



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johan Häger

JOINT VENTURES

Samriskföretags utformning med beaktande
av EG:s koncentrationsregler

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Torsten Sandström

Associationsrätt och Europeisk Konkurrensrätt

VT 2001

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR OCH BEGREPP	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	5
1.3 Problemformulering	5
1.4 Avgränsning	5
1.5 Metod	6
1.5.1 Målgrupp	9
1.6 Disposition	9
1.7 Definition av samriskföretag	10
1.8 Motiv bakom bildandet av ett joint venture	11
1.9 KF jämförd med artikel 81	14
2 KONKURRENSRÄTTSLIG REGLERING	17
2.1 Koncentrationsförordningens utveckling	20
2.2 1997-års Koncentrationsförordning	22
2.2.1 Gemenskapsdimension	22
2.2.2 Revidering av KF rörande samriskföretag enligt KF	24
2.2.3 Gemensam kontroll	30
2.2.3.1 Ensam kontroll och gemensam kontroll	32
2.2.3.2 Gemensam kontroll genom Vetorätt	35
2.2.3.3 Flera parters förvärv av minoritetsandelar	36
2.2.4 Självständig funktion	37
2.2.5 Varaktig verksamhet	40
2.2.6 Självständigt fungerande med samordnande funktion	41
2.2.6.1 Dominanstest	43
2.2.6.2 Parternas närvaro på marknaden	45
2.2.6.3 Effekter av den nya regleringen i 1997-års KF	46
2.2.7 Samriskföretag med gemenskapsdimension	47
2.2.7.1 Kommissionens prövning av samordnande förfaranden	48
2.3 Artikel 81	49
2.3.1 Tillämpningsområde för artikel 81	49

2.3.2	Gruppundantag	53
2.3.2.1	Forskning och utveckling	54
2.3.2.2	Specialisering	56
2.3.3	Individuellt undantag	57
3	FALLSTUDIER	59
3.1	GEAE/P & W	61
3.1.1	Kontroll	62
3.1.2	Självständig funktion	62
3.1.3	Samordnande funktion	63
3.2	Bertelsmann/Planeta	65
3.2.1	Gemensam kontroll	65
3.2.2	Självständigt fungerande	66
3.2.3	Samordnande funktioner	66
3.3	RTL/Veronica/Endemol	67
3.3.1	gemensam kontroll	68
3.3.2	Självständigt fungerande	69
3.3.3	Dominanstest enligt KF	69
3.4	Generali/Unicredito	70
3.4.1	Gemensam kontroll	71
3.4.2	Självständigt fungerande	71
3.4.3	Kommentar	73
3.5	Signode/Titan	73
3.5.1	Gemensam kontroll	74
3.5.2	Självständigt fungerande	74
3.5.3	Varaktig strukturförändring	75
3.5.4	Samordnat konkurrensbeteende	75
3.6	Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	76
3.6.1	Gemensam kontroll	77
3.6.2	Självständigt fungerande	78
3.6.3	Samordnande funktion	78
3.6.4	Kommentar	79
3.7	Bertelsmann/Kirch/Premiere	79
3.7.1	Transaktionerna	80
3.7.2	Premiere	81
3.7.3	BetaDigital	82
3.7.4	BetaTechnik	82
3.8	Bedömning av samriskföretag i praxis	83
3.8.1	Gemensam kontroll	84
3.8.2	Varaktigt självständigt fungerande	85
3.8.3	Samordnande funktioner	87
4	SAMRISKFÖRETAGS UTFORMNING	90
4.1	Associationsrättslig reglering av kontroll	95
4.1.1	Kontrollreglering i bolag med personligt ägaransvar	96
4.1.2	Kontrollreglering i bolag utan personligt ägaransvar	98
4.1.2.1	Hembudsklausul	101

4.1.2.2	Förköpsklausul	101
4.1.2.3	Samtyckesklausul	102
4.1.2.4	Förbudsklausul	103
4.1.2.5	Avslutande anmärkning	104
4.1.3	Gemensam kontroll	104
4.1.3.1	Lika rösträtt genom vetorätt	105
4.1.3.2	Dead-lock-process	106
4.1.3.3	Ledningsstruktur	107
4.1.3.4	Överlåtelse av andelar	108
4.2	Associationsrättslig reglering av självständig funktion och varaktig verksamhet	109
4.2.1	Självständig funktion i bolag med personligt ansvar	109
4.2.2	Varaktig verksamhet i bolag med personligt ansvar	111
4.2.3	Självständig funktion i bolag utan personligt ansvar	112
4.2.4	Varaktig verksamhet i bolag utan personligt ansvar	114
4.2.5	Varaktig självständig funktion	115
4.2.5.1	Tillgångar måste tillföras	116
4.2.5.2	Självständig handelsverksamhet	116
4.2.5.3	Egen ledning	117
4.2.5.4	Verksamhetens varaktighet	118
4.3	Samordnande förfaranden	118
4.3.1.1	Parternas verksamhet på samriskföretagets marknad	119
4.3.1.2	Undantagsmöjligheter vid prövning enligt artikel 81	119
4.4	Avslutande kommentar	120
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		122
EG-rätt		124
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		126
Avgöranden och beslut		126

Sammanfattning

Föremålet för uppsatsen är en studie av samriskföretag ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Den generella frågeställningen är att utröna hur samriskföretag bör och kan utformas associationsrättsligt för att omfattas av tillämpningsområdet för koncentrationsförordningen (KF) inom EG-rätten. I de fall samriskföretaget inte faller inom KF:s tillämpningsområde riskerar samriskföretaget träffas av artikel 81 i EG-fördraget. Eftersom tillämpningen av KF och tillämpning av artikel 81 skiljer sig åt i flera väsentliga avseenden blir det betydelsefullt för de bildande parterna att upprätta samriskföretaget på ett sådant sätt att önskad reglering blir tillämplig. I uppsatsen kommer att presenteras två huvudavsnitt, ett där konkurrensrätten och den jurisdiktionella och materiella skillnaden mellan koncentrationsförordningen och artikel 81 i EG-fördraget behandlas, och ett där de bolagsrättsliga anpassningsmöjligheterna till EG-rätten diskuteras.

Vid utredningen rörande samriskföretag har det visat sig finnas tre huvudkriterier som avgör om företaget kommer att bedömas enligt koncentrationsförordningen eller enligt artikel 81. Dessa tre grunder är moderbolagens gemensamma kontroll över samriskföretaget, samriskföretagets förmåga att agera som en självständig ekonomisk enhet och samriskföretagets varaktighet.

I min utredning kommer jag fram till att dessa tre faktorer egentligen betår av nio mindre variabler, som vid en helhetsbedömning av samriskföretaget avgör vilka konkurrensrättsliga regler som kommer att tillämpas på samriskföretaget.

Mot bakgrund av dessa nio kriterier har jag behandlat hur samriskföretaget skall utformas bolagsrättsligt för att uppfylla de krav som ställs för att företaget skall bedömas enligt koncentrationsförordningen.

Mina resultat i denna del är att valet av bolagsform är av underordnad betydelse medan regleringen i aktieägaravtal och bolagsavtal är avgörande för huruvida företaget kommer att anses uppfylla kraven enligt de av förstainstansrätten och kommissionen uppställda nio faktorerna.

Förord

Arbetet med att skriva en examensuppsats är både utmanande och skrämmande. Under inledningsfasen lägger man ner mycket möda för att finna ett ämne som dels förefaller intressant, dels inte tidigare har behandlats. Under denna tid höjs förväntningarna i takt med att ämnesvalen blir allt mer komplexa. Den stora utmaningen är att utröna om det valda problemet verkligen är ett problem och i sådana fall, om det är möjligt att på ett fruktbart sätt behandla ämnet. Detta är naturligtvis även den skrämmande delen av arbetet, att efter viss tids studier inse att problemområdet inte är möjligt att behandla. Sådana frågor har för min del inte endast infunnits sig under uppsatsarbetets inledande studeringsperiod utan även kontinuerligt under arbetets fortskridande. Under arbetets slutfas kunde jag emellertid, med viss tillfredsställelse, konstatera att föremålet för arbetet inte bara var möjligt att behandla utan även ledde fram till vissa resultat. Om inte andra resultat, så i vart fall en ökad insikt för mig själv i det valda ämnet.

Under de faser som min tilltron till mitt arbete stundtals svek mig har jag mina, även de uppsatsskrivande, studiekamrater att tacka för motivering och stöttning. Jag vill även tacka min handledare, Torsten Sandström, för att han inte tappande tilltro till mig under mina första trevande och stundtals tafatta försök att finna en gångbar problemstruktur.

Lund, juli 2001

Johan Häger

Förkortningar och begrepp

EG-fördraget

JV

EU

Rådet

EGT

OJ

KF

BL

ABL

Romfördraget

joint venture

Europeiska Unionen

Europeiska rådet

Europeiska

gemenskapernas officiella tidning

Official Journal

Koncentrationsförordningen

Lag om handelsbolag och enskilda
bolag

Aktiebolagslagen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I takt med att nya marknader i Östeuropa och tredje världen öppnas har intresset för olika former av samriskföretag mellan svenska företag och intressenter i dessa områden ökat. Affärsmässiga samarbeten med företag i tredje världen innebär ofta en förhöjd risk vilket innebär att ett samriskföretag, som riskbärare, kan vara att föredra. Även den ökade integrationen av EU-ländernas ekonomi och handel samt den allt hårdare konkurrensen har bidragit till en allt starkare preferens för gemensamma samarbeten i form av samriskföretag över gränserna.¹

De nationella marknaderna har genom denna utveckling blivit allt mindre viktiga för företagen och den gemensamma marknaden med mer än 400 miljoner konsumenter har blivit allt viktigare. För att klara av konkurrensen och de mycket stora satsningar som företag måste kunna göra för att hålla sig kvar på marknaden eller komma in på nya marknader krävs ofta organiserade samarbeten företagen emellan.² En lämplig form för ett sådant samarbete kan vara ett gemensamt ägt företag, ett sk joint venture eller samriskföretag.³

Företagssammanslutningar i olika former, tex. samriskföretag, medför emellertid även negativa effekter. Sådana effekter kan bestå i att företag genom ett samriskföretag söker samordna sina konkurrensbeteenden för att öka sin ekonomiska vinning. Ett sådan förvarnade kommer att hämma den fria konkurrensen och medför med stor sannolikhet även att konsumenterna drabbas genom exempelvis dyrare produkter. Risken för att företag samordnar sina beteenden på detta sätt har medfört att det både på nationell nivå och på EG-nivå har införts konkurrenslagstiftning för att förhindra beteenden som är oförenliga med den gemensamma marknaden. På EG-nivå regleras olika former av företagssamarbeten genom artikel 81 EG-fördraget och Koncentrationskontrollförordningen (KF)⁴. Tidigare hade artikel 81 artikelnumret 85 och artikel 82 artikelnummer 86. I vissa delar av detta arbete kommer utvecklingen av konkurrensrätten beskrivas under de tidsperioder när artikel 81 och 82 hade nummer 85 och 86. I dessa delar kommer dessa artiklar att omnämnas som artikel 85 och 86. I uppsatsen förekommer inga hänvisningar till idag gällande artikel 85 och 86.

¹ Svernlöv C, s. 13.

² Furse M, s. 255.

³ Ett vedertaget svenskt begrepp för joint ventures är enligt Svernlöv samriskföretag.

⁴ Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

Kommissionen har genom åren bedömt tillämpligheten av artiklarna 81 och KF på samriskföretag i ett stort antal ärenden. Eftersom begreppet samriskföretag inrymmer så många olika typer av samarbete mellan företag har det emellertid först på senare år, och kanske främst i samband med antagandet av KF, blivit möjligt att få en mer enhetlig bild av kommissionens syn på samriskföretag. Det förefaller emellertid fortfarande råda stor osäkerhet kring huruvida ett samriskföretag skall bedömas enligt KF eller enligt artikel 81 i EG-fördraget. Eftersom rättsverkningarna av de olika regleringarna skiljer sig åt och är av stor betydelse för de enskilda företagen förefaller ämnesområdet vara mycket intressant för ett examensarbete.

1.2 Syfte

Att mot bakgrund av studier av samriskföretags associationsrättsliga reglering och EG:s konkurrensrätt identifiera problemområden där parterna, genom reglering i samriskavtalet, kan påverka hur deras avtal skall bedömas enligt konkurrensrätten. De identifierade problemområdena kommer därefter användas för att frambringa övergripande riktlinjer för hur samriskavtalet bör utformas för att falla in under tillämpningen av den, för de bildande parterna, mest gynnsamma konkurrensrättsliga regleringen inom EG-rätten.

1.3 Problemformulering

Hur skall företag utforma samriskföretag för att få en så gynnsam konkurrensrättslig reglering som möjligt? Vilka är de avgörande bedömningsgrunderna vid den konkurrensrättsliga prövningen av huruvida samriskföretaget skall falla inom tillämpningsområdet för artikel 81 EG-fördraget eller under KF:s jurisdiktion? Vilka möjligheter finns i svensk bolagsrätt att upprätta samriskföretaget så att parterna, genom företagets utformning, kan påverka vilken konkurrensrättslig reglering som kommer att bli tillämplig på samriskföretaget? Hur har parter i praktiken utformat samriskföretag?

1.4 Avgränsning

Framställningen kommer att inriktas på de företag som når upp till rådande tröskelvärdena för att anses ha en gemenskapsdimension. Därmed blir EG-rätten tillämplig och nationell konkurrensrätt kommer därför inte att behandlas. Även olika utländska företagsformer som kan tas i bruk vid bildandet av ett samriskföretag kommer att utelämnas från denna framställning.

Vidare kommer framställningen att, såväl konkurrensrättsligt som associationsrättsligt, inriktas på de kriterier som är av väsentlig betydelse vid bedömningen av om samriskföretaget skall falla inom tillämpningsområdet för artikel 81 EG-fördraget eller under KF:s jurisdiktion. Jag kommer även att behandla vissa effekter som kan vara resultatet av tillämpningen av den ena eller den andra regleringen. Även den praxis som behandlas i kapitel fyra är inriktad på de för de konkurrensrättsliga bedömningen avgörande bedömningsgrunderna.

1.5 Metod

Uppsatsen kan metodmässigt sett delas in i tre avsnitt. Den första delen består av kapitel två där jag, i huvudsak deskriptivt, redogör för gällande rätt avseende aktuella frågor inom konkurrensrätten. Eftersom rättsläget inte helt har klarlagts kommer jag, i de deskriptiva delarna, i vissa fall, löpande kommentera och dra slutsatser utifrån det material jag behandlat. Detta har varit nödvändigt för att nå fram till någorlunda klara svar angående, för denna uppsats, centrala rättsförhållanden. Dessa delar, med normativa inslag, har utformats med stor försiktighet för att inte riskera att på ett felaktigt sätt föregripa lagstiftare eller rättstillämpning.

För att fördjupa förståelse för konkurrensrättens komplexa uppbyggnad har jag utgått från de primärkällor i form av förordningar, tillkännagivanden och andra officiella dokument som finns på området. Dessa källor har kompletterats med den doktrin som behandlat ifrågavarande problemställningar. Doktrinen har dels använts som ett tolkningsverktyg för att behandla förekommande officiell dokumentation, dels har den spelat en tolkningsutfyllande roll i de delar övriga källor har lämnat frågeställningar obesvarade. Även praxis har spelat viss roll för utformning av detta kapitel. Eftersom väsentliga regelförändringar, inom det behandlade rättsområdet, trädde ikraft 1998 har emellertid underlaget av domstolspraxis varit förhållandevis begränsat. Det bristfälliga underlaget av domstolspraxis i denna del består dels i att tillräckligt många fall ännu inte hunnit prövas, dels i att de fall som prövats inte tillfredställande behandlat de för detta arbete relevanta rättsfrågorna. Detta har inneburit att jag, som tidigare nämnts istället använt mig av officiell dokumentation och doktrin för att tolka denna och på så sätt utformat avsnittet rörande konkurrensrätten.

Metodvalet för den deskriptiva delen har alltså huvudsakligen varit behandling av officiell dokumentation och doktrin. Vid en sådan metod är källkritik en nödvändighet. Vid tolkningen av källorna har hänsyn tagits till källornas karaktär och vikt. Vissa på området förekommande källor har exempelvis tydliga normativa inslag eller utgör andrahandskällor. Det är

först genom en sådan klassificering källans vikt och utrymme i den efterföljande analysen kan avgöras.⁵

I den andra delen av uppsatsen behandlar jag sju beslut och avgöranden från kommissionen respektive förstainstansrätten. I denna del redogör jag deskriptivt för de relevanta omständigheterna i respektive fall samt för den ifrågavarande instansens beslut respektive avgörande. Detta kapitel är avsett att dels öka förståelsen för bedömningen av de i denna uppsats väsentliga problemställningarna, dels avsedd att utgöra en av grunderna för uppsatsens avslutande normativa del.

Tidigare har jag nämnt att den praxis som kom efter regeländringen 1998 har varit tämligen intetsägande vad gäller behandling av de för detta arbete relevanta rättsfrågorna. Jag har därför tvingats använda mig av praxis tillkommen enligt den lagstiftning som förelåg före tillkomsten av regeländringen 1998. Detta är enligt min mening möjligt eftersom de för denna uppsats relevanta problemställningarna i flera avseende kan jämföras med de bedömningar som gjordes före tillkomsten av regeländringen 1998. Mitt argument, i denna del, bygger på att den bedömning som tidigare företogs i samband med frågan huruvida KF skulle anses tillämplig eller inte även företas idag, fast nu istället vid bedömningen av den materiella frågan om samriskföretaget skall anses förenlig med den gemensamma marknaden. Denna argumentation kommer att utvecklas och förklaras mer ingående i samband med behandlingen av beslut och avgöranden i kapitel tre.

Sist i detta kapitel som behandlar rättspraxis kommer jag att behandla kommissionens och förstainstansrättens bedömning i de olika frågorna och föra en diskussion kring vad som krävs för att samriskföretaget skall anses omfattas av KF eller falla in under tillämpningen av artikel 81. Det primära syftet med att inte väva in denna praxis i de tidigare framförda kapitlen är att den här presenterade utformning ger möjlighet till en utförlig behandling av de faktiska omständigheterna i respektive fall och därmed en möjlighet att utvidga den teoretiska basen, som framförts i kapitel ett och två, för att möjliggöra en djupare normativ bedömning, i det avslutande kapitlet, av hur samriskföretaget bör utformas.

För att öka förståelsen kring presenterade beslut och avgöranden har jag noga redogjort för de faktiska omständigheterna i de olika fallen. Ett sådant förfarandesätt är typiskt för en kvalitativ metod och att jämföra med det kvantitativa alternativet; en mer ytlig analys i förhållande till en större observationsmängd.⁶

Valet av fallstudier och därmed insamlingen av källmaterialet har varit styrt av problemställning och syfte. Samtidigt har det som ovan nämnts förelegat en begränsning i tillgången på material. Med denna begränsning vad gäller

⁵ Holme, Solvang, s. 130 ff.

⁶ Holme, Solvang, s. 13.

urvalet i åtanke har avsikten varit att välja så illustrativa fall som möjligt. Samtidigt skall fallen vara representativa för bedömningen av samriskföretag. Således har jag först tillägnat mig en allmän bild av förekommande praxis för att på bästa sätt kunna genomföra valet av relevanta fallstudier.

Den population av fallstudier som presenteras i uppsatsen kan alltså inte sägas utgöra ett tvärsnitt av förekommande beslut och avgöranden om samriskföretag. Detta har inte heller varit min avsikt. Däremot anser jag att de valda fallstudierna väl möter syftet att dels utvärdera olika former av utformning av samriskföretaget, dels presentera normativa ställningstaganden vad avser beaktanden vid utformningen av ett samriskföretag.

I den tredje och sista delen av uppsatsen kommer jag att mot bakgrund av tidigare presenterade kapitel försöka frambringa vissa riktlinjer för hur parterna bör utforma samriskföretaget för att detta skall falla in under önskad konkurrensrättslig reglering. I denna del kommer jag att argumentera för och emot olika lösningar, varvid jag framför stöd för olika lösningsmodeller. Argumentationen i denna del grundas på de i uppsatsen tidigare presenterade delarna. Den teoretiska basen kommer således att hämtas från kapitel två medan bedömningen av i praktiken förekommande lösningsmodeller kommer att hämtas från kapitel tre.

I denna del av arbetet kommer även den associationsrättsliga utformningen av samriskföretaget att behandlas. I denna del har jag använt mig av lagtext, förarbeten och doktrin för att på ett så tillgängligt sätt som möjligt redovisa de i svensk rätt förekommande möjligheterna att utforma bolaget utifrån vissa förutsatta premisser.

Denna avslutande del av uppsatsens bygger på en induktiv forskningsmetodik, d.v.s. jag drar allmänna slutsatser från enskilda fall. Den utvärdering av beslut och avgöranden som återfinnes i de senare kapitlen är emellertid inte avsedda att ha en allmän giltighet, utan istället tjäna som väl representativa exempel på hur utformningen av ett samriskföretag i det enskilda fallet bör företas. Att försöka dra allmängiltiga slutsatser utifrån det presenterade materialet är enligt min mening inte möjligt eftersom alla samriskföretag är unika konstruktioner. Min avsikt är emellertid att redovisa vissa riktlinjer för hur samriskföretaget bör utformas för att anpassas till EG-rätten. Dessa slutsatser kommer att vara underbyggda av den deskriptiva redogörelsen för gällande rätt och av en exemplifiering av möjliga lösningar genom den praxis som redovisats.

Även i den normativa delen använder jag mig alltså av den kunskap om samriskföretag som erhållits genom studiet vid utformningen av de deskriptiva kapitlen. De slutsatser jag drar utifrån fallstudierna kan testas mot den befintliga teorin och i förekommande fall kan teorin stödja gjorda påståenden.

1.5.1 Målgrupp

Uppsatsen kan vara av intresse för jurister, såväl yrkesverksamma som studerande, intresserade av konkurrensrättens inverkan på associationsrätten. Kapitel två och tre i uppsatsen kan vara till god nytta för den som snabbt vill sätta sig in i EG:s konkurrensrätt rörande företagskoncentrationer, och därvid företrädesvis reglerna rörande samriskföretag. Kapitel fyra och den mer normativa utformningen i uppsatsens avslutande kapitel, av vad som bör beaktas vid upprättandet av ett samriskföretag, riktar sig främst till de som är intresserade av de associationsrättsliga konsekvenserna av EG:s konkurrensrätt.

1.6 Disposition

Uppsatsen består förutom inledningskapitlet av tre huvudsakliga delar:

Del ett består av en redogörelse för EG:s konkurrensrätt rörande bedömningen av om ett samriskföretag faller under tillämpningen av artikel 81 eller KF. Härvid kommer de för denna bedömning centrala kriterierna gemensam kontroll, strukturell förändring och samordnande funktioner att behandlas. Denna del av uppsatsen behandlar även de positiva och negativa effekter som en behandling enligt KF, respektive enligt artikel 81 kan medföra. Trots att den materiella handläggningen, enligt min slutsats, inte skiljer sig åt i någon avgörande grad mellan de olika regleringarna, förefaller det existera procedurrella skillnader som bör beaktas vid upprättandet av samriskföretaget. I denna del kommer jag således att behandla de effekter som ett förfarande enligt KF respektive ett förfarande artikel 81 och den därtill hörande förordning 17/62 medför.

Del två består av ett antal fallstudier. Här presenteras ett antal av de för problemställningen mest relevanta rättsfallen och besluten från EG-domstolen respektive Kommissionen. Denna del kommer att avslutas med en något mer normativ samlad bedömning av de presenterade fallen där jag bedömer dessa mot bakgrund av de i uppsatsens del ett och två presenterade kriterierna gemensam kontroll, strukturell förändring och samordnade funktioner.

Del tre av uppsatsen är uppsatsens mest normativa del. I denna del har jag för avsikt att behandla de för den konkurrensrättsliga bedömningen mest betydelsefulla bedömningsgrunderna i ett samriskavtal. Jag kommer således att behandla hur kontroll, strukturell förändring och samordnade funktioner skall regleras i samriskavtalet för att samriskföretaget skall erhålla den av parterna önskade konkurrensrättsliga bedömningen.

I denna del kommer samriskföretaget behandlas ur ett bolagsrättsligt perspektiv. En redogörelse för de i Sverige vanligaste företagsformerna för

samriskföretag kommer att presenteras och tyngden kommer att läggas vid problem rörande kontroll, strukturell förändring och samordnande funktioner i de olika bolagsformerna. Valet av just dessa kriterier kan motiveras med att det är dessa som, i uppsatsens första del, visat sig avgörande för om samriskföretaget kommer att bedömas enligt KF eller enligt artikel 81.

1.7 Definition av samriskföretag

Begreppet samriskföretag är ingalunda entydigt. Förenklat kan emellertid sägas att ett samriskföretag är en samordning mellan ett eller flera företag eller organisationer, av någon verksamhet, som tar sig uttryck i en gemensamt ägd eller kontrollerad ekonomisk enhet.⁷ Enheten skall vara en från bildarna separat enhet och bildarna skall tillföra den gemensamma enheten något av betydelse.⁸ Denna enhet kan vara, men behöver inte vara en juridisk person. Begreppet samriskföretag hänför sig därför snarare till samarbetsformen än till samarbetets innehåll.⁹

Det är svårt att finna en allmängiltig definition av begreppet samriskföretag. Betydelsen av begreppet skiljer sig åt mellan olika rättssystem. Definitionen är även beroende av i vilket hänseende vi ser begreppet. Innebörden av begreppet samriskföretag kan exempelvis variera om det skall definieras utifrån en skatterättslig bakgrund eller med beaktande av konkurrensrätt eller associationsrätt. I USA definieras samriskföretag som en egen associationsrättslig företagsform. Ett samriskföretag i USA är alltså en egen juridisk person och ett särskilt rättsbegrepp. I ett flertal andra länder är samriskföretag inget särskilt rättsbegrepp utan utgörs av en annan associationsform, exempelvis handelsbolag eller aktiebolag. I Sverige kan ett samriskföretag definieras som ett avtal om samverkan mellan två eller flera företag genom ett särskilt bolag, aktiebolag, handelsbolag, kommanditbolag eller enkelt bolag.¹⁰

Den konkurrensrättsliga definitionen av ett samriskföretag är väsentligt mer komplicerad än den civilrättsliga. Flera försök har gjorts för att finna en allmängiltig konkurrensrättslig definition, men flertalet av dessa har misslyckts. En definition som förefaller vara vedertagen i internationell litteratur är professor Brodleys:

”An integration of operations between two or more separate firms, in which the following conditions are present: (1) the enterprise is under the joint control of the parent firms, which are not under related control; (2) each parent makes a

⁷ Ellison J. Edward K., (ed.), s. 2.

⁸ Coyet J. & Gustafsson L, s. 203.

⁹ Coyet J. & Gustafsson L, s. 203.

¹⁰ Svernlöv C, s. 14.

substantial contribution to the joint enterprise; (3) the enterprise exists as a business entity separate from its parents; and (4) the joint venture creates significant new enterprise capability in terms of new productive capability, new technology, a new product, or entry into a new market."¹¹

I EG:s konkurrensrätt har begreppet samriskföretag definierats som företag som är gemensamt kontrollerade av två eller flera företag vilka är oberoende av varandra.¹² Ytterligare en definition har uppställts av Coyet och Gustafsson:

*"en samordning mellan två eller flera företag av någon verksamhet som tar sig uttryck i en gemensamt ägd eller kontrollerad enhet som kan vara, men som inte nödvändigtvis är, en juridisk person och där enheten således existerar som en affärsenhet separat från bildarna och varje bildare tillför den gemensamma enheten något av betydelse."*¹³

Med denna definition hävdar Coyet och Gustafsson att begreppet samriskföretag snarare hänför sig till samarbetsformen än till samarbetets innehåll.¹⁴ Det är även formen för samarbetet som under senare tid har uppmärksammats av Europeiska kommissionen, nedan kallad kommissionen. Genom KF har Rådet försökt reglera innebörden av vad som är gemensam kontroll.

Oavsett vilken definition som används kan det konstateras att innebörden av begreppet samriskföretag bör innefatta, att två eller flera parter avtalar om att samarbeta för ett gemensamt ändamål med vinstsyfte och delad risk. Begreppet förutsätter således ett mer direkt engagemang i företaget av parterna än en passiv investering.¹⁵

1.8 Motiv bakom bildandet av ett joint venture

Internationella samriskföretag har existerat sedan mycket lång tid tillbaka.¹⁶ Det var emellertid först under senare delen av 1900-talet som samriskföretaget såsom det existerar idag växte fram.¹⁷ I takt med den allt ökade globaliseringen har intresset för olika former av samriskföretag ökat. Den ökade integrationen inom EU och en ökad konkurrens har varit ett

¹¹ Brodley, s. 1521, 1526.

¹² Commission of the European Communities, Annual Report on Competition policy, Bryssel 1974, s. 37.

¹³ Coyet J. Gustafsson L, s. 203.

¹⁴ Coyet J. Gustafsson L, s. 203.

¹⁵ Svernlöv C, s. 15.

¹⁶ Svernlöv C, s. 13.

¹⁷ Svernlöv C, s. 13.

incitament för företagen att utveckla produkter och bedriva annan form av resurskrävande verksamhet gemensamt.

Ett samriskföretag erbjuder en mycket bra möjlighet att kontrollera och utveckla en struktur som är förenlig med en klar målsättning. Ett samriskföretag behöver inte inrätta sig efter moderbolagens affärsstrategier och det har en hög grad av flexibilitet genom sin stora anpassbarhet till marknaden och parternas önskemål. Detta kan jämföras med de stora negativa effekter som ofta följer av en fusion eller ett företagsförvärv, vilka inte sällan leder till uppsägning av personal och kundförluster. Vidare finns stora möjligheter att i ett samriskföretag samordna parternas olika kunskaper medan en fusion resulterar i att parterna måste genomgå omstrukturering och i hög grad inrätta sig till den part de skall fusioneras med.¹⁸

Genom att bilda ett samriskföretag istället för att fusionera behåller parterna sin ekonomiska självständighet. Samriskföretaget kan även utgöra ett första steg i en fusion mellan två eller flera bolag.¹⁹ Samriskföretaget kan därför fungera som en testperiod under vilken parterna undersöker om ett samgående skulle kunna fungera.

Möjligheterna att fördela investeringskostnader för riskfyllda projekt är en av de saker som gör samriskföretaget till en attraktiv investeringsform. Samriskföretaget kan dessutom, snabbare och billigare än om företaget försökt åstadkomma samma saker på egen hand, ge ett företag tillgång till nya marknader och distributionskanaler, billiga produktionsmetoder och ett större kundunderlag. Ytterligare en anledning till att upprätta ett samriskföretag kan vara att uppnå tillräckliga stordriftsfördelar för att verksamheten skall bli lönsam. Samriskföretag kan dessutom vara en förutsättning för etablering i vissa länder där lagstiftningen lägger hinder för en direkt etablering genom ett dotterbolag.²⁰

Inom exempelvis produktion, forskning och utveckling samt försäljning och distribution har det blivit mycket vanligt att internationella företag samarbetar genom ett samriskföretag. Ett samarbete i ett internationellt produktionssamriskföretag innebär att parterna genom samriskföretaget producerar varor eller tjänster. Denna form av samriskföretag bildas för att tillföra sina ägare ytterligare produktionskapacitet, antingen för att utöka produktionen av existerande produkter eller för att tillverka nya produkter.²¹ Genom ett dylikt samarbete kan ägarna dela på investeringen i exempelvis dyra utvecklingskostnader. Detta innebär således att ägarna begränsar sin risk vad gäller ett eventuellt felslag i produktionen. I vissa fall innebär emellertid samarbetet stora kostnader i form av minskad avkastning och förhöjda verksamhetskostnader.²² Den begränsning i risk som parterna

¹⁸ Walmsley J, s. 4-5.

¹⁹ Prime mfl., s. 5-6.

²⁰ Svernlöv C, s. 18.

²¹ Svernlöv C, s. 16.

²² Hewitt I, s. 1-2.

uppnår genom samarbetet kan därmed i vissa fall framstå som tämligen kostsam.

Syftet med ett produktionssamriskföretag kan även vara att få tillgång till en ny marknad.²³ Genom förfarandet finns även möjlighet att undvika importrestriktioner, höga tullkostnader och övriga hinder som inverkar på internationell handel. Dessa fördelar varierar naturligtvis väsentligt beroende av i vilket land samriskföretaget avser att etableras.

Samarbeten gällande forskning och utveckling är vanliga. Dessa bedrivs påfallande ofta endast som samarbetsavtal och således utan att något bolag bildas.²⁴ Inom denna sektor är det lätt att se de ekonomiska fördelarna med att forska och utveckla med gemensamma investeringar istället för att de enskilda parterna skall stå för hela kostnaden själva.²⁵

Även inom försäljning och distribution förefaller samriskföretag etableras. Syftet kan vara att gemensamt penetrera en ny marknad eller endast att uppnå skalfördelar. Ägarna ges även möjligheten att erbjuda sina kunder ett bredare sortiment av produkter. Detta naturligtvis under förutsättningen att ägarföretagen inte är direkt konkurrerande men ändå tillverkar liknande produkter som kan erbjudas samma kundkrets.²⁶

Samriskföretaget har emellertid även vissa nackdelar. Ett grundläggande problem är de svårigheter som uppstår när två företag med olika verksamhetsmål, ekonomiska förutsättningar, kultur och arbetsmetoder skall förenas om hur företaget skall drivas.²⁷ Det gemensamma ägandet och den gemensamma kontrollen i ett samriskföretag leder ofta till att problem kan uppstå i beslutsprocessen i olika organ.²⁸ Detta framstår särskilt tydligt i de fall två företag eller grupper av företag äger hälften var av samriskföretaget, ett sk 50/50-bolag. I dessa fall måste ägarna komma överens om viktigare beslut.²⁹ Detta kan leda till att företagets effektivitet undermineras av kompromisslösningar som förhandlats mellan parterna och som påverkar företagsledningens möjligheter att styra företaget, vilket kan medföra att driften av verksamheten försvåras och blir mer kostsam. De vanligaste orsakerna till konflikter mellan ägarna är att samarbetsparterna saknar ett gemensamt förfaringssätt vad avser frågan om långsiktiga investeringar, överenskommelser om prissättning i de fall en part tillhandahåller material till samriskföretaget samt huruvida eventuell vinst skall återinvesteras i samriskföretaget.³⁰

²³ Svernlöv C, s. 16.

²⁴ Svernlöv C, s. 15-16.

²⁵ Hewitt I, s. 1-2.

²⁶ Hewitt I, s. 1-2.

²⁷ Hewitt I, s. 5.

²⁸ Svernlöv Carl, Balans nr 5 1997.

²⁹ Svernlöv C, s. 18-19.

³⁰ Walmsley J, s. 9-11.

På grund av ett samriskföretags nackdelar är detta sällan den bästa lösningen för ett svenskt företag som söker etablera sig utomlands. Andra etableringsformer bör nog övervägas, från t.ex. rena tillverknings- eller leveransavtal till distributionsavtal, samarbetsavtal eller etablering av dotterbolag eller filial. Ibland kan det till och med vara fördelaktigt att vänta till dess att det egna företaget kan klara en etablering utan någon partner, eller att ingå ett mer i tid och omfattning begränsat samarbetsavtal. Det är först om dessa alternativ förkastats som man bör överväga att ge sig in i ett samriskföretag.³¹

För det fall samriskföretagets fördelar överväger dess nackdelar och parterna väljer denna samarbetsform skall de särskilt beakta betydelsen av att välja rätt partner. Ett samriskföretag har nämligen störst möjlighet till framgång om det kombinerar två företag av jämförbar storlek, företagskultur och finansiell styrka. Valet av samarbetspartner är därigenom sannolikt det viktigaste steget i hela projektet, och en väsentligt resultatpåverkande variabel. Den utländske partnern kommer att påverka den samlade mängden av det gemensamma företags kunskap, kapital och andra tillgångar, dess ledningsfilosofi och -metoder, samt dess fortlevnadschanser i allmänhet. Att på ett korrekt och grundligt sätt leta upp och utvärdera möjliga partners är därför nödvändigt för att bekräfta att det i vart fall finns en miniminivå av operationell och organisatorisk förenlighet mellan de tilltänkta ägarna.³²

1.9 KF jämförd med artikel 81

Efter den tidigare nämnda revideringen av KF 1997-1998 har alla gemensamt kontrollerade samriskföretag som är självständigt fungerande³³ och som har gemenskapsdimension fallit in under regleringen i KF. Förfarandet enligt förordning 17/62³⁴ aktualiseras därmed inte längre vad gäller kooperativa³⁵ självständigt fungerande samriskföretag. Detta innebär att dessa samriskföretag jämfört med regleringen enligt gamla KF har fått flera procedurda fördelar.³⁶ Exempelvis finns det en tidgräns för hur lång

³¹ Svernlöv Carl, Balans nr 5 1997.

³² Svernlöv Carl, Balans nr 5 1997.

³³ Begreppet "självständigt fungerande" är ett av de kriterier som används för att avgöra om en koncentration skall falla in under KF eller artikel 81. Begreppet kommer att förklaras ingående i den fortsatta framställningen men innebär i huvudsak att det företag som står under bedömning skall ha tillräckliga resurser och andra förutsättningar för att kunna agera självständigt.

³⁴ Förordning nr 17 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

³⁵ Under utvecklingen av koncentrationsregleringen före KF:s tillkomst och enligt den KF som gällde före 1998 ansågs det vara av avgörande betydelse om en koncentration var en kooperativ eller en koncentrativ. Kooperativa koncentrationer kan närmast jämföras med samordnade avtal, medan koncentrativa koncentrationer hade en form av partiell fusion. Kooperativa koncentrationer föll inom tillämpningsområdet för artikel 85 (nuvarande 81) medan koncentrativa föll utanför denna reglering.

³⁶ Prime mfl. s. 154.

tid förfarandet enligt KF får ta. Förfarandet måste vara avslutat inom en månad från det att det anmälts. Om Kommissionen anser det vara nödvändigt kan detta tidsförlopp utvidgas, med tidsutrymmet är hela tiden begränsad.³⁷ En annan fördel är att ett godkännande enligt KF är permanent. Endast vid exceptionella omständigheter kan ett godkännande återkallas.³⁸ Detta kan jämföras med att ett undantag enligt artikel 81.3 endast är garanterat för en bestämd period enligt artikel 8 i förordning 17/62. Slutligen innebär en prövning enligt KF att principen ”one-stop shop” kommer att tillämpas. Detta innebär att det inte kommer att ske både prövning på EG-nivå och på nationell nivå.³⁹

En annan konsekvens med att ett samriskföretag faller in under tillämpningen av KF är att samriskföretaget måste anmälas och inte kan upprättas före Kommissionen har godkänt det. Om samriskföretaget istället hade fallit under artikel 81:s tillämpningsområde hade ett godkännande inte behövt inväntas för uppstartandet av samriskföretaget. Detta innebär således att företag som bedömer att ett förestående samarbete i form av ett samriskföretag kommer att falla in under regleringen enligt KF måste anmäla detta till kommissionen och inte kan inleda upprättandet av samriskföretaget förrän Kommissionen gett sitt godkännande.

Artikel 81 innehåller en handlingsdirigerande regel och regleringen är därför uppbyggd så att det sker ett kontinuerligt upprätthållande av förbudet. Därför är alla undantag från artikel 81 tidsbegränsade och kan upphöra att gälla. På annat sätt förhåller det sig med KF. Enligt förordningen gör Kommissionen endast en kontroll av strukturförändring och ett godkännande är inte tidsbegränsat. Enligt KF har inte heller Kommissionen någon möjlighet att upphäva ett godkännande. Detta har emellertid inte hindrat kommissionen att baserat på allmängiltiga rättsprinciper ta sig befogenheten att upphäva ett 81.3-liknande undantag i sådana fall där samordningen av parternas konkurrensbeteenden möjliggjort för parterna att eliminera konkurrensen inom en väsentlig del av den produktmarknad eller servicemarknad som varit aktuell. Kommissionen har härvid uttalat att de vid upphävandet av ett undantag tar hänsyn till hur lång tid som har förflutit sedan undantaget beviljades, effekten på parternas investering av att undantaget upphävs samt samriskföretagets form av ett fungerande företag.⁴⁰ Här har alltså Kommissionen tagit sig en befogenhet som inte har uttryckligt stöd i KF utan endast kan motiveras med stöd i allmänna rättsprinciper. Frågan är då om det finns sådana allmängiltiga rättsgrundsatser som kan stödja att kommissionen upphäver ett beviljat 81.3 liknande undantag. Den rättsliga grunden för att upphäva ett undantag enligt artikel 81.3 EG-fördraget återfinns i förordning 17/62. Denna förordning kan inte tillämpas på samriskföretag som faller in under tillämpningsområdet för KF. Det finns därför inget uttryckligt rättsligt stöd för att Kommissionens skall kunna

³⁷ Ellison J. Edward K., (ed.), s. 6.

³⁸ Artikel 6, 8 KF.

³⁹ För en utförlig beskrivning av denna princip se Whish R, s. 724.

⁴⁰ Ahlbom C. & Turner V, s. 258.

upphäva ett enligt KF beviljat 81.3 liknande undantag. Även om det en sådan befogenhet för Kommissionen kan vinna stöd i allmänna rättsprinciper förefaller bristen på uttryckligt stöd i KF vara en brist i rättssäkerheten vid tillämpningen av KF.⁴¹

Kommissionen efter revideringen av KF 1997-1998 fått större befogenheter. Kommissionens jurisdiktionsområde har utvidgats i och med att de nu tillämpar KF på även kooperativa samriskföretag. Anledningen till den utökade jurisdiktionen är att en tillämpning av artikel 81 är sektoriellt begränsad medan KF kan tillämpas universellt. Konsekvensen av detta är att de sektorer som tidigare var exkluderade genom implementeringsreglerna till artikel 81 nu föll under tillämpningen av KF. Sådana begränsningar för tillämpningen av artikel 81 finns exempelvis inom transportområdet. Dylika begränsningar saknas helt för KF:s tillämpning.

⁴¹ Ahlbom C. & Turner V, s. 258.

2 Konkurrensrättslig reglering

Konkurrensrätten är ett viktigt inslag för att upprätthålla marknads-ekonomi. Konkurrensrätten förhindrar att företag begränsar konkurrensen genom att kontrollera, begränsa eller dela upp marknader.⁴²

En grundförutsättning vid upprättandet av den Europeiska gemenskapen var att den gemensamma marknaden krävde rättvisa konkurrensvillkor och avskaffande av handelshinder, tullavgifter, kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan skulle elimineras.

