vissa verksamheter som sammantag gav PM ett omfattande inflytande över RI.

Till följd av Kommissionens ingripande reviderades 1981 års överenskommelse i flera betydelsefulla avseenden. Bl a minskades den förvärvade aktieposten från 50 % till 30.8 % motsvarande 24.9 % av rösterna och reglerna om samordnade förfaranden togs bort. Vidare gav PM vissa löften till Kommissionen som bl a innebar att PM inte skulle öka sitt aktieinnehav till överstigande 25 %, att PM inte skulle ha någon representant i styrelsen eller i förvaltningen hos RI samt att inte i något avseende inhämta eller utnyttja information som kan påverka RI:s handlande. Med dessa ändringar lät Kommissionen sig nöja och 1984 avskrevs fallet från vidare handläggning. Genom att PM efter ändringarna enbart hade ett minoritetsaktieinnehav och borttagandet av övriga bindningar mellan företagen ansåg Kommissionen att PM:s inflytande över RTH inte föranledde sådana konkurrensbegränsande effekter som avses i art 85. Förvärvet av en minoritetspost betraktades således som en ren passiv finansiell investering och inte ett sätt att uppnå inflytande eller kontroll över en besvärlig konkurrent.

Kommissionens avskrivningsbeslut överklagades till EG-domstolen av de bägge konkurrenterna Reynolds och BAT. I analysen av tillämpligheten av art 85 gjorde Domstolen flera betydande uttalanden som här skall återges.

37. Although the acquisition by one company of an equity interest in a competitor does not in itself constitute conduct restricting competition, such an acquisition may nevertheless serve as an instrument for influencing the commercial conduct of the companies in question so as to restrict or distort competition on the market on which they carry on business.

38. That will be true in particular where, by the acquisition of a shareholding or through subsidiary clauses in the agreement, the investing company obtains legal or de facto control of the commercial conduct of the other company or where the agreement provides for commercial co-operation between the companies or creates a structure likely to be used for such co-operation.

39. That may also be the case where the agreement gives the investing company the possibility of reinforcing its position at a later stage and taking effective control of the other company. Account must be taken not only of the immediate effects of the agreement but also of its potential effects and of the possibility that the agreement may be part of a long term plan.

Mot bakgrund av dessa generella anmärkningar konstaterade Domstolen att cigarrettmarknaden kännetecknades av stagnation och hade klara oligopolistiska inslag och uttalade:

In such a market situation, the Commission must display particular vigilance. It must consider in particular whether an agreement which at first sight provides only for passive investment in a competitor is not in fact intended to result in a takeover of that company perhaps at a later stage, or to establish co-operation between the companies with a view to sharing the market. Nevertheless, in order for the Commission to hold that an infringement of Article 85 has been committed, it must be able to show that the agreement has the object or effect of influencing the competitive behaviour of the companies on the relevant market.

Dessa allmänna uttalanden av Domstolen är av stor betydelse för den vidare diskussionen rörande i vad mån art 85 kan användas som ett instrument för kontroll av företagsförvärv (se vidare nedan avsnitt 4.8.2). I det konkreta fallet ansåg Domstolen att PM:s innehav av en minoritetspost i RTH inte kunde angripas med stöd av art 85. För det första konstaterades att PM inte var representerat i något av RI:s förvaltningsorgan, förvärvet av minoritetsposten innebar inte att PM kunde bestämma över RI:s kommersiella uppträdande samt att inga bestämmelser fanns rörande kommersiell sam-

verkan mellan PM och RI. Överenskommelsen medförde således inte att PM uppnådde kontroll eller nämnvärt inflytande över RI:s kommersiella beteende (jfr ovan p 38 i domskälen).

För det andra accepterade Domstolen PM:s ståndpunkt att aktieförvärvet enbart var att se som en investering som inte föranledde något minskat intresse från de inblandade företagens sida att fortsättningsvis konkurrera med varandra (jfr ovan p 38 i domskälen).

För det tredje fann Domstolen att den hembudsskyldighet som fanns kvar i överenskommelsen numera förenats med olika åtaganden från företagens sida som resulterade i att de konkurrensbegränsande effekterna av hembudsskyldigheten var begränsade. Enbart det förhållandet att PM kunde hindra en annan konkurrent från att erhålla kontrollen av RI ansågs i sig inte utgöra en konkurrensbegränsning.

Domstolen friade även överenskommelsen utifrån en bedömning enligt art 86. Missbruk av dominerande ställning ansågs endast föreligga såvida aktieinnehavet ger det dominerande företaget en effektiv kontroll eller i vart fall ett betydande inflytande över konkurrentens kommersiella verksamhet. Denna krav var inte uppfyllt i fallet.

4.8.2 Konsekvenser av Philip Morris-fallet

4.8.2.1 Inledande anmärkningar

En grundläggande konsekvens av Philip Morris-fallet är att Kommissionens tidigare ståndpunkt att art 85 inte innefattade permanenta strukturella förändringar numera får betraktas som överspelad. Kommissionens tidigare tämligen rigida hållning har ersatts av ett flexibelt normsystem där det avgörande kriteriet är om det förvärvande företaget uppnår "legal or de facto control of the commercial conduct" eller om förfarandet möjliggör "to take effective control of the other company at a later stage". En viktig utgångspunkt i Philip Morris-fallet är att det inte var fråga om någon total koncentration, dvs överenskommelsen resulterade inte i ett bildande av en gemensam företagsenhet. Även efter överenskommelsen behöll företagen sin självständighet. Detta förhållande innebär att art 85 skulle kunnat tillämpas i Philip Morris-fallet utan att avsteg behövts göras från de grundläggande utgångspunkterna som Kommissionen tidigare utgått från. EG-domstolens uttalanden är dock av en vidsträckt karaktär och går i betydelsefulla hänseenden utanför omständigheterna i det enskilda fallet. På basen av Domstolens uttalanden i p 37 och 38 ovan torde art 85 kunna tillämpas även på förfaranden som innebär att ett företag förvärvar 100 % av aktierna i ett konkurrerande företag.

En viktig utgångspunkt är vidare att art 85 enligt ordalagen i Philip Morris-avgörandet endast är tillämplig såvida de involverade företagen är konkurrenter. Härvid måste marknadsavgränsningar av den typ som är aktuell vid tillämpningen av art 86 göras. Därav följer att art 85 inte kan till-

lämpas på s k diagonala företagsförvärv.

När det gäller de närmare grunderna för en tillämpning av art 85 på företagsförvärv leder avfattningen av domen i Philip Morris-fallet till flera viktiga iakttagelser. Till en början klarläggs att förvärv av en betydelsefull aktiepost i konkurrerande företag inte i sig strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Den från konkurrensrättslig synpunkt avgörande omständigheten är om förvärvet av aktier leder till att det förvärvande företaget får ett sådant inflytande i det förvärvade företaget att konkurrensen mellan företagen hämmas. Det är således effekten av förvärvet och inte förvärvet i sig som är relevant. Härvid spelar dock storleken av förvärvet en avgörande roll. Är det fråga om ett förvärv av en majoritetspost torde man kunna presumera att den erforderliga kontroll- resp inflytandeeffekten uppkommer. Vid förvärv av minoritetsposter har andra tillkommande omständigheter en avgörande betydelse. I Philip Morris-fallet nämns förhållandet att aktieförvärvet är knutet till överenskommelser om samarbete eller samordnande förfaranden eller om det genom förvärvet skapas strukturella förutsättningar för ett vidare samarbete. Andra omständigheter som kan ha betydelse är t ex om det förvärvande företaget har något inflytande över tillsättande av styrelse eller kontroll över verksamheten vid övriga förvaltande organ i det förvärvade företaget. Vidare kan nämnas förhållandet att det på grundval av aktieförvärvet upprättas gemensamma organ eller fasta institutionaliserade kontakter mellan de konkurrerande företagen. Det skall dock poängteras att det på basen av Philip Morris-avgörandet inte går att uttala sig närmare om vad begreppet *de facto control* innefattar och det återstår att se om begreppet kommer att utvecklas vidare i rättspraxis.

Kommissionen har på basen av Philip Morris-avgörandet i några fall vidtagit informella åtgärder som uppvisar starka likheter med den informella tillämpningen av art 86 som tidigare behandlats. Här kan nämnas ett fall där det danska företaget Danska Pälsauktioner (DPA) försökte förvärva 35 % av aktierna i det brittiska företaget Hudson's Bay. Företagens verksamhet var i stort koncentrerade till samma marknader. Kommissionen ansåg att det 35 %-iga aktieförvärvet skulle ge DPA ett väsentligt inflytande över Hudsons agerande på den Gemensamma Marknaden och detta förhållande befarades leda till en förvanskning av konkurrensen i strid med art 85. Särskilt allvarliga befarades konsekvenserna bli på den danska marknaden där konkurrensen sannolikt helt skulle upphöra. Kommissionen varnade även DPA om att interimistiska åtgärder skulle kunna vidtas såvida inte DPA avstod från förvärvet. Med anledning av dessa påtryckningar avstod DPA från att genomföra förvärvet. Vid det informella ingripandet står det klart att Kommissionen stödde sig på Philip Morris-avgörandet av vilket det framgår att även minoritetsförvärv kan angripas såvida konkurrensbegränsande effekter kan befaras.

I sammanhanget skall nämnas ett fall som avgjordes av Kommissionen 1987, Mitchell Cotts/Sofiltra (OJ L 41/31). Huvudfrågan var om förhållandet att Sofiltra endast hade ett minoritetsaktieinnehav om 25 % i ett gemen-

samt ägt bolag (joint venture) ledde till att Sofiltra inte utövade kontroll över det gemensamt ägda bolaget. Pga andra omständigheter, t ex styrelse-representation samt en skyldighet för bolaget att söka Sofiltras medgivande inför större affärstransaktioner, ansågs Sofiltra utöva kontroll över det gemensamt ägda bolaget trots att aktieinnehavet inte grundade någon majoritetsställning. Sannolikt hade samma bedömning gjorts om det varit fråga om en företagssammanslagning.

Philip Morris-fallet klargör i viss mån möjligheten att tillämpa art 85 på s k *partiella förvärv*. Tidigare intog Kommissionen ståndpunkten att art 85 inte kunde tillämpas på partiella förvärv vare sig det rörde sig om joint ventures eller företagssammanslagningar (se bl a Montedison/Hercules (Commission Press Release IP (87) 128, 28.3.87). På basen av uttalandena av Domstolen i Philip Morris-fallet kan man dock konstatera att det inte finns något formellt hinder mot att tillämpa art 85 på strukturella förändringar i form av partiella förvärv.

Philip Morris-fallet avser ett företagsförvärv i form av köp av aktier direkt hos aktieägaren. Det kan således konstateras att art 85 kan tillämpas på förvärv av aktier som sker i enlighet med en överenskommelse antingen direkt mellan det förvärvade och det förvärvande företaget eller förvärv som avser aktier i ett dotterbolag till någon av avtalsparterna. I det följande skall behandlas om art 85 kan tillämpas i samma utsträckning på förvärv som sker inom ramen för handeln på aktiebörsen samt vilken betydelse det har om förvärvet utgör ett led i ett s k take over-förfarande.

4.8.2.2 Förvärv på aktiebörsen resp take over-situationer

Den avgörande skillnaden mellan förvärv som sker direkt hos aktieägaren jämfört med förvärv som sker på börsen är att det i det senare fallet är svårt att konstatera förekomsten av ett "avtal eller samordnat förfarande" som är en förutsättning för tillämpligheten av art 85. Philip Morris-fallet ger inte någon ledning i denna fråga. Det är också svårt att uttala sig om art 85 kan tillämpas i detta fall. Det kan dock konstateras att om art 85 inte anses tillämplig tillskapas ett betydelsfullt kryphål i kontrollen av företagsförvärv. Om å andra sidan art 85 anses tillämplig måste en sådan tillämpning grunda sig på en extensiv tolkning av avtalskriteriet i art 85. En praktisk tillämpning av art 85 är också förenad med stora svårigheter som hänger samman med nullitetssanktionen. Denna sanktion är svår att tillämpa vid alla former av aktieköp men torde vara förenad med ytterligare svårigheter när det gäller att i praktiken genomföra en ogiltighetssanktion av förvärv som skett på aktiebörsen.

Även take over-situationer står i en särställning vilket gör att tillämpligheten av art 85 är mycket svår att bedöma. Svårigheterna grundar sig på det för take over-situationer kännetecknande draget att en presumtiv förvärvare samtidigt vänder sig direkt till samtliga aktieägare i företaget med ett bud på innehavda aktier eller andelar. Inledningsvis kan man fråga sig om art 85

kan tillämpas på förvärv som sker från privatpersoner? Enligt ordalagen är art 85 endast tillämplig på överenskommelser mellan företag och beslut av företagssammanslutningar och veterligen har art 85 inte tillämpats avseende överenskommelser mellan privatpersoner eller mellan privatpersoner och företag. Detta innebär att det är ytterst tveksamt huruvida take over-situationer som innefattar transaktioner mellan privatpersoner och det förvärvande företaget kan angripas med stöd av art 85. I situationen där aktieägarna består både av privatpersoner och juridiska personer uppkommer frågan om art 85 skall kunna tillämpas avseende de juridiska personerna men inte avseende privatpersonerna. En sådan differentierad tillämpning skulle vara högst otillfredsställande.

Vidare utgör den obligatoriska ogiltighetssanktionen i art 85 (2) ett stort problem i take over-situationer. Om transaktionerna ogiltigförklaras ställs det förvärvande företaget inför uppgiften att dels spåra alla enskilda säljare, dels i varje enskilt fall träffa överenskommelser om återgång av förvärvet. I situationen där endast vissa säljare är juridiska personer blir effekten av en tillämpning av art 85 (2) att endast vissa transaktioner träffas av ogiltighets-sanktionen medan andra förblir giltiga.

På grundval av de praktiska svårigheter som är förenade med att tillämpa art 85 på take over-situationer kan det med fog ifrågasättas om art 85 bör tillämpas i sådana fall även om inga formella hinder mot en sådan tillämpning finns. Från praktiska och formella utgångspunkter finns det visserligen inga bärande konkurrensrättsliga skäl till att särskilja fientliga take overs från take overs som sker i samförstånd med företagsledningen. Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal är i princip tillämpligt i bägge fallen och det avgörande vid tillämpningen är de konkurrensbegränsande effekterna och inte frågan om förvärvet är fientligt eller ej. Det kan dock vara lättare att applicera art 85 på take overs som sker i samförstånd med företagsledningen. Detta följer av att det lättare kan påvisas en "överenskommelse mellan företag" än vad som är fallet vid fientliga take overs. I stället för de enskilda transaktionerna kan med en något välvillig tolkning av avtalskriteriet i art 85 överenskommelsen mellan det förvärvande och det förvärvade företags styrelser av innebörd att den senare skall rekommendera aktieägarna att anta budet anses uppfylla kravet på "överenskommelse mellan företag". Vid fientliga take overs förekommer ingen sådan "överenskommelse"

4.8.2.3 Ogiltighetssanktionen i art 85 (2)

Om ett företagsförvärv bedöms strida mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i art 85 (1) utgör ogiltighetssanktionen i art 85 (2) ett stort praktiskt problem. Konkret får art 85 (2) till följd att exempelvis aktieförvärv som strider mot art 85 (1) är ogiltiga och skall betraktas som en nullitet. De praktiska problemen som är förenade med ogiltigheten hade väl kunnat bemästras såvida ogiltigheten hade klarlagts direkt efter förvärvets genom-

förande. Genom att förfarandet inför Kommissionen och ev Domstolen är förhållandevis komplicerat och kräver omfattande undersökningar och analyser tar det mycket lång innan slutligt beslut fattas avseende företagsförvärvets tillåtlighet enligt art 85 (1). Under den tiden kan t ex aktierna ha vidareförsålts. Vidare har ofta mycket omfattande strukturella förändringar vidtagits av den nye ägaren, delar av företaget har sålts, rationaliseringar genomförts etc. Om det ursprungliga aktieförvärvet förklaras ogiltigt kan man fråga sig hur dessa senare vidtagna åtgärder skall betraktas. Det torde i många fall vara praktiskt omöjligt att kräva att också alla åtgärder som skett på basis av aktieförvärvet är ogiltiga och därför skall återgå.

Ogiltighetssanktionens ingripande karaktär förstärks av förhållandet att art 85 (2) utgör gällande rätt i medlemsstaterna. Därigenom kan varje medborgare och juridisk person väcka talan inför nationell domstol med yrkande om att aktieförvärv och andra avtal som strider mot art 85 (1) skall ogiltigförklaras. Den nationella domstolen är härvid skyldig att besluta i enlighet med ett sådant yrkande under förutsättning att rekvisiten i art 85 (1) är uppfyllda. I själva verket kan således den obligatoriska ogiltighetssanktionen utgöra ett mycket kraftfullt vapen i händerna på läderade konkurrenter vars konsekvenser i många fall måste framstå som märkliga.

Förutom ogiltighetssanktionen som direkt följer av art 85 framgår av art 3 i tillämpningsförfordningen 17/62 att Kommissionen har vida befogenheter att beordra nödvändiga åtgärder i syfte att förhindra fortsatt kränkning av art 85 resp 86. När det gäller företagsförvärv som strider mot förbuden i art 85 resp 86 står det därmed klart att Kommissionen kan beordra upplösning (divestiture) av bildade företagsenheter. Denna sanktion har dock ännu inte tillgripits i något fall. Genomförandet av ett beslut om upplösning som fattas lång tid efter det att det otillåtna företagsförvärvet ägt rum är givetvis svårgenomförbart och kan föranleda stora skadeverkningar för de inblandade företagen.

Det skall tilläggas att ett av huvudskälen till varför Kommissionen så starkt engagerat sig för införandet av ett system med förhandskontroll är det faktum att de möjliga sanktioner som står till buds vid en efterhandskontroll är av en så ingripande art och praktiskt svårgenomförbara att dessa i sig hindrar en effektiv tillämpning av de möjligheter att ingripa mot konkurrensbegränsande företagsförvärv som trots allt funnits genom art 85 och 86.

4.9 Exterritoriell tillämpning

4.9.1 Huvudlinjer

Som tidigare påpekats har EG:s konkurrensrätt mycket stor betydelse även för företag som inte är EG-företag men som antingen exporterar till EG-området eller vars verksamhet på annat sätt berör förhållandena inom den Gemensamma Marknaden. Utgångspunkten är lydelsen av art 85 och 86

varvid framgår att konkurrensbegränsande avtal eller missbruk av dominerande ställning är förbjudet såvida konkurrensbegränsningen ägt rum inom den Gemensamma Marknaden eller en väsentlig del av den samt att handelen mellan medlemsstaterna påverkats. Mot bakgrund av dessa territoriella begränsningar är frågan i vad mån EG:s konkurrensregler kan tillämpas på företagsförvärv, joint ventures etc som äger rum utanför EG eller inte involverar något EG-företag. Spelar företagens EG-anknytning t ex i form av dotterbolag inom EG någon roll? Dessa frågeställningar är av avgörande betydelse för företag som har säte utanför EG. Som bakgrund kan också nämnas att de enda hittills avgjorda fallen i EG-domstolen rörande företagsförvärv har aktualiserat dessa frågor genom att de inblandade företagen primärt inte var EG-företag.

EG:s konkurrensrätt har efter förebild av den amerikanska antitrusträtten tillagts en vidsträckt exterritoriell tillämpning. Med exterritoriell tillämpning förstås att företag med säte utanför EG kan underkastas dess konkurrensregler eller att dess konkurrensregler tillämpas på handlingar som företagits utanför den Gemensamma Marknaden (men som har effekt inom denna). Exterritoriell tillämpning grundas på den s k *effektprincipen* vilken innebär att konkurrenslagstiftningen anses tillämplig på handlingar som har konkurrensbegränsande effekter inom EG, även om själva det konkurrensbegränsande förfarandet företagits utanför EG eller att de inblandade företagen inte har någon formell anknytning till något EG-land.

Belysande för effektprincipens ingripande karaktär är att amerikanska antitrustmyndigheter angripit kartellbildning inom den schweiziska urindustrin, som ansetts hämma konkurrensen i USA mellan importerade schweiziska klockfabrikat, och Svenska Kullagerfabrikens (SKF) företagsförvärv i västeuropa som i förening med andra åtgärder ansetts hindra konkurrensen på den amerikanska marknaden. Effektprincipen i den form som tillämpas i USA är folkrättsligt mycket omstridd och det skall tilläggas att konkurrensrättsliga undersökningsåtgärder, sanktioner m m endast kan riktas mot de inblandade företagens tillgångar i USA.

I EG har effektprincipen inte tillämpats lika vidsträckt som i USA. En orsak till att effektprincipen åtminstone ännu inte helt slagit igenom i EG-domstolens praxis torde vara att den önskade räckvidden av konkurrenslagstiftningen hittills uppnåtts genom den s k *principen om ekonomisk enhet*, vilken innebär att moderbolag utanför EG svarar för kontrollerade dotterbolags handlande inom EG och tillräknas i rättsligt hänseende dotterbolagets åtgärder (s k *imputation*). Omvänt kan dotterbolag inom EG ställas till ansvar för moderbolagets handlande. Detta innebär att svenska moderbolag kan vara part i mål rörande konkurrensbegränsningar som deras dotterbolag företagit på den Gemensamma Marknaden och således även träffas av ev förbud. Det finns ett flertal exempel i praxis där moderbolag tillräknats dotterbolagens handlande varav några kortfattat behandlas nedan.

När det gäller företagskoncentrationer får principen om ekonomisk enhet stor betydelse inte enbart för konkurrensreglernas räckvidd utan även i ma-

terietllt hänseende genom att vid bedömningen av frågan om dominerande ställning föreligger beaktas alla i koncernen ingående företags verksamhet (se nedan om Continental Can-fallet som utgör ett belysande exempel på imputation). Detta har stor betydelse särskilt i fall av vertikal koncernbildning och f retagsf rvarv på närliggande eller besläktade marknader.

Genom EG-domstolens benägenhet att i första hand tillämpa principen om ekonomisk enhet framför effektprincipen har den senare i princip endast betydelse i fall då de involverade företagen helt saknar anknytning till EG-marknaden genom dotterbolag eller liknande.

Den ekonomiska enhetens princip har även en annan sida som rör de grundläggande förutsättningarna för tillämpningen av art 85 och 86. Genom att koncerner räknas som en ekonomisk enhet  r art 85 och 86 inte tillämpliga på förfaranden, handlingar eller avtal som utg r resultat av samverkan mellan moder- och dotterbolag eller mellan systerbolag. Huvudprincipen är att den ekonomiska enheten respekteras i konkurrensrättsligt hänseende i den utsträckning som de inblandade företagen faktiskt fungerar som en enhet. Koncerninterna transaktioner och dispositioner kan således i princip inte angripas med stöd av Romfördragets konkurrensregler.

4.9.2 Praxis rörande EG-rättens exterritoriella tillämpning

4.9.2.1 Effektprincipen

EG-kommissionen har i ett flertal fall uttalat att den exterritoriella tillämpningen av EG:s konkurrensregler kan grundas på effektprincipen (bl a i Dyestuffs J.O. 1969 L 195/11; Grosfillex, 1964, C.M.L.R 237). EG-domstolen har dock varit mer restriktiv när det gällt att basera avgöranden på effektprincipen. Det har funnits en benägenhet hos domstolen att undvika att ta direkt ställning i frågan och i stället stödja sig på den ekonomiska enhetens princip som bedömts tillräcklig. Effektteorin har emellertid kommit till uttryck i domskälen i B guelin-målet (22/71 (1971) E.C.R. 949) och det torde inte r da någon tvekan om att EG-domstolen accepterar effektprincipen som sådan.

Nyligen har dock två mycket intressanta fall behandlats av Kommissionen och delvis även av EG-domstolen som belyser effektprincipens räckvidd och omfattning. Det s k Aluminium-målet (Commission Decision of 19.12.1984, O.J L 92/1) rörde vissa konkurrensbegränsande avtal avseende handel med aluminium mellan handelsorganisationer som ledde till minskad priskonkurrens inom EG. Kommissionen fann att förfarandet stred mot art 85 och grundade härvid sitt beslut, i den del det berörde icke EG-företag, på förhållandet att företagens handlande hade direkta och påtagliga effekter för konkurrensen och handeln mellan EG-länder (Fourteenth Report on Competition Policy points 57–60, s 58 f). Fallet fördes ej vidare till EG-domstolen.

I det s k pappersmassa-fallet (Woodpulp-case, avgj rt av domstolen 27

sept 1988) fann kommissionen vissa avtal mellan utanför EG belägna producenter av pappersmassa strida mot art 85. Fallet är av stort intresse för EFTA-länderna genom att vissa av de större företagen var svenska och finländska och fallet belyser därvid förhållandet mellan konkurrensreglerna i Romfördraget och motsvarande regler i frihandelsavtalet samt räckvidden av frihandelsavtalets konkurrensregler. Kommissionen fullföljde den tidigare väl kända ståndpunkten att art 85 kunde tillämpas även om företagen inte hade någon anknytning till EG om effekterna av deras handlande i betydande utsträckning berörde EG-marknaden. Kommissionen var även av uppfattningen att så länge det inte finns något effektivt rättsligt tillämpningsmaskineri knutet till reglerna i frihandelsavtalet som gör det möjligt att på rättslig väg ingripa mot konkurrensbegränsande förfaranden av företag belägna i EFTA-länder men med effekt på EG-marknaden, bör konkurrensreglerna i Romfördraget tillämpas fullt ut.

EG-domstolens uttalanden i pappersmassa-fallet rörande tillämpning av en ren effektprincip är föga klargörande då domskälen i detta avseende är behäftade med ett flertal oklara punkter. Konkurrensreglerna ansågs visserligen vara tillämpliga på företagens handlande men det är tveksamt om denna slutsats vilar på förhållandet att EG-marknaden berördes av dess effekter. I den juridiska litteraturen har avgörandet utsatts för flera olika tolkningsförsök. Sannolikt torde man dock kunna dra slutsatsen att effektdoktrinen accepterats av domstolen men att man lämnar dörren öppen för olika begränsningar i dess tillämpning, t ex att effekterna på EG-marknaden måste vara betydande och direkta eller att tillämpningen inte får strida mot allmängiltiga folkrättsligt förankrade principer för staters och sammanslutningars uppförande och jurisdiktion i förhållande till varandra. Även när det gäller effektprincipen torde tillämpningen således vara bunden till omständigheterna i det enskilda fallet, vilket innebär att man i varje enskilt fall måste göra en värdering av omfattningen av verkningarna på EG-marknaden, företagens anknytning i övrigt till EG-marknaden och i övrigt förekommande omständigheter som kan tala mot en exterritoriell tillämpning.

Det kan således *sammanfattningsvis* konstateras att man i EG inte är beredd att tillämpa effektprincipen i samma utsträckning som i USA. Sannolikt uppställs vissa krav utöver förekomsten av konstaterbara effekter på EG-marknaden för en exterritoriell tillämpning, såsom att verkningarna måste vara direkta, omedelbara, betydande och förutsebara. En exterritoriell tillämpning torde vidare förutsätta en mycket komplex värdering av samtliga omständigheter i det enskilda fallet som talar för resp mot en vidsträckt geografisk tillämplighet. Det skall dock poängteras att det på grundval av förefintlig rättspraxis i dagsläget är mycket vanskligt att uttala sig om effektprincipens konkreta räckvidd. Det skall också påpekas att det förhållandet att exterritoriell tillämpning ofta kunnat grunda sig på andra omständigheter än enbart de territoriella effekterna av den påtalade konkurrensbegränsningen, t ex ekonomisk enhet, medfört att nödvändigheten av

en ren tillämpning av effektprincipen av amerikansk modell inte upplevts som ett trängande behov. Effektdoktrinen tillämplighet på företagskoncentrationer utanför EG torde vara än mer omdiskuterad än dess tillämpning på konkurrensbegränsande avtal. Svårigheterna är påtagliga bl a när det gäller undersökningsmöjligheter, verkställande av sanktioner m m, och det får på basen av Domstolens uttalanden i Continental Can-fallet samt vissa uttalanden i officiella sammanhang av ledande personer i Kommissionen anses vara synnerligen tveksamt om effektprincipen i sin renodlade form överhuvudtaget betraktas som en framkomlig väg för EG:s organ att hävda jurisdiktion rörande företagsförvärv avseende icke EG-företag.

4.9.2.2 Den ekonomiska enhetens princip

Principen att moderbolag utanför EG tillräknas dotterbolagens handlande inom EG (imputation) har konkretiserats i ett flertal belysande fall och den ekonomiska enhetens princip kan numera karakteriseras som den huvudsakliga grunden för exterritoriell tillämpning av EG:s konkurrensregler. Välkänt är det s k ICI-målet (48/69 (1972) E.C.R. 619) som rörde det brittiska storföretaget ICI:s deltagande i en internationell kartell bestående av färgämnesproducenter (Storbritannien var vid denna tidpunkt inte medlem av EG). Genom att företagets dotterbolag inom EG verkställde kartellens beslut med effekt på EG-marknaden tillräknades det engelska moderbolaget dess handlande och således även träffades av förbudet.

Även det tidigare omtalade Hugin-målet belyser imputationsprincipen genom att det svenska moderbolaget Hugin Kassaregister AB med säte i Stockholm i princip ansågs ansvarig enligt EG:s konkurrensregler för de handlingar som dess dotterbolag i Storbritannien företog.

Den ekonomiska enhetens princip var även aktuell i Continental Can-fallet. Det amerikanska företaget Continental Can kontrollerade de båda europeiska företagen Europaemballage och SLW. Dotterbolagens förvärv av andra företag inom samma marknad tillräknades således det amerikanska företaget och därvid möjliggjordes en talan om missbruk av dominerande ställning enligt art 86 riktad mot Continental Can.

I det s k Philip Morris-fallet som rörde en företagssammanslagning mellan ett amerikanskt och ett sydafrikanskt bolag var omständigheterna sådana att bägge företagen hade dotterbolag i EG. Därvid förelåg erforderlig anknytning till EG-marknaden och de konkurrenshämmande effekterna av koncentrationen ansågs därmed i princip kunna angripas med stöd av art 85 och 86.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att främst EG-kommissionen men även EG-domstolen är beredda att ge konkurrensreglerna en vid exterritoriell tillämpning, i vart fall såvida de konkurrensbegränsande effekterna på EG-marknaden är betydande. Detta har stor betydelse för företagsförvärv på råvarumarknader eller andra marknader som domineras av företag utanför EG som svarar för huvuddelen av exporten till EG-mark-

naden. Att stor hänsyn måste tas till EG:s konkurrensregler även av icke EG-företag framgår inte minst av det ovan behandlade pappersmassa-fallet. När det gäller företagsförvärv torde dock en ren tillämpning av effektprincipen möta stora svårigheter och det är tveksamt om tillämpningen av de existerande och ev framtida möjligheterna att angripa företagskoncentration kommer att kunna stödja sig på enbart på koncentrationens effekter på EG-marknaden. Det bör dock påpekas att de involverade företagen ofta har tillräcklig anknytning till EG-marknaden i form av dotterbolag etc för att effektprincipen inte skall behövas tillämpas fullt ut för att säkerställa en ändamålsenlig räckvidd av konkurrensreglerna. I de många fall där företagen har etablerat dotterbolag inom EG är principen om att moderbolag tillräknas dotterbolagens handlande och vice versa fullt tillräcklig (jfr Continental Can och Philip Morris-fallen). Det kan också tilläggas att även om EG-kommissionen saknar möjligheter att genomdriva sanktioner och förbud utanför EG kommer med all sannolikhet de inblandade företagen att följa de fattade besluten pga att företagens export till EG drabbas av sanktionerna och denna export torde i de allra flesta fallen vara så betydande att företagen inte kan ignorera vare sig Kommissionens undersökningar och beslut eller EG-domstolens utslag.

4.10 Exterritorialitet och koncentrationsformer

I det följande skall med utgångspunkt från de ovan förda resonemangen några olika typfall av företagsförvärv där exterritoriell tillämpning aktualiseras behandlas. Det skall poängteras att fråga om exterritoriell tillämpning endast uppkommer såvida förekomsten av konkurrensbegränsande effekter inom EG som påverkar handeln mellan medlemsstater redan konstaterats. Företagsförvärv utanför EG som inte resulterar i några effekter på EG-marknaden kan inte angripas med EG:s konkurrensregler oavsett om de involverade företagen är EG-företag eller ej eller har något dotterbolag i EG. Förutom att konkurrensbegränsningens effekter kan sägas utgöra en yttersta gräns för konkurrensreglernas räckvidd utgör effekterna också en grundläggande förutsättning för dess tillämplighet.

1. *Icke EG-företag förvärvar ett EG-företag.*

Denna situation indelas i två typfall:

- a. Det första fallet är när det utanförstående företaget har dotterbolag i EG (Continental Can-situationen). Om dotterbolaget har en dominerande ställning på EG-marknaden och genom ett förvärv av ett EG-företag förstärker denna ställning behandlas detta förfarande enligt art 86. Föreligger inte en dominerande ställning kan förfarandet falla under art 85. Dotterbolagets handlande tillräknas det utanförstående moderbolaget vilket blir part i processen och således ställs till ansvar enligt principen om ekonomisk enhet.

Även om företagsförvärvet inte företagits av dotterbolaget utan av moderbolaget direkt, dvs det EG-anknutna bolaget har inte haft med af-fären att skaffa utan det är fråga om en affär mellan det utanförstående bolaget och ett EG-företag, är det sannolikt att den ekonomiska en-hetens princip också i detta fall leder till att EG:s konkurrensregler anses tillämpliga på förvärvet.

