



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Michael Boström

# Förvaltaren och frivilliga åtaganden vid företagskoncentrationer med EU-dimension

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Lotta Maunsbach

Termin: HT 2014

# Innehåll

<b>Summary .....</b>	<b>1</b>
<b>Sammanfattning .....</b>	<b>2</b>
<b>1 Inledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Bakgrund .....	3
1.2 Syfte .....	3
1.3 Frågeställningar .....	4
1.4 Avgränsningar .....	4
1.5 Metod och teori .....	5
1.6 Material .....	5
1.7 Forskningsläge .....	6
1.8 Disposition .....	6
<b>2 Frivilliga åtaganden vid företagskoncentrationer .....</b>	<b>7</b>
2.1 Kommissionens policy och arbetssätt .....	7
2.2 Proceduren för att kontrollera sammanslagningsprocessen mellan företag.....	7
2.3 Vilka intressen ska normerna skydda? .....	9
2.4 Aktörerna i sammanslagningsprocessen .....	10
2.4.1 Aktörernas relationer till varandra .....	10
2.4.2 Kommissionens intentioner .....	11
2.4.3 De sammangående parternas intentioner .....	12
2.4.4 Tredje part, konkurrenter, köpare av avyttring .....	13
2.4.5 Sammanfattning .....	13
<b>3 Uppkomsten av förvaltarinstitutet .....</b>	<b>14</b>
<b>4 Förvaltaren .....</b>	<b>16</b>
4.1 Allmänt om förvaltaren .....	16
4.2 Den övervakande förvaltaren .....	18
4.3 Avyttringsförvaltaren .....	22
<b>5 Analys och slutsatser .....</b>	<b>25</b>
<b>Käll- och litteraturförteckning .....</b>	<b>28</b>
Offentligt tryck från EU .....	28
Litteratur .....	29
Elektroniska källor .....	29

<b>Fallförteckning</b> .....	<b>32</b>
<b>Mål från EU-domstolen</b> .....	<b>32</b>
<b>Mål från tribunalen</b> .....	<b>32</b>
<b>Kommissionens beslut</b> .....	<b>32</b>

# Summary

This paper regards the competition regulation concerning merger remedies at the European Commissions merger control, more specifically the rules concerning the trustee and the supervision of the merger remedies with the purpose of evaluating the role of the trustee. One of the purposes of EU-law is to strengthen EU:s competitiveness on the global market. This is achieved through effective competition that allows for mergers and and at the same time satisfies consumer interests. This balance is difficult to maintain when the parties involved in the merger process have different, and sometimes divergent, interests and pursue their own agenda. Meanwhile, the parties to the merger process interdepend on each other to be able to make substantiated decisions. The merger process is a complex dynamic that has developed for more than 20 years into what it is today. The development of the trustee role now appears to have stabilized. In general it can be said that the role of the trustee entails a great responsibility. The trustee must maneuver through countless hardships during the merger process and hopefully the trustee will fulfill the duties assigned.

However, there is a discrepancy between the appointments of the divestiture trustee and the divestiture trustees actual operation frequency. The discrepancy is due to the comprehensive mandate that the divestiture trustee is given. In order to control the divestment the merging parties ensure that the asset is sold before the trustee divestiture period is initiated. The divestiture period is kept short thus often leading to a successful divestment, something that the Commission strives for.

Previously, the merging parties had a relatively free reign to act strategically and disloyally towards the Commission and third parties, something that was revealed by the Commission's internal evaluation of the merger remedies. This was due largely to the possibility of delaying the appointment of the monitoring trustee. Indications suggest that the Commission came to ends with this problem when the possibility of delaying the appointment of the monitoring trustee was curbed. However, this can not be established with certainty. The Commission should therefore conduct a new merger remedies evaluation, and if the problems of strategic behavior still remain, the Commission should consider altering the existing order and possessing the monitoring trustees expertise in-house.

# Sammanfattning

Uppsatsen handlar om konkurrensregleringen som berör frivilliga åtaganden vid EU-kommissionens kontroll av företagskoncentrationer, mer specifikt de regler som avser förvaltaren och övervakningen av de frivilliga åtagandena; detta med syftet att utvärdera förvaltarens roll. Ett av EU-rättens syften är att stärka EU:s konkurrenskraft på världsmarknaden. Detta uppnås genom en effektiv konkurrens som ger utrymme för sammanslagningar och som samtidigt tillgodoser konsumentintressen. Denna balans är svår att upprätthålla då de engagerade parterna i sammanslagningsprocessen har olika, och ibland avvikande, intressen och driver sin egen agenda. Samtidigt är parterna i sammanslagningsprocessen beroende av varandra för att kunna fatta underbyggda beslut. Sammanslagningsprocessen utgör en komplex dynamik som under mer än 20 år har utvecklats till vad den är idag. Utvecklingen av förvaltarrollen verkar nu ha stabiliserat sig. Allmänt kan man konstatera att förvaltarrollen innebär ett stort ansvar. Förvaltaren ska manövrera sig igenom otaliga svårigheter under processens gång och förhoppningsvis uppfylla de uppgifter som tilldelats denne.

Det råder dock en diskrepans mellan tillsättandet av avyttringsförvaltare och avyttringsförvaltarens faktiska arbetsfrekvens. Diskrepansen beror på det stora mandat avyttringsförvaltaren besitter. De sammangående parterna ser till att tillgången avyttras innan förvaltarens avyttringsperiod initieras då de vill ha egen rådighet över avyttringen. Avyttringsfristen hålls alltså kort vilket ofta leder till en framgångsrik avyttring, något som kommissionen eftersträvar.