För att en marknadsekonomi skall fungera är en utvecklad och effektiv konkurrenspolitik en nödvändighet. Konkurrenspolitiken skall vara gemensam för medlemsstaterna. Detta hindrar emellertid inte att medlemsstaterna har en egen nationell konkurrenslagstiftning som är förenlig med den gemensamma regleringen.

EG:s överstatliga konkurrensrätt skyddar de fyra friheterna, fri rörlighet för varor, tjänster, kapital och personer. Reglerna har till uppgift att hindra att de fysiska, tekniska och rättsliga hinder för de fyra friheterna som medlemsstaterna avskaffat ersätts av konkurrensbegränsningar i form av överrens-kommelser mellan företag som delar upp marknaden mellan sig.⁴³

Gemenskapens konkurrenspolitik är numera både väl etablerad och effektiv. Den utvecklades i takt med förändringar i den ekonomiska utvecklingen. Ett prioriterat område för kommissionen inom konkurrenspolitiken har under senare år varit bekämpandet av internationella karteller och åtgärder för att bryta upp nationella offentliga monopol. Betydande framsteg har gjorts exempelvis beträffande telekommunikation, energiområdet och postverk-samheten.⁴⁴

De ekonomiska efterverkningarna av en överträdelse av de konkurrens-rättsliga reglerna är väsentliga och det är därför av stor vikt att företagen iakttar konkurrensreglerna vid utformningen av sitt samriskföretag. I det följande kapitlet kommer jag att utreda och redogöra för de EG-rättsliga konkurrensreglerna. De nationella regleringarna kommer att lämnas utanför denna framställning eftersom arbetet inriktas på de samriskföretag som har en gemenskapsdimension.

Ett samriskföretag utgör inte i sig en konkurrensbegränsning. Ett samriskföretag kan tvärt om innebära att en starkare part bildas som därmed även utgör en starkare konkurrent på marknaden och således ökar konkurrensen. Om den aktuella marknaden är öppen, så till vida att det inte

⁴² Prop. 1992/93:56 s. 16f.

⁴³ Svernlöv C, s. 50.

⁴⁴ Allgårdh O. & Norberg S, s. 360-361.

finns några hinder för en ny aktör att etablera sig på marknaden, spelar det mindre roll om en aktör försvinner från marknaden genom att ett samriskföretag bildas. Den förlorade aktören kan i en sådan situation snabbt ersättas av en ny aktör. En känsligare situation infinner sig om den aktuella marknaden är omgiven av rättsliga eller praktiska hinder mot nyetableringar. I sådana fall kan den minskning av antalet konkurrenter som eventuellt sker när ett samriskföretag bildas innebära att konkurrensen på marknaden minskar och att åtgärden således betraktas som otillåten ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Per definition utgör samriskföretaget dessutom ett samarbete mellan två företag. Detta innebär naturligtvis att det inte är sällan konkurrensrättsliga frågeställningar uppkommer när exempelvis två tidigare konkurrenter vill etablera ett samriskföretag.

EG-rätten innehåller två olika konkurrensrättsliga regleringar av samriskföretag. EG-rätten skiljer mellan samriskföretag som är självständigt fungerande och som faller in under regleringen i den s.k. koncentrationsförordningen⁴⁵ och samriskföretag som omfattas av den relativt stränga regleringen i artikel 81 i EG-fördraget men som däremot har möjlighet till gruppundantag och individuella undantag.

Före 1990 var det endast artikel 85 i EG-fördraget, vilken behandlar konkurrensbegränsande avtal, beslut och samordnade förfaranden, och artikel 86, vilken förbjuder missbruk av dominerande ställning, som samriskföretag kunde falla inom EG-rättens tillämpning.⁴⁶ År 1966 uttalade kommissionen i en promemoria att artikel 85 inte skulle tillämpas på överrenskommelser som innebar total eller partiell fusion⁴⁷ av företag.⁴⁸ Kommissionen menade alltså att samriskföretag som var av fusionsliknande karaktär inte skulle falla under artikel 85. Härvid upprättades det s.k. partiella fusionstestet för att hålla de flesta s.k. koncentrativa samriskföretag utanför artikel 85. Artikel 85 skulle enligt detta test endast omfatta s.k. kooperativa eller samordnade avtal.

Det var emellertid sällsynt att sådana partiella fusioner enligt det nämnda testet ansågs föreligga och den stora mängden samriskföretag bedömdes istället som kooperativa och föll in under artikel 85.

De villkor som kommissionen ställde upp för att ett avtal skulle anses vara en partiell fusion och samriskföretaget därmed skulle bedömas som en koncentration och falla utanför tillämpningen av artikel 85 var följande:

- Parterna överför all sin verksamhet till samriskföretaget på lång sikt;⁴⁹

⁴⁵ Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁴⁶ Goyder D. G, s. 427-428.

⁴⁷ Med partiell fusion avses gräsonen mellan en fullständig fusion och ett samarbete.

Begreppet definieras bäst genom de kriterier som ställs upp i det s.k. partiella fusionstestet som presenteras i detta avsnitt.

⁴⁸ Whish R., s. 703.

⁴⁹ Parterna var alltså tvungna att upphöra med sådan verksamhet som skulle bedrivas i samriskföretaget.

- Samriskföretaget uppfyller en ekonomisk enhets alla funktioner och har frihet att oberoende bestämma sin verksamhetsutövning;
- Samtliga parter drar sig oåterkalleligt tillbaka från samriskföretagets verksamhet;⁵⁰ och
- Uppgårelsen kommer inte att leda till samarbete mellan parterna inom andra områden.⁵¹

De flesta samriskföretag visade sig emellertid vara kooperativa enligt det nämnda testet och föll sålunda under artikel 85:s tillämpning. Enligt kommissionen skulle artikel 85 inte tillämpas på avtal begränsade till fullständiga eller partiella förvärv av företag eller på omfördelning av ägandet av företag genom fusioner eller köp av aktier eller tillgångar.⁵² Detta innebar således att samriskföretag kunde omfattas av artikel 85.⁵³ År 1973 bekräftade domstolen denna inställning i fallet *Continental Can*,⁵⁴ där domstolen fastslog att förvärv av en konkurrent kunde innebära ett missbruk av en dominerande ställning.⁵⁵ I ett något senare fall från 1987 bekräftade domstolen även att ett förvärv av aktier i en konkurrent kunde falla in under tillämpningen av artikel 85 i det fall förvärvet innebar att förvärvaren uppnådde kontroll över det andra bolagets affärsbeteende.⁵⁶ Detta fall rörde ett företags förvärv av en andel av ett konkurrerande bolag. Domstolen accepterade att en sådan transaktion under vissa omständigheter kunde anses falla in under artikel 85 och utvecklade ett antal principer för att avgöra när så skulle ske. Det inflytande som aktieförvärvet skulle ha på företagens uppträdande på marknaden var den avgörande faktorn för att bestämma om transaktionen föll under artikel 85.⁵⁷ För tillämplighet av artikel 86 krävdes att det förvärvande företaget fick en effektiv kontroll över det andra företaget medan en tillämpning av artikel 85 krävde att det fortfarande rörde sig om två eller flera av varandra oberoende företag. De ovan nämnda domstolsavgörandena löste emellertid inte problemen kring företagskoncentrationer tillfredställande. Dessa ställningstaganden från domstolens sida förbättrade alltså inte osäkerhet kring rättsläget avseende företagskoncentrationer.⁵⁸

⁵⁰ Parterna var alltså tvungna att låta samriskföretaget agera på egen hand.

⁵¹ Zonnekeyn, Geert A, s. 414.

⁵² Zonnekeyn, Geert A, s. 414.

⁵³ Allgårdh O. & Norberg S, s. 387.

⁵⁴ Mål 6/72 *Europemballage och Continental Can v. Kommissionen* (1973) ECR 215.

⁵⁵ *Whish R*, s. 703.

⁵⁶ Mål 142 & 156/84, *British-American Tobacco och Reynolds v. Kommissionen* (1987) ECR 4487.

⁵⁷ Allgårdh O. & Norberg S, s. 387.

⁵⁸ Hawk B. E. & Huser H. L, s. 37-38.

2.1 Koncentrationsförordningens utveckling

Det partiella fusionstestet ansågs alltså inte vara en tillfredsställande lösning.⁵⁹ Omfattningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget var inte tillräckliga för att Kommissionen skulle kunna genomföra tillfredställande kontroller av företagskoncentrationer för att skydda och främja den fria konkurrensen på den inre marknaden. Kommissionen lyckades inte heller skapa tillräckligt klara bedömningsgrunder för att regleringen skulle kunna betraktas som tillfredställande förutsebar. Kommissionen behövde ett instrument som gav dem befogenheter att kontrollera koncentrationer innan de upprättades. Detta föranledde antagandet av KF.⁶⁰ Genom KF tillhandahölls för första gången ett adekvat instrument för att kontrollera gränsöverskridande koncentrationer. Med KF hade man två mål, dels att förhindra konkurrensbegränsande koncentrationer, dels att erbjuda ett enda regelverk som dessa transaktioner skulle omfattas av.⁶¹

Förordningen skulle bl.a. tillämpas på företagskoncentrationer men kom även att omfatta förvärv av kapital- och rörelsetillgångar. Regleringen kom således även att träffa förvärv av kontroll, ensamt eller gemensamt med ett annat företag, över det förvärvade företaget i de fall det förvärvade företaget inte längre kunde anses vara ett självständigt företag. Även dessa former av förvärv av kontroll är enligt KF att betrakta som koncentrationer och KF kan inte heller tillämpas på något annat än koncentrationer som uppnår gemenskapsdimension.⁶²

I förordningen ersattes det partiella fusionstestet med en distinktion mellan kooperativa och koncentrativa samriskföretag för att avgöra jurisdiktionen för KF.⁶³ Förordningen innebar en ökad möjlighet till granskning av samriskföretag som skapar varaktiga strukturella förändringar på den aktuella marknaden. I och med antagandet av koncentrationsförordningen kom samriskföretag i vissa fall att anses som företagskoncentrationer och därmed falla under förordningens reglering. I andra fall ansågs samriskföretaget vara en Kooperation⁶⁴ och föll då under artikel 85:s tillämpning.

Enligt 1989 års förordning var ett samriskföretag att anse som en koncentration om det uppfyllde ett positivt och ett negativt villkor. Det positiva villkoret var att samriskföretaget varaktigt skulle uppfylla en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.⁶⁵ Detta innebar att

⁵⁹ Zonnekeyn, Geert A, s. 414.

⁶⁰ Förordning EEG 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁶¹ Faull J. & Nikpay A, s. 205.

⁶² Faull J. & Nikpay A, s. 207.

⁶³ Ellison J. & Edward K., (ed.), s. 5.

⁶⁴ Korporationer ansågs föreligga när samriskföretaget inte var tillräckligt självständigt eller när samriskföretaget intog en samordnande funktion.

⁶⁵ Gahnström, Norelid, s. 147.

samriskföretaget för att klassificeras som en koncentration skulle kunna vara verksamt på marknaden och bedriva sin verksamhet på samma vis som ett annat företag på samma marknad. Detta innebar bl.a. att samriskföretaget skulle ha en ledning som kunde upprätthålla företagets dagliga förvaltning. Ledningen skulle dessutom ha tillgång till nödvändiga resurser för företagets drift, så som kapital, personal och övriga tillgångar. Det negativa villkoret innebar att upprättandet av samriskföretaget inte fick medföra en samordning av konkurrensbeteende mellan parterna inbördes eller mellan dessa och samriskföretaget. Av artikel 3.2 i koncentrationsförordningen framgick att ett samriskföretag som hade som syfte, eller fick effekten att samordna parternas konkurrerande verksamhet inte kunde anses vara en koncentration. Ett sådant företag skulle istället falla under regleringen för Kooperation i artikel 85 EG-fördraget.⁶⁶ Om ett samriskföretag uppfyllde både det positiva och det negativa villkoret ansågs det vara en företagskoncentration och omfattades därmed av KF.⁶⁷

Bedömningen av samordnade förfaranden skedde enligt 1989-års KF enligt en reglering i artikel 3.2 :

"2. An operation, including the creation of a joint venture, which has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings which remain independent shall not constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b) The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity, which does not give rise to coordination of the competitive behaviour of the parties amongst themselves or between them and the joint venture, shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b)."

För att ytterligare klargöra skillnaden mellan en koncentration och en Kooperation publicerade Kommissionen 1990 ett tillkännagivande för att förklara innebörden av koncentrationsförordningen.⁶⁸ Mycket förenklat kan sägas att tillkännagivandet beskrev att ett samriskföretag skulle falla in under koncentrationsförordningen om företaget uppfyllde tre krav. Samriskföretaget skulle stå under parternas gemensamma kontroll. Gemensam kontroll skulle anses föreligga i det fall parterna var tvungna att gemensamt fatta beslut angående större frågor i samriskföretaget. Ytterligare ett krav var att företaget skulle vara en varaktig självständig ekonomisk enhet. Samriskföretaget skulle dessutom ha nödvändiga resurser för att varaktigt kunna driva sin verksamhet på den aktuella marknaden. Slutligen

⁶⁶ Gahnström, Norelid, s. 148.

⁶⁷ Zonnekeyn, Geert A, s. 415.

⁶⁸ Commission notice regarding the concentrative and cooperative operations under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of December 21, 1989 on the control of concentrations between undertakings, 1990, O.J. C203/10.

skulle det inte finnas någon risk för samordning mellan parterna som negativt skulle kunna påverka konkurrensen på marknaden.⁶⁹

Företag som inte uppfyllde dessa tre krav s.k. kooperativa samriskföretag skulle således bedömas enligt artikel 85 och 86 i EG-fördraget medan de koncentrativa föll in under tillämpningen av koncentrationsförordningen. En avgörande skillnad mellan KF och artikel 81 var, som tidigare nämnts, att de korta tidsfrister för Kommissionens behandling avseende de transaktioner som anmälts enligt KF saknades avseende behandling enligt artikel 81. Detta medförde att flertalet företag som upprättade samriskföretag försökte få dem att passa in under KF. Denna ännu inte tillfredställande regleringen av företagskoncentrationer ledde till att KF i slutet på 1990-talet reviderades.

2.2 1997-års Koncentrationsförordning

Kommissionen gav ut en grönbok 1996 vilken föranledde att 1989-års KF reviderades.⁷⁰ Den nya förordningen som antogs, KF 1310/97,⁷¹ trädde i kraft i mars 1998. De mest betydande tilläggen till 1989-års KF var revideringen av tröskelvärdena samt en ny reglering av samriskföretag, vilken innebar att KF:s jurisdiktion inte längre avgjordes med skillnaden mellan koncentrativa och kooperativa samriskföretag.⁷²

2.2.1 Gemenskapsdimension

För att EG-rätten skall bli tillämplig på samriskföretag måste samriskföretaget anses ha gemenskapsdimension. För att gemenskapsdimension skall anses föreligga krävs att koncentrationen når upp till vissa uppställda tröskelvärden, vilka ändrades genom 1997-års revidering av KF. Nuvarande lydelse av första och andra paragrafen i KF:s tillämplighetsartikel är:

Article 1

Scope

1. Without prejudice to Article 22 this Regulation shall apply to all

⁶⁹ Zonnekeyn, Geert A, s. 415. Detta negativa villkor togs bort när KF reviderades 1997 vilket kom att innebära att även kooperativa samriskföretag därefter faller under KF:s jurisdiktion.

⁷⁰ Community merger control, Green Paper on the review of the merger regulation, Brussels, 31.1.1996, COM(96) 19 final.

⁷¹ Förordning EEG 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁷² Ahlbom C. & Turner V, s. 249.

concentrations with a Community dimension as defined in paragraph 2. For the purposes of this Regulation, a concentration has a Community dimension where;

- (a) the aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than ECU 5 000 million, and*
- (b) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than ECU 250 million, unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State*

Kommissionen är endast behörig att granska koncentrationer och transaktioner enligt koncentrationsförordningen om båda villkoren är uppfyllda. Kraven på omsättning tjänar också till att avgränsa förordningens territoriella tillämpningsområde och därmed kommissionens behörighet.⁷³

Tröskelvärden för den globala omsättningen syftar till att mäta de berörda företagens totala storlek och ekonomiska styrka.⁷⁴ Tröskelvärden för gemenskapsomsättningen skall fastställa huruvida transaktionen innefattar en viss minimiverksamhet inom EU. Tvåtedjedelsregeln syftar till att utesluta rent inhemska transaktioner från kommissionens behörighet.

Vid beräkningen av omsättningen skall för säljarens del endast medräknas den omsättning som är föremål för transaktionen. Samma begränsning gäller inte för beräkningen av omsättningen på köparsidan. För den senare parten skall omsättningen vara den sammanlagda omsättningen i det berörda företaget samt i företag som köparen äger direkt eller indirekt till större del än hälften. Alla sådana verksamheter som köparen äger till mer än 50 % skall medtas vid beräkningen där tex. köparen disponerar över fler än hälften av rösterna eller kan utse mer än hälften av styrelseledamöterna eller där köparen har ett managementansvar för verksamheten.⁷⁵

Företag som vidtar åtgärder som når upp till de gränsvärden som KF uppställt för att koncentrationen skall anses ha gemenskapsdimension såvida de inte på andra grunder faller utanför förordningens tillämpningsområde. Dessa företag skall anmäla detta till Kommissionen senast en vecka efter det att avtalet har ingåtts eller har offentliggjorts. Denna anmälan innebär att företaget inte får vidta ytterligare åtgärder för att genomföra koncentrationen under tre veckor.⁷⁶ Kommissionen skall pröva koncentrationen och meddela besked inom en månad. Kommissionen kan begära ytterligare tid för sin granskning men senast fyra månader efter anmälan skall Kommissionen avge ett definitivt beslut.⁷⁷

⁷³ T-102/96, 25 mars 1999, Gencor Ltd mot kommissionen, para 86.

⁷⁴ Kommissionens tillkännagivande 98/C 66/04 om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, para 3, 6.

⁷⁵ Allgårdh O. & Norberg S, s. 389.

⁷⁶ Förordning EEG 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, artikel 7.

⁷⁷ Allgårdh O. & Norberg S, s. 390.

De nya trösklarna innebar att ett ökat antal transaktioner omfattades av KF. Den nya regleringen skulle även omfatta sådana transaktioner som inte uppnådde omsättningsvillkoren men som ändå hade en väsentlig påverkan på flera medlemsstater. Artikel 1 paragraf 3 i 1997 års KF fick nu följande lydelse:

Article 1

3. For the purposes of this Regulation, a concentration that does not meet the thresholds laid down in paragraph 2 has a Community dimension where:

- (a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than ECU 2 500 million;*
- (b) in each of at least three Member States, the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than ECU 100 million;*
- (c) in each of at least three Member States included for the purpose of point (b), the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than ECU 25 million; and*
- (c) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than ECU 100 million; unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.;*

Syftet var att utvidga kommissionens behörighet och därmed utvidga tillämpningsområdet för principen om en enda kontroll ("one-stop shop")⁷⁸, till att även omfatta mindre koncentrationer som hade en påtaglig inverkan på konkurrensen i minst tre medlemsländer. Tidigare hade sådana koncentrationer p.g.a. sin begränsade storlek inte omfattats av KF. En koncentration ansågs ha gemenskapsintresse om dessa lägre tröskelvärden var uppfyllda och de berörda företagen tillsammans och individuellt uppnådde en viss minimiverksamhet i minst tre medlemsländer.⁷⁹ Kommissionen gavs alltså härvid större befogenheter att ingripa vid transaktioner som tidigare låg under nationell jurisdiktion.

2.2.2 Revidering av KF rörande samriskföretag enligt KF

Den första mars 1998 trädde således den reviderade versionen av KF i kraft.⁸⁰ Denna resulterade bl.a. i att alla samriskföretag som stod under parternas gemensamma kontroll och kunde anses som självständigt

⁷⁸ KF är baserad på principen "one stop shop" som innebär att endast en myndighet, antingen kommissionen eller en nationell myndighet skall granska koncentrationen. Se vidare om denna princip i Allgårdh O, Norberg S, s. 390.

⁷⁹ Härtill utfärdades även ett nytt tillkännagivande angående beräkning av omsättning.⁷⁹ Dessutom utfärdades ännu ett tillkännagivande angående begreppet berörda företag för att underlätta tillämpning av tröskelreglerna.

⁸⁰ Ministerrådets förordning 1310/97 om ändring av förordning 4064/89 om kontroll av fusioner och företagsförvärv.

fungerande skulle falla in under KF:s tillämpning.⁸¹ Detta innebär att så länge det positiva villkoret, att upprättandet av ett samriskföretag skall vara varaktigt och skall uppfylla en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner är uppfyllt, är bildandet av ett samriskföretag att anse som en koncentration som kan falla in under KF.⁸² Betydelsen av att dela upp samriskföretag i koncentrativa och kooperativa har härmed förlorat betydelse som jurisdiktionsregel för när ett samriskföretag skall bedömas enligt KF, och när det skall bedömas enligt artikel 81. Den numera mest relevant bedömningen är huruvida bolaget är att anse som självständigt fungerande. Är samriskföretaget självständigt fungerande kan det falla in under KF:s tillämpning. Om det inte är självständigt fungerande blir artikel 81 tillämplig. Artikel 81 kan emellertid även komma att tillämpas på självständigt fungerande samriskföretag som har olika samarbetstendenser. Enligt KF artikel 2.4 skall, vid bildandet av ett samriskföretag som utgör en koncentration och som dessutom har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir oberoende, själva samordningsfunktionen bedömas enligt artikel 81.1 kriterierna, men under KF:s jurisdiktion. Självständigt fungerande samriskföretag med samordningsfunktioner åsätts således en dubbel kontroll, vid vilken koncentrationen bedöms enligt KF och samordningsfunktionerna bedöms enligt EG-fördragets artikel 81 punkt 1 och 3.⁸³

Artikel 2.4 KF har följande lydelse:

"4. To the extent that the creation of a joint venture constituting a concentration pursuant to Article 3 has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings that remain independent, such coordination shall be appraised in accordance with the criteria of Article 85 (1) and (3) of the Treaty, with a view to establishing whether or not the operation is compatible with the common market. In making this appraisal, the Commission shall take into account in particular:

- whether two or more parent companies retain to a significant extent activities in the same market as the joint venture or in a market which is downstream or upstream from that of the joint venture or in a neighbouring market closely related to this market,*
- whether the coordination which is the direct consequence of the creation of the joint venture affords the undertakings concerned the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products or services in question."*

Artikel 3.2. i 1997-års KF utvidgade omfattningen av de samriskföretag som skulle anses falla in under KF:s tillämpningsområde. Utvidgningen bestod i att det negativa kriteriet som hänförde sig till koordinationen av konkurrensbeteenden mellan oberoende företag inte längre tillämpades. Den nya regleringen gör ingen skillnad mellan koncentrativa och kooperativa

⁸¹ KF artikel 3(2).

⁸² Goyder D. G, s. 444-445.

⁸³ Faull J. & Nikpay A, s. 349-350, 364-367.

samriskföretag vid bedömningen av om de faller inom KF eller inte. Det som numera är av betydelse vid bedömningen av huruvida samriskföretaget skall bedömas enligt KF:s regler är om företaget kan anses var ett självständigt fungerande företag.⁸⁴ En potentiell samordning av konkurrensbeteendet mellan de bildande parterna hindrar numera således inte en tillämpning av KF.

Article 3

Definition of concentration

1. A concentration shall be deemed to arise where:

(a) two or more previously independent undertakings merge, or

(b) one or more persons already controlling at least one undertaking, or

- one or more undertakings

acquire, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings

2. An operation, including the creation of a joint venture, which has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings which remain independent shall not constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b)

The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity, which does not give rise to coordination of the competitive behaviour of the parties amongst themselves or between them and the joint venture, shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b)

3. For the purposes of this Regulation, control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or jointly and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular by:

(a) ownership or the right to use all or part of the assets of an undertaking;

(b) rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking

4. Control is acquired by persons or undertakings which:

(a) are holders of the rights or entitled to rights under the contracts concerned, or

(b) while not being holders of such rights or entitled to rights under such contracts, have the power to exercise the rights deriving therefrom

De praktiska konsekvenserna av förändringen som skedde med 1997-års KF var alltså följande:

- Distinktionen mellan självständigt fungerande och icke självständigt fungerande samriskföretag kommer att fortsätta att avgöra tillämpligheten av antingen förordning artikel 81 och förordning 17/62⁸⁵ eller KF.

⁸⁴ Se om artikel 2.4. Mål T-87/96 Assicurazioni Generali SpA och Unicredito SpA mot kommissionen, dom av den 4 mars 1999, kan, även om den rör en situation som skulle bedömas enligt bestämmelsens tidigare lydelse, vara vägledande vad gäller frågan om innebörden av begreppet "självständigt fungerande" gemensamma företag.

⁸⁵ Förordning EEG 17/62- EGT 12, den 21 februari 1962; senast ändrad genom rådsförordning EEG/118/63- EGT P 162, den 7 november 1963 och kompletterad genom

- Distinktionen mellan koncentrativa och kooperativa effekter av samriskföretag kommer inte längre att avgöra vilka procedurrella regler, KF eller förordning 17/62, som kommer att tillämpas. Distinktionen kommer emellertid att de facto fortsätta att ha betydelse för vilka materiella regler som kommer att tillämpas på samriskföretaget. Huruvida samriskföretaget är att betrakta som koportativt eller koncentrativt avgör alltså vilket dominantstest som kommer att vara tillämpligt. Härvid avgörs alltså om endast KF eller även artikel 81:s dominantstest skall tillämpas på de olika effekterna som uppstår med upprättandet av samriskföretaget. Vid denna bedömning beaktas följande:
 - I. Självständigt fungerande företag med gemenskapsdimension och utan kooperativa effekter kommer att vara föremål för KF:s dominantstest.
 - II. Självständigt fungerande företag med gemenskapsdimension och kooperativa effekter kommer att vara föremål för KF:s dominantstest,⁸⁶ förutom till de delar de har kooperativa effekter. Sådana kooperativa element kommer att bedömas enligt dominantstestet i artikel 81.1 och 3.⁸⁷ Kommissionen måste härvid först avgöra om de kooperativa inslagen strider mot artikel 81.1 . Om så är fallet skall kommissionen avgöra om det föreligger möjlighet till ett undantag enligt artikel 81.3. detta skall inte göras som ett formellt beslut enligt förordning 17/62 utan skall vara en del i bedömningen av om samriskföretaget är förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 6.1b eller 8.2 KF. Vid denna bedömning räcker det att Kommissionen anser att samriskföretaget har antingen kooperativa icke tillåtna effekter eller koncentrativa icke tillåtna effekter för att samriskföretaget skall bedömas som inte förenligt med den gemensamma marknaden.
 - III. Den andra delen av artikel 2.4 och paragraf 5⁸⁸ i 1997-års KF upprepar Kommissionens åsikt att fokusera på koordination mellan de bildande parterna snarare än på koordination mellan en part och samriskföretaget. Paragraf 5 indikerar även att det skall göras olika bedömningar av om spill-over⁸⁹ effekter kommer från bildandet av ett samriskföretag mellan företag som fortfarande är aktiva på samma marknad som samriskföretaget och spill over effekter från

EEG/2822/71- EGT L 285, den 29 december 1971. Denna föreskriver förfarandereglerna vid bedömningen av artikel 81.

⁸⁶ 2 art. 1-3 para. KF.

⁸⁷ 2 art. 4 para. KF.

⁸⁸ Para 5 i KF 1310/97.

⁸⁹ Med ”spill-over” effekter avses samordnade beteenden antingen mellan samriskföretaget och ett eller flera moderbolag, eller mellan två eller flera moderbolag. Risk för sådant samordnat beteende kan exempelvis anses föreligga när moderbolagen befinner sig lägre ned i produktionskedjan än samriskföretaget. Risk för samordnat beteende skall även särskilt beaktas när moderbolagen fortsätter att konkurrera på samma produktmarknad som samriskföretaget, men bara på andra geografiska marknader än samriskföretagets. Se vidare om detta i Faull J. Nikpay A, s. 358-363.

samriskföretag mellan företag som fortfarande är aktiva på marknaden nedanför eller ovanför samriskföretaget. I båda fallen kan artikel 81.1 komma att bli tillämplig.

- IV. Värt att nämna är även att trots att det inte uttryckligen framgår av artikel 2.4 så skall artikel 81.1 inte bli tillämplig om den primära effekten med samriskföretaget är en strukturell förändring. Om det primära med transaktionen är en strukturell förändring kommer således endast dominstestet i KF att tillämpas. Detta kan alltså bli fallet även om det föreligger vissa spillover effekter. Om det centrala i transaktionen inte bedöms vara strukturell förändring kommer emellertid även artikel 81.1 att bli tillämplig.⁹⁰

För att ett samriskföretag skall anses vara en koncentration enligt artikel 3 i koncentrationsförordningen måste den uppfylla följande krav:

- I. Gemensam kontroll. Ett gemensamt företag kan falla inom ramen för koncentrationsförordningen om två eller flera företag, dvs. moderbolag, förvärvar gemensam kontroll över företaget (artikel 3.1 b). Begreppet kontroll fastställs i artikel 3.3. I artikeln föreskrivs att kontrollen grundar sig på möjligheten att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag, vilket bestäms av både faktiska och rättsliga förhållanden.
- II. Strukturförändring av företag. I artikel 3.2 föreskrivs att det gemensamma företaget på varaktig basis måste fylla en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner. Gemensamma företag som uppfyller detta krav medför en varaktig förändring i de berörda företagens struktur. De benämnes i detta tillkännagivande "självständigt fungerande" gemensamma företag.⁹¹

För att en koncentration skall anses föreligga krävs således att det sker någon form av förändring vad gäller kontroll. En intern omstrukturering inom exempelvis en koncern omfattas således inte av koncentrationsbegreppet.⁹² Ett samriskföretag kan däremot falla in i under KF:s tillämpningsområde om minst två eller flera parter förvärvar gemensam kontroll över samriskföretaget.⁹³ Enligt KF artikel 3.3 avses med kontroll möjligheten för parterna att direkt eller indirekt utöva ett bestämmande inflytande i samriskföretaget. Vid denna bedömning tas stor hänsyn till förvärv av äganderätt och aktieägaravtal.⁹⁴ En koncentration kan även anses uppstå om kontrollen övergår från att vara gemensam till att bli enskild.⁹⁵

⁹⁰ Zonnekeyn, Geert A, s. 419-420.

⁹¹ EGT [1998] C 66/1, para. 8,9,11.

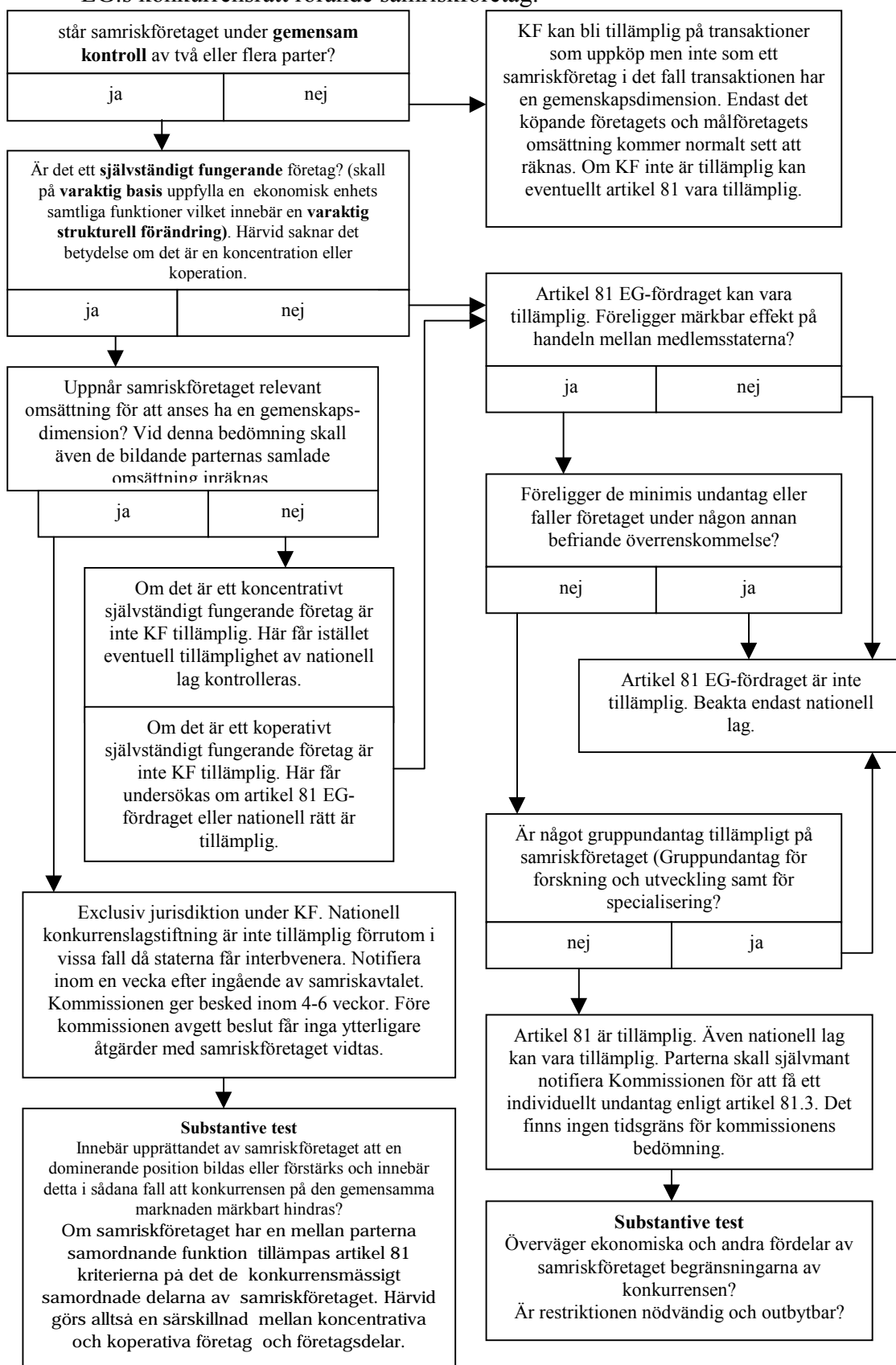
⁹² EGT [1998] C 66/5, para. 8, st. 3.

⁹³ KF artikel 3.1 b.

⁹⁴ EGT [1998] C 66/5, para. 9.

⁹⁵ EGT [1998] C 66/5, para. 16, 30-32.

EG:s konkurrensrätt rörande samriskföretag:⁹⁶



⁹⁶ Figuren är till stora delar hämtad från Hewitt I, s. 142.

2.2.3 Gemensam kontroll

En koncentration enligt KF uppstår vid tre olika situationer:

1. När två tidigare oberoende företag fusionerar;⁹⁷ eller
2. När en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag förvärvar direkt eller indirekt kontroll över hela eller delar av ett eller flera företag;⁹⁸ eller
3. När ett eller flera företag som redan kontrollerar minst ett företag förvärvar direkt eller indirekt kontroll över hela eller delar av ett eller flera företag.⁹⁹

Alla tre situationerna korresponderar mot en förändring i kontrollen över ett företag. Kontroll är därför en central bedömningsgrund för att avgöra om samriskföretaget är en koncentration som faller under KF:s tillämpning.¹⁰⁰ För företagen att redan innan de tar kontakt med kommissionen skall kunna avgöra huruvida och i vilken utsträckning gemenskapens regler om kontroll av företagskoncentrationer är tillämpliga på dem har Kommissionen gett ut ett tillkännagivande¹⁰¹ avseende hur artikel 3 bör tolkas.¹⁰²

Enligt artikel 3.1 b anses en koncentration föreligga vid förvärv av kontroll. Sådan kontroll kan erhållas av ett företag som agerar på egen hand eller av två eller flera företag som agerar samordnat. Kontroll kan också förvärfvas av en person som redan kontrollerar minst ett företag genom ensam eller gemensam kontroll, eller av flera personer som redan kontrollerar ett annat företag. Begreppet "person" innefattar i detta sammanhang offentligrättsliga juridiska personer¹⁰³, privaträttsliga juridiska personer samt fysiska personer. Såsom begreppet "koncentration" definieras i koncentrationsförordningen begränsas det till att omfatta förändringar i kontrollen. En intern omstrukturering i en företagsgrupp kan således inte utgöra en koncentration.¹⁰⁴

Kontrollen kan avse ett eller flera företag som är juridiska personer, dessa juridiska personers tillgångar eller vissa delar av dessa tillgångar.¹⁰⁵

⁹⁷ Artikel 3.1a KF.

⁹⁸ Artikel 3.1b KF.

⁹⁹ Artikel 3.1b KF.

¹⁰⁰ Verloop P. (ed.), 1999, s. 5.

¹⁰¹ Kommissionens tillkännagivande 98/C 66/02 om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer: EGT 1998 C 66/5. Tillkännagivandet ersätter Commission Notice 94/C 385/02 on the notion of a concentration under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, EGT 1994 C 385/5.

¹⁰² Detta tillkännagivande ersätter det tidigare tillkännagivandet om begreppet koncentration. Detta tillkännagivande avser artikel 3.1, 3.3, 3.4 och 3.5. Den tolkning som bör göras av artikel 3 i samband med gemensamma företag, vilka bland annat omfattas av artikel 3.2, preciseras i kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag.

¹⁰³ Även stater se ärende IV/M.157 - *Air France/Sabena* av den 5 oktober 1992.

¹⁰⁴ EGT [1998] C 66/5, para. 8.

¹⁰⁵ Ärende IV/M.286 - *Zurich/MMI* av den 2 april 1993.

Tillgångarna i fråga, som kan utgöras av varumärken eller licenser, måste kunna kopplas till en verksamhet som kan tillskrivas en bestämd omsättning.¹⁰⁶

För att veta om en transaktion innebär ett förvärv av kontroll, måste ett antal faktorer av faktisk och rättslig karaktär beaktas. Förvärv av äganderätt och aktieägaravtal är viktiga faktorer, men är inte alltid tillräckliga, eftersom de rent ekonomiska förbindelserna också kan vara avgörande.¹⁰⁷ Det är möjligt att ett ekonomiskt beroende i undantagsfall leder till faktisk kontroll, i synnerhet när omfattande långfristiga leveransavtal eller krediter som beviljas av leverantörerna eller kunderna tillsammans med strukturella band medför ett bestämmande inflytande.¹⁰⁸ Förvärv av kontroll kan också anses föreligga även om detta inte är parternas uttalade avsikt. Begreppet kontroll definieras på ett otvetydigt sätt i förordningen som "möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande", snarare än det faktiska utövandet av ett sådant inflytande.¹⁰⁹

Kontroll förvärvas i regel av personer eller företag som är innehavare av rättigheter eller berättigade till rättigheter som ger kontroll.¹¹⁰ I undantagsfall kan det inträffa att den rättsliga innehavaren av en kontrollpost inte är den person eller det företag som innehar den faktiska befogenheten att utöva de rättigheter som denna kontrollpost ger. Så skulle vara fallet till exempel om ett företag använde sig av en annan person eller ett annat företag för att förvärva en kontrollpost och, utan att i rättslig mening vara innehavare av de rättigheter som denna kontrollpost skulle ge, utövade dessa rättigheter via tredje man eller detta andra företag. Kontroll skulle då förvärvas av det bakomliggande företaget, som utövar den faktiska kontrollen över målföretaget.¹¹¹ Bland de bevis som behövs för att påvisa att denna typ av indirekt kontroll förekommer märks bland annat finansieringskällor eller familjeband.¹¹²

En transaktion skall även betraktas som en koncentration om den medför en ändring i kontrollstrukturen, som till exempel en övergång från gemensam kontroll till ensam kontroll, eller en ökning av antalet aktieägare som utövar gemensam kontroll. Den förändrade strukturen ligger i att det bestämmande inflytandet i företaget förändras.¹¹³ Av samma anledning kommer en transaktion som innebär att gemensam kontroll förvärvas över en del av ett företag och att ensam kontroll förvärvas över en annan del av samma företag i princip att anses ge upphov till två olika koncentrationer enligt

¹⁰⁶ EGT [1998] C 66/5, para. 11.

¹⁰⁷ EGT [1998] C 66/5, para. 9.

¹⁰⁸ Se beslut i ärende *Usinor/Bamesa* som kommissionen fattat enligt EKSG-fördraget. Se även ärende IV/M.258 - *CCIE/GTE* av den 25 september 1992 och ärende IV/M.697 - *Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation* av den 27 mars 1996.

¹⁰⁹ Ärende IV/M.157 - *Air France/Sabena* av den 5 oktober 1992.

¹¹⁰ Artikel 3.4 a KF.

¹¹¹ Artikel 3.4 b KF.

¹¹² EGT [1998] C 66/5, para. 10.

¹¹³ EGT [1998] C 66/5, para. 16.

förordningen.¹¹⁴ De principer som bör tillämpas för att avgöra om den berörda transaktionen utgör en koncentration under dessa omständigheter redovisas i detalj i tillkännagivandet om begreppet berörda företag.¹¹⁵

2.2.3.1 Ensam kontroll och gemensam kontroll

Ett förvärv av kontroll kan anta formen av ensam kontroll eller gemensam kontroll. I båda fallen definieras kontroll som möjligheten att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag genom rättigheter, avtal eller på annat sätt.¹¹⁶

Ensam kontroll förvärvas i rättslig mening normalt sett när ett företag förvärvar en majoritet av rösträttigheterna i ett företag. Det har ingen betydelse i sig om ägarandelen uppgår till 50 % av aktiekapitalet plus en aktie¹¹⁷ eller 100 % av aktiekapitalet¹¹⁸. Om inte andra faktorer inverkar ger ett förvärv som inte omfattar en majoritet av rösträttigheterna normalt sett inte kontroll över företaget, även om förvärvet innebär att mer än halva aktiekapitalet innehas.¹¹⁹

I likhet med ensam kontroll kan förvärv av gemensam kontroll, vilket inbegriper en övergång från ensam kontroll till gemensam kontroll, fastställas på grundval av omständigheter av rättslig eller faktisk natur.