- b. Den andra situationen skiljer sig från den förstnämnda i det avseendet att det utanförstående företaget inte har någon som helst anknytning till EG i form av dotterbolag eller liknande. Denna situation har veterligen inte prövats vare sig av Kommissionen eller Domstolen. Det är dock tro-ligt att Kommissionen skulle hävda jurisdiktion om förvärvet företagits inom EG och innebär en förstärkning av en dominerande ställning eller att betydande konkurrenshämmande effekter uppkommer på EG-mark-naden. Det är dock klart att en sådan tillämpning av konkurrensreglerna delvis måste lita till den s k effektprincipen.

I sammanhanget är det av intresse att notera att CECA-fördragets fu-sionskontrollregler explicit anger att kontrollreglerna är tillämpliga såvi-da *ett av företagen* har verksamhet inom EG. Även förordningsförslagen avseende kontroll av företagsförvärv har i tidigare versioner innehållit ett stadgande av motsvarande innebörd. I den antagna förordningen av dec 1989 har dock denna klart uttalade regel borttagits. Detta torde dock sammanhänga med att man i förordningen bestämt kontrollreglernas räckvidd efter kriteriet "concentrations having a Community dimen-sion". Någon ändring i sak torde inte vara åsyftad. Trots att frågan inte prövats av domstolen tycks det således vara en fast etablerad princip att konkurrensreglerna kan tillämpas fullt ut såvida ett av de inblandade fö-retagen har etablerat verksamhet inom Gemenskapen. Kommissionen tycks också utan vidare utgå från att så är fallet (se ovan det för svenskt vidkommande intressanta Fortia-fallet, berört i avsnitt 4.7.3).

2. EG-företag förvärvar ett icke EG-företag.

Denna situation kan indelas i tre typfall:

- a. Ett EG-företag förvärvar ett icke EG-företag som har dotterbolag i EG. Konkurrensreglerna är utan vidare tillämpliga på grundval av den eko-nomiska enhetens princip.
- b. Ett EG-företag förvärvar ett icke EG-företag som inte har något dotter-bolag i EG men som har en betydande export till EG. Med största san-nolikhet är konkurrensreglerna tillämpliga då det torde räcka med att ett av företagen är etablerat i EG (se resonemanget ovan). Genom att det utanförstående företaget har export till EG torde även konkurrensen på EG-marknaden påverkas.
- c. Ett EG-företag förvärvar ett icke EG-företag som varken har något dot-terbolag i EG eller exporterar till EG. Även i denna situation torde kon-

kurrensreglerna vara tillämpliga såvida det utanförstående företaget i vart fall är en *potentiell konkurrent*. Genom att denna potentiella konkurrens försvinner i och med koncentrationen är det troligt att förvärvet kan strida mot konkurrensreglerna.

3. *Icke EG-företag förvärvar ett icke EG-företag*

Denna situation kan indelas i två typfall:

- a. Företagen har dotterbolag i EG. Den ekonomiska enhetens princip leder till slutsatsen att konkurrensreglerna kan tillämpas. Detta gäller särskilt om något av dotterbolagen har en dominerande ställning på EG-marknaden (art 86) men även om förvärvet ger upphov till konkurrensbegränsande verkningar på EG-marknaden (art 85). Principen illustreras i det s k Philip Morris-fallet där både det amerikanska och sydafrikanska moderbolaget hade etablerat dotterbolag i EG. Genom att koncernförhållandena konstituerade en ekonomisk enhet ansågs följaktligen moderbolagen i princip vara ansvariga enligt EG:s konkurrensregler.
- b. Företagen har inte dotterbolag i EG. Om företagen exporterar till EG och möjligtvis har en dominerande ställning uppkommer frågan om konkurrensreglerna kan tillämpas enbart på grundval av att förvärvet får effekter för EG-marknaden, dvs en ren tillämpning av *effektprincipen*. På basen av färsk praxis kan det konstateras att Kommissionen är av uppfattningen att en tillämpning av konkurrensreglerna i sin helhet kan grundas på effektprincipen. EG-domstolens inställning till effektprincipen är inte alls lika klar och torde i vart fall vara förenad med olika begränsningar (se ovan).

I praktiken torde man kunna räkna med att företagsförvärv utanför EG kan komma att undersökas av Kommissionen och angripas med stöd av konkurrensreglerna såvida förvärvet medför konkurrensbegränsande effekter av någon betydelse på EG-marknaden. Företagen torde i praktiken tillmötesgå Kommissionens krav på undersökningsmöjligheter i syfte att inte försvåra företagets export till EG. Många företag torde också rätta sig efter Kommissionens beslut även om det skulle innebära ett förbud mot förvärvet. Skulle fallet gå vidare till EG-domstolen är det dock forfarande en öppen fråga om domstolen är villig att basera ett avgörande på en tillämpning av en "ren" effektprincip.

4. *Joint ventures*

Joint ventures kan komma i strid med art 85 såvida avtalsparterna är faktiska eller potentiella konkurrenter. Om en av parterna innehar en dominerande ställning kan vidare art 86 komma att tillämpas. När det gäller joint ventures som företas utanför EG eller där en av avtalsparterna är ett icke EG-företag aktualiseras frågan om exterritoriell tillämpning. Situationen kan indelas i tre typfall:

- a. Det gemensamt ägda företaget är etablerat inom EG av ett EG-företag och ett icke EG-företag. Genom den ekonomiska enhetens princip kan genom etableringen i EG av det för ett särskilt ändamål bildade gemensamt ägda företaget den utanför EG etablerade delägaren träffas av EG:s konkurrensregler. Det gemensamt ägda bolaget konstituerar således erforderlig anknytning till EG för att utanförstående ägare skall tillräknas de konkurrensbegränsande effekter som kan tänkas uppkomma (se bl a fallet Feldmühle-Stora där ett svenskt och ett tyskt företags gemensamma försäljningsorganisation i Tyskland av EG-kommissionen ansågs strida mot art 85, Twelfth Report on Competition Policy par. 73–74).
- b. Det gemensamt ägda företaget är etablerat utanför EG av två icke EG-företag som har dotterbolag i EG. På grundval av den ekonomiska enhetens princip kan det hävdas att dotterbolagen tillsammans med sina resp moderbolag bildar en ekonomisk enhet och att det gemensamt ägda bolaget minskar konkurrensen mellan dotterbolagen i EG. Om förekomsten av det gemensamt ägda företaget direkt påverkar konkurrensförhållandena inom EG på annat sätt än genom dotterbolagen torde i vart fall EG-kommissionen stödja sig på effektprincipen i syfte att ingripa med art 85 resp 86.
- c. Det gemensamt ägda företaget är etablerat utanför EG av två icke EG-företag varav inget har dotterbolag i EG. I detta fall kan en tillämpning av EG:s konkurrensregler endast grunda sig på effektprincipen. EG-kommissionen torde utan tvivel stödja sig på effektprincipen i varje fall om de involverade företagen har en betydande export till EG och förekomsten av det gemensamt ägda företaget bedöms medföra allvarliga konkurrenshämmande effekter för EG-marknaden. EG-domstolens inställning är dock inte klarlagd. Samma svårigheter att i praktiken genomdriva undersökningar och sanktioner t ex i form av "divestiture" möter här precis som vid företagsförvärv. Företag med stor export till EG torde dock i allmänhet följa Kommissionens beslut.

5 Förordningen om kontroll av företagskoncentrationer

5.1 Bakgrund

5.1.1 1973 års förordningsförslag

Innan den förordning om kontroll av företagskoncentrationer, som antogs 21 dec 1989, behandlas skall något sägas om det mer än 16-åriga arbetet med förordningens utarbetande och genomförande. Tanken att i form av en särskild förordning specialreglera de konkurrensbegränsningsrättsliga kontroll- och ingripandemöjligheter som bedöms nödvändiga till följd av de negativa effekter som större koncentrativa förfaranden i näringslivet kan medföra väcktes tidigt inom ramen för EG:s verksamhet. Frågan behandlades på hög politisk nivå redan i början av 1970-talet och i den deklaration som stats- och regeringscheferna avgav vid toppkonferensen i Paris 1972 uttalades att ett kontrollsystem avseende företagsförvärv var en nödvändighet för den Gemensamma Marknadens fullbordande. I anledning därav utarbetade Kommissionen ett förslag till en rådsförordning om kontroll av företagskoncentrationer som underställdes Rådet 1973 (strax efter avgörandet i Continental Can-fallet).

1973 års förslag gick på grundval av erfarenheterna från Continental Can-fallet i flera betydelsefulla hänseenden längre än de kontroll och ingripandemöjligheter som art 86 erbjuder. Förslaget avsåg att reglera alla större företagskoncentrationer och inte endast sådana där marknadsdominerande företag är inblandade. Vidare omfattade förslaget inte endast förstärkande av en dominerande ställning utan även företagsförvärv som leder till uppnåendet av en sådan. Förslaget innehöll vidare regler om obligatorisk förhandsanmälan för vissa större företagsförvärv samt vissa undantagsbestämmelser som bl a innebar att företagsförvärv "which are indispensable to the attainment of an objective which is given priority treatment in the common interest of the Community" tilläts samt att mindre sammanslagningar (s k "bagatellsammanslagningar") undantogs.

Kommissionens förordningsförslag utsattes för hård kritik från flera håll. Kritiken riktade främst in sig på oklarheterna avseende offentliga företag, undantagsbestämmelsernas räckvidd samt den obligatoriska förhandsan-

mälningsskyldigheten. Flera medlemsstater var också ovilliga att låta EG:s organ avgöra tillåtligheten av koncentrativa förfaranden i näringslivet pga frågans nära anknytning till den industri- och näringslivspolitik som förs på nationell nivå. Trots att förordningsförslaget inte antogs speglade förslaget en ändrad inställning från EG:s sida avseende företagskoncentrationer. Den tidigare inställningen som präglades av en välvillig inställning till nytan av större europeiska företag tonades ner och önskvärldheten av en effektiv konkurrens lyftes fram.

5.1.2 Kommissionens fortsatta arbete

Efter att Kommissionen misslyckats med att få igenom sitt första förordningsförslag inträdde till följd av de ekonomiska krisåren på 1970-talet en period av minskad aktivitet. Kommissionen intog härvid en försiktig hållning både avseende ingripanden enligt art 86 och arbetet på en ny förordning. Arbetet på ett för hela EG enhetligt normsystem avseende företagskoncentrationer återupptogs först i början av 1980-talet. Det återupptagna arbetet skall ses mot bakgrund av de intensifierade strävandena att förverkliga den inre marknaden. Det är därför anmärkningsvärt att Kommissionens "White Paper" avseende fullbordandet av den inre marknaden inte tagit upp frågan om kontroll av företagsförvärv på EG-nivå ("Completing the Internal Market", COM (85) 310 final). Sedan det första reviderade förslaget avseende kontroll av företagsförvärv presenterades 1982 har dock Kommissionen arbetat intensivt för att få till stånd en enhetlig kontroll av företagsammanslagningar. 1973 års förslag har härvid fungerat som en utgångspunkt.

Kommissionens förslag av 1982 syftade till en klarare avgränsning av regelverkets tillämpningsområde och ett ökat deltagande av medlemsländerna i beslutsprocessen. De grundläggande dragen i kontrollsystemet rörande den obligatoriska anmälningsskyldigheten och handläggningsregler för Kommissionen var i huvudsak desamma som i 1973 års förslag. Nyheterna var framför allt ett betonande av att det enbart var företagsförvärv som inverkade menligt på konkurrensen på EG-marknaden ("at Community level") som skulle kontrolleras och mot vilka ev ingripanden skulle riktas samt att medlemsstaterna bereddes möjlighet att föra upp konkreta fall till avgörande av Rådet.

1984 och 1986 års förslag innebar en vidareutveckling av de tidigare förslagen som bl a innebar att omsättningströsklarna för den obligatoriska anmälningsskyldigheten höjdes samt att handläggningsreglerna för Kommissionen stramades upp. Vidare infördes en presumptionsregel av innebörd att ett företagsförvärv skulle presumeras vara förenligt med den Gemensamma Marknaden såvida marknadsandelen på den relevanta EG-marknaden ("in identical goods or services or goods or services which, by reason of their characteristics, their price and their use are regarded as similar by the consumer") inte översteg 20 %. Även tidigare förslag hade innehållit en mot-

svarande presumptionsregel vars tillämpningsområde dock var betydligt mer inskränkt genom att marknadsandelen (25 %) relaterats till "någon medlemsstats marknad" och inte till den betydligt större EG-marknaden.

Kommissionens förslag väckte dock inte erforderligt gehör i Rådet. Vissa medlemsstater (särskilt Storbritannien och Italien) kritiserade förslagen både från övergripande politiska utgångspunkter och i detaljer. I det läget var det högst osäkert om den principiella enighet som tidigare uppnåtts i Rådet om behovet av en särskild reglering avseende kontroll av företagsförvärv fortfarande bestod. Denna tveksamhet skingrades dock av Rådets eniga uttalande den 30 nov 1987 vari nödvändigheten av en konkurrensrättslig förvärvskontroll betonades. Vidare angavs att förvärvskontrollfrågan skulle prioriteras. Följande generella principer för en förordning antogs:

- kontroll av företagssammanslagningar skall tillämpas på storskaliga företagssammanslagningar av betydelse på EG-marknaden
- obligatorisk förhandsanmälan av planerade företagssammanslagningar
- så långt det är möjligt skall granskningen som genomförs av EG:s organ ha företräde framför nationell granskningsverksamhet
- förbud mot konkurrensbegränsande företagssammanslagningar och be- myndigande av företagssammanslagningar skall ske efter samma principer som i art 85 (3).
- nära och kontinuerligt samarbete mellan Kommissionen och medlemsstaterna i syfte att uppnå en så skyndsam handläggning som möjligt.

Rådets uttalande var föranlett av en förfrågan från Kommissionen rörande Rådets principiella inställning. Om Rådet inte enhälligt hade uttalat sig positivt om behovet av en förvärvskontroll hade arbetet med att få igenom en särskild förordning lagts ned och de framtida ingripandemöjligheterna skulle i det läget ha begränsats till art 85 och 86.

5.1.3 1988 års förordningsförslag

Under 1988 och 1989 har bedrivits ett omfattande och intensivt arbete av Kommissionen i syfte att ett förordningsförslag utarbetat i enlighet med ovan angivna huvudprinciper skulle antas av Rådet. Kommissionen har härvid omarbetat detaljregler i förslaget vid ett stort antal tillfällen. Med utgångspunkt från ett förordningsförslag av dec 1988 antog ministerrådet den 21 dec 1989 förordningen om kontroll av företagskoncentrationer. Den antagna förordningen överensstämmer i sina grunddrag med 1988 års förslag men i vissa hänseenden föreligger olikheter. Den antagna förordningen är exempelvis i vissa hänseenden mindre detaljerad än förslaget, de olika tröskelvärdena har höjts, bedömningsprinciperna har nyanserats och vidgats m m. Trots vissa olikheter tjänar 1988 års förordningsförslag och den debatt som detta förslag föranlett både på internationell och nationell nivå som en

grundläggande utgångspunkt för förståelsen av 1989 års förordning. Huvudpunkterna i 1988 års förslag skall därför kort beröras.

Förordningsförslaget innehöll tre grundläggande beståndsdelar. De tre centrala delarna var avgränsningen av förordningens tillämpningsområde genom kravet på att koncentrationsförfarandet skall vara av en "EG-dimension", definitionen av koncentrationsbegreppet samt frågan vilka materiella bedömningskriterier som skall tillämpas. Förutom dessa områden är de praktiskt sett mycket viktiga procedurreglerna samt den omdebatterade frågan om förhållandet till de nationella kontrollsystemen av avgörande betydelse.

"EG-dimension"

Förordningsförslagets tillämpningsområde avgränsades till företagsförvärv av "EG-dimension". Detta rekvisit relaterade till storleken av den bildade företagsenheten och det grundläggande syftet var att från förordningens normsystem utesluta mindre koncentrativa förfaranden som endast har ringa eller ingen alls effekt på den Gemensamma Marknaden. För att ett företagsförvärv skulle falla inom ramen för förordningens tillämpningsområde krävdes enligt huvudregeln dels att något av de involverade företagen hade påtaglig verksamhet i flera medlemsstater (*det s k geografiska kriteriet*), dels att den uppnådda totala omsättningen skulle överstiga 1.000 miljoner ECU (= ca 7 miljarder kr), samt att den sammanlagda omsättningen inom EG för vart och ett av minst två involverade företag skall överstiga 100 miljoner ECU (= ca 700 miljoner kr) (*det s k omsättningskriteriet*). När det gällde det geografiska kriteriet framgick tydligt att tanken var att förordningen skulle kunna tillämpas även på företagskoncentrationer som företas utanför EG men som har effekt på EG-marknaden (den s k effektpincipen).

Koncentrationsbegreppet

Förordningsförslagets tillämpningsområde avgränsades även av definitionen av begreppet "koncentration". Förslaget angavs vara tillämpligt på företagssammanslagningar ("mergers") samt aktie- eller tillgångsförvärv som leder till att förvärvaren uppnår direkt eller indirekt kontroll av hela eller del av det förvärvade företaget. Dessa definitioner kritiserades för otydlighet. Beträffande begreppet företagssammanslagning stod dock klart att alla former av sammansmältning av tidigare självständiga företag till en ekonomisk enhet avsågs och inte endast sådana som innefattas i det rättsliga fusionsbegreppet. Beträffande aktie- och tillgångsförvärv anknöt förordningsförslaget till den i koncentrationssammanhang välkända situationen att ett företag uppnår ett *bestämmande inflytande* i ett annat företag. Härvid avses bl a take over-situationer.

Avgränsningen av förordningens tillämpningsområde komplicerades ytterligare genom att det klart uttalades att förfaranden som hade till syfte eller effekt att samordna kommersiella beteenden hos *självständiga företag* in-

te skulle innefattas i koncentrationsbegreppet. Tanken var att dessa undantagna förfaranden i första hand skulle falla under art 85. Denna utgångspunkt kritiserades dock för att vara oklar, bl a kunde man fråga sig vilka kriterier som skulle vara avgörande när det gällde att bedöma om ett förvärv av en minoritetspost i ett konkurrerande företag utgjorde ett förfarande av permanent strukturell förändring som inordnades under förordningens tillämpningsområde eller om förvärvet i stället skulle uppfattas som ett förfarande att samordna det kommersiella beteendet mellan självständiga företag och därmed vara uteslutet från förordningens normsystem.

Materiella bedömningsprinciper

De materiella bedömningsprinciperna utgjorde en kompromiss mellan de bedömningskriterier som gäller i de nationella normsystem som för närvarande tillämpas i medlemsstaterna (främst Västtyskland och Storbritannien). En företagskoncentration skulle förklaras vara ej förenlig med den Gemensamma Marknaden om den *skapade eller förstärkte en ställning som hämmade förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på den Gemensamma Marknaden eller väsentlig del därav*. Det är värt att notera den betydelsefulla skillnaden gentemot art 86 genom att förordningsförslagets norm inte anknöt till begreppet dominerande ställning. Vid bedömningen av om den effektiva konkurrensen hämmas var det avgörande inte själva koncentrationsökningen utan den reella minskningen av konkurrensen. Härvid hade dock den uppnådda marknadsandelen en avgörande betydelse. I förordningsförslagets inledande principer hade en presumptionsregel infogats av innebörd att koncentrationen inte skulle anses otillåten såvida marknadsandelen inte uppgick till mer än 25 % av den relevanta marknaden.

Förordningsförslaget innehöll en undantagsbestämmelse av innebörd att en företagskoncentration skulle tillåtas om den bidrog till förbättrad produktion eller distribution eller ledde till ekonomiska eller tekniska framsteg. Undantaget motsvarade i stort undantagsregeln i art 85 (3).

Förhandsanmälan och granskning

Samtliga företagsförvärv som föll in under förordningsförslagets tillämpningsområde skulle förhandsanmälas till EG-kommissionen. De involverade företagen ålades vidare en skyldighet att från det att anmälan inlämnats till ett beslut om förordningens formella tillämplighet fattats av Kommissionen inte verkställa det planerade förvärvet. Enligt förslaget måste Kommissionen fatta ett slutligt avgörande inom fyra månader från det att undersökningar inleddes. Innan beslut fattades skulle dock en rådgivande Kommitté som enligt förslaget skulle bestå av tjänstemän från samtliga medlemsstater konsulteras.

Relationen till art 85 och 86 samt till nationella kontrollsystem

Beträffande den svårlösta knäckfrågan om relationen mellan ett EG-rättsligt kontrollsystem i form av en särskild förordning och den kontroll av företagskoncentrationer som är möjlig enligt art 85 och 86 innehöll förordningsförslaget inget klart ställningstagande. Förslaget uppställde således inget formellt hinder mot att tillämpa art 85 och 86 på företagsförvärv som föll utanför förordningens tillämpningsområde. När det gällde företagsförvärv inom förordningens tillämpningsområde var det oklart om nationella domstolar vid sidan av Kommissionens granskning parallellt skulle kunna behandla företagskoncentrationer enligt art 85 och 86 på grundval av principen om dessa bestämmelsers direkta effekt i medlemsstaterna.

När det gällde relationen till nationella kontrollsystem innehöll förordningsförslaget en exklusivitetsregel av innebörd att nationella regelverk inte skulle kunna tillämpas avseende företagsförvärv som formellt föll in under förordningens tillämpningsområde, oavsett om Kommissionen inlett någon granskning eller ej. Till denna huvudregel hade dock fogats ett undantag av innebörd att medlemsstaterna kunde tillämpa nationella regler såvida det var nödvändigt för att skydda andra legitima intressen än de som förordningsförslaget avsåg att skydda. Undantagsregeln torde inte ha varit avsedd att tillämpas i syfte att tillgodose enskilda medlemsstaters allmänpolitiska intressen utan tillämpningsområdet torde ha varit inskränkt till framför allt försörjnings- och beredskapsskäl.

5.2 EG:s gällande förordning avseende kontroll av företagskoncentrationer

Inledning

I det följande skall en förhållandevis detaljerad genomgång av den i dec 1989 antagna förordningens tillämpningskriterier, avgränsningar, procedurregler etc företas i syfte att dels belysa regelsystemets uppbyggnad och bedömningsprinciper, dels belysa de praktiska konsekvenserna både för EG-företag och icke EG-företag. Förordningen (Regulation on control of concentration between undertakings) återges i helhet i *bilaga 6*. Vissa jämförelser kommer att göras med tidigare förordningsförslag avseende konkreta grundläggande bestämmelser som under det mångåriga arbetets gång reviderats och ändrats. Vidare kommer sambandet med andra direktiv/förordningsförslag som behandlar företagskoncentrationer från en associationsrättslig utgångspunkt kortfattat att behandlas.

Förordningen innehåller tre grundläggande beståndsdelar som i det följande analyseras var för sig. De tre centrala delarna är kravet på att koncentrationsförfarandet skall vara av "EG-dimension", definitionen av koncentrationsbegreppet och frågan vilka materiella bedömningskriterier som skall tillämpas. Förutom dessa områden behandlas de praktiskt sett mycket

viktiga procedurreglerna samt den omdebatterade frågan om förhållandet till de nationella kontrollsystemen.

Inledningsvis skall även nämnas att den antagna förordningen inte i något avseende inverkar på arbetstagares kollektiva rättigheter i de berörda företagen (p 31 i de inledande anmärkningarna).

5.2.1 Tillämpningsområde

5.2.1.1 Community dimension

Den grundläggande utgångspunkten är att förordningen enbart skall vara tillämplig på företagskoncentrationer som har "EG-dimension" ("Community dimension"). Detta begrepp har också återfunnits i författningstexterna i samtliga förslag avgivna under 1988 och 1989. Uttrycket har av Kommissionen definierats med hänvisning till två kriterier dels det geografiska området, dels företagens sammanlagda omsättning. Dessa två kriterier definierades i tidigare förordningsförslag tämligen ingående. Det *geografiska kriteriet* innebar i stort att de involverade företagen skulle vara verksamma i olika medlemsstater eller om företagen var verksamma i samma medlemsstat måste något av dem ha påtaglig verksamhet ("substantial operations") även i en eller flera av övriga medlemsstater. I fallet där företagen hade sin huvudsakliga verksamhet förlagd utanför EG måste företagen ha verksamhet inom EG i form av dotterbolag eller inköps- resp försäljningsverksamhet (jfr ovan om den ekonomiska enhetens princip). Denna definition avseende det geografiska kriteriet var genomgående densamma i flera förslag och utkast under 1988. Definitionerna rönt skarp kritik från många håll och en av de främsta orsakerna till varför de tidigare förslagen föll i Ministerrådet var djupgående oenighet rörande lämpligheten av de föreslagna definitionerna.

I den antagna förordningen (och i förslaget av dec 1988) har den detaljerade definitionen av det geografiska kriteriet utelämnats i författningstexten. Däremot återfinns huvudpunkterna av definitionen i den allmänna motiveringen, dvs i de inledande principella ställningstagandena (s k "recitals" som alltid inleds med "Whereas . . .") som enligt art 190 i RomF skall anges i direktiv och förordningar (p 11). Denna definition är i stort densamma som tidigare var infogad i författningstexten (s k "operative part"). En påtaglig diskrepans mellan Kommissionens förslag av dec 1988 och den antagna förordningen av dec 1989 är dock att i förslaget angavs explicit att i situationen där de involverade företagen inte hade sin verksamhet förlagd till EG var det geografiska kriteriet uppfyllt såvida företagskoncentrationen hade effekt på den Gemensamma Marknaden. Förordningsförslaget av 1988 vilade således uttryckligen på den ovan i avsnitt 4.9 behandlade effektpincipen. I 1989 års förordning har man gått tillbaka till den tidigare använda normen, dvs att förordningen är tillämplig på företag som har sin huvudsakliga verksamhet förlagd utanför EG om företagen har "väsentliga ak-

tiviteter" (substantial operations) inom EG. I förordningen uttrycks således inte effektpincipen lika klart som i förslaget utan förordningens tillämpningsområde vilar enligt författningstexten på mer traditionella konkurrensrättsliga avgränsningar (jfr ovan avsnitt 4.9 om den ekonomiska enhetens princip).

Det skall poängteras att definitionen av det geografiska rekvisitet endast återges i den allmänna motiveringen. Den praktiska betydelsen av detta förhållande behöver inte vara så stor men kan vara av betydelse eftersom EG-domstolen i tillämpningen av förordningen inte torde känna sig lika bunden av de allmänna inledande principerna som själva författningstexten. Som tidigare framgått har EG-domstolen i den hittillsvarande rättstillämpningen av EG:s konkurrensregler inte tillämpat en renodlad effektpincip. Den utformning som förordningen slutligen erhöll rimmar väl med de principer rörande konkurrensrättens exterritoriella tillämpning som utbildats inom ramen för tillämpningen av EG:s allmänna konkurrensregler.

Även inom ramen för omsättningskriteriet har det infogats en geografisk aspekt av innebörd att trots att den erforderliga sammanlagda omsättningen på EG-marknaden uppnås skall företagsförvärvet inte anses vara av "Community dimension" såvida vart och ett av företagen uppnår minst 2/3 av den erforderliga sammanlagda omsättningen i en och samma medlemsstat (se art 1 p 2, *bil 6*). Denna konkretisering av det geografiska rekvisitet är av stor betydelse för räckvidden av förordningen. Syftet med avgränsningen torde i första hand vara att utesluta företagssammanslagningar som sker på nationell nivå och som avser företag som huvudsakligen opererar på den nationella marknaden. Denna bestämmelse är en konkretiserad motsvarighet till det s k samhandelsrekvisitet i art 85 resp 86. De härvid undantagna företagskoncentrationerna skall således endast kunna angripas med stöd av förekommande nationell kontroll av företagsförvärv. Särskilt stor betydelse torde avgränsningen ha för större offentliga företag.

Den geografiska avgränsningen kan ha betydelse för möjligheten att tillämpa förordningens regler på företagsförvärv där bägge företagen är icke EG-företag och vars huvudsakliga verksamhet äger rum utanför EG. Art 1 p 2 avser enligt ordalydelsen visserligen endast situationer där omsättningen till 2/3 äger rum inom en och samma medlemsstat men det kan ligga nära till hands att anta att även företagskoncentrationer där 2/3 av de involverade företagens omsättning ligger utanför EG undantas från förordningens tillämpningsområde. En slutsats av denna innebörd, dvs att jämställa omsättning i utanförstående stater med omsättning i endast en medlemsstat, är dock synnerligen tveksam. Även om företagen har sin huvudsakliga omsättning utanför EG kan ett betydande inflytande på handeln mellan medlemsstaterna föreligga. Inget hinder föreligger heller mot att företaget bedriver "väsentliga aktiviteter" (jfr p 11 i de inledande recitals) inom EG. Omsättningen utanför EG säger således ingenting om företagskoncentrationens verkningar på samhandeln inom EG och undantagsbestämmelsen i art 1 p 2 torde därför inte ha någon självklar analog tillämpning avseende

omsättning utanför EG. Däremot torde bestämmelsen fullt ut gälla icke EG-företag vars omsättning på EG-marknaden till 2/3 uppnås i en och samma medlemsstat.

Beträffande *omsättningsrekvisitet* skall inledningsvis sägas att dess närmare utformning i förordningsförslag genom åren har varit föremål för ett flertal genomgripande ändringar både avseende grundläggande beräkningsgrunder och konkreta nivåer. Tillvägagångssättet att i omsättningstal avgränsa förordningens tillämpningsområde har både principiella och praktiska motiveringar. Ur principiell synvinkel speglar de storleksmässiga avgränsningarna förordningens grundläggande syfte att endast träffa större företagsförvärv som har (eller kan förväntas få) en väsentlig inverkan på den effektiva konkurrensen på den relevanta EG-marknaden. Vidare kan avgränsningarna ses som en följd av det självständiga syftet att i största möjliga mån skapa förutsebarhet rörande ingripanden med stöd av förordningens normsystem. Från praktisk synpunkt utgör de storleksmässiga avgränsningarna en förutsättning för ett system med obligatorisk förhandsanmälan. Tröskelbeloppen har successivt förskjutits uppåt under arbetet med förordningen.

I den antagna förordningen anges (a) att den sammanlagda totala ("worldwide") omsättningen skall överstiga 5 miljarder ECU och (b) att den sammanlagda omsättningen inom EG för vart och ett av minst två involverade företag skall överstiga 250 milj ECU. 5 miljarder ECU motsvarar ca 35 miljarder kronor, 250 miljoner ECU motsvarar ca 1.75 miljarder kronor. I förhållande till 1988 års förslag där värdena låg på 1 miljard ECU resp 100 milj ECU har beloppsgränserna höjts väsentligt. I art 5 anges efter vilka principer omsättningen skall beräknas. Huvudprincipen är att den aggregerade omsättningen skall beräknas efter en sammanläggning av den totala omsättningen för föregående räkenskapsår innan skatt erlagts för vart och ett av företagen. Försäljning som grundar sig på interna transaktioner inom en företagsgrupp eller koncern skall inte inkluderas. För banker och försäkringsbolag anses omsättningen utgöra 10 % av de totala tillgångarna.

Som framgått avser det första tröskelvärdet företagets totala omsättning på världsmarknaden. "*Världsmarknadskriteriet*" har kritiserats främst från principiella utgångspunkter. Att göra förordningens tillämplighet beroende av storleken på den totala omsättningen både inom och utom EG kan karakteriseras som tämligen systemfrämmande i ett normsystem vars grundläggande syfte är att förhindra negativa verkningar endast inom EG. Det har sagts att även företagsförvärv där de involverade företagens totala omsättning inte når upp till den i förordningen förutsatta nivån kan föranleda svåra konkurrensbegränsande effekter på den relevanta marknaden i EG. Utgångspunkten för kritiken är således att omsättningen på världsmarknaden inte säger något om effekterna på EG-marknaden utan det enda relevanta omsättningstalet skall vara relaterat till EG-marknaden. Denna utgångspunkt är visserligen principellt oklanderlig men man bör nog i sammanhanget inte enbart anlägga strikta ekonomiska eller juridiska

utgångspunkter. "Världsmarknadskriteriet" är sannolikt motiverat främst utifrån politiska hänsyn i syfte att tillmötesgå kritiken från vissa medlemsländer rörande förordningens breda formella tillämpningsområde. Parenetiskt kan nämnas att världsmarknadskriteriets storlek varit föremål för ingående debatt och spännvidden mellan medlemsstaternas ståndpunkter var inledningsvis mycket stor. Storbritannien argumenterade för att omsättningstalet skulle ligga på 10 miljarder ECU medan exempelvis Belgien (och Kommissionen) önskade ett omsättningstal på mindre än 2 miljarder ECU.

Omsättningsrekvisitets andra led (b) kan kallas för "*EG-marknadskriteriet*" pga att kriteriet endast relaterar till omsättningen inom EG. Syftet med avgränsningen är i första hand att undanta företagsförvärv som sker mellan små- och medelstora företag (jfr art 85 (3)). Även beträffande detta tröskelvärde skall omsättningen beräknas i enlighet med principerna i art 5. Kriteriets närmare utformning i den antagna förordningen innebär att förslagets normsystem inte är tillämpligt i situationer då endast ett (eller inget) av de involverade företagen har en omsättning inom EG som överstiger 250 milj ECU.