Tidigare hade de sammangående parterna ett relativt fritt spelrum att agera strategiskt och illojalt gentemot kommissionen och tredje man, något som uppdagades av kommissionens interna utvärdering av frivilliga åtaganden. Detta berodde till stor del på möjligheten att försena tillsättandet av den övervakande förvaltaren. Indikationer tyder på att kommissionen kommit till rätta med detta problem då möjligheten att försena tillsättandet av den övervakande förvaltaren har stävjats. Detta kan dock inte med säkerhet fastställas. Kommissionen borde därför genomföra en ny utvärdering av de frivilliga åtagandena, och om problemen med strategiskt beteende inte kuvats bör kommissionen överväga att ändra den rådande ordningen och själv inneha den övervakade förvaltarens expertis.

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Vi lever i en globaliserad värld och globaliseringen visar inga tecken på att avstanna. Europeiska Unionen (EU) är en aktör på den globala marknaden och konkurrerar ekonomiskt med länder som Kina, Brasilien och Indien. För att kunna hävda sig på den globala marknaden krävs en fungerande konkurrens. För att facilitera konkurrensen inom EU har EU skapat den gemensamma marknaden. Regleringen av konkurrensen inom den gemensamma marknaden är avgörande för EU:s välbefinnande och påverkar även dig som konsument på mikro-nivå.

Uppsatsen kommer att avhandla den del av konkurrensregleringen som berör frivilliga åtaganden vid företagskoncentrationer<sup>1</sup>, mer specifikt de regler som angår förvaltaren och övervakningen av de frivilliga åtagandena. Sammanslagningar av affärsverksamheter kan bl.a. leda till att marknader expanderar vilket ger fördelar till ekonomin, men vissa sammanslagningar kan också leda till minskad konkurrens, vanligtvis genom att skapa eller förstärka en dominerande aktör. Det är följaktligen av stor vikt att sammanslagningarna regleras och övervakas.

Enkelt sagt ska ”goda” sammanslagningar godkännas (om än med villkor) och ”onda” sammanslagningar förbjudas.

## 1.2 Syfte

Uppsatsens övergripande syfte är att utvärdera förvaltaren och förvaltarens roll under sammanslagningsprocessen dvs. EU-kommissionens (kommissionen) kontroll av företagskoncentrationer. Genom att redogöra för sammanslagningsprocessen och de andra aktörernas intressen som formar sammanslagningen sätts förvaltarskapet i ett sammanhang.

Uppsatsen kommer även att presentera ett summariskt rättsutvecklingsperspektiv där centrala händelser ur förvaltarsynpunkt redogörs för att ge läsaren en överblick.

---

<sup>1</sup> Även känt som korrigerande åtgärder vid sammanslagningar. De två begreppen kommer användas ömsevis.

## 1.3 Frågeställningar

- Vad innebär förvaltarrollen?
- Medför den nuvarande regleringen av avyttringsförvaltaren ett effektivt förfarande för att avyttra avyttringstillgångarna ur konkurrenssynpunkt?
- Är den nuvarande regleringen av den övervakande förvaltaren tillräcklig för att övervaka de korrigerande åtgärderna på ett tillfredsställande sätt?
- Vad för slutsatser kan vi dra av tidigare erfarenheter från institutionen förvaltaren?

## 1.4 Avgränsningar

Framställningen kommer endast att behandla EU-normerna som berör förvaltaren i företagskoncentrationer då EU-normerna främst utgörs av förordningar som har direkt effekt på den svenska rätten och dess regler om förvaltaren.

Den 21 september 1990 trädde rådets förordning (EEG) nr 4046/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (äldre koncentrationsförordningen) i kraft<sup>2</sup>. Detta datum kommer att utgöra den tidsmässiga avgränsningen bakåt i tiden. I den äldre koncentrationsförordningen ges kommissionen för första gången möjligheten att använda korrigerande åtgärder samt att denna förordning tillämpades i det första rättsfallet där kommissionen beslutade att en förvaltare skulle utses.

Det kan påstås att fokus blir för snävt tilltaget genom att endast koncentrera sig på förvaltaren, men dynamiken mellan förvaltaren och de andra aktörerna belyser de problem som kan uppkomma under sammanslagningsprocessen.

Den kortlivade särskiljande förvaltaren som numera ersatts av den särskiljande skötaren kommer inte att diskuteras utförligt då den särskiljande förvaltaren/skötarens funktion är väsensskild från avyttringsförvaltaren och den övervakande förvaltaren funktion.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Äldre koncentrationsförordningen. Artikel 25.

<sup>3</sup> Se Kapitel 3 Uppkomsten av förvaltaren, Stycke 3 för utförligare utläggning.

## 1.5 Metod och Teori

För att svara på frågeställningarna konsulteras de EU-rättsliga källorna och normerna enligt EU-rättslig metod. Ett av EU-rättens syften är att stärka konkurrenskraften på världsmarknaden. Det är i ljuset av detta syfte som konkurrensregleringen och förvaltaren studeras. Med utgångspunkt i ett konfliktperspektiv mellan aktörerna i sammanslagningsprocessen fortskrider uppsatsen vidare med utvecklingsperspektiv där framväxten av förvaltaren redogörs för. Därefter granskas förvaltaren ur ett kritiskt perspektiv genom att undersöka rådande regler. Det hela ska slutligen utmynna i ett lege ferenda perspektiv där den rådande och tidigare ordningen ifrågasätts.