I artikel 3 i KF föreskrivs direkt eller indirekt kontroll inte gemensam kontroll. I KF finns inget uttryckligt krav på att parterna skall ha gemensam kontroll över det gemensamma företaget för att det skall anses falla under KF:s tillämplighet. I preambeln till 1989-års KF nämns att det inte föreligger någon samordning av konkurrensbeteenden om två eller fler företag kommer överens om att förvärva gemensam kontroll över ett eller flera företag. Kommissionen har utvecklat ett krav på gemensam kontroll för att samriskföretaget inte skall ses som en samordning av parternas konkurrensbeteenden. Kontroll för kommissionen betyder således gemensam kontroll. Kommissionen menar vidare att gemensam kontroll skall vara en delad kontroll där varje part har ett ”decisive influence”.¹²⁰

Gemensam kontroll är även en förutsättning för att samriskföretaget skall anses vara självständigt fungerande.¹²¹ Med gemensam kontroll menas antingen faktisk eller rättslig kontroll. Även om en koncentration i rättslig mening inte föreligger skall en koncentration enligt artikel 3.1 a likväl anses

¹¹⁴ Ärende IV/M.409 - *ABB/Renault Automation* av den 9 mars 1994.

¹¹⁵ EGT [1998] C 66/5, para. 40.

¹¹⁶ Artikel 3.3 KF.

¹¹⁷ Ärende IV/M.296 - *Crédit Lyonnais/BFG Bank* av den 11 januari 1993.

¹¹⁸ Ärende IV/M.299 - *Sarah Lee/BP Food Division* av den 8 februari 1993.

¹¹⁹ EGT [1998] C 66/5, para. 13.

¹²⁰ Wolf R. C, s. 198.

¹²¹ EGT [1998] C 66/1, para. 8-10.

föreligga om en sammanslagning av tidigare självständiga företags verksamhet får till följd att en ekonomisk enhet bildas.¹²² Så är särskilt fallet när två eller flera företag utan att förlora sin ställning som enskilda juridiska personer avtalar om att etablera en gemensam ekonomisk ledning. Om detta leder till att en sammanslagning i faktisk mening av de berörda företagen äger rum och att en verklig gemensam ekonomisk enhet bildas, handlar det om en koncentration. En förutsättning för att kunna fastställa att en gemensam ekonomisk enhet har bildats är att det förekommer en gemensam och permanent ekonomisk ledning. Andra faktorer, som resultatutjämnning mellan de olika företag som ingår i koncernen och solidariskt ansvar, kan tas med i bedömningen. En sammanslagning i faktisk mening kan förstärkas av korsägande mellan de företag som utgör den ekonomiska enheten.¹²³

Gemensam kontroll existerar om de bildande parterna måste komma överens om viktigare beslut rörande samriskföretaget. I förordningen anges att två eller fler parter skall ha möjligheten att utöva ”decisive influence” över samriskföretaget. Med detta menas att parterna skall ha möjligheten att blockera ett avgörande beslut angående företagets kommersiella strategier. Huruvida parterna har möjlighet att blockera beslut i den löpande förvaltningen av bolaget saknar betydelse när det gäller att avgöra huruvida samriskföretaget är självständigt fungerande. Härvid är det endast av betydelse huruvida parterna har möjlighet att blockera betydelsefulla beslut som rör samriskföretagets kommersiella strategier. Gemensam kontroll kan föreligga när de bildande parterna har lika stora rösträtter i samriskföretaget. Att märka är härvid att det endast är rösträtterna som är av betydelse, hur stor kapitalandel av bolaget respektive delägare har saknar således betydelse. Gemensam kontroll kan även anses föreligga om en minoritetsägare ges kompletterande rättigheter i form av veto vid beslutsfattande rörande frågor av väsentlig betydelse för samriskföretagets kommersiella strategier.¹²⁴ Till skillnad från ensam kontroll, som ger en viss aktieägare befogenheten att avgöra ett företags strategiska beslut, utmärks gemensam kontroll av den möjliga uppkomsten av en blockeringsituation genom att två eller flera moderbolag har befogenheten att förkasta de strategiska beslut som föreslås. Dessa aktieägare måste således med nödvändighet komma överens om det gemensamma företagets affärsstrategi.¹²⁵

Den mest uppenbara formen av gemensam kontroll är den då det enbart förekommer två moderbolag som fördelar rösträttigheterna i det gemensamma företaget jämnt mellan sig. I detta fall behöver de inte ingå ett formellt avtal. Om de däremot har ingått ett formellt avtal får detta inte stå i konflikt med principen om jämlikhet mellan moderbolagen. I avtalet kan således till exempel föreskrivas att alla företagen har rätt till ett lika stort antal representanter i ledningsorganen och att ingen av medlemmarna har

¹²² När det skall avgöras i vilken utsträckning företagen tidigare var självständiga, undersöks om det ena företaget kontrollerar det andra.

¹²³ EGT [1998] C 66/5, para. 7.

¹²⁴ EGT [1998] C 66/5, para. 18-22.

¹²⁵ EGT [1998] C 66/5, para. 19.

utslagsröst.¹²⁶ Jämbördigheten kan även uppnås genom att de två moderbolagen erhåller rätten att utse lika många företrädare var i det gemensamma företags beslutsorgan. Jämn fördelning av rösträttigheterna eller av rättigheterna att företrädas i beslutsorganen är alltså en gemensam kontroll.¹²⁷

Undantagsvis kan det förekomma att en enskild aktieägare kan förkasta ett företags strategiska beslut, utan att själv kunna driva igenom denna typ av beslut. Detta kan ske när den enskild aktieägares har kontroll genom vetorätt. Denna situation uppstår då en aktieägare innehar 50 % av ett företags aktiekapital och resterande 50 % innehas av två eller flera minoritetsaktieägare eller då strategiska beslut måste fattas av ett beslutsmässigt antal röstberättigade, vilket i praktiken ger en enskild minoritetsaktieägare vetorätt.¹²⁸ Under dessa omständigheter innehar denne aktieägare i praktiken sådan makt som i normala fall tillkommer de aktieägare som har gemensam kontroll över ett företag, det vill säga förmåga att blockera antagandet av strategiska beslut. En sådan aktieägare har dock inte den makt som normalt tillkommer ett företag med ensam kontroll, det vill säga förmåga att driva igenom strategiska beslut. Eftersom denne aktieägare kan skapa en blockeringsituation, motsvarande den i traditionella fall av gemensam kontroll, anses denne inneha ett bestämmande inflytande och följaktligen kontroll enligt koncentrationsförordningen.¹²⁹

Gemensam kontroll är inte oförenlig med att ett av moderbolagen har särskild kunskap om och erfarenhet av det gemensamma företags verksamhet. Om så är fallet kan det andra moderbolaget spela en undanskymd roll, eller rent av ingen roll alls, i den dagliga driften av det gemensamma företaget där dess närvaro motiveras av skäl som berör finansiella aspekter, långsiktig strategi, varumärkesimage eller allmän företagspolicy. För att det inte skall vara fråga om ensam kontroll måste företaget dock fortfarande ha faktisk möjlighet att ifrågasätta de beslut som fattas av det första moderbolaget.¹³⁰

För att gemensam kontroll skall föreligga får inte något moderbolag ha utslagsröst.¹³¹ Gemensam kontroll kan likväl föreligga om denna utslagsröst kan användas enbart efter flera faser av förlikning och medlingsförsök eller om den enbart avser ett mycket begränsat område.¹³²

¹²⁶ Ärende IV/M.272 - *Matra/CAP Gemini Sogeti* av den 17 mars 1993.

¹²⁷ EGT [1998] C 66/5, para. 20.

¹²⁸ Ärende IV/M.258 - *CCIE/GTE* av den 25 september 1992, i vilket en enskild aktieägares vetorätt kunde utnyttjas av en styrelseledamot som denne aktieägare utsett.

¹²⁹ Eftersom denne aktieägare är den ende som förvärvar kontroll är det enbart denne som är anmälningsskyldig enligt koncentrationsförordningen; EGT [1998] C 66/5, . (tillkännagivandet om begreppet "koncentration"), para. 39.

¹³⁰ EGT [1998] C 66/5, para. 36.

¹³¹ EGT [1998] C 66/5, para. 37.

¹³² Ärende IV/M.425 - *British Telecom/Banco Santander* av den 28 mars 1994.

Om en transaktion under en inledande period ger upphov till gemensam kontroll¹³³ som enligt rättsligt bindande avtal dock med nödvändighet kommer att omvandlas på så sätt att ensam kontroll kommer att utövas av en av aktieägarna, skall hela transaktionen normalt sett betraktas som ett förvärv av ensam kontroll.¹³⁴

2.2.3.2 Gemensam kontroll genom Vetorätt

Gemensam kontroll kan anses föreligga även om det inte råder jämlikhet mellan moderbolagen avseende rösträttigheterna eller representationen i beslutsorganen samt om det finns fler än två bildande parter. Så är fallet om minoritetsaktieägarna har ytterligare rättigheter som gör det möjligt för dem att motsätta sig beslut som är viktiga för det gemensamma företags affärsstrategi.¹³⁵ Denna vetorätt kan vara inskriven i det gemensamma företags bolagsordning eller föreskrivas i ett avtal mellan moderbolagen. Den kan anta formen av ett krav på att ett beslutsmässigt antal deltagare uppnås för att vissa beslut skall kunna tas vid bolagsstämman eller vid den verkställande styrelsens möten. Vetorätten kan även innebära att strategiska beslut måste godkännas av ett särskilt beslutande organ, exempelvis den övervakande styrelsen, och att minoritetsaktieägarna är representerade i denna och utgör en del av det beslutsmässiga antal som krävs för att besluten i fråga skall kunna tas.¹³⁶

Denna vetorätt måste avse strategiska beslut om det gemensamma företags verksamhet och måste omfatta mer än den vetorätt som normalt sett beviljas minoritetsaktieägare för att skydda deras ekonomiska intressen såsom investerare i det gemensamma företaget. Det normala skyddet av minoritetsaktieägarnas rättigheter avser beslut om det gemensamma företags själva existens, som till exempel ändringar i dess bolagsordning, ökning av kapitalet, minskning av kapitalet, likvidation osv.¹³⁷ Av denna anledning gör vetorätt i frågor som rör försäljning eller försättande i konkurs av det gemensamma företaget inte att den berörda minoritetsaktieägaren kan antas delta i gemensam kontroll.¹³⁸ Vetorätten måste alltså gälla i frågor angående bolagets övergripande affärsstrategier för att gemensam kontroll skall anses föreligga.

Den vetorätt som däremot ger upphov till gemensam kontroll avser vanligen beslut och frågor som budget, affärsplan, stora investeringar eller utnämning av högsta ledningen. Förvärv av gemensam kontroll innebär inte att

¹³³ Denna inledande period får inte vara längre än tre år. Ärende IV/M.425 - *British Telecom/Banco Santander* av den 28 mars 1994.

¹³⁴ EGT [1998] C 66/5, para. 38.

¹³⁵ Ärende T2/93 - *Air France mot kommissionen*; Ärende IV/M.010 - *Conagra/Idea* av den 3 maj 1991.

¹³⁶ EGT [1998] C 66/5, para. 21.

¹³⁷ Se vidare Nial H, s. 188-193; EGT [1998] C 66/5, para. 22.

¹³⁸ Ärende IV/M.062 - *Eridania/ISI* av den 30 juli 1991.

förvärvaren måste ha möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över företagets löpande verksamhet. Det som är avgörande är om vetorätten är tillräcklig för att göra det möjligt för moderbolagen att utöva ett sådant inflytande över det gemensamma företagets affärsstrategi. Det är inte heller nödvändigt att fastställa att den som förvärvar gemensam kontroll över det gemensamma företaget verkligen kommer att använda sig av sitt bestämmande inflytande. Det räcker att denne har möjlighet att utöva detta inflytande och följaktligen att denne förfogar över sådan vetorätt.¹³⁹

För att förvärva gemensam kontroll måste en minoritetsaktieägare inte nödvändigtvis inneha alla de typer av vetorätt som anges ovan.¹⁴⁰ Det kan vara tillräckligt att denne innehar en del av dessa eller till och med en enda. Huruvida detta är fallet eller inte avgörs av det exakta innehållet i själva vetorätten, liksom betydelsen av denna vetorätt i det gemensamma företagets verksamhet.¹⁴¹ Om det förekommer olika typer av vetorätt är det viktigt att inte beakta var och en av dem enskilt för att bedöma deras relativa betydelse. Tvärtom grundar sig bedömningen huruvida gemensam kontroll skall anses föreligga eller inte på en samlad bedömning av dessa rättigheter.¹⁴² Vetorätt som inte omfattar affärsstrategin, budgeten eller affärsplanen kan emellertid inte anses ge dess innehavare gemensam kontroll.¹⁴³

2.2.3.3 Flera parters förvärv av minoritetsandelar

Även om det inte förekommer någon specifik vetorätt kan två eller flera företag som förvärvar minoritetsinnehav i ett annat företag få gemensam kontroll över detta. Så kan vara fallet om minoritetsaktieägarna sammantaget har möjlighet att kontrollera målföretaget. Med andra ord innehar minoritetsaktieägarna tillsammans en majoritet av rösträttigheterna och samordnar sig för att utnyttja dessa. Denna samordning kan följa av ett rättsligt bindande avtal eller kan grundas på faktiska förhållanden.¹⁴⁴ Ett sätt att rättsligt säkerställa gemensamt utövande av rösträttigheterna kan vara att minoritetsaktieägarna träffar ett avtal genom vilket de åtar sig att agera samordnat, ett bolagsavtal eller aktieägaravtal där ägarna åtar sig att agera gemensamt.¹⁴⁵

¹³⁹ EGT [1998] C 66/5, para. 23.

¹⁴⁰ För ytterligare belysning av hur dessa vetorätter kan utformas se EGT [1998] C 66/5, para. 25-28.

¹⁴¹ EGT [1998] C 66/5, para. 23.

¹⁴² EGT [1998] C 66/5, para. 29.

¹⁴³ Ärende IV/M.295 - *SITA-RPC/SCORI* av den 19 mars 1993.

¹⁴⁴ EGT [1998] C 66/5, para. 30.

¹⁴⁵ EGT [1998] C 66/5, para. 31; Ett alternativ till bolagsavtal och aktieägaravtal är att ägarna överlåter sina rättigheter till ett holdingföretag genom vilket de åtar sig att agera samordnat.

I undantagsfall kan ett samordnat handlande uppkomma genom förhållanden av faktisk natur när minoritetsaktieägarna har så starka gemensamma intressen att de inte kommer att motarbeta varandra när de utövar sina rättigheter i det gemensamma företaget.¹⁴⁶ Vid förvärv av minoritetsandelar utgör tidigare band mellan minoritetsaktieägarna eller om förvärv av andelar som sker genom ett samordnat handlande faktorer som indikerar sådant gemensamt intresse.¹⁴⁷ Vid bildandet av ett nytt gemensamt företag är sannolikheten större för att moderbolagen avsiktligt handlar samordnat än vid förvärv av minoritetsandelar i ett redan existerande företag. Detta är i synnerhet fallet när varje moderbolag tillför det gemensamma företaget något som är avgörande för dess verksamhet (speciell teknik, lokal know-how, leveransavtal osv.). I dessa fall kan moderbolagen ha möjlighet att driva det gemensamma företaget i full samverkan genom att komma överens om de viktigaste strategiska besluten utan att det finns något uttryckligt stadgande om vetorätt. Men ju större antalet moderbolag är, desto lägre är dock sannolikheten att denna situation uppstår.¹⁴⁸

Om sådana gemensamma intressen som beskrivs ovan inte finns leder eventuell uppkomst av växlande allianser mellan minoritetsaktieägarna normalt sett till att gemensam kontroll inte anses föreligga. Om det inte finns någon stabil majoritet när beslut ska fattas och om en majoritet uppstår tillfälligt ur de kombinationer av minoritetsaktieägarnas röster som är möjliga, går det inte att förutsätta att minoritetsaktieägarna kommer att gemensamt kontrollera målföretaget. I detta hänseende är det inte tillräckligt att två eller fler företag med lika andelar i företagets kapital kommer överens om att ha lika stora rättigheter och befogenheter. Till exempel i ett företag med tre aktieägare som var och en innehar en tredjedel av aktiekapitalet och som var och en utser en tredjedel av styrelseledamöterna, utövar aktieägarna inte gemensam kontroll över detta företag, eftersom besluten måste tas med enkel majoritet. Samma sak gäller i mer komplicerade konstruktioner där ett företags kapital till exempel är jämnt fördelat mellan tre aktieägare och där styrelsen utgörs av tolv ledamöter varav två utses av respektive aktieägarna A, B och C, två av A, B och C tillsammans och de resterande fyra av de åtta övriga ledamöterna tillsammans. Inte heller i detta fall föreligger gemensam kontroll och således inte heller kontroll enligt koncentrationsförordningen.¹⁴⁹

2.2.4 Självständig funktion

För KF skall bli tillämplig på samriskföretaget krävs även att bolaget är självständigt fungerande. Att samriskföretaget skall vara självständigt fungerande innebär att det självständigt skall kunna fylla de funktioner på en

¹⁴⁶ EGT [1998] C 66/5, para. 32.

¹⁴⁷ EGT [1998] C 66/5, para. 33.

¹⁴⁸ EGT [1998] C 66/5, para. 34.

¹⁴⁹ EGT [1998] C 66/5, para. 35.

marknad som normalt fylls av liknande företag som är verksamma på samma marknad. Detta innebär att företaget kommer att utgöra en varaktig strukturell förändring för de bildande parterna. Samriskföretaget behöver emellertid inte vara helt självständigt i förhållande till parterna. Det är vidare enbart en funktionell självständighet som krävs och det förekommer inga krav på att samriskföretaget enligt den aktuella lagstiftningen skall vara helt oberoende.¹⁵⁰

I koncentrationsförordningen behandlas begreppet självständigt fungerande gemensamma företag i artikel 3.2 på följande sätt: Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner, utgör en koncentration enligt punkt 1 b.¹⁵¹ De benämnes i detta tillkännagivande¹⁵² "självständigt fungerande" gemensamma företag.¹⁵³

Att samriskföretaget skall vara självständigt fungerande innebär väsentligen att ett gemensamt företag måste vara verksamt på en marknad och fylla de funktioner som normalt fylls av företag som är verksamma på samma marknad.¹⁵⁴ Detta innebär även att företaget måste ha en ledning som handhar driften av den löpande verksamheten. Ledningen måste dessutom ha tillgång till tillräckliga resurser för att varaktigt kunna driva företaget på den marknad som företaget enligt samriskavtalet är avsett att verka på. Med tillräckliga resurser menas att ledningen skall förfoga över finansiella resurser och arbetstagarresurser samt andra tillgångar, materiella och immateriella, för att på varaktig basis bedriva sina affärsaktiviteter inom det område som anges i avtalet om upprättandet av det gemensamma företaget.¹⁵⁵ Ett samriskföretag anses inte vara självständigt om det endast övertar en del av en parts verksamhet eller endast fungerar som försäljningsagentur.

Ett gemensamt företag är inte självständigt fungerande om det endast tar över en viss funktion inom moderbolagens affärsverksamhet utan att få tillträde till marknaden. Detta är fallet exempelvis för gemensamma företag som är begränsade till forskning och utveckling eller tillverkning. Sådana gemensamma företag är underställda sina moderbolags affärsverksamhet. Detta är fallet också när ett gemensamt företag huvudsakligen är begränsat

¹⁵⁰ Bellamy & Child, s. 88.

¹⁵¹ EGT [1998] C 66/1, para. 7.

¹⁵² Kommissionens tillkännagivande 98/C 66/01 om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer: EGT 1998 C 66/1. Tillkännagivandet ersätter delvis Commission Notice 94/C 385/01 on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, EGT 1994 C 385/1.

¹⁵³ EGT [1998] C 66/1, para. 8,9,11.

¹⁵⁴ EGT [1998] C 66/1, para. 12.

¹⁵⁵ Ärende IV/M.527 Thomson, *CSF/Deutsche Aerospace* av den 2 december 1994, para. 10 immaterialrättigheter; ärende IV/M.560 *EDS/Lufthansa* av den 11 maj 1995, para. 11, underleveranser.

till distribution eller försäljning av moderbolagens produkter och därför i huvudsak fungerar som försäljningsagentur.¹⁵⁶ Det faktum att ett gemensamt företag använder sig av distributionsnätet eller försäljningsstället för ett eller flera av sina moderbolag hindrar normalt inte att det kan anses som "självtändigt fungerande" så länge moderbolagen endast är ombud för det gemensamma företaget.¹⁵⁷

Kommissionen beaktar i sin bedömning av om samriskföretaget är självständigt särskilt huruvida parterna har en stark närvaro på marknader i tidigare eller senare led och om samriskföretagets aktiva roll på marknaden då avsikt finns att varaktigt sälja till parterna.¹⁵⁸

Moderbolagens starka närvaro på marknader i tidigare eller senare led är en faktor som bör beaktas vid bedömningen av om ett gemensamt företag är självständigt fungerande i de fall då närvaron leder till betydande försäljningar eller köp mellan moderbolagen och det gemensamma företaget. Det faktum att det gemensamma företaget är nästan helt beroende av försäljningen till sina moderbolag eller av köp från dessa endast under en första inledningsfas påverkar normalt inte det gemensamma företagets självständiga funktion. En sådan inledningsfas kan vara nödvändig för att etablera det gemensamma företaget på en marknad. Den är normalt inte längre än tre år, beroende på de särskilda förhållandena på den ifrågasvarande marknaden.¹⁵⁹ Om avsikten är att försäljningen från det gemensamma företaget till moderbolagen skall ske på varaktig basis är den avgörande frågan huruvida det gemensamma företaget, oberoende av denna försäljning, är inriktat på att spela en aktiv roll på marknaden. I detta hänseende är den relativa andelen av denna försäljning jämfört med det gemensamma företagets totalproduktion en viktig faktor. En annan faktor är att försäljningen till moderbolagen sker på grundval av normala handelsvillkor.¹⁶⁰ I förhållande till köp som det gemensamma företaget gjort från sina moderbolag kan det gemensamma företagets självständigt fungerande karaktär ifrågasättas i synnerhet om endast ett obetydligt mervärde tillförs de berörda produkterna eller tjänsterna av det gemensamma företaget. I en sådan situation kan det gemensamma företaget påminna mer om en gemensam försäljningsagentur.¹⁶¹ Om, i motsats till denna situation, ett gemensamt företag är verksamt på en handelsmarknad och fyller ett handelsföretags normala funktioner på en sådan marknad, är det dock vanligen inte en underordnad försäljningsagentur utan ett självständigt fungerande gemensamt företag. En handelsmarknad kännetecknas av att det finns företag som

¹⁵⁶ EGT [1998] C 66/1, para. 13.

¹⁵⁷ Ärende IV/M.102, *TNT/Canada Post* osv. av den 2 december 1991, para. 14.

¹⁵⁸ Faull J. & Nikpay A, s. 364-368.

¹⁵⁹ Ärende IV/M.560 *EDS/Lufthansa* av den 11 maj 1995, para. 11; ärende IV/M.686 *Nokia/Autoliv* av den 5 februari 1996, para. 6; att jämföras med ärende IV/M.904 *RSB/Tenex/Fuel Logistics* av den 2 april 1997, para. 15-17.

¹⁶⁰ Ärende IV/M.556 *Zeneca/Vanderhave* av den 9 april 1996, para. 8; ärende IV/M.751 *Bayer/Hüls* av den 3 juli 1996, para. 10.

¹⁶¹ Prime, mfl. s. 157-158.

är specialiserade på försäljning och distribution av produkter utan att vara vertikalt integrerade. På en sådan marknad finns det även vertikalt integrerade aktörer samt olika leverantörskällor för produkterna i fråga. Dessutom kan många handelsmarknader kräva operatörer som investerar inom särskilda områden såsom försäljningsställen, lagerhållning, lagerbyggnader, depåer, transportflottor och säljpersonal. För att utgöra ett självständigt fungerande gemensamt företag på en handelsmarknad måste ett företag ha de nödvändiga anläggningarna och sannolikt få en betydande del av sina leveranser inte endast från sina moderbolag utan också från andra konkurrerande källor.¹⁶²

Bildandet av ett självständigt fungerande gemensamt företag utgör en koncentration enligt artikel 3 i koncentrationsförordningen. Begränsningar som godtas av det gemensamma företagets moderbolag och som är direkt relaterade till och nödvändiga för genomförandet av koncentrationen, accessoriska begränsningar, kommer att bedömas tillsammans med själva koncentrationen.¹⁶³ Vidare kan bildandet av ett självständigt fungerande gemensamt företag som en direkt följd medföra samordning av konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga. I sådana fall anger artikel 2.4 i koncentrationsförordningen att sådana samordningsaspekter kommer att bedömas inom samma förfarande som koncentrationen. Denna bedömning kommer att göras enligt de kriterier som anges i artikel 85.1 och 85.3 i EG-fördraget¹⁶⁴ för att avgöra huruvida transaktionen är förenlig med den gemensamma marknaden. Vad gäller övriga konkurrensbegränsningar som varken är accessoriska eller en direkt följd av att det gemensamma företaget bildats, kommer kommissionen vanligen att behöva undersöka tillämpligheten av artikel 85 på dessa begränsningar med hjälp av förordning nr 17.

2.2.5 Varaktig verksamhet

Förutom gemensam kontroll krävs som tidigare nämnts att samriskföretaget varaktigt uppfyller en ekonomisk enhets samtliga funktioner. Detta innebär att samriskföretaget även måste existera tillräckligt länge för att det skall anses vara fråga om en verklig strukturförändring hos parterna.¹⁶⁵ Även syftet med samriskföretaget måste vara att bedriva en varaktig verksamhet.¹⁶⁶ Dessutom måste syftet vara att det gemensamma företaget skall bedriva verksamhet på varaktig basis. Det faktum att moderbolagen tilldelar det gemensamma företaget de tillräckliga ekonomiska resurser visar

¹⁶² Ärende IV/M.788 *AgrEVO/Marubeni* av den 3 september 1996 para 9.10; EGT [1998] C 66/1, para. 14.

¹⁶³ Se kommissionens tillkännagivande om accessoriska konkurrensbegränsningar i samband med koncentrationer (Commission Notice 90/C 203/05 regarding restrictions ancillary to concentrations); EGT [1998] C 66/1, para. 16.

¹⁶⁴ Nuvarande artikel 81.1 och 81.3.

¹⁶⁵ Prime, mfl. s. 159.

¹⁶⁶ Cook & Kerse, s. 52.

vanligen att så är fallet. Detta hindrar inte att ett samriskföretag kan upprättas endast för en begränsad tidsperiod. Det krävs emellertid att perioden är så pass lång att upprättandet av samriskföretaget innebär en strukturförändring för parterna, eller om avtalet innehåller bestämmelser om en eventuell fortsättning av det gemensamma företaget utöver denna period. Perioder kortare än 5-10 år är förmodligen för lite för att samriskföretaget skall anses vara varaktigt.¹⁶⁷ I motsats till detta anses det gemensamma företaget inte bedriva verksamhet på varaktig basis om det har bildats för en kort, begränsad tid. Detta skulle vara fallet exempelvis om ett gemensamt företag bildades för ett särskilt projekt såsom uppförandet av ett kraftverk, men det gemensamma företaget inte kommer att vara engagerat i driften av kraftverket efter det att det har byggts färdigt.¹⁶⁸ Vilken tidsperiod som kan accepteras beror emellertid på vilken karaktär den aktuella marknaden har.¹⁶⁹ Vidare innehåller avtal om bildande av ett gemensamt företag ofta bestämmelser om olika eventualiteter, t.ex. vid konkurs för det gemensamma företaget eller vid grundläggande meningsskiljaktigheter mellan moderbolagen.¹⁷⁰ Detta kan uppnås genom införlivandet av bestämmelser om en eventuell upplösning av det gemensamma företaget eller om möjligheten för ett eller flera moderbolag att dra sig ur det gemensamma företaget. Sådana bestämmelser hindrar inte att det gemensamma företaget kan anses bedriva till verksamhet på varaktig basis. Inte heller olika former av avtalsklausuler som innebär att parterna har möjlighet att dra sig ur samriskföretaget om en låsningssituation uppkommer innebär att samriskföretaget inte kan anses som varaktigt.¹⁷¹

2.2.6 Självständigt fungerande med samordnande funktion

Vissa självständigt fungerande samriskföretag har även en samordnande roll mellan de ägande parternas konkurrensbeteenden. Dessa samriskföretag genomgår som tidigare nämnts en dubbel kontroll.¹⁷² Dels kommer samriskföretagets koncentration att bedömas enligt KF:s regler, dels kommer det samordnade förfarandet att bedömas enligt artikel 81.1 och 3 i EG-fördraget, men under KF:s jurisdiktion.¹⁷³ Samtliga bedömningar sker emellertid enligt förfarandereglerna i KF och efter de tidsramar som gäller enligt KF. Detta är en av de förändringar som infördes med revideringen av KF 1997. Som tidigare nämnts kunde det tidigare skilja sig markant vad gällde den tidsåtgången för en bedömning av ett företag med samordningsfunktioner och ett utan. Numera är det således ingen tidsmässig

¹⁶⁷ Cook & Kerse, s. 52; Ärende IV/M.791 *British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd* av den 7 oktober 1996, para. 10.

¹⁶⁸ EGT [1998] C 66/1, para. 15.

¹⁶⁹ Cook och Kerse, s. 52.

¹⁷⁰ Ärende IV/M.891 *Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith* av den 23 april 1997 para. 7.

¹⁷¹ Cook & Kerse, s. 50.

¹⁷² 2 art, 4 para, KF.

¹⁷³ Lundgaard K, s. 267.

skillnad för den konkurrensrättsliga bedömningen om ett samriskföretag har samordningsfunktioner eller inte.

Revideringen av 1989-års KF innebar att distinktionen mellan självständigt fungerande samriskföretag och icke självständigt fungerande samriskföretag blev skiljelinjen som avgör när artikel 81 och förordning 17/62 skall användas och när KF skall tillämpas. Den tidigare skiljelinjen mellan koncentrativa och kooperativa samriskföretag är inte längre avgörande för vilka procedurrella regler som skall tillämpas vid prövningen av giltigheten av ett samriskföretag. Denna distinktion mellan koncentrativa och kooperativa är emellertid fortfarande av betydelse vid tillämpning av de materiella reglerna rörande om endast KF:s domanstest¹⁷⁴ skall tillämpas eller om även artikel 81.1 skall tillämpas.¹⁷⁵

Koncentrativa självständigt fungerande samriskföretag med gemenskapsdimension är endast föremål för det domanstest som finns i KF. Kooperativa självständigt fungerande samriskföretag bedöms dels enligt domanstestet i KF och dels enligt domanstestet i artikel 81.1. Härvid är det de koncentrativa delarna som bedöms enligt KF och de kooperativa delarna som bedöms enligt artikel 81.1 och 3. Kommissionen skall härvid bedöma om den kooperativa delen av samriskföretaget strider mot artikel 81.1 och om så är fallet bedöma om det finns möjlighet till ett undantag enligt artikel 81.3. bedömningen enligt artikel 81 sker emellertid under KF:s jurisdiktion.¹⁷⁶ Härvid skall anmärkas att denna prövning inte skall ske enligt prövning för ett formellt undantag enligt förordning 17/62. Istället skall prövningen ske enligt artikel 6.1b och 8.2 KF, som en del i prövningen av om samriskföretaget kan accepteras på den gemensamma marknaden. Denna dubbla prövning av kooperativa självständigt fungerande samriskföretag innebär således att företaget kan förklaras icke tillåtet även om det är fullt förenligt med regleringen i KF eller artikel 81.1. Det räcker således att samriskföretaget inte når upp till kraven enligt ett av regelverken.¹⁷⁷

1997-års revidering av KF innebar alltså att KF till skillnad mot tidigare kom att omfatta kooperativa självständigt fungerande företag samt att det infördes ett domanstest liknade det som finns i nuvarande artikel 81.1. En fråga som härvid uppkommer är hur kommissionen skall tillämpa artikel 81.1 kriterierna vid tillämpning av KF. Ordalydelsen av artikel 2.4 och 8.3 i 1997-års KF och tillkännagivandet angående självständigt fungerande företag förefaller innebära att kriterierna i artikel 81.1 skall tillämpas på samma sätt vid tillämpning av KF som vid tillämpning av artikel 81.1.¹⁷⁸

¹⁷⁴ 2 art. 1-3 para. KF.

¹⁷⁵ Zonnekeyn, Geert A, s. 419.

¹⁷⁶ 2 art. 4 para. KF.

¹⁷⁷ Zonnekeyn, Geert A, s. 419.

¹⁷⁸ Ahlbom C. & Turner V, s. 257.

2.2.6.1 Dominanstest

I 1997-års KF infördes alltså även ett dominanstest liknande det dominanstest som finns i artikel 81 i EG-fördraget. Regleringen har innebörden att effekter på konkurrensen som är ett resultat av samordning mellan de bildande parternas förehavanden, förutom de ”spill-over” effekter som sker genom samriskföretaget, faller in under artikel 81.1 och 3. Bedömningen sker emellertid som tidigare nämnts under KF:s jurisdiktion enligt artikel 2.4. Verksamhetens koncentrerande effekter faller emellertid in under tillämpligheten av KF:s dominanstest i artikel 2. 1-3. Bedömningen av samordnande funktioner mellan moderbolagen sker alltså enligt artikel 2.4 KF som har följande lydelse:

Article 2

4. To the extent that the creation of a joint venture constituting a concentration pursuant to Article 3 has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings that remain independent, such coordination shall be appraised in accordance with the criteria of Article 85 (1) and (3) of the Treaty, with a view to establishing whether or not the operation is compatible with the common market

In making this appraisal, the Commission shall take into account in particular:

- whether two or more parent companies retain to a significant extent activities in the same market as the joint venture or in a market which is downstream or upstream from that of the joint venture or in a neighbouring market closely related to this market,*
- whether the coordination which is the direct consequence of the creation of the joint venture affords the undertakings concerned the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products or services in question.;*

Alla självständigt fungerande samriskföretag kommer att bedömas enligt regleringen i KF. Det självständigt fungerande samriskföretaget kommer att bedömas enligt dominanstestet i artikel 2.4 i KF. Relationen mellan de bildande parterna kommer emellertid att bedömas enligt reglerna i artikel 81.1 EG-fördraget. Samriskföretag vars syfte eller effekt är att samordna konkurrensbeteendet mellan självständiga företag vilka sannolikt kommer att resultera i en hämning av konkurrensen enligt artikel 81.1 är kooperativa samriskföretag. Samriskföretag utan samordningsfunktioner som syfte eller effekt är koncentrativa samriskföretag. Detta innebär att relationen mellan de bildande parterna kommer att bedömas enligt fyranivåtestet enligt artikel 81.3. Eftersom restriktioner mellan parterna är direkta resultat av samriskföretaget skall artikel 81.3 testet tillämpas direkt på samriskföretaget.¹⁷⁹ Fyra frågor skall besvaras:

¹⁷⁹ Ahlbom C. & Turner V, s. 257.

- I. Bidrar samriskföretaget till förbättring av produktion eller distribution eller utvecklingen av teknisk eller ekonomisk utveckling?
- II. Får konsumenterna ta del av en rimlig del av vinsten?
- III. Innebär samriskföretaget endast sådana restriktioner för de bildande parterna som är nödvändiga för att uppnå målet med samriskföretaget?
- IV. Ger samriskföretaget parterna möjlighet att eliminera konkurrensen vad gäller väsentliga delar av den aktuella produktionen?¹⁸⁰

Det är främst den fjärde punkten som Kommissionen kommer att lägga stor vikt på vid prövningen av samriskföretaget.

Paragraf nummer fem i rådets förordning om ändring av 1989-års KF ger en utförlig beskrivning av hur bedömningen enligt förordningens artikel 2.4 skall ske.¹⁸¹ Artikel 2.4 och paragraf 5 i KF är inriktade på risken att de bildande parterna samordnar sina konkurrensbeteenden snarare än att på risken för att det sker en samordning mellan en av parterna och samriskföretaget. Det förefaller även finnas en skillnad i hur bedömningen av ”spill-over” effekter skall göras när parterna är aktiva på samriskföretagets marknad och när de är aktiva på en angränsande marknad. Kommissionen måste i båda fallen i vart fall göra en avvägning mellan de positiva effekterna av att ett samriskföretag bildas och de negativa effekterna av att det sker vissa samordningar av konkurrensbeteendena mellan parterna.¹⁸² Enligt artikel 2.4 bör härvid det fjärde stycket i artikel 81.1 särskilt beaktas.

Paragraf 5 föreskriver vidare att artikel 81.1 som huvudregel inte är tillämplig när det gäller förändringar som främst är strukturella. I de fall det föreligger ”spill-over” effekter måste Kommissionen således utreda huruvida bildandet av samriskföretaget ändå i första hand är åsyftat att innebära varaktiga förändringar i parternas struktur och inte att samordna parternas konkurrensbeteende. Om resultatet av denna bedömning är att det som åsyftats varit att varaktigt omstrukturera de bildande parterna skall Kommissionen endast pröva hela transaktionen enligt dominanstestet i artikel 2.4 KF och således blir det i dessa fall ingen bedömning av någon del av transaktionen, inklusive spill over effekterna, enligt artikel 81.1. Om transaktionen å andra sidan inte bedöms att huvudsakligen åsyfta en strukturell förändring av de bildande parterna, kommer både dominanstestet enligt artikel 2.4 i KF och artikel 81.1 att tillämpas på samriskföretaget.¹⁸³

¹⁸⁰ Ahlbom C. & Turner V, s. 257, 258.

¹⁸¹ Rådets förordning (EEG) nr 1310/97 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, para. 5.

¹⁸² Zonnekeyn, Geert A, s. 419, 420.

¹⁸³ Zonnekeyn, Geert A, s. 419, 420.

2.2.6.2 Parternas närvaro på marknaden

Artikel 2.4. i KF aktualiseras således endast när ett samriskföretag anses ha samordningsfunktioner vad avser parternas konkurrensställningar. En samordnande funktion innebär risk för att karteller eller kartellliknande konstruktioner uppstår vilket innebär en hämmad konkurrens. En sådan konkurrensbegränsande effekt kan vara avsikten och huvudsyftet med samriskföretaget. Alternativt kan konkurrensbegränsningen mellan parterna som bildar samriskföretaget vara en indirekt effekt av att samriskföretaget bildas. Enligt KF 2.4. skall kommissionen särskilt ta hänsyn till ”om två eller flera parter samtidigt och i betydande utsträckning är närvarande på samma marknad som samriskföretaget eller på en tidigare eller senare marknad i förhållande till denna eller på en angränsande marknad som har nära anknytning till denna marknad”. Eftersom det inte finns några närmare riktlinjer kring hur detta stadgande skall tolkas får enligt Lundgaard ledning sökas i vad som angivits i tidigare tillkännagivanden.¹⁸⁴

Det torde vara tämligen liten risk för att samriskföretaget har direkt eller indirekt samordningsfunktion om samtliga parter överför hela sin verksamhet till samriskföretaget. Risken är även mycket liten om endast en av parterna finns på samriskföretagets marknad. I det fall flera eller samtliga av de bildande parterna stannar kvar och bedriver en aktiv verksamhet på samriskföretagets marknad är emellertid risken för att det skall föreligga samordningsfunktioner relativt hög.¹⁸⁵ Denna risk är även tämligen hög om de bildande parterna är aktiva på en till samriskföretagets marknad angränsande marknad.¹⁸⁶ Detta innebär även att parterna inte får delta i tidigare existerande nätverk av andra samriskföretag som är verksamma på det bildade samriskföretagets marknad.¹⁸⁷ Även parternas eventuella framtida inträdande kan innebära att samriskföretaget anses ha en samordnande funktion. Det krävs i dessa fall en stor sannolikhet för att parterna skall inträda på samriskföretagets marknad för att samordningsfunktion skall anses förestå. Denna sannolikhet anses exempelvis inte uppnås i de fall parterna överfört stora delar av sin verksamhet till samriskföretaget eller har gjort stora investeringar i företaget.¹⁸⁸ Att parterna har kvar mindre verksamheter innebär inte att samriskföretaget anses ha en samordnande funktion.

Om de bildande parterna verkar på näraliggande marknader kan detta skapa risk för att samriskföretaget anses ha en samordnande roll. Näraliggande marknader kan exempelvis vara produktmarknader i senare eller tidigare led

¹⁸⁴ Lundgaard K, s. 268. Enligt Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (98C 66/1), s. 1 not 3 kan även paragraferna 17-20 i kommissionens tillkännagivande om koncentrativa och kooperativa gemensamma företag (EGT C 385, 31.12.1994, s.1) tjäna som vägledning för tillämpningen av artikel 2.4 i koncentrationsförordningen.

¹⁸⁵ OJ C 385 1994 s. 1, para 18.

¹⁸⁶ Faull J. Nikpay A, s. 359.

¹⁸⁷ OJ C 385 1994 s. 1, para. 18.

¹⁸⁸ OJ C 385 1994 s. 1, para. 18.

än samriskföretagets marknad. Det kan även vara den geografiska marknaden, om exempelvis en part fortsätter att konkurrera inom samma produktmarknad som samriskföretaget men på en annan geografisk marknad. Sannolikheten för att dessa situationer skall anses innebära att samriskföretaget har intagit en samordnande funktion är tämligen små och anses främst förekomma inom branscher där strikt konkurrenskontroll råder.¹⁸⁹ Enligt Kommissionens tillkännagivande är det betydligt högre risk att samriskföretaget har en samordnande funktion om parterna befinner sig lägre ner i distributionskedjan än samriskföretaget än när parterna befinner sig högre upp i distributionskedjan än samriskföretaget.¹⁹⁰ I det förra fallet torde det ofta vara fråga om att samriskföretaget är ett produktionsbolag som förser parterna med färdiga produkter. I det senare fallet torde det endast finnas en samarbetsrisk då samriskföretaget agerar som en för parterna gemensam försäljningsagentur.¹⁹¹

Om en eller flera av de bildande parterna fortsätter att konkurrera på samma produktmarknad som dess samriskföretag, men endast på andra geografiska marknader än samriskföretaget, kan det i vissa fall föreligga en risk för att samriskföretaget har en samordnande roll. Detta kan vara fallet om samriskföretagets verksamhet på den aktuella geografiska marknaden är av substantiell ekonomisk betydelse i relation till moderbolagens operationer på deras geografiska marknader, om samriskföretaget och de bildande parternas marknader går in i varandra eller snart kommer att gå in i varandra samt om risk för samarbete kommer att infinna sig inom den gemensamma marknaden.¹⁹²

2.2.6.3 Effekter av den nya regleringen i 1997-års KF

Kriteriet självständigt fungerande samriskföretag fanns redan i 1989-års KF men i och med revideringen 1997 blev detta det enda kriteriet för gränsdragningen vad gäller samriskföretag. Enligt Kommissionen fungerar 1997-års KF med skiljelinjen vid vad som är ett självständigt fungerande företag på så sätt att det separerar strukturella transaktioner från icke strukturella transaktioner.