De angivna tröskelvärdena är inte avsedda att vara eviga. En särskild bestämmelse i art 1 p 3 anger att de fastställda tröskelvärdena skall revideras fyra år efter förordningens antagande. Det ges således utrymme för att i framtiden sänka beloppsgränserna, något som man antar att kommissionen kommer att verka för. Värt att notera är att beslut om förändring av tröskelvärdena kan fattas med kvalificerad majoritet i Ministerrådet.

5.2.1.2 Koncentrationsbegreppet

5.2.1.2.1 Inledning

Förordningens tillämpningsområde har avgränsats genom den definition som ges i art 3 av begreppet "koncentration" (se *bil 6*). Definitionen är förhållandevis bred. Avfattningen lämnar dock i vissa hänseenden utrymme för olika tolkningar och det kan konstateras att den konkreta innebörden av begreppsförklaringen inte är helt klar. En närmare analys av koncentrationsbegreppet såsom det utformats i förordningen ger vid handen att oklarheterna i stort anknyter till centrala frågeställningar som tidigare har berörts i rättspraxis, främst i Philip Morris-fallet. Detta gäller bl a vad som konkret avses med att ett företag har "kontroll" över ett annat företag. I dessa delar anknyter resonemanget i detta avsnitt till avsnitt 4.8.

Inledningsvis skall påpekas att förordningens kontrollregler endast är tillämpliga såvida koncentrationen grundar sig på någon form av förvärv eller sammanslagning av företag. En ökad koncentration som härleds från ett företags interna expansion innefattas inte. Vidare skall sägas att förordningen inte gör någon åtskillnad på offentligt resp privat ägda företag. Förordningen utgår härvid från principen om likabehandling mellan den offentliga

och privata sektorn (jfr p 12 i de inledande recitals, *bil* 6). Även företagsförvärv som företas av större offentliga företag faller således under förordningens kontrollsystem (något som skarpt kritiserats främst från Italien).

5.2.1.2.2 "Mergers"

Till att börja med är förordningen tillämplig på *företagssammanslagningar* ("mergers"). Detta begrepp definieras inte närmare i förordningen. Det är dock tydligt att härvid avses i första hand en sammanslagning av de involverade företagen som innebär att företagen upphör att fungera som självständiga enheter. Begreppet torde således förutsätta att en associationsrättslig och ledningsmässig gemenskap byggs upp som leder till att företagen ur juridisk synvinkel kan betraktas som en ekonomisk enhet. Vanligtvis torde denna sammansmältning äga rum i form av s k fusion.

Som tidigare påpekats råder det en viss oklarhet om räckvidden av begreppet "företagssammanslagning". I förordningen torde dock begreppet ges en vidsträckt innebörd och således inte i detalj knytas till de bedömningskriterier som förekommer i associationsrättsliga normsystem. Eftersom den grundläggande bedömningsprincipen i den konkurrensrättsliga regleringen är sammansmältningen av tidigare självständiga företag till en ekonomisk enhet torde även sammanslagningar som faller utanför det traditionella fusionsbegreppet innefattas. Som exempel kan nämnas sammanslagningen av de självständiga konkurrenterna ASEA och Brown-Boveri till en enhetlig företagsenhet med gemensamma ledningsfunktioner. Denna sammansmältning utgör dock inte en fusion i juridisk bemärkelse utan torde i associationsrättsliga termer närmast böra karakteriseras som ett samarbetsavtal. Det råder dock inget tvivel om att sammansmältningen från konkurrensrättslig synpunkt bör betraktas som en företagssammanslagning.

5.2.1.2.3 Förvärv av aktier resp tillgångar

I art 3 i förordningen anges vidare att koncentrationsbegreppet innefattar förfaranden där personer eller företag, genom förvärv av aktier eller tillgångar, uppnår direkt eller indirekt kontroll av hela eller del av det förvärvade företaget. Genom denna bestämning utvidgas förordningens tillämpningsområde till att utöver bildandet av ekonomiska enheter (sammansmältning) även omfatta förfaranden som leder till att ett förvärvande företag uppnår ett så stort inflytande i ett konkurrerande företag att det i väsentliga hänseenden kan påverka och styra dess beteende på marknaden. I ett koncentrationsperspektiv brukar denna situation karakteriseras som att ett företag har ett *bestämmande inflytande* i ett annat företag.

Det torde vara oomtvistat att ett normsystem rörande kontroll av företagsförvärv blir ofullständigt och tämligen ineffektivt såvida inte även förfaranden som leder till att företag skaffar sig bestämmande inflytande i konkurrerande företag innefattas. Ur juridisk-teknisk synvinkel är det dock för-

enat med stora svårigheter att utforma de detaljerade bestämmelserna. Det grundläggande problemet är att definiera och klargöra vad begreppet "bestämmande inflytande" innebär. När det gäller förvärv av aktier eller tillgångar uppkommer även andra viktiga frågor, t ex i vad mån förvärv av minoritetsposter resp i vilken utsträckning s k partiella företagsförvärv omfattas. Förordningens reglering i detta hänseende präglas inte av någon nyskapande ambition utan är utformad med existerande nationella regelsystem och tidigare praxis i EG-domstolen som förebild. Den detaljerade formuleringen i författningstexten föranleder dock olyckligtvis betydelsefulla oklarheter som i det följande skall belysas.

En första intressant iakttagelse är att förordningen explicit anger att även förvärv som genomförs av personer (som tidigare kontrollerar ett eller flera företag) omfattas av kontrollsystemet. Som tidigare framgått avser art 85 enligt ordalydelsen endast konkurrensbegränsande avtal mellan näringsidkare ("undertakings"). Avfattningen av art 3 (b) i förordningen innebär att denna "företagsprincip" frångås. I detta hänseende råder det således inget tvivel om att förordningens normsystem innefattar både förvärv som genomförs av privatpersoner och förvärv som sker mellan privatpersoner. Den formella läsningen till begreppet "företag" som torde hindra tillämpning av art 85 i dessa situationer har sålunda övergivits till förmån för ett mer flexibelt system. Därmed föreligger inte heller något formellt hinder mot en tillämpning av förordningen på s k take over-situationer.

Beträffande *take overs* kan sägas att genom att förordningen anknyter till själva förvärvet av aktier eller tillgångar torde det, till skillnad från vad som är fallet beträffande art 85 som anknyter till förekomsten av ett konkurrensbegränsande avtal, inte råda någon tvekan om att förordningens normsystem i princip kan tillämpas fullt ut även avseende *take overs*. Genom förämälningssystemet undgår man också de praktiska svårigheter som är förknippade med en upplösning av förvärv som skett genom ett *take over-förfarande*.

Vidare kan det konstateras att förordningens normsystem är tillämpligt både på förvärv av aktier och förvärv av tillgångar. Härvid överensstämmer förordningens reglering med förekommande nationella kontrollsystem. En motsatt reglering, dvs att tillämpligheten skulle vara inskränkt till aktieförvärv, skulle lämna dörren öppen för omfattande kringgångsmöjligheter. Från associationsrättslig synpunkt utgör det normalt inget problem att låta förvärvet ske i form av köp av tillgångar i stället för aktier. Dessa två metoder får i hög grad betraktas som likvärdiga och från konkurrensrättsliga utgångspunkter torde det vara en självklarhet att bägge metoderna införlivas i kontrollen av företagsförvärv.

Det avgörande kriteriet i detta sammanhang är om förvärvet leder till "direct or indirect control of the whole or parts of one or more undertakings". I detta avseende skall återknytas till det tidigare behandlade Philip Morris-fallet där det avgörande kriteriet angavs vara om det förvärvande företaget uppnådde "legal or de facto control" över det förvärvade företaget. Dom-

stolens uttryckssätt avser härvid att spegla förhållandet att kontroll kan uppnås antingen genom ett majoritetsförvärv eller genom ett minoritetsförvärv vartill knyts tillkommande omständigheter som sammantaget konstituerar en kontrollfunktion. Förordningens uttryckssätt skiljer sig härvid från domskälens på ett sätt som föranleder oklarheter. Oklarheterna grundar sig på att förordningen laborerar med två olika begreppspar (direct or indirect control resp whole or parts of one or more undertakings) vars betydelse och inbördes förhållande inte klarläggs.

Den ena möjliga tolkningen utgår från förhållandet att det andra ledet avser fullständiga resp partiella förvärv. Den gängse betydelsen av partiellt förvärv innefattar förvärv av minoritetsposter. Med anledning därav torde det ligga närmast till hands att inte jämställa förordningens "direct or indirect control" med domskälens "legal or de facto control". Förordningens första led torde härvid i stället avse förhållandet att det förvärvande företaget kontrollerar aktierna antingen självt (direct) eller genom ett dotterbolag (indirect). Det torde inte vara nödvändigt att kontrollen utövas via ett helägt dotterbolag utan antagligen räcker det med att det förvärvande företaget kontrollerar (t ex genom aktiemajoritet) ett företag som i sin tur kontrollerar det förvärvade företaget.

Resonemanget leder till slutsatsen att förordningens reglering innefattar en betydande utvidgning i förhållande till Philip Morris-fallet av möjligheterna att ingripa mot minoritetsförvärv. Enligt författningstexten räcker det med att ett företag genom ett förvärv av aktier direkt eller indirekt (dvs självt eller genom något annat bolag) kontrollerar en del av ett annat företag. I Philip Morris-avgörandet ställde sig Domstolen avvisande till att låta minoritetsposten i sig konstituera erforderligt konkurrenshämmande inflytande. Domstolen intog härvid en förhållandevis välvillig inställning till det förvärvande företagens försvarslinje vilken innebar att aktieförvärvet skulle ses som en passiv investering och inte som ett sätt att uppnå inflytande eller kontroll. Det formella tillämpningsområdet för förordningen med den här behandlade tolkningen har således satts vid förekomsten av ett *minoritetsförvärv* i sig utan att några tillkommande omständigheter behöver vara för handen.

Utgångspunkten för den andra möjliga tolkningen är att både domskälen i Philip Morris-avgörandet och avfattningen av art 3 (b) i förordningen speglar samma principiella inställning vars konkreta innebörd är att avgörande för normsystemets tillämpning är resultatet av en sammanvägning av samtliga omständigheter som konstituerar en *kontrollfunktion*. Förutom ägarandelen har t ex förekomsten av samarbetsorgan mellan företagen, gemensamma ledningsfunktioner, överenskommelser om samordnade förfaranden eller samarbete, inflytande över tillsättning av styrelse, representation i andra förvaltande organ etc stor betydelse.

En allmän princip torde härvid vara att ju större den direkta ägarandelen är, desto mindre av övriga tillkommande omständigheter krävs för att den erforderliga kontrollfunktionen skall anses uppnådd. Om förvärvet omfat-

tar en majoritetspost av aktierna torde både av författningstexten ("direct control") och de generella riktlinjer som kan utläsas av Philip Morris-fallet framgå att den erforderliga kontrolleffekten kan presumeras. Är det fråga om ett förvärv av en minoritetspost av aktierna krävs enligt denna tolkning att inflytandet manifesterar sig i konkreta kontrollfunktioner av den typ som ovan nämnts. Vidare torde marknadsstrukturen ha betydelse. Avser förvärvet ett företag vars verksamhet är koncentrerad till en marknad som präglas av stagnation och/eller oligopolistiska inslag torde det krävas mindre av tillkommande omständigheter än vad som är fallet om marknaden kännetecknas av effektiv konkurrens.

Avfattningen av art 3 ger i denna tolkningsfråga föga vägledning. En ordagrann läsning av stadgandet i art 3 (b) ger vid handen att koncentrationsbegreppet utan vidare innefattar även en indirekt kontroll av en del av det förvärvade företaget utan att det härvid förutsätts några ytterligare tillkommande omständigheter. Även mycket små minoritetsförvärv kan härmed komma att innefattas. I förlängningen kan denna mer restriktiva inställning till partiella förvärv leda till att det vid tillämpning av förordningens regler kan bli svårare att försvara förvärvet med hänvisning till att det rör sig om en passiv investering.

I sammanhanget skall dock även art 3 (3) uppmärksammas. Stadgandet innehåller en exemplifiering av omständigheter som självständigt eller i kombination kan konstituera erforderlig kontroll. Exemplifieringen syftar till att närmare klargöra vilka olika förhållanden som kan leda till "kontroll". Härvid nämns förutom ägande av hela eller del av företaget även förekomsten av rättigheter eller avtal som ger avgörande inflytande på sammansättningen och beslut av företagets organ.

I förordningsförslaget av 1988 angavs även andra exemplifierande omständigheter vilka kännetecknades av att inflytande uppnåddes på andra grunder än ägande, t ex "rights or contract which make it possible to manage the business of an undertaking" eller "other means conferring decisive influence on the activity of an undertaking". Dessa omständigheter var dock sannolikt, trots ordalydelsen i art 3 (3) ("separately or jointly"), inte avsedda att självständigt aktualisera tillämpning av förordningen. Detta följer av att uppräknningen endast avser själva kontrollbegreppet medan det för förordningens tillämpning avgörande koncentrationsbegreppet enligt art 3 (1) förutsätter antingen en företagssammanslagning eller förvärv av aktier eller tillgångar. Uppräknningen indikerade dock att det vid förvärv av mindre minoritetsposter krävdes tillkommande omständigheter i form av överenskommelser om samarbete, gemensamma ledningsfunktioner etc, dvs liknande utgångspunkter som de principer som knäslattes i Philip Morris-avgörandet.

I nuläget är det svårt att med bestämdhet uttala sig om den konkreta innebörden av art 3 (b) när det gäller partiella förvärv, särskilt förvärv av mino-

ritetsposter. De formuleringar i art 3 som leder till två möjliga tolkningar vars innebörd skiljer sig åt i betydelsefulla hänseenden är knappast särskilt lyckade. Något klargörande kan dock inte analyseras fram utan får betraktas som en fråga som måste lösas i praxis.

5.2.1.2.4 *Samarbete mellan självständiga företag*

I art 3 (2) anges att förfaranden som har till syfte eller effekt att samordna kommersiella beteenden hos självständiga företag ("independent undertakings") inte skall innefattas i koncentrationsbegreppet. Detta stadgande relaterar till p 23 i de inledande principerna ("recitals") varav framgår att förordningen endast avser förfaranden som leder till en permanent strukturell förändring i näringslivets organisation. I anledning därav skall från förordningens tillämpningsområde uteslutas förfaranden som endast leder till samarbete mellan självständiga företag. Sådana samarbetsformer skall endast kunna granskas i enlighet med art 85 och 86.

Detta stadgande skall ses i ljuset av Kommissionens tidigare ståndpunkt att art 85 inte var tillämplig på företagskoncentrationer pga karaktären av strukturell förändring. Det grundläggande kriteriet för tillämpning av art 85 är enligt den ståndpunkten att en konkurrensbegränsande överenskommelse träffas mellan två eller flera självständiga företag som även efter överenskommelsen bevarar sin självständighet. I Philip Morris-fallet var visserligen omständigheterna sådana att det var fråga om en situation där två självständiga företag var involverade men som tidigare påpekats är Domstolens uttalanden rörande tillämpningsområdet för art 85 mycket vidsträckta och går utanför den traditionella hypotesen att självständigheten måste bevaras. Sannolikt är således art 85 tillämplig både på aktie- och tillgångsförvärv företag emellan och rena företagssammanslagningar.

Art 3 (2) i förefaller härvid inskränka förordningens tillämplighet till i första hand fall av rena företagssammanslagningar, dvs rena strukturella förändringar. Övriga fall av företagsförvärv där de involverade företagen även efter förvärvets genomförande framstår som självständiga enheter skall granskas i enlighet med art 85 och 86. Det är dock i hög grad oklart vilken betydelse som art 3 (2) skall tilläggas. Särskilt är dess relation till huvudbestämmelsen i art 3 (1) behäftad med komplikationer som i det följande något skall belysas.

Den grundläggande oklarheten är vad som skall förstås med uttrycket "coordination of the competitive behaviour of independent undertakings" och hur detta begrepp förhåller sig till den grundläggande avgränsningen av förordningens tillämpningsområde. Exempelvis kan man fråga sig vilka kriterier som skall vara avgörande när det gäller att bedöma huruvida ett förvärv av en minoritetspost eller vissa tillgångar i ett konkurrerande företag utgör ett förfarande som leder till kontroll enligt art 3 (1) och därmed faller in under förordningens tillämpningsområde, eller om förvärvet i stället skall uppfattas som ett förfarande att samordna beteendet mellan självständiga

företag och därmed falla utanför förordningens normsystem enligt art 3 (2). Det kan ju inte förhålla sig på det sättet att avsikten är att samtliga partiella företagsförvärv, där de involverade företagen i fortsättningen behåller sin formella självständighet, skall falla utanför förordningens tillämpningsområde. En sådan begränsning strider mot innebörden av art 3 (1 b).

Det är tydligt att det härvid måste bli fråga om en tolkning av avtalets innebörd och reella betydelse mot bakgrund av de bakomliggande ekonomiska funktioner som avtalet avser att fylla. Frågan torde bli särskilt aktuell i fall av förvärv av tillgångar. Tolkningsproceduren innefattar mycket komplexa sammanhang och måste till stor del baseras på antaganden och hypoteser rörande avtalets inriktning och verkningar. I praktiken kommer det därför i många fall bli mycket svårt att avgöra om ett visst förvärv syftar till eller får till effekt att ett företag uppnår kontroll över ett annat företag eller om avtalet endast innebär en koordination av det kommersiella beteendet.

Oklarheterna som är förenade med en ovan beskriven tolkningsprocedur leder i sig till att förutsebarheten rörande förordningens tillämpning, som ju var ett av de huvudsakliga skälen till varför en särskild förordning ansetts nödvändig äventyras. Detta faktum understryks även av förhållandet att det veterligen inte finns något tolkningsunderlag som belyser de avsedda skillnaderna mellan koncentrativa strukturförändringar och samarbete mellan självständiga företag. Detta faktum poängterades i behandlingen av ett tidigare förordningsförslag med motsvarande bestämmelse i EG-parlamentet. Parlamentet föreslog i detta avseende vissa förtydliganden och att Kommissionen skulle utarbeta riktlinjer ("Guidelines"). Parlamentets ändringsförslag har dock inte införlivats i den antagna förordningen.

Sammantaget leder de angivna utgångspunkterna i art 3 (2) samt p 23 i de inledande principerna till betydande tillämpningsproblem. Det torde i många fall bli svårt för företag att med någorlunda säkerhet självständigt avgöra huruvida ett visst förfarande faller in under huvudbestämmelsen i art 3 (1) eller om undantaget i art 3 (2) är tillämpligt. Någon ledning i tidigare rättspraxis står inte att finna. Tvärtom distanserar sig förordningen i detta hänseende i viss utsträckning från de principer rörande tillämpningsområdet för art 85 som angivits i Philip Morris-avgörandet.

5.2.1.2.5 Joint ventures

Bildandet av joint ventures som är avsedda att på varaktig basis tillvarata en näringsverksamhets samtliga funktioner faller in under förordningens tillämpningsområde. Även här är dock förutsättningen att dess syfte inte är att utgöra ett uttryck för en samordning av det kommersiella beteendet hos självständiga företag utan huvudsyftet skall vara en bestående strukturell förändring (se art 3 (2)).

Beträffande joint ventures aktualiseras samma tillämpningsproblem som ovan behandlats. Vidare är förhållandet mellan art 85 och förordningen inte klarlagt. Denna fråga utgör ett större problem än vad som är fallet med fö-

retagsförvärv pga att art 85 har ett betydligt vidare tillämpningsområde beträffande joint ventures.

5.2.1.3 Bedömningsprinciper

5.2.1.3.1 Inledning

En grundläggande förutsättning för tillämpning av förordningen är att den företagna företagskoncentrationen har en EG-dimension ("Community dimension"). Vidare måste den aktuella företagssammanslagningen eller förvärvet falla in under den definition som i förordningen ges av koncentrationsbegreppet. Den tredje grundläggande beståndsdel i förordningen är vilka bedömningsprinciper avseende koncentrationens tillåtlighet som skall vara vägledande. Bedömningsprinciperna utgör normsystemets materiella innehåll medan de två övriga beståndsdelarna är av en formell karaktär.

Den bedömningsnorm som företagsförvärv skall bedömas efter har i de olika förordningsförslagen som under årens lopp presenterats reviderats flera gånger. Både den grundläggande principiella bedömningsnormen och utformningen av de därtill knutna undantagen har debatterats livligt. I de olika utkasterna till förordning har man laborerat både med generella, vittsyftande konkurrensrättsliga rekvisit och olika presumtionsregler ofta knutna till den uppnådda marknadsandelen på den relevanta marknaden. Huvudprincipen i den antagna förordningen är att koncentrationer vilka skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen hämmas på den Gemensamma Marknaden eller betydande del därav skall förklaras oförenliga med den Gemensamma Marknaden.

Som tidigare framgått företer skilda normsystem rörande kontroll av företagsförvärv stora olikheter när det gäller de centrala bedömningskriterierna. Varje nationellt normsystem har i princip utvecklat en egen ram för bedömningen av tillåtligheten av företagskoncentrationer. Även det ofullständiga kontrollsystem som utvecklats inom ramen för EG:s konkurrensrätt (art 85 och 86) visar prov på förekomsten av olika bedömningsramar och metoder. Art 85 utgår härvid från att det avgörande kriteriet är de konkurrensbegränsande effekter som följer av förvärvet medan art 86 endast kan tillämpas såvida förvärvet utgör ett missbruk av en dominerande ställning. Skillnaden är mycket stor både i teori och praktik mellan de bägge metoderna.

I förordningen avseende kontroll av företagskoncentrationer har man, till skillnad från 1988 års förordningsförslag, anslutit till begreppet "dominerande ställning". Enligt art 2 skall en företagskoncentration förklaras ej vara förenlig med den Gemensamma Marknaden om koncentrationen *skapar eller förstärker en dominerande ställning* som hämmar förekomsten eller utvecklingen av en *effektiv konkurrens* på den *Gemensamma Marknaden eller väsentlig del därav*. Genom anknytningen till begreppet dominerande ställning distanserar sig normen från bedömningsprincipen i art 85. För-

ordningens bedömningsnorm ger dock uttryck för ett konkurrenstest som i stort liknar art 85. Anknytningen till begreppet dominerande ställning har förordningen gemensamt med art 86. Till skillnad från art 86 utgörs den materiella bedömningsnormen inte av frågan om den dominerande ställningen missbrukas utan normen är mer allmänt hållen i form av ett rent konkurrenstest. Likhetera med art 86 inskränker sig således i huvudsak till begreppet dominerande ställning.

5.2.1.3.2 Den relevanta marknaden

Förordningen anknyter explicit till den efter företagskoncentrationen uppkomna ställningen på marknaden. Bedömningsnormen förutsätter härvid att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Inledningsvis kan således konstateras att företagsförvärv som inte leder till någon förändring i marknadsstrukturen faller utanför förordningens tillämpningsområde. Den grundläggande frågan, om vilken det i förordningen råder en viss oklarhet, är vilken "marknad" som avses. Denna kärnfråga är av yttersta vikt för förordningens bedömningssystem och skall därför analyseras närmare.

Av avfattningen av art 2 (3) framgår inte klart på vilken marknad som ställningen skall skapas eller förstärkas. Frågan har relevans dels för vilken referensram som skall användas vid bedömningen av om ställningen på marknaden har förstärkts, dels för bedömningen av om den effektiva konkurrensen hämmats. Det senare följer av att begreppet effektiv konkurrens blir meningsfullt först när det relateras till en viss marknad.

Beträffande marknadsavgränsningen finns det två huvudalternativ. Det första alternativet utgår från det i tidigare lagstiftning och praxis välkända begreppet "den relevanta marknaden". Tillämpningen av förordningens normsystem skulle således förutsätta att det är på den relevanta marknaden som den dominerande ställningen skall skapas eller förstärkas. Det andra alternativet är att förordningens bedömningsnorm inte är knuten till den vanligtvis snäva relevanta marknaden utan företräder en friare och mer flexibel marknadsavgränsning. En dylik flexibel marknadsavgränsning är en förutsättning för att diagonala och vissa vertikala förvärv överhuvudtaget skall omfattas av förordningen.

Starka skäl talar för att förordningens normsystem utgår från den relevanta marknaden sådan den avgränsats i tidigare praxis. Härför talar bl a det faktum att det i förordningen (eller i tidigare förslag) inte finns några ansatser till ett medvetet avståndstagande från de principer som utbildats avseende avgränsningen av den relevanta marknaden. Vidare tycks den presumptionsregel som infogats i p 15 i de inledande principerna utgå från att marknadsandelen skall relateras till det kända marknadsbegreppet. Mot bakgrund av förordningens syfte att stärka kontrollen av alla slags koncentrativa förfaranden som hämmar den effektiva konkurrensen kan det dock inte uteslutas att bedömningsnormen i den praktiska tillämpningen, när så anses påkallat, kommer att utgå från mer vidsträckta marknadsavgräns-

ningar. Det är således möjligt att relationen till närliggande resp besläktade branscher kan komma att beaktas.

Beträffande avgränsningen av marknadsbegreppet kan hänvisas till avsnitt 4.5. Det gäller således att avgöra dels den relevanta produktmarknaden där man särskilt ser till varornas eller tjänsternas inbördes substituerbarhet, dels den relevanta marknaden i geografiskt hänseende. Det kan än en gång poängteras att avgränsningar av marknader är i praktiken en mycket komplicerad fråga och utgör en av de främsta anledningarna till varför art 86 inte anses lämplig att tillämpa på företagsförvärv. Även i tillämpningen av förordningen kommer man att ställas inför samma typ av problem avseende marknadsavgränsningen.

Allmänt kan sägas att i tillämpningen av art 86 är bedömningen av marknadens omfattning ganska snäv. Den konkurrensrättsliga avgränsningen av den relevanta produktmarknaden torde i många situationer vara påtagligt snävare än de marknadsavgränsningar som från strikt företagsekonomisk synpunkt ter sig motiverade. Det skall dock påpekas att Domstolen i tidigare praxis fäst stor vikt vid att de gjorda marknadsavgränsningarna riktigt speglar marknadens struktur och inte är mer eller mindre konstruerade i syfte att uppnå så höga marknadsandelar som möjligt för det företag vars förvärv granskas. I det grundläggande Continental Can-fallet slog Domstolen fast att produkter som endast i begränsad utsträckning är utbytbara inte skall anses tillhöra samma marknad. Det måste således föreligga "reasonable interchangeability". (se ovan Continental Can-fallet, avsnitt 4.7.1).

När det gäller den geografiska marknadsavgränsningen skall sägas att förordningen i enlighet med art 85 och 86 utgår från att den relevanta geografiska marknaden måste motsvara en väsentlig del ("substantial part") av den Gemensamma Marknaden. Härvid tas hänsyn till dess yttinnehåll men även till det ifrågavarande området ekonomiska betydelse. I praxis har ett land av Belgiens storlek ansetts utgöra en väsentlig del av EG-marknaden och det är sannolikt att även storstadsområden som Paris och London uppfyller väsentlighetskravet.

5.2.1.3.3 *Dominerande ställning*

Innebörden av begreppet dominerande ställning har behandlats med utgångspunkt från rättspraxis enligt art 86 i avsnitt 4.6. EG-domstolen har i flera fall givit följande definition av begreppet dominerande ställning: "en ställning av ekonomisk styrka, som innehas av ett företag, som sätter det i stånd att hindra upprätthållandet av effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att ge det makten att i avsevärd utsträckning uppföra sig oberoende av sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand sina konsumenter" (se bl a United Brands-målet 27/76 och Hoffmann La Roche 85/76).

Av EG-domstolens praxis enligt art 86 framgår att dominerande ställning kan anses föreligga även om marknadsandelen i absoluta tal inte är så stor.

Härvid har andra tillkommande faktorer avgörande betydelse. Bedömningen av om dominerande ställning föreligger avgörs således efter en helhetsbedömning mot bakgrund av marknadsstrukturen där marknadsandelen visserligen har en grundläggande betydelse men där även andra faktorer som teknologiskt försprång, starka kapitalresurser, starkt försäljningsnät, avsaknad av potentiell konkurrens, stark vertikal integration, starka och välkända varumärken m m inverkar.

När det gäller betydelsen av den uppnådda marknadsandelen förekom i tidigare förordningsförslag presumptionsregler av innebörd att om marknadsandelen på den relevanta marknaden inte var högre än en viss angiven procentsiffra skulle företagsförvärvet presumeras vara förenligt med den Gemensamma Marknaden. En dylik presumptionsregel förekommer även i den antagna förordningen. Regeln har dock hänvisats till p 15 i de inledande principerna och återfinns inte i den operativa delen. Regeln innebär att när företagens gemensamma marknadsandel inte överstiger 25 % på den Gemensamma Marknaden eller väsentlig del därav, skall inte koncentrationen anses kunna hindra den effektiva konkurrensen.

Presumptionsregeln för lätt tankarna till fastställande av dominerande ställning. Det bör dock poängteras att den i förordningen angivna presumptionsregeln inte uttryckligen syftar till att fastställa dominerande ställning. Syftet med regeln är att uttrycka den lägsta marknadsandel som fordras för att negativa effekter på den effektiva konkurrensen skall uppkomma. Procentsatsen är alltså relaterad till det s k konkurrenstestet och inte direkt till begreppet dominerande ställning. Med anledning härav bör den angivna procentsiffran inte direkt jämföras med de procentsiffror som förekommit i praxis för att fastställa dominerande ställning enligt art 86. I tillämpningen av förordningen finns det således inget formellt hinder mot att en dominerande ställning anses föreligga även vid marknadsandelar understigande 25 %. I praktiken torde dock den angivna procentsatsen vara ledande för tillämpningen även när det gäller begreppet dominerande ställning.

En grundläggande olikhet mellan förordningen och art 86 är att förordningen även omfattar företagskoncentrationer som leder till att en dominerande ställning *uppkommer*. Art 86 omfattar endast åtgärder där en redan uppnådd dominerande ställning förstärks.

5.2.1.3.4 Hämmande av den effektiva konkurrensen

Förordningen anger att en företagskoncentration är oförenlig med den Gemensamma Marknaden såvida den effektiva konkurrensen väsentligen hämmas (art 2 p 3). Detta "konkurrenstest" uppvisar likheter med den bedömningsnorm som gäller enligt art 85 (jfr ovan om det s k konkurrensbegränsningsrekvisitet). Normen ansluter dock även genom väsentlighetskravet till de av EG-domstolen formulerade förutsättningarna för att företagsförvärv skall kunna angripas med stöd av art 86 (jfr Continental Can-målet ovan avsnitt 4.7.1 och 4.7.2). Någon exemplifiering av vilka slags väsentliga

konkurrensbegränsande effekter som kan uppkomma till följd av ett företagsförvärv ges inte i förordningen.

I art 2 (1) ges dock vissa viktiga utgångspunkter för bedömningen avseende företagsförvärvets inverkan på den effektiva konkurrensen. Det framgår att frågan skall avgöras med hänsyn till nödvändigheten av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens mot bakgrund av marknadens struktur och förekomsten av reell eller potentiell konkurrens från företag i eller utanför EG. Genom detta stadgande har tydliggjorts att i bedömningen av företagskoncentrationer måste förekomsten av *internationell konkurrens* noga beaktas. Detta får anses betydelsefullt för större företag som agerar på internationella marknader där det råder hård konkurrens från företag från andra hemmamarknader än EG, t ex amerikanska och japanska företag. Genom det uttryckliga påbudet att beakta den internationella konkurrensen ges således möjlighet att i tillämpningen av förordningen ge klar- tecken till företagsförvärv mellan EG-företag om koncentration bedöms vara behövligt för företagen för att klara konkurrensen på den interna- tionella marknaden.

Vidare skall enligt art 2 (1) faktorer som företagets ställning på mark- naden, företagets ekonomiska och finansiella styrka, leverantörers och konsumenters valmöjligheter, etableringshinder, utbuds- och efterfrågeutveck- lingen, konsumenternas intressen och den tekniska och ekonomiska ut- vecklingen tas i beaktande. Uppräknningen motsvarar de utgångspunkter som brukar anläggas vid tillämpningen av art 85. I förordningen anges dock att hänsyn till dessa faktorer endast kan tas om det är till fördel för konsu- menterna och att den effektiva konkurrensen inte hindras.

Ingripande enligt art 85 förutsätter att de konkurrensbegränsande effek- terna är märkbara eller av någon betydelse för den Gemensamma Mark- naden. Förordningen går dock i likhet med art 86 ett steg längre genom att det uppställs ett uttryckligt väsentlighetskrav. Som framgått är förordningen endast tillämplig på koncentrationer som har EG-dimension och med an- ledning av den nivå som omsättningströsklarna representerar resp den geo- grafiska räckvidden torde de mindre bagatellartade förvärven uteslutas re- dan på ett tidigt stadium. Man torde därför sannolikt kunna förutsätta att de företagsförvärv som faller inom ramen för förordningens formella tillämp- ningsområde vanligtvis är av den karaktären att om det överhuvudtaget uppkommer några konkurrensbegränsande effekter är de relativt omfat- tande. Betydelsen av väsentlighetskravet skall dock inte underskattas. I vis- sa situationer, såsom är fallet i tillämpningen av art 86, kan väsentlighets- kravet få avgörande betydelse. Kravets närmare innebörd kan dock inte fastställas förrän belysande rättspraxis föreligger.