## 1.6 Material

Merparten av källmaterialet består av offentligt tryck från EU som kompletteras av olika akter från kommissionen innefattande standardmallar, studium, rapporter, nyhetsbrev, pressmeddelande och tal. Dessa akter är åtkomliga på och via generaldirektoratet för konkurrens hemsida. Akterna från kommissionen är kommissionens sätt att kommunicera till omvärlden och är följaktligen intressanta då akterna redogör för kommissionens inställning till olika frågor rörande sammanslagningar. Akternas värde som källor får ses i ljuset av att förfarandet vid en sammanslagningsprocess mer har karaktären av ett kvasi-judiciellt förförande. Denna beskaffenhet kan bl.a. illustreras med att kommissionen fattar ett beslut och inte avkunnar en dom. Ett antal rättsfall från europeiska unionens domstol samt beslut från kommissionen har använts för att belysa problematiken.

Litteraturen utgörs av EU-doktrin på engelska skriven av författare med erfarenheter från den akademiska världen samt praktiska erfarenheter från både myndigheter och affärslivet. Doktrinen har mestadels högt aktualitetsdatum.

Vidare har en artikel och två studier konsulterats. En från Federal Trade Commission, kommissionens motpart i Förenta staterna, och en studie gjord av International Competition Network.



## **1.7 Forskningsläge**

Fram till för relativt nyligen hade förvaltarens roll i sammanslagningsprocessen inte undersökts i någon större omfattning. Det har främst varit huvudområdet företagskoncentrationer med gemenskapsdimension som avhandlats. Underkategorin korrigerande åtgärder har utgjort del av dessa publikationer. I denna underkategori återfinns ofta ett kort avsnitt om förvaltaren men inget uttömmande. Det är först Dorte Hoeg (European Merger Remedies 2014) som tillägnar förvaltarskapet ett längre avsnitt. Detta i en mer nischad bok som endast avhandlar korrigerande åtgärder vid sammanslagningar.

## **1.8 Disposition**

I kapitel två ges en presentation av rättsområdet som förvaltaren verkar i för att sätta förvaltaren i ett sammanhang. Detta realiserar genom en redogörelse för sammanslagningsprocessen, vilka intressen som lagstiftningen ska skydda och aktörerna. I kapitel tre följer en kronologisk framställning av utvecklingen av förvaltaren. Därefter i kapitel fyra skildras förvaltaren. Detta först allmänt och sedan specifikt med presentation av de två rollerna förvaltaren kan ha. Det hela avslutas i kapitel fem med en analys.

# 2 Frivilliga åtaganden vid företagskoncentrationer

## 2.1 Kommissionens policy och arbetsätt

Inledningsvis ska sägas att kommissionens nuvarande policy och arbetsätt är baserade på följande akter och initiativ:

- (i) Tillkännagivande från kommissionen om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 och kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 (2008 års tillkännagivande), som är en vägledning för de sammangående parterna (parterna) om ändring av koncentrationer;
- (ii) Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation (BPG), som består av instruktioner och två malltexter utformade för att tjäna som riktlinjer för bästa praxis när parterna lämnar in åtaganden rörande avyttringar och förvaltare, malltexterna är baserade på avyttringsåtaganden men är menade att anpassas från fall till fall till andra typer av åtaganden; och
- (iii) Merger Remedies Study. DG COMP, European Commission, Oktober 2005 (MRS), som är kommissionens interna utvärdering av frivilliga åtaganden.<sup>4</sup>

Kommissionens kontroll av företagskoncentrationer ska ses som en dialog mellan kommissionen och företagskoncentrationen snarare än som en rättslig process vid domstol.

## 2.2 Proceduren för att kontrollera sammanslagningsprocessen mellan företag

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (koncentrationsförordningen) reglerar sammanslagningsprocessen. Begreppet sammanslagning kommer här att användas som en synonym för termen koncentration enligt koncentrationsförordningen. En

---

<sup>4</sup> Hoeg, Dorte, *European merger remedies: law and policy*, Hart Publishing, Oxford, 2014. Sida 3, 18.

koncentration enligt koncentrationsförordningen täcker in en mängd transaktioner men det avgörande är att kontroll varaktigt överförs från en entitet till en annan entitet<sup>5</sup>. Ett enkelt exempel på en sammanslagning är när ett företag förvärvar ett annat företag. Om sammanslagningen har en gemenskapsdimension dvs. överstiger ett visst fastslaget tröskelvärde ska sammanslagningen anmälas till kommissionen som sedan bedömer om sammanslagningen är förenlig med den gemensamma marknaden<sup>6</sup>. Kommissionens prövning i den s.k. fas ett av anmälan leder till ett av tre möjliga utfall:

- (i) sammanslagningen omfattas inte av koncentrationsförordningen och kommissionen lämnar den utan åtgärd; eller
- (ii) sammanslagningen ger inte anledning till allvarliga tvivel och kommissionen beslutar att förklara sammanslagningen förenlig med den gemensamma marknaden; eller
- (iii) sammanslagningen ger anledning till allvarliga tvivel och kommissionen beslutar att inleda ett fas två förfarande.

För att undvika utfall (iii) kan de berörda företagen genom att vidta åtgärder övertyga kommissionen om att sammanslagningen inte längre ger anledning till allvarliga tvivel och då måste kommissionen förklara sammanslagningen förenlig med den gemensamma marknaden.<sup>7</sup>

De ovan nämnda åtgärderna är de frivilliga åtagandena som parterna kan göra för att avhjälpa eventuella tvivel om att sammanslagningen skulle förhindra konkurrensen. Exempel på frivilliga åtaganden parterna kan göra är att avyttra en del av ett företag eller att ge konkurrenter tillgång till immateriella rättigheter m.m.<sup>8</sup>. Åtagandena brukar delas upp i olika taxonomier men det viktiga är inte vilken typ av åtgärd (strukturella eller beteende-åtgärder) man vidtar utan att konkurrensproblemet helt löses<sup>9</sup>. För att säkerställa åtgärdernas genomförande och effektivitet kan även parterna åta sig att utse en förvaltare gemensamt med kommissionen. Se avsnitt 4.1 Allmänt om förvaltaren.