Den gamla skiljelinjen mellan koncentrativa och kooperativa samriskföretag som avgjorde ifall samriskföretaget skulle bedömas enligt artikel 81 eller enligt KF kritiserades eftersom den ansågs behandla kooperativa och koncentrativa samriskföretag olika. Den nya skiljelinjen mellan vilka samriskföretag som skall bedömas enligt KF och som skall bedömas enligt artikel 81 har också kritiserats. Samriskföretag kan tex. innebära ens strukturell förändring för de bildande parterna men samtidigt endast vara

¹⁸⁹ Hawk & Huser, s. 56

¹⁹⁰ EGT C 385 1994 s. 1, para. 18.

¹⁹¹ Hawk & Huser, s. 57.

¹⁹² Hawk & Huser, s. 63.

begränsade till en enda funktion. I ett sådant fall kommer samriskföretaget inte att klassificeras som ett självständigt fungerande företag. Detta innebär att ett samriskföretag som trots att det innebär en strukturell förändring för dess parter kommer att bedömas mot bakgrund av regleringen i artikel 81 EG-fördraget.¹⁹³

Vad gäller den kooperativa gränsdragningen och värderingen av de bildande parternas relation till varandra har det hävdats att införandet av en 81-liknande dominantstest i artikel 2.4 i KF eventuellt kan komma att leda till olika behandling vid olika typer av restriktioner mellan parterna. Det har hävdats att detta inte kan motiveras på objektiva grunder.¹⁹⁴ I dess nuvarande lydelse torde KF emellertid, även om vissa förbättringar eventuellt fortfarande kan ske, fungera bättre än 1989-års KF.

2.2.7 Samriskföretag med gemenskapsdimension

Kommissionen skall ta ställning till om upprättandet av ett samriskföretag som uppnår kraven för att anses ha gemenskapsdimension skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas.¹⁹⁵ I det fall kommissionen bedömer att så är fallet skall Kommissionen enligt artikel 2.3 förklara koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden. I annat fall skall koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 2.2. Kommissionen kan även ålägga moderbolagen att vidta vissa ändringar i samriskföretaget för att koncentrationen skall kunna anses förenlig med den gemensamma marknaden.

Kommissionen skall även pröva huruvida det berörda gemensamma företaget har "till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga".¹⁹⁶

Bedömningen av en koncentrations förenlighet med den gemensamma marknaden förutsätter dessutom en definition av relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad.¹⁹⁷

¹⁹³ Ahlbom C. & Turner V, s. 260-261.

¹⁹⁴ Ahlbom C. & Turner V, s. 261.

¹⁹⁵ 2 art. 2 para. KF.

¹⁹⁶ Vad gäller frågan om huruvida det gemensamma företaget har "till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet" kan det fortsättningsvis hänvisas till punkterna 17-20 i kommissionens tillkännagivande om koncentrativa och kooperativa gemensamma företag (Commission Notice 94/C 385/01 on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures, EGT 1994 C 385/1).

¹⁹⁷ Se vidare om detta i kommissionens tillkännagivande 97/C 372/03 om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning.

2.2.7.1 Kommissionens prövning av samordnande förfaranden

Av tillkännagivandet om kooperativa samriskföretag från 1993 kan det utrönas hur kommissionens er på olika former av samarbeten. Nedan följer en redogörelse för Kommissionens syn på några av samarbeten som kan förekomma mellan parterna.

Rena forsknings- och utbildningssamarbeten som av någon anledning faller utanför gruppundantagsförordningen avseende avtal om gemensam forskning och utveckling kommer i allmänhet att bedömas positivt av Kommissionen. Kommissionen förefaller anse att denna typ av samarbeten ger ekonomiska fördelar utan några betydande begränsningar i konkurrensen.¹⁹⁸ Om emellertid det forsknings- och utvecklings samriskföretaget ges befogenhet att tillverka de gemensamt utvecklade produkterna blir den konkurrensrättsliga bedömningen strängare i synnerhet om parternas marknadsandelar överstiger 20 % av den relevanta marknaden.¹⁹⁹

Samriskföretag som upprättas för gemensam försäljning beaktas ofta som otillåtna. Kommissionen betraktar samriskföretag vars verksamhet är gemensam försäljning som horisontella karteller.²⁰⁰ Denna form av samriskföretag åsyftar enligt Kommissionen att koordinera konkurrerande tillverkares försäljningsverksamhet. På så sätt förhindrar de inte bara priskonkurrens mellan de bildande parterna utan de begränsar även den mängd varor som parterna får leverera eftersom försäljningssamriskföretag ofta innehåller system för orderallokering. Kommissionens syn på samriskföretag som driver försäljningsverksamhet är således mycket sträng. De fall där Kommissionen kan tänkas att ge undantag är där gemensam distribution av produkter är en del i ett större samarbetsprojekt, exempelvis avseende specialisering och där gemensam distribution är av avgörande betydelse för att samarbetet skall bli framgångsrikt.²⁰¹

Även Kommissionens inställning till samriskföretag vars verksamhet är att samordna inköp är negativ. Visserligen bidrar sådana samriskföretag i allmänhet till bättre orderhantering och effektivare transporter och lagring. De är emellertid även ett verktyg för fastställande av gemensamma inköpspriser och inköpsvillkor och ofta även inköpskvoterings. Detta förfarande kan dessutom leda till att parterna får en för stark ställning i förhållande till leverantörerna vilket kan medföra att konkurrensen mellan leverantörerna hämmas. Kommissionen gör således endast undantag i vissa fall och då endast när de bildande parterna även har möjlighet att göra inköp vid sidan av samriskföretaget.²⁰²

¹⁹⁸ EGT [1993] C 43/02, para. 59.

¹⁹⁹ EGT [1993] C 43/02, para. 63.

²⁰⁰ EGT [1993] C 43/02, para. 60.

²⁰¹ EGT [1993] C 43/02, para. 60.

²⁰² EGT [1993] C 43/02, para. 61.

Vad gäller samriskföretag vars verksamhet är att producera är Kommissionens bedömning mer osäker. I de fall samriskföretaget bildats för att öka tillgänglig produktionskapacitet är troligen Kommissionens bedömning mer positiv än om huvudsyftet är att begränsa tillgänglig produktionskapacitet.²⁰³

2.3 Artikel 81

Om ett samriskföretag inte står under parternas gemensamma kontroll eller bedöms som icke varaktigt självständigt fungerande är inte KF tillämplig. Inom EG rätten får då en prövning om artikel 81 EG-fördraget kan finnas tillämplig ske.²⁰⁴

Även i det fall KF finns tillämplig kan artikel 81.1 och 3 tillämpas fast under KF:s jurisdiktion. Enligt tidigare framfört resonemang infaller en sådan bedömning enligt artikel 2.4 KF om samordnande funktioner anses föreligga. Detta innebär att föreliggande framställning gällande funktionen av artikel 81 är av vikt både för bedömningen enligt KF och för det fall samriskföretaget faller utanför tillämpningsområdet för KF och faller under artikel 81:s tillämpningsområde.

2.3.1 Tillämpningsområde för artikel 81

Om ett samriskföretag bedöms som icke självständigt fungerande kan det som tidigare nämnts inte falla in under KF:s tillämpning. Däremot kan upprättandet av ett samriskföretag komma att anses vara ett konkurrensbegränsande avtal, beslut eller samordnat förfarande och därmed anses vara förbjudet enligt artikel 81.1 EG-fördraget.²⁰⁵ Avtal eller beslut som faller in under artikel 81.1 är förbjudna och kommer att förklaras ogiltiga enligt artikel 81.2.

Artikel 81 i EG-fördraget tar alltså sikte på konkurrensbegränsande avtal och andra åtgärder som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Artikel 81 rör avtal, beslut om företagssammanslutningar eller samordnande förfaranden mellan två eller flera företag. Artikelns direkt effekt i medlemsstaterna och kan också tillämpas av nationella organ.²⁰⁶ Konkurrensbegränsande avtal är oförenliga med den gemensamma marknaden och är därmed förbjudna. Detta gäller både horisontella avtal, dvs. avtal mellan företag i samma led i distributionskedjan, och vertikala avtal, tex. avtal

²⁰³ EGT [1993] C 43/02, para 62.

²⁰⁴ I detta kapitel gäller att artikelarna anges enligt dess nuvarande nummer om inget annat anges.

²⁰⁵ Lundgaard K, s. 271.

²⁰⁶ Märk härvid skillnaden mot tillämpningen av KF där principen om ”one stop shop” råder.

mellan tillverkare och återförsäljare.²⁰⁷ Förbjudna avtal är exempelvis överrenskommelser om prissamarbete mellan konkurrenter, avtal om uppdelning av marknaden eller produktionskvoter, olika villkor vid likvärdiga transaktioner och bestämmelser om skyldigheter som inte har något samband med föremålet för avtalet.

För att artikel 81 skall befinnas tillämplig måste tre rekvisit vara uppfyllda. Det skall föreligga ett avtal mellan företag, beslut om företagsammanslutningar eller samordnade förfaranden. Vidare skall åtgärden anses kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna. Slutligen skall åtgärdens syfte eller effekt vara att konkurrensen inom den gemensamma marknaden hindras, inskränks eller snedvrids.

- I. Ett avtal i den mening som åsyftas i artikel 81.1 kan vara skriftligt eller muntligt, något krav på bindande kontrakt finns inte. Det är tillräckligt att parterna ämnar följa avtalets intentioner. Begreppet avtal åsyftar här alltså även sk gentlemen's agreements²⁰⁸ och underförstådda godtaganden²⁰⁹. Det behöver inte heller föreligga ett faktiskt avtal mellan företagen för att artikel 81 skall kunna tillämpas. Det räcker att det finns ett beslut om tex. en företagssammanslagning. Innebörden av vad som är ett beslut har getts en vid tolkning och det krävs inte ens att det är ett bindande beslut för att artikel 81 skall befinnas tillämplig.
- II. För att en tillämpning av artikel 81 skall aktualiseras måste handeln mellan medlemstaterna vara påtaglig. Begreppet handel har en vid betydelse och täcker alla ekonomiska aktiviteter vad gäller varor och tjänster. Handeln måste vara påtaglig både när avtalets syfte varit begränsande och när avtalets effekt varit begränsande. Domstolen har med hänsyn till att avtal mellan företag kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, ansett att det utifrån objektiva kriterier måste vara möjligt att med en tillräcklig grad av sannolikhet förutse att förfarandet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt påverkar samhandeln mellan medlemsstaterna.²¹⁰
- III. Ett avtal om att upprätta ett samriskföretag faller in under artikel 81:s tillämpning i de fall själva bildandet av samriskföretaget eller detta företags verksamhet har som syfte eller effekt att hindra, begränsa eller fördröja konkurrensen inom den fria marknaden.²¹¹ En sådan konkurrensbegränsning måste dessutom vara märkbar för att

²⁰⁷ Allgårdh O. & Norberg S, s. 390.

²⁰⁸ Målet 41/69 *ACF Chemiefarma mot Kommissionen* (1970) E.C.R. 661.

²⁰⁹ Kommissionens beslut i ärendet *National Panasonic- EGT L 354*, den 16 december 1982.

²¹⁰ Vidare om detta sk samhandelskriteriet i Allgårdh O, Norberg S, s. 366.

²¹¹ Lundgaard K, s. 271..

samriskföretaget skall falla in under förbudsregeln i artikel 81.²¹² Av Kommissionens tillkännagivande framgår att det finns tre typsituationer när ett samriskföretag faller in under artikel 81.1:s tillämpning. Detta är då de bildande parterna antingen faktiskt eller potentiellt är konkurrenter, då etableringen av samriskföretaget har konkurrensbegränsande effekter för tredje man som befinner sig på ett tidigare eller senare omsättningsled i förhållande till den marknad där samriskföretaget är aktivt, samt då samriskföretaget ingår i ett nätverk av samriskföretag som tillsammans har en konkurrensbegränsande verkan.²¹³

Ovan har jag behandlat förekomsten av att samriskföretaget och en av de bildande parterna faktiskt eller potentiellt konkurrerar, alltså när ett självständigt fungerande samriskföretag anses ha samordnande funktioner. Detta är en av de viktigaste typsituationerna för när ett samriskföretag anses ha konkurrensbegränsande effekter enligt artikel 81.1. Kommissionen har för avsikt att göra en så realistisk bedömning som möjligt vid fastställandet av huruvida de bildande parterna är faktiska eller potentiella konkurrenter. Kommissionen har därför ställt upp ett antal kriterier för att avgöra huruvida parterna faktiskt eller potentiellt konkurrerar.²¹⁴ Härvid beaktas:

- I vilken utsträckning de bildande parterna har tillräckliga finansiella resurser för att starta upp samriskföretaget och om de har tillgång till nödvändigt råmaterial;
- Om de bildande parterna har kunskap om den produktionsteknik som skall tillämpas i samriskföretaget samt om varje part själv bidrar med produkter högre upp eller lägre ner i produktionskedjan i förhållande till samriskföretaget;
- Huruvida efterfrågan på samriskföretagets produkter är så pass stor att parterna själva kan framställa den samt om moderbolagen har tillgång till distributionskanaler för att sälja det som samriskföretaget producerar;
- Huruvida parterna kan bära den tekniska och finansiella risken samt hur den relevanta marknaden ser ut, dvs. om det är låga eller höga inträdesbarriärer och vilka möjligheter de bildande parterna har att förbigå inträdesbarriärerna.

Om kommissionen efter denna bedömning kommer fram till att parterna är konkurrenter är risken hög för att samriskföretaget skall bedömas ha en otillåten konkurrensbegränsande effekt enligt artikel 81.1 i EG-fördraget.

Om effekten på samhandeln inom gemenskapen är märkbar kommer som ovan nämnts konkurrensbegränsningen anses som otillåten enligt artikel 81.1 EG-fördraget. Vad som anses vara en märkbar konkurrensbegränsning har i kommissionens praxis fått en tämligen vid definition.²¹⁵ Enligt

²¹² EGT nr C 43 1993 s. 2, para. 26.

²¹³ EGT nr C 43 1993 s. 2, para. 18-25 och 27-31.

²¹⁴ EGT nr C 43 1993 s. 2, para. 19.

²¹⁵ Goyder D. G, s. 105-116.

Kommissionens tillkännagivande avseende bagatellavtal tillämpas emellertid inte förbudet i artikel 81 om när konkurrensbegränsningen är av mindre betydelse (de minimiprincipen).²¹⁶ Bedömningen av vad som anses utgöra bagatellavtal görs utifrån en kvantitativ och kvalitativ analys av de samlade marknadsandelarna. Vid horisontella avtal går gränsen för vad som anses som bagatellartat om alla de berörda företagen på alla marknader har en marknadsandel som inte går över 5 %. Vid vertikala avtal gäller enligt samma bedömningen att bagatellavtal istället anses vara avtal under 10 %.

Vid bedömningen av självständigt fungerande företagen väger Kommissionen in att dessa företag ofta medför dynamiska strukturella element, vilket innebär att denna form av samriskföretag får en mer gynnsam bedömning av kommissionen. Kommissionen tillåter med andra ord större konkurrensbegränsningar om dessa görs av ett självständigt fungerande företag med samordningsfunktion än om det görs av ett företag som inte kan klassificeras som självständigt fungerande. Detta gäller emellertid inte i de fall samriskföretaget innebär en kvotering, uppdelning av marknaden eller uppgörelser vad gäller prissättning.²¹⁷

Kommissionen uppställer i sitt tillkännagivande även tre situationer när ett samriskföretag som inte är självständigt fungerande inte anses medföra konkurrensbegränsningar och därmed inte omfattas av förbudet i artikel 81.1. Ett samriskföretag anses således inte vara konkurrensbegränsande när det bildas av part som befinner sig inom en och samma företagsgrupp. I dessa situationer anses upprättandet av ett samriskföretag endast som en intern omstrukturering. Samriskföretaget anses inte heller falla in under artikel 81.1 när det är av mindre ekonomisk betydelse (de minimis). Den tredje typsituationen då samriskföretag inte anses falla in under artikel 81.1 är när samriskföretaget anses vara konkurrensneutralt enligt den mening som anges i tillkännagivandet från 1968 om samarbete mellan företag. Detta förekommer när det är fråga om ett samarbete mellan icke konkurrenter eller samarbete i områden som inte omfattas av den gemensamma marknaden.²¹⁸

Kommissionen gör sin prövning av ett samriskföretags förenlighet med artikel 81.1 i två steg. Först beaktas huruvida samriskföretaget har en faktiskt eller potentiell konkurrensbegränsande effekt enligt artikel 81.1. Om samriskföretaget inte anses ha sådana effekter faller det utanför tillämpningsområdet för artikel 81.1. I det fall samriskavtalet bedöms ha en konkurrensbegränsande effekt är nästa steg att bedöma huruvida denna begränsning märkbart hämmar konkurrensen för tredje man, speciellt med beaktande av tredje mans tillgångs- och försäljningsmöjligheter.²¹⁹

²¹⁶ EGT nr C 372, 1997, (Meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 (nuvarande artikel 81,1 min anmärkning) s. 13.

²¹⁷ OJ nr C 43 (1993-02-16) s. 10, p. 64.

²¹⁸ EGT 1993 C 43 s. 2, para. 15.

²¹⁹ Lundgaard K, s. 272.

För att verksamheten skall tillåtas måste parterna i de fall verksamheten faller under förbudet i artikel 81.1 och samriskföretaget inte faller in under något gruppundantag ansöka om individuellt undantag enligt 81.3. Eftersom EG-domstolen inte har företagit någon utförlig prövning av hur artikel 81 skall tillämpas på samriskföretag får istället Kommissionens praxis och dess tillkännagivanden ligga till grund för bedömningen av vad som skall beaktas vid tillämpningen av artikel 81 på samriskföretag.²²⁰

2.3.2 Gruppundantag

De generella undantagen från tillämpningen av EG-fördragets konkurrensregler utgörs av sk gruppundantag som fastställs i förordningar utfärdade av Kommissionen efter ett generellt bemyndigande av Rådet.

Vissa former av konkurrensbegränsningar har ansetts tillåtna. Dess har stadgats i gruppundantagsförordningar. Dessa förordningar undandrar således automatiskt vissa former av avtal från att falla in under tillämpningsområdet för artikel 81.1. ett samriskföretag som faller in under de specifika krav som förordningen uppställer behöver inte heller anmälas till Kommissionen. En sådan anmälan krävs om företaget behöver ett individuellt avtal. Det finns ett flertal gruppundantagsförordningar men det är främst undantaget för forsknings- och utvecklingsavtal²²¹ samt undantaget för specialiseringsavtal²²² som aktualiseras vid samriskavtal.²²³

Anledningen till att Kommissionen har medgett ett gruppundantag avseende specialiseringsavtal inom produktionen är att dessa i allmänhet bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor. Företaget ges härmed möjlighet att effektivisera sin verksamhet och kan koncentrera sig på tillverkningen av vissa varor och erbjuda varorna till lägre priser, vilket sannolikt även gynnar konsumenterna.²²⁴ Enligt specialiseringsförordningen är ett specialiseringsavtal ett avtal enligt vilket två eller flera företag under avtalstiden åtar sig ömsesidiga skyldigheter att avstå från att tillverka eller låta tillverka vissa varor och överlåter åt andra att tillverka eller låta

²²⁰ Lundgaard K, s. 271-272.

²²¹ Förordning (EEG) nr 418/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 (nuvarande 81.3) på grupper av forsknings- och utvecklingsavtal, ändrad genom förordning (EEG) nr 151/93 av den 23 december 1992, ändrad genom Kommissionens förordning (EG) nr 2659/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om forskning och utveckling EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012.

²²² Förordning (EEG) nr 417/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 (nuvarande 81.3) på grupper av specialiseringsavtal, ändrad genom Kommissionens förordning (EG) nr 2658/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av specialiseringsavtal EGT nr L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006, para. 3.

²²³ Svernlöv C, s. 66.

²²⁴ Svernlöv C, s. 67, 69.

tillverka dessa varor, eller att endast gemensamt tillverka eller låta tillverka dessa varor.²²⁵ Detta innebär att ett samriskföretag som producerar och distribuerar all sin produktion till parterna faller in under undantaget. Undantaget gäller utan föransmälan till kommissionen i det fall de berörda företagen har en marknadsandel som understiger 20 % och har en omsättning som är mindre än en miljard euro. Om dessa villkor inte kan uppfyllas kan emellertid företagen ändå få ett undantag, men då endast efter ansökan till kommissionen. Kommissionen skall pröva sådana fall inom sex månader. Gruppundantaget för specialiseringsavtal gäller även då parterna låter samriskföretaget distribuera de producerade varorna. I dessa fall får emellertid inte företagets marknadsandel överstiga 10 %.²²⁶

Förutom specialiseringsundantaget aktualiseras ofta gruppundantaget för forskning och utveckling vid prövningen av samriskföretag. Samarbeten inom forskning och utveckling kan leda till att stordriftsfördelar uppnås, att riskerna sprids och att parterna ges möjlighet att penetrera nya marknader. Detta kan ge en ökad konkurrens och därför har Kommissionen beviljat ett gruppundantag vad avser avtal rörande vissa former av forskning och utveckling. Gruppundantaget omfattar avtal om forskning och utveckling av nya produkter samt även avtal om gemensamt nyttjande av de resultat som framkommit med den gemensamma forskningen eller utvecklingen. Detta innebär att parterna i samriskföretaget kan utnyttja ny eller förbättrad tillverkningsteknik för att tillverka nya eller förbättrade produkter. Dessutom får de nya eller förbättrade produkterna marknadsföras via samriskföretaget med stöd av gruppundantaget.

För att gruppundantaget skall bli tillämpligt krävs emellertid att parternas sammanlagda marknadsandel är under 20 % av marknaden. Om samriskföretaget dessutom skall ha till uppgift att distribuera de framställda produkterna får inte parternas marknadsandel överskrida 10 % av marknaden.

2.3.2.1 Forskning och utveckling

Förordningen²²⁷ skall uppfylla de två kraven att effektivt skydda konkurrensen och att ge företagen tillräcklig rättssäkerhet. Samtidigt skall förordningen genom att ge ett generellt undantag underlätta handläggningen för kommissionen.

Under en viss nivå av marknadsinflytande kan det förutsättas att avtal om forskning och utveckling, som faller inom tillämpningsområdet för artikel

²²⁵ Specialiseringsförordningen, artikel 1.

²²⁶ EGT nr C 43 1993 s. S. 9, p.44-46.

²²⁷ Kommissionens förordning (EG) nr 2659/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om forskning och utveckling EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012.

81.3, i allmänhet ger upphov till positiva effekter som kommer att uppväga eventuella negativa effekter på konkurrensen.

Samarbete avseende forskning och utveckling och utnyttjande av resultaten bidrar i allmänhet till tekniskt och ekonomiskt framåtskridande genom att öka spridningen av know-how mellan parterna och undvika dubbelarbete inom forskning och utveckling, genom att stimulera utvecklingen genom utbyte av kompletterande know-how och genom att rationalisera tillverkningen av de varor eller tillämpningen av de metoder som är resultat av forskningen och utvecklingen.

En mer omfattande och effektivare forskning och utveckling kan i allmänhet förväntas gagna konsumenterna genom att nya eller förbättrade metoder kan leda till nya eller förbättrade varor och tjänster eller till prissänkningar. För att undantaget skall vara berättigat, bör forsknings- och utvecklingsresultaten emellertid vara av avgörande betydelse för de varor eller metoder som omfattas av det gemensamma utnyttjandet, och varje part bör ges möjlighet att utnyttja de resultat som den finner vara av intresse.²²⁸

Förmånen av gruppundantaget bör begränsas till att avse de avtal som med tillräckligt stor säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 81.3.²²⁹ Undantaget bör begränsas till avtal om forskning och utveckling som inte gör det möjligt för företagen att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna eller tjänsterna i fråga. Gruppundantaget bör inte omfatta avtal mellan konkurrenter vilkas sammanlagda andel av marknaden för de varor eller tjänster, som till följd av resultaten av forsknings- och utvecklingsarbetet kan komma att förbättras eller ersättas, överskrider en viss nivå när avtalet ingås.²³⁰ Avtal som innehåller begränsningar som inte är absolut nödvändiga för att uppnå de ovannämnda positiva verkningarna bör inte omfattas av undantaget. Vissa allvarliga begränsningar i konkurrensen bör i princip inte omfattas av det gruppundantag som fastställs genom förordningen, oberoende av de berörda företagens marknadsandelar, såsom begränsningar av parternas frihet att bedriva forskning och utveckling på områden som inte har något samband med det område som omfattas av programmet, fastställande av priser i förhållande till tredje man, begränsningar av produktion eller försäljning, uppdelning av marknader eller kundunderlag, eller begränsningar av den passiva försäljningen av de varor som omfattas av avtalet inom territorier som är förbehållna andra parter.²³¹

Avtal mellan företag som inte är konkurrerande tillverkare av produkter som kan förbättras eller ersättas med hjälp av resultaten av forskningen och utvecklingen kommer bara att kunna sätta en effektiv konkurrens ur spel inom forskning och utveckling under exceptionella omständigheter. Sådana avtal bör därför kunna omfattas av gruppundantaget oberoende av

²²⁸ EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012, para. 10, 12, 14.

²²⁹ EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012, para. 9.

²³⁰ EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012, para. 15.

²³¹ EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012, para. 17.

marknadsandelar, och exceptionella fall bör kunna behandlas genom beslut om att gruppundantaget inte skall gälla.²³²

2.3.2.2 Specialisering

Under en viss nivå av marknadsinflytande kan det förutsättas att specialiseringsavtal som faller inom tillämpningsområdet för artikel 81.3, i allmänhet ger upphov till positiva effekter som kommer att uppväga eventuella negativa effekter på konkurrensen.²³³

För tillämpningen av artikel 81.3 i förordningen är det inte nödvändigt att fastställa vilka avtal som kan omfattas av artikel 81.1. Vid bedömningen av enskilda avtal enligt artikel 81.1 måste flera faktorer beaktas, särskilt marknadsstrukturen på den relevanta marknaden.²³⁴ Avtal om specialisering inom produktionen bidrar i allmänhet till att förbättra produktionen eller distributionen av varor, eftersom de berörda företagen kan koncentrera sig på tillverkning av vissa varor och följaktligen arbeta mera effektivt och erbjuda varorna till lägre priser. Specialiseringsavtal för att tillhandahålla tjänster kan i allmänhet också sägas ge upphov till liknande förbättringar. Med en effektiv konkurrens kommer konsumenterna troligen att få en skälig andel av de uppnådda fördelarna. Dessa fördelar kan uppnås genom avtal enligt vilka den ena parten avstår från att tillverka vissa varor eller tillhandahålla vissa tjänster till förmån för en annan part (ensidig specialisering), avtal enligt vilka båda parterna avstår från att tillverka vissa varor eller tillhandahålla vissa tjänster till förmån för den andra parten (ömsesidig specialisering), och avtal enligt vilka parterna förbinder sig att gemensamt tillverka vissa varor eller tillhandahålla vissa tjänster (gemensam produktion).²³⁵

För att fördelarna med specialiseringen skall kunna förverkligas utan att någon part lämnar marknaden i leden efter produktionen, bör ensidiga och ömsesidiga specialiseringsavtal endast omfattas av denna förordning om de innehåller åtaganden om leverans och köp. Sådana förpliktelser kan vara exklusiva men behöver inte vara det. Om de deltagande företagens andel av den relevanta marknaden inte överstiger 20 % kan det förutsättas att sådana specialiseringsavtal som avses i denna förordning i allmänhet kommer att skapa skal- eller samordningsfördelar eller möjliggöra bättre produktionsteknik, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås.²³⁶

²³² EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012, para. 20.

²³³ Kommissionens förordning (EG) nr 2658/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av specialiseringsavtal EGT nr L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006, para. 3.

²³⁴ EGT nr L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006, para. 6.

²³⁵ EGT nr L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006, para. 8, 9.

²³⁶ EGT nr L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006, para. 12, 13.

Avtal med begränsningar som inte är absolut nödvändiga för att uppnå de tidigare nämnda positiva effekterna bör inte omfattas av undantaget enligt denna förordning. Allvarliga begränsningar av konkurrensen som exempelvis fastställande av priser gentemot tredje man, begränsning av tillverkning eller försäljning och uppdelning av marknader eller kundunderlag bör inte kunna omfattas av förmånen av att åtnjuta det gruppundantag som fastställs genom denna förordning, oberoende av de berörda företagens marknadsandel.²³⁷

2.3.3 Individuellt undantag

Huvudregeln är att kurrensbegränsande åtgärder som påverkar handeln mellan medlemsstaterna är förbjudna. Företag som gör sig skyldiga till ett sådant beteende åläggs att upphöra med det och kan samtidigt bötfällas av Kommissionen. Vidare riskerar de att avtalet helt eller delvis förklaras ogiltigt.²³⁸

För det fall samriskavtalet faller under artikel 81.1 men inte faller in under något gruppundantag återstår möjligheten att begära ett individuellt undantag enligt artikel 81.3 EG-fördraget.²³⁹ De avtal som har möjlighet att få ett individuellt undantag är avtal eller grupper av avtal mellan företag, beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar samt samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden.²⁴⁰ För att erhålla ett individuellt undantag måste parterna anmäla samriskavtalet till kommissionen som gör en individuell prövning av fallet.²⁴¹ Den sökande begär ett sk negativattest, dvs. en bekräftelse på att avtalet inte strider mot artikel 81.1 eller ett undantag enligt artikel 81.3. Kommissionen lämnar ofta besked genom ett icke formellt beslut, sk comfort letter. Kommissionens meddelande är inte bindande inför framtiden. Vid prövningen beaktar kommissionen om avtalet eller det samordnade förfarandet ”bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås”.²⁴² Avtalet eller förfarandet får dessutom inte ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål, eller ge dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.²⁴³

²³⁷ EGT nr L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006, para. 14.

²³⁸ Allgårdh O, Norberg S, s. 368.

²³⁹ Artikel 4 i EEG 17/62- EGT 12, den 21 februari 1962; senast ändrad genom rådsförordning EEG/118/63- EGT P 162, den 7 november 1963 och kompletterad genom EEG/2822/71- EGT L 285, den 29 december 1971.

²⁴⁰ Se artikel 81.3 EG-fördraget.

²⁴¹ OJ nr C 43 (1993-02-16) s. 2, p. 52.

²⁴² Se artikel 81.3 EG-fördraget.

²⁴³ Se artikel 81.3 EG-fördraget.

Om Bildandet av samriskföretaget medför objektiva fördelar som väger tyngre än de konkurrensmässiga nackdelar som uppstår kan kommissionen eventuellt komma att bevilja ett individuellt undantag. Sådana objektiva fördelar kan vara teknologiska landvinningar, utvecklandet av nya produktionsmetoder, försäljnings- och produktionsökningar samt penetrering av nya marknader.²⁴⁴

Samriskavtal som har till syfte att samordna konkurrensen mellan parterna kommer förmodligen inte att beviljas något individuellt undantag. Detta gäller särskilt om samriskföretaget agerar för en gemensam prissättning, reducering av produktionen eller försäljning genom införandet av kvoter, uppdelning av marknaden samt investeringshämmande avtal.²⁴⁵

²⁴⁴ OJ nr C 43 (1993-02-16) s. 2, p. 55.

²⁴⁵ OJ nr C 43 (1993-02-16) s. 2, p. 56.

3 Fallstudier

I denna framställning avser jag inte att företa en fullständig redogörelse för de domar och beslut som behandlas. Endast till de delar besluten är av betydelse för föreliggande arbete kommer fallen att behandlas mer ingående. Vissa delar av fallen, som inte är av egentlig relevans för denna uppsats, kommer att behandlas översiktligt, och då endast i syfte att öka förståelsen för de relevanta problemställningarna. De behandlade domarna och besluten innehåller i samtliga fall en ingående redogörelse för de, för samriskföretaget och dess ägare, relevanta produkt- och geografiska marknaderna. Marknadsrelaterade frågeställningar ligger utanför förevarande arbetes problemområde och en redogörelse för dessa omständigheter är inte heller nödvändig för att bevara helhetsbilden av de aktuella domarna och besluten. De redogörelser rörande relevanta marknader i nedan behandlade domar och beslut kommer således, utan att det görs avkall på en korrekt bild av redovisade fall och beslut, att utelämnas i denna framställning. Behandlingen kommer istället att inriktas på Kommissionens och Förstainstansrättens bedömning av frågorna gemensam kontroll, självständig funktion och samordnande funktioner i samriskföretag.

Eftersom jurisdiktionsreglerna, som tidigare nämnts, förändrades med 1997 års ändring av KF återspeglar en del behandlade beslut och domar inte nu gällande jurisdiktionsbedömning. De bedömningar som Kommissionen gjort i de delar som rör jurisdiktionsfrågan skulle emellertid enligt min mening även företagits idag, men nu istället som en del i bedömningen av om ett samordnat förfarande enligt artikel 2.4 KF föreligger.

Det förefaller förhålla sig så, att ändringen av KF 1997, som trädde i kraft 1998, innebar att den reglering rörande samordnande förfaranden, som tidigare återfanns i jurisdiktionsregleringen i artikel 3 KF, genom ändringen 1997 kom att kvarstanna i KF fast inte som en jurisdiktionsregel, utan som ett led i bedömningen enligt KF av huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden. Utformningen av regleringen av samordnade förfaranden fick emellertid ett något ändrat utseende då den placerades i artikel 2.4 KF. Den nya regleringen kom nämligen dels att hänvisa till de kriterier som används vid bedömningen enligt artikel 81 EG-fördraget, dels att precisera bedömningsgrunderna för behandling av samordnande funktioner genom samriskföretag.

Bedömningen av samordnade förfaranden skedde enligt 1989-års KF enligt en reglering i artikel 3.2 :

"2. An operation, including the creation of a joint venture, which has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings which remain independent shall not constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b) The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the

functions of an autonomous economic entity, which does not give rise to coordination of the competitive behaviour of the parties amongst themselves or between them and the joint venture, shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b)."

Om samriskföretaget ansågs falla in under denna reglering skedde en prövning av de samordnade förfarandet enligt artikel 85. Efter 1998 sker en bedömning av samordnade förfaranden enligt artikel 2.4 KF och artikel 81 i EG-fördraget. Prövningen av samordnade förfaranden enligt KF-1989 och KF-1997 förefaller därmed vara i princip densamma. Den förändring som skett är av jurisdiktionell art. Före 1998 föll samriskföretag med samordnade förfaranden utanför KF medan de idag faller under KF:s jurisdiktion. Kriterierna i artikel 81 tillämpas såväl idag som före revideringen av KF. Tillämpningen aktualiseras dessutom i samma situationer. Förändringen är alltså endast att prövningen tidigare skedde under artikel 85 men idag sker under KF:s jurisdiktion. Den enda materiella ändringen i bedömningen av om ett samriskföretag har en samordnade funktion eller inte förefaller vara preciseringen i den senare delen av artikel 2.4 KF, av vad som särskilt skall beaktas vid denna bedömning. Artikel 2.4 KF har följande lydelse:

"4. To the extent that the creation of a joint venture constituting a concentration pursuant to Article 3 has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings that remain independent, such coordination shall be appraised in accordance with the criteria of Article 85 (1) and (3) of the Treaty, with a view to establishing whether or not the operation is compatible with the common market. In making this appraisal, the Commission shall take into account in particular:

- whether two or more parent companies retain to a significant extent activities in the same market as the joint venture or in a market which is downstream or upstream from that of the joint venture or in a neighbouring market closely related to this market,*
- whether the coordination which is the direct consequence of the creation of the joint venture affords the undertakings concerned the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products or services in question."*

Eftersom det fortfarande inte finns klagande rättsfall vad gäller gränsdragningen enligt 1997-års KF för vad som anses vara självständigt fungerande samriskföretag kommer jag att försöka klargöra detta genom att behandla praxis från avgöranden enligt äldre KF.

Vid genomgång av praxis kommer jag mot bakgrund av det nu sagda att beakta den bedömning som gjorts enligt artikel 3.2 KF och artikel 85 i beslut och domar som avgjorts enligt 1989-års KF. Genom detta förfarandesätt har jag för avsikt att klargöra hur bedömningen av samordnade förfaranden kommer att göras enligt nuvarande KF och artikel 2.4 i denna.

Även vad gäller kriterierna gemensam kontroll och varaktigt självständigt fungerande, torde praxis grundad på 1989-års KF vara representativ för den bedömning som företas idag. Även i dessa delar anser jag att alltså att äldre praxis kan användas för att åskådliggöra det aktuella rättsläget.

3.1 GEAE/P & W

Fallet GEAE/P & W²⁴⁶ är ett av de senaste Kommissionsbeslut som ingående behandlat gränsdragningsfrågor, rörande när KF och när artikel 81 skall tillämpas, vid bedömningen av samriskföretagets förenlighet med den gemensamma marknaden. I kapitel 2 behandlades 1997 års ändring av KF och den revidering som därvid företogs genom en ny utformning av jurisdiktionen och införandet av en ny regel rörande samordnade förfaranden i artikel 2.4 KF. Det Kommissionsbeslut som jag nu skall behandla är från 1999, men eftersom notifiering skedde före ikraftträdandet av ändringarna i KF 1998 är det ifrågavarande samriskföretaget bedömt enligt 1989-års KF. Valet av detta rättsfall motiveras med att det väl åskådliggör de problem som föreligger vid avgörandet av tillämplig reglering, KF eller artikel 81.

Den 26 september 1996 anmälde General Electric Aircraft Engines (GEAE) och Pratt & Whitney (P & W) tre avtal till kommissionen beträffande inrättandet av ett samriskföretag benämnt GE-P & W Engine Alliance LLC (Engine Alliance). Engine Alliance bildades för att utveckla, tillverka, sälja och underhålla en ny flygplansmotor benämnd GP7000 (den nya motorn). Den nya motorn var avsedd för framtida mycket stora trafikflygplan, nämligen det planerade Airbus A3XX och eventuella Stretch-versioner av Boeing B747-400. Det fanns endast tre tillverkare med full kapacitet på marknaden för jetmotorer avsedda för denna typ av flygplan: GEAE, P & W och Rolls-Royce plc (Rolls-Royce). Ingen av de tre motortillverkarna kunde erbjuda en befintlig motor som uppfyllde alla de krav som ställdes på motorn

Detta föranledde att P & W och GEAE beslöt att bilda Engine Alliance. Boeing tillkännagav emellertid i januari 1997 att de på grund av otillräcklig och osäker efterfrågan samt höga utvecklingskostnader inte skulle fullfölja det projekt som krävde den nya motorn. Airbus Industrie (Airbus), den andra tillverkaren av stora trafikflygplan, tillkännagav att de skulle fullfölja sina planer på att utveckla ett nytt fyrmotorigt flygplan för långa distanser, nämligen A3XX.

Den 6 november 1997 ändrade Engine Alliance sin anmälan och förklarade att de, efter Boeings beslut att överge Growth 747-projektet, i stället skulle utveckla en ny motor för det planerade A3XX.

²⁴⁶ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000.

3.1.1 Kontroll

Engine Alliance var ett samriskföretag bildat av GEAE och P & W, inrättat för en obegränsad tid och med följande ledningsstruktur. Vardera parten skulle ha 50 % av bolagskapitalet och parterna skulle fördela programintäkter och ansvar. Parterna skulle dessutom inrätta en kommitté bestående av sex företrädare, tre från varje part. Kommittén föreskrevs ha befogenhet att leda Engine Alliances affärsverksamhet och skulle ansvara för införandet av en allmän policy, godkännandet av större projekt, avtal, inköpsorder och beslut om försäljning av varor och tjänster. Kommittén skulle sammanträda regelbundet. Beslutsförhet förelåg endast när alla sex företrädare var närvarande. I viktiga organisatoriska frågor skulle kommittén dessutom fatta enhälliga beslut, t.ex. när det gällde ändringar i aktiebolagsavtalet eller förändringar av företagets affärsverksamhetsområde eller transaktioner, t.ex. förvärv av någon annan juridisk person eller av tillgångar utanför bolagets normala affärsverksamhet.

Ordföranden skulle utses för en period av tre år. Medlemmarna skulle välja ort för monteringsanläggningen och företagets huvudkontor utifrån var kostnaden var lägst och var produktionen av den nya motorn bäst kunde integreras. Den medlem som inte har valts för monteringsanläggningen och huvudkontoret hade att utse den första ordföranden. Därefter skulle parterna turvis utse ordförande. Ordföranden skulle ansvara för den allmänna ledningen av företagets affärsverksamhet, framför allt tillsynen av företagets försäljning och marknadsföringen av den nya motorn. Ansvar för försäljningen av den nya motorn skulle åligga Engine Alliance. Chefer och företagspersonal med ansvar för den nya motorn skulle inte delta i försäljningen eller marknadsföringen av någondera partens övriga motorprogram.²⁴⁷

Kommissionen ansåg att det ovan anförda innebar att samriskföretaget kontrollerades gemensamt av moderbolagen. Ledningsstrukturen för Engine Alliance var sådan att inget av moderbolagen ensamt kunde utöva ett avgörande inflytande på beslutsfattandet inom samriskföretaget. Beträffande alla viktiga organisatoriska frågor krävdes enhälligt beslut av kommitténs samtliga medlemmar.

3.1.2 Självständig funktion

Moderbolagen skulle förbli ansvariga för utformning och tillverkning av delarna till den nya motorn, medan Engine Alliance oberoende av moderbolagen skulle ansvara för slutmontering, försäljning och marknadsföring av den nya motorn. Den nya motorn skulle marknadsföras under Engine Alliances namn. GEAE och P & W hade att sälja de delar vars

²⁴⁷ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000, para 11-14.

tillverkning de ansvarade för till Engine Alliance för ett pris som bestämdes utifrån en bestämd formel. Engine Alliance skulle redovisa en separat resultaträkning. Resultatet skulle fördelas mellan moderbolagen vid utgången av varje räkenskapsår.

Kommissionen ansåg alltså att Engine Alliance var tillräckligt oberoende för att på varaktig basis fylla en autonom enhets samtliga funktioner. Kommissionen konstaterade därför att samriskföretaget var ett fullständigt fungerande gemensamt företag i den mening som avses i artikel 3.2 KF.