Förordningen uttrycker inte, till skillnad från t ex art 85, något direkt krav på att de konkurrensbegränsande effekterna skall påverka samhandeln mel- lan länderna. Ett sådant krav kan dock inläsas i avgränsningen av för- ordningens tillämpningsområde i art 1. Den angivna bedömningsnormen i art 2 anknyter också till de konkurrensbegränsande effekterna på den Ge-

mensamma marknaden. Sannolikt torde därför inte förordningens normsystem avse företagskoncentrationer som enbart får verkningar på nationell nivå. Frågan är även av intresse för förhållandet mellan den EG-rättsliga kontrollen av företagsförvärv och den nationella kontrollen (se nedan avsnitt 5.5).

5.2.1.3.5 Undantagsmöjligheter

En grundläggande förutsättning för arbetet med att skapa en EG-rättslig kontroll av företagsförvärv har varit att kontrollsystemet skulle ge möjlighet att tillåta koncentrationer som visserligen hämmar konkurrensen men som medför nyttiga och eftersträlvade effekter på andra områden som uppväger de negativa konkurrens effekterna. Undantagsbestämmelsen i art 85 (3) har härvid fungerat som en ledstjärna.

I 1988 års förordningsförslag fanns en undantagsbestämmelse som bl a angav att företagskoncentration skall tillåtas om den bidrar till en förbättrad produktion eller distribution eller leder till tekniska eller ekonomiska framsteg. Avgörande för bedömningen skulle vara om koncentrationens positiva inverkan på "the competitive structure" var större än "the damage to competition". Undantagsbestämmelsen var inte avsedd att utgöra en generell och vittomfattande möjlighet att undgå ingripanden från Kommissionens sida. Bestämmelsens tillämpningsområde kunde inte direkt liknas vid undantagsbestämmelsen i art 85 (3) på grund av förhållandet att praxis enligt art 85 oftast anknyter till förhållandet att det konkurrensbegränsande förfarandet initierats av mindre och medelstora företag, något som mot bakgrund av tröskelvärdena inte torde vara fallet i en tillämpning av förordningen.

I den antagna förordningen återfinns ingen uttrycklig undantagsbestämmelse. Man har istället valt att noga reglera, och i förhållande till 1988 års förslag utvidga, de faktorer och omständigheter som skall beaktas vid värderingen av en företagskoncentration, art 2 (1). Dessa faktorer har belysts ovan.

I sammanhanget skall återknytas till det i avsnitt 2.3 berörda förhållandet att EG:s konkurrensrätt får ses i ett mer begränsat perspektiv än nationella regelsystem pga att EG fortfarande saknar de grundläggande funktioner och normerande regelverk som är nödvändiga för att kunna föra en enhetlig politik på alla de områden som innefattas i den ekonomiska politiken. Den praktiska tillämpningen av EG:s konkurrensregler sker därför inom ramen för ett snävare perspektiv än nationella normsystem vilket resulterar i att den EG-rättsliga bedömningen avseende tillåtligheten av olika konkurrensbegränsande förfaranden normalt inte i lika stor utsträckning tar hänsyn till förfarandets effekter i andra hänseenden utöver konkurrensen på marknaden. Detta förhållande framgår även när det gäller kontrollen av företagsförvärv. De nationella kontrollsystemen innehåller vanligtvis omfattande undantagsmöjligheter för företagskoncentrationer som visserligen

hämmar den effektiva konkurrensen men som i t ex arbetsmarknads- regional- eller industripolitiska hänseenden har fördelaktiga effekter. Förordningens bedömningsnorm är inte av en sådan vittsyftande samhällsinriktad karaktär. Som tidigare framhållits skall dock hänsyn tas till internationell konkurrens, vilket torde möjliggöra hänsynstagande till EG-företags världsvida konkurrensrelationer i en vidare mening.

Förhållandet att förordningen inte medger några generella undantagsmöjligheter för samhällsnyttiga företagsförvärv torde ha varit en av de grundläggande orsakerna till att medlemsländer (t ex Storbritannien), vars nationella kontrollsystem tar hänsyn till en stor mängd andra faktorer än effekterna på den effektiva konkurrensen, länge ställde sig avvisande till ett antagande av förordningen.

5.3 Förhandsanmälan

5.3.1 Inledning

Utgångspunkten i förordningen är att samtliga företagsförvärv som enligt art 1 och 3 faller in under tillämpningsområdet måste förhandsanmälas av parterna senast en vecka efter att avtalet ingåtts, offentliggörandet av ett take over-anbud eller förvärvet av en kontrollerande andel. Tidigare förordningsförslag innefattade ett system med dels obligatorisk förhandsanmälan för vissa större förvärv medan det för mindre förvärv stadgades en frivillig anmälmingsmöjlighet. Den fullständigt genomförda obligatoriska anmälningsskyldigheten har dock varit i princip densamma i de senaste huvudförslagen. I den antagna förordningen har dock anmälningsskyldigheten preciserats både avseende tidsfrist och anmälningsgrundande faktorer.

Bakom anmälningsskyldigheten ligger två huvudsyften. För det första utgör anmälningssystemet en förutsättning för att de involverade företagen innan förvärvet genomförts skall erhålla ett besked huruvida förvärvet strider mot förordningen eller ej. Anmälningssystemet är således en viktig förutsättning för att det självständiga syftet att kontrollen av företagsförvärv skall präglas av förutsebarhet till gagn både för EG:s organ och företagen skall uppfyllas. För det andra är anmälningssystemet en förutsättning för att Kommissionen skall kunna utöva en effektiv och heltäckande kontroll. Utan ett anmälningssystem ställs Kommissionen inför samma svårigheter som i tillämpningen av art 85 och 86 vad gäller dels problemet att på förhand få vetskap och tillräcklig information om det planerade förvärvet, dels de tidigare belysta svårigheterna som är förenade med en efterhandskontroll (upplösning, sanktioner etc).

5.3.2 Inledande av granskningsprocedur

Granskningsproceduren inleds med ett ställningstagande av Kommissionen rörande frågan om den anmälda planerade koncentrationsåtgärden faller inom förordningens tillämpningsområde (art 6). Härvid skall parterna och det berörda medlemslandets konkurrensvårdande myndighet informeras om ställningstagandet. När det gäller de detaljerade reglerna för granskningsproceduren har både förfarandet och de tidsgränser som gäller efterhand reviderats i de olika förordningsförslagen. Granskningsprocedurerna utformning är en fråga som är kontroversiell. Särskilt har debatten gällt inom vilka tidsgränser som Kommissionen måste fatta beslut att dels inleda granskning, dels fatta beslut om företagsförvärvet strider mot förordningen. Utvecklingen har härvid inneburit att de tidsgränser som gäller för Kommissionens granskning har skurits ned väsentligt. I det följande skall kortfattat behandlas förordningens regelverk i detta hänseende särskilt avseende oklara eller kontroversiella punkter.

Beslut rörande den formella tillämpligheten av förordningens normsystem skall fattas inom *en månad* räknat från dagen efter att anmälan inkommit till Kommissionen. Denna frist kan efter ingripande från den nationella kontrollmyndigheten förlängas till sex veckor (se närmare nedan avsnitt 5.5).

Kommissionen åläggs således en skyldighet att i varje enskilt fall inom en månad informera parterna om förordningens formella tillämplighet avseende den planerade koncentrationen. Anser Kommissionen att företagsförvärvet faller inom ramen för förordningens tillämpningsområde skall Kommissionen inleda en undersökning i syfte att fastställa huruvida förvärvet strider mot förordningens materiella bedömningsprinciper.

Parterna åläggs enligt art 7 en skyldighet att inte verkställa det planerade förvärvet innan anmälan till Kommissionen inlämnats och tre veckor därefter. Finner Kommissionen vid en inledande granskning att det är nödvändigt för att säkra att ett senare slutligt beslut kan genomföras får Kommissionen utsträcka skyldigheten för parterna att inhibera förvärvet till Kommissionen har fattat ett slutligt beslut i frågan. Kommissionen ges vissa möjligheter att dispensera från kravet på inhibition. Parterna kan således under vissa förutsättningar och i enlighet med särskilt överenskomna åtaganden få tillstånd att genomföra förvärvet i väntan på Kommissionens slutliga ställningstagande. Denna möjlighet torde mot bakgrund av de svårigheter som en upplösning av ett redan genomfört förvärv medför vara avsedd att utnyttjas mycket sparsamt. Det kan tilläggas att frågan om de involverade företagen skulle åläggas en obligatorisk skyldighet att inhibera förvärvet eller om en sådan skyldighet bara skulle föreligga efter ett särskilt åläggande från Kommissionen har varit kontroversiell. Som framgått intar den antagna förordningen en förmedlande ställning mellan dessa ståndpunkter.

Beträffande skyldigheten att inhibera förvärvet skall art 7 (5) uppmärksammas. I stadgandet fastslås att varje transaktion som genomförs i strid

med inhiberingsregeln är ogiltig om inte Kommissionen finner att företagsförvärvet inte omfattas av förordningen, är förenligt med den gemensamma marknaden eller om Kommissionen inte inlett granskning efter vissa maximifrister (se närmare nedan). Beträffande förvärv av värdepapper (aktier m m) som är förvärvade på en marknad som står under offentlig myndighets föreskrifter och kontroll och som fungerar regelmässigt och vartill allmänheten har direkt eller indirekt tillgång (fondbörs el motsvarande) ges en specialregel. Regeln innebär att sådana förvärv inte drabbas av ogiltighets-sanktionen under förutsättning att varken köpare eller säljare visste, eller bort veta, att transaktionerna genomfördes i strid mot inhiberingsregeln. Regeln utgör en kompromiss mellan marknadens krav på rörlighet och rätten att utnyttja tillgängliga associationsrättsliga möjligheter att förvärva företag och det från konkurrensrättslig synpunkt uppställda kravet på effektiva kontroll- och sanktionsmöjligheter.

5.3.3 Kommissionens granskning

I varje enskilt fall som Kommissionen enligt art 6 beslutat att granska åläggs Kommissionen en skyldighet att inom vissa tidsgränser fatta ett beslut rörande förvärvets tillåtlighet (art 10). Finner Kommissionen att företagsförvärvet inte medför en dominerande ställning som hämmar den effektiva konkurrensen skall Kommissionen så snart alla tvivel rörande koncentrationens förenlighet med den Gemensamma Marknaden skingrats eller uppställda villkor godtagits av företagen, utfärda en deklaration av innebörd att förvärvet är förenligt med den Gemensamma Marknaden. Deklarationen kan förenas med villkor som i olika hänseenden syftar till att begränsa effekterna av förvärvet på den effektiva konkurrensen (art 8). En sådan deklaration skall utfärdas senast inom *fyra månader* efter att granskningsproceduren inletts. Samma tidsgräns (fyra månader) gäller för fallet då förvärvet bedöms strida mot förordningens bedömningsnormer.

I art 10 (6) anges att om Kommissionen inte fattat beslut inom en månad efter anmälan att inleda en granskningsprocedur eller slutligt beslut i frågan inom fyra månader från att granskningsproceduren inleddes, *skall koncentrationen anses vara förenlig med den Gemensamma Marknaden*. Genom denna tydliga regel inskräps således vikten av att Kommissionen håller sig inom de absoluta tidsramar som uppställs. Det kan nämnas att denna regel infördes i förordningen i ministerrådets slutbehandling och har inte tidigare funnits med i förslagen till förordning.

Kommissionen får återkalla utfärdade tillstånd endast om parterna lämnat falska eller vilseledande uppgifter eller brutit mot förpliktelser eller åtaganden som varit en förutsättning för det givna tillståndet (art 8 (5)). I dylika fall kan Kommissionen fatta nytt beslut utan hinder av angivna tidsgränser.

I granskningsförfarandet åläggs företagen en omfattande skyldighet att bistå Kommissionen med relevant information (art 11). Vägrar företagen att

lämna begärda uppgifter eller lämnas felaktig information kan följden bli höga bötesbelopp. Vidare har Kommissionen möjlighet att genomföra undersökningsåtgärder direkt hos de berörda företagen i syfte att samla in relevant beslutsunderlag (art 11). Värgrar företaget Kommissionens tjänstemän tillträde till kontorslokaler eller värgrar företaget att låta tjänstemännen granska räkenskaper etc är den berörda medlemsstaten skyldig att bistå Kommissionen med olika tvångsmedel. Kommissionen kan även uppdra åt nationella undersökande myndigheter att verkställa undersökningsåtgärder.

5.3.4 Medlemsstaternas inflytande över granskningsproceduren

Medlemsstaternas deltagande i granskningsproceduren och inflytande över det slutliga beslutet har varit en djupt kontroversiell fråga. I förordningen har man försökt tillgodose medlemsstaternas önskemål utan att äventyra effektiviteten och snabbheten i tillämpningen.

Art 19 stadgar att granskningen skall genomföras i samverkan med de nationella myndigheterna. Kommissionen åläggs en skyldighet att inom tre arbetsdagar sända kopior av inkommande anmälningar till resp medlemsstats konkurrensvårdande organ. Vidare skall innan Kommissionen fattar sitt slutliga beslut en rådgivande kommitté konsulteras. Kommittén, som består av tjänstemän från medlemsländerna, skall uttala sig angående Kommissionens beslut. Kommitténs uttalande är i och för sig endast rådgivande. I förordningen anges dock att Kommissionen skall ta största möjliga hänsyn till uttalandet.

Det slutliga beslutet ligger således hos Kommissionen (efter överklagande hos Domstolen). Kommitténs uttalande torde dock ha mycket stor betydelse. Omgången inför den rådgivande kommittén innebär dock att effektiviteten i tillämpningen kan ifrågasättas. Det skall också observeras att förordningen inte innehåller någon uttalad undantagsmöjlighet för sådana förvärv som verkar konkurrenshämmande men som från andra samhälleliga aspekter kan bedömas ha positiva effekter. Den rådgivande kommitténs bedömning av enskilda företagsförvärv torde dock ske med utgångspunkt från ett vidare perspektiv och det kan antas att kommitténs uttalanden kommer att speglas av allmänpolitiska hänsynstaganden vid sidan av rent konkurrensrättsliga aspekter.

5.4 Relationen mellan förordningens normsystem och art 85 resp 86

En av de stora stridsfrågorna under arbetet med förordningen har varit om förordningens normsystem skall utesluta tillämpning av de kontrollmöjligheter som art 85 resp 86 erbjuder. Kommissionens ursprungliga inställning var uppenbarligen att förordningen inte skulle utgöra ett exklusivt system

för kontroll av och ingripanden mot företagskoncentrationer. Kommissionen utgick från att art 85 och art 86 skulle kunna tillämpas framför allt på företagsförvärv som faller utanför förordningens tillämpningsområde men även på förvärv som formellt faller inom förordningens ram men där det av någon anledning bedöms fördelaktigt att tillämpa de bedömningsnormer som art 85 och 86 ger uttryck för. Konsekvensen av ett sådant rättsläge blir således att vid företagsförvärv måste tre olika normsystem beaktas; förordningen avseende kontroll av företagskoncentrationer, förbudet mot konkurrensbegränsande avtal samt förbudet mot missbruk av dominerande ställning.

En sådan ordning har utsatts för skarp kritik från flera olika håll. Det har bl a påpekats att det vore orimligt att låta företagskoncentrationer, som inte är av en EG-dimension och således faller utanför förordningens ram, ut-sättas för det från företagets synpunkt mindre förutsebara och även ur andra synvinklar sämre kontrollsystemet som art 85 och art 86 representerar. En sådan ordning skulle i många fall innebära en diskriminering av mindre företagsförvärv. Även beträffande företagsförvärv som formellt faller in under förordningens tillämpningsområde vore förekomsten av tre olika normsystem i vissa fall förödande. Exempelvis skulle ett sådant system ge en möjlighet för Kommissionen att efter det att ett granskningsförfarande enligt förordningens procedurregler avslutats med en för företagen positiv utgång inleda förnyade undersökningar i enlighet med art 85 och 86.

Förordningen innehåller, till skillnad från tidigare kritiserade förslag, i art 22 ett ställningstagande i frågan som kan sägas innebära en mellanlösning. Enligt stadgandet skall endast förordningen vara tillämplig på sådana företagskoncentrationer som anges i art 3. Detta synes innebära att förordningen är exklusiv när det gäller sådana företagskoncentrationer som förordningen avser. Från förordningens exklusiva tillämpningsområde undantas dock åtgärder som inte medför en varaktig strukturell ändring utan endast har till föremål eller effekt en samordning av självständiga företags konkurrensrelationer. Sådana åtgärder skall även i fortsättningen endast prövas enligt art 85 och 86.

Förhållandet mellan förordningen och de allmänna reglerna i art 85 och 86 är enligt uppgift avsedd att närmare belysas i ett explanatory memorandum att publiceras i Official Journal. Detta föreligger dock ej när detta skrivs. Enligt uppgift skulle detta memorandum explicit peka på kommissionens möjlighet att tillämpa art 85 och 86 på förvärv som ligger under förordningens tröskelvärden. Det skulle dock uttalas att kommissionen inte har för avsikt att ingripa mot förvärv när totalomsättningen "worldwide" understiger 2 miljarder ECU och omsättningen inom EG enligt ovan (5.2.1.1) angiven beräkningsgrund 100 miljoner ECU.

Det bör också påpekas att en förordning som den nu utfärdade inte kan ändra artiklar i Romfördraget och att art 85 och 86 utgör omedelbart gällande rätt i medlemsstaterna vilken kan direkt åberopas av företag och enskilda inför nationella myndigheter och domstolar. Denna sida av tillämpningen av art 85 och 86 är i princip oförändrad.

5.5 Förhållandet till nationell förvärvskontroll i EG

I likhet med frågan rörande avgränsningen av förordningens tillämpningsområde i förhållande till art 85 och 86 har avgränsningen mellan förordningens normsystem och de förekommande nationella kontrollsystemen föranlett stora svårigheter. I själva verket torde avgränsningen mellan den nationella kompetensen och "Community exclusivity" ha varit den mest omdiskuterade frågan i arbetet med förordningen. Avgränsningen är ur politisk synvinkel mycket känslig. Även från juridisk synpunkt föranleder avgränsningsproblematiken meningsskiljaktigheter. Själva frågeställningen i sig är dock inte på något sätt ny. Förhållandet mellan de nationella normsystemen och EG:s konkurrensrätt är en fråga som varit aktuell ända sedan arbetet med den Gemensamma Marknaden inleddes. Utgångspunkten är principen om EG-rättens företräde. Den konkreta tillämpningen av denna princip föranleder dock vissa svårigheter.

5.5.1 Bakgrund

Beträffande förhållandet mellan EG:s konkurrensregler och nationella normsystem har två olika teorier utvecklats. Enligt den s k "exklusivitetsteorin" skall alla frågor som berör EG:s konkurrensrättsliga normsystem exklusivt behandlas inom ramen för EG-rätten. Detta gäller oavsett om en tillämpning av nationella regler skulle strida mot EG-rätten eller ej. Vidare innebär teorin om EG-rättens exklusivitet att om ett visst förfarande är tillåtet enligt EG:s konkurrensrätt skall det också vara tillåtet enligt nationella regler. Tillämpningen av nationella regler skall således inte kunna leda till förbud mot förfaranden som enligt EG-rätten är tillåtna.

Den andra teorin, Zweischrankentheorie, utgår från förutsättningen att EG-rätten resp nationella normsystem uppbärs av olika målsättningar. EG:s konkurrensrätt har till syfte att säkerställa en effektiv konkurrens på den Gemensamma Marknaden medan den nationella konkurrensrätten syftar till att säkerställa en effektiv konkurrens på den nationella marknaden. Bägge syftena är legitima och med anledning därav skall tillåtligheten av vissa konkurrensbegränsande förfaranden bedömas enligt bägge normsystemen. Det ifrågasatta förfarandet är endast tillåtet under förutsättning att det inte strider vare sig mot EG:s eller nationell konkurrensrätt.

Frågan vilken metod som skall användas belystes i det s k Walt Wilhelm-målet (14/68 Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt 1969 E.C.R. 1). Domstolen utgick i domen från teorin om dubbla skrankor men anknöt även till principen om EG-rättens företräde och angav flera reservationer mot parallella förfaranden. Huvudregeln är att nationella beslut baserade på nationell lag inte får strida mot EG-rätten. Det finns dock inget generellt hinder mot att nationella myndigheter inleder parallella undersökningar avseende samma förfarande som granskas av EG:s organ såvida "the application of national law may not prejudice the full and uniform application of Community law or

the effects of measures taken or to be taken to implement it”.

Sammanfattningsvis kan på basen av Walt Wilhelm-avgörandet konstateras att bägge normsystemen kan tillämpas parallellt men kommer systemen i konflikt med varandra har EG-rätten företräde. Konkret innebär detta att om art 85 resp 86 inte är tillämpliga på ett visst förfarande kan nationella bestämmelser tillämpas fullt ut. Är art 85 resp 86 tillämpliga kan visserligen nationell granskning ske parallellt men anses det ifrågasatta förfarandet strida mot EG:s konkurrensregler kan det inte tillåtas enligt nationella regler. Denna slutsats har konfirmerats i ett färskt avgörande från EG-domstolen (Albako Margarinefabrik GmbH v. Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung 249/85, 21 maj 1987). Beslut som fattats i enlighet med EG:s konkurrensregler måste genomföras även när de strider mot uttalade nationella konkurrensregler. Om Kommissionen däremot anser att ett visst förfarande inte strider mot art 85 eller 86 kan nationella myndigheter i enlighet med nationell konkurrensrätt förbjuda förfarandet (Tenth Report on Competition Policy, point 110). Praxis uppvisar också en mängd fall där så skett. Om art 85 är tillämplig men undantag enligt art 85 (3) beviljas leder detta undantag enligt huvudregeln till att man i tillämpningen av nationella regelsystem inte kan förbjuda samma förfarande (Fourth Report of Competition Policy, point 45).

Sammantaget kan det konstateras att det råder en bred enighet om den grundläggande principen om EG-rättens företräde och förhållandet att nationella regler inte skall tillämpas i strid med EG-rätten. Denna huvudprincip är dock svår att genomföra fullt ut på politiskt kontroversiella områden, t ex avseende kontroll av företagsförvärv.

5.5.2 Förordningens kompetensregler

Tidigare förordningsförslag andades en försiktig attityd i denna politiskt sett känsliga fråga. Inga uttryckliga regler om kompetensfördelningen stadgades utan Kommissionen tycks ha utgått från principerna i Walt Wilhelm-målet. Detta förhållande föranledde dock kritik med anledning av att det inte var klarlagt hur dessa principer skulle tillämpas på företagskoncentrationer.

I den antagna förordningen har uttryckliga regler införts dels avseende möjligheter att hänvisa behandlingen av anmälda företagskoncentrationer till behandling av medlemsstats kontrollmyndighet, dels avseende möjligheterna att tillämpa nationella kontrollregler på företagskoncentrationer. Vidare har införts en möjlighet för medlemsstater att vända sig till Kommissionen med begäran om att förordningens regler skall tillämpas avseende koncentrationer som uppfyller definitionen i art 3 men inte tröskelvärdena i art 1 och som skapar eller förstärker en dominerande ställning som hämmar konkurrensen på en medlemsstats område och även påverkar samhandeln mellan medlemsstaterna. Sammantaget är förordningens kompetensregler tämligen komplicerade. I det följande skall dock ett försök göras att överskådligt ge en bild av förordningens förhållande till nationell rätt.

Den centrala utgångspunkten är att EG-kommissionen har exklusiv kompetens att tillämpa förordningen och tillämpning av nationell konkurrenslagstiftning på företagskoncentrationer av EG-dimension är utesluten (art 21 p 1 och 2). Reglerna innebär ett explicit förbud för de nationella konkurrensvårdande myndigheterna att med stöd av nationella regelsystem inleda granskningsförfaranden och förbjuda företagsförvärv som med hänsyn till sin storlek och internationella karaktär faller in under förordningens begreppsdefinitioner. Situationer av den typ som uppkom i Philip Morris-fallet där företagsförvärvet granskades både i enlighet med art 85 och 86 i RomF och den tyska konkurrensrätten (GWB) elimineras. Denna huvudprincip i kompetensfördelningen mellan EG och medlemsstaterna är ytterst betydelsefull för möjligheterna att förutse tillåtligheten av koncentrativa förfaranden. Samtidigt innebär den en politiskt sett mycket kontroversiell avgränsning av den nationella rättens räckvidd.

Med hänsyn till det sistnämnda förhållandet knyter sig till huvudregeln två betydelsefulla undantag. *För det första* kan medlemsstaterna oaktat det principiella förbudet vidta lämpliga åtgärder ("appropriate measures") i syfte att beskydda andra legitima intressen än de som förordningen anför (art 21 p 3). Som exempel på sådana legitima intressen nämns landets säkerhet och mångfalden i massmedia. Avsikten torde inte vara att undantaget skall bana väg för en tillämpning av nationell rätt på grundval av hänvisning till politiska ställningstaganden såsom arbetsmarknads- eller nationell regionalpolitik.

För det andra kan medlemsstaterna på basen av den nationella konkurrensrätten angripa företagskoncentrationer som formellt faller in under förordningens exklusiva tillämpningssystem men där Kommissionen inte inlett någon granskningsprocedur eller inom ramen för de uppställda fristerna vidtagit några åtgärder mot företagskoncentrationen. De närmare bestämmelserna som är ganska komplicerade har infogats i art 9. Principerna för handläggningen är följande. Inom tre veckor från det att den nationella kontrollmyndigheten mottagit en kopia av anmälan rörande företagskoncentrationen kan den nationella myndigheten underrätta Kommissionen om att koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning som leder till att den effektiva konkurrensen väsentligt hämmas på en marknad inom landet vilken besitter alla kännetecken för en "specifik marknad", oavsett om marknaden representerar en väsentlig del av den Gemensamma Marknaden eller ej.

För att en sådan anmälan skall bli aktuell fordras således att företagskoncentrationen äger rum på en för landet "specifik marknad". Vid tolkningen av detta begrepp har den aktuella varu- eller tjänstemarknaden och den sk geografiska referensmarknaden avgörande betydelse. Med geografisk referensmarknad förstås ett område inom vilket företagen deltar i utbud och efterfrågan av varor och tjänster och där konkurrensvillkoren är tillräckligt ensartade samt kan skiljas från närliggande områden på grundval av förhållandet att konkurrensvillkoren är märkbart annorlunda än de som gäller

på dessa områden (art 9 p 7). Vidare anges att vid denna bedömning skall bl a tas hänsyn till varornas eller tjänsternas beskaffenhet och karakteristika, ev hinder för tillgången, konsumenternas smak och väsentliga skillnader i företagens marknadsandelar eller väsentliga prisskillnader.

Kommissionen kan efter att ha mottagit en sådan underrättelse välja att antingen själv behandla saken i syfte att bevara eller återupprätta den effektiva konkurrensen på marknaden eller hänvisa saken till den nationella myndigheten som i det läget är oförhindrad att ingripa på basen av den nationella konkurrenslagstiftningen. Finner Kommissionen däremot att den aktuella marknaden inte kan anses specifik för landet i fråga lämnas ansökan utan vidare åtgärd.

I art 9 p 5 fastslås att om Kommissionen trots underrättelse från den nationella kontrollmyndigheten inte inom sex veckor från anmälan om koncentrationen inlett en granskningsprocedur eller inom tre månader fattat beslut i frågan om saken skall hänvisas till nationell behandling eller ej *skall saken anses vara hänvisad till den nationella kontrollmyndigheten för behandling i enlighet med nationell rätt*.

Konsekvensen av denna regel är således att företagskoncentrationer som Kommissionen i sin granskning släpper igenom kan angripas i enlighet med nationell konkurrenslagstiftning under förutsättning att den nationella kontrollmyndigheten underrättat Kommissionen enligt art 9 p 2 och att koncentrationen äger rum på en för landet specifik marknad. I praktiken innebär regleringen en icke oväsentlig inbrytning av nationell konkurrensrätt på det område som primärt regleras exklusivt av förordningen.

Den rådande regleringen är i stort ett uttryck för den s k Zweischrankentheorie som behandlades tidigare i detta avsnitt. Nationell konkurrensrätt kan således komma att tillämpas på företagskoncentrationer som faller utanför resp innanför förordningens tillämpningsområde. Sammantaget ges nationella kontroll- och ingripandemyndigheter möjlighet att förbjuda företagsförvärv som släppts igenom av EG-kommissionen. Företagsförvärv som förbjudits av EG kan dock inte tillåtas på basen av nationell rätt. I sammanhanget bör nämnas att denna ordning infördes sent under behandlingen av förordningsförslaget i ministerrådet, närmast för att tillgodose starka tyska önskemål. Det är tydligt att den nu gällande ordningen bär tydliga spår av kompromisslösning. Tidigare förslag utgick helt från principen om EG-rättens företräde. Det är därför svårt att i dagsläget närmare ange räckvidden av de möjligheter som förordningen ger att med stöd av nationell rätt ingripa mot företagsförvärv.

Avslutningsvis skall även nämnas att medlemsstaterna enligt art 22 p 3 kan anmoda Kommissionen att ingripa mot företagskoncentrationer som i och för sig inte är av EG-dimension men som skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligt hämmar den effektiva konkurrensen på en medlemsstats område. Kommissionen har härvid befogenhet att agera enligt förordningens regler på medlemsstatens vägnar under förutsättning att koncentrationen även påverkar samhandeln mellan medlemsländerna.

Kommissionen har dock endast befogenhet att vidta de åtgärder som är strängt nödvändiga för att säkra den effektiva konkurrensen på marknaden i den medlemsstat på vars vägnar man har ingripit.

5.5.3 Relationer till tredje land

Även företagskoncentrationer på EG-marknaden som initieras och genomförs av icke EG-företag eller situationer där EG-företag genomför företagskoncentrationer i tredje land omfattas i princip av förordningen. I sådana lägen kan diskrimineringsfrågor bli aktuella. Som bakgrund skall nämnas att Sveriges gällande frihandelsavtal med EG saknar ett allmänt förbud mot diskriminering. En fråga som väckts under arbetet med förordningen är därför om företag som har sitt säte i tredje land, t ex Sverige, skall behandlas likadant som rena EG-företag när det gäller tillämpningen av förordningen, eller om det i tillämpningen skall beaktas huruvida EG-företag eventuellt diskrimineras i tillämpningen av den svenska förvärvskontrollagstiftningen.

I förordningen tas indirekt avstånd från en ordning av innebörd att diskrimineringsfrågor prövas i varje enskilt fall. I art 24 anges däremot att medlemsstaterna fortlöpande skall underrätta Kommissionen om ev diskriminerande behandling som EG-företag utsätts för i utanförstående länder. Vidare stadgas att om Kommissionen på basen av utarbetade årliga rapporter eller på grundval av andra upplysningar konstaterar att ett land utanför EG inte ger EG-företag en behandling som svarar mot den behandling som EG ger företag från detta land, kan Kommissionen föreslå ministerrådet att *förhandlingar* med landet i fråga upptas.

5.6 Förordningens ställning i förhållande till det börs- och associationsrättsliga harmoniseringsarbetet

Inom EG har sedan länge pågått ett omfattande arbete med att samordna medlemsstaternas associationsrättsliga lagstiftning. Detta arbete skall i korthet beröras pga att det bolagsrättsliga regelsystemet anknyter till de företaget som i denna rapport behandlas främst ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Särskilt skall behandlas föreslagna regelsystem som har till syfte att underlätta internationella företagsbildningar samt de antagna resp föreslagna regelverken som syftar till att göra det lättare att driva verksamhet i flera EG-stater under ändamålsenliga och enhetliga bolagsformer.

5.6.1 Harmonisering av bolagsrätten samt s k Europabolag

I arbetet med att samordna medlemsstaternas associationsrättsliga lagstiftning har EG-kommissionen följt två vägar. *Den ena vägen* utgörs av ut-

färdande av harmoniseringsdirektiv (de s k *bolagsdirektiven*) avseende väsentliga delar av medlemsstaternas aktiebolagslagstiftning. Kommissionen har lagt fram förslag till ca 13 sådana, av vilka sju hittills utfärdats. Bolagsdirektiven innehåller bl a regler om publicering av registreringshandlingar, krav på bolagens kapitalstruktur, årsredovisningars utformning, bestämmelser om revisioner m m. Ännu ej antagna direktivförslag rör bl a internationella företagssammanslagningar, aktiebolags ledning, kontrollorgan och koncernredovisning, informationsregler vid s k take overs m m.

I detta sammanhang är det framför allt de föreslagna bolagsdirektiven som rör företagssammanslagningar och take overs som är av intresse. När det gäller företagssammanslagningar (mergers) antogs redan 1978 ett direktiv rörande fusioner mellan företag med säte inom samma medlemsstat (det s k tredje bolagsdirektivet). Reglerna syftar främst till att säkerställa erforderlig information till aktieägarna samt redovisnings- och rapportfrågor. När det gäller företagssammanslagningar som berör företag med säte i olika medlemsstater lade Kommissionen fram ett förslag till direktiv 1985 (det s k 10:e bolagsdirektivförslaget). Syftet med direktivförslaget var att underlätta och förenkla bolagsbildningen för företag i olika medlemsstater som hade för avsikt att gå samman. Förslaget har ännu ej nått framgång vare sig i EG-parlamentet eller Ministerrådet.

När det gäller take overs har Kommissionen lagt fram ett förslag (februari 1989) med syftet att skydda aktieägarna genom regler om informations-skyldighet samt stadganden som säkerställer lika behandling (det s k 13:e bolagsdirektivförslaget). Förslaget behandlas för närvarande i Rådet. Nedan behandlas det huvudsakliga innehållet i det 10:e resp 13:e bolagsdirektivförslaget särskilt avseende de regler som är av intresse från konkurrensrättslig synpunkt.