---

<sup>5</sup> Koncentrationsförordningen. Artikel 3.

<sup>6</sup> Koncentrationsförordningen. Artikel 1, 4, 2.

<sup>7</sup> Koncentrationsförordningen. Artikel 6.

<sup>8</sup> MRS. Stycke 30 ff.

<sup>9</sup> Kokkoris, Ioannis & Shelanski, Howard A., *EU merger control: a legal and economic analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Sida 520; Koncentrationsförordningen. Premiss 30.

Kommissionens prövning i fas två är som den i fas ett fast med skillnaden att den är mer rigorös. De möjliga utfallen i fas två är:

- (i) sammanslagningen godkänns om den uppfyller kriterierna och förklaras förenlig med den gemensamma marknaden; eller
- (ii) som (i) men kommissionen kombinerar sitt förenlighetsbeslut med villkor och ålägganden; eller
- (iii) sammanslagningen förbjuds om den är oförenlig med den gemensamma marknaden: eller
- (iv) sammanslagningen upplöses om den genomförts tidigt eller genomförts i strid med ett villkor för godkännande.<sup>10</sup>

Om parterna vill överklaga kommissionens beslut kan parterna begära resning till tribunalen och slutligen till europeiska unionens domstol.<sup>11</sup>

## 2.3 Vilka intressen ska normerna skydda?

Expansionen av EU, fullbordandet av den ekonomiska och monetära unionen samt den gemensamma marknaden kommer leda till betydande strukturförändringar, särskilt i form av sammanslagningar. Sammanslagningarna ska välkomnas i den mån de kan öka konkurrenskraft, förbättra förutsättningarna för tillväxt och höja levnadsnivån utan att den dynamiska konkurrensen blir lidande. Omstruktureringsprocessen kan på längre sikt skada konkurrensen och åtgärder måste vidtas för att bibehålla en effektiv konkurrens.<sup>12</sup>

Samtidigt som parterna vill åtnjuta alla fördelar en sammanslagning kan medföra, t.ex. stordriftsfördelar, ökad köpkraft och ökade tekniska framsteg är konsumenternas välfärd en hörnsten och man ska i varje fall beakta sannolikheten för skada på konsumenterna<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Koncentrationsförordningen. Artikel 8. Kommissionen får även vidta interimistiska åtgärder och återkalla godkännande.

<sup>11</sup> FEUF. Artikel 263.

<sup>12</sup> Koncentrationsförordningen. Premiss 3,4,5.

<sup>13</sup> Kokkoris, Shelanski. a.a. Sida 4f; Kommissionär ansvarig för konkurrens, Joaquín Almunia. Competition – what's in it for consumers? Tal den 24 november 2011. Sida 3; Generaldirektör vid Generaldirektoratet för konkurrens, Alexander Italianer. "Quantity" and "quality" in economic assessments. Tal den 7 december 2011. Sida 3.

Det är en känslig balans mellan, att å ena sidan, tillåta och erkänna de välfärdsökande och konkurrensfrämjande effekterna som en sammanslagning innebär vilket är till fördel för konsumenterna, likaså att behålla de allmänna kommersiella och finansiella incitamenten för företagen att genomföra en sammanslagning<sup>14</sup>. Och å andra sidan, att identifiera, adressera och avvärja hot mot konkurrensen utan att oproportionerligt reducera de övergripande synergier av sammanslagningen så att parterna helt och hållet överger sina planer på sammanslagning<sup>15</sup>.

Sammanfattningsvis är det övergripande intresset att bibehålla en effektiv konkurrens med utrymme för sammanslagningar samtidigt som man värnar om konsumenten.

## **2.4 Aktörerna i sammanslagningsprocessen**

### **2.4.1 Aktörernas relationer till varandra**

De sammangående parterna anmäler sig till kommissionen som ska pröva förenligheten med den gemensamma marknaden. För att få kommissionens godkännande kan parterna nödgas att vidta åtgärder för att göra sammanslagningen förenlig med den gemensamma marknaden. Det kan t.ex. vara avyttringar av tillgångar men även andra åtaganden. Kommissionen konsulterar andra aktörer som är verksamma på samma marknad som parterna för att få deras syn på om åtagandena är tillräckliga för att förhindra en snedrivning av konkurrensen<sup>16</sup>. Marknadsaktörerna är oftast konkurrenter till parterna men kan även vara samarbetspartners<sup>17</sup>. Marknadsaktörerna kan även ikläda sig rollen som köpare av tillgångarna som parterna ska avyttra<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Hoeg. a.a. Sida 2, 28.

<sup>15</sup> Hoeg. a.a. Sida 28;

Exempel på övergivande av sammanslagning: SCJ/Sara Lee (M.5969 2011) och Competition policy newsletter 2011-1. Sida 28.

<sup>16</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 79 (d), 80, 91 (d); Kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 7 april 2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (Tillämpningsförordningen). Artikel 16; Koncentrationsförordningen. Artikel 18.

<sup>17</sup> Hoeg. a.a. Sida 59.

<sup>18</sup> Air Liquide/Messer Targets (M.3314 2004). Stycke 219.