3.1.3 Samordnande funktion

Eftersom bildandet av Engine Alliance enligt Kommissionen emellertid kunde föranleda moderbolagen att samordna sitt agerande på den angränsande marknaden för jetmotorer, där parterna för närvarande konkurrerar, kunde det inte omfattas av tillämpningsområdet för KF.²⁴⁸ Parterna hade alltså genom inrättandet av Engine Alliance inrättat ett samriskföretag i samarbets syfte där de hade gemensam kontroll, och som var att bedöma enligt artikel 81.1 i fördraget.

Kommissionen menade att ett avtal om att bilda ett samriskföretag inte i sig utgjorde en begränsning av konkurrensen, men kunde omfattas av förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget om alla förutsättningar i artikeln var uppfyllda. Kommissionen tillade att det var högre risk att samriskföretag i samarbets syfte kunde förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen mellan moderbolagen om parterna redan är faktiska eller potentiella konkurrenter.²⁴⁹

Båda parter var dessutom verksamma på den angränsande marknaden för jetmotorer till befintliga trafikflygplan.²⁵⁰ På denna marknad erbjöd båda parterna konkurrerande jetmotorer inom samma dragkraftsintervall som den nya motorn. Det faktum att båda parterna var för sig tidigare hade lyckats utveckla nya motorer inom detta dragkraftsintervall indikerade att båda parter innehade nödvändig teknisk kunskap och produktionsteknik för att var för sig kunna tillverka den nya motorn. Det faktum att de redan var verksamma på den angränsande marknaden innebar att det inte fanns några större hinder för att komma in på marknaden.

Parterna hävdade att de inte skulle kunna bära den ekonomiska risken för utvecklingen av den nya motorn på egen hand på grund av de stora utvecklingskostnaderna och den osäkra, begränsade efterfrågan.

²⁴⁸ Enligt nu gällande KF hade detta inte påverkat jurissiktionsfrågan utan endast den materiella bedömningen.

²⁴⁹ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000, para 69-70.

²⁵⁰ Moderbolagens verksamhet på angränsande marknad skall enligt artikel 2.4 i 1997-års KF speciellt beaktas vid bedömningen av om samriskföretaget har samordnande funktioner.

Kommissionen menade emellertid att även om utvecklingskostnaderna för den nya motorn var mycket höga, utgjorde inte detta i sig ett grundläggande hinder för parterna att var för sig utveckla den nya motorn. Parterna hade hittills var för sig gjort stora investeringar i sina nuvarande motorfamiljer, av vilka några hade funnits på marknaden endast några år. Dessutom hörde båda parterna till internationella företag med betydande ekonomiska resurser. Båda parterna kunde därför enligt Kommissionen rimligen förväntas kunna bära de tekniska och ekonomiska riskerna, vilka är förenade med utveckling och tillverkning av en ny motor, på egen hand.

Mot bakgrund av ovanstående ansåg kommissionen att det vore tekniskt och ekonomiskt möjligt för båda parterna att var för sig utveckla den nya motorn, även om det ekonomiskt skulle vara mer effektivt för dem att utveckla den nya motorn i samarbete. Parterna var alltså potentiella konkurrenter om den nya motorn inom ett begränsat oligopol, bestående av högst tre tillverkare. Bildandet av Engine Alliance och dess verksamhet begränsade avsevärt konkurrensen om den nya motorn, eftersom möjligheterna att välja leverantör minskade från tre möjliga leverantörer GEAE, P & W och Rolls-Royce till två Engine Alliance och Rolls-Royce.²⁵¹

Enligt Kommissionen innehöll det anmälda samarbetet mellan GEAE och P & W följande särdrag: Det gällde utvecklingen av en ny flygplansmotor för planerade flygplan, som ännu inte hade börjat byggas och där efterfrågan var ovisst. Det innebar stora finansiella investeringar, som troligen inte kunde återvinnas på minst 15 år. Det minskade antalet potentiella konkurrenter, men erbjöd ett realistiskt alternativ till den enda återstående motorleverantören, Rolls-Royce, som senare skulle kunna erbjuda en motor som utvecklats utifrån en befintlig motor. Med beaktande av dessa omständigheter ansåg kommissionen att den anmälda överenskommelsen mellan GEAE och P & W uppfyllde de fyra villkoren för undantag enligt artikel 81.3 i EG-fördraget.

Bildandet av Engine Alliance och dess verksamhet kunde därför enligt Kommissionen betraktas som nödvändigt för att uppnå de ovan nämnda fördelarna. Det ansågs emellertid vara viktigt att säkerställa att samarbetet inte sträckte sig utöver det som har anmälts och som betraktades som nödvändigt för att uppnå dessa fördelar.²⁵²

Kommissionen hävdade att om det antogs att den nya motorn, med sin unika kombination av egenskaper, blev en framgång, skulle detta uppmuntra parterna att anpassa den för användning i befintliga trafikflygplan i stället för att var för sig utveckla motorer utifrån egna befintliga motorer. Parterna skulle uppmuntras till detta för att täcka sina investeringar för den nya motorn. Detta skulle kunna leda till minskad konkurrens mellan parterna på

²⁵¹ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000, para 75.

²⁵² C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000, para 82-84.

marknaden för jetmotorer, där de konkurrerade med varandra och tillsammans hade en mycket stor marknadsandel. Detta skulle även minska kundernas valmöjligheter.²⁵³ Mot bakgrund av detta ansåg kommissionen att det var nödvändigt att införa ett villkor om att samarbetet strikt skulle begränsas till en specifik motor som uteslutande skulle vara avsedd för de planerade flygplanen. För att övervaka att samarbetet inte skulle sträcker sig utöver detta, ansåg Kommissionen att det var nödvändigt att ålägga parterna ett antal skyldigheter.²⁵⁴

3.2 Bertelsmann/Planeta

I ett beslut från år 2000 förklarade Kommissionen att en koncentration i form av ett samriskföretag var förenlig med den gemensamma marknaden.²⁵⁵ Bertelsmann och Planeta notifierade kommissionen om att de skulle förvärva gemensam kontroll över företaget Nuevas Ediciones Corporation SRL (NEB). Förvärvet var enligt parternas notifiering ett förvärv som överrensstämmer med reglen i artikel 3.1 b KF.

Bertelsman var ett moderbolag för en grupp av internationella företag. Gruppens huvudverksamhet var tryckning, publicering och distribution av böcker och tidningar. De ägnade sig även åt bokklubbar, publicering och distribuering av musik, skivor och TV och därtill relaterade verksamheter inom multimediesektorn.

Planeta var moderbolag för en internationell företagsgrupp, Planetagruppen. Deras huvudverksamhet var publicering och distribution av kultur och skönlitteratur inom alla former av media, exempelvis böcker, radio och TV.

3.2.1 Gemensam kontroll

Genom den transaktion som anmäldes skulle Bertelsmann och Planeta upprätta ett självständigt fungerande samriskföretag som skulle stå under parternas gemensamma kontroll. Samriskföretaget skulle heta NEB.²⁵⁶ Parterna skulle äga 50% var av NEB.

Ledningsstrukturen i NEB bestod av en styrelse som bestod av 4 eller 6 ledamöter. Bertelsmann och Planeta skall tillsätta lika många medlemmar av styrelsen. Styrelsen skulle fattar beslut med absolut majoritet och det fanns ett obligatorisk krav på att ett beslutsmässigt antal skulle vara närvarande för att styrelsen skulle vara beslutsför. VD och vice VD skulle rotera mellan

²⁵³ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000, para 86.

²⁵⁴ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000, para. 87.

²⁵⁵ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000.

²⁵⁶ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000, para. 5-6.

personer valda av Bertelsmann och Planeta. På stämman skulle det krävas två tredjedels majoritet för beslut, vilket innebar att båda aktieägarna var tvungna att godkänna.²⁵⁷

Om ett dödläge skulle uppstå hade parterna kommit överens om att försöka nå en överenskommelse utan att en part skulle ha veto. Om detta inte lyckades skulle bolaget likvideras.

3.2.2 Självständigt fungerande

Genom transaktionen skulle parterna överföra hela sin pocketbokverksamhet och även samtliga materiella, immateriella och personella resurser som skulle kunna krävas för att NEB skulle kunna självständigt driva pocketbokverksamheten i Spanien. De bildande parterna skulle nästan uteslutande publicera pocketböcker genom NEB. NEB skulle även erhålla de rättigheter som krävdes för att publicera pocketlitteraturen. NEB skulle däremot inte vara aktivt på marknaden för inbundna böcker, bokklubbar eller kiosk och tidningslitteratur.²⁵⁸

Enligt Kommissionen var NEB därmed att anse som ett självständigt fungerande samriskföretag. Parterna hade ingått avtalet om samriskföretag på obestämd tid och NEB hade getts tillräckliga resurser för att på varaktig basis bedriva en självständigt fungerande verksamhet inom sektorn för publicering av böcker. De bildande parterna skulle i framtiden överföra all pocketbokverksamhet till NEB och med marginella undantag publicera samtliga pocketupplagor genom NEB.²⁵⁹ Detta innebar, enligt Kommissionen, att samriskföretaget var en koncentration enligt artikel 3.1 KF.

3.2.3 Samordnande funktioner

Kommissionen anmärkte att artikel 2.4 i KF måste beaktas i fall som det föreliggande. Vid bedömningen av om det föreligger ett samordnande av parternas konkurrensbeteende, genom samriskföretag, som är oberoende enligt kriterierna i artikel 81.1 och 81.3 i EG-fördraget, skall enligt kommissionen särskilt beaktas om de bildande parterna kvarhåller en märkbar verksamhet på samma marknad som samriskföretaget. Detta gäller även om de bildande parterna har fortsatt märkbar verksamhet på marknader som ligger före eller efter samriskföretaget i produktionskedjan.

²⁵⁷ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000, para. 8.

²⁵⁸ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000, para. 7.

²⁵⁹ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000, para. 10, 11.

I förevarande fall skulle båda parter ha fortsatt verksamhet på marknaden för publicering av böcker i Spanien, vilken låg före samriskföretaget i produktionskedjan. Detta skulle även, enligt parterna själva, vara en nära angränsande marknad till samriskföretagets marknad.

Kommissionen fann emellertid vid denna bedömning att det inte fanns något incitament för parterna att samordna sitt konkurrensbeteende av följande skäl:

- Marknaden för pocketböcker i Spanien var mycket liten, mindre än 5% av den totala marknaden och NEB hade endast en mycket liten del av denna marknad.
- Pocketböcker är av sekundär betydelse för båda de bildande parterna. NEB kan publicera böcker från andra utgivare. NEB har även rätt att vägra att publicera pocketböcker som tidigare har publicerats av Bertelsmann eller Planeta.

Bertelsmann och Planeta notifierade även en icke-konkurrens klausul. Klausulen innebar att de bildande parterna var skyldiga att publicera alla sina pocketböcker, vilka publiceras i Spanien eller på spanska, genom samriskbolaget. Klausulen var inte tidsbegränsad. Kommissionen menade att det faktum att klausulen var snävt begränsad såväl geografiskt som språkmässigt innebar att klausulen kunde anses direkt relaterad till och nödvändig för att samriskföretaget skulle kunna penetrera marknaden och för att skydda företaget från ”free-riding” under uppstartningsperioden. Efter denna inledande tidsperiod ansåg inte Kommissionen att klausulen kunde kvarstå och att den därför måste tidsbegränsas till fem år.²⁶⁰

Kommissionen beslöt således att mot bakgrund av det här framförda förklara samriskföretaget förenligt med den gemensamma marknaden.

3.3 RTL/Veronica/Endemol

VMG (Veronica och Endemol) och RTL bildade gemensamt samriskföretaget Holland Media Groep (nedan kallat HMG). Kommissionen förklarade att koncentrationen i form av bildandet av samriskföretaget var oförenlig med den gemensamma marknaden. De tappande parterna överklagade till förstainstansrätten.²⁶¹

RTL var ett bolag bildat enligt luxemburgsk rätt, som tillhandahöll TV- och radioprogram som delvis var på nederländska. Programmen sändes av företaget CLT, som direkt och indirekt ägde 47,27 procent av RTL:s aktiekapital. CLT hade även kontroll över RTL, som ägde 51 procent av aktiekapitalet i HMG.

²⁶⁰ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000, para. 28-30.

²⁶¹ T-221/95

Veronica var en sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, som var verksam på den nederländska TV- och radiomarknaden såsom offentlig programorganisation fram till den 1 september 1995. Veronica var en av fyra offentliga programorganisationer som sände sina program i den offentliga kanalen Nederland 2. Den 1 september 1995 lämnade Veronica det offentliga systemet för TV- och radioutsändningar för att bli en kommersiell TV-kanal.²⁶²

Endemol var ett bolag bildat enligt nederländsk rätt. Endemol var resultatet av ett samgående år 1994 mellan J.E. Entertainment BV och John de Mol Communications BV. Endemols verksamhet var baserad i Nederländerna, men bolaget hade andra företag i Europa. Endemols huvudsakliga verksamhet var att producera TV-program, sköta TV-studior, skapa programidéer, producera och använda teaterprogram och anordna arrangemang.

Veronica och Endemol bildade Veronica Media Groep (nedan kallat VMG), ett bolag bildat enligt nederländsk rätt vars aktiekapital de ägde till 53 procent respektive 47 procent. VMG äger 49 procent av aktierna i HMG. Syftet med koncentrationen var att bilda HMG, vars verksamhet bestod i att tillhandahålla TV- och radioprogram eller programpaket av sådana program, vilka sänds av HMG, Veronica eller andra i Nederländerna och i Luxemburg.

3.3.1 gemensam kontroll

Med hänsyn till de faktiska och rättsliga förhållandena i förevarande mål ansåg förstainstansrätten att VMG (Veronica och Endemol) och RTL hade gemensam kontroll över HMG.²⁶³

Det framgick nämligen av koncentrationsavtalet att de viktigaste strategiska besluten skulle godkännas av bolagsstämman innan de underställdes styrelsen. Dessa beslut omfattade bland annat HMG:s strategi, den treåriga verksamhetsplanen och den årliga budgeten, samt betydande investeringar, helhetskonceptet för programutbudet och tillsättande och avskedande av programledningen och verkställande direktör. Enligt lydelsen i artikel 3.4 i koncentrationsavtalet skulle de frågor som underställts bolagsstämman avgöras genom enhällighet. Samtycke från RTL och VMG skulle således inhämtas för alla dessa beslut och om enhällighet inte kunde uppnås föreskrevs en tidsfrist om femton dagar under vilken företrädare för RTL och VMG måste göra stora ansträngningar för att nå fram till sådan enhällighet. Det var först efter dessa två faser som ett slutligt beslut kunde

²⁶² T-221/95, para. 12-14.

²⁶³ T-221/95, para. 160.

fattas med enkel majoritet. RTL hade majoritet med 51 procent av rösterna.²⁶⁴

Bolagskommittén, som skulle uppnå enhällighet vid omröstning, skulle dessutom på förhand godkänna vissa av styrelsens beslut som gick utöver vad som var nödvändigt för att skydda minoritetsaktieägares intressen. Således kunde ett beslut om att väsentligt ändra programutbudets inriktning, tidsmässiga placering eller programidéer för en av de tre kanalerna endast fattas genom enhällighet. Samma sak gällde ett beslut att bilda en ny kanal som skulle konkurrera direkt med en av de tre nuvarande kanalerna. Av detta följer att dessa aspekter av HMG:s strategi och helhetskonceptet för programutbudet oundvikligen måste beslutas med enhällighet av RTL och VMG.²⁶⁵

Förstainstansrätten menade att detta innebar att RTL och VMG, med hänsyn till bestämmelserna i koncentrationsavtalet, hade gemensam kontroll över HMG.²⁶⁶

3.3.2 Självtändigt fungerande

Alla respektive parter radio- och TV-verksamhet som var avsedda för Nederländerna överfördes till HMG.²⁶⁷ De tillgångar som RTL överförde omfattade ett antal TV-kanaler och därmed sammanhängande tillgångar. RTL överförde till HMG även rättigheten för HMG att utnyttja ett annat programföretags sändningslicens (koncession). Endemol och HMG hade även slutit ett tioårigt produktionsavtal, som motsvarade HMG:s produktionsbehov för dess tre kanaler. Enligt detta avtal åtog sig Endemol att täcka 60 procent av HMG:s behov av nederländska produktioner.

3.3.3 Dominanstest enligt KF

Förstainstansrätten fann att det inte hade styrkts att koncentrationen skulle medföra att sökandens dominerande ställning på den nederländska marknaden för fristående televisionproduktion på nederländska skulle förstärkas och att den effektiva konkurrensen på marknaden således skulle hämmas påtagligt.²⁶⁸ Förstainstansrätten förklarade därmed koncentrationen som förenlig med den gemensamma marknaden.

²⁶⁴ T-221/95, para. 161-162.

²⁶⁵ T-221/95, para. 163.

²⁶⁶ T-221/95, para. 164.

²⁶⁷ T-221/95, para. 17.

²⁶⁸ T-221/95, para. 169-170.

3.4 Generali/Unicredito

I beslut av den 25 mars 1996 konstaterade kommissionen, med stöd av artikel 6.1 a KF, att bildandet av det gemensamma företaget Casse e Generali Vita SpA (nedan kallat CG Vita eller det gemensamma företaget), i enlighet med de avtal som Assicurazioni Generali SpA (nedan kallat Generali) och Unicredito SpA (nedan kallat Unicredito) hade anmält till kommissionen den 9 februari 1996, inte utgjorde en koncentration i den mening som avses i artikel 3 KF. De ovan nämnda avtalen utgjordes av en skriftlig viljeförklaring av den 10 januari 1996, kompletterad med en skrivelse av den 9 februari 1996 och bolagsavtal som hade undertecknats samma dag.

Följaktligen behandlade kommissionen, på de anmälade parternas begäran, ovannämnda anmälan som en ansökan om icke-ingripandebesked enligt artikel 2, eller som en anmälan enligt artikel 4 i rådets förordning nr 17/1962²⁶⁹. I skrivelse av den 1 april 1996 underrättade kommissionen parterna om att ärendet hade avskrivits på grund av att artikel 85 i fördraget inte var tillämplig, eftersom de anmälda avtalen inte märkbart kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna. Beslutet överklagades till förstainstansrätten.²⁷⁰

När de ovannämnda avtalen om att Unicredito och Generali gemensamt skulle kontrollera bolaget CG Vita anmäldes till kommissionen benämndes bolaget Quercia Vita SpA och kontrollerades enbart av Unicredito. Enligt uppgifterna i den ovan nämnda viljeförklaringen och i anmälningsformuläret för transaktionen (nedan kallat CO-formuläret)²⁷¹, var bolaget inte verksamt och hade ännu inte fått något tillstånd att bedriva verksamhet

Företaget CG Vita skulle bedriva verksamhet i försäkringsbranschen, inom områdena livförsäkring, kapitalförsäkring och pensionsförsäkring, vilket inom det sistnämnda området skulle ske i de former av verksamhet som enligt italiensk lagstiftning uteslutande är förbehållna försäkringsbolag. Närmare bestämt skulle föremålet för bolagets verksamhet, enligt artikel 4 i bolagsordningen, vara att i Italien och utomlands teckna försäkringar och återförsäkringar inom vissa områden.²⁷²

I den ovan nämnda viljeförklaringen av den 10 januari 1996 klargjorde Generali och Unicredito till att börja med att de hade för avsikt att ingå avtal om deläggande och samarbete inom bank-, finans- och försäkringssektorn samt inom bankliknande verksamhet, i syfte att ömsesidigt integrera sina verksamheter. De framhöll i huvudsak att detta var en logisk åtgärd mot

²⁶⁹ Förordning nr 17/1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

²⁷⁰ T-87/96, 4 mars 1999.

²⁷¹ Detta formulär används vid notifiering till kommissionen. Se vidare Gahnström, Norelid, s. 36.

²⁷² T-87/96, 4 mars 1999, para 4.

bakgrund av utvecklingen under den senaste tiden inom bank- och försäkringssektorn, som innebar en allt större integration inom den aktuella sektorn i syfte att allmänt bredda utbudet av bank, finans- och försäkrings-tjänster samt av bankliknande tjänster.²⁷³

Mot denna bakgrund, och i syfte att senare befästa sitt samarbete, uppgav de att de avsåg att utveckla sitt deläggande och sitt samarbete genom att bilda det gemensamma företaget CG Vita och genom att planera operativa verksamheter tillsammans.

3.4.1 Gemensam kontroll

Anmälan avsåg endast bildandet av företaget CG Vita. Denna transaktion skulle, i enlighet med viljeförklaringen, genomföras på så sätt att Generali förvärvade 50 procent av kapitalet i CG Vita, vilket dittills helt hade varit i Unicreditos ägo. I de ovannämnda bolagsavtalen angavs att hälften av styrelsemedlemmarna skulle utses av Cariverona och Cassamarca och hälften av Generali. Enligt artikel 14 i CG Vitas bolagsordning skulle den extraordinarie bolagsstämman i kommersiella frågor vara beslutsför med en absolut majoritet av ägarna.²⁷⁴

3.4.2 Självständigt fungerande

I detta fall har CG Vita tillräckliga tillgångar, i form av finansiella medel, personal och tillgångar, för att varaktigt kunna bedriva verksamhet inom livförsäkringssektorn. Detta bekräftas av att ISVAP den 17 december 1996 gav företaget tillstånd att bedriva verksamhet i försäkringsbranschen, bland annat efter det att företaget genom ett styrelsebeslut av den 2 september 1996 hade ökat sitt kapital från 2 till 15 miljarder LIT.²⁷⁵

Enligt artiklarna 6 och 7 i bolagsordningen skulle CG Vita ha ett kapital på 2 miljarder LIT, vilket kunde höjas till 20 miljarder eller, enligt CO-formuläret och viljeförklaringen, till en högre nivå beroende på affärsplanen. Enligt redogörelsen för den italienska regeringens synpunkter i det ifrågasatta beslutet var Generalis ekonomiska åtagande inledningsvis begränsat till 300 miljoner LIT. Det gemensamma företags personal, som i utgångsläget skulle bestå av femton personer, däribland en direktör, en försäljningschef och en tekniskt och administrativt ansvarig, skulle enligt organisationsplanen i verksamhetsplanen fortlöpande utökas till 23 personer under det femte verksamhetsåret. Enligt artikel 5 i bolagsordningen bildas

²⁷³ T-87/96, 4 mars 1999, para. 8.

²⁷⁴ T-87/96, 4 mars 1999, para. 10-11.

²⁷⁵ T-87/96, 4 mars 1999, para. 48.

det gemensamma företaget för en period som sträcker sig fram till den 31 december 2050, men denna period kan komma att förlängas.²⁷⁶

CG Vita fyller dessutom samma funktioner som andra företag normalt fyller på livförsäkringsmarknaden och kan självständigt definiera sin handelspolitik. Den tekniska och administrativa hjälp som moderbolagen ger CG Vita förhindrar inte att företaget fungerar självständigt. De tjänster som Generali förser företaget med till självkostnadspris är sådana tjänster som försäkringsbolag av jämförbar storlek vanligtvis utnyttjar externa bolag för. I synnerhet är det vanligt att livförsäkringsbolag utnyttjar återförsäkrarens medicinska bedömningstjänst även för avtal som inte kan överlåtas. CG Vita skall anförtro Generali återförsäkring av risker som överstiger en fast gräns på 100 miljoner LIT vad avser överskjutande belopp enligt avtal om överskott på riskpremier, vilket överensstämmer med normalt handelsbruk. Dessutom påverkar utnyttjandet av Generalis medicinska bedömningstjänst inte alls CG Vitas möjlighet att självständigt fatta beslut om riskacceptans. För övrigt beräknas i verksamhetsplanen initialkostnaden för hjälpen med aktuarieberäkningarna, riskkurvalet, bolagets interna kontroll och datasystem till 800 miljoner LIT. Enligt planen skall kostnaden öka med 5 procent per år och uppgå till 942 miljoner LIT under det femte verksamhetsåret. Slutligen är denna hjälp endast tillfällig. Enligt verksamhetsplanen skall den endast tillhandahållas under de tre första verksamhetsåren.²⁷⁷

I detta fall konstaterade förstainstansrätten att det gemensamma företaget hade gjorts funktionsdugligt genom att de företag som bildat det tillhandahåller nästan alla tjänster som avser produktion, förvaltning och försäljning av försäkringsbrev. I synnerhet skulle CG Vita enligt verksamhetsplanen åtminstone under de första fem åren inte självständigt kunna administrera produktionen och förvaltningen av försäkringsbrev. Generali skulle delta i bokföringen, utfärdandet av försäkringsbrev, utbetalningarna, beräkningen av reservfonder i balansräkningen, den administrativa förvaltningen av portföljen och slutligen i det gemensamma företagens interna kontroll. Unicredito skulle förse CG Vita med nödvändiga strukturer och datasystem för att sälja försäkringsprodukterna, i syfte att säkra betalningsflödet. Även om viljeförklaringen innebar att det gemensamma företaget teoretiskt har en möjlighet att använda andra distributionskanaler, hänförde sig verksamhetsplanen enbart till Unicreditokoncernens nätverk av agenturer.²⁷⁸

Det var enligt förstainstansrätten i detta avseende tillräckligt att konstatera att det klart framgick av viljeförklaringen att bildandet av CG Vita utgjorde en del av ett mera omfattande samarbete mellan de två moderbolagen, även om den samarbetsplan som ovan nämnts enligt rättens uppfattning inte var preciserad och detaljerad. Samarbetsplanen omnämndes nämligen enligt

²⁷⁶ T-87/96, 4 mars 1999, para. 5.

²⁷⁷ T-87/96, 4 mars 1999, para. 49.

²⁷⁸ T-87/96, 4 mars 1999, para. 77.

förstainstansrätten uttryckligen i viljeförklaringen. Den innefattade bland annat de två moderbolagens åtagande att företrädesvis använda varandras tjänster, Unicreditos åtagande att inte förvärva andelar i andra försäkringsbolag och Generalis åtagande att inte ingå liknande avtal om samarbete med delägande i andra banker. Närmare bestämt gav planen enligt förstainstansrättens tolkning uttryck för parternas vilja att ömsesidigt integrera sina verksamheter inom ramen för och med hjälp av sina respektive kompetensområden, dock utan att planlägga en integration genom en koncentration av de två moderbolagen.²⁷⁹

Av vad som har anförts ovan följer att CG Vita inte var ett självständigt fungerande företag, utan i flera avseenden innebar samordnande funktioner, och därför inte kunde anses utgöra en koncentration.²⁸⁰

3.4.3 Kommentar

Den bedömning som förstainstansrätten gjorde i detta fall angående samriskföretagets självständiga funktion företog domstolen i samband med bedömningen av huruvida samriskföretaget hade en mellan moderbolagen samordnande funktion. Enligt 1989-års KF skulle samriskföretaget bedömas enligt artikel 81 om företaget hade en samordnande funktion. Även enligt nuvarande KF skulle en liknande bedömning vad gäller självständig funktion och avsaknaden av en sådans innebörd för huruvida samordnande funktioner anses föreligga företas. Idag skulle emellertid det avgörande för jurisdiktionsfrågan vara bedömningen av huruvida samriskföretaget kan anses ha en självständig funktion.

3.5 Signode/Titan

Den 20 november 1997 mottog kommissionen en anmälan enligt artikel 4 i KF om en föreslagen transaktion, genom vilken de tyska företagen Thyssen Krupp Stahl GmbH (TKS) och ITW Signode Holding GmbH (ITW Signode) skulle förvärva gemensam kontroll över det tyska företaget Titan Umreifungstechnik GmbH (Titan).²⁸¹ Efter att ha granskat anmälan konstaterade kommissionen att den anmälda transaktionen utgjorde en koncentration som omfattas av KF. Den 22 december 1997 beslutade kommissionen att inleda ett förfarande enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen, eftersom den allvarligt ifrågasatte om den anmälda koncentrationen var förenlig med den gemensamma marknaden.

²⁷⁹ T-87/96, 4 mars 1999, para. 82.

²⁸⁰ T-87/96, 4 mars 1999, para. 83-84.

²⁸¹ OJ L 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, Case No IV/M.970 – *TKS/ITW Signode/Titan*, 06.05.1998.

3.5.1 Gemensam kontroll

I oktober 1996 beslutade Krupp-Hoesch-koncernen att sälja Titan och dra sig tillbaka från förpackningsbranschen. ITW Signode och TKS hade för avsikt att förvärva alla aktier i Titan och bilda ett samriskföretag. ITW Signode skulle äga 65 % av aktiekapitalet i Titan och TKS 35 %. ITW Signode skulle dessutom överföra sina produktionslinjer för plast- och stålband, som drevs av ITW Signode GmbH i Dinslaken till samriskföretaget. Den 18 november 1997 ingick Titan ett försäljnings- och överföringsavtal enligt vilket Titan, samtidigt som ITW Signode och TKS förvärvade aktierna i företaget, skulle sälja verksamheten i Schwelm, som omfattade bandningsmaskiner och bandningsutrustning och anknytande immateriell egendom, Titans varumärken och distributionsorganisation på hemmamarknaden och utomlands till ett dotterbolag till det medelstora tyska företaget P. W. Lenzen GmbH & Co. KG (Lenzen). Detta avtal kommer att träda i kraft endast om ITW Signode och TKS förvärvar gemensam kontroll över Titan.²⁸²

De verkställande direktörerna i det föreslagna samriskföretaget skulle utses på förslag av ITW Signode genom ett enhälligt beslut av aktieägarna vid bolagsstämman. Om bolagsstämman skulle inrätta en förvaltningsgrupp för att övervaka bolagsstyrelsen och för att besluta om samriskföretagets affärspolicy, skulle ITW Signode utse två av de tre medlemmarna i gruppen, som skulle fatta beslut med enkel majoritet. Vissa strategiska affärsbeslut skulle emellertid fattas av en enig bolagsstämman, framför allt beslut om att utse verkställande direktörer, om att godkänna den årliga finansieringsplanen och verksamhetsplanen, inbegripet investeringar och ändringar av dessa samt beslut om att ge bolagsstyrelsen ökade befogenheter. Vetoätten gällde affärsbeslut och ekonomiska beslut av strategisk betydelse för samriskföretagets affärspolicy och den var mer omfattande än det sedvanliga skyddet för minoritetsägarnas ekonomiska rättigheter. Därmed hade TKS sådana rättigheter som avsågs i artikel 3.3 KF, vilket gav TKS möjlighet att utöva ett avgörande strategiskt inflytande på samriskföretaget. Det föreslagna samriskföretaget kom därför att kontrolleras gemensamt av ITW Signode och TKS.²⁸³

3.5.2 Självständigt fungerande

Koncernerna Thyssen och Krupp-Hoesch skulle bli det planerade samriskföretagets största kunder vad gällde stålband. Endast mellan 25 % och 30 % av Titans nuvarande världsomspännande försäljning skulle emellertid gå till moderbolagen, även om de köpte hela sitt behov av stålband från samriskföretaget på marknadsmässiga villkor. Dessutom fanns det ett leveransavtal enligt vilket samriskföretaget var skyldigt att köpa

²⁸² OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, para. 6-7.

²⁸³ OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, para. 8-9.

råmaterial från ett samriskföretag som idag kontrollerades av Krupp-Hoesch-koncernen. Dessa inköp skulle utgöra mindre än 40 % av det planerade samriskföretagets sammanlagda behov av råmaterial. TKS levererade även stora kvantiteter varmvalsade band till den verksamhet som ITW Signode överförde till samriskföretaget. Eftersom det inte fanns något leveransavtal mellan ITW Signode och TKS för dessa produkter, skulle samriskföretaget ha rätt att köpa från valfri leverantör. När det gäller leveranser av råmaterial skulle samriskföretaget därför, enligt Kommissionens bedömning, vara så oberoende av moderbolagen att dess självständighet kunde garanteras. Det mervärde som tillfördes råmaterialet utgjorde mellan 15 % och 30 % av de sammanlagda produktionskostnaderna, vilket är ytterligare ett tecken på att samriskföretaget skulle vara en självständig verksamhet.²⁸⁴

3.5.3 Varaktig strukturförändring

Det föreslagna samriskföretaget medförde enligt Kommissionen en varaktig förändring av de berörda företagens struktur. Avtalet om samriskföretag var av obestämd varaktighet och inbegrep köp- och säljoptioner som om de utnyttjades skulle tillåta eller tvinga ITW Signode att förvärva alla de aktier som TKS skulle ha i samriskföretaget. Dessa optioner kunde inte utnyttjas förrän den 30 november 2002. Även om optionerna skulle utnyttjas vid första möjliga tillfälle, skulle samriskföretaget alltså finnas i minst fem år. Detta ansåg förstainstansrätten vara tillräckligt lång tid för att medföra en varaktig förändring av de berörda företagens struktur. Det anmälda samriskföretaget utgjorde dessutom en självständig ekonomisk enhet eftersom det skulle vara verksamt på marknaderna för förpackningsband och ha alla de funktioner som företag på dessa marknader normalt har. Samriskföretaget skulle ha en egen ledning och tillräckliga ekonomiska och personella resurser liksom tillgångar i övrigt. Samriskföretagets tillverkning skulle i framtiden förläggas till dess egna anläggningar och distributionen skulle främst skötas av samriskföretaget självt, men dessutom av självständiga distributörer och ITW-koncernens distributionsdotterbolag.²⁸⁵

3.5.4 Samordnat konkurrensbeteende

Av de skäl som ovan angetts, ansåg Kommissionen, att det samriskföretag som bildats genom den anmälda transaktionen utgjorde en koncentration enligt artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen.²⁸⁶

²⁸⁴ OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, para. 12.

²⁸⁵ OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, para. 10-11.

²⁸⁶ OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, para. 14.

Eftersom TKS och koncernerna Thyssen och Krupp-Hoesch inte skulle behålla någon verksamhet vad gäller produktion och distribution av förpackningsband och bandningsutrustning, skulle det planerade samriskföretaget inte medföra någon samordning av självständiga företags konkurrensbeteende.²⁸⁷

Kommissionen drog utifrån resultaten av undersökningen som beskrivits ovan slutsatsen att den föreslagna koncentrationen inte skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning för parterna på de relevanta produktmarknaderna för stålband och plastband eller på den relevanta produktmarknaden för förslutningshuvuden som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller inom EES.²⁸⁸

3.6 Coca-Cola Company/Carlsberg A/S

Den 25 mars 1997 mottog kommissionen en anmälan om en föreslagen koncentration enligt artikel 4 KF genom vilken Coca-Cola Company (TCCC) och Carlsberg A/S (Carlsberg) skulle upprätta ett gemensamt företag, Coca-Cola Nordic Beverages (CCNB).²⁸⁹ Detta samriskföretag skulle äga andelar i olika läskedrycksenheter i den nordiska regionen, inklusive vissa tillgångar som skulle överföras från Carlsberg till TCCC i enlighet med ett licensavtal.

Transaktionen innefattade:

1. upprättandet av CCNB,
2. överföring av nationella tappningsföretag i Danmark och i Sverige till CCNB, det vill säga Carlsberg skulle medverka med sitt helägda danska dotterbolag, Dadeko, och TCCC skulle medverka med sitt nyligen inrättade helägda svenska dotterbolag, Coca-Cola Drycker Sverige AB (CCDS),
3. två avtal avseende överföring och licensiering av vissa varumärken i dessa länder, och
4. upprättandet av ett distributionsföretag i Sverige.²⁹⁰

Aktieägarnas huvudavtal (Master Shareholders' Agreement, MSA) mellan TCCC och Carlsberg avsåg upprättandet av CCNB och fastställde villkoren för parternas kontroll av CCNB, hur CCNB skulle fungera samt tillhandahöll strukturen för alla framtida nationella tapperienheter inom CCNB:s område. MSA-avtalet innefattade även bestämmelser som ålade TCCC och Carlsberg konkurrensförbud.

²⁸⁷ OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, para. 13.

²⁸⁸ OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, para. 77.

²⁸⁹ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, Case No. IV/M.833 – *Coca Cola Company/Carlsberg A/S*, 11.09.1997.

²⁹⁰ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 7.

Utöver upprättandet av CCNB, vilket utgjorde kärnan i transaktionen, hade parterna även i enlighet med koncentrationsförordningen anmält licensavtalet mellan Carlsberg, TCCC och Dadeko i Danmark. De anmälade parterna ansåg att särskilda bestämmelser, som t.ex. klausuler om att inte konkurrera och exklusivitetsbestämmelser i licensavtalet var tilläggsbegränsningar som direkt sammanhänge med och var nödvändiga för genomförandet av koncentrationen. Kommissionen ansåg emellertid att licensavtalet var nödvändigt för att TCCC och Carlsberg skulle kunna koncentrera framställning, förpackning, distribution, marknadsföring och försäljning av alla TCCC:s och Carlsbergs varumärken till CCNB i syfte att bringa Carlsbergs danska affärsverksamhet vad gäller alkoholfria drycker i överensstämmelse med TCCC:s principer beträffande huvudtapperi. Licensavtalet var därför ett av inslagen i koncentrationen, som kom att leda till en ekonomisk sammanslagning av Carlsberg och TCCC, och det skulle därför, enligt Kommissionens mening, också betraktas som en väsentlig och integrerad del av koncentrationen.²⁹¹

3.6.1 Gemensam kontroll

CCNB skulle ägas av Carlsberg till 51 %, och återstående 49 % skulle innehas av TCCC. CCNB skulle vara baserat i Danmark och dess huvudsakliga verksamhet skulle vara att investera och inneha andelar i nationella tapperier vad gäller framställning, förpackning, marknadsföring, distribution och försäljning av alkoholfria drycker och andra därmed sammanhängande verksamheter. CCNB skulle vid starten täcka Danmark och Sverige, men hade även att täcka Finland, Norge, Island, Estland, Lettland, Litauen och möjligtvis Grönland och St. Petersburg, Ryssland (CCNB:s område) i ett senare skede.²⁹²

CCNB kommer att ägas av Carlsberg med 51 % och indirekt av TCCC med 49 %. Förhållandena mellan Carlsberg och TCCC skulle styras av MSA-avtalet. I avtalet reglerades att Carlsberg respektive TCCC skulle utse ett visst antal styrelseledamöter. Vidare reglerades även vem som skulle utse vissa nyckelroller i CCNB:s ledning.²⁹³ För att säkerställa att varje moderbolag måste godkänna vissa beslut som påverkar CCNB:s strategiska hållning, krävdes att "mycket viktiga beslut" av aktieägarna i frågor som rörde företagsstruktur och strategier, antagande av affärsplaner och budget enhälligt godkänns av båda moderbolagen.²⁹⁴ Om styrelsen inte kunde enas rörande vissa frågor skulle i sista hand bolaget sägas upp.²⁹⁵ Enligt parterna fanns det emellertid betydande incitament för parterna att undvika en

²⁹¹ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 16.

²⁹² OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 6.

²⁹³ Detaljerna kring avtalsregleringen av bolagets organisation har utelämnats ur Kommissonsbeslutet.

²⁹⁴ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 17.

²⁹⁵ Även i denna del är beslutet censurerat och det framgår inte i vilka frågor parternas oenighet skall leda till uppsägning.

situation i vilken uppsägningsbestämmelserna i deras avtal trädde i kraft. CCNB skulle därmed att gemensamt kontrolleras av TCCC och Carlsberg.

3.6.2 Självständigt fungerande

CCNB skulle ha alla resurser som var nödvändiga för att utöva sin affärsverksamhet på varaktig grund. Parterna skulle först överföra sina befintliga tappningsenheter i Danmark och Sverige till CCNB, inklusive anläggningarna, distributionsutrustning, anställda samt investeringar. För det andra skulle CCNB bli ansvarigt för framställning, marknadsföring, distribution och försäljning av alkoholfria drycker inom den nordiska regionen och skulle således inte vara begränsat till en särskild funktion på marknaden. CCNB och dess tappare skulle även tillföra ett avsevärt mervärde till det koncentrat som tillhandahålls av TCCC. För det tredje, även om TCCC skulle tillhandahålla koncentrat och ge tillstånd till tappning av sådana alkoholfria drycker, och även om Carlsberg har ett 50-procentigt aktieinnehav i Falcon och skulle bibehålla en viss del i Danmark, ändrade inte parternas närvaro på CCNB:s och dess dotterbolags marknader det faktum att CCNB enligt Kommissionens mening borde betraktas som ett samriskföretag av koncentrationskaraktär. MSA-avtalet skulle gälla i ett visst antal år och innebar även möjlighet till förlängning.²⁹⁶

Transaktionen skulle leda till en strukturell förändring i Carlsbergs och TCCC:s affärsverksamhet på läskedrycksområdet, både på det regionala planet i de nordiska länderna och det nationella planet i Danmark och Sverige. I synnerhet skulle Carlsberg inte längre ha några intressen på området kolsyrade läskedrycker i konkurrens med CCNB. TCCC:s ställning förändras från att bara vara en licensgivare av kolsyrade läskedrycker på dessa marknader till att bli delägare i samriskföretaget som tillverkar kolsyrade läskedrycker.²⁹⁷

3.6.3 Samordnande funktion

I Danmark fungerade TCCC inte som tillverkare eller distributör, utan endast som varumärkesinnehavare. Utöver att vara en leverantör av koncentrat skulle TCCC i stort sett endast finnas i Danmark genom CCNB. Enligt parterna är utsikterna att TCCC skulle gå in på den danska marknaden annat än genom CCNB mycket avlägsna.

TCCC har aldrig ägnat sig åt direkt tapperiverksamhet på den danska marknaden och har för närvarande inga anläggningar tillgängliga för detta.

²⁹⁶ Även i denna del är beslutet censurerat och det framgår därför inte under hur lång tid avtalet skulle gälla. OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 18.

²⁹⁷ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 15.

De verksamheter som hålls utanför CCNB kan därför inte ses som ett medel att åstadkomma eller förstärka en samordning mellan Carlsberg och TCCC.²⁹⁸

Carlsberg skulle även vara bundet av sin förpliktelse att inte konkurrera vad gäller viss verksamhet i Sverige.²⁹⁹ På grundval av ovannämnda information kunde CCNB inte ses som ett instrument för att åstadkomma eller förstärka en samordning mellan Carlsberg och TCCC.³⁰⁰

Det anmälda samriskföretaget, tillsammans med licensavtalet i Danmark, utgjorde därmed, enligt Kommissionen, en koncentration i den mening som avses i artikel 3 i koncentrationsförordningen.³⁰¹

3.6.4 Kommentar

Genom att samriskföretaget CCNB ansågs utgöra en koncentration ansågs alltså inga samordnande funktioner vara för handen. Enligt 1989-års KF kunde ett samriskföretag inte anses utgöra en koncentration i KF:s mening om det hade en samordnande funktion. Enligt nya KF kan emellertid en koncentration anses föreligga även om samriskföretaget samordnar parternas konkurrensbeteenden. Bedömningen kommer ändå att ske enligt KF men en prövning av kriterierna i artikel 81.