Den andra vägen ger uttryck för längre gående strävanden än enbart en harmonisering av existerande bolagsrättsliga regler. Arbetet syftar till att göra det möjligt att driva verksamhet i två eller flera medlemsstater inom ramen för ett och samma aktiebolag. I dagens läge måste verksamheten normalt bedrivas genom dotterbolag i varje land och då följa den gällande inhemska lagstiftningen. Kommissionen har härvid lagt fram (1970, reviderat 1975) ett omfattande förslag om tillskapande av en särskild associationsform på EG-planen för större aktiebolag, s k *europabolag*. Den bärande tanken i förslaget är att europabolagen helt skall följa gemenskapsrättsliga regler och bestå vid sidan av nationell aktiebolagslagstiftning. Bolagsformen skulle därmed kunna fungera som en neutral form för samarbete, sammanslagning och koncernbildning över gränserna. Förslaget har dock inte antagits pga grundläggande politiska meningsskiljaktigheter särskilt avseende frågan om arbetstagarrepresentation i europabolagens ledning, där tyskt och engelskt synsätt står mot varandra.

Kommissionen har nyligen återupptagit arbetet med europabolagen inom ramen för fullbordandet av den inre marknaden. I ett memorandum av juli 1988 redogörs för de skäl som enligt Kommissionens mening nödvändiggör

tillskapandet av en särskild europeisk bolagsform samt ansatser till lösningar av de problem som tidigare omöjliggjort förverkligande av förslaget. Vidare diskuteras tämligen ingående inom ramen för en idéskiss "the general nature" av den tänkta bolagsformen. Särskilt betydelsefulla problemställningar anges vara samordningen med den nationella bolagsrätten, arbetstagarrepresentation, information till och inflytande för arbetstagsarsidan samt skatter. Bolagsformen är tänkt att utgöra ett attraktivt frivilligt alternativ för företag som på ett ändamålsenligt sätt vill driva verksamhet i flera medlemsstater. Bolagsformen är samtidigt avsedd att ge utrymme för ett, i jämförelse med förhållandena inom flera medlemsstaters bolagsrätt, utökat arbetstagarinflytande. 1988 års memorandum andas härvid en hoppfull syn på möjligheterna att överbrygga de politiska meningsskiljaktigheter avseende graden av arbetstagarinflytande och representation i de verkställande organen som tidigare omöjliggjort ett antagande av förslaget.

Förslaget om europabolag bygger på de tankegångar om förenhetligande och integration som präglar arbetet med fullbordandet av den Gemensamma Marknaden. Särskilt har framhållits behovet av att underlätta nödvändiga omstruktureringar i den europeiska industrin i syfte att klara konkurrensen främst från USA och Japan. Vidare har nämnts nödvändigheten av ökat samarbete mellan företag i olika länder i syfte att uppnå erforderliga kapital- och know how-resurser samt viljan att tillskapa ändamålsenliga och attraktiva associationsrättsliga former för det ökade samarbetet. I 1988 års memorandum pekas särskilt på några tidigare företagssammanslagningar (Hoesch/Hoogovens, Agfa/Gevaert, Pirelli/Dunlop, Fokker/VFW) som bröts upp delvis pga att det saknades ändamålsenliga former för samarbetet över gränserna.

Vid en första anblick verkar dessa målsättningar stå i skarp motsättning till de tidigare i rapporten behandlade grundläggande konkurrensrättsliga utgångspunkterna. Härvid måste dock (som på flera andra ställen i detta avsnitt) distinktionen mellan bolagsrättsliga och konkurrensrättsliga regelsystem poängteras. Förekomsten av olika bolagsformer har till övergripande syfte att göra det möjligt att bilda och driva företag på ett ändamålsenligt sätt medan konkurrensrättens syfte är att garantera en effektiv konkurrens på marknaden. De bolagsrättsliga reglerna avser sålunda att underlätta alla slags bolagsbildningar oavsett vilka effekter den nya enskilda bolagsstrukturen får på marknaden, medan de konkurrensrättsliga normsystemen enbart avser att förhindra vissa koncentrativa förfaranden som från allmän effektivitetssynpunkt kan anses skadliga. Här kan återknytas till den allmänt accepterade ståndpunkten att från konkurrensrättslig synpunkt kan koncentrationer generellt sett varken sägas vara nyttiga eller onyttiga utan varje företagssammanslagning eller bolagsbildning måste bedömas utifrån omständigheterna och effekterna i det enskilda fallet. Ur ett samhälleligt perspektiv råder det således ingen principiell motsättning mellan de bägge normsystemen utan det är riktigare att säga att normsystemen på en integrerad marknad kompletterar varandra. Samverkan mellan det bolagsrätts-

liga och det konkurrensrättsliga normsystemet utmynnar i den från samhällelig synpunkt eftersträfvade effekten att samarbete mellan företag som skapar ökad konkurrensförmåga på världsmarknaden kan bedrivas i lämpliga former samtidigt som koncentrationer som från allmän synpunkt är effektivitetshämmande kan angripas och förbjudas.

Slutligen skall i sammanhanget nämnas att Rådet 1985 (med ikraftträdande 1 juli 1989) antog ett direktiv rörande s k Europeiska intressegrupper eller firmagrupper (European Interest Grouping, EEIG). Firmagrupperna är avsedda att utgöra en form för internationellt samarbete mellan mindre och medelstora företag avseende särskilda projekt. Intressegrupperna är således i första hand ett försök att skapa en fast juridisk ram för s k joint ventures. Direktivet innehåller regler om bl a firmagruppens rättssubjektivitet, förhållandet till tredje man, interna förhållanden (omröstningar, successioner, utträden m m), upplösning och likvidation samt formella regler (registreringsskyldighet, innehåll i samarbetsavtal m m). Direktivet rörande europeiska firmagrupper behandlas i Gunnar Mattsson, Europeiska ekonomiska firmagrupper, Skrifter utgivna av Institutet för immaterial- och marknadsrätt vid Stockholms Universitet nr 52, 1989.

5.6.2 Det trettonde bolagsdirektivförslaget rörande take overs

Bakgrunden till det föreslagna bolagsdirektivet avseende take overs är en passus i Kommissionens vitbok av 1985 där vikten av enhetliga regler inom den Gemensamma Marknaden rörande förfarandet vid och innehållet i aktieemissionsprospekt betonas. Det grundläggande syftet med förslaget är att garantera samtliga aktieägare och intressegrupper i alla EG-stater en enhetlig lägsta skyddsnivå. Förslaget har utarbetats med utgångspunkt från de olikheter som kännetecknar å ena sidan fusioner, sammanslagningar och å andra sidan take overs (shares mergers). De speciella drag som kännetecknar ett take over-förfarande (samtidigt anbud till samtliga eller en majoritet av aktieägarna och förhållandet att det förvärvade företaget även efter övertagandet kvarstår som en enhetlig bolagsenhet och således inte upplöses eller uppgår i det förvärvande företaget) har härvid ansetts föranleda regler som dels garanterar riktig och fullständig information till aktieägarna, dels regler som säkerställer att samtliga aktieägare oavsett hemland skall behandlas lika. Det trettonde bolagsdirektivförslaget syftar således inte till att förenkla eller underlätta ett take over-förfarande från associationsrättslig synpunkt utan direktivförslagets regelsystem utgör endast en konkretisering av de icke-diskrimineringssträvanden som genomsyrar hela det EG-rättsliga samarbetet. Något behov att från associationsrättslig synpunkt förenkla förfarandet torde, till skillnad från vad som är fallet vid internationella fusioner eller företagssammanslagningar, inte finnas eftersom take overs sedan länge har kunnat genomföras utan större svårigheter inom den Gemensamma Marknaden. Direktivförslaget skall också ses mot bak-

grund av förhållandet att antalet take overs markant har ökat under de senaste åren. Dess ökande betydelse står också i relation till liberaliseringen och avregleringen av de europeiska valuta- och kapitalmarknaderna.

Det generella diskrimineringsförbudet konkretiseras i förslaget genom regeln att den som framställer ett anbud till det förvärvade företags aktieägare som innebär att det sammanlagda aktieinnehavet representerar mer än 33 1/3 % av det totala röstetalet, förpliktas att ge ett anbud på återstående aktieposter. I beräkningen av det uppnådda röstetalet sammanläggs med förvärvarens aktiepost bl a innehav av närstående personer och kontrollerade bolag. Denna skyldighet att lägga ett bud på samtliga aktier föreligger oavsett om det förvärvade företaget är börsnoterat eller ej.

Anbudsskyldigheten gäller dock inte om det förvärvade företaget inom ramen för vissa gränsvärden kan klassificeras som litet eller medelstort företag och inte är börsnoterat. Vidare kan undantag medges såvida lika behandling av aktieägarna säkerställs på annat sätt.

Förvärvaren förpliktas även att uppfylla vissa *informationsregler* av innebörd att anbudet måste formuleras i ett skriftligt dokument innehållande bl a samtliga avtalsvillkor, en specifikation av vilka omständigheter som kan föranleda att anbudet dras tillbaka samt angivelse av inom vilken tidsrymd aktieägarna måste acceptera eller förkasta anbudet. Anbudsdokumentet skall delges samtliga berörda aktieägare. Till anbudsdokumentet skall även fogas en rapport avseende inställningen hos det förvärvade företags företagsledning till det framställda anbudet. Aktieägarna skall således genom det förvärvande företags försorg få information om anbudet skall betraktas som "fientligt" eller ej.

Vidare uppställer direktivförslaget ett krav på att normsystemets efterlevnad skall följas upp och kontrolleras av ett officiellt organ eller myndighet (supervisory authority). Utformningen av dess organisation och konkreta befogenheter lämnas till medlemsstaterna att fatta beslut om. Det står dock klart att Kommissionen förutsätter att organet antingen ges befogenhet att förbjuda anbudsförfaranden som inte uppfyller direktivets normer eller ges möjlighet att förelägga förvärvaren att i olika hänseenden komplettera ofullständiga anbudshandlingar. Effektiviteten i kontrollen säkerställs genom regler om obligatorisk anmälningsskyldighet avseende planerade take over-förfaranden som faller inom direktivets tillämpningsområde.

Direktivförslagets skyddsregler är avsedda att utgöra en miniminivå. Medlemsstaterna har således även efter ett eventuellt antagande och ikraftträdande av direktivförslaget rätt att behålla respektive införa strängare skyddsregler.

Det kan nämnas att behandlingen av direktivförslaget har fördröjts på grund av oenighet mellan medlemsstaterna rörande vissa viktiga punkter, bl a om tröskelvärdet för erbjudandepliktens inträde, målbolagets möjligheter att vidta motåtgärder och informationen till anställda i målbolaget. Det största motståndet mot förslaget kommer från Västtyskland och England.

När det gäller frågan om förhållandet mellan det föreslagna trettonde bo-

lagsdirektivet och förordningen om kontroll av företagskoncentrationer kan det konstateras att normsystemen inte står i någon som helst formell eller reell relation till varandra. Normsystemen är, precis som motsvarande regelsystem på nationell nivå, utformade fristående från varandra och är avsedda att existera oberoende av varandra. Detta förhållande kan härledas till de olikartade syftena med regelsystemen. Det föreslagna trettonde bolagsdirektivet syftar till att skapa en enhetlig lägsta skyddsnivå för aktieägare som är målgrupp för ett take over-förfarande, medan syftet med förordningen om kontroll av företagskoncentrationer är att skapa ett kontrollsystem som gör det möjligt att från konkurrensrättsliga kriterier införskaffa information om och ingripa mot koncentrativa förfaranden (bl a i form av take overs) som inte är förenliga med den effektiva konkurrensen på den Gemensamma Marknaden. Förhållandet mellan de bägge normsystemen på EG-nivå skiljer sig därför inte från vad som gäller på nationell nivå. Ett införande av de bägge normsystemen på EG-nivå ligger således helt i linje med de gemenskapsrättsliga integrationssträvandena att i alla betydelsefulla avseenden likställa EG-marknaden med de nationella marknaderna.

Mot bakgrund av det anförda kan det därmed slås fast att konkurrensrättsliga ingripanden mot effektivitetshämmande företagsförvärv verkar helt oberoende av de associationsrättsliga normsystemen. Ett företagsförvärv kan således förbjudas enligt de konkurrensrättsliga kontrollreglerna helt obehindrat av att informations- resp nondiskrimineringskraven uppfyllts. För de inblandade företagen, särskilt det förvärvande, gäller dock att bägge regelsystemen måste beaktas. Bristande uppfyllelse av stadgandena i det föreslagna trettonde bolagsdirektivet resp förvärvets oförenlighet med den effektiva konkurrensen på den Gemensamma Marknaden kan således leda till att det planerade förvärvet förbjuds eller uppskjuts. Den konkreta bedömningen enligt de bägge normsystemen är dock helt olikartad både i formalia och principer och skall därför inte blandas samman. De EG-rättsliga regelsystemen skall i detta avseende ses som en motsvarighet till de förekommande dubbla (associations- resp konkurrensrättsliga) normsystemen på nationell nivå.

5.6.3 Det tionde bolagsdirektivförslaget rörande internationella företagssammanslagningar (cross-frontiers mergers)

Det föreslagna tionde bolagsdirektivet avseende internationella företagsförvärv bygger på föresatsen att så långt det är möjligt skapa enhetliga regler för företag med säte i olika medlemsstater som har för avsikt att gå samman. Bakom detta förslag ligger i stort samma slags överväganden som tidigare redogjorts för avseende förslaget rörande europabolag. Genom förenhetligande och förenkling av samgåendeprocéduren uppmuntras ett ökat samarbete över gränserna och förutsättningar för stora konkurrenskraftiga företagsenheter skapas. Det kan tilläggas att det i dagens läge är avsevärt lättare

att genomföra ett take over-förfarande över gränserna än traditionella sammanslagningar. Företagssammanslagningar förutsätter ofta ett enhälligt beslut av aktieägarna i det förvärvade företaget vilket har lett till att företag som avser att sammanföra sina verksamheter måste gå vägen via gemensamt ägda holdingbolag och bildande av företagsgrupper.

Direktivförslaget avseende internationella företagssammanslagningar reglerar samma områden och bygger helt på det gällande tredje bolagsdirektivet rörande nationella företagssammanslagningar som antogs 1978. Tillämpningsområdet omfattar både "mergers by acquisition", dvs företagsförvärv där aktieägarna i det förvärvade företaget erbjuder aktier i det förvärvande företaget, och "mergers by the formation of a new company", dvs företagssammanslagningar där aktieägarna i de involverade företagen erbjuder aktier i den nybildade företagsenheten. En förutsättning för direktivförslagets tillämplighet är att de involverade företagen har säte i olika medlemsstater och sålunda följer olika nationella bolagsrättsliga normsystem. Förslaget är avsett att i vissa hänseenden komplettera nationell lagstiftning rörande företagssammanslagningar. Enbart i vissa särskilda fall har direktivförslagets normsystem gjorts exklusivt. I övrigt gäller nationella bestämmelser fullt ut. Konsekvensen blir att de involverade företagen är skyldiga att iaktta dels nationella bolagsrättsliga regler, dels direktivförslagets kompletterande regler. I det förstnämnda fallet följer företagen individuellt sin nationella rättsordning.

Förslaget innehåller tämligen detaljerade regler om

- utarbetandet av villkoren för sammanslagningen
- antagandet av resp bolagsstämma eller motsvarande (röstnings- och majoritetsregler etc) av den planerade sammanslagningen
- utarbetande och offentliggörande av en rapport till aktieägarna av resp företags företagsledning
- sammanställande och offentliggörande av en rapport utarbetad av oavhängiga experter
- medlemsstaternas kontroll och övervakning av företagssammanslagningar.

Förslaget lägger stor vikt vid att aktieägarna erhåller korrekt och fullständig information om konsekvenserna av sammanslagningen innan beslut fattas. Enligt huvudregeln skall beslutet om samgående kräva 2/3 majoritet av aktieägarna inom resp bolag. Medlemsstaterna får dock i vissa undantagsfall föreskriva att enkel majoritet är tillräcklig.

Förslaget innehåller vidare skyddsregler för fordringsägare och andra intressenter vilka innehar fordringar eller rättigheter gentemot företagen. Även här läggs stor vikt vid information och huvudprincipen är att säkerställa att värdet av fordringarna resp rättigheterna inte försämras i och med sammanslagningen. Förslaget stipulerar också en skyldighet för medlemsstaterna att införa regler (om sådana ej redan införts) som gör det möjligt att ställa resp företagsledning och anlitade experter till ansvar för felaktiga

eller vilseledande uppgifter och information. Härvid avses främst möjligheten för aktieägare och andra skadelidande att rikta civilrättslig skadeståndstalan mot de ansvariga.

I syfte att i största möjliga utsträckning göra det möjligt för de involverade företagen att på förhand bedöma möjligheterna att genomföra ett samgående anger direktivförslaget vilken procedur som måste följas i situationer då en talan om ogiltigförklaring av sammanslagningen väcks. Enligt huvudregeln får ett beslut om ogiltighet endast fattas av domstol och ogiltighetsproceduren får inte inledas senare än 6 månader efter sammanslagningens ikraftträdande.

När det gäller förhållandet mellan det föreslagna tionde bolagsdirektivet och förordningen om kontroll av företagskoncentrationer kan hänvisas till den ovan behandlade distinktionen mellan bolagsrättsliga och konkurrensrättsliga normsystem. Från samhällelig synpunkt torde således de bägge normsystemen inte stå i något motsatsförhållande till varandra utan såsom är fallet inom de helt integrerade nationella marknaderna kompletterar de bägge regelsystemen varandra. Någon konkret samordning mellan regelsystemen är därmed inte nödvändig. Konkurrensrättens normsystem är helt fristående i förhållande till det bolagsrättsliga och några formella eller praktiska hinder att med stöd av konkurrensrättsliga regler avseende kontroll av företagsförvärv angripa och förbjuda effektivitetshämmande företagsförvärv kan från bolagsrättslig synpunkt inte skönjas.

6 Sammanfattning och konklusioner

6.1 Inledning – presentation

Den konkurrensrättsliga kontrollen av företagsförvärv har under senare tid uppmärksammats både på nationell och internationell nivå. Intresset inom EG har fokuserats kring möjligheterna att bygga upp ett för hela den Gemensamma Marknaden övernationellt kontrollsystem. Ett enhetligt normsystem under tillämpning av EG-kommissionen och kontroll av EG-domstolen har setts som en nödvändighet dels pga önskemålet att stävja de konkurrensbegränsande effekterna som kan följa i spåren av större företagskoncentrationer, dels pga att fullbordandet av den inre marknaden, vars yttersta målsättning är fri cirkulation för varor, tjänster, kapital och arbetskraft, förutsätter en enhetlig och oinskränkt förvärvskontroll. Det senare förhållandet accentueras av det faktum att de inom EG förekommande nationella kontrollsystemen präglas av genomgripande olikheter rörande tillämpningskriterier och bedömningsprinciper. Den nationella kontrollen har också ansetts ineffektiv pga bristande räckvidd och en alltför nationell inriktning.

EG:s förvärvskontroll har stor betydelse för svenska företag som agerar på EG-marknaden. Genom att EG-marknaden representerar stora exportmarknader för många svenska företag är det av vikt att företagen i sin verksamhet handlar i enlighet med de gällande konkurrensreglerna vid äventyr av att kännbara sanktioner annars kan drabba dem.

I rapporten behandlas den konkurrensrättsliga kontrollen av företagsförvärv i EG med utgångspunkt från grundläggande ekonomiska sammanhang, komparativa studier samt EG-rättens ställning och avgränsningar. Huvudsyftet är att beskriva och analysera relationen mellan olika slags koncentrativa förfaranden i näringslivet och EG:s konkurrensrätt. Härvid behandlas såväl kontrollen på basen av de grundläggande konkurrensreglerna i Romfördraget (art 85 och 86) som den kontroll i form av den särskilda förordningen om kontroll av företagskoncentrationer som 21 dec 1989 antagits av ministerrådet.

Den ekonomiska bakgrunden innefattar en kortare redogörelse för de marknadsekonomiska utgångspunkterna, de ekonomiska effekterna av en ökad koncentrationsgrad samt konkurrensens betydelse för den Gemensamma Marknaden och de särskilda skäl som motiverar en enhetlig kontroll

av företagsförvärv i EG.

I rapporten redogörs vidare kortfattat för kontrollen av företagsförvärv i några större industriländer i syfte att ge underlag och jämförelsematerial för den fortsatta analysen av EG:s fusionskontroll. De i många avseenden olikartade systemen i USA, Storbritannien och Västtyskland granskas närmare. Även den konkurrensrättsliga förvärvskontrollen i Sverige och Norge behandlas.

Rapportens huvudavsnitt utgörs av en brett upplagd och förhållandevis detaljerad redogörelse för i vad mån och under vilka förutsättningar som EG:s konkurrensregler kan tillämpas på företagsförvärv som berör den Gemensamma Marknaden samt innebörden av den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer. Betydande vikt fästs vid att klargöra grundläggande begrepp såsom relevant marknad, dominerande ställning etc. Vidare behandlas utförligt möjligheterna att med stöd av EG:s konkurrensregler angripa företagsförvärv där de involverade företagen har säte utanför EG (t ex i Sverige) eller där företagsförvärvet äger rum utanför EG men har effekt på EG-marknaden (den s k exterritoriella tillämpningen av EG:s konkurrensrätt).

6.2 Allmänt om konkurrensregler och kontroll av företagsförvärv på den Gemensamma marknaden

Innan förordningen om kontroll av företagskoncentrationer hade antagits var en kontroll av företagsförvärv endast möjlig på basen av de grundläggande konkurrensreglerna i Romfördraget av 1957 (art 85 och 86 se *bil 5*). Kärnan i Romfördragets konkurrensregler är ett principiellt *förbud mot konkurrensbegränsande avtal* som påverkar handeln mellan medlemsstater (art 85). Otillåtna konkurrensbegränsande avtal är civilrättsligt ogiltiga. Från förbudet kan undantas vissa avtal som kan bedömas ha positiva effekter för den ekonomiska eller tekniska utvecklingen. Undantaget är särskilt avsett att tillämpas beträffande avtal mellan mindre- och medelstora företag. Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal kompletteras med ett *förbud mot missbruk av dominerande ställning* (art 86). Detta stadgande riktar sig mot konkurrensbegränsningar som ett företag tillämpar ensidigt till skillnad från art 85 som avser samordnade förfaranden mellan flera företag.

Dessa regler är inte utarbetade i syfte att utgöra kontrollregler för företagsförvärv på EG-planet. Romfördraget saknar helt regler som är särskilt inriktade på en konkurrensrättslig förvärvskontroll. I detta avseende skiljer sig Romfördraget från sin föregångare, CECA-fördraget, som innehåller regler om förhandskontroll av större företagssammanslagningar. Art 85 och 86 har dock i viss utsträckning använts av EG-kommissionen som instrument för förvärvskontroll. Tillämpningssvårigheterna har dock varit uppenbara.

Det är mot denna bakgrund som det intensiva arbetet med en särskild förordning avseende kontroll av företagskoncentrationer skall ses. Denna hade förberetts redan under förra hälften av 1970-talet. Förordningen av 1989 stadgar en särskild anmälnings- och handläggningsprocedur för företagsförvärv som enligt vissa storlekskriterier bedöms vara av "EG-dimension". Förordningen stadgar en obligatorisk anmälningsskyldighet för koncentrativa förfaranden som ligger inom förordningens tillämpningsområde. Inom ramen för vissa tidsfrister granskas förvärvet av Kommissionen. Om koncentrationen leder till att en dominerande ställning skapas eller förstärks, vilket medför att den effektiva konkurrensen på EG-marknaden väsentligt hämmas, kan enligt huvudregeln koncentrationen förbjudas. Särskilda regler gäller för relationen mellan EG:s förordning och de nationella kontrollreglerna. Medlemsstaterna ges härvid rätt att angripa företagsförvärv som Kommissionen inte funnit anledning att ingripa mot under förutsättning att koncentrationen äger rum på en marknad som är "specifik" för landet i fråga. Medlemsstaterna ges också rätt att tillämpa nationella regler i syfte att skydda andra legitima intressen än de som förordningen avser att skydda.

I det följande skall en kortfattad sammanfattning ges över de beskrivna konkurrensreglerna och dessas tillämpning på företagsförvärv och andra koncentrativa förfaranden. Särskild uppmärksamhet ägnas den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer.

6.3 Tillämpningen av förbudet mot missbruk av marknadsdominerande ställning

Den grundläggande utgångspunkten vid en tillämpning av art 86 är begreppet dominerande ställning. För att kunna avgöra om dominerande ställning föreligger måste den relevanta marknaden, dvs på vilken marknad den dominerande ställningen skall föreligga, avgränsas. Den juridiska avgränsningen av den relevanta marknaden är ofta snäv. Vidare måste innebörden av begreppet dominerande ställning klargöras. Här har företags marknadsandel en avgörande betydelse. Hittillsvarande praxis visar att höga marknadsandelar (60–80 %) i sig konstituerar en dominerande ställning, medan marknadsandelar om 20–40 % ofta ansetts leda till en dominerande ställning enbart under förutsättning att andra faktorer såsom stark finansiell ställning, svaga konkurrenter etc varit för handen.

Det har sedan länge stått klart att art 86 kan tillämpas på företagsförvärv som leder till att en dominerande ställning förstärks på den relevanta marknaden. Den principiella utgångspunkten att själva förvärvet kan utgöra ett missbruk av en dominerande ställning slogs fast 1973 i det s k *Continental Can-fallet*. Tillämpningen av art 86 på företagsförvärv är dock kantad av en mängd olika hinder och avgränsningar som sammantaget leder till att stadgandet i praktiken inte förmår tjäna som någon ändamålsenlig grundval för

en utbyggd kontroll av företagsförvärv. Detta förhållande avspeglar sig i det faktum att Continental Can-avgörandet i EG-domstolen är det enda i sitt slag som EG-kommissionen fört vidare till EG-domstolen. Art 86 har visserligen i ett fåtal fall åberopats som grund för informella kontakter mellan Kommissionen och företag som planerar någon form av sammanslagning eller förvärv. De involverade företagen har därvid visat stor beredvillighet att tillmötesgå Kommissionens krav. Mot bakgrund av redovisad informell kommissions praxis framgår dock att art 86 inte är något effektivt instrument för att kontrollera och ingripa mot koncentrativa förfaranden. Skälen härför har närmare behandlats i rapporten.

6.4 Tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal

Det grundläggande förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (art 85) ansågs länge, till skillnad från det allmänna förbudet mot konkurrensbegränsande förfaranden i amerikansk antitrusträtt (sec 1 Sherman Act), inte vara tillämpligt på strukturella förändringar i näringslivet av den typ som företagsförvärv representerar. Efter det s k *Philip Morris-avgörandet* i EG-domstolen 1987 står det dock klart att det inte finns något principiellt hinder mot att tillämpa art 85 på olika former av koncentrativa förfaranden. Art 85 torde härvid vara tillämplig både på fullständiga och partiella förvärv. Det senare har stor betydelse för förvärv av aktier i konkurrentföretag. Philip Morris-avgörandet leder till slutsatsen att förvärv av aktieposter som i sig eller tillsammans med andra omständigheter (t ex styrelsrepresentation eller överenskommelser om samarbete mellan företagen) leder till att det förvärvande företaget uppnår rättslig eller faktisk kontroll av en konkurrent kan strida mot art 85. Minoritetsposter torde inte i sig konstituera erforderlig kontroll men vid förvärv av större minoritetsposter ställs det sannolikt inte några högre krav på förekomsten av tillkommande omständigheter för att den totala effekten kan karakteriseras som ett konkurrenshämmande förfarande i strid med art 85.

Tillämpning av art 85 vid s k take overs är dock förknippat med formella och praktiska svårigheter. Bl a innefattas enligt ordalydelsen inte transaktioner mellan näringsidkare och privatpersoner i stadgandets tillämpningsområde. Vidare leder den obligatoriska ogiltighetssanktionen avseende de bakomliggande avtalen till stora praktiska problem. Slutligen är det vid s k fientliga take overs (dvs övertaganden som sker utan samtycke från det förvärvade företags företagsledning) svårt att påvisa att något "avtal eller samordnat förfarande" föregått konkurrensbegränsningen, något som krävs enligt ordalydelsen i art 85.

6.5 Exterritoriell tillämpning

I rapporten behandlas ingående frågan i vad mån EG-rätten kan tillämpas på koncentrativa förfaranden som äger rum utanför EG men som har effekt på EG-marknaden resp förfaranden som initieras av företag som inte har säte inom EG. Efter förebild av den amerikanska antitrusträtten har EG:s konkurrensrätt tillagts en vidsträckt exterritoriell tillämpning. Grundläggande för exterritoriell tillämpning är den s k effektp principen vilken i kortet innebär att konkurrensbegränsningar utanför landets eller handelsområdets gränser kan angripas såvida dessa har *effekt* av viss betydelse på inlandsmarknaden. Vissa uttalanden tyder på att EG-domstolen är beredd att tillämpa effektp principen i syfte att ge konkurrensreglerna önskad räckvidd. Det finns dock veterligen inget avgörande där effektp principen tillämpats fullt ut utan Domstolen har i fall av konkurrensbegränsningar som företagits utanför EG i första hand grundat sina avgöranden på andra anknytningsmoment. Någon helt klagörande praxis rörande effektp principens tillämpning har fortfarande inte utvecklats.

En orsak till att effektp principen inte helt slagit igenom i domstolspraxis torde vara att den önskade räckvidden av EG:s konkurrenslagstiftning uppnås på grundval av den s k *principen om ekonomisk enhet*. Enligt denna princip betraktas moder- och dotterbolag som en ekonomisk enhet vilket leder till att moderbolag utanför EG tillräknas dotterbolagens handlande inom EG (s k imputation). Omvänt kan dotterbolag inom EG hållas ansvariga för moderbolagens handlande. Detta innebär att t ex svenska moderbolag kan vara part i mål inför EG-domstolen avseende konkurrensbegränsningar som deras dotterföretag inom EG företagit på den Gemensamma Marknaden.

I rapporten behandlas närmare EG-rättens tillämpning avseende olika typer av företagsförvärv där ett eller flera av företagen har säte utanför EG (avsnitt 4.10).

6.6 Förordningen om kontroll av företagskoncentrationer

6.6.1 Inledning

EG-kommissionen har sedan många år betonat nödvändigheten av att i en särskild förordning specialreglera kontrollen av företagsförvärv. Det första förslaget till en rådsförordning, som lades fram redan 1973, följdes av flera olika förslag. Det intensiva arbetet från Kommissionens sida skall ses mot bakgrund av fullbordandet av den inre marknaden och de uppenbara brister som EG:s allmänna konkurrensregler i art 85 och 86 är behäftade med såsom instrument för förvärvskontroll.

I rapporten behandlas utförligt den i dec 1989 antagna förordningens tillämpningskriterier, avgränsningar och procedurregler. I stort innehåller för-

ordningens regelsystem tre centrala avdelningar. De tre delarna är avgränsningen av förordningens tillämpningsområde genom kravet på att koncentrationen skall vara av "EG-dimension", definitionen av koncentrationsbegreppet samt frågan vilka materiella bedömningskriterier som skall tillämpas. Till detta kommer regler om obligatorisk förhandsanmälan samt frågan om hur förordningen förhåller sig till existerande nationella kontrollsystem.

6.6.2 "EG-dimension"

Förordningens tillämpningsområde avgränsas till företagsförvärv av "EG-dimension". Detta rekvisit relaterar till storleken av den bildade företagsenheten och det grundläggande syftet är att från förordningens normsystem utesluta mindre koncentrativa förfaranden som endast har ringa eller ingen alls effekt på den Gemensamma Marknaden. För att ett företagsförvärv skall falla inom ramen för förordningens tillämpningsområde krävs enligt huvudregeln dels att något av de involverade företagen har påtaglig verksamhet i flera medlemsstater (*det s k geografiska kriteriet*), dels att den uppnådda totala omsättningen på världsbasis skall överstiga 5 miljarder ECU (= ca 35 miljarder kr) samt att den sammanlagda omsättningen inom EG för vart och ett av minst två involverade företag skall överstiga 250 miljoner ECU (= ca 1.75 miljarder kr) (*det s k omsättningskriteriet*).

När det gäller det geografiska kriteriet innehöll tidigare förordningsförslag en uttrycklig regel om att förordningen skulle kunna tillämpas även på företagskoncentrationer som företas utanför EG men som har effekt på EG-marknaden (den s k effektpincipen). I den antagna förordningen har definitionen av det geografiska rekvisitet inskränkts. Förordningen är enligt huvudregeln tillämplig på företag som har sin huvudsakliga verksamhet utanför EG om företagen har "väsentliga aktiviteter" inom EG. Med väsentliga aktiviteter förstås säkerligen t ex att företagen har dotterbolag eller andra knytningar till EG-marknaden (jfr ovan om den s k ekonomiska enhetens princip). Vidare anges att förordningen inte är tillämplig om vart och ett av företagen uppnår 2/3 av den erforderliga omsättningen på EG-marknaden i en och samma medlemsstat. Förordningen syftar således endast till att angripa konkurrensbegränsande effekter på samhandeln mellan medlemsstaterna.