För att illustrera problematiken som kan uppstå ges ett exempel: A vill förvärva B och anmäler sig till kommissionen. För att få kommissionens godkännande åtar sig A att avyttra ett antal fabriker. Kommissionen konsulterar marknadsaktörerna och marknadsaktör Z invänder och uppger att A borde avyttra ytterligare ett antal fabriker för att bibehålla en effektiv konkurrens. Den egentliga anledningen för invändningen är att Z vill köpa fler av A:s fabriker. Z hoppas även på att göra ett kap då det finns en möjlighet att A måste sälja fabrikerna utan något lägsta pris<sup>19</sup>. A känner sig pressad och vill få ett godkännande av kommissionen och åtager sig därför att avyttra det högre antalet fabriker. Men A har däremot inget intresse av att Z ska bli en starkare konkurrent och kommer därför försöka sabotera fabrikerna innan Z övertar fabrikerna<sup>20</sup>.

## 2.4.2 Kommissionens intentioner

Kommissionen vill ha åtaganden som helt eliminerar och är proportionella till konkurrensproblemet<sup>21</sup>. Kommissionen strävar efter att begränsa osäkerhet och har avfärdat åtaganden för att kommissionen tidigare upplevt praktiska implementeringsproblem med liknande åtaganden i ett annat fall<sup>22</sup>. Ett flertal sammanslagningar har förbjudits på grund av att de förslagna åtgärderna har varit för omfattande och komplexa och därför varit svåra att effektivt övervaka vilket i sin tur äventyrar åtagandenas effektivitet<sup>23</sup>.

Kommissionen har konsekvent föredragit strukturella åtaganden<sup>24</sup>. Strukturella åtaganden är i regel att föredra då dessa varaktigt hindrar de konkurrensproblem som sammanslagningen medför och dessutom inte kräver några utdragna

---

<sup>19</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 121.

<sup>20</sup> MRS. Sida 72f.

<sup>21</sup> Koncentrationsförordningen. Premiss 30.

<sup>22</sup> MCI WorldCom/Sprint (M.1741 2000). Stycke 339; Europeiska kommissionen, XXX:e rapporten om konkurrenspolitiken 2000, Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, Luxemburg, 2001. Sida 79.

<sup>23</sup> Tillkännagivande från kommissionen om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 och kommissionens förordning (EG) nr 447/98 (2001/C 68/03) (2001 års tillkännagivande). Stycke 32, Fotnot 38; EDP v Commission (T-87/05 2005). Stycke 102.

<sup>24</sup> Hoeg. a.a. Sida 44.

övervakningsåtgärder. Andra typer av åtaganden kan dock inte uteslutas.<sup>25</sup> Avyttringsåtgärder är den vanligaste typen av strukturella åtaganden och enligt kommissionens etablerade praxis måste åtagandet bestå av en livskraftig affärsrörelse som, om den sköts av en lämplig köpare, på ett varaktigt sätt effektivt kan konkurrera med den sammanslagna enheten, och som avyttras som ett fortlevande företag<sup>26</sup>.

### 2.4.3 De sammangående parternas intentioner

Parternas övergripande mål är att åtaga sig så lite som möjligt för att behålla de förutsedda synergier och effektivitetsvinsterna sammanslagningen medför, samtidigt som parterna vill få kommissionens godkännande<sup>27</sup>. Detta beror på flertalet överväganden, framförallt vill naturligtvis parterna inte förstärka konkurrenterna, parterna vill säkerställa att konkurrensen är så svag som möjligt<sup>28</sup>. Parterna har kommersiella incitament att avyttra mindre attraktiva tillgångar eller otillräckliga åtgärdspaket eller, mer extremt, sabotera överföringen av tillgångarna för att nämna några av de s.k. ”dirty tricks” som används med förhoppning om att kommissionen eller förvaltaren inte upptäcker dessa<sup>29</sup>.

Parterna ställs inför talrika kostnader under sammanslagningsprocessen och vill därför kontrollera processen för att hålla kostnaderna till ett minimum. Parterna tenderar att vilja undvika initieringen av fas två då detta leder till ökade kostnader och att klagande tredje män (konkurrenter i synnerhet) får längre tid att argumentera sina invändningar till kommissionen.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 15.

<sup>26</sup> ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup, Merger Remedies Review Project, Report for the fourth ICN annual conference, Bonn, June 2005. Stycke 3.8; 2008 års tillkännagivande. Stycke 23.

<sup>27</sup> Hoeg. a.a. Sida 32.

<sup>28</sup> Jfr Motta, Massimo, *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press, New York, 2004. Sida 267.

<sup>29</sup> MRS. Sida 72f.

<sup>30</sup> Hoeg. a.a. Sida 32-33.

## 2.4.4 Tredje part, konkurrenter, köpare av avyttring

Andra marknadsaktörers främsta prioritet är transparens, i den meningen att de vill bli hörda och konsulterade om möjliga åtaganden så att de kan föra sin agenda innan kommissionen slutligen bestämt sig. Vidare vill marknadsaktörerna att ett ”fas två förfarande” inleds, innebärande att marknadsaktörerna kommer åtnjuta förstärkta procedurella rättigheter och att parterna kommer granskas extra noga.<sup>31</sup>

Som nämnts ovan kan andra marknadsaktörer vara intresserade av att köpa de avyttrade tillgångarna utan något lägsta pris och för att realisera detta har potentiella köpare saktat ner avyttringsprocessen för att förbättra förhandlingsläget gentemot parterna.<sup>32</sup>

Köparen av avyttringen kan ha reducerade incitament att konkurrera om köparen erhåller den avyttrade verksamheten gratis eller till ett nedsatt pris. Samt att ett försäljningspris under likvidationsvärdet kan vara ett indicium att förvärvaren avser att likvidera tillgångarna, vilket skulle förstöra effekten av åtagandena.<sup>33</sup>

Det har även inträffat att potentiella köpare som inte lyckades köpa avyttringarna har överklagat till tribunalen och yrkat att sammanslagningen skulle förklaras ogiltig, med den implicita agendan att ogiltighet skulle resultera i en andra möjlighet att förvärva tillgångarna i fråga.<sup>34</sup>

## 2.4.5 Sammanfattning

Alla inblandade har olika och ibland avvikande intressen, samt en egen agenda i sammanslagningsprocessen<sup>35</sup>. Det opportunistiska beteendet förstärks av de signifikanta informationsasymmetrier som existerar. Parterna och marknadsaktörerna vet mer om

---

<sup>31</sup> Hoeg. a.a. Sida 33-34.

