

UPPSALA UNIVERSITET  
Juridiska institutionen VT-00  
Examensarbete, Konkurrensrätt 20 p  
Linda Billfalk  
Birger Jarlsgatan 102 A  
114 20 Stockholm  
Tel. 08-15 60 31  
Handledare: Susanne St:Clair-Renard

<b>KONKURRENSVERKET</b>
Avd. <i>Ke4</i>
2001-02-09
Dnr <i>147/2001</i> Doss <i>7</i>
Aktbil

# Kontrollbegrepp under EG:s fusionsförordning - en jämförande analys



## INNEHÅLLSFÖRTECKNING:

<b>1. Inledning</b>	3
<b>2. Kontrollbegreppet vid bestämmande av om en koncentration föreligger</b>	5
2.1 <i>Allmänt</i>	5
2.2 <i>Kontrollbegreppet</i>	6
2.2.1 Avgörande inflytande	7
2.2.2 Ett företags affärsstrategi	8
2.2.3 Varaktig strukturell förändring	9
2.2.4 Tidigare självständiga företag	10
2.3 <i>Olika sätt att uppnå kontroll</i>	11
2.3.1 Ägarinflytande	12
2.3.2 Aktieägar- och managementavtal	12
2.3.3 Gemensamma intressen	14
2.3.4 Vertikala avtal	15
<b>3. Kontrollbegreppet vid beräkning av omsättning</b>	17
3.1 <i>Allmänt</i>	17
3.2 <i>Kontrollbegreppet</i>	18
3.2.1 Berört företag	18
3.2.2 Närstående företag	20
3.2.2.1 Tolkningen av art 5(4) i skenet av artikel 3(3) fusionsförordningen	20
3.2.2.2 Formell eller verklig kontroll	22
3.2.2.3 Gemensam kontroll	23
3.3 <i>Olika sätt att uppnå kontroll</i>	25
3.3.1 Ägarinflytande	25
3.3.2 Aktieägar- och managementavtal	26
3.3.3 Vertikala avtal	28
<b>4. Kontrollbegreppet vid bedömning av marknadsstyrka</b>	29
4.1 <i>Allmänt</i>	29
4.2 <i>Kontrollbegreppet</i>	29
4.2.1 Användande av kontrollbegreppet i artikel 3(3) fusionsförordningen	29
4.2.2 Finns det ett särskilt kontrollbegrepp vid fastställande av marknadsandelar?	31
4.2.3 En ny syn på vertikala avtal i relation till övriga kontrollbegrepp	33
<b>5. Avslutning</b>	34
<b>6. Källförteckning</b>	38

## 1. Inledning

Inom flera delar av civilrätten är det av relevans att definiera vad som är en ekonomisk enhet. Att veta vilka företag som ingår i samma enhet är till exempel inom bolagsrätten och skatterätten viktigt för att skilja mellan vilka transaktioner som är interna och därför företagets angelägenhet och vilka som är externa och därför föremål för kontroll. I vissa fall har det inom ett rättsområde gjorts en generell definition av vad som är en ekonomisk enhet. I den svenska aktiebolagslagen har det till exempel gjorts en för hela aktiebolagsrätten tillämplig koncerndefinition som överensstämmer med den som gjorts i EG:s bolagsdirektiv. I andra fall finns ingen generell definition utan begreppen ekonomisk enhet, företagsgrupp och koncern används på olika sätt beroende på vilken fråga som är under bedömning. Ett exempel på detta är koncentrationskontrollen inom EG:s konkurrensrätt där någon övergripande definition inte gjorts och där det i stället finns flera definitioner av vad som är ekonomiska enheter i form av företagsgrupper och relaterade företag.

Under Kommissionens kontroll av koncentrationer har begreppet ekonomisk enhet betydelse i tre olika stadier. I dessa olika stadier görs inte en kongruent bedömning av vad som är en ekonomisk enhet. Det finns därför inom koncentrationskontrollen åtminstone två, men tillsynes faktiskt tre, olika definitioner av vad som är en ekonomisk enhet. Gemensamt för dessa är att de alla bygger på att någon har kontroll över ett annat företag genom ägande eller annat inflytande. Någon enhetlig precisering av vad som avses med kontroll har dock inte gjorts varken i själva förordningen eller i praxis. Detta gör att det samtidigt som det finns flera olika definitioner av vad som är en ekonomisk enhet även används tre olika kontrollbegrepp under förordningens tillämpning.

Det första stadiet i EG:s koncentrationskontroll där det är av relevans att bedöma vad som är en ekonomisk enhet är vid fastställande av fusionsförordningens tillämplighet. Enligt artikel 3 i fusionsförordningen är denna tillämplig på alla transaktioner som kan sägas konstituera en koncentration. En koncentration är en ekonomisk enhet som uppstår då ett företag erhåller kontroll över ett annat. Då koncentrationsbegreppet bestämmer förordningens tillämplighet är tanken att det skall vara flexibelt och träffa alla transaktioner som i realiteten innebär en koncentration av marknadsstyrka. Vad som är en

ekonomisk enhet i form av en koncentration bygger därför på vem som har *faktisk kontroll* över ett företag. Det finns vid fastställandet av förordningens tillämplighet även ett andra steg där en annan definition av ekonomisk enhet görs. Efter det att man fastställt att en transaktion utgör en koncentration måste det bedömas huruvida denna har gemenskapsdimension, det vill säga ifall den kan tänkas ha en effekt på gemenskapens marknad, för att förordningen skall vara tillämplig. Om omsättningen överstiger vissa tröskelvärden presumeras transaktionen ha en effekt på den gemensamma marknaden. Vid beräkning av omsättning måste man bestämma vilka företag som tillhör samma ekonomiska enhet som de företag som ingår i koncentrationen. Detta för att veta vilka företags omsättning som ska påverka koncentrationens sammanlagda omsättning. Trots att syftet även här är att få ett flexibelt begrepp som speglar verkligheten har ändamålet att skapa en förutsebar regel istället få ta överhanden vid utformning av artikel 5(4) som reglerar vilka företag som skall anses ingå i samma ekonomiska enhet. Vad som är en ekonomisk enhet vid fastställande av tröskelvärden bygger på vem som har *formell kontroll* i ett företag beroende på om flera formella kriterier i artikel 5(4) är uppfyllda. När man fastställt att fusionsförordningen är tillämplig prövas slutligen om en koncentration är tillåten enligt förordningens bestämmelser. Vad som är av relevans är om en koncentration har en sådan marknadsstyrka att den skapar eller förstärker en av de berörda företagen dominerande ställning på marknaden. För att bestämma marknadsstyrka måste man liksom vid beräkning av omsättning fastställa vilka närstående företag som skall påverka koncentrationens marknadsandel. Någon precisering av vad som är en ekonomisk enhet vid värdering av marknadsstyrka har inte fastställts i förordningen. Ändå tyder praxis på att Kommissionen inte använder sig av någon av de två kontrollbegrepp som redan finns i fusionsförordningen. Istället verkar ytterligare en definition användas vid denna prövning vilket kan tala för att det finns ett tredje kontrollbegrepp inom förvärvsprövningen.

Min uppfattning är att flera definitioner av vad som är en ekonomisk enhet baserade på flera olika kontrollbegrepp leder till oklarhet vid tillämpningen av fusionsförordningen. Det huvudsakliga syftet med detta arbete är därför att tydliggöra gränserna för de olika kontrollbegreppen som enligt min mening används i Kommissionens koncentrationskontroll. Detta är av intresse då gränserna för de olika kontrollbegreppen blivit allt mer oklara till följd av en i många fall tämligen extensiv tolkning av begreppen från Kommissionens sida. Hur begreppen är utformade kommer

dessutom att analyseras för att se om tolkningen av dem stämmer överens med dess bakomliggande syfte. Slutligen kommer de olika begreppen att jämföras vilket kommer leda till en slutsats om huruvida begreppen idag egentligen skiljer sig åt. Detta ligger till grund för en slutsats om det överhuvudtaget fyller någon funktion att använda sig av olika begrepp.

Jag har valt att i denna uppsats jämföra olika definitioner av kontroll istället för olika definitioner av ekonomisk enhet. Detta då ekonomisk enhet enligt min mening är ett vidare begrepp och därför inte lämpar sig lika bra i den jämförande analys jag avser göra. Jag är dock medveten om att det kan vara förvirrande att ordet kontroll används blandat med ordet fusionskontroll då detta avser helt olika saker. Jag vill därför påpeka att då kontroll nämns avser detta alltid någon av de tre definitioner av kontroll som Kommissionen gjort. Undantaget från detta är de fall då det uttryckligen talas om fusionskontroll med vilket menas Kommissions granskning av koncentrationer.

I de tre härpå följande kapitlen görs en genomgång av hur kontrollbegreppet ser ut i förvärvsprövningens olika faser, det vill säga vid bedömning av vad som är en koncentration, vid beräkning av tröskelvärden och vid dominansprövningen. I varje kapitel kommer jag först att ställa upp kriterier för vad som avses med kontroll varefter jag ger exempel på olika former av kontroll. I ett avslutande kapitel kommer en redogörelse för mina slutsatser och reflektioner att göras.

## **2. Kontrollbegreppet vid bestämmande av om en koncentration föreligger**

### **2.1 Allmänt**

Fusionsförordningen antogs för att det fanns ett behov av ett speciellt kontrollinstrument för att komma åt sådana transaktioner som innebär bestående förändringar i marknadsstrukturen inom gemenskapen.<sup>1</sup> Sådana transaktioner hade visat sig vara svåra att kontrollera inom ramen för de ursprungliga kontrollinstrumenten i artikel 81 och

---

<sup>1</sup> Fusionsförordningen, ingressen, p. 6.

artikel 82.<sup>2</sup> Industrin hade dessutom uttryckt en önskan om ett särskilt regelverk för koncentrationskontroll. Anledningen till detta var att man ville ha en snabbare procedur för att få en fusion godkänd samt en konkurrensrättslig bedömning av fusioner som var mer anpassad till dess speciella natur.<sup>3</sup> Även medlemsstaternas tidigare motvilliga inställning till en fusionskontroll hade förändrats till följd av Kommissionens utvidgade praxis att använda sig av artikel 81 och artikel 82 för att kontrollera fusioner. Det ansågs mer lämpligt att ha ett klart regelverk för hur fusioner kunde förbjudas än att ha en rättslig ram som utvecklades successivt genom prejudikat.<sup>4</sup>

Kriteriet för fusionsförordningens tillämplighet är att en transaktion kan kategoriseras som en *koncentration*. Vad som ses som en koncentration i förordningens bemärkelse kan skiljas från vad som endast ses som konkurrensbegränsande samarbete mellan företag. Det krävs endast en låg grad av interaktion mellan företag för att ett samarbete skall anses föreligga medan samarbete mellan företag skall vara relativt omfattande för att en koncentration skall anses föreligga. Medan en koncentrationslagenlighet prövas under fusionsförordningen prövas samarbeten under artikel 81 som förbjuder konkurrensbegränsande avtal.

EG:s fusionskontroll riktar sig mot sådan koncentration av marknadsstyrka som innebär att konkurrensen på en viss marknad hotas på lång sikt.<sup>5</sup> Med koncentrationsbegreppet vill man därför träffa transaktioner som sett från dess ekonomiska verkningar påverkar konkurrensen i ett långvarigt perspektiv. För att man under koncentrationsbegreppet skall kunna ta hänsyn till en koncentrations verkliga effekt krävs det att man vid en bedömning har rätt att göra en materiell prövning utifrån föreliggande fakta istället för att endast göra en rent formell prövning. Detta har möjliggjorts genom att definitionen av en koncentration i fusionsförordningens artikel 3(1) har fått en relativt flexibel utformning:

”En koncentration skall anses föreligga om:

- a) två eller flera *tidigare självständiga företag* slås samman, eller
  - b) en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag, eller
- ett eller flera företag

---

<sup>2</sup> Med detta avses artikel 81 och artikel 82 i Romfördraget som förbjuder konkurrensbegränsande avtal samt ett företags missbruk av en dominerande ställning på marknaden.

<sup>3</sup> Korah, EC Competition Law and Practice, s. 263.

<sup>4</sup> Broberg, Jurisdiction under the Merger Control Regulation, s.59.

antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt *direkt eller indirekt får kontroll* helt eller delvis över ett eller flera företag.”