6.6.3 Koncentrationsbegreppet

Förordningens tillämpningsområde avgränsas även av definitionen av begreppet "koncentration". Förordningen anges vara tillämplig på företagsammanslagningar och aktie- eller tillgångsförvärv som leder till att förvärvaren uppnår direkt eller indirekt kontroll av hela eller del av det förvärvade företaget. Det kan dock konstateras att förordningens begreppsförklaringar är behäftade med oklarheter som har sin grund i svå-

righeterna att ange vad som exakt förstås med en företagssammanslagning samt den föga klargörande definitionen av aktieförvärv som medför ett bestämmande inflytande i det förvärvade företaget. I sistnämnda hänseende kan nämnas att förordningens definition av bestämmande inflytande (direkt eller indirekt kontroll av hela eller del av företaget) inte överensstämmer med den definition som tidigare givits i rättspraxis (Philip Morris-fallet). Detta leder till att det i dagsläget får anses oklart om förordningen anknyter till själva aktieförvärvet i sig eller till den uppnådda kontrollfunktionen. Det är således oklart om definitionen i förordningen innebär en utvidgning eller inskränkning av möjligheterna att ingripa mot partiella aktieförvärv i förhållande till tidigare praxis. När det gäller take overs råder det dock ingen tveksamhet om att förordningens normsystem kan tillämpas fullt ut.

Avgränsningen av förordningens tillämpningsområde kompliceras ytterligare genom att det klart uttalas att förfaranden som har till syfte eller effekt att samordna kommersiella beteenden hos *självständiga företag* inte skall innefattas i koncentrationsbegreppet. Tanken är att dessa undantagna förfaranden i första hand skall prövas enligt art 85. I praktiken är dock denna avgränsning inte alltid klar och man kan fråga sig vilka kriterier som skall vara avgörande när det gäller att bedöma om ett förvärv av en minoritetspost i ett konkurrerande företag utgör en form för permanent strukturell förändring som faller under förordningens tillämpningsområde eller om förvärvet i stället skall uppfattas som ett förfarande att samordna det kommersiella beteendet mellan självständiga företag och därmed vara uteslutet från förordningens normsystem. Sannolikt måste frågan avgöras efter en tolkning av avtalets innebörd och reella betydelse.

6.6.4 Materiella bedömningsprinciper

De materiella bedömningsprinciperna utgör en kompromiss mellan de bedömningskriterier som gäller i de nationella normsystem som för närvarande tillämpas i medlemsstaterna (främst Västtyskland och Storbritannien). En företagskoncentration skall förklaras vara ej förenlig med den Gemensamma Marknaden om den *skapar eller förstärker en dominerande ställning som hämmar förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på den Gemensamma Marknaden eller väsentlig del därav*. Det är värt att notera den betydelsefulla skillnaden gentemot art 85 genom att förordningens norm uttryckligen anknyter till begreppet dominerande ställning. För att avgöra om marknadsställningen är dominerande måste den relevanta marknaden avgränsas.

Vid avgränsningen av *den relevanta marknaden* måste dels en avgränsning av produktmarknaden och en avgränsning av marknaden i geografiskt hänseende göras. Produktmarknaden avgränsas i huvudsak med hänsyn till varornas inbördes substituerbarhet. Vid den geografiska avgränsningen beaktas främst marknadens yttinnehåll men även det ifrågavarande områdets ekonomiska betydelse inverkar.

Innebörden av begreppet *dominerande ställning* har varit föremål för uttolkning i rättspraxis enligt art 86. Med dominerande ställning förstås allmänt att ett företag i kraft av sin marknadsställning i betydande utsträckning kan agera oberoende av sina konkurrenter. I denna bedömning spelar givetvis marknadsandelen en grundläggande roll. EG-domstolen ser dock inte bara till marknadsandelen utan gör en helhetsbedömning mot bakgrund av marknadsstrukturen och andra faktorer, t ex teknologiskt försprång, avsaknad av potentiell konkurrens m m.

Vid bedömningen av om den *effektiva konkurrensen väsentligt hämmas* (det s k konkurrenstestet) är det avgörande inte själva koncentrationsökningen utan den reella minskningen av konkurrensen. Härvid har dock den uppnådda marknadsandelen en avgörande betydelse. I förordningens inledande principer har en presumptionsregel infogats av innebörd att koncentrationen inte skall anses hämma den effektiva konkurrensen såvida marknadsandelen inte uppgår till mer än 25 % av den relevanta marknaden. Till konkurrenstestet har fogats ett väsentlighetskrav. I vilken utsträckning detta väsentlighetskrav kommer att begränsa förordningens räckvidd är oklart.

Förordningen stadgar vidare att i bedömningen av om konkurrensen hämmas skall förekomsten av internationell konkurrens särskilt beaktas. Härvid ges således en möjlighet att ge klartecken till företagsförvärv om detta bedöms vara väsentligt för EG-företags möjligheter att klara konkurrensen på världsmarknaden.

6.6.5 Förhandsanmälan och granskning

Samtliga företagsförvärv som faller in under förordningens tillämpningsområde skall *förhandsanmälas* till EG-kommissionen. Den obligatoriska anmälningsskyldigheten har setts som en nödvändig förutsättning för en effektiv och heltäckande kontroll. De involverade företagen åläggs vidare en skyldighet att från det att anmälan inlämnats och tre veckor därefter inte verkställa det planerade förvärvet. Varje transaktion som företas i strid mot denna inhiberingsregel är civilrättsligt ogiltig. Beträffande förvärv av aktier på allmän fondbörs eller motsvarande stadgas dock att sådana förvärv inte drabbas av ogiltighetssanktionen om inte parterna visste eller borde veta att förfarandet stred mot inhiberingsregeln. Kommissionen kan genom ett särskilt beslut ålägga företagen att inte genomföra koncentrationen innan Kommissionen fattat ett slutligt beslut i frågan.

Ett beslut om förordningens formella tillämplighet måste fattas av Kommissionen inom en månad. I varje enskilt fall som Kommissionen beslutat granska åläggs Kommissionen en skyldighet att inom vissa relativt snävt satta tidsgränser fatta beslut rörande förvärvets tillåtlighet. Kommissionen måste fatta ett slutligt avgörande inom fyra månader från det att undersökningar inleddes. Huvudprincipen är att om dessa tidsgränser passerats utan att Kommissionen inlett någon granskningsprocedur eller fattat något

beslut i saken skall företagskoncentrationen anses förenlig med den Gemensamma Marknaden.

Det slutliga avgörandet ligger hos Kommissionen (efter överklagande hos EG-domstolen). Innan beslut fattas skall dock en rådgivande Kommitté som består av tjänstemän från samtliga medlemsstater konsulteras och Kommissionen skall enligt förordningen "take the utmost account of the opinion delivered by the Committee". Det kan antas att Kommittén får en stark ställning och att dess bedömning av enskilda företagsförvärv kommer att ske med utgångspunkt från ett vidare perspektiv.

6.6.6 Relationen till nationella kontrollsystem

När det gäller relationen till nationella kontrollsystem är huvudregeln i förordningen att nationella regelverk inte skall kunna tillämpas avseende företagsförvärv som formellt faller in under förordningens tillämpningsområde, oavsett om Kommissionen inlett någon granskning eller ej. Till denna huvudregel har dock fogats två undantag. Det första undantaget innebär att medlemsstaterna kan tillämpa nationella regler såvida det är nödvändigt för att skydda andra legitima intressen än de som förordningen avser att skydda. Undantagsregeln torde inte vara avsedd att tillämpas i syfte att tillgodose enskilda medlemsstaters allmänpolitiska intressen utan tillämpningsområdet torde vara inskränkt till situationer som berör nationell säkerhet, mångfalden i massmedia m m. Det antas att det är Västtyskland som kommer att vilja utnyttja denna möjlighet.

Det andra undantaget innebär att medlemsstater på basen av den nationella konkurrenslagstiftningen kan angripa företagskoncentrationer på en marknad som är specifik för det ifrågavarande landet under förutsättning att Kommissionen inte beslutat inleda någon granskningsprocedur eller inom ramen för de angivna tidsfristerna beslutat ingripa mot koncentrationen med stöd av förordningens regler. Avgörande för om en marknad skall anses specifik för landet i fråga är om konkurrensvillkoren på marknaden är tillräckligt ensartade och märkbart skiljer sig från konkurrensvillkoren på angränsande marknader. Även de aktuella varornas beskaffenhet, konsumenternas intressen, marknadens struktur har betydelse. Undantaget får ses mot bakgrund av att ett fullständigt uteslutande av nationell lagstiftning rörande företagsförvärv är en politiskt sett mycket känslig fråga.

I förordningen ges även medlemsstater möjlighet att uppdra åt Kommissionen att i enlighet med förordningens regler ingripa mot företagskoncentration som hämmar konkurrensen på den nationella marknaden. Kommissionen kan i det läget ingripa även om inte koncentrationen är av den storleken att den faller inom förordningens tillämpningsområde. Ev åtgärder får dock endast syfta till att säkerställa den effektiva konkurrensen på den nationella marknaden.

Relationen till utanförstående stater

När det gäller frihandelsländernas ställning kan det konstateras att exempelvis svenska företags koncentrativa förfaranden inom EG kan angripas med stöd av den antagna förordningen. I den informella kontroll som Kommissionen hittills utövat har företag med säte utanför EG ofta visat en vilja att tillmötesgå Kommissionens krav. Det skall observeras att frihandelsavtalen i nuvarande form inte ger några som helst garantier för samråd eller inflytande för frihandelsstaterna över proceduren i EG-instanserna. Detta förhållande har i och med antagandet av den särskilda förordningen accentuerats.

6.7 Avslutande ord

Som framgått utgör tillkomsten av 1989 års EG-förordning om kontroll av företagskoncentrationer ett mycket viktigt steg i vidareutvecklingen av EG:s konkurrensrätt. Utformningen av de grundläggande reglerna på området i art 85 och 86 i Romfördraget är sådan att dessa inte tillhandahållit tjänliga instrument för en sådan kontroll. Rättsläget har också varit ganska oklart. Förordningens tillkomst är en stor framgång för EG:s strävanden att bygga upp den inre marknaden, särskilt i beaktande av de starka nationella ekonomiska intressen som kan anknyta till särskilt stora företagsförvärv och samgåenden.

Förordningen är emellertid på många punkter en kompromissprodukt och som framgått är dess närmare innebörd förenad med åtskilliga oklarheter. Dessa kommer säkerligen att bli ingående belysta vid internationella konferenser och i juridisk doktrin och torde successivt få sitt svar i praxis.

Förordningen träder i kraft 21 sept 1990 och det har beräknats att ca 40–50 förvärv (inbegripet take overs) kommer att årligen anmälas till kommissionen för kontroll. Beloppströsklarna har medvetet satts mycket högt. Nytt beslut om beloppströsklarnas höjd skall emellertid fattas i december 1993. Man räknar med att kommissionen då kommer att förorda en sänkning av trösklarna (om beräkningen, se 5.2.1.1 ovan) från 5 miljarder resp 250 miljoner ECU till 2 miljarder resp 100 miljoner ECU. Detta skulle uppskattningsvis öka antalet anmälningspliktiga fall till 70–80 årligen.

En svårbedömd fråga är självfallet hur kommissionen kommer att tillämpa de materiella bedömningskriterierna och i vad mån man i realiteten kommer att ingripa mot anmälda företagsförvärv. Det är lätt att här förutse en spänning mellan en mer strikt konkurrensrättslig bedömning och bredare ekonomisk-politiska hänsynstaganden. Som framgått av genomgången i avsnitt 3.3 ovan av nationell praxis i vissa länder, är det mindre vanligt att konkurrensmyndigheter helt motsätter sig företagsförvärv. Mera vanligt är att man ställer olika krav för att godta ett förvärv i syfte att reducera negativa konkurrenseffekter, t ex att kräva att viss del av förvärvet inte genomförs eller att särskilda villkor uppfylls i syfte att säkerställa konkurrensbetingelser-

na för utomstående konkurrenter, leverantörer eller distributörer. Det är i dagens läge inte möjligt att uttala någon välgrundad uppfattning om hur pass sträng kommissionens bedömning kommer att bli.

Till sist bör erinras om att den nya förordningen inte exklusivt reglerar förvärvskontrollen i EG. De allmänna konkurrensreglerna i art 85 och 86 och därpå byggd praxis, som också är omedelbart tillämpliga i de enskilda EG-länderna, gäller fortfarande. De kan bl a tillämpas av de enskilda medlemsländernas domstolar, också på talan av enskilda (främst konkurrenter). Sannolikt kommer de bedömningskriterier som nu lagts fast i den nya förordningen att påverka praxis enligt art 85 och 86, i vilken utsträckning är dock svårbedömt.

Bilaga 1

Utdrag ur Fair Trading Act (Storbritannien)

Fair Trading Act 1973

63.

(2) In the following provisions of this Part of this Act 'enterprise' means the activities, or part of the activities, of a business.

64. - (1) A merger reference may be made to the Commission by the Secretary of State where it appears to him that it is or may be the fact that two or more enterprises (in this section referred to as 'the relevant enterprises'), of which one at least was carried on in the United Kingdom or by or under the control of a body corporate incorporated in the United Kingdom, have, at a time or in circumstances falling within subsection (4) of this section, ceased to be distinct enterprises, and that either -

- (a) as a result, the condition specified in subsection (2) or in subsection (3) of this section prevails, or does so to a greater extent, with respect to the supply of goods or services of any description, or
- (b) the value of the assets taken over exceeds £30 million.*

(2) The condition referred to in subsection (1)(a) of this section, in relation to the supply of goods of any description, is that at least one-quarter of all the goods of that description which are supplied in the United Kingdom, or in a substantial part of the United Kingdom, either -

- (a) are supplied by one and the same person or are supplied to one and the same person, or
- (b) are supplied by the persons by whom the relevant enterprises (so far as they continue to be carried on) are carried on, or are supplied to those persons.

(3) The condition referred to in subsection (1)(a) of this section, in relation to the supply of services of any description, is that the supply of services of that description in the United Kingdom, or in a substantial part of the United Kingdom, is, to the extent of at least one-quarter, either -

- (a) supply by one and the same person, or supply for one and the same person, or
- (b) supply by the persons by whom the relevant enterprises (so far as they continue to be carried on) are carried on, or supply for those persons.

(4) For the purposes of subsection (1) of this section enterprises shall be taken to have ~~ceased~~ to be distinct enterprises at a time or in circumstances falling within this subsection if either -

- (a) they did so not earlier than six months before the date on which the merger reference relating to them is to be made, or
- (b) they did so under or in consequence of arrangements or transactions which were entered into without prior notice being given to the Secretary of State or to the Director of material facts about the proposed arrangements or transactions and in circumstances in which those facts had not been made public, and notice of those facts was not given to the Secretary of State or to the Director or made public more than six months before the date mentioned in the preceding paragraph.

65. - (1) For the purposes of this Part of this Act any two enterprises shall be regarded as ceasing to be distinct enterprises if either -

- (a) they are brought under common ownership or common control (whether or not the business to which either of them formerly belonged continues to be carried on under the same or different ownership or control), or
- (b) either of the enterprises ceases to be carried on at all and does so in consequence of any arrangements or transaction entered into to prevent competition between the enterprises.

* Amended by S.I. 1984 No. 932

(2) For the purposes of the preceding subsection enterprises shall (without prejudice to the generality of the words 'common control' in that subsection) be regarded as being under common control if they are –

- (a) enterprises of interconnected bodies corporate, or
- (b) enterprises carried on by two or more bodies corporate of which one and the same person or group of persons has control, or
- (c) an enterprise carried on by a body corporate and an enterprise carried on by a person or group of persons having control of that body corporate.

(3) A person or group of persons able, directly or indirectly, to control or materially to influence the policy of a body corporate, or the policy of any person in carrying on an enterprise, but without having a controlling interest in that body corporate or in that enterprise, may for the purpose of subsections (1) and (2) of this section be treated as having control of it.

(4) For the purposes of subsection (1)(a) of this section, in so far as it relates to bringing two or more enterprises under common control, a person or group of persons may be treated as bringing an enterprise under his or their control if –

- (a) being already able to control or materially to influence the policy of the person carrying on the enterprise, that person or group of persons acquires a controlling interest in the enterprise or, in the case of an enterprise carried on by a body corporate, acquires a controlling interest in that body corporate, or
- (b) being already able materially to influence the policy of the person carrying on the enterprise, that person or group of persons becomes able to control that policy.

75. – (1) A merger reference may be made to the Commission by the Secretary of State where it appears to him that it is or may be the fact that arrangements are in progress or in contemplation which, if carried into effect, will result in the creation of a merger situation qualifying for investigation.

84. – (1) In determining for any purposes to which this section applies whether any particular matter operates, or may be expected to operate, against the public interest, the Commission shall take into account all matters which appear to them in the particular circumstances to be relevant and, among other things, shall have regard to the desirability –

- (a) of maintaining and promoting effective competition between persons supplying goods and services in the United Kingdom;
- (b) of promoting the interests of consumers, purchasers and other users of goods and services in the United Kingdom in respect of the prices charged for them and in respect of their quality and the variety of goods and services supplied;
- (c) of promoting, through competition, the reduction of costs and the development and use of new techniques and new products, and of facilitating the entry of new competitors into existing markets;
- (d) of maintaining and promoting the balanced distribution of industry and employment in the United Kingdom; and
- (e) of maintaining and promoting competitive activity in markets outside the United Kingdom on the part of producers of goods, and of suppliers of goods and services, in the United Kingdom.

Bilaga 2

Utdrag ur Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
(Västtyskland, i engelsk översättning)

Extract from Law against Restraints of Competition (as amended in 1980).
Third Chapter. Market-Dominating Enterprises

Sec. 22

(1) An enterprise is market dominating within the meaning of this Law if as a seller or buyer of a particular type of goods or commercial services it

1. does not have competitors or is not subject to any substantial competition, or
2. has a superior market position in relation to its competitors; in this regard, in addition to its market share, particular regard shall be given to its financial strength, its access to supply and sales markets, its corporate ties to other enterprises, as well as to legal or factual barriers to market access by other enterprises.

(2) Further, two or more enterprises are deemed to be market dominating if for factual reasons substantial competition for a particular type of goods or commercial services generally or in particular markets does not exist between or among them and if they together meet the requirements of sub-paragraph 1.

(3) It is presumed that

1. an enterprise is market dominating within the meaning of sub-paragraph 1 if it has a market share of at least one-third for a particular type of goods or commercial services; this presumption shall not apply if the enterprise had sales of less than 250 million DM during the preceding fiscal year;
2. the conditions of sub-paragraph 2 are fulfilled if for a particular type of goods or commercial services
 - a) three or fewer enterprises have a combined market share of 50 % or more, or
 - b) five or fewer enterprises have a combined market share of two-thirds or more;
 this presumption shall not apply if the enterprises involved had sales of less than 100 million DM during the preceding fiscal year.

With respect to the computation of market shares and sales, sec. 23 (1) sentences 2 to 10 apply correspondingly.

(4) With respect to market dominating enterprises the Cartel Authority has the power set forth in sub-paragraph 5 insofar as such enterprises abuse their dominating position in the market for these or other goods or commercial services. Abuse within the meaning of sentence 1 exists in particular if a market dominating enterprise as an offerer or purchaser of a particular type of goods or commercial services

1. in the absence of facts justifying such impairment, impairs the competitive opportunities of other enterprises in a way which is significant for the competition in the market;
2. requests remunerations or further business conditions which deviate from those which would result in all likelihood under effective competition; thereby particularly the practices of enterprises in comparable markets with effective competition are to be taken into consideration;
3. requests remunerations or other business conditions which are more disadvantageous than the market dominating enterprise itself requests in comparable markets from similar buyers, unless facts justifying such differentiation exist.

(5) Under the conditions of sub-paragraph 4 the Cartel Authority may prohibit an abuse by market dominating enterprises and declare agreements to be ineffective; sec. 19 applies correspondingly. Before taking such action the Cartel Authority shall request the participants to abstain from the abuse objected to.

(6) If the conditions set forth in sub-paragraph 1 exist with respect to a concern enterprise, within the meaning of sec. 18 Stock Corporation Law, the Cartel Authority may exercise the power set forth in sub-paragraph 5 with respect to each of the concern enterprises.

Sec. 23

- (1) The merger of enterprises shall immediately be reported to the Federal Cartel Office, if
 1. the merger results in or increases a market share of at least 20 % within the entire territory in which this Law applies or within a major portion thereof, or if one of the participating enterprises has a market share of at least 20 % in another market, or
 2. the participating enterprises combined had at any point in time during the fiscal year preceding the merger at least 10,000 employees or during such period combined sales of at least 500 million DM.

If a participating enterprise is a dependent or dominating enterprise within the meaning of sec. 17 Stock Corporation Law or a concern enterprise within the meaning of sec. 18 Stock Corporation Law, the enterprises thus related are considered a single enterprise for the purpose of computing market shares, number of employees and sales; if several enterprises, on the basis of an agreement or otherwise, cooperate in such manner that they can jointly exercise a dominating influence over a participating enterprise, each of the enterprises will be deemed to be a dominating enterprise. Sec. 277(1) Commercial Code applies to the computation of sales; proceeds from the sale and delivery of goods and services between or among enterprises related within the meaning of the foregoing sentence 2 (internal sales) as well as excise taxes are to be disregarded; sales in foreign currency shall be converted into Deutsche Marks at the official rate. The sales figures are to be replaced, in the case of banks and building loan savings banks, by one-tenth of their total assets, and in the case of insurance companies, by the premium income earned during the preceding fiscal year. Total assets shall be reduced by those items which constitute participations in related enterprises within the meaning of sentence 2 hereof: premium income shall be deemed to be income derived from the prime and reinsurance business, including the part thereof expended for re-insurance. In the case of enterprises the business of which consists in whole or in part of marketing goods, only three-quarters of total sales shall be considered for purposes of this sub-paragraph. In the case of enterprises the business of which consists in whole or part of publishing, manufacturing or marketing newspapers or periodicals or parts thereof twentyfold total sales shall be considered for purposes of this section; sentence 6 remains unaffected. In the case of an acquisition of the assets of another enterprise, wholly or to a significant extent, only the part of the assets sold is to be regarded with respect to computing the market shares, number of employees and sales of the seller. Sentence 8 applies correspondingly in the case of an acquisition of shares provided that less than 25 % of the shares remain with the seller and the merger does not fulfill the prerequisites of sub-paragraph 2 no. 2 sentence 3 and no. 5. If a person or an association of persons, neither of which is an enterprise, holds a majority participation in an enterprise, it is deemed to be an enterprise for the purposes of this Law.

- (2) The following transactions are deemed to be mergers within the meaning of this Law:
 1. Acquisition of the assets of another enterprise wholly, or to a significant extent, by means of merger, reorganization or in any other manner.
 2. Acquisition of shares of another enterprise if such shares alone, or together with other shares already belonging to the enterprise,
 - a) represent 25 % of the voting capital of the other enterprise, or
 - b) represent 50 % of the voting capital of the other enterprise, or
 - c) give the enterprise a majority participation within the meaning of sec. 16 (1) Stock Corporation Law.

The shares owned by the enterprise are deemed to also include those shares which are owned by a related enterprise within the meaning of subparagraph 1 sentence 2, or by another enterprise for the account of one of these enterprises, and, if the owner of the enterprise is an individual

merchant, also those shares which are included in the owner's other assets. If several enterprises, simultaneously or successively, acquire shares of another enterprise in such amounts as specified hereinabove, a merger will be deemed to have occurred among the participating enterprises (joint enterprise) with regard to those markets in which such other enterprise is active.

An acquisition of shares is deemed to be a merger, insofar as the party acquiring is provided by way of contract, by-laws, articles of incorporation or resolution with the legal status of a shareholder of a joint stock company holding more than 25 % of the voting capital. Voting rights are regarded as being equivalent to shares in an enterprise.

3. Agreements with another enterprise pursuant to which
 - a) a concern within the meaning of sec. 18 Stock Corporation Law is formed, or the group of concern enterprises is enlarged, or
 - b) the other enterprise assumes the obligation to operate its enterprise for the account of such enterprise, or to transfer its profits in whole or in part to such enterprise, or
 - c) the business of the other enterprise is leased in whole or in part or otherwise transferred to such enterprise.
4. Appointment of the same persons to the extent of at least half of the members of the supervisory board, the management, or such other body authorized to conduct the management of the enterprise.
5. Any other relationship between or among enterprises on the basis of which one or several enterprises may exercise directly or indirectly a dominating influence over another enterprise.

(3) A merger shall also be deemed to exist if the participating enterprises were previously related within the meaning of sub-paragraph 2, unless such merger does not lead to a substantial strengthening of the already existing connection between or among the enterprises. A merger shall not be deemed to exist if a bank, in connection with the formation or capital increase of an enterprise or otherwise within the scope of its business activities, acquires shares of another enterprise for the purpose of resale in the market, provided it does not exercise the voting rights relating to such shares, and further provided such resale takes place within one year; in the case of the formation of an enterprise, the exercise of voting rights at the first shareholders' meeting after the formation shall not constitute a merger. If an enterprise participating in a merger is a related enterprise within the meaning of sub-paragraph 1 sentence 2, the dominating enterprise, as well as those enterprises upon which the dominating enterprise is in turn dependent, are also deemed to participate in the merger. A merger between or among two or more enterprises is also deemed to be a merger of their dependent enterprises.

(4) The report must be made by:

1. in the case of a merger or reorganization, the owners of the acquiring or the newly-formed enterprise or their representatives or in cases involving legal entities or associations, those persons entitled by law or by the articles of association to act as representatives;
2. otherwise
 - a) the owners of the enterprises participating in the merger, and
 - b) the seller, if sub-paragraph 2 nos. 1 and 2 apply, or their respective representatives, or, in cases involving legal entities and associations, the persons authorized by law or pursuant to the articles of association to act as representatives; in the case of lit. b, sub-paragraph 3 sentence 3 applies correspondingly.

(5) The report shall indicate the form of the merger. Furthermore, the report must include the following information with respect to each participating enterprise:

1. firm or other designation and the place of business or legal residence;
2. type of business;
3. if the conditions of sub-paragraph 1 sentence 1 are fulfilled, the market share, including the basis for its computation or estimation, the number of employees and sales; in cases involving banks and building loan savings banks, total assets, and in cases involving insurance companies, premium income, shall be substituted for the total sales figure;
4. in the case of the acquisition of shares of another enterprise (sub-paragraph 2 no. 2), the amount of the participation acquired and the total participation held.

If one of the participating enterprises is a related enterprise within the meaning of sub-paragraph 1 sentence 2, the information required pursuant to sentence 2, nos. 1 to 3, shall also be furnished

with respect to the enterprises so related, and the concern relationships, dependency and participation relationships between or among the related enterprises shall be reported.

(6) The Federal Cartel Office may request from each participating enterprise information on market shares, including the bases for their computation or estimation, as well as information on sales or particular types of goods or services made by the enterprise during the fiscal year preceding the merger. If one of the participating enterprises is a related enterprise within the meaning of sub-paragraph 1 sentence 2, the Federal Cartel Office may also request information with respect to the enterprises so related; it may also request information from the related enterprises.

Sec. 46 (2), (5) and (9) apply correspondingly. The Federal Cartel Office shall set an appropriate time period within which such information is to be furnished. The powers of the Federal Cartel Office pursuant to sec. 46 remain unaffected.

Sec. 23a

(1) Irrespective of sec. 22 (1) to (3), for the purposes of merger control, it is presumed that the merger will result in or strengthen a superior market position, if

1. an enterprise having sales of at least two billion DM in the last fiscal year preceding the merger, merges with another enterprise which
 - a) is active in a market in which small and medium-sized enterprises have a combined market share of at least two-thirds and the enterprises participating in the merger have a combined market share of at least 5 %, or
 - b) is market dominating in one or several markets in which combined sales of at least 150 million DM in the preceding calendar year took place, or
2. the enterprises participating in the merger had combined sales of at least 12 billion DM in their last fiscal year preceding the merger and at least two of the enterprises participating in the merger had sales of at least one billion DM each; the presumption does not apply insofar as the merger also meets the prerequisites of sec. 23 (2) no. 2 sentence 3 and the joint enterprise is not active in a market in which sales of at least 750 million DM took place in the last calendar year.

(2) For the purposes of merger control, a collective number of enterprises is also deemed to be market dominating if it

1. consists of three or less enterprises which achieve the greatest market shares in a market and a combined market share of 50 %, or
2. consists of five or less enterprises which achieve the greatest market shares in a market and a combined market share of two-thirds,

unless the enterprises prove that the competitive conditions even after the merger can be expected to result in substantial competition among themselves or the collective number of enterprises does not have a superior market position in relationship to the other competitors. Sentence 1 does not apply insofar as enterprises are involved which in the preceding fiscal year concluded had annual sales of less than 150 million DM or if the enterprises participating in the merger have a combined market share of not more than 15 %. In all other respects sec. 22 (2) and (3) sentence 1 no. 2 remains unaffected.

(3) Sec. 23 (1) sentences 2 to 6 and 8 to 10 is to be applied in computing sales and market shares.

Sec. 24

(1) If it is to be expected that the merger will result in or strengthen a position of market domination, the Cartel Authority shall have the powers as specified in the following provisions, unless the participating enterprises prove that the merger will also result in improvements of competitive conditions and that such improvements outweigh the detrimental effects of the market domination.

(2) If the conditions of sub-paragraph 1 are met, the Federal Cartel Office shall prohibit the merger. The Federal Cartel Office may prohibit a merger as soon as it becomes aware of a proposed merger; the Federal Cartel Office may only prohibit completed mergers within one year of the receipt of the complete report required pursuant to sec. 23; sec. 24a (2) sentence 2 nos.

1 and 5 to 6 applies correspondingly. Prior to such prohibition, the highest authorities of the states in which the participating enterprises have their seat shall be granted the opportunity to comment. If the Federal Cartel Office has issued an order pursuant to sentence 1, it shall be illegal to effect, or to participate in the effectuation of, the merger without the prior authorization of the Federal Minister of Economics; any acts violating this prohibition shall be ineffective; the foregoing shall not apply to agreements of merger, reorganization or integration, to agreements regarding the formation of an enterprise, and to agreements between enterprises within the meaning of secs. 291 and 292 Stock Corporation Law, as soon as such agreements have become legally effective by virtue of their registration in the Trade Register or the Register of Cooperatives. A completed merger which has been prohibited by the Federal Cartel Office shall be dissolved, unless permission for the merger is granted by the Federal Minister of Economics.

(3) The Federal Minister of Economics shall, upon application, grant permission for the merger in those cases in which the restraint of competition is balanced by the overall economic advantages of the merger, or if the merger is justified by an overriding public interest; in this connection, the ability of the participating enterprises to compete in markets outside the territory in which this Law applies shall also be considered. Permission may only be granted if the extent of the resulting restraint of competition is not such as to jeopardize the system of the market economy. The permission may contain restrictions and requirements. Such restrictions and requirements may not, however, be directed at subjecting the participating enterprises to a continuous control of conduct. Sec. 22 remains unaffected.

(4) The application for permission for the merger shall be submitted to the Federal Minister of Economics in writing within a period of one month. The period shall commence to run upon delivery of the ruling by the Federal Cartel Office pursuant to sub-paragraph 2 sentence 1; if the ruling by the Federal Cartel Office is appealed within the period provided in sec. 65 (1), sentences 1 and 2, then the period for filing the application for permission commences to run on the date on which the ruling by the Federal Cartel Office becomes unappealable. The Federal Minister of Economics should rule on the application within four months following the expiration of the period specified in sentences 1 and 2 hereof for filing the application for permission. Prior to such decision, the highest authorities of the states in which the participating enterprises have their seats shall be granted the opportunity to comment.

(5) The Federal Minister of Economics may revoke or modify the permission by imposing restrictions or requirements, if the participating enterprises fail to comply with a requirement imposed in connection with the permission. The Federal Minister of Economics may withdraw the permission if it was obtained by the participating enterprises by means of fraud, threat, bribery, or by submitting substantially incorrect or incomplete information.

(6) The dissolution of a completed merger may also be accomplished by eliminating the restraint of competition in another manner than by restoring the original conditions. The measures necessary to dissolve the merger are ordered by the Federal Cartel Office, if

1. its ruling pursuant to sub-paragraph 2, sentence 1, is no longer appealable, and
2. in those cases in which the participating enterprises have filed an application for permission of the merger with the Federal Minister of Economics, the rejection of such application or the revocation or withdrawal as provided in sub-paragraph 5 are no longer appealable.

In this connection, the Federal Cartel Office, with due regard for the preservation of the interests of third parties, shall order those measures which achieve the desired results with the minimum burden and expense to the participants.

(7) To enforce such order, the Federal Cartel Office may in particular

1. impose single or multiple enforcement fines of between DM 10,000 and 1,000,000 to compel those obligated to dissolve the merger to effectuate the measures ordered without undue delay,
2. prohibit the exercise of voting rights from shares of one of the participating enterprises which are owned by or attributable to another participating enterprise, or subject the exercise of such voting right or the manner of its exercise to the permission of the Federal Cartel Office,
3. declare agreements resulting in the merger of the type described in sec. 23 (2), Nos. 1 and 3, to be ineffective; the foregoing shall not apply to agreements regarding the merger, reorganization, or integration, or to agreements regarding the formation of an enterprise, and to

agreements between enterprises within the meaning of secs. 291 and 292 Stock Corporation Law, as soon as such agreements have become effective by virtue of their registration in the Trade Register or the Register of Cooperatives,

4. appoint a trustee to make the required statements and to effectuate the required measures on behalf of those obligated to dissolve the merger; in this connection, it shall be determined to what extent the rights of the parties involved shall be suspended during the period of the trusteeship; secs. 664 and 666 to 670 Civil Code are to be applied correspondingly to the legal relationship between the trustee and the parties obligated to dissolve the merger; the trustee may claim appropriate compensation from the party so obligated.