<sup>32</sup> MRS. Sida 73.

<sup>33</sup> MRS. Sida 104;  
Lindsay, Alistair & Berridge, Alison., *The EU merger regulation: substantive issues*, 4. ed., Sweet & Maxwell, London, 2012. Sida 670.

<sup>34</sup> Dorte. a.a. Sida 34. Som hänvisar till *Éditions Odile Jacob SAS v Commission, Lagardère SCA (C-551/10 P 2012)* och *Éditions Odile Jacob SAS v Commission (T-279/04 2010)*.

<sup>35</sup> Liknande problem uppstår mellan aktörerna i USA:s sammanslagningsprocess. Se *A study of the commission's divestiture process*, Prepared by the Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, William J. Baer, Director, 1999. Sida 16-26.



hur marknaden fungerar än kommissionen<sup>36</sup>. Parterna vet mer om tillgångarna som avyttras än en potentiell köpare. Samtidigt som parterna är i händerna på kommissionen måste kommissionen basera sitt beslut på den information de får från parterna och marknadsaktörerna.

## 3 Uppkomsten av förvaltarinstitutet

Den 15 mars 1994 cirka tre år efter ikraftträdandet av den äldre koncentrationsordningen beslutas det att den första avyttringsförvaltaren ska utses<sup>37</sup>.

Sju år senare i 2001 års tillkännagivande stipuleras det att kommissionen, för att garantera åtagandenas genomförbarhet, kan förena sitt godkännande med villkoret att åtagandena ska uppfyllas till fullo t.ex. genom en skyldighet för parterna att föreslå en förvaltare. Eftersom kommissionen inte dagligen direkt kan övervaka den verksamhet som skall avyttras utses en avyttringsförvaltare med ansvar för att övervaka genomförandet av åtagandena. Kommissionen kan inte heller från dag till dag delta i förvaltningen av avyttringen. Därför utses en särskiljande förvaltare som under en övergångsperiod bevarar verksamheten intakt. Avyttringsförvaltaren kan också få uppgiften att visa för kommissionen att den föreslagna köparen uppfyller kraven i åtagandet, dvs. köparkriterierna. 2001 års tillkännagivande fick genomslag. Och år 2001 tillsattes förvaltare i alla ärenden som ledde till godkännande på vissa villkor utom ett.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 7.

<sup>37</sup> Hoeg. a.a. Sida 127;  
Unilever France/Ortiz Miko (M.442 1994). Stycke 5 och 27;  
Europeiska kommissionen, XIV:e rapporten om konkurrenspolitiken 1994, Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, Luxemburg, 1995. Stycke 319.

<sup>38</sup> 2001 års tillkännagivande. Stycke 12, 50-53, 58;  
Europeiska kommissionen, XXI:e rapporten om konkurrenspolitiken 2001, Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, Luxemburg, 2002. Stycke 293.

Därefter kom BPG den 2 maj 2003 som introducerade den särskiljande skötaren<sup>39</sup> vilket resulterade i att den särskiljande förvaltarens funktion övertogs och delades upp mellan den särskiljande skötaren och den övervakande förvaltaren. Möjligheten för förvaltaren att utse rådgivare på bekostnad av parterna infördes.<sup>40</sup>

Det riktiga erkännandet av förvaltarinstitutet kom den 22 oktober 2008 i den s.k. ”remedies reform” bestående av:

- (i) 2008 års tillkännagivande med ytterligare förtydliganden rörande förvaltaren; och
- (ii) kommissionens förordning (EG) nr 1033/2008 av den 20 oktober 2008 om ändring av förordning (EG) nr 802/2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (ändringsförordningen) som införde en uttrycklig artikel om förvaltaren i koncentrationsförordningen, artikel 20a, vilket inte funnits tidigare<sup>41</sup>. Och mellan 2005 och 2010 innehöll 91 av de 99 villkorade godkännandena en förvaltarklausul, man kan härmed med säkerhet konstatera att förvaltarskapet definitivt blivit inrättat<sup>42</sup>.

Efter mer än 20 års utveckling är det i dagsläget etablerad praxis att övervakande förvaltare tillsätts i stort sett alla fall och att förvaltaren är oumbärlig för ett ordentligt och tidsenligt genomförande av åtagandena<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> N.B. särskiljande *skötaren*. Åtskillnaden mellan ”hold-separate trustee” och ”hold-separate manager” i de engelska versionerna av 2001 års tillkännagivande och 2008 års tillkännagivande görs inte i de svenska versionerna av tillkännagivandena där begreppet ”särskiljande förvaltare” genomgående används. Denna åtskillnad är att föredra då den bidrar till tydligheten. Se Hoeg. a.a. Sida 146 för mer om den särskiljande skötaren.

<sup>40</sup> Kommissionens pressmeddelande IP/03/614, Brussels, 2 May 2003: BPG: Explanatory note. Stycke 21, 32: Hoeg. a.a. Sida 146. Fotnot 169.

<sup>41</sup> Hoeg. a.a. Sida 13.