I förevarande fall ansågs företaget utgöra en koncentration och eftersom bedömningen skedde enligt 1989-års KF hade samriskföretaget därmed inte någon mellan parterna samordnande funktion. Detta konstaterades också av Kommissionen.³⁰²

3.7 Bertelsmann/Kirch/Premiere

Kommissionen mottog den 1 december 1997 en anmälan om en föreslagen koncentration enligt artikel 4 KF, genom vilken företagen CLT-UFA SA (nedan kallad CLT-UFA) och Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG (nedan kallad Taurus) på det sätt som avses i artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen förvärvade gemensam kontroll över företagen Premiere Medien GmbH & Co. KG (nedan kallad Premiere), BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH (nedan kallad BetaDigital) och BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler

²⁹⁸ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 19.

²⁹⁹ Vilken verksamhet detta gällde kan inte preciseras pga censur i Kommissionsbeslutet.

³⁰⁰ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 20.

³⁰¹ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 21.

³⁰² OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, para. 21.

Infrastrukturen mbH (nedan kallad BetaResearch).³⁰³ Den föreslagna koncentrationen skulle genomföras genom förvärv av aktier. Kommissionen beslutade den 15 december 1997 att skjuta upp genomförandet av den anmälda koncentrationen enligt artiklarna 7.2 och 18.2 i koncentrationsförordningen i avvaktan på ett slutligt beslut.³⁰⁴

Bertelsmann AG (nedan kallad Bertelsmann) var moderbolag i en ledande tysk mediekoncernen. Bertelsmann-koncernen hade verksamhet främst inom affärsområdena bok- och tidskriftsförlag, bokklubbar, tryckerier, musikförlag och fonogramförsäljning samt genom deläggande även inom den privata tv-branschen. CLT-UFA var ett samriskföretag mellan Bertelsmann och Audiofina SA, till vilket moderbolagen hade överfört sin europeiska tv-verksamhet. I den ingick även delägandet i Premiere.³⁰⁵

Kirch var den ledande leverantören av biograffilmer och underhållningsprogram för tv i Tyskland och var även verksam inom den privata tv-branschen. Koncernens verksamhet var i stort sett begränsad till Tyskland.³⁰⁶

3.7.1 Transaktionerna

Vid den aktuella tidpunkten ägde CLT-UFA och Canal+ SA (nedan kallad Canal+) 37,5 % var av den tyska betal-tv-utgivaren Premiere, medan Kirch ägde 25 %. Enligt planerna skulle Canal+ lämna företaget och CLT-UFA och Kirch öka sitt ägande i Premiere till 50 % var. Samtidigt skulle Kirch lägga ned sin egen digitala betal-tv-kanal DF1 och överföra tillgångarna i DF1 till Premiere. Kirch skulle även överföra sin sportkanal DSF till Premiere och ställa sina betal- och beställ-tv-rättigheter till förfogande för Premiere. Premiere utvidgades till att bli en program- och försäljningsplattform för digital betal-tv, med användning av den d-box-teknik som Kirch hade ställt till Premieres förfogande.

Premiere skulle sammanställa egna eller inköpta tv-program till programpaket och saluföra dessa. Vidare skulle Premiere sköta kundadministrationen och kundservicen inte bara för Premiere Digital, utan även för andra programföretag. Premiere skulle bygga upp den dekodeinfrastruktur (digital tv-box) som behövdes för mottagning av digital-tv. För digital-tv som sänds via satellit skulle Premiere även ha hand om den villkorade tillgången.³⁰⁷

³⁰³ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, Case No IV/M.933 – *Bertelsmann/Kirch/ Premiere*. 27.05.1998.

³⁰⁴ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 2.

³⁰⁵ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 6.

³⁰⁶ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 7.

³⁰⁷ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 8.

Samtidigt skulle CLT-UFA förvärva 50 % av BetaDigital, som vid den aktuella tidpunkten var ett helägt dotterbolag till Kirch. BetaDigital drev ett sändningscenter för digital-tv via satellit och skulle i framtiden tillhandahålla Premiere, men även andra intresserade, tjänster i samband med bearbetning och sändning, såsom kryptering och upplänkning till satelliten. Vid den aktuella tidpunkten var det BetaDigital som skötte upplänken till satelliten.

Dessutom skulle CLT-UFA förvärva 50 % av BetaResearch, som vid detta tillfälle även var ett helägt dotterbolag till Kirch. BetaResearch var innehavare av exklusiva och icke tidsbegränsade licenser för Beta-krypteringstekniken för kryptering av program på grundval av d-box-dekodern. Dessa licenser hade beviljats för Tyskland, Österrike och den tyskspråkiga delen av Schweiz. Licensgivare för denna teknik för villkorad tillgång var företaget DigCo BV, i vilket Kirch och Irdeto BV, som hörde till den sydafrikanska MIH-gruppen, ägde 50 % av aktierna. BetaResearch utvecklade deko­derprogramvara och företaget hade som uppgift att vidareutveckla krypteringsprogramvara och operativsystem för d-box-tekniken. Företaget skulle licensiera denna teknik till Premiere, Deutsche Telekom AG (nedan kallad Telekom) samt till andra programföretag och dekodertillverkare. BetaResearch skulle dessutom tillverka moduler för villkorad tillgång och smarta kort och leverera dessa till d-box-tillverkarna.³⁰⁸

3.7.2 Premiere

Premiere kontrollerades vid den aktuella tidpunkten gemensamt av CLT-UFA, Kirch och Canal+, eftersom samtliga tre delägare hade vetorätt vid beslut i marknadsrelaterade frågor. Transaktionen skulle emellertid påverka fördelningen av kontrollen. När Canal+ lämnat företaget skulle CLT-UFA och Kirch äga 50 % var av Premiere och gemensamt kontrollera företaget, eftersom CLT-UFA och Kirch därefter måste fatta de strategiska affärsbesluten i samförstånd. Samtidigt skulle Kirch i och med att tillgångarna i DF1, sportkanalen DSF samt Kirchs betal-tv- och beställ-tv-rättigheter överfördes till Premiere att bidra med avsevärda tillgångar som påverkade Premieres ställning på marknaden. Överföringen av Kirchs digitala tv-verksamhet till Premiere skulle även innebära en betydande utvidgning av Premieres affärsverksamhet.³⁰⁹

Premiere skulle på sikt, enligt Kommissionen, fylla en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner, och dess bildande torde inte ge upphov till en samordning av CLT-UFA:s och Kirchs konkurrensbeteende. Premiere skulle även i fortsättningen erbjuda betal-tv i Tyskland och skulle förutom det dittills dominerande analoga tv-utbudet även utvidga det digitala utbudet,

³⁰⁸ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 9.

³⁰⁹ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 12.

både i egenskap av programföretag och som program- och försäljningsplattform. När koncentrationen var genomförd skulle Kirch och CLT-UFA/Bertelsmann endast vara verksamma på marknaden för betal-tv och marknaden för sändningsrättigheter för betal-tv genom sina andelar i Premiere. Den transaktion genom vilken CLT-UFA och Kirch ökade sitt ägande i Premiere samtidigt som Premiere utvidgade sin verksamhet till en digital program- och försäljningsplattform utgjorde därför enligt Kommissionen en koncentration enligt artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen.³¹⁰

3.7.3 BetaDigital

CLT-UFA och Kirch skulle äga 50 % var i BetaDigital och tillsammans kontrollera företaget. BetaDigital skulle, enligt Kommissionens bedömning, på sikt fylla en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner och inte ge upphov till en samordning av CLT-UFA:s och Kirchs konkurrensbeteende.

Visserligen var köparna av BetaDigitals tekniska tjänster vid denna tidpunkt företag med anknytning till CLT-UFA och Kirch, men företaget planerar att även erbjuda tredje man dessa tjänster och delvis hade detta redan skett. Det kan förutsättas att BetaDigital i framtiden skulle komma att betjäna tredje man i större utsträckning i takt med att digital-tv breder ut sig i Tyskland. BetaDigital skulle därför, enligt Kommissionen, ses som ett företag som fyller en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner. Eftersom det endast var CLT-UFA som i begränsad utsträckning var verksamt på området för tekniska tjänster för digital-tv, skulle det inte föreligga risk för någon samordning av konkurrensbeteendet mellan CLT-UFA och Kirch. CLT-UFA:s andelar i BetaDigital utgjorde därmed, enligt Kommissionens bedömning, en koncentration på det sätt som avses i artikel 3.1 b KF i form av ett koncentrativt samriskföretag.³¹¹

3.7.4 BetaTechnik

Inledningsvis skulle CLT-UFA och BetaTechnik, som tillhörde Kirch-koncernen, äga 50 % var i BetaResearch. När Telekom förvärvat sina andelar skulle företaget tillsammans med CLT-UFA och Kirch ha gemensam kontroll över BetaResearch. Enligt den överenskommelse om omstrukturering av BetaResearch (nedan kallad omstruktureringsöverenskommelsen) som träffats mellan CLT-UFA, Kirch och Telekom, skulle det krävas enhälliga beslut av bolagsstämman i viktiga affärspolitiska frågor. BetaResearch skulle varaktigt fylla en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner och dess bildande skulle inte medföra en samordning av

³¹⁰ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 13.

³¹¹ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 14.

CLT-UFA:s och Kirchs konkurrensbeteende. BetaResearch skulle inte endast bevilja sådana företag licenser för d-box-tekniken som ville tillhandahålla digitala tv-tjänster, såsom Telekom och BetaDigital, utan även rikta sig till programföretag som själva ville stå för de nödvändiga tekniska tjänsterna. BetaResearch skulle dessutom bevilja licenser åt intresserade dekodertillverkare och leverera moduler för villkorad tillgång till dessa företag. Dessutom skulle BetaResearch utveckla deko­derprogramvara även för tredje part.

Det kunde därför antas att BetaResearch vid sidan om affärsförbindelserna med de företag som grundat BetaResearch och som var förbundna med det skulle göra affärer med tredje part i avsevärd omfattning och därmed skulle skaffa sig eget tillträde på marknaden. BetaResearch måste därför, enligt Kommissionen, anses vara ett företag som fyller samtliga funktioner.

Eftersom endast CLT-UFA genom Bertelsmanns andel i Seca SA var verksamt inom krypteringstekniken för betal-tv, fanns det ingen risk för en samordning av konkurrensbeteendet mellan CLT-UFA och Kirch. CLT-UFA:s ägande i BetaResearch utgjorde därför en koncentration på det sätt som avses i artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen i form av ett koncentrativt samriskföretag.³¹²

3.8 Bedömning av samriskföretag i praxis

Av den här företagna genomgången av ett antal utvalda beslut och avgöranden från kommissionen och förstainstansrätten framgår att det förekommer ett vitt spektra av olika sätt att utforma samriskföretaget på. Eftersom samtliga beskrivna fall har rört samriskföretag upprättade enligt utländsk rätt har de svenska bolagsformerna inte utnyttjats vid upprättandet av samriskföretaget. För att utröna vilka svenska bolagsformer som bör tas i anspråk och för att bedöma vilka medel som skall användas för att utforma organisationen av valda bolagsformer har det emellertid ingen avgörande betydelse vad för bolagsform som använts i de här presenterade fallen. Vad som är av intresse är emellertid de faktiska konstruktionerna av ägarstruktur, ledningsstruktur, kapitaltillskott och eventuella samordnande funktioner. I det följande kommer jag att behandla de modeller som i de presenterade fallen använts för att reglera de nyss nämnda faktorerna. Härvid kommer även de olika konstruktionerna att bedömas och sättas i relation till varandra. Syftet med detta är att i viss mån ge indikationer på vilka lösningar som, i praktiken, förefaller ha varit effektiva för den konkurrensrättsliga bedömningen samt varit minst omständiga och resurskrävande för bolagen. Resultaten i denna del är avsett att ligga till grund för den behandling som kommer att företas i uppsatsens avslutande del.

³¹² OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, para. 15.

3.8.1 Gemensam kontroll

För att ett samriskföretag skall anses omfattas av KF:s tillämpningsområde måste samriskföretaget stå under de bildande parternas gemensamma kontroll. Det först behandlade fallet rörde ett samriskföretag som hette Engine Alliance.³¹³ Detta företag ägdes till 50% av GEAE och till 50% av P & W. Ägarstrukturen kan således anses innebära en god förutsättning för att Engine Alliance skulle anses stå under parternas gemensamma kontroll. För att gemensam kontroll skall anses föreligga krävs emellertid även att ledningsstrukturen i bolaget medför att parterna har gemensam kontroll över de övergripande affärsmässiga besluten i samriskföretaget. Detta löste parterna genom att inrätta en kommitté, bestående av sex företrädare, tre från varje part. Kommittén föreskrevs ha befogenhet att leda och ansvara för Engine Alliances och skulle fatta beslut i alla större affärsmässiga frågor. Kommittén skulle sammanträda regelbundet och var endast beslutsför om alla sex företrädarna var närvarande. I viktigare frågor, exempelvis ändring i bolagets verksamhetsområde, skulle Kommittén fatta enhälliga beslut. Ordföranden i Kommittén valdes turvis av parterna. Eftersom ingen av parterna ensamt kunde fatta avgörande beslut inom samriskföretaget ansåg kommissionen att samriskföretaget kontrollerades gemensamt av parterna.

I fallet Bertelsmann/Planeta³¹⁴ var förutsättningarna för gemensam kontroll ungefär desamma. Även i detta fall förelåg ett 50/50-% ägande och två tredjedelars majoritet krävdes för att beslut skulle fattas på stämman. Om ett dödsläge skulle uppstå skulle parterna enligt samriskavtalet försöka nå en överrenskommelse, utan att någon part skulle erhålla veto. Om detta misslyckades skulle samriskföretaget likvideras.

I ett fall från förstainstansrätten ansågs HMG stå under VMG och RTL gemensamma kontroll.³¹⁵ I detta fall hade parterna föreskrivit att de viktigaste besluten skulle godkännas av bolagsstämman innan de underställdes styrelsen. Frågor av betydelse ansågs exempelvis vara frågor rörande HMG:s affärsmässiga strategier. I sådana frågor skulle parterna dessutom, enligt bolagsavtalet, fatta beslut genom enhällighet. Om enhällighet i en sådan fråga inte kunde uppnås hade parterna kommit överens om att under 15 dagar göra stora ansträngningar för att komma till beslut. Om enhällighet inte uppnåddes under denna tid skulle beslut fattas med enkel majoritet, vilket innebar att RTL, som hade 51 % av rösterna, fick avgöra den föreliggande frågan. Trots att RTL i vissa fall således hade ensam kontroll ansåg förstainstansrätten att parterna hade gemensam kontroll över HMG.

³¹³ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000.

³¹⁴ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000.

³¹⁵ T-221/95.

Ett fall där det däremot inte förelåg ett 50/50-ägande var Signode/Titan.³¹⁶ I detta fall ägde Signode 65 % av aktierna i Titan och TKS ägde 35 % av aktierna. Kommissionen ansåg ändå att parterna hade gemensam kontroll över Titan. Detta föranleddes förmodligen av att ledningsstrukturen innebar att ingen av parterna ensamt hade möjlighet att avgöra frågor av betydelse för bolagets verksamhet. Exempelvis krävdes det i vissa fall rörande strategiska affärsbeslut ett medhåll från en enig bolagsstämma. Detta innebar att TKS kunde utöva ett avgörande strategiskt inflytande över samriskföretaget. Detta innebar även enligt kommissionen att Titan stod under parternas gemensamma kontroll. Även i fallet Coca-Cola Company/ Carlsberg A/S hade de bildande parterna olika grad av ägande i samriskföretaget.³¹⁷ Detta löstes emellertid genom att parterna i viktiga affärsmässiga beslut som rörde företagsstruktur och strategier, affärsplaner eller budget skulle fatta beslut samfällt. Om styrelsen inte kunde enas i sådana frågor skulle bolaget likvideras. I fallet Bertelsmann/Kirch/Premiere var det, i en av deltransaktionerna, fråga om ett samriskföretag som samfällt ägdes av tre olika delägare.³¹⁸ Även i detta fall löstes kontrollfrågan på så sätt att parterna i avtalet föreskrivit att samtliga tre parter skulle ha vetorätt i frågor rörande affärsmässigt viktiga beslut.

I samtliga fall förefaller Kommissionen eller förstainstansrätten anse att en gemensam kontroll föreligger om parterna har vetorätt rörande viktigare beslut i organisatoriska och affärsmässiga frågor. Kommissionen har accepterat denna lösning även när företagens ägandeandelar i samriskföretaget varit olika stora. Kommissionen förefaller lägga mindre vikt vid utformningen av företagets övriga ledningsstruktur, så länge frågor rörande affärsmässigt strategiska frågor måste fattas av samtliga delägare. Det förefaller inte heller spela någon roll vilken form av bolag som används. Allt från kommittéer i mindre reglerade bolagsformer till styrelser i bolagsformer som liknar aktiebolaget förefaller accepteras. Det avgörande är således om parterna gemensamt måste fatta affärsmässigt viktiga beslut. Så länge detta kriterium är uppfyllt förefaller samriskföretagets struktur kunna utformas tämligen fritt i alla fall vad gäller frågan om gemensam kontroll.

3.8.2 Varaktigt självständigt fungerande

Ett samriskföretag måste även anses vara varaktigt självständigt fungerande för att falla inom KF:s tillämpningsområde. För att företaget skall anses ha en självständig funktion krävs bl. a. att parterna har tillfört samriskföretaget de resurser som företaget behöver för att kunna agera som en självständig ekonomisk enhet på den aktuella marknaden.

³¹⁶ OJ 316, 25/11/1998 s. 0033-0047.

³¹⁷ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062.

³¹⁸ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030.

I fallet Bertelsmann/Planeta³¹⁹ skulle de bildande parterna överföra en hel verksamhetsdel, pocketbokverksamheten, och samtliga, materiella och immateriella, resurser som skulle kunna tänkas krävas för att driva samriskföretaget inom på den aktuella marknaden. De bildande parterna föreskrev även att de i princip uteslutande skulle publicera sina pocketböcker via samriskföretaget. Avtalet om samriskföretag var ingånget på obestämd tid. Kommissionen ansåg att detta samriskföretag var varaktigt självständigt fungerande. Även i fallet RTL/Veronica/Endemol³²⁰ överfördes stora resurser till samriskföretaget. En av parterna åtog sig även att under tio år producera genom samriskföretaget. I detta produktionsavtal åtog sig Endemol att täcka 60 % av samriskföretaget behov av produktion av Nederländska produkter. Samriskföretaget ansågs därmed som självständigt fungerande.

I fallet Generali/Unicredito³²¹ ansågs samriskföretaget CG Vita inte ha en självständig funktion. Enlig bolagsordningen skulle samriskföretaget ha ett kapital på 2 miljarder LIT, vilket kunde höjas till 20 miljarder beroende på affärsplanerna. Även personalresurserna var enligt förstainstansrätten tillräckliga för att driva den ifrågavarande verksamheten. Verksamheten skulle enligt samriskavtalet fortskrida fram till år 2050 och samarbetet skulle därefter kunna förlängas. CG Vita skulle även få mycket teknisk och administrativ hjälp från sina moderbolag. De tjänster som CG Vita skulle erhålla ansågs emellertid vara av sådan karaktär att det kunde anses vara sådana tjänster som företag av motsvarande storlek normalt sett utnyttjade externa bolag för. Inte heller detta hindrade alltså att CG Vita kunde anses som självständigt fungerande. CG Vita hade emellertid gjorts självständigt fungerande genom att de bildande parterna hade tillhandahållit i princip alla tjänster som avsåg produktion, förvaltning och försäljning. Förstainstansrätten konstaterade att samriskföretaget snarast innebar en samordning av de bildande parterna. Parterna hade genom samriskföretaget åtagit sig att företrädesvis använda sig av varandras tjänster. På företaget ansågs således inte ha en självständig funktion utan istället en, mellan parterna samordnande funktion.

I fallet Signode/Titan ansågs samriskföretaget Titan ha en självständig funktion. Titan hade rätt att köpa råmaterial från valfri leverantör. Titan levererade även större delen av sin försäljning till annan än moderbolagen. Avtalet inom samriskföretaget var ingånget på obestämd tid. Avtalet inbegrep även köp och säljoptioner som om de inlöstes skulle innebära att Signode förvärvade ensam kontroll över samriskföretaget. Dessa optioner kunde däremot inte utnyttjas förrän efter en tidsperiod om 5 år vilket enligt kommissionen var tillräckligt för att samriskföretaget skulle anses vara varaktigt bestående. Samriskföretaget skulle dessutom ha en egen ledning och tillräckliga personella och ekonomiska resurser för att kunna fungera

³¹⁹ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000.

³²⁰ T-221/95.

³²¹ T-87/96, 4 mars 1999.

självständigt på den ifrågavarande marknaden. Titans produktion och distribution skulle dessutom förläggas till företagets egna anläggningar. Förstainstansrätten ansåg därmed att Titan hade en varaktig självständig funktion på den aktuella marknaden. Även i fallet *Coca-Cola Company/Carlsberg*³²² ansågs samriskföretaget CCNB ha en självständig funktion. Den största anledningen till att CCNB ansågs som självständigt var att parterna överförde samtliga produktionsenheter inom det geografiskt aktuella området till CCNB. CCNB skulle även vara ansvarligt för framställning, marknadsföring och distribution inom Norden. CCNB skulle således inte endast ha en begränsad funktion på marknaden utan skulle agera som ett självständigt fungerande företag.

Även samtliga transaktioner i fallet *Bertelsmann/Kirch/Premier*³²³ innebar att samriskföretagen fick en självständig funktion på marknaden. I dessa fall berodde kommissionens bedömning liksom i övriga här redovisade fall på att stora resurser överfördes från de bildande parterna till samriskföretaget och att samriskföretaget därefter sålde sina produkter eller tjänster till tredje man och inte endast till de bildande parterna.

Härvid kan alltså konstateras att samriskföretaget måste få tillräckliga resurser från de bildande parterna samt ges tillräckligt utrymme på den aktuella marknaden för att inte endast fylla en delfunktion utan utgöra agera som en enhet med alla de funktioner som ett självständigt företag agerar. Alltså så kan ett samriskföretag inte bildas endast för att sköta bolags deluppgifter, i sådana fall kommer det förmodligen att bedömas ha en mellan de bildande parterna samordnande funktion. Samriskföretaget måste slutligen ha möjlighet att sälja sina produkter eller tjänster till tredje man och får alltså inte vara begränsat till att sälja till sina moderbolag. Om samriskföretagets försäljning begränsas till att sälja till de bildande parterna kommer förmodligen samriskföretaget inte anses vara ett självständigt fungerande företag utan endast vara en mellan parterna samordnande funktion.

3.8.3 Samordnande funktioner

Enligt 1997-års KF omfattas ett företag av KF även om det anses ha samordnande funktioner. Alla utom ett av de behandlade fallen är bedömda enligt 1989-års KF. Enligt denna skulle ett företag som hade en samordnande funktion inte omfattas av KF:s tillämpning utan behandlas enligt artikel 81. Idag sker alltså prövningen enligt KF men enligt artikel 2.4 KF skall samriskföretaget bedömas enligt kriterierna i artikel 81.1 och 81.2 EG-fördraget. Den materiella bedömningen är alltså, som tidigare har

³²² OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, Case No. IV/M.833 – *Coca Cola Company/Carlsberg A/S*, 11.09.1997.

³²³ OJ L 053, 27.02.1999 s. 0001-0030, Case No IV/M.933 – *Bertelsmann/Kirch/ Premiere*. 27.05.1998.

beskrivits, den samma enligt 1989-års KF som enligt 1997-års KF. Detta innebär att de bedömningar i här behandlade fall som företagits enligt artikel 81 fortfarande är aktuella men nu som ett led i bedömningen av om samriskföretaget, enligt artikel 2.4 KF, är förenligt med den gemensamma marknaden.

I fallet *GEAE/P & W*³²⁴ ansågs parterna vara potentiella konkurrenter på den aktuella marknaden. Kommissionen tillade att det var högre risk för att samriskföretag i samarbets syfte kunde förhindra, begränsa eller snedvräta konkurrensen mellan moderbolagen om parterna redan var faktiska eller potentiella konkurrenter. Båda parterna var dessutom verksamma på den angränsande marknaden för ifrågavarande produkter. De bildande parterna ansågs även ha både den tekniska kompetens och de ekonomiska möjligheterna att själva utveckla den motor som skulle utvecklas av samriskföretaget. Kommissionen ansåg emellertid att samriskföretaget uppfyllde kraven i artikel 81.3 för att få ett individuellt undantag. Bl a ansåg kommissionen att utvecklingen av den nya motorn som skulle ske i samriskföretaget i framtiden kunde gynna konsumenterna.

Bedömningen av detta fall gjordes enligt artikel 81. Idag skulle fallet ha underordnats KF:s tillämpning eftersom det ifrågavarande samriskföretaget stod under parternas gemensamma kontroll och var självständigt fungerande. Bedömningen skulle emellertid även idag ha gjorts enligt kriterierna i artikel 81.1 och 81.3 fast under KF:s jurisdiktion.

I fallet *Bertelsmann/Planeta*³²⁵ anmärkte kommissionen att det särskilt skall beaktas om parterna har fortsatt verksamhet på marknader som ligger före eller efter samriskföretaget i produktionskedjan. I det aktuella fallet hade båda de bildande parterna fortsatt verksamhet på marknaden för publicering av böcker i Spanien vilken låg före samriskföretaget i produktionskedjan. Detta ansågs vara en till samriskföretaget nära angränsande marknad. Kommissionen kom emellertid fram till att de bildande parterna inte hade incitament att samordna sitt konkurrensbeteende. Detta berodde dels på att marknaden för ifrågavarande produkt var mycket liten i Spanien, dels på att den aktuella produkten var av sekundär betydelse för parterna. Även i fallet *Signode/Titan*³²⁶ kom kommissionen fram till att samriskföretaget inte hade någon samordnande funktion. Även i detta fall gjordes en bedömning av om moderbolagen skulle behålla någon verksamhet på samriskföretagets marknad. Kommissionen kom fram till att parterna i princip inte skulle ha kvar någon verksamhet på samriskföretagets marknad. Kommissionen konstaterade därefter att samriskföretaget inte innebar någon samordning av parternas konkurrensbeteende. Även i fallet *Coca –cola Company/Carlsberg*

³²⁴ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000.

³²⁵ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000.

³²⁶ OJ L 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, Case No IV/M.970 – *TKS/ITW Signode/Titan*, 06.05.1998.

A/S³²⁷ gjordes en bedömning av parternas närvaro på samriskföretagets marknad. Även i detta fall ansåg kommissionen att samriskföretaget inte medförde någon samordning av parternas beteende.

Av den här företagna framställningen framgår att det är de bildande parternas verksamhet på samriskföretagets marknad, eller därtill angränsande marknader som är den mest betydande bedömningsgrunden vid avgörandet av huruvida samriskföretaget har en samordnade funktion.

³²⁷ OJ L 145, 15.05.1998 s. 0041-0062, Case No. IV/M.833 – *Coca Cola Company/ Carlsberg A/S*, 11.09.1997.

4 Samriskföretags utformning

I detta avsnitt avser jag att utreda hur ett samriskavtal bör utformas för att detta skall falla under en så gynnsam konkurrensmässig reglering som möjligt. Den mest gynnsamma regleringen förefaller, mot bakgrund av vad som framfördes i kapitel 2.4, vara att falla inom KF:s tillämpningsområde och min avsikt är således att utröna hur parterna bör utforma sitt samriskavtal för att samriskföretaget skall bedömas som en koncentration enligt KF.

I kapitel två har jag beskrivit vad som bör regleras vid utformningen av samriskföretaget. I kapitel tre visade jag möjliga faktiska bolagsrättsliga lösningar för att reglera de faktorer som beskrevs i kapitel två. I detta avslutande kapitel skall jag, med beaktande av konkurrensrätt, bolagsrätt och presenterade i praktiken förekommande lösningar försöka utforma riktlinjer för hur ett samriskföretag enligt svensk bolagsrätt bör utformas. Härvid kommer jag alltså att beakta faktiska omständigheter i de fallstudier som tidigare har presenterats. Genom att föra in dessa av kommissionen eller förstainstansrätten behandlade samriskföretagen i diskussionen är min avsikt att den teoretiska utgångspunkten, i viss mån, skall visa sig praktiskt tillämpbar och att vissa riktlinjer vid val av bolagsform och reglering av bolagsstruktur, vid utformning av samriskföretag, skall kunna utrönas och åskådliggöras.

För att KF skall bli tillämplig krävs, i enlighet med vad som tidigare visats, att parterna har gemensam kontroll över samriskföretaget och att samriskföretaget innebär en strukturell förändring. I kravet på en strukturell förändring ligger att samriskföretaget skall vara varaktigt självständigt fungerande. Dessa kriterier avgör alltså jurisdiktionen, om samriskföretaget skall falla under KF:s eller artikel 81:s tillämpning. Ytterligare en omständighet, som visserligen inte har någon betydelse för jurisdiktionsfrågan, men som är av betydelse för hur bedömningen av koncentrationen kommer att ske är huruvida samriskföretaget har en i KF:s mening samordnande funktion mellan parterna. För att dessa kriterier skall kunna förverkligas i det praktiska fallet krävs det, som vi såg vid behandlingen av fallstudierna, att parterna iakttar stor försiktighet och noggrannhet vid utformningen av samriskavtalet. Detta oavsett om parterna har för avsikt att företaget skall bedömas enligt artikel 81 eller enligt KF.

För att kunna utforma samriskföretaget så att det faller under önskad reglering måste parterna välja lämplig associationsrättslig form, samt hur denna bolagsform skall utformas och vilka medel som skall användas för att utformningen skall kunna genomföras. För att kunna göra dessa val är en grundförutsättning att parterna har klart för sig vad deras syfte med samarbetet är, vad samarbetet rör samt även hur deras egna företag ser ut och vilka resurser dessa har. För att kunna utforma ett samarbetsavtal, som

uppfyller parternas önskemål om att samriskföretaget skall komma att omfattas av viss konkurrensmässig reglering, krävs goda konkurrensrättsliga och bolagsrättsliga kunskaper samt full insikt i parternas förutsättningar och målsättningar.

Ett samriskföretag kan som tidigare nämnts bedrivas i flera olika former, exempelvis som aktiebolag eller som handelsbolag. En särskilnad kan inledningsvis göras mellan rent avtalsbaserade samriskföretag som i princip endast består av ett samarbetsavtal mellan två parter, och den form av samriskföretag som även upprättas i form av ett samägt företag. Konstruktionen av samriskföretaget kan även variera med syftet bakom upprättandet av företaget.³²⁸ I vissa stater, exempelvis USA, finns det en särskild associationslagstiftning för samriskföretag. I dessa fall uppstår inga problem angående i vilken juridisk form företaget skall drivas. I de stater där en sådan lagstiftning saknas måste emellertid parterna i varje enskilt fall välja vilken associationsrättslig form som samarbetet skall drivas i. Den lagstiftning som råder i etableringslandet kommer härvid bli en av de faktorer som avgör vilken associationsform företagen väljer.³²⁹

I många rättssystem existerar associationsrättsliga former både med och utan personligt ägaransvar. I Sverige kan ägarna upprätta ett aktiebolag utan personligt ägaransvar alternativt välja en av de bolagsformer som finns men som medför personligt ägaransvar. Motsvarande valmöjlighet finns alltså i ett flertal andra länder. Valet av associationsform är naturligtvis beroende av ett flertal faktorer, bl.a. i vilket syfte samriskföretaget upprättas och vad för verksamhet som skall bedrivas i bolaget.

Ingen av nu nämnda associationsformer är att generellt föredra framför den andra. Varje form har både för- och nackdelar och val av företagsform är starkt relaterat till den enskilda situationen. Vad företagen väljer beror på ett flertal faktorer bl.a. kontroll, flexibilitet, möjlighet att erhålla finansiering, ansvar för samriskföretagets skulder mellan företaget och dess ägare och gentemot tredje man, skattefrågor, lokala regler och förutsättningar, samt konkurrensrättslig reglering.

Till de associationsformer som har ett personligt ägaransvar hör handelsbolag, kommanditbolag, enkla bolag och motsvarande utländska associationsformer. Trots att det numera är möjligt att driva gemensamt utövad näringsverksamhet i enkelt bolag förefaller denna bolagsform vara minst attraktiv vid upprättandet av ett samriskföretag.³³⁰ Reglerna i Handelsbolagslagen (nedan kallad BL)³³¹ om enkla bolag kan emellertid

³²⁸ Svernlöv C, s. 16.

³²⁹ Svernlöv C, s. 40.

³³⁰ Det enkla bolaget är den minst formella formen av företagsstruktur och betraktas inte som en juridisk person. Rättshandlingar som skall företas av det enkla bolaget kräver om inte annat avtalats därför samtliga parter medverkan. Det enkla bolaget är således en tämligen ineffektiv form att driva samriskföretaget verksamhet i.

³³¹ Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag.

tillämpas på samriskavtalet mellan parterna i den mån detta utgör ett aktieägaravtal (även kallat konsortialavtal)³³² som regleras i svensk rätt.³³³ Ett sådant avtal anses uppfylla bolagsrekvisiten för ett enkelt bolag, dvs. det består av ett avtal om samverkan för ett gemensamt ändamål med en förpliktelse att verka för det gemensamma ändamålet, under förutsättning att det är en sluten organisation.³³⁴

Stadganden som är av stor betydelse för samriskföretag återfinns i 4 kap. 7 § och 2 kap. BL. Dessa stadganden reglerar uppsägning och hävning av enkla bolag. Konsortialavtal som är slutet på obestämd tid enligt BL 2 kap 24 § kan sägas upp med sex månaders uppsägningstid. Detta gäller emellertid inte om avtalet föreskriver annan uppsägningstid. Även avtal slutna på bestämd tid kan enligt BL 2 kap. 25 § hävas med omedelbar verkan om en bolagsman har väsentligen åsidosatt sina skyldigheter enligt bolagsavtalet, eller det finns annan viktig grund för att lösa upp bolaget. En sådan grund kan exempelvis vara en bolagsmans insolvens, eller om det av någon anledning blivit omöjligt eller mycket svårt att fullfölja avtalet. Denna senare grund kan ha föranletts av att ena bolagets tillgångar belagts med kvarstad eller har exproprierats.³³⁵ Ytterligare exempel på grund som enligt 2 kap. 25 § BL kan föranleda rätt att häva kan vara om det ena bolaget belagts med rörelseförbud.³³⁶ För att laga grund att häva avtalet skall uppstå torde det emellertid inte krävas att det blivit omöjligt att driva bolagets verksamhet. Även ekonomiska svårigheter som väsentligen försvårar driften av företaget ger förmodligen rätt att säga upp avtalet. Sådana omständigheter kan exempelvis bestå i att den tekniska utvecklingen eller andra yttre omständigheter medfört att bolagets verksamhet inte längre är vinstdrivande.³³⁷

Handelsbolag och Kommanditbolag är två i svensk rätt vanliga former av ekonomisk samverkan med obegränsat personligt ansvar. Dessa bolagsformer har flera motsvarigheter i utländska rättssystem och vad som sägs om de svenska bolagsformerna i den fortsatta framställningen kommer sålunda i många avseenden att kunna appliceras på utländska bolagsformer.³³⁸

Ett handelsbolag föreligger enligt BL 1 kap. 1 § om två eller flera har avtalat att gemensamt utöva näringsverksamhet i bolag och bolaget har registrerats i handelsregistret. Enligt 2 kap 20 § BL svarar bolagsmännen solidariskt för

³³² Ett Konsortialavtal är ett aktieägaravtal. Se Kansmark & Roos, Aktieägaravtal, 2:a uppl. Stockholm, 1994, Författarna och CE Fritzes AB. Konsortialavtal kan exempelvis anses föreligga när aktieägarna i ett bolag bildar en särskild association för att säkra ett gemensamt inflytande över aktiebolaget. Se vidare härom i Nial H, s. 33.

³³³ Svernlöv C, s. 47.

³³⁴ Jfr. Handelsbolagslagen 1 kap. 3 §.

³³⁵ Nial H, (1992), s. 268, 269.

³³⁶ Nial H, (1992), s. 268.

³³⁷ Svernlöv C, s. 48.

³³⁸ I USA förekommer general partnerships och limited partnerships som motsvarar handelsbolag respektive kommanditbolag. I Tyskland finns Offene Handelsgesellschaft och Kommanditgesellschaft. Se vidare angående detta i Svernlöv C, s. 41-42.

bolagets förpliktelser. Detta trots att handelsbolaget utgör en egen juridisk person. En specialform av handelsbolag är kommanditbolag. I ett kommanditbolag måste en eller flera svara solidariskt för bolagets skulder. Dessa personer kallas komplementärer. Övriga bolagsmän kallas kommanditdelägare och svarar endast med den insats de gjort i bolaget (1 kap. 2 § BL). Liksom handelsbolaget är kommanditbolaget en egen juridisk person och kan därmed förvärva rättigheter och ådra sig skyldigheter samt föra talan i domstol.³³⁹ Dessa former av bolag har flera fördelar jämfört med bolagsformen aktiebolag. Delägarna i handelsbolaget eller kommanditbolaget har väsentligt större möjligheter att organisera företaget på det sätt de önskar. Aktiebolagets organisation är strikt reglerad i Aktiebolagslagen³⁴⁰ vilket innebär att ägarna är långt mer begränsade i sin handlingsfrihet.³⁴¹ Handelsbolaget och kommanditbolagets flexibilitet innebär att ägarna exempelvis kan reglera delning av vinst ledningsfrågor, kontrollfrågor, rösträtt och förvaltningsrätt för att tillgodose sina och bolagets behov på bästa sätt.³⁴² Med undantag för bolagsmännens kontrollrätt i BL 2 kap 5§, som inte kan avtalas bort, är reglerna om handelsbolagsmännens inbördes rättigheter och skyldigheter helt dispositiva. Utgångspunkten är att bolagsmännen har lika rätt att förvalta bolagets interna angelägenheter. Varje bolagsman deltar i förvaltningen av bolaget om inte annat har avtalats. Varje bolagsman har dessutom möjlighet att förbjuda övriga bolagsmän från att vidta åtgärder i bolagets förvaltning. Dessutom gäller att åtgärder som är främmande för bolagets verksamhet endast får vidtas med samtliga delägars samtycke. Ett samriskföretag som drivs i form av ett handelsbolag kan således drivas med en gemensam ledning. Eftersom i princip samtliga regler är dispositiva gäller detta endast såvida parterna inte har avtalat om annat. Det dispositiva regelverket innebär även att det finns möjlighet att utforma bolagsorgan som för driften av verksamheten. Det kan således vara effektivt för driften av ett samriskföretag att tillsätta en styrelse och en verkställande direktör. Om detta görs bör parterna emellertid vara noga med att föreskrifter motsvarande de som finns i Aktiebolagslagens 8 kap skrivs in i bolagsavtalet. Detta bör göras främst för att skydda den part som är delägare i bolaget men som ändå förhåller sig passiv vad gäller driften av bolaget.³⁴³ Regler som i större eller mindre utsträckning överrensstämmer med de här redovisade gäller i flera utländska rättsordningar.³⁴⁴

En stor nackdel med ett handelsbolag är att ägarna enligt 2 kap 20 § BL har ett obegränsat solidariskt ansvar för bolagets åtaganden. Detta kan lösas genom att parterna upprättar var sitt dotteraktiebolag som blir ägare till

³³⁹ Reglerna för vad general partnerships, limited partnerships, Offene Handelsgesellschaft och Kommanditgesellschaft i USA och Tyskland anses ha behörighet att rätts-handla överrensstämmer inte till fullo med vad som gäller för de svenska motsvarigheterna.

³⁴⁰ Aktiebolagslag (1975:1385).

³⁴¹ Svernlöv C, s. 42.

³⁴² Sandström T, s. 67-68.

³⁴³ Svernlöv C, s. 45.

³⁴⁴ Svernlöv C, s. 44.

samriskföretaget.³⁴⁵ På så sätt avskärmar sig ägarna från risken som följer med att ha samriskföretaget i ett handelsbolag.

Risken med det solidariska ägaransvaret är en stor nackdel med handelsbolaget. Ytterligare en nackdel är enligt Svernlöv att risken att en domstol jämkar handelsbolagsavtalet förefaller vara större än att en domstol skulle jämka ett aktieägaravtal.³⁴⁶ Att driva samriskföretaget i form av kommanditbolag innebär större möjligheter att reglera riskfördelningen. Kommanditbolaget skall ha minst en komplementär som ansvarar för bolagets förpliktelser. Övriga delägare, kommanditdelägarna har inget personligt ansvar förutom till den del som de investerat i bolaget. Kommanditdelägarna har inte heller rätt att delta i förvaltningen av bolaget om inte parterna har avtalat om detta. Om en av parterna i ett samriskföretag redan från början har avsikten att inte vara speciellt aktiv i förvaltningen av bolaget kan parterna därför med fördel välja att driva företaget som ett kommanditbolag.³⁴⁷

En annan stor risk med att driva samriskföretaget som ett handelsbolag är att varje bolagsman kan binda bolaget i förhållande till tredje man. Detta följer av 2 kap. 17 § BL och av den allmänna intentionen i regleringen av handelsbolag att samtliga delägare medverkar i driften av bolaget. Av den dispositiva regleringen följer emellertid att denna behörighet för bolagsmännen kan avtalas bort för en eller flera av dem. Även om parterna avtalat om att endast en av dem har rätt att rättshandla för bolagets räkning med tredje man kan den andre parten binda företaget gentemot tredje man som är i god tro. Denna risk måste även ses i förening med att bolagsmännen är solidariskt ansvariga för handelsbolagets förpliktelser. I Sverige löses detta problem till viss del genom att det skrivs in i handelsregistret vilka som tecknar firman.³⁴⁸ På så sätt kan bolaget avskärma sig från att bindas vid rättshandlingar som företas av vissa bolagsmän. I rättsordningar där denna registreringsmöjlighet saknas, exempelvis USA, utgör detta ett incitament för att använda en annan bolagsform för ett samriskföretag.

En registrering av vilka som är behöriga att teckna firma skyddar emellertid inte mot befogenhetsöverskridanden av en behörig firmatecknare, 2 kap 18 § BL. I dessa fall finns emellertid en möjlighet i 2 kap. 14 § BL för övriga bolagsmän att söka ersättning från den bolagsman som har överskridit sin befogenhet.