## 2.2 Kontrollbegreppet

Kontroll är ett nyckelbegrepp vid bestämmande av om en koncentration är för handen. En utveckling av det kontrollbegrepp som nämns i fusionsförordningens art 3(1) har därför gjorts i artikel 3(3):

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

- a) äganderätt eller nyttjanderätt till ett företags samtliga tillgångar eller en del av dessa.
- b) rättigheter eller avtal som ger ett avgörande inflytande på sammansättningen av företagets organ och deras voteringar eller beslut.”

Även om kontrollbegreppet är preciserat i sin utformning finns det flera tveksamheter kring dess räckvidd. En första fråga som uppkommer är vilken grad av inflytande som krävs för att kontroll skall anses föreligga. I artikel 3(3) sägs visserligen att inflytandet skall vara avgörande men detta är inte särskilt klargörande om det inte sätts i ett sammanhang. En annan fråga är vad i ett företags verksamhet som man skall ha kontroll över för att kontrollen skall vara av relevans. Detta framgår inte alls av artikeln utan har helt lämnats till Kommissionen för tolkning. Slutligen kan man fråga sig om det har någon betydelse på vilket sätt ett kontrollförhållande uppstår. Detta besvaras inte heller i artikel 3(3) även om det genom användning av lokutionen ”särskilt genom” framgår att uppräkningsarna i a) och b) endast är exempel. Dessa olika frågeställningar kommer att utvecklas närmare i det följande.

### 2.2.1 Avgörande inflytande

Kontroll enligt definitionen i artikel 3(3) erhålls om rättigheter som ett företag förvärvar i ett annat ger det förvärvande företaget möjlighet att utöva ett *avgörande inflytande* över

---

<sup>5</sup> Broberg, Jurisdiction to Scrutinize Mergers, s. 63.



det andra företaget. Denna definition av kontroll kommer från den avgränsning som Kommissionen i sin tidigare praxis under artikel 81 gjort mellan avgörande inflytande, inflytande och inget inflytande. Att någon får ett avgörande inflytande över ett företag innebär att en koncentration föreligger som skall prövas under fusionsförordningen. Att någon endast har inflytande över ett annat företag innebär att art 81 kan bli tillämplig på transaktionen. Om inget inflytande föreligger hamnar transaktionen helt utanför EG-rättens tillämpningsområde.

När fusionsförordningen antogs ville man inte ställa upp bestämda gränser för när de olika graderna av inflytande övergår i varandra. Man kan ändå se en tydlig skiljelinje mellan hur Kommissionen bedömt skillnaden mellan avgörande inflytande och enbart inflytande före och efter fusionsförordningens antagande.<sup>6</sup> Utvecklingen har gått i den riktningen att fler och fler sammanslagningar anses leda till att ett företag får ett avgörande inflytande över ett annat. Detta beror förmodligen på att det gjorts påtryckningar från berörda parter att en transaktion skall behandlas under fusionsförordningen istället för under artikel 81.<sup>7</sup> Ett exempel på denna utvidgning är att Kommissionen bedömt fall där inget ägarinflytande finns som en koncentration då annat inflytande som ansetts tillräckligt för att konstituera kontroll föreligger.<sup>8</sup> Ett annat exempel är att gemensam kontroll ansetts föreligga endast på grund av att två aktieägare har ett gemensamt intresse och därför kan förväntas agera samordnat i ett företag med ett flertal minoritetsaktieägare<sup>9</sup>. Ett mer extremt fall är att minoritetsaktieägare ansetts ha kontroll över företag enbart på grund av att dessa skall konsulteras innan viktiga beslut fattas, det vill säga utan att någon vetorätt föreligger.<sup>10</sup> Detta är exceptionella fall som oftast beror på speciella omständigheter i förevarande fall snarare än ett ställningstagande från Kommissionen. Ändå visar dessa fall på att begreppet avgörande inflytande på intet sett är statiskt utan verkligen har fått den flexibilitet som grundarna

---

<sup>6</sup> Exempel på detta är att man i Philip Morris-fallet, som avgjordes innan fusionsförordningens antagande, ansåg att endast hela fusioner, 100% förvärv eller sådana förvärv som i annat fall gav ensam kontroll skulle anses medföra ett avgörande inflytande.

<sup>7</sup> Anledningen till att företag vill att en transaktion behandlas under fusionsförordningen är dels att den konkurrensrättsliga bedömningen är mer förmånlig än under artikel 81, dels att alla transaktioner bedöms inom en månad från det att anmälan skett. Se vidare om detta Korah, s. 263.

<sup>8</sup> Se om detta nedan 2.3.3.

<sup>9</sup> Se om detta nedan 2.3.4.

<sup>10</sup> I Sanofi/Sterling Drug (p.7) ansågs en minoritetsägare ha gemensam kontroll på grund av att styrelsen innan de fattade beslut om bland annat affärsplan var tvungen att konsultera aktieägaren.

åsyftade. Att sätta upp riktlinjer för vad som är avgörande inflytande generellt sett är därför vanskligt.

### 2.2.2 Ett företags affärsstrategi

Fusionsförordningen är enligt den terminologi som Kommissionen använder i sitt tillkännagivande om begreppet koncentration endast tillämplig på förändringar i kontroll över ett *företags affärsstrategi*. Denna avgränsning följer ej av förordningens ordalydelse men är motiverad då syftet med förordningen är att kontrollera bestående förändringar som påverkar affärsverksamhet och konkurrens mellan företag.<sup>11</sup> Minoritetsskydds rättigheter som en aktieägare har endast för att skydda sin egen investering anses inte vara tillräckliga för att ge upphov till kontroll. I Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration ges som exempel på sådana minoritets rättigheter: ändring av bolagsordning, ökning eller minskning av kapital eller beslut om likvidation.<sup>12</sup> I praxis har även exempelvis veto över beslut om ändring av verksamhetsinriktning ansetts vara en minoritets rättighet.<sup>13</sup> Det är trots Kommissionens senare förtydligande inte helt klart vad som kan anses vara en minoritets rättighet. Vissa rättigheter anses ibland vara minoritets rättigheter men i andra fall bidra till att kontroll uppstår. Exempel på detta är veto över godkännande av årsredovisning.<sup>14</sup> Varför samma typ av vetorätt bedöms olika från fall till fall framgår ej av Kommissionens motivering vilket bidrar till ytterligare oklarhet.

Om mer extensiva rättigheter ges till en minoritetsaktieägare kommer dock inte dessa att förbises bara för att denne är en investerare som i normalfallet ej deltar i ett företags strategiska beslut.<sup>15</sup> I tillkännagivandet om begreppet koncentration ges exempel på vilka slags vetorätter som kan sägas avse strategiska beslut.<sup>16</sup> Detta är förmodligen vägledande även för kontrollbegreppet i övrigt. Den vetorätt som ger upphov till gemensam kontroll rör vanligen frågor om budget, affärsplan, stora investeringar eller

---

<sup>11</sup> Cook/Kerse, s. 331.

<sup>12</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 22.

<sup>13</sup> LSG/Onexcorp/Skychefs/Caterair (p. 7-8).

<sup>14</sup> I Gefco/Kn Elan (p. 7), säger Kommissionen att detta i normalfallet är en minoritets rättighet, medan denna rättighet i exempelvis Edon/Rova/Reco (p. 9-10) räknas upp bland de faktorer som konstituerar gemensam kontroll.

<sup>15</sup> Cook/Kerse, s. 331.

<sup>16</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 23.

utnämning av högsta ledningen, vilka således kan anses vara strategiska beslut.<sup>17</sup> Man kan tänka sig att graden av inflytande vägs mot vilken typ av beslut det handlar om.

### **2.2.3 Varaktig strukturell förändring**

Med fusionsförordningen avser man kontrollera bestående strukturförändringar på marknaden. Detta innebär att koncentrationsbegreppet endast träffar sådana förfaranden som leder till en varaktig förändring i de inblandade företagens uppbyggnad.<sup>18</sup>

Vad som är en varaktig förändring får bedömas från fall till fall. Till exempel innebär det faktum att någon innehar ett avgörande inflytande under en kortare tid inte att kontroll föreligger ens tillfälligt. Ett belysande fall för hur det kan vara avgörande under hur lång tid någon innehar en vetorätt är Albacom-beslutet. I det fallet hade en aktieägare under en treårsperiod sådana rättigheter att han under denna period ansågs inneha gemensam kontroll tillsammans med en annan aktieägare. Att rättigheterna efter denna period övertogs av den andra aktieägaren ansågs innebära att denne aktieägare redan från början hade ensam kontroll.<sup>19</sup> Ett annat exempel på hur kravet att det skall röra sig om en långvarig strukturell förändring kan påverka bedömningen av en kontrollrelation är behandlingen av vertikala avtal. Anledningen till att vertikala avtal inte anses ge upphov till kontroll under artikel 3(3) är att det är svårt att se en avtalsrelation som så permanent att den ger upphov till en bestående förändring.

Det finns dock även vissa kontrollförhållanden där det är tveksamt om det någonsin kan vara fråga om ett varaktigt förhållande. Exempel på sådana förhållanden är de sådana skiftande allianser som kan uppstå då en minoritetsaktieägare har tillräckligt många rösträttigheter för att kunna vara tungan på vågen vid en deadlock-situation mellan två större aktieägare. Även om minoritetsägaren kan sägas ha ett avgörande inflytande är denna form av skiftande allianser något som inte anses ge ens gemensam kontroll. Anledningen är att de inte ger upphov till en sådan långvarig relation som är nödvändig för att ge en bestående strukturförändring.<sup>20</sup> Ett annat exempel på rättigheter som ej anses vara bestående är framtida rättigheter i form av optioner eller liknande. Visserligen

---

<sup>17</sup> Se mer om vetorätt för att uppnå gemensam kontroll under 2.3.2.

<sup>18</sup> Fusionsförordningen, ingressen, p. 23.

<sup>19</sup> Albacom, p. 19.

<sup>20</sup> Cook/Kerse, s. 331.

räcker det enligt artikel 3(3) att någon har möjlighet att utöva ett avgörande inflytande, även om denna möjlighet inte utnyttjas. Ändå har framtida rättigheter i praxis inte ansetts vara tillräckligt för att ge upphov till kontroll.<sup>21</sup>

#### 2.2.4 Tidigare självständiga företag

För att en kontrollförändring skall föreligga krävs att de företag som ingår i en koncentration inte var under varandras kontroll innan den aktuella transaktionen. Det är det som menas med att en koncentration enligt artikel 3(3) endast kan skapas av två eller flera tidigare självständiga företag. Inom koncentrationsbegreppet görs därför två kontrollbedömningar i olika led. Först avgörs om man överhuvudtaget har att göra med två självständiga företag genom att man tittar på bindningar till andra företag. Sedan bedömer man om det genom en transaktion sker sådana kontrollförändringar att en koncentration kan anses uppstå. Kommissionen har inte fastslagit vilket kontrollbegrepp som skall användas för att avgöra om ett företag är självständigt. Enligt min mening bör man använda sig av kontrollbegreppet i artikel 3(3) då det leder till en kongruens med efterföljande bedömning. I brist på vägledning finns dock möjligheten att Kommissionen använder sig av ett annat kontrollbegrepp. Detta mot bakgrund av att Kommissionen i övrigt ej varit konsekvent i sin användning av olika kontrollbegrepp.

I doktrinen har förespråkats att man vid tolkningen av vad som är ett självständigt företag bör använda sig av ett från artikel 3(3) fristående kontrollbegrepp. Enligt Hawk/Huser bör till exempel självständiga företag definieras utifrån det kontrolltest som finns i artikel 5(4) snarare än utifrån de som finns i artikel 3(3).<sup>22</sup> Deras motivering är att Kommissionen verkar använda sig av ett kontrollbegrepp liknande det i artikel 5(4) då den bedömer transaktioner mellan statsägda företag.<sup>23</sup> Även Cook/Kerse förespråkar att man använder sig av ett annat kontrolltest än det som finns i artikel 3(3). De hänvisar i sin analys av begreppet självständiga företag till och med till det kontrollbegrepp som utvecklats kring artikel 81.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Bellamy/Child, *Common Market Law of Competition*, s. 310.

<sup>22</sup> Hawk/Huser, s. 34.

<sup>23</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 8.