<sup>42</sup> Jonas S Brueckner, Thomas Hoehn, Monitoring Compliance with Merger Remedies – The Role of the Monitoring Trustee, Competition law international, 2010. Sida 73.

<sup>43</sup> Hoeg. a.a. Sida 127.

# 4 Förvaltaren

## 4.1 Allmänt om förvaltaren

Förvaltarskapet i sammanslagningsprocessen är unikt på det sättet att förvaltaren agerar på uppdrag av och under tillsyn av kommissionen men är föreslagen av och får sin ersättning av parterna. Förvaltarens mandat grundar sig på ett avtal<sup>44</sup> mellan enbart parterna och förvaltaren, samtidigt ska förvaltaren vara oberoende från parterna och kan bara ta instruktioner från kommissionen. Det råder alltså en tredelad relation mellan kommissionen, parterna och förvaltaren.<sup>45</sup>

Parterna föreslår en eller flera möjliga förvaltare, ett utkast till en arbetsplan och de fullständiga villkoren för mandatet till kommissionen som sedan bedömer om den föreslagna kandidaten är lämplig för det specifika fallet<sup>46</sup>. Oberoendet är avgörande för att förvaltaren ordentligt ska sköta uppgiften å kommissionens vägnar och kunna slå vakt om sin trovärdighet gentemot tredje man. Förslagna förvaltare som samtidigt är parternas revisorer eller investeringsrådgivare i eventuell avyttring godtas ej. Relationer mellan parterna och förvaltaren leder dock inte till några intressekonflikter om dessa relationer inte inkräktar på förvaltarens objektivitet och oberoende när denne fullgör sina uppgifter. Det är parternas skyldighet att förse kommissionen med tillräcklig information så att kommissionen kan kontrollera att förvaltaren uppfyller kraven. Förutom oberoende ska förvaltaren även ha nödvändiga kvalifikationer för att utföra sitt uppdrag och får inte vara eller bli föremål för en intressekonflikt.<sup>47</sup>

Kommissionen fäster stor vikt vid att ha och har numer en konstant förbindelse till förvaltaren genom hela förvaltaruppdragets varaktighet. Dessutom anser kommissionen att det är essentiellt att den har en direkt och omedelbar tillgång till förvaltaren utan inblandning av parterna. Förvaltaren är relativt självstyrande i sitt dagliga arbete men utför sitt arbete under kommissionens kontroll. Samverkan mellan kommissionen och

---

<sup>44</sup> Avtalet baseras på BPG: Trustee Mandate (Malltext för förvaltaruppdrag).

<sup>45</sup> Koncentrationsförordningen. Artikel 20a; Hoeg. a.a. Sida 127.

<sup>46</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 123, 124.

<sup>47</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 124, 125.

förvaltaren består oftast av ett inledande möte som är den första kontakten efter utnämningen av förvaltaren. På det inledande mötet orienterar kommissionen förvaltaren på de viktigaste punkterna i det villkorade godkännandebeslutet relevanta för efterlevandet av övervakningen och ser till att förvaltaren förstått åtagandena. Kommissionen går även igenom arbetsplanen. Majoriteten av sambandet består av förvaltarens skyldighet att periodiskt (vanligtvis månadsvis) och på kommissionens begäran rapportera till kommissionen. Kommissionen fäster stort värde vid förvaltarens åsikt, även dess utvärdering av föreslagna köpare.<sup>48</sup>

Förvaltaruppdraget/mandatet ska innehålla alla bestämmelser som behövs för att förvaltaren ska kunna fullgöra sina uppgifter och innehåller även bestämmelser om ersättning från parterna. Ersättningen får inte vara utformad så att den inkräktar på förvaltarens oberoende och effektivitet. Tidigare erfarenhet visar att en fast avgift tenderar att begränsa tiden och uppmärksamheten en förvaltare lägger ner på uppgiften, därför föredrar kommissionen timtaxa. En timtaxa kan dock de facto få effekten av en carte blanche, och i ett fall har kommissionen ingripit då förvaltarens avgift ansågs överdriven och oproportionell.<sup>49</sup>

När förvaltaren har utfört åtagandena ska förvaltaren rikta en begäran att entledigas till kommissionen, detta sker t.ex. när äganderätten till den verksamhet som ska avyttras har överförs. Förvaltaren kan dock återinsättas om kommissionen efterhand anser att de berörda åtagandena inte har genomförts fullständigt och korrekt. Förvaltaren kan även bli ersatt t.ex. om förvaltaren blir föremål för en intresse motsättning.<sup>50</sup>

Beroende på hur åtagandena är utformade kan kommissionen vid behov offentliggöra förvaltarens identitet och en sammanfattning av dennes uppgifter. Det samma gäller huruvida den övervakande förvaltaren kan vara samma person eller institution som avyttringsförvaltaren. Förvaltarens övergripande syfte är att övervaka genomförandet av åtagandena och/eller verkställa en eventuell avyttring.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Hoeg. a.a. Sida 136. Sida 137, Fotnot 100. Sida 187;  
Ändringsförordningen. Artikel 20a;  
2008 års tillkännagivande. Stycke 119;  
Malltext för förvaltaruppdrag. Stycke 16-20;  
Éditions Jacob v Commission (T-452/04 2010) Stycke 109-117.

<sup>49</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 126;  
MRS. Sida 94.

<sup>50</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 125, 127.

<sup>51</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 72, 119, 123, 126.