De associationsrättsliga former i Sverige som innebär ett begränsat personligt ansvar för bolagets handlingar är det privata och det publika aktiebolaget. En liknande uppdelning finns i flera andra rättsordningar.³⁴⁹

³⁴⁵ Svernlöv C, s. 43.

³⁴⁶ Svernlöv C, s. 43.

³⁴⁷ Svernlöv C, s. 43.

³⁴⁸ 4 § Handelsregisterlag (1974:157).

³⁴⁹ Svernlöv C, s. 49.

Det privata aktiebolaget eller dess motsvarighet i andra rättsordningar är förmodligen mer lämpat än det publika för ett samriskföretag. Detta främst pga. att reglerna för privata bolag normalt är mer flexibla än reglerna för publika aktiebolag. I Sverige och i flera andra rättsordningar förhåller det sig dessutom på så sätt att aktiebolag vars aktiekapital inte överstiger en miljon omfattas av väsentligen mer flexibla regler än bolag vars aktiekapital överstiger denna summa. I dessa fall är kraven på bolagets utformning i flera avseenden inte mer krävande än för handelsbolaget. Aktieägarna har även i regel större möjlighet till direkt kontroll och insyn i privata aktiebolag. Det ligger även i det privata aktiebolagets natur att det är mer lämpat för ett mindre antal aktieägare.³⁵⁰ De främsta fördelarna med aktiebolaget som associationsform för samriskföretag är aktiebolagets begränsade personliga ansvar och att aktieägarna eller deras företrädare inte utan särskild fullmakt, firmateckningsrätt eller motsvarande kan rättshandla med tredje man för bolagets räkning.³⁵¹

Eftersom bolagsmännens identitet är av stor betydelse i ett samriskföretag är det en väsentlig nackdel att aktiebolagets aktier normalt sett är fritt överlåtbara. Detta kan i flera fall lösas med att parterna avtalar om begränsningar i överlåtbarheten.

Inom ramen för aktiebolagslagen eller motsvarande utländsk lagstiftning kan parterna fritt i samriskavtalet reglera hur de styrande organen i bolaget skall vara sammansatta. Aktiebolaget företräds gentemot tredje man enligt 8 kap 11 § Aktiebolagslagen av styrelsen. Detta innebär att en majoritet av styrelsen tecknar bolagets firma. Styrelsen kan även bemyndiga andra att företräda bolaget utåt och att teckna dess firma, om inte bolagsordningen föreskriver något annat. Om det har utsetts en verkställande direktör får denne alltid företräda bolaget i angelägenheter som rör den löpande förvaltningen av bolaget. VD är dessutom behörig att teckna firma i andra angelägenheter än löpande förvaltning om det rör sig om en brådskande åtgärd och styrelsens beslut inte kan avvaktas. De som är behöriga att teckna aktiebolagets firma registreras i aktiebolagsregistret. Den enda tillåtna inskränkning vad gäller rätten att teckna firma är emellertid föreskrift om kollektiv firmateckning.³⁵²

4.1 Associationsrättslig reglering av kontroll

För en konkurrensrättsliga bedömningen är det av avgörande betydelse om samriskföretaget kan anses stå under parternas gemensamma kontroll eller inte. Med gemensam kontroll i konkurrensrätten menas att parterna för att beslut i frågor rörande avgörande beslut angående företagens kommersiella

³⁵⁰ Svernlöv C, s. 49.

³⁵¹ Svernlöv C, s. 50.

³⁵² 8 kap 32 § ABL.

strategier måste vara överens för att ett beslut skall kunna drivas igenom.³⁵³ De bildande parterna skall samtliga ha ett bestämmande inflytande. En av parterna får alltså inte ha möjligheten att med egen kraft driva igenom ett beslut rörande avgörande beslut angående företagets kommersiella strategier, i sådana fall är det fråga om enskild kontroll och då är inte KF tillämplig.

Den mest gynnsamma regleringen för parterna är som ovan framförts att samriskföretaget omfattas av KF. Min avsikt är därför att utröna hur parterna bör utforma sitt samriskavtal för att samriskföretaget skall bedömas som en koncentration. I det fall företagen av någon anledning inte kan utforma sitt samriskföretag eller samriskavtal så att det faller under KF:s reglering bör de enligt min mening i första hand försöka utforma sitt samarbete så att det blir föremål för ett gruppundantag. Först i sista hand bör parterna söka ett individuellt undantag.

I den fortsatta framställningen kommer jag först att behandla de associationsrättsliga reglerna rörande kontroll i olika bolagsformer därefter redovisas hur samriskföretaget, med beaktande av de bolagsrättsliga reglerna, bör utformas associationsrättsligt för att falla under KF:s tillämpning.

4.1.1 Kontrollreglering i bolag med personligt ägaransvar

Om samriskföretaget står under parternas gemensamma kontroll kan företaget komma att bedömas enligt KF och om gemensam kontroll inte föreligger kommer artikel 81 EG-fördraget att tillämpas på samriskföretaget.

I denna del kommer jag att redogöra för vilka möjligheter de bildande parterna har att i ett handelsbolag eller kommanditbolag reglera kontrollen över samriskföretaget.

Ett bolag grundas på avtal mellan två eller flera rättssubjekt (bolagsmän).³⁵⁴ Allmänna regler rörande förmögenhetsrättsliga avtal blir tillämpliga på bolagsavtalets tillkomstsätt. Avtalet kan slutas helt formlöst och även genom konkludent handlande.³⁵⁵ Rörande bolagsavtalets innehåll ger BL inga närmare föreskrifter. I 1 kap 1§ uttrycks endast att handelsbolag föreligger om två eller flera har avtalat att gemensamt i bolag utöva näringsverksamhet. Ett avtal som inte innehåller utförligare regleringar kan emellertid knappast anses vara ett färdigt bolagsavtal. Avtalet måste ha

³⁵³ Härvid bör beaktas att definitionen av kontroll inom EG:s konkurrensrätt är en annan än den definition som förekommer inom svensk associationsrätt. För en utförlig diskussion om kontrollbegreppet i svensk associationsrätt se Roos C. M., Avtal och rösträtt – en aktiebolagsrättslig studie, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1969, s. 31-35.

³⁵⁴ BL 1 kap 1§. Ett aktiebolag kan emellertid bildas av ett enda rättssubjekt.

³⁵⁵ Nial H, (1992), s. 84.

någon form av precisering i vart fall till de delar som avtalet inte kompletteras av reglerna i BL. Sålunda måste exempelvis bolagets verksamhet och deltagarnas insatser anges i avtalet. Genom att näringsverksamhetens art skall anges räcker det inte med att endast ange att verksamheten skall bedriva ”industri” eller ”affärsmässig rörelse”. Verksamhetens föremål måste alltså preciseras ytterligare.³⁵⁶ Verksamhetsföremålet har inte någon betydelse för bolagsbegreppet. Ändamålet med verksamheten har emellertid stor betydelse för bolagsbegreppet. Enligt BL föreskrivs nämligen ett rekvisit om att ett mellan bolagsmännen gemensamt ändamål skall föreligga. Oftast är ändamålet av ekonomisk art. Det kan exempelvis vara att främja bolagsmännens ekonomiska intressen genom att ge möjlighet till större inköp eller gemensamma åtgärder för att reglera deras konkurrensförhållande.³⁵⁷

Huvudregeln är, som ovan konstaterats, att en ändring i bolagsavtalet kräver samtliga delägares samtycke. Detta gäller oavsett vad i avtalet som avses att ändras. Således krävs samtliga delägares samtycke för att tex. ändra bolagets verksamhet, parternas kapitalinsatser eller ändamålet med verksamheten. Denna huvudregel kan emellertid avtalas bort och när ett handelsbolag består av ett större antal delägare kan det vara praktiskt att avtala om att vissa ändringar av bolagsavtalet får ske genom exempelvis majoritetsbeslut.

Handelsbolag är primärt avsedda för bolag med ett fåtal delägare, som regelmässigt fäster stort avseende vid vilka de övriga bolagsmännen är. Den som sluter avtal med en eller flera om upprättande av ett handelsbolag måste beakta att företagets framgång är beroende av bolagsmännens skicklighet, personliga egenskaper och ekonomiska ställning. Även bolagsmännens personliga ansvar innebär att valet av samarbetspartners är mycket viktigt. Eftersom bolagsmännens individuella kvalifikationer är mycket betydelsefulla för samarbetet i bolaget måste överlåtbarheten av bolagsandelar begränsas. En bolagsman kan inte utan medbolagsmännens samtycke överlåta sitt medlemskap till utomstående. Enligt 2 kap. 2 § BL får en ny bolagsman inte inträda i bolaget utan samtliga bolagsmäns samtycke. Denna regel är emellertid enligt 2 kap. 2 § BL dispositiv och gäller endast om annat inte avtalats. I bolagsavtalet kan således bolagsmännen bemyndiga en eller flera bolagsmän att på bolagsmännens vägnar ge samtycke till nya delägare i bolaget. Det kan vara praktiskt att i större bolag med många delägare ha en styrelse som sköter dessa frågor. Bolagsmännen torde även kunna införa en klausul i bolagsavtalet att samtliga bolagsmän har rätt att fritt överlåta sitt delägarskap. Detta innebär emellertid en risk för att det kommer in olämpliga personer i bolaget och ett dylikt medgivande bör därför kombineras med någon form av skyddsbestämmelse i bolagsavtalet, tex. rätt för bolagsmännen att enligt vissa villkor inlösa den till vilken medlemskapet skulle övergå. Den som förvärvar den överlåtna delen i bolaget under de villkor som finns föreskrivna i bolagsavtalet eller efter samtliga bolagsmäns

³⁵⁶ Nial H, (1992), s. 85.

³⁵⁷ Nial H, (1992), s. 43.

samtycke förvärvar, om inte annat avtalats, samtliga överlåtarens rättigheter i bolaget.³⁵⁸

En bolagsman kan i enlighet med det nyss sagda inte ens överlåta en liten del av sitt delägarskap i bolaget. Däremot kan bolagsmannen överlåta de rättigheter som regleras i 2 kap. 21 § 1 st. BL till utomstående eller till annan delägare utan övriga delägares samtycke. Förvärvaren av dessa rättigheter har under bolagets bestånd rätt att få ut den avkastning som bolagsmannen har rätt att lyfta och vid bolagsskiftet få ut den del av behållna tillgångar som löper på bolagsmannen. Enligt 2 kap 9 § BL har en sådan delägare rätt att säga upp avtalet eller kräva bolagets upplösning men han har inte rätt att delta i bolagets drift. Detta andelsförvärv innebär inte att bolagsmannens förpliktelser gentemot bolaget reduceras eller övergår på förvärvaren av rättigheterna. Det är alltså endast bolagsmännens rättigheter enligt 2 kap. 21 § 1 st. som överförs.³⁵⁹

Om en person vill inträda i bolaget utan att förvärva annans medlemskap gäller i princip samma regler som ovan redovisas vad gäller förvärv av annans delägarskap. Med hänsyn till det förtroendeförhållande som bör föreligga mellan bolagsmännen är det klart att en ny bolagsman, oavsett om han avser att förvärva en annans medlemskap, inte kan träda in i bolaget utan övriga bolagsmäns samtycke.³⁶⁰

Handelsbolag, kommanditbolag och enskilda bolag erbjuder alltså goda möjligheter att utestänga oönskade potentiella ägare. Eftersom i princip all rättslig reglering av dessa bolagsformer är dispositiv står det även delägarna fritt att bygga upp en intern förvaltning som återspeglar önskad kontrollstruktur. Kontrollmöjligheterna är alltså mycket goda, men dessa bolagsformer innebär även nackdelar. En av de mest betydelsefulla nackdelarna är att delägarna är personligt ansvariga för bolagets förbindelser.

4.1.2 Kontrollreglering i bolag utan personligt ägaransvar

Kontrollregleringen i aktiebolag skiljer sig i flera avseenden från regleringen av kontroll i övriga bolagsformer. Aktieägarna utövar sitt inflytande på bolagsstämman. Huvudregeln är att en aktie ger en röst. Det förekommer emellertid att bolag ger ut aktier med olika rösträtt. Skillnaden vad gäller röststyrka aktierna emellan får numera vara högst 1:10.³⁶¹ Genom att fördela kapital och röster genom olika aktieslag kan ägarna fördela kapitalinsatsen men ändå kvarhålla en gemensam kontroll över bolaget. För att kontrollen skall anses vara gemensam och inte enskild måste delägarna fördela rösterna så att de viktigare besluten i bolaget kräver samtliga delägares samtycke.

³⁵⁸ Nial H, (1992), s. 220-222.

³⁵⁹ Nial H, (1992), s. 223-224.

³⁶⁰ Nial H, (1992), s. 236.

³⁶¹ ABL 3 kap. 1 §.

De beslut som tas på stämman kräver i allmänhet absolut majoritet, vilket innebär mer än hälften av de avgivna rösterna.³⁶² Detta innebär att om samriskföretaget har två delägare så krävs enhällighet till ett beslut för att det skall gå igenom. Om bolaget har fler delägare krävs en mer ingående reglering av parternas inflytande i verksamheten i bolagsordning eller genom ett aktieägaravtal.

I ett aktiebolag finns i huvudsak tre instrument för regleringen av kontrollen över bolaget, ABL, bolagsordning och konsortielavtal. Konsortielavtalen, eller aktieägaravtalen, kan vara ett effektivt instrument för att reglera frågor som inte regleras av ABL och som av olika anledningar inte bör eller kan regleras i bolagsordningen.³⁶³

Vid bildandet av aktiebolaget fastställer ägarna inom lagens ram regler rörande associationen i bolagsordningen. Ofta är reglering i bolagsordningen ett alternativ till ett aktieägaravtal och i dessa fall kan det vara lämpligare att använda bolagsordningen eftersom rättsverkningarna av denna i flera fall förefaller vara säkrare än rättsverkningarna av ett aktieägaravtal.³⁶⁴ I bolagsordningen kan införas alla slags bestämmelser under förutsättning att bestämmelserna i fråga inte står i strid med aktiebolagslagen eller annan lag eller författning.³⁶⁵ Det förekommer emellertid att en bestämmelse inte kan tas in i bolagsordningen och att parterna istället tvingas reglera den aktuella frågan i ett aktieägaravtal. Skälet till att parterna inte kan reglera den aktuella frågan i bolagsordningen kan vara att bestämmelsen inte är förenlig med ABL, att de reglerande ägarna inte uppnår tillräcklig röstmajoritet för att föra in bestämmelsen i bolagsordningen, eller att ägarna inte vill föra in regleringen i bolagsordningen eftersom denna är offentlig.³⁶⁶

Även om föreskrifter angående kontrollfrågor kan föras in i bolagsordningen måste alltså delägarna i bolagsordningen följa ABL:s föreskrifter. Det kan därför vara lämpligt att reglera sådana frågor i ett aktieägaravtal. Därigenom kan bland annat åstadkommas balans mellan aktieägare i ett 50/50-bolag eller möjliggöra för minoriteten i ett bolag med många ägare att få insyn och inflytande. En begränsning är emellertid att ägarna inte kan avtala bort ABL:s organisationsplan. Även om aktieägarna reglerat en del organisatoriska frågor i aktieägaravtalet, så träffas fortfarande de formella besluten i bolaget genom röstning på bolagsstämma och i styrelse. Syftet med aktieägaravtalet är därför att binda aktieägarna att utöva sin rösträtt i enlighet med de riktlinjer aktieägaravtalet föreskriver, exempelvis i fråga om styrelsesammansättning. Detta syfte brukar även skrivas in i avtalet.³⁶⁷

³⁶² 9 kap 13 § ABL. Se vidare angående de olika reglerna för röstning på stämman i Nial H., Johansson S., svensk Associationsrätt i huvuddrag, s. 145-147.

³⁶³ Kansmark & Roos, s. 16,17.

³⁶⁴ Kansmark & Roos, s. 16-17.

³⁶⁵ Prop. 1975:103, s. 297.

³⁶⁶ Kansmark & Roos, s. 16-17.

³⁶⁷ Kansmark & Roos, s. 36.

En viktig faktor som får betydelse för vem som har kontroll över bolaget är vem som utser bolagets styrelse. Styrelsens storlek regleras i bolagsordningen och eventuella bestämmelser om styrelsen i ett aktieägaravtal får inte strida mot vad som föreskrivs i bolagsordningen. För att skapa balans mellan ägarna kan parterna emellertid i ett aktieägaravtal föreskriva hur styrelsen skall utses och hur den skall vara sammansatt. För att uppnå full balans mellan aktieägarna bör även regleras vem som skall vara styrelsens ordförande, eftersom denne har utslagsröst i styrelsen. Valet av ordförande är särskilt viktigt i ett 50/50-bolag och en bra lösning kan vara att parterna utser ordförande vart annat år. En annan lösning kan vara att föreskriva att den ena parten utser bolagets styrelseordförande medan den andra parten utser dess verkställande direktör. Genom denna fördelning kommer parternas inflytande i bolaget till viss del att balanseras. Full balans uppnås emellertid inte eftersom styrelseordföranden och den verkställande direktören har olika uppgifter, samt att styrelseordföranden står över den verkställande direktören i bolagshierarkin.³⁶⁸ Ett ytterligare alternativ är att parterna utser en oberoende styrelseordförande samt tillsätter halva styrelsen var. Om parterna väljer detta alternativ måste de emellertid beakta risken för att en sådan oberoende ordförande kommer att ställa sig till den ena partens sida.³⁶⁹

I bolag som ägs av fler än två ägare kan en eller flera ägare komma i minoritet i förhållande till de övriga ägarna. För att upprätthålla maktbalansen kan parterna föreskriva i aktieägaravtalet att vissa ägare eller ägargrupper skall vara representerade i styrelsen. I dessa bolag, där hälftenägarande inte förekommer, är frågan om ordförandeval inte lika viktig och behöver oftast inte regleras.³⁷⁰

En väl balanserad maktfördelning i styrelsen är emellertid betydelselös om det inte samtidigt sker en samordning med reglerna om beslut på bolagsstämman.³⁷¹ Härvid aktualiseras en av de mest grundläggande principerna inom aktiebolagsrätten, nämligen aktiernas fria överlåtbarhet.³⁷² Denna regel utgör ett viktigt skydd för minoriteten i aktiebolaget. Om den enskilde aktieägaren av någon anledning vill lämna bolaget, kan han enligt huvudregeln fritt överlåta sina aktier. I stora bolag med många delägare är detta problem av mindre betydelse. I samriskföretag som oftast ägs av två eller ett mindre antal delägare är emellertid denna frågan om aktiernas överlåtbarhet av stor betydelse. Genom föreskrifter i aktieägaravtal kan aktieägare i fåmansbolag försvåra överlåtelse och förvärv av aktier och förhindra att någon oönskad utomstående får inflytande i bolaget. Det är ur kontrollsynvinkel av betydelse att reglera såväl överlåtelse till utomstående

³⁶⁸ Vid regleringen av vem som utser styrelserepresentanter måste beaktas att arbetstagarna i vissa fall har rätt att utse arbetstagarrepresentant. Om parterna inte tar hänsyn till detta riskerar de att få en obalanserad maktfördelning i styrelsen.

³⁶⁹ Kansmark & Roos, s. 41-42.

³⁷⁰ Kansmark & Roos, s. 43-44.

³⁷¹ Kansmark & Roos, s. 43.

³⁷² Roos C. M., s. 34-35.

som överlåtelse till någon som redan är aktieägare i bolaget. Detta för att hindra förskjutningar av maktbalansen inom bolaget.³⁷³

För att upprätta och behålla en viss kontrollstruktur i aktiebolaget kan aktieägarna i bolagsordningen eller i ett aktieägaravtal införa regler för att förhindra överlåtelser av aktier. Härvid kan delägarna införa hembudsklausuler, förköpsklausuler, samtyckesklausuler eller förbudsklausuler för att bevara en viss kontrollstruktur i bolaget.

4.1.2.1 Hembudsklausul

Enligt ABL 3 kap 3 § kan parterna i bolagsordningen införa en bestämmelse om att aktieägare eller annan skall vara berättigad att lösa aktie som övergår till ny ägare. Hembudsskyldigheten åvilad den som aktien har övergått till. Aktien måste således övergå till en förvärvare innan lösningsrätten aktiveras. Vid frivilliga överlåtelser innebär detta en onödig kostnad och arbetssam omväg för att åstadkomma det utlösande avtalet. Detta leder dessutom till onödiga rättegångar i de tvister som ofta uppstår mellan förvärvaren och de lösningsberättigade, eller mellan överlåtare och förvärvare.³⁷⁴

Klausulen kan utformas så att de som redan är aktieägare blir berättigade att köpa aktie som överläts till någon som inte tidigare varit aktieägare. Klausulen kan även utformas så att även den som vid överlåtelsetillfället redan är aktieägare blir skyldig att hembjuda aktier som övergått till honom. Lösningsrätten kan i princip göras tillämplig på alla former av transaktioner och parterna har därmed stor frihet vid avgörandet av vid vilka övergångssituationer som de vill att hembudsklausulen skall gälla.³⁷⁵ Såväl aktieägare i bolaget som helt utomstående kan vara lösningsberättigade. I klausulen skall anges vilka som är lösningsberättigade och i vilken hirarkisk ordning de har rätt att lösa aktierna. Stadgas inte annat måste lösningsrätten utövas beträffande samtliga hembjudna aktier.³⁷⁶

Hembudsklausul är den enda form av överlåtelsebegränsning för aktieägare som kan införas i bolagsordningen enligt svensk rätt. För andra former av begränsningar i överlåtbarheten får aktieägaravtalet användas.³⁷⁷

4.1.2.2 Förköpsklausul

Förköpsklausuler kan i enlighet med det nyss nämnda inte införas i bolagsordningen. Härvid är ägarna hänvisade till att införa bestämmelsen i

³⁷³ Kansmark & Roos, s. 64-65.

³⁷⁴ Sandström J, s. 79.

³⁷⁵ Sandström J, s. 78.

³⁷⁶ Kansmark & Roos, s. 65-66.

³⁷⁷ Kansmark & Roos, s. 67.

ett aktieägaravtal.³⁷⁸ Rätt till förköp till aktie innebär, att övergång av aktie till ny ägare inte får förekomma förrän aktierna hembjudits till inlösen hos de personer som i klausulen utpekats som förköpsberättigade. De som är berättigade till förköp har därefter viss tid på sig för att utnyttja förköpsrätten.³⁷⁹ Liksom vid hembudsklausuler måste ägarna vid införande av en förköpsklausul precisera vilka former av förfoganden över aktier som skall omfattas av förköpsklausulen. Vidare bör kretsen av förköpsberättigade preciseras i klausulen. Om det i klausulen skall anges flera förköpsberättigade bör ordningen i vilken de olika personerna skall erhålla förköpsrätt anges.³⁸⁰

Om förköpsrätten inte utnyttjas inom den i aktieägaravtalet bestämda tidsperioden är den hembjudande aktieägaren fri att disponera över aktierna. Det kan emellertid införas en regel om att förköpsrätten återupplivas om aktieägaren inte utnyttjar sin möjlighet att fritt förfoga över aktierna inom en viss tid.³⁸¹

Förköpsklausulen hindrar liksom hembudsklausulen alltså att aktierna övergår till en ny ägare. Om en aktieägare önskar lämna bolaget blir det alltså en helt intern uppgörelse inom ägarkretsen. En förköpsklausul är dessutom utformad så att den överlåtande aktieägaren förblir aktieägare ända till dess inlösen sker. Någon övergång av aktien till en förvärvare behöver således ske för att aktivera förköpsrätten. Den passivisering av rösträtten som är fallet vid en hembudsklausul, där aktien måste övergå till en förvärvare innan hembudsklausulen aktiveras, undviks alltså med ett förköpsförbehåll.³⁸² En nackdel med förköpsklausulen är emellertid att om det visar sig att förköpsrätten inte kommer att utnyttjas kommer aktieägaren åtminstone för en viss tid fritt disponera över sina aktier. Resterande aktieägare riskerar under denna tid att få någon oönskad som medaktieägare. För att undvika denna situation kan aktieägarna tillse att alltid ha tillräckliga medel för att förköpsrätten skall kunna utnyttjas.³⁸³

4.1.2.3 Samtyckesklausul

En samtyckesklausul innebär att överlåtelse av aktier kräver bolagets eller övriga aktieägares samtycke. Det är den överlåtande aktieägaren som skall göra framställning om samtycke hos övriga aktieägare.³⁸⁴ Om samtycke inte erhålles kommer aktieägaren inte att kunna överlåta sina aktier. Detta är alltså en mycket långtgående begränsning och kan inte intas i bolagsordningen.³⁸⁵ Liksom i de två tidigare behandlade formerna av

³⁷⁸ Sandström J, s. 81.

³⁷⁹ Kansmark & Roos, s. 67.

³⁸⁰ Kansmark & Roos, s. 68-70.

³⁸¹ Kansmark & Roos, s. 71-72.

³⁸² Kansmark & Roos, s. 77.

³⁸³ Kansmark & Roos, s. 77-78; Sandström J, s. 84.

³⁸⁴ Kansmark & Roos, s. 79.

³⁸⁵ Sandström J, s. 85.

disponeringsbegränsningar måste även vid utformningen av samtyckesklausuler först bestämmas vilka transaktioner som skall omfattas av klausulen. Detta innebär även att avtalsparterna måste komma överens om vilka personer som skall omfattas av regleringen. Dessutom måste ägarna precisera vilka personer som skall avgöra huruvida transaktionen skall tillåtas eller inte.³⁸⁶

Utformningen av klausulen är tämligen fri. Det kan föreskrivas att såväl överlåtelse till utomstående som överlåtelse till befintlig aktieägare kräver samtliga eller vissa utvalda ägares samtycke. Klausulen kan även begränsas till viss ägare eller överlåtelse till viss potentiell förvärvare.³⁸⁷ Med beaktande av den allmänna saklighetsprincipen i civilrätten som väl yttrycks i 36§ Avtalslagen bör det inskrivas i klausulen att det krävs sakliga skäl för att vägra samtycke. Detta innebär att dessa klausuler ofta anses vara avtalsrättsligt osäkra. Sakliga skäl i detta sammanhang torde vara samtliga intressen hänförliga till bolagets verksamhet och som inte enbart är av personlig eller privatekonomisk art.³⁸⁸

En samtyckesklausul ger alltså aktieägarna tämligen stora möjligheter att förhindra transaktioner som inte överrensstämmer med deras intressen. Denna form av disponeringsbegränsning innebär även att ägarna kan förhindra en oönskad transaktion utan att behöva finansiera aktieinlösen. En nackdel är emellertid att det föreligger risk för att de som utsetts att avgöra om transaktionen skall tillåtas eller inte riskerar att missbruka sin position. Detta kan resultera i att en aktieägare tvingas sälja sina aktier till ett mycket oförmånligt pris. Ägarna bör därför se till att det finns andra möjligheter att lämna bolaget, exempelvis genom en hembudsklausul.³⁸⁹

4.1.2.4 Förbudsklausul

Slutligen kan aktieägarna även använda sig av en förbudsklausul som begränsningsförbehåll. En sådan klausul innebär att övergång av aktie till ny ägare förbjuds. Den innebär därför en mycket kännbar inskränkning i aktieägarens rätt att förfoga över sina aktier. En förbudsklausul får inte infogas i bolagsordningen.

Även vad gäller denna form av klausuler gäller det för aktieägarna att precisera vilka transaktioner som skall vara förbjudna samt vilka personer som förbudet skall rikta sig mot. I förbudets natur ligger vidare att det endast kan rikta sig mot frivilliga transaktioner. Aktieinlösen vid ofrivilliga transaktioner, exempelvis familjerelaterade, får lämpligen säkras genom en förköpsklausul.³⁹⁰

³⁸⁶ Sandström J, s. 86; Kansmark & Roos, s. 78.

³⁸⁷ Kansmark & Roos, s. 78-79.

³⁸⁸ Kansmark & Roos, s. 79.

³⁸⁹ Kansmark & Roos, s. 81.

³⁹⁰ Kansmark & Roos, s. 82.

Genom en förbudsklausul erhåller aktieägarna en fullständig kontroll över bolaget utan att behöva finansiera aktieinlösen. En nackdel är emellertid att aktieägarna blir mycket hårt bundna med en sådan klausul. Eftersom klausulen innebär en mycket långtgående inskränkning i huvudregeln om aktiers fria överlåtbarhet föreligger även en risk för jämkning enligt 36§ avtalslagen.³⁹¹

4.1.2.5 Avslutande anmärkning

Genom att reglera styrelsens sammansättning, ägarnas röstmöjligheter och disponeringsmöjligheter finns således mycket goda möjligheter att reglera kontrollen över aktiebolaget. En stor fördel med aktiebolaget jämfört med tidigare behandlade bolagsformer är, som tidigare berörts, det begränsade personliga ansvaret. Nackdelar är den stränga regleringen av bolagets organisatoriska struktur och huvudregeln om aktiers fria överlåtbarhet. Dessa hinder för kontrollreglering kan emellertid, som ovan behandlats, ofta lösas genom reglering i bolagsordning eller i aktieägaravtal.

4.1.3 Gemensam kontroll

Kontroll definieras som möjligheten att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag genom rättigheter, avtal eller på annat sätt.³⁹² Gemensam kontroll är, som tidigare nämnts, enligt kommissionen delad kontroll där varje part har ett bestämmande inflytande. Med detta menas att parterna skall ha möjlighet att blockera beslut angående företagets kommersiella strategier. Huruvida samtliga delägare är med i besluten angående den löpande förvaltningen är emellertid inte av lika stor betydelse.

Vid utformningen av samriskföretaget är en av de ur konkurrensrättslig synvinkel viktigaste frågorna hur bolagsstrukturen skall utformas för att samriskföretaget skall anses stå under gemensam kontroll. Av den här företagna utredningen har jag kunnat utröna fyra faktorer av speciellt stor betydelse vid avgörande av huruvida samriskföretaget står under gemensam kontroll. De olika faktorerna är: vetorätt, reglering av låsningssituationer, reglering av bolagets ledning och reglering av andelsöverlåtelse. Nedan kommer jag att behandla hur samriskföretaget enligt svensk rätt skall utformas med beaktande av dessa faktorer.

³⁹¹ Kansmark & Roos, s. 82

³⁹² Artikel 3.3 KF.

4.1.3.1 Lika rösträtt genom vetorätt

Samriskföretag som ägs till hälften av en part och till hälften av en annan står under parternas gemensamma kontroll. Under förutsättning att beslut i viktigare frågor kräver samtycke av mer än 50 % av bolagets ägare och under förutsättning att kontrollen inte är reglerad på annat sätt har båda parter vid en sådan ägarstruktur möjlighet att blockera beslut rörande strategiska kommersiella frågor. Detta innebär att parterna under sådana ägarförhållanden har gemensam kontroll över samriskföretaget.

Gemensam kontroll kan även föreligga när parterna har olika stora andelar i bolaget men parterna har reglerat detta med någon form av vetorätt i frågor rörande företagets kommersiella strategier. Vetorätten kan avse frågor rörande budget, affärsplan, stora investeringar eller utnämning av ledning. Samtliga dessa vetorätter innebär att gemensam kontroll anses föreligga. För att gemensam kontroll skall anses föreligga krävs inte heller att parterna har alla de typer av vetorätt som tidigare nämnts. Det kan vara tillräckligt med några eller till och med en av de ovan nämnda rättigheterna.³⁹³ Bedömningen av om gemensam kontroll föreligger eller inte kommer att göras med en samlad bedömning.³⁹⁴

I samriskföretag med fler än två ägare förefaller det inte vara tillräckligt att minoritetsägarna kommer överens om att ha lika stora röstmöjligheter och lika stor bestämmanderätt. Risken för att allianser mellan de olika minoritetsägarna uppstår anses vara för stor.³⁹⁵ I dessa fall framstår en föreskrift om att beslut skall ske med enhällighet vara det enda sättet för parterna att uppnå gemensam kontroll.

Vetorätten måste omfatta mer än det skydd som normalt sett beviljas minoritetsaktieägare för att skydda deras ekonomiska intressen såsom investeringar i det gemensamma företaget. Det normala skyddet för minoritetsägare är beslut om det gemensamma företagets existens, ändring av bolagsordning, likvidation etc.³⁹⁶

Dessa frågor kan utan större problem regleras i samtliga svenska bolagsformer. I handelsbolag, enkla bolag och kommanditbolag för parterna in en regel om att samtliga beslut skall genomföras med enhällighet i bolagsavtalet. Eftersom BL i huvudsak är dispositiv kan dessa regleringar genomföras genom vanlig avtalsreglering utan några speciella beaktanden. Annorlunda förhåller det sig med aktiebolaget. Även inom ramen för ett aktiebolag går det att reglera parternas rösträtt. Eftersom ABL till stora delar är tvingande tillstöter emellertid vissa problem vid denna reglering i aktiebolaget. Parterna måste, som tidigare beskrivits, skriva ett aktieägaravtal där de kommer överens om att förpliktiga varandra att

³⁹³ EGT [1998] C 66/5, para. 23.

³⁹⁴ EGT [1998] C 66/5, para. 29.

³⁹⁵ EGT [1998] C 66/5, para. 35.

³⁹⁶ Se vidare Nial H, (1998), s. 188-193.

enhålliga beslut krävs för att genomdriva vissa frågor i aktiebolaget. Även om aktieägarna har reglerat vissa frågor i aktieägaravtal så träffas nämligen fortfarande de formella besluten, i enlighet med ABL, på bolagsstämman och i styrelsen. Parterna måste därför, i aktieägaravtalet, föreskriva att de förbinder sig att, på stämman eller i styrelsen, rösta i enlighet med aktieägaravtalet.

Handelsbolag kommanditbolag och enkla bolag erbjuder således en mindre omständlig lösning. Aktiebolagets fördel är emellertid det begränsade ägaransvaret i dessa fall.

De tre bolagsformerna med personligt ägaransvar kan emellertid även de medföra problem vad gäller den gemensamma kontrollen genom vetorätt. Bolagsmännen i dessa bolag kan nämligen under vissa villkor säga upp bolagsavtalet eller häva detsamma. Om detta sker kommer självklart den gemensamma kontrollen att omintetgöras. Denna fråga, om uppsägning av bolagsavtalet, behandlas senare i detta kapitel.

4.1.3.2 Dead-lock-process

Om parterna beslutar att införa en sådan vetorätt som ovan beskrivits förefaller det tämligen naturligt att det i vissa fall uppkommer oenigheter som inte kan lösas eftersom ingen part har utslagsröst, det uppstår en sk dead-lock.

För att lösa en sådan situation krävs en mer avancerad form av beslutsprocess. I ett tidigare behandlat mål från förstainstansrätten skulle frågor av betydelse underställas stämman. Om stämman inte kunde enas skulle parterna under 15 dagar försöka komma överens. Först därefter skulle beslutet avgöras genom röstning med enkel majoritet. Eftersom en av ägarna innehade 51% av rösterna fick denne därmed beslutanderätt.³⁹⁷ Trots detta ansåg rätten att parterna hade gemensam kontroll över samriskföretaget. Huvudregeln är att gemensam kontroll inte kan föreligga om någon part har utslagsröst.³⁹⁸ Gemensam kontroll kunde emellertid enligt domstolen ändå anses föreligga om utslagsrösten endast kunde användas efter flera faser av förlikning och medlingsförsök.³⁹⁹

I ett annat fall gick parterna ännu längre och föreskrev att om parterna inte kunde komma överens skulle bolaget likvideras.⁴⁰⁰

Inte heller dessa situationer är svåra att lösa inom ramen för någon av de svenska associationsformerna.⁴⁰¹ Liksom regleringen av vetorätten förefaller

³⁹⁷ T-221/95.

³⁹⁸ EGT [1998] C 66/5, para. 37.

³⁹⁹ T-221/95; Ärende IV/M.425 - *British Telecom/Banco Santander* av den 28 mars 1994.

⁴⁰⁰ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000.

det vara enklare att reglera dead-lock situationen direkt i bolagsavtalet än att som i aktiebolaget förutom bolagsordning skriva ett aktieägaravtal för att kunna föra in en dead-lock bestämmelse. Skillnaden förefaller emellertid vara marginell. Aktiebolaget har dessutom den fördelen att delägarna inte riskerar personligt ansvar.

4.1.3.3 Ledningsstruktur

Det avgörande för om gemensam kontroll skall anses föreligga är enligt tidigare företagen praxisanalys om parterna gemensamt måste fatta affärsmässigt viktiga beslut.⁴⁰² Så länge detta kriterium är uppfyllt förefaller kommissionen och förstainstansrätten lägga mindre vikt vid hur de ledande organen, styrelse kommittéer mm, är utformade. För att parterna skall vara tvingade att fatta gemensamma beslut i affärsmässigt viktiga frågor krävs det emellertid att parterna bygger upp en kontrollstruktur i bolaget. Denna struktur kan vara mer eller mindre komplicerad och kan utformas i samtliga i Sverige förekommande bolagsformer. Handelsbolag, enkla bolag och kommanditbolag ger delägarna fria händer vad gäller att utforma kontrollstrukturen i bolaget. I ett tidigare behandlat fall inrättades en kommitté med ledamöter från respektive part.⁴⁰³ Denna skulle fatta beslut i viktigare affärsmässiga frågor och i vissa beslut skulle den fatta beslut med enhällighet. I detta fall ansågs samriskföretaget stå under parternas gemensamma kontroll. Det finns naturligtvis oändligt många sätt att utforma ledningsstrukturen på. Generellt sett kan emellertid sägas att ledningsstrukturen måste ha en sådan utformning att samtliga affärsmässigt strategiska beslut måste fattas av parterna gemensamt. För detta krävs endast att exempelvis styrelsen tillser att parternas viljor får genomslag eller att sådana frågor hänskjuts till delägarnas avgörande på stämman.

Att en av de bildande parterna har hand om i princip all den löpande förvaltningen saknar, i enlighet med det nu beskrivna, betydelse. Den passive parten måste emellertid alltid ha möjligheten att gå in och utöva ett bestämmande inflytande.⁴⁰⁴

I bolagsavtalet kan parterna, som tidigare beskrivits, reglera bolagsstrukturen fritt. Parterna i det enkla bolaget kan fritt ta den bolagsstruktur som anförs i ABL, men bör i sådana fall beaktas de regler som framförs i kapitel 8 i ABL. Att reglera ledningsstrukturen i ett aktiebolag är något mer komplicerat. Aktieägaravtalet får inte strida mot bolagsordningen. I

⁴⁰¹ Härvid vill jag klargöra att de avtal som krävs för att lösa dessa problem vid bolagsformen aktiebolag inte sluts inom ramen för ABL utan står vid sidan av denna lag. Avtalen är emellertid så som de beskrivits ovan fullt förenliga med gällande lagstiftning och innebär således inte att parterna bryter mot föreskrifter i ABL.

⁴⁰² C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000; OJ L 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, Case No IV/M.970 – *TKS/ITW Signode/Titan*, 06.05.1998.

⁴⁰³ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000.

⁴⁰⁴ EGT [1998] C 66/5, para. 23.

bolagsordningen skall det föreskrivas hur många som skall sitta i styrelsen. Detta hindrar emellertid inte att parterna föreskriver hur sammansättningen av bolagets ledning skall vara utformad.

Ett problem som tillstöter vid handelsbolag, enkelt bolag eller kommanditbolag är att samtliga bolagsmän i dessa associationsformer kan binda bolaget gentemot tredje man. För aktiebolagets del skall behörig firma tecknare registreras i aktiebolagsregistret. Den enda inskränkningen som kan göras i den i ABL stadgade firmateckningsrätten är emellertid kollektiv firmateckning.

Även vad det gäller regleringen av ledningsstrukturen förefaller alltså samtliga associationsformer i svensk rätt kunna utnyttjas med gott resultat. Aktiebolagets rättsligt reglerade form innebär emellertid att det krävs en ytterligare ansträngning av parterna för att använda denna bolagsform. I gengäld erhåller parterna ett begränsat personligt ansvar om aktiebolagsformen används.

4.1.3.4 Överlåtelse av andelar

För att en gemensam kontrollstruktur skall kunna upprätthållas i bolaget krävs att delägarna inte avyttrar sina andelar. BL är i dessa avseenden dispositiv och delägarna kan i princip fritt sluta bolagsavtal antingen för att stärka skyddet mot överlåtelser och inträdande i bolaget eller för att uppluckra detta skydd. Enligt 2 kap 2§ BL får en ny bolagsman inte inträda i bolaget utan samtliga bolagsmännens samtycke. Denna regel är dispositiv och bolagsmännen kan skriva in i ett bolagsavtal att exempelvis en eller flera skall avgöra vilka som skall ges tillträde till bolaget. Detta kan vara praktiskt i större bolag. Bolagsmännen kan alltså som huvudregel inte överlåta någon del av sitt ägande i bolaget utan samtliga delägares samtycke. Vissa rättigheter kan emellertid överlåtas enligt 2 kap 21 § 1 stycket BL men i dessa inkluderas inte rätt att styra över bolagets affärer och drift.

I aktiebolaget är huvudregel den motsatta, aktierna är fritt överlåtbara. I samriskföretag är en reglering som motverkar den fria överlåtbarheten avgörande för att behålla den gemensamma kontrollen. Den fria överlåtbarheten kan begränsas genom ett aktieägaravtal. För att upprätthålla kontrollstrukturen i bolaget kan parterna i aktieägaravtalet införa hembudsklausuler, förköpsklausuler, samtyckesklausuler eller förbudsklausuler. Vissa av dessa lösningar är emellertid kapitalkrävande eftersom övriga delägare tvingas lösa ut den som vill avyttra sina aktier.

Trots att bolagsformernas huvudregler i denna fråga är de rakt motsatta, nämligen fri överlåtbarhet respektive överlåtelseförbud, kan samtliga associationsformer ändå användas oh med likvärdiga resultat.

4.2 Associationsrättslig reglering av självständig funktion och varaktig verksamhet

För att samriskföretaget skall anses vara varaktigt självständigt fungerande skall parterna tillse att samriskföretaget har tillräckliga ekonomiska och personella resurser. Detta innebär att samriskföretaget skall ha en egen ledning, egen personal samt de ekonomiska och andra resurser som krävs för att självständigt fungera på den ifrågavarande marknaden. Vad gäller personal krävs det av de bildande parterna att de kommer överens om att samriskföretaget skall ha egen personal av tillräcklig storlek. Detta blir en avtalsreglering i samriskavtalet och dylika klausuler angående antalet anställda faller inte under någon annan rättslig reglering än allmän kommersiell avtalsrätt. För att samriskföretaget skall kunna ha en erforderlig personalstab krävs emellertid att parterna tillfört företaget tillräckliga ekonomiska resurser. Denna del av personalproblematiken måste beaktas utifrån bolagsrättslig lagstiftning angående bolagets finansiering och ägarnas kapitaltillskott.