<sup>24</sup> Cook/Kerse, s. 326.

Enligt min mening är det orimligt att bedöma vilka företag som är självständiga utifrån ett annat kontrollbegrepp än det som finns i artikel 3(3). Vad som skall bedömas är om det redan innan transaktionen *fanns* en koncentration vilket får till följd att någon koncentration ej kan anses ha *uppstått*. Huruvida det föreligger en koncentration kan enligt min mening endast bedömas utifrån begreppet i artikel 3(3). Om man skulle använda sig av en snävare kontrolldefinition än den som finns i artikel 3(3) skulle ju detta få till följd att en koncentration kan anses ha uppstått fastän en sådan redan förelåg. Detta då en snävare definition kanske leder till att en företagsgrupp inte anses föreligga fastän en koncentration skulle anses föreligga.

### **2.3 Olika sätt att uppnå kontroll**

I princip saknar det betydelse på vilket sätt kontroll över ett företag erhålls. Även om det vanliga är att kontroll erhålls genom innehav av en majoritet av aktierna eller rösterna är det möjligt att kontroll uppkommer endast på grund av aktieägar- eller managementavtal, finansiella bindningar, gemensamma företagsledningsfunktioner eller annat inflytande på ett företags ledning.<sup>25</sup> Eftersom koncentrationsbegreppet skall spegla den ekonomiska verkligheten är det enligt min mening rimligt att man på detta sätt tittar på innebörden av en transaktion istället för på dess form.

I det följande kommer jag växelvis att beröra ensam och gemensam kontroll. Detta är begrepp som används av Kommissionen. Med ensam kontroll menas att endast ett företag har kontroll över målföretaget. Med gemensam kontroll menas att flera företag kontrollerar målföretaget genom att dessa företag måste komma överens om de viktigare besluten angående det gemensamma företaget.

#### **2.3.1 Ägarinflytande**

Om en aktieägare innehar mer än hälften av rösterna i ett företag ger det upphov till en presumtion för att ensam kontroll föreligger.<sup>26</sup> I de fall då det inte finns någon aktieägare med absolut majoritet är situationen mer oklar. Ensam kontroll kan uppstå

---

<sup>25</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 8-12.

<sup>26</sup> A.a, p. 13.

i sådana fall då speciella legala rättigheter är kopplade till aktieägandet såsom rätten att utse en majoritet av styrelsen.<sup>27</sup> En minoritetsaktieägare kan också få de facto ensam kontroll i sådant fall då aktieägandet i övrigt är utspritt på många minoritetsägare. Det är i sådant fall ovanligt att alla ägare kommer på bolagsstämman och en minoritetsägare kan då få kontroll trots att hans aktieinnehav är litet. I Arjomari/Wiggins Teape Appleton-fallet kom Kommissionen fram till att Arjomaris innehav på 39% gav möjlighet att utöva ett avgörande inflytande. Detta berodde på att övriga aktieägare hade högst 4% vardera och att tidigare närvaro vid bolagsstämma visade på att 39% ägande i praktiken garanterade att Arjomari kontrollerade företaget.

Om två aktieägare innehar hälften vardera av rösträttigheterna i ett företag leder det till en presumtion för att gemensam kontroll föreligger. Om däremot en aktieägare har endast en stor del av aktierna föreligger inte gemensam kontroll om det inte finns något annat som gör att aktieägaren har ett större inflytande än ägarandelen visar. Sådana avtal eller situationer kan å andra sidan ge upphov till kontroll även om ett ägarinflytande helt och hållet saknas. Det finns således ingen undre gräns av aktieägarinflytande där kontroll ej längre kan uppkomma. I ett flertal fall har Kommissionen ansett att minoritetsintressen under 5 % gett upphov till kontroll i sådana fall då aktieägaren även har vetorätt över exempelvis budget eller affärsplan.<sup>28</sup> Ett företag har till och med ansetts få kontroll över ett annat utan att inneha några aktier överhuvudtaget.<sup>29</sup>

### 2.3.2 Aktieägar- och managementavtal

Aktieägaravtal som endast speglar det inflytande som aktieägare har till följd av sina andelar i ett bolag ger inte upphov till en koncentration då de inte förändrar kontrollen över affärsstrategiska beslut. Om däremot en aktieägare genom ett aktieägaravtal får större inflytande över ett företags affärsstrategi än hans aktieandel visar kan detta avtal anses innebära en kontrollförändring. Ett aktieägaravtal kan ge en minoritetsägare ensam

---

<sup>27</sup> A.a, p. 14.

<sup>28</sup> Se tex Sappi/DLJMB/UBS/Warren, där två ägare av respektive 2,2% och 10,8% av aktierna fick gemensam kontroll på grund av deras godkännande krävdes för antagande av budget och affärsplan.

<sup>29</sup> I Volkswagen/VAG-fallet ansågs Volkswagen, trots att de inte ägde några aktier, ha gemensam kontroll med Lonhro, som ägde alla aktier på grund av att Volkswagen deltog i en kommitté som beslutade om bolagets kommersiella policy.

kontroll ifall avtalet ger ägaren rätt att ensamt bestämma målföretagets affärsstrategi, till exempel genom att utse majoriteten av styrelsens ledamöter. Vanligare är dock att endast gemensam kontroll uppkommer genom tecknande av aktieägaravtal. Detta är fallet då en minoritetsaktieägare ges vetorätt över ett företags affärsstrategi eller då denne ges rätt att utse hälften av styrelsens ledamöter och styrelsen i sin tur beslutar om företagets affärsstrategi.<sup>30</sup>

Det svåra momentet vid avgörande av om en vetorätt leder till kontroll ligger i att bedöma om vetorätten berör affärsstrategiska beslut. Hur olika typer av vetorätter skall betraktas har därför reglerats i Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration där det ges exempel på sådana vetorätter som anses ge kontroll. De vetorätt som nämns är sådana som berör beslut om utnämning av företagsledning, fastställande av budget eller affärsplan, beslut om investeringar samt beslut om marknadsspecifika rättigheter.<sup>31</sup> Det förefaller som om Kommissionen menar att även vetorätter över andra typer av beslut kan spela in vid bedömning av om gemensam kontroll föreligger. Det råder dock oklarhet i hur stor kontroll olika vetorätter ger.

Kommissionen anser att det kan räcka med innehav av en enda vetorätt för att kontroll skall anses föreligga. Om så är fallet eller inte ”avgörs av det exakta innehållet i själva vetorätten, liksom betydelsen av denna vetorätt i det gemensamma företagets verksamhet”.<sup>32</sup> En vetorätt som varken gäller affärsstrategi, affärsplan eller budget kan enligt Kommissionen inte ensamt ge upphov till gemensam kontroll.<sup>33</sup> Detta gör att beslut om investeringar, beslut om marknadsspecifika åtgärder samt eventuella andra vetorätter som inte ses som en minoritetsrättighet endast kan ses som ett slags ”plusfaktorer”.<sup>34</sup> Det förefaller dock som om detta endast är ett riktmärke. Kommissionen har visserligen i Gefco/Elan-beslutet sagt att en vetorätt över endast investeringsbeslut inte innebär kontroll.<sup>35</sup> Detta berodde dock endast på att stora investeringar inte var betydelsefulla på den marknad företaget var aktivt. Det saknade alltså betydelse att ingen annan vetorätt förelåg utan avgörande var betydelsen av denna vetorätt i det gemensamma företagets verksamhet. Exempel på när Kommissionen tagit

---

<sup>30</sup> Hawk/Huser, s. 18.

<sup>31</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 25-28

<sup>32</sup> A. a, p. 24.

<sup>33</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 29.

<sup>34</sup> Uttrycket används av Hawk/Huser, s. 22.

<sup>35</sup> Gefco/Elan, p. 7.

fasta på det exakta innehållet i en speciell vetorätt är flera. Det är till exempel vanligt att Kommissionen tar fasta på hur långt fram i tiden en affärsplan sträcker sig samt hur stora investeringar det krävs veto för i relation till företagets totala investeringskvot.<sup>36</sup>

I vissa fall kan ett företag anses få kontroll över ett annat utan att det äger några aktier eller tillgångar i det bolaget. Detta är fallet då ett företag har byggt upp sin verksamhet så att en kommitté styr företagets affärsverksamhet och denna kommitté består av parter som inte är aktieägare utan deltar i kommittén endast på grund av sin expertis inom ett område.<sup>37</sup> Huruvida ett sådant avtal ger kontroll beror som i övriga fall på om det berör strategiska beslut, om inflytandet är bestämmande samt om det är bestående. Sådana avtal som endast ger ett företag kontroll över ett annat företags löpande förvaltning anses ej ge kontroll då det ej berör ett företags kommersiella policy.<sup>38</sup>

Den flexibilitet som föreligger vid bedömning av om de rättigheter som finns i ett aktieägar- eller managementavtal ger kontroll kan enligt min mening kritiseras. Grundarna av fusionsförordningen har visserligen tagit avstånd från en klar gräns för vad som innebär kontroll, vilket talar för att lagrummet ger viss tolkningsutrymme. Ändå borde det alltid ställas höga krav på förutsebarhet och klarhet när det handlar om att avgöra jurisdiktion. Klara gränser för vilka vetorätter som kan anses ge kontroll vore därför önskvärt.

### 2.3.3 Gemensamma intressen

Kommissionen har genom sitt tillkännagivande visat att gemensam kontroll kan uppstå även då ingen vetorätt föreligger i sådana fall då enskilda minoritetsägare har gemensamma intressen som gör att man kan förutsätta att de kommer att samarbeta. I första hand visar sig sådant gemensamt intresse genom att flera aktieägare avtalat om att agera samordnat. Detta sker antingen genom att parterna skriver ett avtal där de förbinder sig att handla samordnat eller genom att de placerar sina aktier i ett gemensamt holdingbolag.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Preussag/Babcock/Celsius, p. 18.

<sup>37</sup> Volkswagen/VAG.

<sup>38</sup> Cook/Kerse, s. 239.

<sup>39</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 31.



Kommissionen har även gått ett steg längre och uttalat att två aktieägare, utan att ha ingått ett avtal om att handla samordnat, kan anses ha starka gemensamma intressen som gör att det kan förutsättas att de kommer att handla gemensamt.<sup>40</sup> Att gemensam kontroll uppstår endast på grund av ett presumerat gemensamt intresse är ett osäkert kriterium som har kritiserats i doktrinen.<sup>41</sup> I ett företag med flera minoritetsaktieägare finns en stor risk för uppkomst av fluktuerande allianser mellan ägarna beroende på vilket speciellt beslut som är i fråga. Denna risk gör att en bestående strukturförändring, något som är ett av grundkriterierna för kontrollbegreppet i artikel 3(3), knappast kan anses uppkomma endast på grund av ett förutsatt gemensamt agerande. Kommissionen har uppmärksammat risken i att utnyttja ett sådant flexibelt kriterium för bestämmande av jurisdiktion och har i praktiken även utnyttjat denna möjlighet i få fall. I Philip-Grundig-beslutet ansågs visserligen flera banker som minoritetsägare ha gemensam kontroll endast på grund av ett förutsatt gemensamt intresse.<sup>42</sup> I senare fall har dock Kommissionen poängterat att gemensam kontroll i brist på avtal om att handla samordnat endast kan uppstå i mycket speciella fall. I Nokia/SP Tyres-beslutet ansågs till exempel inte gemensam kontroll föreligga trots att parterna hävdade att ett gemensamt intresse förelåg till följd av tidigare samarbete och att själva förekomsten av ett joint venture berodde på en vilja att handla samordnat.<sup>43</sup>

#### 2.3.4 Vertikala avtal

Av artikel 3(3) fusionsförordningen framgår att kontroll kan erhållas även *på annat vis* än genom köp av säkerheter eller tillgångar eller genom kontrakt. Av tillkännagivandet om begreppet koncentration framgår att Kommissionen ansett att ett *ekonomiskt beroende* är en sådan faktor som kan anses innebära att kontroll erhålls på annat vis. Som exempel på ekonomiskt beroende ges fallet då ”omfattande långfristiga leveransavtal eller krediter som beviljas av leverantörerna eller kunderna tillsammans med strukturella band medför ett bestämmande inflytande”.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> A.a, p. 32.

<sup>41</sup> Cook/Kerse, 343; Hawk/Huser, s. 24-26.

<sup>42</sup> Philip-Grundig, p. IV A.