(8) Sub-paragraphs 1 to 7 do not apply,

1. if the enterprises participating had combined sales of less than 500 million DM during the preceding fiscal year concluded or,
2. if an enterprise, which is not dependent and which in the preceding fiscal year concluded had sales of no more than 50 million DM, merges with another enterprise, unless the one enterprise had sales of at least 4 million DM and the other enterprise had sales of at least one billion DM or,
3. insofar as a market is affected in which for at least five years goods or commercial services have been offered and in which in the preceding calendar year sales of less than 10 million DM were made.

Sec. 23 (1) sentence 2 to 10 is to be applied in computing the sales.

(9) Sub-paragraph 8 sentence 1 no. 2 is not applicable insofar as the merger results in a restraint of competition within the meaning of sub-paragraph 1 in the field of publishing, manufacturing or marketing newspapers or periodicals or parts thereof.

Sec. 24a

(1) Notification of a proposed merger may be given to the Federal Cartel Office. Notification of the proposed merger shall be given to the Federal Cartel Office, if

1. one of the enterprises participating in the merger had sales of at least two billion DM in the preceding fiscal year concluded, or
2. at least two of the enterprises participating in the merger had sales of one billion DM or more each during the preceding fiscal year concluded, or
3. the merger is to be effected pursuant to State law by legislative action or other governmental act.

Sec. 23 applies correspondingly to the notification with the provision that, when applying sec. 23 (1) sentence 1 no. 2 and sec. 23 (6), the date of the merger is substituted by the date of the notification, and that in the cases of mergers or reorganizations, the owners, their representatives, or other persons authorized to act as representatives of the participating enterprises shall provide the notification. The notification shall be deemed to have been given only if it contains the information specified in sec. 23 (5).

Sec. 46 (9) applies correspondingly to all knowledge and documents received upon notification.

(2) If notification of the proposed merger has been given to the Federal Cartel Office, the Federal Cartel Office may prohibit the merger only if it informs the party providing the notification within a period of one month of the receipt thereof that it has commenced an examination of the proposed merger, and if a ruling pursuant to sec. 24 (2), sentence 1, is issued within a period of 4 months of receipt of such notification. The Federal Cartel Office may prohibit the merger even after expiration of such four-month period, if

1. the enterprises participating in the merger have consented to an extension of such period, or
2. the merger is completed even though the one-month period referred to in the first sentence, or four-month period applicable pursuant to the first sentence if the Federal Cartel Office informed the notifying party of the examination, has not expired yet, or
3. the merger is completed in a manner other than as notified, or
4. the merger has not yet been completed, and the circumstances, on the basis of which the Federal Cartel Office has refrained from giving the information pursuant to the first sentence or from prohibiting the merger pursuant to sec. 24 (2), sentence 1, have significantly changed, or

5. the Federal Cartel Office was led to refrain from giving the information pursuant to the first sentence hereof or from prohibiting the merger pursuant to sec. 24 (2), sentence 1, by incomplete or incorrect information furnished by the enterprises participating in the merger or by another party, or
6. information to be provided pursuant to secs. 23 (6) or 46 was not furnished or was not furnished on time and the Federal Cartel Office has thereby been caused to act in a manner as described in No. 5.

(3) The notification of the proposed merger does not affect the obligation to report a merger pursuant to sec. 23; when making the report pursuant to sec. 23, reference may be made to the documents submitted in conjunction with the notification of the proposed merger.

(4) If notification of a proposed merger must be given pursuant to sub-paragraph 1 sentence 2, it shall be illegal to complete the merger or to cooperate in the completion of such merger prior to expiration of the one month period referred to in sub-paragraph 2 sentence 1 and, if the Federal Cartel Office has given the information pursuant to sub-paragraph 2 sentence 1, prior to the expiration of the four month period referred to therein or of an agreed extension thereof, unless the Federal Cartel Office in writing informed the party who made the notification, prior to the expiration of the periods mentioned in sub-paragraph 2 sentence 1, that the proposed merger does not comply with the conditions of prohibition in sec. 24 (1); transactions violating this prohibition shall be ineffective; the foregoing shall not apply to agreements of merger, reorganization, integration, agreements regarding the formation of an enterprise, and to agreements between enterprises within the meaning of secs. 291 and 292 Stock Corporation Law as soon as such agreements have become legally effective by virtue of their registration in the Trade Register or in the Register of Cooperatives.

Bilaga 3

Svenska konkurrenslagen av 1982 (utdrag)

Inledande bestämmelse

1 § Denna lag har till ändamål att främja en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens inom näringslivet genom åtgärder mot skadliga konkurrensbegränsningar.

Åtgärder i enskilda fall*Undanröjande av skadlig verkan*

2 § Om en konkurrensbegränsning har skadlig verkan inom landet, kan marknadsdomstolen för att förhindra sådan verkan besluta om åtgärder enligt denna lag. En sådan åtgärd får riktas mot en näringsidkare som föranleder den skadliga verkan.

Med skadlig verkan förstås att konkurrensbegränsningen på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt

1. påverkar prisbildningen,
2. hämmar effektiviteten inom näringslivet eller
3. försvårar eller hindrar annans näringsutövning.

3 § Marknadsdomstolen kan meddela näringsidkaren

1. förbud att tillämpa ett visst avtal, avtalsvillkor eller annat konkurrensbegränsande förfarande eller att tillämpa väsentligen samma förfarande som det sålunda förbjuda,

2. åläggande att tillhandahålla en annan näringsidkare en viss vara, tjänst eller annan nytthet på villkor som motsvarar vad han erbjuder andra näringsidkare (säljåläggande) eller

3. åläggande att eljest ändra ett av honom tillämpat konkurrensbegränsande förfarande, att i samband med ett sådant förfarande uppfylla ett visst villkor eller att lämna viss information eller vidta annan åtgärd som motverkar förfarandet (rättelseåläggande).

Om den skadliga verkan innebär att ett pris med hänsyn till kostnaderna och övriga omständigheter är uppenbart för högt och saken är av större vikt, kan marknadsdomstolen ålägga näringsidkaren att under en viss tid, högst ett år, inte överskrida ett visst högsta pris (prisåläggande).

4 § Innan förbud eller åläggande enligt 3 § meddelas, skall marknadsdomstolen söka förhindra den skadliga verkan genom förhandling, om inte omständigheterna talar däremot.

Särskilda bestämmelser om företagsförvärv

5 § Består i fall som avses i 2 § konkurrensbegränsningen i att näringsidkaren, genom att göra ett visst företagsförvärv, får en dominerande ställning på marknaden för en vara, tjänst eller annan nyttinghet eller förstärker en redan dominerande ställning, skall marknadsdomstolen söka förhindra den skadliga verkan genom förhandling. Är saken av särskild vikt från allmän synpunkt, får förhandlingen syfta till att näringsidkaren skall avstå från förvärvet.

Med företagsförvärv avses i denna lag förvärv av företag som driver verksamhet inom landet. Som företagsförvärv räknas också förvärv av aktier, andel i handelsbolag, rörelse eller del av rörelse. Till företagsförvärv hänförs vidare fusion.

Första stycket tillämpas även i fall då näringsidkaren är en av flera näringsidkare som sammanhålls av gemensamma ägarintressen eller på annat sätt och som genom hans förvärv får eller förstärker en dominerande ställning på marknaden.

6 § Har i fall som anges i 5 § en förhandling om avstående från företagsförvärvet avslutats utan att den skadliga verkan har kunnat förhindras och finner marknadsdomstolen att förbud eller åläggande enligt 3 § inte bör meddelas eller är otillräckligt, kan domstolen förbjuda förvärvet.

Ett förbud enligt första stycket får inte meddelas i fråga om förvärv av aktier som har skett på Stockholms fondbörs eller förvärv som har skett genom inrop på exekutiv auktion. I stället får marknadsdomstolen ålägga näringsidkaren att avhända sig aktierna eller den på auktionen förvärvade egendomen.

7 § Ett beslut om förbud eller åläggande enligt 6 § blir gällande mot näringsidkaren endast om regeringen fastställer det. Beslutet skall av marknadsdomstolen omedelbart underställas regeringen för prövning av fastställelsefrågan.

Om regeringen fastställer ett beslut om åläggande enligt 6 § andra stycket, skall detta verkställas inom sex månader från det regeringen meddelade sitt beslut eller inom den längre tid som regeringen bestämmer.

8 § Ett företagsförvärv blir ogiltigt, om regeringen fastställer marknadsdomstolens beslut om förbud mot förvärvet.

9 § Om regeringen finner att ett beslut enligt 6 § inte skall fastställas, kan regeringen, om nya omständigheter eller andra särskilda skäl föranleder det, överlämna ärendet till marknadsdomstolen för förnyad handläggning.

Vite m. m.

10 § Ett förbud eller ett åläggande enligt 3 eller 6 § får förenas med vite.

11 § Om förutsättningar för åtgärd enligt 3 § första stycket föreligger i ett visst fall, som ej är av större vikt, får näringsfrihetsombudsmannen vid vite förelägga näringsidkaren, för godkännande omedelbart eller inom viss tidsfrist,

1. förbud att tillämpa ett visst avtal, avtalsvillkor eller annat konkurrensbegränsande förfarande eller att tillämpa väsentligen samma förfarande som det sålunda förbjudna (förbuds föreläggande),

2. åläggande att tillhandahålla en annan näringsidkare en viss vara, tjänst eller annan nytthet på villkor som motsvarar vad han erbjuder andra näringsidkare (sälj föreläggande) eller

3. åläggande att eljest ändra ett av honom tillämpat konkurrensbegränsande förfarande, att i samband med ett sådant förfarande uppfylla ett visst villkor eller att lämna viss information eller vidta annan åtgärd som motverkar förfarandet (rättelse föreläggande).

Godkänt föreläggande gäller som förbud eller åläggande som har meddelats av marknadsdomstolen enligt 3 § första stycket. Ett godkännande som sker sedan den i föreläggandet utsatta tidsfristen har gått till ända är dock utan verkan.

Internationell överenskommelse

12 § Om det påkallas av hänsyn till en internationell överenskommelse, kan regeringen, efter framställning av näringsfrihetsombudsmannen, besluta att prövning av fråga om åtgärd enligt 3 § i visst fall får ske beträffande en konkurrensbegränsning med verkan utom landet. En sådan konkurrensbegränsning skall anses ha skadlig verkan, om den strider mot överenskommelsen.

Straffbelagda konkurrensbegränsningar m. m.

Bruttoprisförbud

13 § En näringsidkare får inte

1. betinga sig av en näringsidkare i ett senare led att denne vid försäljning eller uthyrning av en vara inom landet icke skall gå under ett visst pris eller

2. till ledning för prissättningen i ett senare led inom landet ange ett visst pris vid försäljning eller uthyrning av en vara utan att det framgår att priset får sättas lägre.

Anbudskartellförbud

14 § En näringsidkare får inte ingå eller tillämpa en överenskommelse med en annan näringsidkare eller i samförstånd med en sådan tillämpa ett gemensamt förfarande eller, i syfte att så skall ske, öva påtryckning på en annan näringsidkare, om överenskommelsen eller det gemensamma förfarandet innebär att vid anbudstävling för tillhandahållande av en vara, tjänst eller annan nytthet inom landet

1. någon skall avstå från att avge anbud,
2. en anbudsgivare skall avge högre anbud än en annan eller
3. samarbete annars skall förekomma ifråga om anbudssumma, förskott eller kreditvillkor.

Första stycket gäller ej i fråga om en överenskommelse eller ett gemensamt förfarande som

1. har sin grund i att flera näringsidkare tillhandahåller en vara, tjänst eller annan nytthet genom en särskild juridisk person med för dem gemensamma funktioner (säljorganisation) eller
2. innebär att näringsidkare går samman för samfärd prestation med gemensamt anbud eller i den formen att någon av dem medverkar som underleverantör till anbudsgivare.

En näringsidkare som har ingått eller tillämpat en sådan överenskommelse eller tillämpat ett sådant gemensamt förfarande som avses i första stycket men som är tillåtet enligt andra stycket skall, om han lämnar anbud i en anbudstävling som berörs därav, senast när anbudet avges skriftligen lämna uppgift om detta till den som anbudet skall riktas till.

Undantag från förbuden

15 § Förbuden i 13 och 14 §§ gäller ej i fråga om ett förfarande som ett koncernföretag tillämpar i förhållandet till ett annat företag inom koncernen. Ytterligare föreskrifter om undantag från förbudet i 13 § finns i 10 § CECA-lagen (1972: 762).

Dispens från förbuden

16 § Marknadsdomstolen kan, för viss tid eller tills vidare, meddela en näringsidkare tillstånd till ett förfarande som är förbjudet enligt 13 eller 14 §.

Ett sådant tillstånd får lämnas endast om förfarandet kan antas främja kostnadsbesparingar, som till väsentlig del kommer konsumenterna till godo, eller i övrigt bidra till en från allmän synpunkt ändamålsenlig ordning eller om eljest särskilda skäl föreligger.

Handläggningen m. m.

Ansökan

17 § Marknadsdomstolen handlägger ärenden enligt denna lag efter ansökan.

Ansökan som avser prövning enligt 2 § görs av näringsfrihetsombudsmannen. Beslutar ombudsmannen för visst fall att inte göra ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller näringsidkare eller av en näringsidkare som berörs av konkurrensbegränsningen i fråga.

Interimistiska beslut

18 § Om särskilda skäl föranleder det, kan marknadsdomstolen för tiden till dess slutligt beslut föreligger besluta i fråga om förbud eller åläggande enligt 3 § eller om tillstånd enligt 16 §.

Särskilda bestämmelser om företagsförvärv

19 § Ärenden om företagsförvärv skall handläggas med särskild skyndsamhet.

20 § Så snart näringsfrihetsombudsmannen finner anledning att undersöka ett företagsförvärv, skall han besluta särskilt om detta. Har part i avtal om företagsförvärv anmält förvärvet till ombudsmannen för prövning av fråga om förbud eller åläggande enligt 6 §, skall ombudsmannen snarast besluta antingen att undersöka förvärvet eller att lämna det utan åtgärd såvitt avser sådant förbud eller åläggande.

Om näringsfrihetsombudsmannen har beslutat enligt första stycket att lämna ett anmält företagsförvärv utan åtgärd, får han därefter ej beträffande samma förvärv begära marknadsdomstolens prövning av fråga om förbud eller åläggande enligt 6 §, såvida inte näringsidkaren har lämnat oriktig uppgift om föreliggande sakförhållanden av väsentlig betydelse för ställningstagandet i beslutet. Har ombudsmannen beslutat att undersöka förvärvet och vill han begära sådan prövning, skall han senast inom tre månader från beslutet hos domstolen göra detta, om inte parterna i avtalet om förvärvet samtycker till en förlängning av denna frist.

Marknadsdomstolen kan, om synnerliga skäl föreligger, på begäran av näringsfrihetsombudsmannen för viss tid, varje gång högst en månad, förlänga frist som gäller enligt andra stycket.

21 § När synnerliga skäl föreligger, kan marknadsdomstolen vid vite förbjuda en näringsidkare att fullfölja ett företagsförvärv intill dess ärendet har slutligt avgjorts. Om domstolens beslut rörande ett företagsförvärv underställs regeringen enligt 7 §, har regeringen motsvarande befogenhet.

22 § Innan ett förbud eller ett åläggande enligt 6 § eller ett beslut av regeringen enligt 7 § meddelas, skall förvärvarens motpart i avtalet om företagsförvärvet ges tillfälle att yttra sig.

23 § Marknadsdomstolen får inte meddela förbud eller åläggande enligt 6 § senare än sex månader efter det att ansökan har gjorts enligt 17 §. Denna frist kan domstolen förlänga, om parterna i avtalet om företagsförvärvet samtycker till det eller om synnerliga skäl föreligger. Förbud eller åläggande enligt 6 § får inte meddelas senare än två år efter det att avtalet om förvärvet slöts.

När marknadsdomstolen enligt 7 § har underställt regeringen sitt beslut, skall regeringen besluta i ärendet senast tre månader därefter. Vad som sägs i första stycket om förlängning av frist får därvid av regeringen tillämpas på motsvarande sätt.

Omprövning m. m.

24 § Ett beslut av marknadsdomstolen beträffande förbud eller åläggande enligt 3 §, avslutande av förhandling enligt 4 eller 5 § eller tillstånd enligt 16 § utgör inte hinder mot att samma fråga prövas på nytt, om ändrade förhållanden eller annat särskilt skäl föreligger. Detsamma gäller ett beslut av näringsfrihetsombudsmannen i fråga om föreläggande enligt 11 §.

Om marknadsdomstolen har beslutat att ej ingripa mot ett företagsförvärv enligt 6 §, får domstolen inte ompröva frågan annat än om näringsidkaren har lämnat oriktig uppgift om föreliggande sakförhållanden av väsentlig betydelse för ställningstagandet i beslutet. Har regeringen vid tillämpning av 7 § beslutat att inte fastställa ett beslut av domstolen, får regeringen ompröva frågan endast under motsvarande förutsättning.

Har regeringen med stöd av 7 § fastställt ett beslut av marknadsdomstolen om förbud eller åläggande, får regeringen pröva frågan på nytt, om det finns anledning att upphäva eller mildra förbudet eller åläggandet därför att detta inte längre behövs eller ej längre är lämpligt.

25 § Ansökan om marknadsdomstolens eller regeringens omprövning enligt 24 § görs hos domstolen av näringsfrihetsombudsmannen eller den mot vilken ett beslut om förbud eller åläggande riktar sig.

Ansökan om omprövning enligt 24 § andra stycket skall göras senast inom ett år efter meddelandet av marknadsdomstolens beslut eller, om fastställelseprövning skett enligt 7 §, regeringens beslut.

Före regeringens omprövning enligt 24 § andra eller tredje stycket skall domstolen göra en förberedande prövning av förutsättningarna för ändring. Om utgången av denna skall domstolen göra anmälan till regeringen.

Uppgiftsskyldighet

26 § Regeringen får meddela föreskrifter rörande skyldighet för den som gör företagsförvärv att lämna sådana uppgifter om förvärvet som behövs för prövning enligt denna lag.

27 § Näringsfrihetsombudsmannen kan, om det behövs för prövning enligt denna lag och särskilda skäl föreligger, ålägga en viss näringsidkare att göra anmälan innan denne sluter avtal om företagsförvärv. En sådan anmälningsskyldighet skall gälla för viss tid, högst ett år.

28 § Näringsfrihetsombudsmannen får ålägga näringsidkare att tillhandahålla uppgift, handling eller annat som behövs i ärende enligt denna lag. Även i ärende om tillsyn över att ett förbud eller ett åläggande enligt lagen åtlyds får ombudsmannen besluta om motsvarande skyldighet för den som avses med förbudet eller åläggandet.

Samma skyldighet kan näringsfrihetsombudsmannen ålägga också annan än den som anges i första stycket, om det behövs för kontroll eller fullständigande av vad som skall fullgöras enligt första stycket och det är nödvändigt på grund av särskilda förhållanden.

I ett ärende som har underställts regeringens prövning enligt 7 § får chefen för handelsdepartementet ålägga skyldighet enligt första stycket första meningen eller andra stycket.

Särskilda bestämmelser

29 § En sammanslutning av näringsidkare likställs i denna lag med näringsidkare. Ett beslut av en sådan sammanslutning likställs med en överenskommelse eller ett gemensamt förfarande som avses i 14 §.

30 § Åläggande som avses i 27 eller 28 § kan förenas med vite, om det finns skäl till detta.

31 § Uppgiftsskyldighet enligt denna lag innebär inte förpliktelse att röja yrkeshemlighet av teknisk natur.

32 § Den som är uppgiftsskyldig enligt denna lag får inte betungas onödigt.

33 § Näringsfrihetsombudsmannen och marknadsdomstolen får av myndighet, som avses i lagen (1956:245) om uppgiftsskyldighet rörande pris- och konkurrensförhållanden, begära biträde för utredning i frågor som kan vara av betydelse för prövning enligt denna lag.

Bilaga 4

Paragraf 42 a i norska prisloven (1988)

Bedriftsverk

Disse bestemmelsene kommer til anvendelse ved bedriftsverk. Med bedriftsverk menes også fusjon, verk av aksjer eller andeler og delvis verk av bedrift.

Dersom Priserådet finner at et bedriftsverk vil føre til eller vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen og at dette vil være til skade for almene interesser, kan det:

1. forby bedriftsverket og fastsette slike bestemmelser som finnes nødvendig for å sikre at formålet med forbudet blir oppnådd.
2. påby avhendelse av aksjer eller andeler som er verket som ledd i bedriftsverket.
3. gi andre bestemmelser for å motvirke at bedriftsverket begrenser konkurransen til skade for almene interesser.

Priserådet kan i alminnelighet bare gjøre inngrep etter bestemmelsene i leddet foran etter at partene i avtalen om bedriftsverket er gitt anledning til å gå med på en frivillig løsning i saken.

Kongen fastsetter forskrifter om frister for å treffe vedtak etter annet ledd. Kongen kan også ellers fastsette forskrifter om gjennomføring og utfylling av bestemmelsene og om saksbehandling. Herunder kan fastsettes forskrifter om melding til Prisdirektoratet om bedriftsverk i bestemte bransjer eller om bedriftsverk som gjelder bestemte ervervsdrivende.

Bilaga 5

Utdrag ur Romfördraget av 1957

ARTIKEL 1

Genom detta fördrag upprätta de Höga fördragsslutande parterna mellan sig en Europeisk ekonomisk gemenskap.

ARTIKEL 2

Gemenskapen skall ha till uppgift att genom upprättande av en gemensam marknad och genom ett gradvis närmande av medlemsstaternas ekonomiska politik främja en harmonisk utveckling av den ekonomiska verksamheten inom gemenskapen som helhet, en fortgående och balanserad expansion, en ökad stabilitet, en allt snabbare höjning av levnadsstandarden samt närmare förbindelser mellan de stater som den förenar.

ARTIKEL 3

För att uppnå i föregående artikel angivna mål skall gemenskapens verksamhet på de villkor och i den takt som förutses i detta fördrag innefatta:

- a) avveckling av tullar och kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna vid in- och utförsel av varor ävensom alla övriga åtgärder med motsvarande verkan,
- b) införandet av en gemensam tulltariff och en gemensam handelspolitik gentemot tredje land,
- c) avskaffandet mellan medlemsstaterna av hindren för den fria rörligheten för personer, tjänster och kapital,
- d) införandet av en gemensam politik på jordbrukets område,
- e) införandet av en gemensam politik på transporternas område,
- f) upprättandet av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden icke förvanskas,
- g) användandet av metoder som möjliggöra en samordning av medlemsstaternas ekonomiska politik och som motverka bristande jämvikt i deras betalningsbalanser,
- h) harmonisering av ländernas nationella lagstiftning i den utsträckning den gemensamma marknadens funktion så erfordrar,
- i) tillskapandet av en europeisk socialfond i syfte att förbättra arbets-

tagarnas sysselsättningsmöjligheter och att bidra till en höjning av deras levnadsstandard,

j) upprättandet av en europeisk investeringsbank avsedd att underlätta gemenskapens ekonomiska expansion genom att skapa nya resurser,

k) associering av utomeuropeiska länder och områden i syfte att öka handeln och att gemensamt främja den ekonomiska och sociala utvecklingen.

ARTIKEL 7

Inom detta fördrags tillämpningsområde och med beaktande av dess särskilda bestämmelser är varje form av diskriminering grundad på nationalitetsskäl förbjuden.

Rådet må med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen och efter hörande av församlingen antaga bestämmelser i syfte att förbjuda sådan diskriminering.

ARTIKEL 30

Kvantitativa importrestriktioner ävensom åtgärder med motsvarande verkan äro förbjudna mellan medlemsstaterna såvida icke annat nedan stadgas.

ARTIKEL 36

Bestämmelserna i artiklarna 30—34 skola icke utgöra hinder för sådana förbud eller restriktioner avseende import, export eller transitering, som motiveras av hänsyn till allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors och djurs hälsa och liv eller växters bevarande, skydd av nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller skydd av industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner få dock icke utgöra vare sig ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning i handeln mellan medlemsstaterna.

ARTIKEL 85

1. Överenskomelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden, vilka äro ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna och vilka ha till syfte eller följd att konkurrensen inom den gemensamma marknaden förhindras, inskränkes eller förvanskas, äro oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna, särskilt de som innebära:

- a) direkt eller indirekt fastställande av inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor,
- b) begränsning eller kontroll av produktion, avsättning, teknisk utveckling eller investeringar,
- c) uppdelning av marknader eller försörjningskällor,
- d) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,
- e) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk ha något samband med föremålet för avtalet.

2. Enligt denna artikel förbjudna överenskommelser eller beslut skola sakna rättsverkan.

3. Bestämmelserna i punkt 1 må dock förklaras icke tillämpliga på:
- varje överenskommelse eller slag av överenskommelser mellan företag,
 - varje beslut eller slag av beslut av företagssammanslutningar och
 - varje samordnat förfarande eller slag av samordnade förfaranden vilka bidra till att förbättra produktionen eller distribution av produkter eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som förbrukarna tillförsäkras en skälig andel av den därigenom uppkommande vinsten, och vilka icke

- a) ålägga berörda företag restriktioner som icke äro oundgängliga för uppnåendet av dessa syften,
- b) giva dessa företag möjlighet att för en väsentlig del av ifrågavarande produkter eliminera konkurrensen.

ARTIKEL 86

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den utsträckning det är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Missbruk kan särskilt bestå i:

- a) direkt eller indirekt påtvingande av oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsning av produktion, avsättning eller teknisk utveckling till förfång för konsumenterna,
- c) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,
- d) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk ha något samband med föremålet för avtalet.

EG:s förordning om kontroll av
företagskoncentrationer

Bilaga 6

30. 12. 89

Official Journal of the European Communities

No L 395/1

I

(Acts whose publication is obligatory)

COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89

of 21 December 1989

on the control of concentrations between undertakings

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Articles 87 and 235 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission ⁽¹⁾,

Having regard to the opinion of the European Parliament ⁽²⁾,

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee ⁽³⁾,

Whereas, for the achievement of the aims of the Treaty establishing the European Economic Community, Article 3 (f) gives the Community the objective of instituting 'a system ensuring that competition in the common market is not distorted';

Whereas this system is essential for the achievement of the internal market by 1992 and its further development;

Whereas the dismantling of internal frontiers is resulting and will continue to result in major corporate re-organizations in the Community, particularly in the form of concentrations;

Whereas such a development must be welcomed as being in line with the requirements of dynamic competition and capable of increasing the competitiveness of European industry, improving the conditions of growth and raising the standard of living in the Community;

Whereas, however, it must be ensured that the process of re-organization does not result in lasting damage to

competition; whereas Community law must therefore include provisions governing those concentrations which may significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it;

Whereas Articles 85 and 86, while applicable, according to the case-law of the Court of Justice, to certain concentrations, are not, however, sufficient to cover all operations which may prove to be incompatible with the system of undistorted competition envisaged in the Treaty;

Whereas a new legal instrument should therefore be created in the form of a Regulation to permit effective monitoring of all concentrations from the point of view of their effect on the structure of competition in the Community and to be the only instrument applicable to such concentrations;

Whereas this Regulation should therefore be based not only on Article 87 but, principally, on Article 235 of the Treaty, under which the Community may give itself the additional powers of action necessary for the attainment of its objectives, and also with regard to concentrations on the markets for agricultural products listed in Annex II to the Treaty;

Whereas the provisions to be adopted in this Regulation should apply to significant structural changes the impact of which on the market goes beyond the national borders of any one Member State;

Whereas the scope of application of this Regulation should therefore be defined according to the geographical area of activity of the undertakings concerned and be limited by quantitative thresholds in order to cover those concentrations which have a Community dimension; whereas, at the end of an initial phase of the implementation of this Regulation, these thresholds should be reviewed in the light of the experience gained;

Whereas a concentration with a Community dimension exists where the aggregate turnover of the undertakings concerned exceeds given levels worldwide and throughout

⁽¹⁾ OJ No C 130, 19. 5. 1988, p. 4.

⁽²⁾ OJ No C 309, 5. 12. 1988, p. 55.

⁽³⁾ OJ No C 208, 8. 8. 1988, p. 11.

the Community and where at least two of the undertakings concerned have their sole or main fields of activities in different Member States or where, although the undertakings in question act mainly in one and the same Member State, at least one of them has substantial operations in at least one other Member State; whereas that is also the case where the concentrations are effected by undertakings which do not have their principal fields of activities in the Community but which have substantial operations there;

Whereas the arrangements to be introduced for the control of concentrations should, without prejudice to Article 90 (2) of the Treaty, respect the principle of non-discrimination between the public and the private sectors; whereas, in the public sector, calculation of the turnover of an undertaking concerned in a concentration needs, therefore, to take account of undertakings making up an economic unit with an independent power of decision, irrespective of the way in which their capital is held or of the rules of administrative supervision applicable to them;

Whereas it is necessary to establish whether concentrations with a Community dimension are compatible or not with the common market from the point of view of the need to preserve and develop effective competition in the common market; whereas, in so doing, the Commission must place its appraisal within the general framework of the achievement of the fundamental objectives referred to in Article 2 of the Treaty, including that of strengthening the Community's economic and social cohesion, referred to in Article 130a;

Whereas this Regulation should establish the principle that a concentration with a Community dimension which creates or strengthens a position as result of which effective competition in the common market or in a substantial part of it is significantly impeded is to be declared incompatible with the common market;

Whereas concentrations which, by reason of the limited market share of the undertakings concerned, are not liable to impede effective competition may be presumed to be compatible with the common market; whereas, without prejudice to Articles 85 and 86 of the Treaty, an indication to this effect exists, in particular, where the market share of the undertakings concerned does not exceed 25 % either in the common market or in a substantial part of it;

Whereas the Commission should have the task of taking all the decisions necessary to establish whether or not concentrations of a Community dimension are compatible with the common market, as well as decisions designed to restore effective competition;

Whereas to ensure effective control undertakings should be obliged to give prior notification of concentrations with a Community dimension and provision should be made for the suspension of concentrations for a limited period, and for the possibility of extending or waiving a suspension where necessary; whereas in the interests of legal certainty the validity of transactions must nevertheless be protected as much as necessary;

Whereas a period within which the Commission must initiate a proceeding in respect of a notified concentration and a period within which it must give a final decision on the compatibility or incompatibility with the common market of a notified concentration should be laid down;

Whereas the undertakings concerned must be accorded the right to be heard by the Commission as soon as a proceeding has been initiated; whereas the members of management and supervisory organs and recognized workers' representatives in the undertakings concerned, together with third parties showing a legitimate interest, must also be given the opportunity to be heard;

Whereas the Commission should act in close and constant liaison with the competent authorities of the Member States from which it obtains comments and information;

Whereas, for the purposes of this Regulation, and in accordance with the case-law of the Court of Justice, the Commission must be afforded the assistance of the Member States and must also be empowered to require information to be given and to carry out the necessary investigations in order to appraise concentrations;

Whereas compliance with this Regulation must be enforceable by means of fines and periodic penalty payments; whereas the Court of Justice should be given unlimited jurisdiction in that regard pursuant to Article 172 of the Treaty;

Whereas it is appropriate to define the concept of concentration in such a manner as to cover only operations bringing about a durable change in the structure of the undertakings concerned; whereas it is therefore necessary to exclude from the scope of this Regulation those operations which have as their object or effect the coordination of the competitive behaviour of independent undertakings, since such operations fall to be examined under the appropriate provisions of Regulations implementing Article 85 or Article 86 of the Treaty; whereas it is appropriate to make this distinction specifically in the case of the creation of joint ventures;

Whereas there is no coordination of competitive behaviour within the meaning of this Regulation where two or more undertakings agree to acquire jointly control of one or more

other undertakings with the object and effect of sharing amongst themselves such undertakings or their assets;

Whereas the application of this Regulation is not excluded where the undertakings concerned accept restrictions directly related and necessary to the implementation of the concentration;

Whereas the Commission should be given exclusive competence to apply this Regulation, subject to review by the Court of Justice;

Whereas the Member States may not apply their national legislation on competition to concentrations with a Community dimension, unless the Regulation makes provision therefor; whereas the relevant powers of national authorities should be limited to cases where, failing intervention by the Commission, effective competition is likely to be significantly impeded within the territory of a Member State and where the competition interests of that Member State cannot be sufficiently protected otherwise than by this Regulation; whereas the Member States concerned must act promptly in such cases; whereas this Regulation cannot, because of the diversity of national law, fix a single deadline for the adoption of remedies;

Whereas, furthermore, the exclusive application of this Regulation to concentrations with a Community dimension is without prejudice to Article 223 of the Treaty, and does not prevent the Member States' taking appropriate measures to protect legitimate interests other than those pursued by this Regulation, provided that such measures are compatible with the general principles and other provisions of Community law;

Whereas concentrations not referred to in this Regulation come, in principle, within the jurisdiction of the Member States; whereas, however, the Commission should have the power to act, at the request of a Member State concerned, in cases where effective competition would be significantly impeded within that Member State's territory;

Whereas the conditions in which concentrations involving Community undertakings are carried out in non-member countries should be observed, and provision should be made for the possibility of the Council's giving the Commission an appropriate mandate for negotiation with a view to obtaining non-discriminatory treatment for Community undertakings;

Whereas this Regulation in no way detracts from the collective rights of workers as recognized in the undertakings concerned,

HAS ADOPTED THIS REGULATION:

Article 1

Scope

1. Without prejudice to Article 22 this Regulation shall apply to all concentrations with a Community dimension as defined in paragraph 2.