Det kapital och andra resurser som en association använder i sin verksamhet kan vara eget eller främmande kapital. Vanligen existerar båda dessa former. Det egna kapitalet bildas genom insatser vid associationens tillkomst eller senare. Med insats avses kapital eller annan egendom som tillförs associationen för att ingå i associationens egna kapital och således tillförs medlen inte som lån. Under verksamhetens drift kan det egna kapitalet öka genom vinster och minska genom förluster.⁴⁰⁵

4.2.1 Självständig funktion i bolag med personligt ansvar

För enkla bolag, handelsbolag och kommanditbolag ställer lagen inga krav på insatser av viss storlek. Det ankommer på parterna att i bolagsavtalet komma överens om vilka insatser som skall göras och hur de skall inbetalas. Insatserna kan därefter ökas genom överenskommelse mellan delägarna.⁴⁰⁶

Till skillnad mot aktiebolaget kräver inte BL att bolaget tillförs delägarnas egna tillgångar eller kapital. Det enkla bolaget kan i svensk rätt inte äga några tillgångar. Delägarna kan alltså helt fritt bygga upp kapital-strukturen i bolaget.⁴⁰⁷ De kapitaltillskott som delägarna gör kallas insatser. Med insatser menas de förmögenhetsobjekt som en person inskjuter eller utfäster sig att inskjuta i ett handelsbolag för att därigenom bli bolagsman och erhålla därtill hörande rättigheter i bolaget. Förmögenhetsobjektet kan bestå i pengar, värdepapper, varor, immateriella rättigheter etc. Även nyttjanderätter och arbetsprestationer kan förekomma som insatser. Om ett till bolaget tillfört förmögenhetsobjekt skall betraktas som en insats eller

⁴⁰⁵ Nial H, (1998), s. 216.

⁴⁰⁶ Nial H, (1998), s. 216.

⁴⁰⁷ Sandström T, s. 67.

inte är uteslutande beroende av avtalet mellan bolagsmännen. I regel framgår detta klart av bolagsavtalet. Överrensommelse om insatser kan bara träffas av samtliga bolagsmän.⁴⁰⁸

I den mån associationen inte genom insatser eller besparade vinster kan få erforderliga eller önskade medel återstår möjligheten att anskaffa främmande kapital genom krediter i olika former.

Finansiering genom eget kapital har en del fördelar jämfört med finansiering genom lån. En stark skuldsättning innebär en belastning för företaget eftersom räntor på skulderna måste betalas oavsett om rörelsen går med vinst eller inte. En hög skuldsättning innebär även att företaget blir mycket beroende av sina kreditägare. Företaget riskerar därmed företagsekonomiska nackdelar genom att kreditgivarna utnyttjar sitt inflytande i bolaget för att påverka dess verksamhet. Det skall emellertid framhållas att stora kreditgivare även innebär att företaget får rådgivning i och stöd i olika former.⁴⁰⁹

Lån kan tas upp i form av vanliga krediter hos bank eller andra kreditinstitut eller långgivare av annat slag. För långfristig finansiering förekommer lån mot obligationer. Obligationer är skuldebrev som utges i större antal såsom delar av ett skuldbelopp (obligationslån). En variant av obligationer är förlagsbevis. Dessa ger i allmänhet fordringsrätt jämte ränta.⁴¹⁰

För att ett handelsbolag skall kunna anses vara självständig fungerande krävs förutom tillräckliga ekonomiska och personella resurser, enligt vad som ovan redovisats, även att företaget har en egen ledning. Enligt BL sköts förvaltningen i enkla bolag och i handelsbolag direkt av bolagsmännen. Det finns ingen lagstiftning om några särskilda beslutande eller verkställande organ.⁴¹¹

För enkla bolag är lagens huvudregel att samtliga bolagsmäns samtycke krävs för att vidta förvaltningsåtgärd. För handelsbolag är BL:s huvudregel den motsatta, individuell förvaltning. Varje bolagsman kan, såvida det inte avtalats att befogenheten skall utövas av en eller flera samfällt, på egen hand vidta förvaltningsåtgärd. För kommanditbolag gäller att samtliga bolagsmän, dock in dubio inte kommanditdelägare, har rätt att självständigt vidta förvaltningsåtgärd.

Den individuella förvaltningsrätten i handelsbolag och kommanditbolag är emellertid inte obegränsad. BL ger varje bolagsman, som inte genom avtal är skild från förvaltningsbefogenhet, rätt att förbjuda annan bolagsman att vidta åtgärd. Denna vetorätt riskerar ofta att förlama verksamheten och bolagsmännen kan därför eliminera vetorätten genom att i bolagsavtalet

⁴⁰⁸ Nial H, (1992), s. 144-145.

⁴⁰⁹ Nial H, (1992), s. 219-220.

⁴¹⁰ Nial H, (1992), s. 220-221.

⁴¹¹ Nial H, (1998), s. 109.

reglera att vissa bolag inte skall ha förvaltningsrätt eller i vart fall inte vetorätt.⁴¹²

I enkla bolag, handelsbolag och kommanditbolag har bolagsmännen rätt att fritt avtala om förvaltningen av bolaget. Genom ett bolagsavtal kan exempelvis en styrelse inrättas, med de befogenheter som anges i avtalet. Vidare kan en verkställande direktör tillsättas och inget hindrar att det bolaget ges en struktur liknande aktiebolagets. Bolagets utformning regleras i bolagsavtalet.⁴¹³

Liksom vid regleringen av kontrollen i dessa bolagsformer står det ägarna tämligen fritt att reglera strukturen i bolaget. Den fria rättsliga utformningen av kapitaltillskott och ledningsfrågor innebär emellertid att parterna måste reglera dessa frågor i bolagsavtalet för att uppnå en struktur som innebär att bolaget kan kvalificeras som självständigt fungerande i en konkurrensrättslig mening.

4.2.2 Varaktig verksamhet i bolag med personligt ansvar

Att kontrollen i bolaget är beständig är som ovan redovisats av stor betydelse för om samriskföretaget skall anses vara en koncentration enligt KF eller om det skall bedömas enligt artikel 81 EG-fördraget. Parternas möjligheter att reglera kontrollfrågan har ovan behandlats. I denna del avser jag att behandla frågan hur parterna skall få den gemensamma kontrollregleringen att kvarstå under så lång tid att samriskföretaget kan anses vara varaktigt självständigt fungerande.

Vad gäller förändringar i delägarkretsen gäller i princip samma regler för enkla bolag som för handelsbolag.⁴¹⁴ Utgångspunkten är att en ny bolagsman inte får träda in i bolaget utan samtliga befintliga bolagsmäns samtycke.⁴¹⁵

Ett handelsbolag kan upprättas tills vidare eller för viss tid. Om bolaget är upprättat på obestämd tid finns en indispositiv rätt för parterna att säga upp avtalet vid vilken tidpunkt som helst. För avtal på obestämd tid gäller en uppsägningstid om sex månader om parterna inte har avtalat om annat.⁴¹⁶ Någon grund för uppsägning behöver inte anföras.⁴¹⁷ Om avtalet däremot är slutet för bestämd tid kan avtalet endast sägas upp genom extra ordinär uppsägning enligt 2 kap. 25 § BL. En förutsättning för att en uppsägning enligt detta stadgande skall kunna ske är att en bolagsman väsentligen

⁴¹² Nial H., (1998), s. 109-110.

⁴¹³ Nial H., (1998), s. 110.

⁴¹⁴ Sandström T, s. 89.

⁴¹⁵ 2 kap. 2 §, 4 kap. 2 § BL.

⁴¹⁶ 2 kap 24 § BL.

⁴¹⁷ Sandström T, s. 57.

åsidossatt sina förpliktelse enligt bolagsavtalet eller att det annars finns viktig grund för att bolaget skall upplösas. För att regeln i 2 kap 25 § BL skall kunna tillämpas måste vidare det inträffade väsentligen ha rubbat förutsättningarna för bolagets bestånd.⁴¹⁸

Den personliga bindningen till bolaget innebär även att delägaren måste utstå vissa begränsningar i sin rätt att lämna bolaget. Rätt till utträde måste som huvudregel grundas på bolagsavtalet eller övriga delägares samtycke. Om bolagsavtalet är slutet på obestämd tid är det emellertid inget som hindrar delägaren från att utträda vid önskad tidpunkt.⁴¹⁹

För att samriskföretaget skall anses som varaktigt självständigt fungerande bör avtalet således slutas på bestämd tid. För att samriskföretaget skall anses falla under KF:s tillämpning vid den konkurrensrättsliga bedömningen bör avtalstiden i bolagsavtalet fastställas till minst 5 år.

4.2.3 Självständig funktion i bolag utan personligt ansvar

I den tidigare framställningen gällande bolag med personligt ansvar har jag behandlat att det är av stor vikt för den konkurrensrättsliga bedömningen av samriskföretaget huruvida parterna har tillfört samriskföretaget tillräckliga resurser för att samriskföretaget varaktigt och självständigt skall kunna fungera på den ifrågavarande marknaden. I denna del kommer jag att redogöra för parternas möjligheter att i bolagsformen aktiebolag tillföra samriskföretaget de resurser som krävs.

För att samriskföretaget skall anses ha en självständig funktion krävs att bolaget har tillräckliga ekonomiska och personella resurser, innefattande egen personal, egen ledning samt tillräckliga övriga resurser för att driva samriskföretaget självständigt. De frågor som behandlas närmare i det följande är liksom vid behandlingen av handelsbolaget kapitaltillskottsreglering, samt frågor rörande bolagets förvaltning och kravet på att samriskföretaget skall ha en egen ledning.

I samband med bolagets bildande skall alltså bolagets aktiekapital fastställas. De ovan anförda beloppen är endast minimibelopp och aktiekapitalet kan mycket väl fastställas till ett högre belopp. I förslaget till bolagsordning skall stiftarna ange storleken på bolagets aktiekapital.⁴²⁰ Det belopp som fastställs för aktiekapitalet måste därefter tillskjutas bolaget. Det kan även beslutas att tillskottskapitalet skall vara större än aktiekapitalet.⁴²¹ På den konstituerande stämman skall det konstateras att aktiekapitalet är fulltecknat, innan beslut om bolagets bildande kan fattas.⁴²²

⁴¹⁸ Sandström T, s. 58.

⁴¹⁹ Sandström T, s. 55.

⁴²⁰ ABL 2 kap. 4 § 4.

⁴²¹ Rodhe, K, & Skog R, s. 35.

⁴²² ABL 2 kap. 8 § 1 st.

Tillskottskapitalet skall normalt betalas i pengar.⁴²³ Lagstiftaren har infört regler för att säkerställa att kapitalet verkligen tillförs bolaget. Tillskottskapital som betalas i pengar måste inbetalas på räkning, som stiftarna öppnat för sådant ändamål hos ett svenskt bankinstitut.⁴²⁴ Tillskottskapitalet kan emellertid även inbetalas som apportegendom, och alltså inte i pengar. Genom att tillföra bolaget exempelvis fastigheter, patent eller andra tillgångar kan en part således anses ha tillfört sin del av tillskottskapitalet. Även vad gäller apportegendom har lagstiftare ingripit för att säkerställa att kapitalet verkligen tillförs bolaget. Till skillnad från tillskott i pengar uppkommer ytterligare ett problem vid tillskott i form av apportegendom, nämligen värderingen av den egendom som apporteras. De regler som införts för att förhindra att övriga aktieägare och borgenärer blir lurade genom att aktiebolaget tillförs en felvärderad egendom är främst regler som innebär att aktietecknare och fordringsägare skall få en fullständig uppfattning om apportegendomens värde, för att om värdet förefaller dem otillfredsställande, kunna avstå från att teckna aktier respektive att ge bolaget kredit. I stiftelseurkunden skall anges om aktie skall kunna tecknas med rätt eller plikt att mot aktien tillskjuta annan egendom än pengar.⁴²⁵ Stiftelseurkunden skall även innehålla en redogörelse för de omständigheter som kan vara av vikt vid värdering av apportegendomen. Särskilt skall anges aktietecknarens namn och hemvist samt det värde, till vilket egendomen beräknas komma att tas upp i balansräkningen.⁴²⁶

Aktiekapitalet i lagens mening har till uppgift att av hänsyn till fordringsägarna och andra intressenter skydda bolagets soliditet. Mot bakgrund av aktiekapitalets väsentliga betydelse är det naturligt att aktiekapitalets storlek står i proportion till bolagsverksamhetens omfattning och karaktär. Om bolaget expanderar är det därför även naturligt att aktiekapitalet höjs. Aktiekapitalet höjs med hjälp av nyemission av aktier.⁴²⁷

Ett ytterligare krav som måste uppfyllas för att samriskföretaget skall anses vara självständigt fungerande är att företaget skall ha en egen ledning. Aktiebolaget är den bolagsform som är mest anpassad för ett större antal delägare. Detta innebär att aktiebolagets struktur är uppbyggd på ett sådant sätt att beslut inte behöver fattas samfällt som i det enskilda bolaget och att det till skillnad från handelsbolaget saknas individuell förvaltningsbefogenhet för delägarna. Förvaltningsorganen i aktiebolag brukar betecknas som beslutande, förvaltande och kontrollerande organ.⁴²⁸ Stämman är det högsta beslutande organet i aktiebolaget. Stämman har exklusiv kompetens vad gäller vissa frågor, däribland valet av styrelse-

⁴²³ Rodhe, K, & Skog R, s. 37.

⁴²⁴ ABL 2 kap. 2 § 1 st. Se även Rodhe, K, Skog R, s. 37, 38.

⁴²⁵ ABL 2 kap. 3 § 2 st. och 2 § 1 st. Se även Rodhe, K, Skog R, s. 39-40.

⁴²⁶ För en utförlig redogörelse se Rodhe, K, Skog R, s. 39-43.

⁴²⁷ Nial H, (1998), s. 217.

⁴²⁸ Nial H, (1998), s. 111-112.

ledamöter.⁴²⁹ Det verkställande organet i aktiebolaget är styrelsen inklusive den verkställande direktören om sådan finns. Det finns vissa möjligheter för stämman att i bolagsordningen reglera att annan än stämman skall utse styrelsen. Förutom denna undantagsmöjlighet ligger det alltså under stämmans exklusiva behörighet att utse styrelsen i aktiebolaget.

Till skillnad mot övriga bolagsformer regleras således kapitalinsatser och ledningsstruktur i lagen. Detta innebär att ägarna inte lika fritt som i exempelvis handelsbolaget kan reglera utformningen av samarbetet. Aktiebolaget torde emellertid erbjuda med handelsbolaget likvärdiga möjligheter att både bygga upp ett kapital och en ledningsstruktur som innebär att bolaget kommer att anses som självständigt fungerande.

4.2.4 Varaktig verksamhet i bolag utan personligt ansvar

I föregående avsnitt har jag behandlat hur ägarna genom ett aktieägaravtal eller genom reglering i bolagsordningen kan binda aktieägarnas rösträtt och begränsa aktieägarnas rätt att disponera övar aktierna i bolaget. Härigenom kan parterna reglera kontrollen över bolaget och förhindra att oönskade ägare förvärvar aktier i bolaget. Dessa åtgärder är emellertid av mindre betydelse om en part alltför lätt kan säga upp avtalet och därigenom frigöra sig från i avtalet förekommande röstbindningar och dispositionsbegränsningar.⁴³⁰ I den följande framställningen kommer jag att redogöra för vilka möjligheter parterna har att genom aktiebolaget reglera samriskföretagets varaktighet.

Aktieägaravtalet är som tidigare nämnts att anse som ett enkelt bolag och BL:s regler rörande uppsägning och upplösning av enkla bolag är således tillämpliga. I princip kan parterna välja mellan att sluta aktieägaravtal på obestämd eller bestämd tid.⁴³¹

Om aktieägaravtalet sluts på obestämd tid kan det sägas upp när som helst.⁴³² Rätten att säga upp bolagsavtal, som slutits för obestämd tid, är som tidigare behandlats tvingande. Däremot kan bolagsmännen avtala om uppsägningstidens längd. Att sluta aktieägaravtalet på obestämd tid innebär alltså att avtalet när som helst kan sägas upp och att en av parterna företagen kontrollreglering då sätts ur spel.

Om avtalet ingås för viss bestämd tid kan avtalet inte sägas upp såvida BL eller avtalet ger utrymme för en uppsägning. Vid tidbestämt avtal skall avvecklingen inledas på den av parterna bestämda tidpunkten, såvida delägarna inte beslutar sig för att fortsätta. Ett tidsbestämt aktieägaravtal kan

⁴²⁹ ABL 8 kap. 1 §.

⁴³⁰ Kansmark & Roos, s. 89.

⁴³¹ Roos C. M, s. 284-286.

⁴³² 2 kap. 24 § 2 st. 4 kap. 7 § 2 st. BL.

inte heller avvecklas genom ordinär uppsägning men eventuellt genom extraordinär uppsägning enligt 2 kap 25 § BL.⁴³³

Även om aktieägaravtalet är skrivet på bestämd tid kan det emellertid vara fördelaktigt att ge ägarna en möjlighet att avbryta samarbetet under löpande avtalstid. Detta kan åstadkommas genom att parterna genom en reglering i aktieägaravtalet ges möjlighet att rikta ett köpanbud till motparten avseende dennes aktier i det samägda bolaget. Motparten är då skyldig att inom en av parterna fastställd tidsperiod sälja sina aktier alternativt köpa motpartens aktier. Om ingen av parterna är villig att köpa ut den andre skall enligt denna lösningsmodell bolaget träda i likvidation.⁴³⁴

Det som föreskrivs genom bolagsordningen är av mer beständig art än en kontrollreglering genom ett aktieägaravtal. En kontrollreglering som är införd i bolagsordningen kan endast ändras genom ett stämmobeslut vilket kräver kvalificerad majoritet och kraven på majoritetens storlek skärps ju mer ingripande ändringarna är, i vissa fall krävs enhällighet av alla vid stämman närvarande aktieägare. De i lagen föreskrivna röstandelarna som krävs för ändring av bolagsordningen kan frångås och det kan föreskrivas högre krav på kvalificerad majoritet än vad lagen gör. Det kan emellertid aldrig föreskrivas lägre krav än vad som föreskrivs i ABL.⁴³⁵

För att göra regleringarna så beständiga som möjligt bör parterna således införa regleringarna antingen i bolagsordningen eller i ett aktieägaravtal ingånget på bestämd tid. För att samriskföretaget skall anses som varaktigt självständigt fungerande bör aktieägaravtalet slutas för en tid om minst fem år.

4.2.5 Varaktig självständig funktion

För att falla in under KF måste samriskföretaget innebära en strukturell förändring för parterna. För att en strukturell förändring i KF:s bemärkelse skall anses föreligga krävs att samriskföretaget är varaktigt självständigt fungerande. Vid avgörande av om ett samriskföretag har en varaktig självständig funktion förefaller fem faktorer vara av speciellt stor betydelse. Dessa faktorer är: tillskott av resurser, samriskföretagets handel, parternas verksamhet på samriskföretagets marknad och egen ledning.

⁴³³ Sandström T, s. 57.

⁴³⁴ Kansmark & Roos, s. 90.

⁴³⁵ Rodhe, K, & Skog R, s. 233-234.

4.2.5.1 Tillgångar måste tillföras

Samriskföretaget behöver inte vara helt självständigt i förhållande till parterna. Det är vidare endast en funktionell självständighet som krävs. Det finns alltså inget krav på ett fullständigt oberoende.

Av tidigare behandlad praxis framgår att samriskföretaget måste tillskjutas tillräckliga resurser från de bildande parterna samt ges utrymme på de aktuella marknaden att agera som ett fullständigt företag. Insatserna kan göras både i pengar och i annan egendom

Liksom vid regleringen av kontrollen i handelsbolag, kommanditbolag och enskilda bolag står det ägarna tämligen fritt att reglera strukturen i bolaget. Den fria rättsliga utformningen av kapitaltillskott och ledningsfrågor innebär emellertid att parterna måste reglera dessa frågor i bolagsavtalet för att uppnå en struktur som innebär att bolaget kan kvalificeras som självständigt fungerande i en konkurrensrättslig mening.

Aktiekapitalet i lagens mening har till uppgift att av hänsyn till fordringsägarna och andra intressenter skydda bolagets soliditet. Till skillnad mot övriga bolagsformer regleras således kapitalinsatser och ledningsstruktur i lagen. Detta innebär att ägarna inte lika fritt som i exempelvis handelsbolaget kan reglera utformningen av samarbetet. Aktiebolaget torde emellertid erbjuda med handelsbolaget likvärdiga möjligheter att både bygga upp ett kapital och en ledningsstruktur som innebär att bolaget kommer att anses som självständigt fungerande.

4.2.5.2 Självständig handelsverksamhet

Ett gemensamt företag är inte självständigt om det endast övertar en del av driften för ett av moderbolagen utan att få tillträde till marknaden. Sådana samriskföretag anses underställda moderbolagets verksamhet. Det faktum att samriskföretaget använder sig av moderbolagens distributionsnät eller försäljningsställen hindrar emellertid inte att företaget anses ha en självständig funktion såvida moderbolagen endast agerar som ombud för samriskföretaget.

Samriskföretaget måste dessutom sälja sina produkter till moderbolagen på grundval av normala handelsvillkor. Om samriskföretaget köper från moderbolaget och därefter endast gör ett obetydligt påslag före vidareförsäljning kan samriskföretagets självständighet ifrågasättas. Om ett samriskföretag emellertid är verksamt på handelsmarknaden och fyller för motsvarande företag normala funktioner kan de anses som självständiga företag och inte som försäljningsagenturer. Samriskföretaget måste även ha nödvändiga anläggningar och få en betydande del av sina leveranser från annan än moderbolagen.

Kommissionen beaktar även huruvida parterna har stark närvaro på marknader i tidigare eller senare led och om samriskföretagets aktiva roll på marknaden är att varaktigt sälja till parterna. Modernbolagens straka närvaro på marknader i senare eller tidigare led är en faktor som bör beaktas i de fall närvaron leder till betydande köp eller försäljningar mellan moderbolag och samriskföretag.

I flera av ovan behandlade fall överförde parterna hela delar av sin verksamhet till samriskföretaget. I ett par fall tecknades även produktionsavtal mellan samriskföretaget och en av parterna där samriskföretaget skulle sälja produkter till moderbolaget. Stora delar av produktionen levererades till tredje man i dessa fall.⁴³⁶ Detta förefaller vara lämpliga lösningar för att tillföra samriskföretaget tillräckliga resurser. Det förefaller även vara en bra lösning eftersom det kan kombineras med moderbolagets avlägsnande från samriskföretagets marknad. Detta senare är som tidigare nämnts en viktig bedömningsgrund dels för att avgöra huruvida samriskföretaget är självständigt, dels för att utröna huruvida samriskföretaget har en samordnande funktion.

I dessa fall torde det kunna konstateras att de åtgärder som skall vidtas inte är beroende av samriskföretagets bolagsrättsliga struktur. Det som avgör är istället moderbolagens ambitioner med samriskföretaget.

4.2.5.3 Egen ledning

Samriskföretaget måste ha en ledning som handhar den löpande driften. En fördel med handelsbolag, kommanditbolag och enkla bolag i förhållande till aktiebolag är, som tidigare berörts, att organisationen kan utformas mycket fritt. Parterna kan välja en struktur som aktiebolagets men även avvika från denna. Flexibiliteten innebär att parterna i handelsbolag enkla bolag och kommanditbolag fritt kan avtala om hur vinstdelning skall ske, hur ledningen skall vara organiserad och sammansatt, kontrollfrågor, rösträtt och förvaltningsrätt. Om en struktur liknande aktiebolagets välj är det emellertid viktigt att parterna även inför föreskrifter liknande dem som finns i 8 kap ABL. Detta bör göras främst för att skydda den part som är delägare i bolaget med som ändå förhåller sig passiv vad gäller driften av bolaget.

Inom aktiebolaget kan strukturen regleras genom föreskrifter i bolagsordningen och i aktieägaravtal. Härigenom har parterna i princip samma möjligheter som i handelsbolag att reglera ledningsstrukturen.

⁴³⁶ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000; OJ L 316, 25/11/1998 s. 0033-0047, Case No IV/M.970 – *TKS/ITW Signode/Titan*, 06.05.1998.

4.2.5.4 Verksamhetens varaktighet

Samriskföretaget måste existera tillräckligt länge för att det skall anses som en varaktig verksamhet. Syftet måste även vara att samriskföretaget skall bedriva en varaktig verksamhet. Detta hindrar inte att samriskföretaget kan upprättas endast för en begränsad period. Det viktiga är att tidsperioden är så pass lång att den innebär en strukturförändring för parternas verksamhet.

För att lösa problem vid låsningssituationer vid röstning på exempelvis bolagsstämma införs inte sällan klausuler om att bolaget i sådana situationer skall likvideras. En sådan klausul innebär inget hinder mot att bolaget anses som varaktigt självständigt fungerande.

För att samriskföretaget skall anses falla under KF:s tillämpning vid den konkurrensrättsliga bedömningen bör avtalstiden i bolagsavtalet fastställas till minst 5 år. Ett handelsbolag kan upprättas tills vidare eller för viss tid. Om bolaget är upprättat på obestämd tid finns en indispositiv rätt för parterna att säga upp avtalet vid vilken tidpunkt som helst. För avtal på obestämd tid gäller en uppsägningstid om sex månader om parterna inte har avtalat om annat.⁴³⁷ Någon grund för uppsägning behöver inte anföras.⁴³⁸ Om avtalet däremot är slutet för bestämd tid kan avtalet endast sägas upp genom extra ordinär uppsägning enligt 2 kap. 25 § BL. Den personliga bindningen till bolaget innebär även att delägaren måste utstå vissa begränsningar i sin rätt att lämna bolaget. Rätt till utträde måste som huvudregel grundas på bolagsavtalet eller övriga delägares samtycke. Om bolagsavtalet är slutet på obestämd tid är det emellertid inget som hindrar delägaren från att utträda vid önskad tidpunkt.⁴³⁹

Även vad gäller samriskföretagets varaktighet förefaller aktiebolaget och de övriga bolagsformerna erbjuda likvärdiga lösningar. Både bolagsavtalet och aktieägaravtalet omfattas av samma regler vad gäller varaktighet, nämligen 2 kap 24 § och 2 kap 25 § BL. Eftersom ett avtal som ingåtts på obestämd tid kan sägas upp utan att det behöver föreligga grund för uppsägning bör denna avtalsform undvikas. För att samriskföretaget skall anses som varaktigt självständigt fungerande bör avtalet således slutas på bestämd tid.

4.3 Samordnande förfaranden

I den tidigare framställningen har jag redogjort för att ett samriskföretags eventuella samordnande funktioner mellan de bildande parterna inte längre har betydelse för jurisdiktionsfrågan, huruvida koncentrationen skall bedömas enligt artikel 81 eller enligt KF. Samordnande funktioner kan

⁴³⁷ 2 kap 24 § BL.

⁴³⁸ Sandström T, s. 57.

⁴³⁹ Sandström T, s. 55.

emellertid innebära att samriskföretaget faller under bedömningen i artikel 2.4 KF och därmed en prövning enligt de kriterier som finns i artikel 81.1 och 81.2, men under KF:s jurisdiktion. Framställningen i denna del kommer att behandla hur samriskföretaget bör utformas för att inte anses ha samordnande funktioner. Avslutningsvis kommer jag även att behandla hur bedömningen enligt artikel 2.4 KF och artikel 81 EG-fördraget kommer företas för det fall samriskföretaget anses ha en samordnande funktion.

4.3.1.1 Parternas verksamhet på samriskföretagets marknad

Av tidigare behandlad praxis framgår att det är de bildande parternas verksamhet på samriskföretagets marknad, eller därtill angränsande marknad som är den mest betydande bedömningsgrunden vid avgörande av huruvida samriskföretaget har en samordnande funktion. I ett av de behandlade fallen framkom även att det är av stor vikt att beakta huruvida de bildande parterna är faktiska eller potentiella konkurrenter på marknaden. Om så vore fallet bedömdes det enligt kommissionen som högre risk att samriskföretaget hade en samordnande funktion. Om de bildande parterna dessutom har kompetens att producera det som samriskföretaget är föresatt att göra bedömdes det som hög risk att samriskföretaget hade en samordnade funktion.⁴⁴⁰ I fallet Bertelsmann/Planeta anmärktes att parternas verksamhet på angränsande marknader innebar hög risk för ett samordnat beteende.⁴⁴¹

Näraliggande marknader kan exempelvis vara produktmarknader i senare eller tidigare led än samriskföretagets marknad. Det kan även vara den geografiska marknaden, om exempelvis en part fortsätter att konkurrera inom samma produktmarknad som samriskföretaget men på en annan geografisk marknad

Samriskföretagets associationsrättsliga struktur blir inte heller avgörande i denna del. Det avgörande är främst moderbolagens aktivitet. Parterna måste se till att dra sig bort från samriskföretagets marknad, eller i varje fall undvika produktion inom områden där de kan agera som faktiska eller potentiella konkurrenter. Parterna kan exempelvis överföra de delar av sina verksamheter som ligger inom samriskföretagets verksamhetsområde. Parterna kan även införa en klausul som hindrar dem från att etablera verksamhet på eller i angränsning till samriskföretagets marknad.

4.3.1.2 Undantagsmöjligheter vid prövning enligt artikel 81

Om moderbolagen inte utformar sin egen verksamhet och övriga omständigheter anknutna till samriskföretaget och samriskföretaget därför

⁴⁴⁰ C-182/00, Case No IV/36.213/F2- *Geae/P & W*, 03.03.2000.

⁴⁴¹ C-125/00 p. 10, Case No IV/M.0039- *Bertelsmann/Planeta/NEB*, 28.02.2000.

anses ha en samordnande funktion återstår möjligheten att försöka utverka ett undantag från förbudet i artikel 81.1 EG-fördraget.

Om Bildandet av samriskföretaget medför objektiva fördelar som väger tyngre än de konkurrensmässiga nackdelar som uppstår kan kommissionen eventuellt komma att bevilja ett individuellt undantag. Sådana objektiva fördelar kan vara teknologiska landvinningar, utvecklandet av nya produktionsmetoder, försäljnings- och produktionsökningar samt penetrering av nya marknader.⁴⁴²

För att erhålla ett undantag under någon av gruppundantagsförordningarna eller få ett individuellt undantag enligt artikel 81.3 krävs att parterna anpassa samriskföretagets verksamhet. Parterna kan härvid försöka att utforma samriskföretaget så att det faller in under något gruppundantag. Om detta inte fungerar återstår möjligheten att erhålla ett individuellt undantag. Vid denna prövning beaktar kommissionen om avtalet eller det samordnade förfarandet ”bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås”.⁴⁴³ Det är naturligtvis svårt att säga något om hur bolaget skall utformas för att begäran om ett individuellt undantag skall erhållas. Er hållandet av ett sådant har starkare samband med den verksamhet som bedrivs i bolaget än den struktur som använts för samriskföretagets bolagsrättsliga utformning.

4.4 Avslutande kommentar

I min utredning har jag alltså kommit fram till att det finns nio olika bedömningsgrunder för att avgöra huruvida ett samriskföretag skall bedömas enligt artikel 81 eller KF. Dessa olika faktorer står till grund för bedömningen av de två huvudfaktorerna gemensam kontroll och varaktig självständig funktion. Förstainstansrätten och kommissionen beaktar alltså dessa nio kriterier vid sin bedömning av om samriskföretaget skall anses omfattas av KF:s tillämpning. För sju av de nio faktorerna spelar bolagsrätten en avgörande roll. De faktorer som är inte är beroende av bolagsrätten är moderbolagens verksamhet på samriskföretagets marknad samt eventuella effekter av sådan närvaro på marknaden som kan leda till att samriskföretaget anses ha en samordnande funktion. Vad gäller de sju faktorerna som kräver en mer eller mindre ingående bolagsrättslig reglering förefaller bolagsformen inte ha någon avgörande betydelse. Samtliga regleringar som krävs för att samriskföretaget skall kunna genomföras kan företas i samtliga svenska bolagsformer. Vissa skillnader föreligger emellertid. Att driva samriskföretaget som aktiebolag innebär en, för

⁴⁴² OJ nr C 43 (1993-02-16) s. 2, p. 55.

⁴⁴³ Se artikel 81.3 EG-fördraget.

parterna, mer komplicerad reglering av de ifrågavarande faktorerna. Övriga bolagsformer innebär en enklare reglering av ifrågavarande problem men även ett personligt ägaransvar. Valet av bolagsform kommer emellertid att få betydelse ur exempelvis skatterättslig synvinkel. Med beaktande av konkurrensrätten torde emellertid valet av bolagsform kunna ses som sekundärt och regleringen av parternas mellanhavanden i bolagsavtalet eller aktieägaravtalet som det primära. Av den ovan företagna framställningen torde framgå att det är mycket viktigt att parterna reglerar samtliga frågor om exempelvis vetorätter, dead-lock, ledningsstruktur och övriga faktorer som utgör bedömningsgrund för avgörandet av huruvida företaget står under parternas gemensamma kontroll samt är en självständigt fungerande ekonomisk enhet.

Käll- och litteraturförteckning

4.5 litteratur

Ahlbom C. & Turner V., *Expanding success? Reform of the E.C. Merger Regulation*, 1998, E.C.L.R. vol. 19, Sweet & Maxwell, London.

Allgårdh O & Norberg S., *EU och EG-rätten En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt*, tredje uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm, 1999.

Bellamy & Child, *Common market law of competition*, första supplementet till den första upplagan, Sweet & Maxwell, London, 1996.

Brodley, *Joint Ventures and antitrust policies*, 95 Harv. L. Rev. 1983

Cook & Kerse, *E.C. Merger Control*, 3:e uppl., Sweet & Maxwell, 2000, London.

Coyet J. & Gustafsson L., *Konkurrensrätten inom EU och Ees – en handbok*, Författarna och CE Fritzes AB, Göteborg, 1994

Ellison J. & Edward K., (ed.), *Joint Ventures in Europe*, andra upplagan, Butterworths, London, 1997

Faull J. & Nikpay A., *The EC law of competition*, Oxford university press, Oxford, 1999

Furse M., *Competition law of the UK & EC*, andra uppl., Blackstone Press Limited, London, 2000,

Gahnström, & Norelid, *Företagsförvärv i Sverige*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1996

Goyder D. G., *EC competition law*, tredje uppl, Oxford University Press, Oxford, 1998

Hawk B. E. & Huser H. L., *European community merger control: a practitioner's guide*, Kluwer law international, Hague Nederländerna, 1996

Hewitt I., *Joint Ventures*, Sweet & Maxwell, Storbritannien, 1997

Holme, Solvang, *Forskningsmetodik Om kvalitativa och kvantitativa metoder*. Studentlitteratur, Lund, 1997

Kansmark & Roos, *Aktieägaravtal*, 2:a uppl. Stockholm, 1994, Författarna och CE Fritzes AB.

Lundgaard K., *EU konkurrenzeretten*, Köpenhamn, 1998, Gadjura Thomson Information A/S

Nial H, *Om handelsbolag och enkla bolag*, omarbetad version, 3 uppl, Stockholm, 1992

Nial H, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 4:e Uppl, Stckholm, 1988, Norstedts förlag AB

Nial H., Johansson S., *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, sjätte uppl, 1998, Göteborg, Författarna och Norstedts juridik AB

Prime, mfl, *The law and practice of joint ventures*, Butterworths, London, 1997

Roos C. M., *Avtal och rösträtt – en aktiebolagsrättslig studie*, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1969

Sandström J., *Hembud och lösningsrätt vid övergång av aktie*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1976

Sandström T, *Handelsbolag och enkla bolag – En lärobok*, 1996, Författaren och CE Fritzes AB, Göteborg, Uppl. 3

Svernlöv C, *Internationella joint ventures – samriskföretag*, Norstedts Juridik AB, 1997

Svernlöv C, *Partnerval i internationella joint ventures*, Balans nr 5 1997.

Walmsley J., *Handbook of international joint ventures*, Graham & Trotman, London, 1982

Verloop P. (ed.), *Merger Ciontrol in the EU – A survey of European competition laws*, tredje uppl., Kluwer law international, Nederländerna, 1999

Whish R., *Competition law*, tredje upplagan, Butterworths, London, 1993

Wolf R. C., *A guide to International joint ventures with sample clauses*, andra uppl., London, Kluwer law international, 1999

Zonnekeyn, Geert A., *The treatment of joint ventures under the amanded EC merger regulation*, 1988, E.C.L.R.

4.6 EG-rätt

EEG 17/62- EGT 12, den 21 februari 1962; senast ändrad genom rådsförordning EEG/118/63-

EGT P 162, den 7 november 1963 och kompletterad genom EEG/2822/71- EGT L 285, den 29 december 1971.

Commission of the European Communities, Annual Report on Competition policy, Bryssel 1974, s. 37.

Förordning (EEG) nr 417/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av specialiseringsavtal, ändrad genom Kommissionens

Förordning (EEG) nr 418/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av forsknings- och utvecklingsavtal, ändrad genom

Commission notice regarding the concentrative and cooperative operations under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of December 21, 1989 on the control of concentrations between undertakings, 1990, O.J. C203/10.

Commission Notice 90/C 203/05 regarding restrictions ancillary to concentrations);

EGT [1993] C 43/02, (tillkännagivande om coperativa samriskföretag), para. 59.

EGT nr C 43 1993 s. 2, p. 18-25 och 27-31.

OJ nr C 43 (1993-02-16) s. 10

förordning (EEG) nr 151/93 av den 23 december 1992, ändrad genom Kommissionens

förordning (EG) nr 2659/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i

fördraget på grupper av avtal om forskning och utveckling EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012.

Commission Notice 94/C 385/01 on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures, EGT 1994 C 385/1.

Community merger control, Green Paper on the review of the merger regulation, Brussels, 31.1.1996, COM(96) 19 final.

EGT nr C 372, 1997, (Meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 (nuvarande artikel 81,1 min anmärkning)

Kommissionens tillkännagivande 97/C 372/03 om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning.

Ministerrådets förordning 1310/97 om ändring av förordning 4064/89 om kontroll av fusioner och företagsförvärv.

Kommissionens tillkännagivande 98/C 66/01 om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer: EGT 1998 C 66/1.

EGT [1998] C 66/1, (tillkännagivande om ”full funktion”)

Kommissionens tillkännagivande 98/C 66/02 om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer: EGT 1998 C 66/5.

EGT [1998] C 66/5, (tillkännagivandet om begreppet ”koncentration”), para. 18-22

förordning (EG) nr 2658/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av specialiseringsavtal EGT nr L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006.

4.7 Svenska lagar och svenskt offentligt tryck

Handelsregisterlag (1974:157).

Aktiebolagslag (1975:1385).

Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag.

Prop. 1975:103, s. 297.

Prop. 1992/93:56 s. 16f.

Rättsfallsförteckning

Avgöranden och beslut

- EGT L 354-National Panasonic, den 16 december 1982.
- Ärende IV/M.010 - Conagra/Idea av den 3 maj 1991.
- Ärende IV/M.062 - Eridania/ISI av den 30 juli 1991.
- Ärende IV/M.102, TNT/Canada Post osv. av den 2 december 1991 (punkt 14).
- Ärende IV/M.157 - Air France/Sabena av den 5 oktober 1992.
- Ärende IV/M.258 - CCIE/GTE av den 25 september 1992
- Ärende IV/M.258 - CCIE/GTE av den 25 september 1992
- Ärende IV/M.272 - Matra/CAP Gemini Sogeti av den 17 mars 1993.
- Ärende IV/M.286 - Zurich/MMI av den 2 april 1993.
- Ärende IV/M.295 - SITA-RPC/SCORI av den 19 mars 1993.
- Ärende IV/M.296 - Crédit Lyonnais/BFG Bank av den 11 januari 1993.
- Ärende IV/M.299 - Sarah Lee/BP Food Division av den 8 februari 1993.
- Ärende IV/M.409 - ABB/Renault Automation av den 9 mars 1994.
- Ärende IV/M.425 - British Telecom/Banco Santander av den 28 mars 1994.
- Ärende IV/M.527 - Thomson, CSF/Deutsche Aerospace av den 2 december 1994
- Ärende IV/M.560 EDS/Lufthansa av den 11 maj 1995 (punkt 11) - underleveranser,
- Ärende IV/M.560 EDS/Lufthansa av den 11 maj 1995, para. 11
- Ärende IV/M.585 Voest Alpine Industrianlagenbau GmbH/Davy International Ltd av den 7 september 1995
- Ärende IV/M.556 Zeneca/Vanderhave av den 9 april 1996 (punkt 8),
- Ärende IV/M.751 Bayer/Hüls av den 3 juli 1996 (punkt 10).
- Ärende IV/M.788 AgrEVO/Marubeni av den 3 september 1996 (punkterna 9 och 10);
- Ärende IV/M.791 British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd av den 7 oktober 1996
- Ärende IV/M.791 British Gas trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd av den 7 oktober 1996
- Ärende IV/M.686 Nokia/Autoliv av den 5 februari 1996
- Ärende IV/M.697 - Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation av den 27 mars 1996.
- Ärende IV/M.904 RSB/Tenex/Fuel Logistics av den 2 april 1997, para. 15-17.
- Ärende IV/M.891 Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith av den 23 april 1997 (punkt 7).
- Case No. IV/M.833 – Coca Cola Company/ Carlsberg A/S, 11.09.1997.
- Case No IV/M.970 – TKS/ITW Signode/Titan, 06.05.1998.
- Case No IV/M.933 – Bertelsmann/Kirch/ Premiere. 27.05.1998.
- Case No IV/M.0039- Bertelsmann/Planeta/NEB, 28.02.2000.
- Case No IV/36.213/F2- Geae/P & W, 03.03.2000, para 11-14.

EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0007 – 0012, para. 10, 12, 14.

EGT L 304 , 05/12/2000 s. 0003 – 0006, para. 12, 13.

Domstolen och förstainstansrätten

Målet 41/69 ACF Chemiefarma mot Kommissionen (1970) E.C.R. 661.

Mål 6/72 Europemballage och Continental Can v. Kommissionen (1973)
ECR 215.

Mål 142 & 156/84, British-American Tobacco och Reynolds v.
Kommissionen (1987) ECR 4487

T-2/93 - Air France mot kommissionen

T-102/96 Gencor Ltd mot kommissionen.

Mål T-87/96 Assicurazioni Generali SpA och Unicredito SpA mot
kommissionen, dom av den 4 mars 1999

T-221/95

T-87/96, 4 mars 1999