<sup>43</sup> Nokia/SP Tyres, p. 10.

<sup>44</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 11.

Med uttalandet i tillkännagivandet i åtanke kan man tänka sig att olika vertikala avtal såsom franchising-, återförsäljar- eller agentavtal kan anses utgöra en koncentration. Ännu har dock Kommissionen inte i något fall bedömt att endast ett beroendeförhållande gett upphov till en koncentration. Kommissionen har å andra sidan fastslagit att det faktum att en relation mellan två företag benämns franchising inte förtar möjligheten att franchisegivaren kontrollerar franchisetagaren enligt artikel 3(3). I *Blokker/Toys'R'Us*-beslutet kom det till bedömning om man kunde komma ifrån att ett avtal gav ett avgörande inflytande genom att hänvisa till att det var ett franchisingavtal. Kommissionen ansåg att själva faktumet att det rörde sig om franchising inte betydde att franchisetagaren inte erhållit kontroll då han genom avtalet övertagit tillgångar, investeringar, personal och varumärken från franchisegivaren. Huruvida en kontrollförändring föreligger måste bestämmas utifrån alla de avtal som slutits mellan franchisetagaren och franchisegivaren och en kontrollrelation kan inte uteslutas bara för att en relation benämns franchising.<sup>45</sup>

I doktrinen har man varit tveksam till att se en vertikal relation som en koncentration. Att en koncentration uppstår till följd av ett ekonomiskt beroendeförhållande är enligt *Hawk/Huser* något som sker endast i säregna fall.<sup>46</sup> De menar att det krävs något mer än endast ekonomiskt beroende för att en koncentration skall föreligga eftersom Kommissionen i tillkännagivande om begreppet koncentration nämner strukturella band som ett kriterium för uppkomsten av en kontrollrelation. Även enligt *Cook/Kerse* är det riktigt att Kommissionen ännu inte bedömt en koncentration föreligga på grund av ett vertikalt avtal. Syftet med fusionsförordningen är att täcka situationer då det sker bestående strukturella förändringar i marknadsstrukturen. Enligt *Cook/Kerse* är det inte rimligt att se ett kontraktuellt förhållande som så permanent att det anses ge upphov till en bestående strukturell förändring.<sup>47</sup> Detta är enligt min mening goda argument för att vertikala avtal inte bör ge upphov till en kontrollrelation. Samtidigt finns det som ovan nämnts exempel på att Kommissionen ansett kontroll uppstå trots risk för fluktuerande allianser. Detta är något som talar för att undantag kan göras i kravet på ett det skall röra sig om en bestående förändring.

---

<sup>45</sup> *Blokker/Toys'R'U*-beslutet, särskilt p. 12-16.

<sup>46</sup> *Hawk/Huser*, s. 14.

<sup>47</sup> *Cook/Kerse*, s. 335.

### 3. Kontrollbegreppet vid beräkning av omsättning

#### 3.1 Allmänt

En koncentration måste ha gemenskapsdimension för att fusionsförordningen skall vara tillämplig. Syftet med denna avgränsning är att EU:s organ endast skall granska förvärv som är av sådan omfattning att de kan antas ha effekter även utanför medlemsstaternas nationella gränser. Huruvida ett förvärv har gemenskapsdimension beror på om de företag som är inblandade i transaktionen tillsammans har en omsättning som uppfyller vissa i förordningen uppställda tröskelvärden.<sup>48</sup> Att man avgör ett förvärvs inverkan på marknaden utifrån företagens omsättning bygger på föreställningen att ju större företag som är inblandade i en koncentration ju mer troligt är det att denna har en effekt på EU:s marknad.<sup>49</sup> Omsättningen används därvid som en måttstock på de ekonomiska resurser som slås samman i en koncentration.<sup>50</sup>

Att basera bedömningen av om ett förvärv har gemenskapsdimension på stelbenta tröskelvärden har motiverats med att reglerna bör vara klara och förutsebara för att minimera utrymmet för argumentation om fördelningen av jurisdiktion mellan Kommissionen och medlemsstaterna.<sup>51</sup> Reglerna skall enligt min uppfattning tolkas utifrån denna målsättning men naturligtvis även utifrån syftet som nämns ovan att omsättningskriterierna skall återspegla förvärvets effekter på gemenskapens marknad. Dessa två ändamål talar i många fall för olika tolkningar. Medan avsikten att skapa en tydlig regel talar för en formell tolkning av lagrummet föranleder avsikten att återspegla förvärvets verkliga effekt en mer flexibel tolkning.

---

<sup>48</sup> Huvudregeln i artikel 1(2) är att den sammanlagda globala omsättningen för de berörda företagen skall överstiga 5000 milj. ECU, samt att vardera företag skall ha en omsättning inom gemenskapen som överstiger 250 milj. ECU om inte varje berört företag får mer än 2/3 av sin omsättning i en och samma medlemsstat. I artikel 1(3) finns en kompletterande regel som tillämpas då de tröskelvärden som anges i artikel 1(2) inte är uppfyllda.

<sup>49</sup> Jones/Gonzalez, *The EEC Merger Regulation*, s. 26.

<sup>50</sup> Tillkännagivande om beräkning av omsättning, p. 3.

<sup>51</sup> Broberg, *Jurisdiction under the Merger Control Regulation*, s. 59, not 16.

Eftersom omsättningen skall spegla koncentrationens effekt på marknaden är det logiskt att även ta hänsyn till närstående företags omsättning i bedömningen. Detta då de berörda företagen kan använda sig av hela gruppens resurser och samordna sitt beteende inom gruppen. För att bestämma vad som är del av varje berört företags ekonomiska enhet har man i artikel 5(4) gjort en definition av kontroll som till stor del skiljer sig från det som gjorts i artikel 3(3). Medan kontroll i artikel 3(3) beskrivs i generella ekonomiska termer definieras kontroll i artikel 5(4) väldigt preciserat med användning av fyra olika kriterier. Att man valde att använda sig av ett mer formalistiskt kontrollbegrepp grundade sig i ovan nämnda syfte att jurisdiktionsreglerna skall vara förutsebara och lättillämpbara.<sup>52</sup>

Omsättningen för ett berört företag beräknas genom att man summerar omsättningen för;

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

### 3.2 Kontrollbegreppet

Vid beräkning av omsättning för att avgöra om en koncentration har gemenskapsdimension måste man bedöma relationer mellan företag i två steg utifrån två olika kontrollbegrepp. Först måste man avgöra vilka som är de berörda företagen.<sup>53</sup> I denna bedömning ingår att avgränsa vad som egentligen är ett företag, vilket enligt min mening i sig bygger på ett särskilt kontrollbegrepp. När man bestämt vilka som är av en transaktion berörda företag beräknar man varje berört företags

---

<sup>52</sup> Jones/Gonzales, s. 27.

<sup>53</sup> För detta finns vägledning i Kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag.

omsättning genom att slå samman dess omsättning med omsättningen för hela den ekonomiska enhet som det berörda företaget är en del av. I denna del tittar man på vad som är ett närstående företag utifrån det kontrollbegrepp som finns i artikel 5(4).

### **3.2.1 Berört företag**

Vid fastställande av vad som är ett berört företag tittar man på vad som kan ses som ett och samma företag. I fusionsförordningen finns ingen särskild definition av detta. Man kan därför tänka sig att denna bedömning baserar sig på den teori om vad som är en självständig ekonomisk enhet som tidigare utvecklats i praxis kring artikel 81 eller artikel 3(3). Avgörande är enligt denna praxis att man ser till en grupps funktionella samband snarare än dess legala form.<sup>54</sup> En ekonomisk enhet kan därför bestå av ett företag, flera företag, ett joint venture eller ett partnerskap beroende på om enheten har ekonomisk självständighet.<sup>55</sup> Det förefaller dock som om Kommissionen utvecklat en speciell teori om vad som kan anses vara ett företag under fusionsförordningen utan att stödja det varken på praxis under artikel 81 eller något av kontrollbegreppen i artikel 3(3) eller 5(4).

Ett belysande fall för hur företagsbegreppet definierats är Price Waterhouse/Cooper & Lybrand-beslutet. Kommissionen visar där att gränserna för vad som ses som ett och samma företag vid beräkning av omsättning är tänjbara och saknar den stringens som i övrigt finns i artikel 5(4). Fallet rörde en fusion mellan två stora internationella revisionsbolag. Båda bolagen var till en början uppbyggda som internationella nätverk med nationella självständiga företag som följde gemensamma yrkes- och tjänstestandarder. Företagen inrättade efter en tid en central kombinationsstyrelse som gav vägledning till de nationella företagen, för att bättre utnyttja nätverkets resurser. Kommissionen ansåg att Price Waterhouse genom inrättande av styrelsen hade en tillräckligt centraliserad organisation för att dess nationella partnerskap tillsammans bildade en ekonomisk enhet vid beräkning av tröskelvärden.

Det kan enligt min mening ifrågasättas att man behandlar sådant samarbete som det inom Price Waterhouse som ett och samma företag. Detta då man enligt

---

<sup>54</sup> Se om detta till exempel Viho mot Kommissionen.

artikel 3(3) och artikel 5(4) har varit försiktig med att behandla franchising och liknande arrangemang som ett förhållande byggt på kontroll. I jämförelse mellan vad som är ett och samma företag och vad som är ett närstående företag eller en koncentration bör man enligt min mening ställa högre krav på vad som är ett och samma företag. Vad som är en enhet bör nämligen ha snävare gränser än vad som är en sammanslagning av flera enheter eller flera relaterade företag.

### 3.2.2 Närstående företag

Om ett företag ingår i den grupp vars omsättning skall tas med vid beräkning av tröskelvärden beror på dess relation till ett berört företag. Den relation som är av relevans bygger på olika former av kontroll. De tre första kriterierna i artikel 5(4) beskriver olika former av majoritetskontroll och är därför preciserade i sin utformning. Det sista kriteriet beskriver en mer allmän rätt att styra ett företag och är ett mer flexibelt begrepp. Det är oklart till vilken grad dessa olika former av kontroll egentligen skiljer sig från det avgörande inflytande som krävs enligt artikel 3(3). Lagrummet är överhuvudtaget inte utformad utifrån den konkurrensrättsliga uppdelningen mellan inflytande och avgörande inflytande som tagits från praxis kring artikel 81. Förmodligen beror detta på att förordningens grundare inte trodde att tolkningen av artikel 5(4) skulle innebära några tolkningsproblem då där uppställs klart definierade kriterier. Ändå har lagrummets räckvidd lett till mycket diskussion både i praxis och doktrin. Detta beror enligt min mening såsom nedan kommer att visas inte främst på lagrummets oklarhet utan snarare på den vilja som Kommissionen visat till att utvidga lagrummets tillämpningsområde.

#### 3.2.2.1 Tolkningen av artikel 5(4) i skenet av artikel 3(3)

Grundarna av fusionsförordningen hade två syften med utformningen av artikel 5(4). Det första var såsom ovan nämnts att göra en klar regel som var lätt att tillämpa. Det andra var att göra ett annat test än det som finns i artikel 3(3) genom att ställa högre krav på den grad av inflytande som behövs för att kontroll skall anses uppstå.<sup>56</sup> Vid fusionsförordningens införande var också den allmänna uppfattningen att kraven som

---

<sup>55</sup> Cook/Kerse, s. 72

uppställs i artikel 5(4) är strängare än de som finns i artikel 3(3).<sup>57</sup> Artikel 5(4) var ett rent formellt kontrollbegrepp medan kontrollbegreppet i artikel 3(3) var reellt, med möjlighet till rena in casu bedömningar.