2. For the purposes of this Regulation, a concentration has a Community dimension where;

- (a) the aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than ECU 5 000 million, and
- (b) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than ECU 250 million,

unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.

3. The thresholds laid down in paragraph 2 will be reviewed before the end of the fourth year following that of the adoption of this Regulation by the Council acting by a qualified majority on a proposal from the Commission.

Article 2

Appraisal of concentrations

1. Concentrations within the scope of this Regulation shall be appraised in accordance with the following provisions with a view to establishing whether or not they are compatible with the common market.

In making this appraisal, the Commission shall take into account:

- (a) the need to preserve and develop effective competition within the common market in view of, among other things, the structure of all the markets concerned and the actual or potential competition from undertakings located either within or without the Community;
- (b) the market position of the undertakings concerned and their economic and financial power, the opportunities available to suppliers and users, their access to supplies or markets, any legal or other barriers to entry, supply and demand trends for the relevant goods and services, the interests of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition.

2. A concentration which does not create or strengthen a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared compatible with the common market.

3. A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.

Article 3

Definition of concentration

1. A concentration shall be deemed to arise where:

- (a) two or more previously independent undertakings merge, or
- (b) one or more persons already controlling at least one undertaking, or
— one or more undertakings
acquire, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings.

2. An operation, including the creation of a joint venture, which has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings which remain independent shall not constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b).

The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity, which does not give rise to coordination of the competitive behaviour of the parties amongst themselves or between them and the joint venture, shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b).

3. For the purposes of this Regulation, control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or jointly and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular by:

- (a) ownership or the right to use all or part of the assets of an undertaking;
- (b) rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking.

4. Control is acquired by persons or undertakings which:

- (a) are holders of the rights or entitled to rights under the contracts concerned, or
- (b) while not being holders of such rights or entitled to rights under such contracts, have the power to exercise the rights deriving therefrom.

5. A concentration shall not be deemed to arise where:

- (a) credit institutions or other financial institutions or insurance companies, the normal activities of which include transactions and dealing in securities for their own account or for the account of others, hold on a temporary basis securities which they have acquired in an undertaking with a view to reselling them, provided that they do not exercise voting rights in respect of those securities with a view to determining the competitive behaviour of that undertaking or provided that they exercise such voting rights only with a view to preparing the sale of all or part of that undertaking or of its assets or the sale of those securities and that any such sale takes place within one year of the date of acquisition; that period may be extended by the Commission on request where such institutions or companies justify the fact that the sale was not reasonably possible within the period set;
- (b) control is acquired by an office holder according to the law of a Member State relating to liquidation, winding up, insolvency, cessation of payments, compositions or analogous proceedings;
- (c) the operations referred to in paragraph 1 (b) are carried out by the financial holding companies referred to in Article 5 (3) of the Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 on the annual accounts of certain types of companies⁽¹⁾, as last amended by Directive 84/569/EEC⁽²⁾, provided however that the voting rights in respect of the holding are exercised, in particular in relation to the appointment of members of the management and supervisory bodies of the undertakings in which they have holdings, only to maintain the full value of those investments and not to determine directly or indirectly the competitive conduct of those undertakings.

Article 4

Prior notification of concentrations

1. Concentrations with a Community dimension as referred to by this Regulation shall be notified to the Commission not more than one week after the conclusion of the agreement, or the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest. That week shall begin when the first of those events occurs.

2. A concentration which consists of a merger within the meaning of Article 3 (1) (a) or in the acquisition of joint control within the meaning of Article 3 (1) (b) shall be notified jointly by the parties to the merger or by those acquiring joint control as the case may be. In all other cases,

⁽¹⁾ OJ No L 222, 14. 8. 1978, p. 11.

⁽²⁾ OJ No L 314, 4. 12. 1984, p. 28.

the notification shall be effected by the person or undertaking acquiring control of the whole or parts of one or more undertakings.

3. Where the Commission finds that a notified concentration falls within the scope of this Regulation, it shall publish the fact of the notification, at the same time indicating the names of the parties, the nature of the concentration and the economic sectors involved. The Commission shall take account of the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

Article 5

Calculation of turnover

1. Aggregate turnover within the meaning of Article 1 (2) shall comprise the amounts derived by the undertakings concerned in the preceding financial year from the sale of products and the provision of services falling within the undertakings' ordinary activities after deduction of sales rebates and of value added tax and other taxes directly related to turnover. The aggregate turnover of an undertaking concerned shall not include the sale of products or the provision of services between any of the undertakings referred to in paragraph 4.

Turnover, in the Community or in a Member State, shall comprise products sold and services provided to undertakings or consumers, in the Community or in that Member State as the case may be.

2. By way of derogation from paragraph 1, where the concentration consists in the acquisition of parts, whether or not constituted as legal entities, of one or more undertakings, only the turnover relating to the parts which are the subject of the transaction shall be taken into account with regard to the seller or sellers.

However, two or more transactions within the meaning of the first subparagraph which take place within a two-year period between the same persons or undertakings shall be treated as one and the same concentration arising on the date of the last transaction.

3. In place of turnover the following shall be used:

(a) for credit institutions and other financial institutions, as regards Article 1 (2) (a), one-tenth of their total assets.

As regards Article 1 (2) (b) and the final part of Article 1 (2), total Community-wide turnover shall be replaced by one-tenth of total assets multiplied by the ratio between loans and advances to credit institutions and customers in transactions with Community residents and the total sum of those loans and advances.

As regards the final part of Article 1 (2), total turnover within one Member State shall be replaced by one-tenth of total assets multiplied by the ratio between loans and

advances to credit institutions and customers in transactions with residents of that Member State and the total sum of those loans and advances;

(b) for insurance undertakings, the value of gross premiums written which shall comprise all amounts received and receivable in respect of insurance contracts issued by or on behalf of the insurance undertakings, including also outgoing reinsurance premiums, and after deduction of taxes and parafiscal contributions or levies charged by reference to the amounts of individual premiums or the total volume of premiums; as regards Article 1 (2) (b) and the final part of Article 1 (2), gross premiums received from Community residents and from residents of one Member State respectively shall be taken into account.

4. Without prejudice to paragraph 2, the turnover of an undertaking concerned within the meaning of Article 1 (2) shall be calculated by adding together the respective turnover of the following:

- (a) the undertaking concerned;
- (b) those undertakings in which the undertaking concerned, directly or indirectly;
 - owns more than half the capital or business assets, or
 - has the power to exercise more than half the voting rights, or
 - has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertakings, or
 - has the right to manage the undertakings' affairs;
- (c) those undertakings which have in an undertaking concerned the rights or powers listed in (b);
- (d) those undertakings in which an undertaking as referred to in (c) has the rights or powers listed in (b);
- (e) those undertakings in which two or more undertakings as referred to in (a) to (d) jointly have the rights or powers listed in (b).

5. Where undertakings concerned by the concentration jointly have the rights or powers listed in paragraph 4 (b), in calculating the turnover of the undertakings concerned for the purposes of Article 1 (2);

- (a) no account shall be taken of the turnover resulting from the sale of products or the provision of services between the joint undertaking and each of the undertakings concerned or any other undertaking connected with any one of them, as set out in paragraph 4 (b) to (e);
- (b) account shall be taken of the turnover resulting from the sale of products and the provision of services between

the joint undertaking and any third undertakings. This turnover shall be apportioned equally amongst the undertakings concerned.

Article 6

Examination of the notification and initiation of proceedings

1. The Commission shall examine the notification as soon as it is received.
- (a) Where it concludes that the concentration notified does not fall within the scope of this Regulation, it shall record that finding by means of a decision.
- (b) Where it finds that the concentration notified, although falling within the scope of this Regulation, does not raise serious doubts as to its compatibility with the common market, it shall decide not to oppose it and shall declare that it is compatible with the common market.
- (c) If, on the other hand, it finds that the concentration notified falls within the scope of this Regulation and raises serious doubts as to its compatibility with the common market, it shall decide to initiate proceedings.
2. The Commission shall notify its decision to the undertakings concerned and the competent authorities of the Member States without delay.

Article 7

Suspension of concentrations

1. For the purposes of paragraph 2 a concentration as defined in Article 1 shall not be put into effect either before its notification or within the first three weeks following its notification.
2. Where the Commission, following a preliminary examination of the notification within the period provided for in paragraph 1, finds it necessary in order to ensure the full effectiveness of any decision taken later pursuant to Article 8 (3) and (4), it may decide on its own initiative to continue the suspension of a concentration in whole or in part until it takes a final decision, or to take other interim measures to that effect.
3. Paragraphs 1 and 2 shall not impede the implementation of a public bid which has been notified to the Commission in accordance with Article 4 (1) by the date of its announcement, provided that the acquirer does not exercise the voting rights attached to the securities in question or does so only to maintain the full value of those investments and on the basis of a derogation granted by the Commission pursuant to paragraph 4.
4. The Commission may, on request, grant a derogation from the obligations imposed in paragraphs 1, 2 or 3 in order

to prevent serious damage to one or more undertakings concerned by a concentration or to a third party. That derogation may be made subject to conditions and obligations in order to ensure conditions of effective competition. A derogation may be applied for and granted at any time, even before notification or after the transaction.

5. The validity of any transaction carried out in contravention of paragraph 1 or 2 shall be dependent on a decision pursuant to Article 6 (1) (b) or 8 (2) or (3) or by virtue of the presumption established by Article 10 (6).

This Article shall, however, have no effect on the validity of transactions in securities including those convertible into other securities admitted to trading on a market which is regulated and supervised by authorities recognized by public bodies, operates regularly and is accessible directly or indirectly to the public, unless the buyer and seller knew or ought to have known that the transaction was carried out in contravention of paragraph 1 or 2.

Article 8

Powers of decision of the Commission

1. Without prejudice to Article 9, each proceeding initiated pursuant to Article 6 (1) (c) shall be closed by means of a decision as provided for in paragraphs 2 to 5.

2. Where the Commission finds that, following modification by the undertakings concerned if necessary, a notified concentration fulfils the criterion laid down in Article 2 (2), it shall issue a decision declaring the concentration compatible with the common market.

It may attach to its decision conditions and obligations intended to ensure that the undertakings concerned comply with the commitments they have entered into *vis-à-vis* the Commission with a view to modifying the original concentration plan. The decision declaring the concentration compatible shall also cover restrictions directly related and necessary to the implementation of the concentration.

3. Where the Commission finds that a concentration fulfils the criterion laid down in Article 2 (3), it shall issue a decision declaring that the concentration is incompatible with the common market.
4. Where a concentration has already been implemented, the Commission may, in a decision pursuant to paragraph 3 or by a separate decision, require the undertakings or assets brought together to be separated or the cessation of joint

control or any other action that may be appropriate in order to restore conditions of effective competition.

5. The Commission may revoke the decision it has taken pursuant to paragraph 2 where:

- (a) the declaration of compatibility is based on incorrect information for which one of the undertakings concerned is responsible or where it has been obtained by deceit, or
- (b) the undertakings concerned commit a breach of an obligation attached to the decision.

6. In the case referred to in paragraph 5, the Commission may take a decision pursuant to paragraph 3, without being bound by the deadline referred to in Article 10 (3).

Article 9

Referral to the competent authorities of the Member States

1. The Commission may, by means of a decision notified without delay to the undertakings concerned and the competent authorities of the other Member States, refer a notified concentration to the competent authorities of the Member State concerned in the following circumstances.

2. Within three weeks of the date of receipt of the copy of the notification a Member State may inform the Commission which shall inform the undertakings concerned that a concentration threatens to create or to strengthen a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded on a market, within that Member State, which presents all the characteristics of a distinct market, be it a substantial part of the common market or not.

3. If the Commission considers that, having regard to the market for the products or services in question and the geographical reference market within the meaning of paragraph 7, there is such a distinct market and that such a threat exists either:

- (a) it shall itself deal with the case in order to maintain or restore effective competition on the market concerned, or
- (b) it shall refer the case to the competent authorities of the Member State concerned with a view to the application of that State's national competition law.

If, however, the Commission considers that such a distinct market or threat does not exist it shall adopt a decision to that effect which it shall address to the Member State concerned.

4. A decision to refer or not to refer pursuant to paragraph 3 shall be taken where:

- (a) as a general rule within the six-week period provided for in Article 10 (1), second subparagraph, where the

Commission has not initiated proceedings pursuant to Article 6 (1) (b), or

- (b) within three months at most of the notification of the concentration concerned where the Commission has initiated proceedings under Article 6 (1) (c), without taking the preparatory steps in order to adopt the necessary measures pursuant to Article 8 (2), second subparagraph, (3) or (4) to maintain or restore effective competition on the market concerned.

5. If within the three months referred to in paragraph 4 (b) the Commission, despite a reminder from the Member State concerned, has taken no decision on referral in accordance with paragraph 3 or taken the preparatory steps referred to in paragraph 4 (b), it shall be deemed to have taken a decision to refer the case to the Member State concerned in accordance with paragraph 3 (b).

6. The publication of any report or the announcement of the findings of the examination of the concentration by the competent authority of the Member State concerned shall be effected not more than four months after the Commission's referral.

7. The geographical reference market shall consist of the area in which the undertakings concerned are involved in the supply of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because, in particular, conditions of competition are appreciably different in those areas. This assessment should take account in particular of the nature and characteristics of the products or services concerned, of the existence of entry barriers or of consumer preferences, of appreciable differences of the undertakings' market shares between neighbouring areas or of substantial price differences.

8. In applying the provisions of this Article, the Member State concerned may take only the measures strictly necessary to safeguard or restore effective competition on the market concerned.

9. In accordance with the relevant provisions of the Treaty, any Member State may appeal to the Court of Justice, and in particular request the application of Article 186, for the purpose of applying its national competition law.

10. This Article will be reviewed before the end of the fourth year following that of the adoption of this Regulation.

*Article 10**Time limits for initiating proceedings and for decisions*

1. The decisions referred to in Article 6 (1) must be taken within one month at most. That period shall begin on the day following the receipt of a notification or, if the information to be supplied with the notification is incomplete, on the day following the receipt of the complete information.

That period shall be increased to six weeks if the Commission receives a request from a Member State in accordance with Article 9 (2).

2. Decisions taken pursuant to Article 8 (2) concerning notified concentrations must be taken as soon as it appears that the serious doubts referred to in Article 6 (1) (c) have been removed, particularly as a result of modifications made by the undertakings concerned, and at the latest by the deadline laid down in paragraph 3.

3. Without prejudice to Article 8 (6), decisions taken pursuant to Article 8 (3) concerning notified concentrations must be taken within not more than four months of the date on which the proceeding is initiated.

4. The period set by paragraph 3 shall exceptionally be suspended where, owing to circumstances for which one of the undertakings involved in the concentration is responsible, the Commission has had to request information by decision pursuant to Article 11 or to order an investigation by decision pursuant to Article 13.

5. Where the Court of Justice gives a judgment which annuls the whole or part of a Commission decision taken under this Regulation, the periods laid down in this Regulation shall start again from the date of the judgment.

6. Where the Commission has not taken a decision in accordance with Article 6 (1) (b) or (c) or Article 8 (2) or (3) within the deadlines set in paragraphs 1 and 3 respectively, the concentration shall be deemed declared compatible with the common market, without prejudice to Article 9.

*Article 11**Requests for information*

1. In carrying out the duties assigned to it by this Regulation, the Commission may obtain all necessary information from the Governments and competent authorities of the Member States, from the persons referred to in Article 3 (1) (b), and from undertakings and associations of undertakings.

2. When sending a request for information to a person, an undertaking or an association of undertakings, the Commission shall at the same time send a copy of the request

to the competent authority of the Member State within the territory of which the residence of the person or the seat of the undertaking or association of undertakings is situated.

3. In its request the Commission shall state the legal basis and the purpose of the request and also the penalties provided for in Article 14 (1) (b) for supplying incorrect information.

4. The information requested shall be provided, in the case of undertakings, by their owners or their representatives and, in the case of legal persons, companies or firms, or of associations having no legal personality, by the persons authorized to represent them by law or by their statutes.

5. Where a person, an undertaking or an association of undertakings does not provide the information requested within the period fixed by the Commission or provides incomplete information, the Commission shall by decision require the information to be provided. The decision shall specify what information is required, fix an appropriate period within which it is to be supplied and state the penalties provided for in Articles 14 (1) (b) and 15 (1) (a) and the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

6. The Commission shall at the same time send a copy of its decision to the competent authority of the Member State within the territory of which the residence of the person or the seat of the undertaking or association of undertakings is situated.

*Article 12**Investigations by the authorities of the Member States*

1. At the request of the Commission, the competent authorities of the Member States shall undertake the investigations which the Commission considers to be necessary pursuant to Article 13 (1), or which it has ordered by decision pursuant to Article 13 (3). The officials of the competent authorities of the Member States responsible for conducting those investigations shall exercise their powers upon production of an authorization in writing issued by the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out. Such authorization shall specify the subject matter and purpose of the investigation.

2. If so requested by the Commission or by the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out, officials of the Commission may assist the officials of that authority in carrying out their duties.

*Article 13**Investigative powers of the Commission*

1. In carrying out the duties assigned to it by this Regulation, the Commission may undertake all necessary investigations into undertakings and associations of undertakings.

To that end the officials authorized by the Commission shall be empowered:

- (a) to examine the books and other business records;
- (b) to take or demand copies of or extracts from the books and business records;
- (c) to ask for oral explanations on the spot;
- (d) to enter any premises, land and means of transport of undertakings.

2. The officials of the Commission authorized to carry out the investigations shall exercise their powers on production of an authorization in writing specifying the subject matter and purpose of the investigation and the penalties provided for in Article 14 (1) (c) in cases where production of the required books or other business records is incomplete. In good time before the investigation, the Commission shall inform, in writing, the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out of the investigation and of the identities of the authorized officials.

3. Undertakings and associations of undertakings shall submit to investigations ordered by decision of the Commission. The decision shall specify the subject matter and purpose of the investigation, appoint the date on which it shall begin and state the penalties provided for in Articles 14 (1) (c) and 15 (1) (b) and the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

4. The Commission shall in good time and in writing inform the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out of its intention of taking a decision pursuant to paragraph 3. It shall hear the competent authority before taking its decision.

5. Officials of the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out may, at the request of that authority or of the Commission, assist the officials of the Commission in carrying out their duties.

6. Where an undertaking or association of undertakings opposes an investigation ordered pursuant to this Article, the Member State concerned shall afford the necessary assistance to the officials authorized by the Commission to enable them to carry out their investigation. To this end the Member States shall, after consulting the Commission, take the necessary measures within one year of the entry into force of this Regulation.

Article 14

Fines

1. The Commission may by decision impose on the persons referred to in Article 3 (1) (b), undertakings or

associations of undertakings fines of from ECU 1 000 to 50 000 where intentionally or negligently:

- (a) they omit to notify a concentration in accordance with Article 4;
- (b) they supply incorrect or misleading information in a notification pursuant to Article 4;
- (c) they supply incorrect information in response to a request made pursuant to Article 11 or fail to supply information within the period fixed by a decision taken pursuant to Article 11;
- (d) they produce the required books or other business records in incomplete form during investigations pursuant to Article 12 or 13, or refuse to submit to an investigation ordered by decision taken pursuant to Article 13.

2. The Commission may by decision impose fines not exceeding 10% of the aggregate turnover of the undertakings concerned within the meaning of Article 5 on the persons or undertakings concerned where, either intentionally or negligently, they:

- (a) fail to comply with an obligation imposed by decision pursuant to Article 7 (4) or 8 (2), second subparagraph;
- (b) put into effect a concentration in breach of Article 7 (1) or disregard a decision taken pursuant to Article 7 (2);
- (c) put into effect a concentration declared incompatible with the common market by decision pursuant to Article 8 (3) or do not take the measures ordered by decision pursuant to Article 8 (4).

3. In setting the amount of a fine, regard shall be had to the nature and gravity of the infringement.

4. Decisions taken pursuant to paragraphs 1 and 2 shall not be of a criminal law nature.

Article 15

Periodic penalty payments

1. The Commission may by decision impose on the persons referred to in Article 3 (1) (b), undertakings or associations of undertakings concerned periodic penalty payments of up to ECU 25 000 for each day of the delay calculated from the date set in the decision, in order to compel them:

- (a) to supply complete and correct information which it has requested by decision pursuant to Article 11;
- (b) to submit to an investigation which it has ordered by decision pursuant to Article 13.

2. The Commission may by decision impose on the persons referred to in Article 3 (1) (b) or on undertakings

periodic penalty payments of up to ECU 100 000 for each day of the delay calculated from the date set in the decision, in order to compel them:

- (a) to comply with an obligation imposed by decision pursuant to Article 7 (4) or 8 (2), second subparagraph, or
- (b) to apply the measures ordered by decision pursuant to Article 8 (4).

3. Where the persons referred to in Article 3 (1) (b), undertakings or associations of undertakings have satisfied the obligation which it was the purpose of the periodic penalty payment to enforce, the Commission may set the total amount of the periodic penalty payments at a lower figure than that which would arise under the original decision.

Article 16

Review by the Court of Justice

The Court of Justice shall have unlimited jurisdiction within the meaning of Article 172 of the Treaty to review decisions whereby the Commission has fixed a fine or periodic penalty payments; it may cancel, reduce or increase the fine or periodic penalty payment imposed.

Article 17

Professional secrecy

1. Information acquired as a result of the application of Articles 11, 12, 13 and 18 shall be used only for the purposes of the relevant request, investigation or hearing.

2. Without prejudice to Articles 4 (3), 18 and 20, the Commission and the competent authorities of the Member States, their officials and other servants shall not disclose information they have acquired through the application of this Regulation of the kind covered by the obligation of professional secrecy.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not prevent publication of general information or of surveys which do not contain information relating to particular undertakings or associations of undertakings.

Article 18

Hearing of the parties and of third persons

1. Before taking any decision provided for in Article 7 (2) and (4), 8 (2), second subparagraph, and (3) to (5), 14 and 15, the Commission shall give the persons, undertakings and associations of undertakings concerned the opportunity, at

every stage of the procedure up to the consultation of the Advisory Committee, of making known their views on the objections against them.

2. By way of derogation from paragraph 1 a decision to continue the suspension of a concentration is to grant a derogation from suspension as referred to in Article 7 (2) or (4) may be taken provisionally, without the persons, undertakings or associations of undertakings concerned being given the opportunity to make known their views beforehand, provided that the Commission gives them that opportunity as soon as possible after having taken its decision.

3. The Commission shall base its decision only on objections on which the parties have been able to submit their observations. The rights of the defence shall be fully respected in the proceedings. Access to the file shall be open at least to the parties directly involved, subject to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

4. Insofar as the Commission and the competent authorities of the Member States deem it necessary, they may also hear other natural or legal persons. Natural or legal persons showing a legitimate interest and especially members of the administrative or management organs of the undertakings concerned or recognized workers' representatives of those undertakings shall be entitled, upon application, to be heard.

Article 19

Liaison with the authorities of the Member States

1. The Commission shall transmit to the competent authorities of the Member States copies of notifications within three working days and, as soon as possible, copies of the most important documents lodged with or issued by the Commission pursuant to this Regulation.

2. The Commission shall carry out the procedures set out in this Regulation in close and constant liaison with the competent authorities of the Member States, which may express their views upon those procedures. For the purposes of Article 9 it shall obtain information from the competent authority of the Member State as referred to in paragraph 2 of that Article and give it the opportunity to make known its views at every stage of the procedure up to the adoption of a decision pursuant to paragraph 3 of that Article to that end it shall give it access to the file.

3. An Advisory Committee on concentrations shall be consulted before any decision is taken pursuant to Articles 8 (2) to (5), 14 or 15, or any provisions are adopted pursuant to Article 23.

4. The Advisory Committee shall consist of representatives of the authorities of the Member States. Each Member State shall appoint one or two representatives; if

unable to attend, they may be replaced by other representatives. At least one of the representatives of a Member State shall be competent in matters of restrictive practices and dominant positions.

5. Consultation shall take place at a joint meeting convened at the invitation of and chaired by the Commission. A summary of the facts, together with the most important documents and a preliminary draft of the decision to be taken for each case considered, shall be sent with the invitation. The meeting shall take place not less than 14 days after the invitation has been sent. The Commission may in exceptional cases shorten that period as appropriate in order to avoid serious harm to one or more of the undertakings concerned by a concentration.

6. The Advisory Committee shall deliver an opinion on the Commission's draft decision, if necessary by taking a vote. The Advisory Committee may deliver an opinion even if some members are absent and unrepresented. The opinion shall be delivered in writing and appended to the draft decision. The Commission shall take the utmost account of the opinion delivered by the Committee. It shall inform the Committee of the manner in which its opinion has been taken into account.

7. The Advisory Committee may recommend publication of the opinion. The Commission may carry out such publication. The decision to publish shall take due account of the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets and of the interest of the undertakings concerned in such publication taking place.

Article 20

Publication of decisions

1. The Commission shall publish the decisions which it takes pursuant to Article 8 (2), where conditions and obligations are attached to them, and to Article 8 (2) to (5) in the Official Journal of the European Communities.

2. The publication shall state the names of the parties and the main content of the decision; it shall have regard to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

Article 21

Jurisdiction

1. Subject to review by the Court of Justice, the Commission shall have sole competence to take the decisions provided for in this Regulation.

2. No Member State shall apply its national legislation on competition to any concentration that has a Community dimension.

The first subparagraph shall be without prejudice to any Member State's power to carry out any enquiries necessary for the application of Article 9 (2) or after referral, pursuant

to Article 9 (3), first subparagraph, indent (b), or (5), to take the measures strictly necessary for the application of Article 9 (8).

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, Member States may take appropriate measures to protect legitimate interests other than those taken into consideration by this Regulation and compatible with the general principles and other provisions of Community law.

Public security, plurality of the media and prudential rules shall be regarded as legitimate interests within the meaning of the first subparagraph.

Any other public interest must be communicated to the Commission by the Member State concerned and shall be recognized by the Commission after an assessment of its compatibility with the general principles and other provisions of Community law before the measures referred to above may be taken. The Commission shall inform the Member State concerned of its decision within one month of that communication.

Article 22

Application of the Regulation

1. This Regulation alone shall apply to concentrations as defined in Article 3.

2. Regulations No 17 (1), (EEC) No 1017/68 (2), (EEC) No 4056/86 (3) and (EEC) No 3975/87 (4) shall not apply to concentrations as defined in Article 3.

3. If the Commission finds, at the request of a Member State, that a concentration as defined in Article 3 that has no Community dimension within the meaning of Article 1 creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded within the territory of the Member State concerned it may, insofar as the concentration affects trade between Member States, adopt the decisions provided for in Article 8 (2), second subparagraph, (3) and (4).

4. Articles 2 (1) (a) and (b), 5, 6, 8 and 10 to 20 shall apply. The period within which the proceedings defined in Article 10 (1) may be initiated shall begin on the date of the receipt of the request from the Member State. The request must be made within one month at most of the date on which the concentration was made known to the Member State or effected. This period shall begin on the date of the first of those events.

5. Pursuant to paragraph 3 the Commission shall take only the measures strictly necessary to maintain or restore

(1) OJ No 13, 21. 2. 1962, p. 204/62.

(2) OJ No L 175, 23. 7. 1968, p. 1.

(3) OJ No L 378, 31. 12. 1986, p. 4.

(4) OJ No L 374, 31. 12. 1987, p. 1.

effective competition within the territory of the Member State at the request of which it intervenes.

6. Paragraphs 3 to 5 shall continue to apply until the thresholds referred to in Article 1 (2) have been reviewed.

Article 23

Implementing provisions

The Commission shall have the power to adopt implementing provisions concerning the form, content and other details of notifications pursuant to Article 4, time limits pursuant to Article 10, and hearings pursuant to Article 18.

Article 24

Relations with non-member countries

1. The Member States shall inform the Commission of any general difficulties encountered by their undertakings with concentrations as defined in Article 3 in a non-member country.

2. Initially not more than one year after the entry into force of this Regulation and thereafter periodically the Commission shall draw up a report examining the treatment accorded to Community undertakings, in the terms referred to in paragraphs 3 and 4, as regards concentrations in non-member countries. The Commission shall submit those reports to the Council, together with any recommendations.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

Done at Brussels, 21 December 1989.

For the Council
The President
E. CRESSON

3. Whenever it appears to the Commission, either on the basis of the reports referred to in paragraph 1 or on the basis of other information, that a non-member country does not grant Community undertakings treatment comparable to that granted by the Community to undertakings from that non-member country, the Commission may submit proposals to the Council for the appropriate mandate for negotiation with a view to obtaining comparable treatment for Community undertakings.

4. Measures taken pursuant to this Article shall comply with the obligations of the Community or of the Member States, without prejudice to Article 234 of the Treaty, under international agreements, whether bilateral or multilateral.

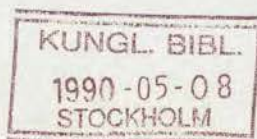
Article 25

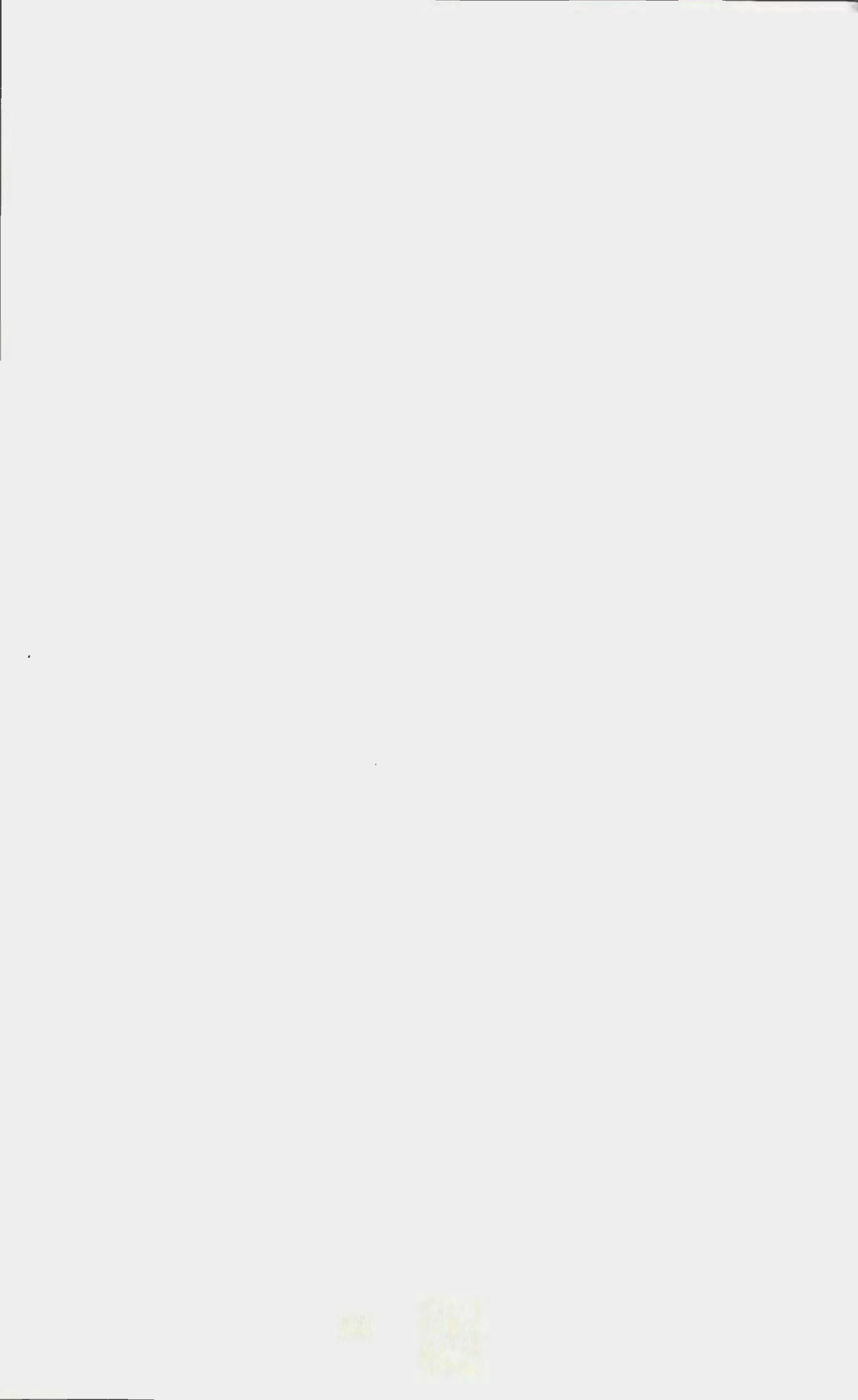
Entry into force

1. This Regulation shall enter into force on 21 September 1990.

2. This Regulation shall not apply to any concentration which was the subject of an agreement or announcement or where control was acquired within the meaning of Article 4 (1) before the date of this Regulation's entry into force and it shall not in any circumstances apply to any concentration in respect of which proceedings were initiated before that date by a Member State's authority with responsibility for competition.

Note: The statements entered in the Council minutes relating to this Regulation will be published later in the *Official Journal of the European Communities*.





ALLMÄNNA FÖRLAGET

BESTÄLLNINGAR: ALLMÄNNA FÖRAGET, KUNDTJÄNST, 106 47 STOCKHOLM,

TEL: 08-739 960, FAX: 08-739 95 48.

INFORMATIONSBOKHANDELN, MALMTORGGATAN 5 (VID BRUNKEBERGSTORG), STOCKHOLM.