Det finns flera faktorer som talar för att kontrollbegreppet i artikel 3(3) och det i artikel 5(4) ska hållas åtskilda. För det första talar själva användningen av två olika definitioner för att dessa inte ska sammanblandas. Det är tydligt att grundarna såg det som önskvärt att ha två olika kontrollbegrepp då dessa fyllde olika syften. Detta har dessutom bekräftats av Kommissionen i dess tillkännagivande om beräkning av omsättning.<sup>58</sup> Dessutom talar begreppens olika uppbyggnad för att dessa inte skall tolkas enhetligt. I artikel 3(3) saknar det betydelse på vilket sätt kontroll uppstår då det sägs att kontroll uppstår genom köp av tillgångar eller säkerheter eller genom kontrakt eller *på annat vis*. I artikel 5(4) används istället en uttömmande uppräknning av faktorer som kan leda till kontroll. Det verkar dessutom som om grundarna avsett att testet om avgörande inflytande under artikel 3(3) kräver lägre grad av inflytande för att kontroll skall konstitueras vilket även det talar för en särskiljbarhet.<sup>59</sup>

Samtidigt finns det flera faktorer som talar för att begreppen bör påverka varandra. Det mest framträdande är att det underlättar tillämpningen av fusionsförordningen att använda sig av ett enhetligt kontrollbegrepp. En annan sak som talar för att artikel 3(3) bör påverka artikel 5(4) är att detta skulle ta bort den stelhet som lagrummet ger uttryck för. Detta argument är dock inte särskilt övertygande då lagrummets stelhet beror på det bakomliggande syftet att beräkning av tröskelvärde skall vara förutsägbar. I vissa fall skulle dock en tolkning i skenet av artikel 3(3) faktiskt kunna bidra till att tolkningen av artikel 5(4) blir mer förutsebar. I Kommissionens praxis görs ofta en mer ingående motivering vid bedömningen av om en ekonomisk enhet i form av en koncentration föreligger än vid bedömningen av om en ekonomisk enhet föreligger vid beräkning av omsättning. Att hämta vägledning

---

<sup>56</sup> Hawk/Huser, s. 99.

<sup>57</sup> A.a.s.

<sup>58</sup> Tillkännagivande om beräkning av omsättning, p.40.

<sup>59</sup> O'Keeffe, Merger Regulation Thresholds: An Analysis of the Community-dimension Thresholds in Regulation 4064/89, s.25. Jämför detta med Tillkännagivande om beräkning av omsättning, p. 42, där det sägs om artikel 5 respektive artikel 3 att "medan den förra är enklare och lättare att bevisa på basis av faktiska sakförhållanden, är den senare mer krävande eftersom ingen koncentration uppkommer om ingen kontroll förvärvas".

från praxis kring artikel 3(3) skulle därför i vissa fall ge större förutsebarhet än en fristående tolkning av artikel 5(4), utan något som helst stöd i praxis från vare sig artikel 3(3) eller 5(4), skulle ge.

I den tidiga tillämpningen av fusionsförordningen upprätthölls den åsyftade gränsen mellan artikel 3(3) och artikel 5(4) även i Kommissionens praxis. Endast då ett företag i ett berört företag innehade någon av de legala rättigheter som nämns i de fyra kriterierna i artikel 5(4) betraktades det som ett närstående företag. Kontroll i form av att sådana rättigheter förelåg de facto ansågs vara för handen endast då det fanns tydlig bevisning om detta. Ett exempel på detta är Arjomari/Wiggins Teape-beslutet. Där bedömdes, som ovan sagts, ett 39% ägande leda till att en koncentration förelåg. Vid beräkning av omsättning sågs dock inte ett 45 % ägande som tillräckligt för att kontroll enligt artikel 5(4) var för handen. Även om detta ägande förmodligen var tillräckligt för att utse en majoritet av styrelseledamöterna så fanns det inget bevis för att denna möjlighet utnyttjades. Detta gjorde att kontroll ej ansågs föreligga.<sup>60</sup>

Trots att övervägande skäl enligt min mening talar för att hålla begreppen åtskilda har den klara gränsen mellan artikel 3(3) och artikel 5(4) allt eftersom suddats ut genom Kommissionens praxis. Ett exempel på denna ändrade attityd är att Kommissionen visat att gemensam kontroll kan föreligga enligt artikel 5(4) även i sådana fall då lagrummet inte ger utrymme för det, något som förmodligen baseras på en analogi till kontrollbegreppet i artikel 3(3).<sup>61</sup> Detta leder till frågan om det fortfarande är någon skillnad mellan det kontrollbegrepp som finns i artikel 3(3) och det som finns i artikel 5(4)? Vissa anser att Kommissionen, främst med sitt tillkännagivande om beräkning av omsättning, gått så långt att de ersatt de klara gränser som finns i artikel 5(4) med den bedömning som görs under artikel 3(3).<sup>62</sup> Andra anser att Kommissionen endast suddat lite på gränserna utan att för den skull ändrat på de båda begreppens distinktion.<sup>63</sup> Klart är i alla fall att de olika kontrollbegreppen påverkar varandra och att artikel 5(4) förlorat mycket av sin klarhet till följd av detta.

---

<sup>60</sup> Arjomari/Wiggins Teape, p. 6.

<sup>61</sup> Se vidare om detta nedan 4.2.2.3

<sup>62</sup> Hawk/Huser, s. 100.

<sup>63</sup> Se Broberg, Jurisdiction to Scrutinize Mergers, s. 65, not 13.



### 3.2.2.2 *Formell eller verklig kontroll*

De fyra alternativa kriterierna i artikel 5(4) är uttömmande. Det kan dock vara så att flera kriterier uppfylls av ett och samma företag eller att två olika företag har kontroll genom att uppfylla två olika kriterier. Om det första kriteriet är uppfyllt så är automatiskt förmodligen de andra tre också det. Även om det första inte är uppfyllt kan i många fall de andra vara det genom att aktieägare eller annan getts vissa rättigheter genom avtal. Det finns således en inbyggd hierarki mellan kriterierna även om dessa är fristående.<sup>64</sup> Det kan dock uppstå en situation då något av de fyra kriterier är uppfyllt utan att någon verklig kontroll föreligger. Exempel på detta är när någon visserligen äger hälften av aktiekapitalet men de aktier denne äger saknar röstvärde. Frågan är om en grupp då skall anses föreligga. På samma sätt uppstår frågan om kontroll skall anses föreligga då inga kriterier är uppfyllda men det ändå föreligger verklig kontroll.

Om man ser till förordningens ordalydelse och dess bakomliggande syfte kan man utgå från att kontroll alltid kommer anses föreligga i sådana situationer då något kriterium är uppfyllt även om det inte föreligger någon kontroll i realiteten. Likaså talar samma faktorer för att kontroll aldrig kommer kunna baseras på något annat än de fyra kriterierna. En annan tolkning av artikel 5(4) skulle innebära att man vid varje bedömning av en relation måste använda sig av ytterligare ett kontrollbegrepp än det som finns i artikel 5(4). Detta skulle strida mot grundarnas syfte att hålla begreppen åtskilda. Om man däremot tittar till den utvidgning av artikel 5(4) som Kommissionen gjort under senare år anser jag att man inte kan se begreppet som så statiskt som först åsyftades.<sup>65</sup> Det kan dessutom stämma med syftet att spegla en ekonomisk verklighet att i varje fall göra en bedömning av om reell kontroll föreligger. I de fall då Kommissionen gjort en utvidgning av tillämpningsområdet för artikel 5(4) har det dock handlat om just extensiv tolkning och inte om *e contrario* eller analogi slut. Att kontroll anses föreligga utan att något av de fyra kriterierna är uppfyllt är därför enligt min mening osannolikt. Likaså är det inte troligt att kontroll inte anses föreligga då något kriterium är uppfyllt.

---

<sup>64</sup> A.a, s. 68.

<sup>65</sup> Exempel på vad jag menar med att 5(4) tolkas vidsträckt är att kontroll ansetts föreligga även då en majoritet föreligger endast *de facto*, se 4.3.1, att gemensam kontroll ansetts föreligga i ett flertal fall, se 4.2.2.3, samt att det fjärde kriteriet i art 5(4) tolkats vidsträckt, se 4.3.2.

### 3.2.2.3 Gemensam kontroll

Under artikel 3(3) finns det genom Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration en väl utvecklad praxis om när gemensam kontroll över en koncentration föreligger.<sup>66</sup> Vid fastställande av vad som är en ekonomisk enhet vid beräkning av omsättning talas endast om gemensam kontroll i två avseenden. Dels i artikel 5(4)e där det sägs att då två närstående företag gemensamt kontrollerar ett tredje företag även det tredje företaget skall anses vara ett närstående företag. Dels i artikel 5(5) där det sägs att om två berörda företag gemensamt kontrollerar ett tredje skall det tredje företagets omsättning tillräknas de båda berörda företagen på ett särskilt vis.

Med Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning har behandlingen av gemensam kontroll under artikel 5(4) komplicerats. Kommissionen har där visat sin uppfattning att när ett berört företag är gemensamt kontrollerat av två företag skall båda ägarbolagens omsättning tas med i beräkning.<sup>67</sup> Detta motiveras med att man i artikel 5(4)c, som behandlar moderbolag, talar om *de* företag som i ett berört företag har ovan angivna rättigheter. I tillkännagivandet om beräkning av omsättning har Kommissionen dessutom utvidgat kontrollbegreppet till att även träffa sådana situationer då ett berört företag tillsammans med en tredje part kontrollerar ett företag gemensamt.<sup>68</sup>

Många författare menar att Kommissionens tolkning innebär att man använder sig av kontrollbegreppet i artikel 3(3) för att finna gemensam kontroll. Deras åsikt är att inget av kriterierna i artikel 5(4) kan vara uppfyllt om kontrollen delas av två olika företag varför artikel 5(4) inte kan användas som stöd för en gemensam kontroll.<sup>69</sup> Enligt min mening är detta en riktig uppfattning. Ett annat stöd för samma synsätt är att man i tillkännagivandet inte ens hänvisar till gemensam kontroll enligt artikel 5(4) utan till gemensam kontroll genom att "allas samtycke behövs för att leda företagets verksamhet".

---

<sup>66</sup> Tillkännagivande om begreppet koncentration, p. 18-28 där gemensam kontroll genom ägande, genom vetorätt och genom gemensam vetorätt beskrivs. Se vidare om detta under 2.3.3.2. ovan.

<sup>67</sup> Tillkännagivande om beräkning av omsättning, p. 38(3).

<sup>68</sup> Tillkännagivande om beräkning av omsättning, p. 40.

<sup>69</sup> Hawk, s.104, Broberg, s. 89.

Mot detta kan ställas att man i praxis vid fastställande av gemensam kontroll under artikel 5(4) explicit hänvisat till något av de fyra kriterierna. Ett exempel på det är Sogecable-fallet där Kommissionen ansåg att gemensam kontroll förelåg då två företag gemensamt kunde styra ett företags affärer i enlighet med det fjärde kriteriet i artikel 5(4).<sup>70</sup> I det fallet överklagade parterna beslutet till Förstainstansrätten på den grunden att gemensam kontroll inte kan föreligga enligt ordalydelsen i artikel 5(4).<sup>71</sup> Denna fråga kunde inte prövas av domstolen varför en bedömning av en högre instans än Kommissionen saknas i denna fråga.

Det kan visserligen vara rimligt att inkludera två ägarbolag till ett berört företag vid bedömning av varje berört företags grupps ekonomiska styrka. Detta då anledningen till att man tittar till ett företags närstående företag vid beräkning av omsättning är att man skall se till alla de ekonomiska resurser som ett företag har. Vad som går att kritisera är att en sådan tolkning inte ryms inom artikel 5(4) och att det strider mot syftet bakom reglerna att göra analogislut då detta leder till en tillämpning som är svår att förutse. Att Kommissionen så tydligt tagit avsteg från denna grundprincip visar enligt min mening att förutsebarheten i artikel 5(4) har rubbats i dess grundvalar och att tolkningen av artikel 5(4) och art 3(3) närmar sig varandra mer och mer.

### **3.3 Olika sätt att uppnå kontroll**

#### **3.3.1 Ägarinflytande**

Det första kriteriet i artikel 5(4) är att ett företag har kontroll över ett annat genom att inneha en majoritet av aktierna i det andra företaget. En fråga som uppstår är om en aktieägare som innehar en stor aktiepost utan att vara majoritetsaktieägare kan sägas inneha kontroll i sådana fall då denne inte heller har de legala rättigheter som nämns i kriterium två och tre i artikel 5(4). Frågan ställs på sin spets i sådana fall då ett företag har en de facto möjlighet att kontrollera ett annat företag utan att inneha en majoritetspost.

---

<sup>70</sup> Sogecable SA mot Kommissionen.

<sup>71</sup> Sogecable SA mot Kommissionen, p.31

Enligt artikel 3(3) kan, som ovan nämnts, en minoritetsägare anses ha de facto kontroll i sådana fall då övrigt aktieäggande är spritt. Detta är en logisk följd av att man i artikel 3(3) skall titta till vem som verkligen har kontrollen i ett företag utan att vara bunden av formella kriterier till hur kontroll kan erhållas. Kommissionen har gjort gällande att kontroll kan anses föreligga under liknande omständigheter även enligt artikel 5(4). Enligt Kommissionens praxis krävs för att artikel 5(4) skall anses uppfyllt, på samma sätt som enligt artikel 3(3), att aktieägandet är spritt och att man kan visa att minoritetsaktieägaren skulle få en majoritet på bolagsstämman utifrån röstdeltagande vid tidigare bolagsstämmor.<sup>72</sup> Huruvida denna tolkning ryms under lagrummets ordalydelse kan diskuteras. Vissa författare anser att den gör det då vad som krävs är att någon *kan* utöva hälften av rösträttigheterna. Detta borde enligt dem innebära att en faktisk möjlighet att göra det är tillräckligt.<sup>73</sup> De flesta anser dock att tolkningen att de facto kontroll är tillräckligt innebär en utvidgning av artikel 5(4). Tolkningen har dock accepterats till viss del med hänsyn till att den endast tillämpats i få fall. Jones/Gonzales har till och med förklarat Kommissionens praxis som att den har kommit till för att komma tillrätta med att olika bokföringsmodeller finns i olika länder och att de facto kontroll därför endast skall anses föreligga i sådana fall då ett företag som ägs med mindre än 50 % ändå kommer att tas med i bokföringen.<sup>74</sup>

Oavsett om de facto kontroll med en tolerant tolkningsmetod ryms under lagrummets ordalydelse kan den enligt min mening kritiserats. Effekten av denna praxis är att man vid granskning av vilka företag som kommer tas med vid beräkning av omsättning inte enbart kan titta på ägarandelar eftersom en minoritetsaktieägare också kan ha kontroll enligt Kommissionen. Alla band mellan företag måste granskas och när det finns ett större ägande måste man granska vilken proportion av röster som aktieägarna avgav på senaste bolagsstämman. Detta leder till att lagrummet förlorar den tillgänglighet som var åsyftad.

---

<sup>72</sup> Se om detta Arjomari/Wiggins Teape (p. 6) som nämnts ovan under 4.2.2.1, Erdania/ISI (p.6) och IFINT/Exor (p.7-8).

<sup>73</sup> Broberg, *Jurisdiction to Scrutinize Mergers*, s. 70

<sup>74</sup> Jones/Gonzales, s. 27.

### 3.3.2 Aktieägar- och managementavtal

Om en aktieägare inte har tillräckligt med aktier eller röster för att uppnå majoritet på bolagsstämman finns det två andra möjligheter att kontrollera företaget. Dessa är att genom avtal antingen ha rätt att utse en majoritet av styrelseledamöterna eller ha rätt att styra företaget på annat sätt enligt kriterierna tre och fyra i artikel 5(4).

I enlighet med fjärde kriteriet anses kontroll föreligga när ett företag har rätt att styra ett annat företags affärer. Förmodligen är det ovanligt att någon har sådan rätt att styra ett företags affärer utan att också ha det inflytande som beskrivs i kriterierna ett till tre. Hur man bedömer vad som i enlighet med kriterium fyra ger någon rätt att styra företaget stämmer enligt min mening nära överens med den mer fria bedömningen som görs enligt artikel 3(3). Under det fjärde kriteriet väger man fritt samman en rad faktorer som tyder på styrning. Det finns inget krav, motsvarande det i artikel 3(3), på att det inflytande som finns över ett företags verksamhet skall vara bestämmande och bestående och röra endast affärsstrategiska beslut. Ändå anser jag att ett sådana krav måste uppställas för att begränsa kriteriets tillämpningsområde. Det uppställs inte heller några begränsningar i hur kontroll över ett företags verksamhet kan uppstå. Detta innebär i princip att kontroll kan uppstå på vilket sätt som helst, även detta liknar vad som gäller kontrollbegreppet i artikel 3(3). Kommissionen har dock fastställt att bedömningen enligt det fjärde kriteriet och artikel 3(3) skall hållas åtskilda.<sup>75</sup>

Kommissionen anser att vad som är avgörande för vem som har kontroll enligt det fjärde kriteriet är vem som är ansvarig för styrning av ett företags viktiga beslut. I Accor/Wiggins Lits-beslutet ansågs en minoritetsaktieägare ha kontroll över flera hotell då denne i managementavtal med andra aktieägare gavs rätt att ensam driva hotellen. Kommissionen tog fasta på att alla hotell drevs under samma namn och att minoritetsägaren hade ensamt ansvar för finansiell verksamhet, personal,

---

<sup>75</sup> Tillkännagivande om beräkning av omsättning, p. 40; "Eftersom syftet med denna bestämmelse endast är att fastställa vilka företag som hör till de befintliga företagsgrupperna med tanke på beräkningen av omsättning, skiljer sig testet huruvida rätt att leda ett annat företags verksamhet föreligger enligt artikel 5(4) något från kontrollkriterierna enligt artikel 3(3)...Medan den förra är enklare och lättare att bevisa på basis av faktiska sakförhållanden, är den senare mer krävande eftersom ingen koncentration uppkommer om ingen kontroll förvärvas."

marknadsföring och försäljning samt att managementavtalen var långvariga.<sup>76</sup> Alla dessa beslut kan enligt min mening ses som så kallade strategiska beslut enligt artikel 3(3). Finansiell verksamhet kan sägas motsvara beslut över budget och affärsplan som enligt tillkännagivande om begreppet koncentration är av avgörande betydelse för om en koncentration föreligger. Även de andra faktorerna har under artikel 3(3) ansetts vara så kallade plusfaktorer. I ACEA/Telefonica-fallet ansåg man att vetorätt över humankapitalanvändning bidrog till att bestämmande inflytande förelåg, vilket enligt min mening kan jämföras med beslut över personalfrågor.<sup>77</sup> I Norske Skog-fallet ansågs ett aktieägaravtal som fastslog riktlinjer för hur distribution, försäljning och marknadsföring skulle genomföras bidra till att gemensam kontroll ansågs föreligga.<sup>78</sup> Detta kan jämföras med att man i Accor Wagon-Lits-fallet tog fasta på att Accor ansvarade för både försäljning och marknadsföring. Vad som skiljer artikel 5(4) från artikel 3(3) är att kontroll över den dagliga verksamheten aldrig kan anses ge kontroll enligt artikel 3(3) medan detta förmodligen är möjligt under artikel 5(4). Detta då det krav som i artikel 3(3) ställs på att ett förhållande skall vara varaktigt inte återfinns i artikel 5(4).

Trots dessa tydliga kopplingar till artikel 3(3) har Kommissionen i sin praxis varit försiktig med att tillämpa det fjärde kriteriet. Detta är något som tyder på att en koppling trots allt inte är önskad. Mot detta kan ställas den tolkning av kriteriet som Kommissionen gjorde i Sogecable-fallet. Såsom jag ovan kommit fram till anser jag att gränserna för vad som avses med gemensam kontroll i detta och andra fall sätts enligt de riktlinjer som finns i artikel 3(3). Detta innebär att man åtminstone vid fastställande av gemensam kontroll följer praxis enligt artikel 3(3) vid bedömningen av kontroll enligt fjärde kriteriet i artikel 5(4).

### 3.3.3 Vertikala avtal

Efter att Kommissionen visat att kriteriet "rätt att leda ett företags verksamhet" kan anses uppfyllt på ganska otydliga grunder har det ifrågasatts om inte artikel 5(4) skulle kunna tillämpas på franchising-, agent- eller återförsäljaravtal som ger någon rätt att styra ett

---

<sup>76</sup> Accor/Wagons-Lits, p. 6.

<sup>77</sup> Acea/Telefonica, p. 9.

<sup>78</sup> Norske Skog/Abitibi/Hansol, p. 8.

annat företags verksamhet. Kommissionen har i sin praxis, enligt min mening, tillämpat det fjärde kriteriet fritt i enlighet med de linjer som dragits upp i praxis för artikel 3(3). Man kan därför tänka sig att de uttalanden som gjorts av Kommissionen i tillkännagivande om begreppet koncentration skulle gälla även vid beräkning av tröskelvärden. Detta skulle leda till att en grupp anses föreligga i sådana fall då ett bestående kontraktuellt förhållande finns.

Den allmänna uppfattningen verkar vara att vertikala avtal endast leder till att en grupp bildas i sådana fall då franchisegivaren har makt att styra franchisetagarens verksamhet på ett sätt som skiljer sig från en vanlig franchiserelation. I en vanlig franchiserelation kan man tänka sig att franchisegivaren endast ger riktlinjer för hur affärer skall skötas medan det är franchisetagaren som utför den dagliga styrningen.<sup>79</sup> För att kontroll skall anses föreligga enligt artikel 5(4) krävs således tydligare band än någon endast ger sådana riktlinjer. Ett exempel på hur Kommissionen tillämpat denna teori i praktiken är UBS/Mister Minit-beslutet. I fallet gjorde parterna gällande att det faktum att franchisegivaren ägde franchisetagarens affärstillgångar, speciella villkor i franchiseavtalet samt tidigare anställningsförhållande mellan franchisegivaren och franchisetagaren gav upphov till ett ekonomiskt beroende vilket konstituerade de facto kontroll. Som exempel på speciella villkor tog man upp att franchisetagaren var bunden att utöva sin verksamhet i enlighet med franchisegivarens instruktioner samt att franchisegivaren tillhandahöll franchisetagaren med marknadsföringsmaterial och management-tjänster. Kommissionen ansåg tvärt emot parterna att franchisegivaren och franchisetagaren inte utgjorde en ekonomisk enhet. De faktorer som parterna ansåg visade på de facto kontroll var enligt Kommissionen endast sådana villkor som var "typiska för ett franchisementförhållande".<sup>80</sup> Avtalet gjorde därför inte att parterna skulle ses som en ekonomisk enhet vid beräkning av omsättning.

---

<sup>79</sup> Broberg, *Jurisdiction to Scrutinize Mergers*, s. 79.

<sup>80</sup> Se särskilt p. 15 i beslutet.

## 4. Kontrollbegreppet vid bedömning av marknadsstyrka

### 4.1 Allmänt

När det fastställts att fusionsförordningen är tillämplig på en koncentration prövar Kommissionen om denna koncentration kan godkännas. Fusionsförordningen vänder sig emot att företag som fusioneras får en för stark ställning på en viss marknad varigenom risken att mindre konkurrerande företag slås ut ökar. Kriteriet för att kunna stoppa en koncentration är därför att denna skapar eller förstärker en dominerande ställning på marknaden. Den viktigaste omständigheten vid fastställande av en koncentrations dominans är vilken marknadsandel de berörda företagen tillsammans innehar. Marknadsandelar över 50% har ansetts innebära en presumtion för att dominans föreligger, om inte särskilda omständigheter föranleder en annan bedömning.<sup>81</sup>

Vad som är en ekonomisk enhet får betydelse för hur stor marknadsandel ett företag har samt för vilka marknader som företaget anses vara aktivt på. Hur man bestämmer vad som är ett företag eller en ekonomisk enhet vid beräkning av marknadsandelar har dock inte reglerats i fusionsförordningen. Detta är anmärkningsvärt med tanke på att det under fusionsförordningen inte finns något enhetligt kontrollbegrepp som kan läggas till grund för vad som är en ekonomisk enhet. I praxis kan man, trots att fusionsförordningen är tyst på området, urskilja att Kommissionen i dominansprövningen använder sig av någon form av kontrollbegrepp för att fastställa vad som är en ekonomisk enhet. Det är dock inte tydligt hur detta kontrollbegrepp ser ut då praxis inte är kongruent.

---

<sup>81</sup> AKZO mot Kommissionen.



## 4.2 Kontrollbegreppet

### 4.2.1 Användande av kontrollbegreppet i artikel 3(3)

Det vore rimligt om man vid fastställande av vad som är en ekonomisk enhet vid bedömning av marknadsandelar i brist på en särskild precisering använder sig av någon av de definitioner som redan finns i fusionsförordningens artikel 3(3) och 5(4). I sin tidigare praxis tycks detta också ha varit vad Kommissionen gjort. Framförallt verkar man ha använt sig av det kontrollbegrepp som finns i art 3(3). Vad som tyder på det är att man i praxis använt sig av formuleringen "bestämmande inflytande" för att visa att en kontrollrelation föreligger mellan ett berört företag och ett annat företag.<sup>82</sup>

Ett exempel på Kommissionens tidigare praxis är Fortis/CGER-fallet.<sup>83</sup> I den konkurrensrättsliga bedömningen av om koncentrationen mellan Fortis och CGER skulle tillåtas konstaterades att SGB ägde 19,96 % av aktierna och var representerat med tre styrelseledamöter i ett av de berörda företagen. Detta ansågs ej vara tillräckligt för att ge SGB möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över detta företag. SGB:s marknadsandelar skulle därför ej påverka bedömningen av om koncentrationen gav upphov till en dominerande ställning på marknaden.<sup>84</sup> Likaså skulle inte marknadsandelarna för ett företag där ett av de berörda företagen hade ett ägande på över 50% påverka bedömningen. Då en minoritetsaktieägare hade ansvar för viktiga beslut ansågs ägandet inte ge upphov till ett bestämmande inflytande. Dessutom konkurrerade de båda företagen fortfarande på marknaden varför en kontrollrelation inte ansågs föreligga.<sup>85</sup> Likaså i Kvaerner/Trafalgar-fallet tycks Kommissionen ha använt sig av det kontrollbegrepp som finns i art 3(3). I fallet ägde Kvaerner, som var en av parterna i koncentrationen, 23% av aktierna i ett annat företag. Aktieägandet innebar dock inte att Kvaerner fick någon styrelsepost i det

---

<sup>82</sup> Detta var tidigare den svenska översättningen av "decisive influence" i artikel 3(3).

<sup>83</sup> Fortis/CGER.

<sup>84</sup> Fortis/CGER, p. 26.

<sup>85</sup> Samma, p. 32

andra bolaget. Röstinflytandet ansågs därför inte vara tillräckligt för att ge Kvaerner ett bestämmande inflytande över det andra företaget varför det företags marknadsandel inte skulle beaktas i dominansprövningen.<sup>86</sup>

Enligt min mening är det lämpligt att använda sig av kontrollbegreppet i artikel 3(3) vid bestämmande av marknadsandelar då det är ett genom praxis väl utvecklat begrepp med relativt klara gränser. Koncentrationsbegreppet är dock uppbyggt så att det endast träffar mer omfattande strukturella förändringar på marknaden. Detta gör att kraven för att en transaktion skall sägas utgöra en koncentration är relativt höga. Att samma höga krav tillämpas vid bedömningen av en koncentrations effekter på marknaden är svårt att motivera utifrån samma syfte.

#### **4.2.2 Finns det ett särskilt kontrollbegrepp vid fastställande av marknadsandelar?**

I ett av Förstainstansrätten nyligen avgjort fall gjordes en annorlunda bedömning av vilken typ av inflytande som krävs för att man skall ta hänsyn till ett närstående bolag vid beräkning av marknadsandelar.<sup>87</sup> I fallet talas det överhuvudtaget inte i termer av bestämmande inflytande. Detta kan anses påvisa att Förstainstansrätten och Kommissionen är villig att använda ett särskilt kontrollbegrepp vid fastställande av marknadsinflytande varför fallet är av intresse vid en analys av kontrollbegreppet.

Kesko är ett grossistföretag vars aktier ägs direkt eller indirekt av dess återförsäljare. När Kesko köpte upp Tuko, ett företag med liknande uppbyggnad, uppstod frågan hur relationen mellan Kesko och dess återförsäljare skall behandlas vid en förvärvsprövning. Kesko ansåg att koncentrationens påverkan på marknaden endast skulle bedömas på partihandelnivå och ej på detaljhandelnivå eftersom Kesko ej var integrerade med sina återförsäljare. Kommissionen höll med om att återförsäljarna, från en bolagsrättslig synvinkel, skulle ses som självständiga ekonomiska enheter. Detta kunde dock inte utesluta att förvärvet genom Keskos bindningar till dess återförsäljare ansågs påverka detaljhandeln. En bedömning av en koncentration måste enligt Kommissionen grundas på alla strukturella inslag som har

---

<sup>86</sup> Kvaerner/Trafalgar, p. 6.

<sup>87</sup> Kesko/Tuko-domen.

ett samband med koncentrationen, dess parter och de berörda marknaderna.<sup>88</sup> Det fanns enligt Kommissionen nära band mellan Kesko och dess återförsäljare. Dessa band byggde på att det fanns olika kontrakt som band parterna till varandra, det faktum att återförsäljarna använde Keskos logotyper, de lojalitetsrabatter som användes inom gruppen och att återförsäljarna hade en majoritet av rösterna på Keskos bolagsstämma samt var representerade i Keskos styrelse.<sup>89</sup>

Parterna överklagade beslutet till Förstainstansrätten. I första hand hävdade de att Kommissionen borde ha gjort bedömningen av om Kesko och dess återförsäljare skulle ses som en integrerad grupp utifrån det test som sätts upp i artikel 3 i fusionsförordningen. I andra hand gjorde de gällande att Kommissionen, oavsett om det var befogat att ej ta hänsyn till artikel 3, lagt för stor vikt vid de kopplingar som finns inom Keskogruppen. Domstolen ansåg att Kommissionen gjort en riktig bedömning i denna del. Det kontrolltest som finns i artikel 3 är bara till för att bedöma vad som är en koncentration. Vid bedömning av marknadsstyrka enligt artikel 2 har Kommissionen rätt att ta hänsyn till alla relevanta fakta och särskilt de kopplingar som fanns mellan Kesko och Tuko och dess återförsäljare. På grund av dessa band skall man vid bedömning av marknadsstyrka ta med återförsäljarnas position i beräkning.

Kesko/Tuko-fallet har av vissa ansetts ge uttryck för ännu en definition av begreppet ekonomisk enhet från Kommissionens sida.<sup>90</sup> Enligt min mening kan detta ifrågasättas då varken Kommissionen eller Förstainstansrätten någonstans i sina avgöranden beskriver Keskogruppen som en ekonomisk enhet. Slutsatsen av bedömningen är istället endast att Kesko och dess återförsäljare skall beaktas som ett "centralstyrt strukturellt inslag på marknaden".<sup>91</sup> Inte heller talas det om en mer preciserad beräkning av marknadsandelar såsom gjorts i tidigare fall. Vad som konstateras är endast att flera marknader påverkas av koncentrationen på grund av de strukturella bindningar som finns mellan Kesko och dess återförsäljare. Detta kan tyckas tala för att fallet inte kan läggas till grund för ytterligare en definition av

---

<sup>88</sup> Kesko/Tuko-beslutet, p. 42.

<sup>89</sup> Kesko/Tuko-domen, p. 144.

<sup>90</sup> Beeston; Hoehn, s. 8, Hutchings, s. 76.

<sup>91</sup> Kesko/Tuko-beslutet, p. 15.

begreppet ekonomisk enhet. Istället kan fallet enligt min mening endast sägas visa på en mer sträng metod för att bestämma marknadsdominans.

Om man nu ändå ser det som att Kommissionen skapar ett nytt kontrollbegrepp i Kesko/Tuko-fallet kan man ifrågasätta om det är rimligt. Vissa har kritiserat att Kommissionen inte varit entydig i sin praxis samt att anledningen till att olika kontrollbegrepp används vid fastställande av marknadsandelar inte alltid tydligt motiveras.<sup>92</sup> Kesko/Tuko-fallet ses av dessa författare som ett tydligt avsteg från tidigare praxis där man använt sig av kontrollbegreppet i artikel 3(3) för att fastställa vad som är en ekonomisk enhet vid bedömning av marknadsstyrka. Detta kritiserar då man anser att detta avsteg gjorts utan att skilda förutsättningar förelegat i de olika fallen. Jag delar uppfattningen att det är orimligt att använda sig av två olika kontrollbegrepp från fall till fall. Visserligen är ett företags marknadsandel endast en del i dominansprövningen, vilket kan anses motivera ett viss mått av fri bedömning då olika moment i slutändan ändå skall vägas mot varandra. Ändå finns det, på samma sätt som vid fastställande av vad som är en koncentration samt som vid beräkning av tröskelvärden, ett behov av klara regler för hur ett företags sfär skall avgränsas. Oklara regler leder till svårigheter i att förutse om Kommissionen kommer att godkänna en transaktion. Detta leder enligt min mening i förlängningen till att en flexibel marknadsstruktur förhindras vilket motverkar syftet med att ha en fusionskontroll. Ändå anser jag att omständigheterna i Kesko/Tuko var så pass annorlunda från tidigare avgjorda fall att en annan bedömning kan ha varit motiverat. I tidigare praxis rörde det sig om fall av ägarinflytande, vilket är enkelt att koppla till teorin om inflytande som finns kring artikel 3(3). I Kesko/Tuko fanns det istället en mängd bindningar som ansågs ge upphov till kontroll. Detta skulle förmodligen inte anses uppfylla kontrollbegreppet i artikel 3(3) eftersom sådant inflytande som inte bygger på ägande i flertalet fall inte ansetts vara tillräckligt för att uppfylla dess kontrollkriterium. Ändå kan bindningar ge upphov till ett gemensamt agerande vilket enligt min mening talar för att de bör påverka en bedömning av marknadsdominans. Att man inte använt sig av termen ekonomisk enhet talar endast för att man vill frikoppla detta begrepp från dominansprövningen och istället bestämma ett företags dominans på marknaden utifrån en helhetsbedömning.

---

<sup>92</sup> Beeston; Hoehn, s.10-11.

#### **4.2.3 En ny syn på vertikala avtal i relation till övriga kontrollbegrepp**

En fråga som uppkommer är om det faktum att Kommissionen i Kesko/Tuko-fallet behandlar en vertikal relation som ett förhållande baserat på kontroll får någon inverkan på fusionsförordningens övriga kontrollbegrepp. Kommissionen har tidigare visat stor tveksamhet till att en vertikal relation kan ge upphov till kontroll. Under artikel 3(3) har detta ansetts vara olämpligt med tanke på det krav som ställs på att en transaktion skall leda till en bestående strukturell förändring. Under artikel 5(4) har samma tveksamhet visats även om det inte finns något uttryckligt krav på att ett förhållande skall vara bestående. I stället har man hänvisat till att det i exempelvis vanliga franchisingavtal inte ges någon rätt för franchisetagaren att styra franchisegivarens verksamhet. I Kesko/Tuko förs inget sådant resonemang. Min uppfattning är att detta beror på att man inte anser att det föreligger en kontrollrelation eller en ekonomisk enhet. Om min uppfattning i denna del är felaktig på så sätt att det visst finns ett tredje kontrollbegrepp till följd av Kesko/Tuko-fallet är det troligt att Kommissionens förändrade syn på vertikala avtal avspeglar sig även på det andra kontrollbegreppen. Åtminstone borde fallet få viss inverkan på artikel 5(4) där till synes inga hinder finns för att behandla en sådan relation som förelåg i Kesko/Tuko-fallet som en "rätt att leda ett annat företags verksamhet".

Att låta Kommissionens mer oklara ställningstagande till vad som leder till kontroll vid beräkning av marknadsstyrka påverka även de andra kontrollbegreppen skulle visserligen leda till kongruens mellan de olika kontrollbegreppen. Det skulle dock leda till en väl löst hållen definition av kontroll. Min mening är att en sådan lös sammanslutning som i Kesko kunde leda till ett kontrollförhållande på grund av att beräkning av marknadsandelar endast är en beståndsdel i den mer fria dominansprövning. Någon motsvarande motivering till att behandla vertikala relationer som en slags kontrollrelation även under artikel 5(4) och artikel 3(3) finns enligt min mening inte.

## 5. Avslutning

Min utgångspunkt vid detta arbetes påbörjande var att man under fusionsförordningen har tre olika kontrollbegrepp som lever sina egna liv och utvecklas efter sina egna mönster. Jag ansåg att det upplägget var något som kunde kritiseras då det borde vara mer önskvärt att ha ett gemensamt kontrollbegrepp för att få mer säkerhet i vad som är kontrollbegreppets innebörd. Under arbetets gång har denna åsikt reviderats.

De olika kontrollbegrepp som finns under fusionsförordningen har alla olika funktion. Först när man sätter begreppen i deras funktionella sammanhang kan man förstå varför de har fått olika utformning. Koncentrationsbegreppet har som funktion att spegla vem som verkligen har kontrollen i ett företag. Vad som anses vara ett närstående företag vid beräkning av omsättning har definierats utifrån syftet att skapa en lättillgänglig regel även om naturligtvis grundarna hade faktiska situationer i baktanke då lagtexten skrevs. Kontrollbegreppet vid beräkning av marknadsandelar, om något sådant överhuvudtaget finns, har istället som syfte att endast ligga till grund för en mer generell prövning av ett företags eventuella dominans på en viss marknad. Det finns därför inte samma krav på precision vid tillämpning av detta begrepp som vid tolkning av de kontrollbegrepp som direkt påverkar fusionsförordningens tillämplighet. Till följd av att de olika begreppen har så pass olika funktion är min uppfattning att ett enhetligt kontrollbegrepp inte är möjligt att införa. Frågan är om ett sådant överhuvudtaget är önskvärt. Det skulle tillsynes leda till en enklare tillämpning. På grund av att olika hänsyn ändå måste tas under de tre olika definitionerna skulle dock ändå en splittrad praxis förmodligen utvecklas. Min slutsats är därför att det är lämpligt att använda sig av olika definitioner av kontroll i fusionsförordningens tillämpning.

Min kritik riktar sig därför inte mot själva användningen av olika kontrollbegrepp under fusionsförordningen. Vad jag vänder mig emot är snarare att olika kriterier ställs upp i förordningen men att dessa ändå tillåts påverka varandra i praxis på ett sätt som inte är förutsebart. Detta handlar mest om att artikel 5(4) påverkas av den i många fall extensiva tolkning som gjorts av kontrollbegreppet i artikel 3(3). Det kan kritiseras då utvidgningen av artikel 3(3) beror på en strävan att pröva fler ärenden under fusionsförordningen. Detta är inte anledning nog till att även

utvidga artikel 5(4). Mot detta kan ställas att man vid beräkning av marknadsandelar eller vid fastställande av vad som är tidigare självständiga företag inte använt sig av den definition som finns i artikel 3(3) utan istället gjort någon slags fri bedömning utifrån föreliggande fakta i målet. Om kontrollbegreppet i artikel 3(3) skall ses som något slags "originalkontrollbegrepp" inom fusionskontrollen som man kan falla tillbaka på vid tillämpning av artikel 5(4) så borde man göra det även i sådana fall då inget kontrollbegrepp finns. Om inte för att få förutsebarhet så åtminstone för att få någon slags kontinuitet i rättstillämpningen.

På grund av den sammanblandning av begreppen som gjorts kan man fråga sig om de olika kontrollbegreppen verkligen tolkats i enlighet med deras bakomliggande syfte. Min åsikt är att så inte är fallet. Kontrollbegreppen är visserligen utformade utifrån dess speciella funktion men de har inte alltid tolkas i enlighet med detta. I majoriteten av fall finns det förvisso inget att anmärka mot Kommissionens praxis. I undantagsfall har dock Kommissionen gjort tolkningar som svårligen kan kallas förutsebara.

Kontrollbegreppet i artikel 3(3) har visserligen fått en flexibel utformning. Vad som är ett avgörande inflytande är dynamiskt och får egentligen sitt innehåll först då det tolkas av Kommissionen. Så länge man är konsekvent i tillämpningen kan därför begreppet enligt min mening rymma i stort sett vad som helst. Problemet med den praxis som Kommissionen utvecklat är dock att en sådan konsekvens i många fall saknas. I vissa fall bedöms vetorätter ge upphov till kontroll och ibland inte. Ibland räcker det med en specifik vetorätt för att ge kontroll och ibland tas en liknande vetorätt inte ens med i bedömning. Även kriteriet att det ska röra sig om en bestående strukturell förändring används olika från fall till fall. Visserligen har man ansett att växlande allianser i vissa fall kan ge upphov till kontroll. Och andra sidan har man kategoriskt sagt att vertikala avtal förmodligen aldrig kan ge upphov till en tillräckligt bestående relation. Även artikel 5(4) har tillämpats på ett sätt som inte är enhetligt. I vissa fall behandlas kontrollbegreppet som ett rent formellt begrepp. I andra fall har begreppet tolkats så vidsträckt att det enligt min mening snarare rör sig om en analogi till kontrollbegreppet i artikel 3(3). Detta kan svårligen motiveras utifrån artikelns bakomliggande syfte. Vad slutligen gäller kontrollbegreppet vid fastställande av marknadsandelar är detta väldigt löst hållet. Detta kan visserligen tolereras med tanke

på att dominansprövningen sker under tämligen fria ramar. Att man från fall till fall använt sig av flera olika kontrollbegrepp vid fastställande av marknadsandelar kan dock ändå kritiseras. Min slutsats är således att de olika kontrollbegreppen tolkats väl enhetligt för att tolkningen skall kunna sägas vara i enlighet med de olika begreppens olika syfte.

Slutligen hade jag som avsikt med detta arbete att undersöka hur de olika begreppen i praktiken skiljer sig från varandra. Såsom ovan sagts anser jag att tillämpningen av det fjärde kriteriet i artikel 5(4) till mångt och mycket påminner om tillämpningen av artikel 3(3). Detta skulle kunna innebära att allt som ryms under artikel 3(3) även ryms under artikel 5(4). En sådan tillämpning är enligt min mening orimlig då det ursprungliga syftet var att de krav som ställs i artikel 5(4) skall vara svårare att uppfylla än kraven i artikel 3(3). Praxis visar även på att det fjärde kriteriet i artikel 5(4) endast tillämpas i säregna fall. De fall då kontroll anses föreligga enligt detta kriterium innehåller dock ett resonemang som till stor del även påminner om det som förs av Kommissionen i Kesko/Tuko. Där gjordes en sammanvägning av olika faktorer som tydde på bindningar mellan olika företag utan att man pekade på ett avgörande moment. Enligt min mening är detta ett resonemang som inte skulle anses leda till ett bestämmande inflytande uppstod. Detta dels för att de bindningar som fanns inte avsåg affärsstrategiska beslut dels för att kontraktuella relationer under artikel 3(3) inte anses ge upphov till en bestående strukturell förändring. Bedömningen som gjordes i Kesko/Tuko-fallet skulle dock enligt min mening kunna göras även under artikel 5(4) där inte samma krav ställs på att det skall röra sig om en bestående förändring som under artikel 3(3). Min uppfattning är dock att man trots att inget krav på bestående förändring ställts upp i artikel 5(4) ändå tillämpar ett sådant vilket fått till följd att Kommissionen intagit en återhållsam position till att låta vertikala avtal leda till en kontrollrelation även under artikel 5(4). Även om man således skulle kunna låta vertikala avtal leda till kontroll enligt artikel 5(4) är detta något som undviks. Jag tror inte att Kesko/Tuko-fallet har rubbat Kommissionens negativa inställning till att ett vertikal avtal anses ge upphov till kontroll vid tillämpning av något av de kontrollbegrepp som används vid fastställande av jurisdiktion. Detta anser jag är ett bra förhållningssätt från Kommissionens sida då det enligt min mening är viktigt att bibehålla en gräns mellan de olika kontrollbegreppen.



Min förhoppning var att jag i denna avslutning skulle kunna sätta de olika kontrollbegreppen på en skala. Detta har dock visat sig omöjligt. Det är tydligt att kontrollbegreppet vid beräkning av marknadsandelar är det som kräver lägst grad av kontroll. Kontrollbegreppen i artikel 3(3) och 5(4) är dock olika lätt att uppfylla i olika fall. Som ovan nämnts kan vertikala relationer förmodligen anses leda till kontroll enligt artikel 5(4) men inte enligt artikel 3(3) på grund av kravet som ställs på att det skall röra sig om en bestående förändring. Ett mindre aktieäggande kan dock inte leda till kontroll enligt artikel 5(4) på samma sätt som enligt artikel 3(3). Det går därför enligt min mening inte att säga att den ena artikeln är lättare att uppfylla än den andra även om detta var grundarnas inställning.

Min slutsats av genomgången av fusionsförordningens olika definitioner av kontroll är därför att det är rimligt att använda sig av flera olika kontrollbegrepp. Vad som däremot inte är acceptabelt är att formellt sett använda sig av från varandra fristående kontrollbegrepp men att i rättstillämpningen ändå låta dessa påverka varandra. En sådan tillämpning leder enligt min mening till en oklar begreppsbildning vilket i förlängningen leder till dålig förutsebarhet och kanske till och med en orimlig praxis.

## 6. Källförteckning

### 6.1 Litteraturförteckning

Bellamy, C; Child, G, *Common Market Law of Competition*, 4:e uppl., London Sweet & Maxwell, 1993.

Beeston, Sarah; Hoehn, Tom, *The Boundaries of the firm in EC competition law*.

Broberg, Morten, *The European Commission's jurisdiction under the Merger Control Regulation*, Nordic Journal of International Law, 1994, vol 63, s. 58-108.

Broberg, Morten, *The European Commissions Jurisdiction to Scrutinize Mergers*, Kluwer International Law, 1998.

Cook, C.J; Kerse, C.S, *EC Merger Control*, 3:e uppl., London Sweet & Maxwell, 1999.

Hawk, Barry E; Huser, Henry L, *European Community Merger Control; a practioner's guide*, Kluwer International Law, 1996.

Hawk, Barry E; Huser, Henry L, "Controlling" the shifting sands: Minority shareholdings under EEC Competition Law, Fordham International Law Journal, New York, vol 17, no 2, s. 294-330.

Hutchings, Michael, *The Lessons of the Kesko/Tuko decision*, ECLR 1997, vol.2, s.75-78.

Jones, Christopher; Gonzalez-Diaz, Enrique, *The EEC Merger Regulation*, utgivare Colin Overbury, Sweet and Maxwell, 1992.

Korah, Valentine, *EC Competition Law and Practice*, 6:e upplagan, Hart Publishing, 1997.

O'Keefe, Siún, *Merger Regulation Thresholds: An Analysis of the Community-dimension Thresholds in Regulation 4064/89*, ECLR 1994, vol.15, s.21-32.

### 8.2 Kommissionens beslut

Acea/Telefonica, 1999-12-91, IV/M 1650.

Accor/Wagon-Lits, 1992, O.J L204/1.

Albacom, 1995-09-15, IV/M 604.

Arjomari/Wiggins Teape Appleton, 1990-12-10, IV/M 0025.  
Blokker/Toys 'R' Us, 1997-06-26, IV/M 890.  
Edon/Rova/Reco, 1998-08-24, IV/M 1260.  
Eridania/ICI, 1991-07-30, IV/M 062.  
Fortis/CGER, 1996-05-07, IV/M784.  
Gefco/Kn Elan, 1999-09-30, IV/M 1649.  
IFINT/Exor, 1992-03-02, IV/M 187.  
Kesko/Tuko, 1996-11-20, IV/M.784.  
Kvaerner/Trafalgar, 1996-04-15, IV/M 731.  
LSG/Onexcorp/Skychefs/Caterair, 1998-11-09, IV/M 1269.  
Norske Skog/Abitibi/Hansol, 1998-09-14, IV/M 1296.  
Nokia/ SP Tyres, 1995-03-14, IV/M 548.  
Philip/Grundig, 1993-12-03, IV/M 382.  
Preussag/Babcock/Celsius, 2000-01-19, IV/M 1709.  
Price Waterhouse/Cooper Lybrand, 1999-05-20, IV/M 1016.  
Sanofi/Sterling Drug, 1991-06-10, IV/M 0072.  
Sappi/DLJMB/UBS/Warren, 1994-11-28, IV/M 526.  
UBS/Mister Minit, 1997-12-22, IV/M 1067.  
Volkswagen/VAG, 1993-02-24, IV/M 304

### **8.3 Domstolsavgöranden**

AKZO mot Kommissionen, C-62/86.  
British American Tobacco Company mot Kommissionen, C-146 och 156/84.  
Kesko Oy mot Kommissionen, T-22/97.  
Sogecable SA mot Kommissionen, T-52/96.  
Viho mot Kommissionen, T-102/92.

## 8.4 Sekundär rätt

Förordning 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (fusionsförordningen).

Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, EGT 98/C 66/02.

Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning, EGT 98/C 66/04.

Kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag, EGT 98/C 66/03.