## 4.2 Den övervakande förvaltaren

Kommissionen kan inte ständigt kan övervaka hur åtagandena genomförs och därför måste parterna i de flesta fall föreslå en övervakande förvaltare som ska övervaka hur parterna fullgör åtagandena. Särskilt skyldigheterna under övergångsperioden och under en eventuell avyttringsprocess. Övergångsperioden sträcker sig från antagandet av kommissionens beslut fram till dess att åtagandena uppfylls eller avyttringen slutförs. Dvs. att verksamheten rättsligt och i praktiken överläts på köparen. Avyttringsprocessen är den fastställda tidsfristen som avyttringen måste slutföras inom, se avsnitt 4.3 Avyttringsförvaltaren.<sup>52</sup>

Omedelbart efter kommissionens beslut är det av väsentlig vikt att en övervakande förvaltare omedelbart tillsätts och således bör parterna föreslå en lämplig förvaltare i och med beslutet. I regel anges det i åtagandena att den anmälda koncentrationen först kan genomföras när en övervakande förvaltare har godkänts av kommissionen och att en övervakande förvaltare kommer att föreslås inom två veckor från beslutets antagande. Innan denna typ åtagande blev standardförfarande kunde parterna genomföra huvudtransaktionen och se till att en övervakande förvaltare inte tillsattes för än långt efter kommissionens godkännandebeslut. Parterna hade då två veckor på sig från beslutets antagande att föreslå en övervakande förvaltare. Om inget av förvaltarförslagen godkändes av kommissionen fick parterna ytterligare en vecka på sig från det att parten blev informerad om avslaget att föreslå nya förvaltarekandidater. Om även parternas andra förvaltarförslag nekades av kommissionen blev det upp till kommissionen att nominera en kandidat, och från och med detta beslut hade parterna en till vecka på sig att formellt förordna den övervakande förvaltaren. Parterna kunde alltså framgångsrikt urholka funktionen övervakningsförvaltaren ska tjäna genom att föreslå olämpliga övervakningsförvaltare i sista stund och därigenom skjuta upp tillsättandet av övervakningsförvaltaren med mer än en månad. Detta ska ses mot bakgrunden att i 18% av de fall med avyttringsåtaganden som granskades i MRS tillsattes förvaltaren senare än två månader och i 42% av fallen tillsattes förvaltaren inom den andra månaden. Då åtagandena i stort sett alla fall stipulerar att en övervakande förvaltare utses gör

---

<sup>52</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 36, 117.

kommissionen inte en systematisk och individuell bedömning om en övervakande förvaltare faktiskt behövs i det aktuella fallet.<sup>53</sup>

Kommissionen bedömer de nödvändiga kvalifikationerna med beaktande av kraven i det specifika fallet, inklusive det geografiska området och den berörda sektorn. Redovisningsföretag och andra konsultföretag kan vara särskilt väl lämpade att sköta en övervakande förvaltares uppgifter. Även enskilda med branschfarenhet från den förevarande branschen kan vara lämpade om de har tillräckliga resurser.<sup>54</sup>

Den övervakande förvaltaren ska betraktas som kommissionens ”ögon och öron” och ses som en ”mångsysslare” snarare än en specialist som besitter specifik expertis riktad mot en speciell aspekt av implementeringen av åtgärderna. Då varje sammanslagning är unik anpassas den övervakande förvaltarens funktion till varje fall och kan modifieras under uppdraget. De övergripande uppgifter den övervakande förvaltaren ska genomföra fastställs i regel i åtagandena och beskrivs närmare i en arbetsplan. Dessa kan kompletteras med instruktioner och förhållningsregler från kommissionen. I förvaltaruppdraget anges förvaltarens plikter och skyldigheter mer precist. Förvaltaren får även föreslå parterna åtgärder han eller hon anser sig behöva för att utföra sitt uppdrag. Oavsett de lösningar som behövs i det unika fallet listar (listan är icke uttömmande) kommissionen de fem viktigaste uppgifterna som den övervakande förvaltaren ska utföra:

- (i) övervaka garantierna under övergångsperioden för den verksamhet som ska avyttras;
- (ii) i fall som omfattar avskiljande övervaka och godkänna delningen av tillgångar och fördelningen av anställda mellan den avyttrade verksamheten och de verksamheter som parterna behåller samt övervaka dubblingen av tillgångar och de funktioner som tidigare sköts av parterna;
- (iii) övervaka parternas ansträngningar att hitta en lämplig köpare och överlåta verksamheten på denna;
- (iv) fungera som kontaktställe för frågor rörande åtagandena från tredje parter, särskilt potentiella köpare; och

---

<sup>53</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 123;  
BPG: Divestiture Commitments Stycke 23-26;  
MRS. Sida 89;  
Hoeg. a.a. Sida 140.

<sup>54</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 125.

(v) rapportera till kommissionen.<sup>55</sup>

Utan parternas stöd och medverkan skulle den övervakande förvaltarens uppgift te sig mycket svår. Därför anges det utförligt i åtagandena att den övervakande förvaltarens behov av assistans ska tillgodoses. Biträdet kan bestå av tillgång till parternas och den avyttrade verksamhetens böcker och räkenskaper om och så länge som det är relevant för genomförandet av åtagandena, hjälp av parterna när det gäller ledning och förvaltning, information om potentiella köpare och om hur avyttringsprocessen utvecklas samt tillgång till information som lämnas till potentiella köpare. Kommissionen ser till att förvaltaren får det stöd han eller hon behöver från parterna för att kunna fullgöra sina uppgifter och kommissionen kan även delge förvaltaren den information kommissionen har om parterna. Naturligtvis är förvaltaren skyldig att behandla informationen förtroligt.<sup>56</sup>

Vid ett avyttringsåtagande kontrollerar den övervakande förvaltaren att verksamheten som ska avyttras drivs och förvaltas väl som en fristående verksamhet under övergångsperioden. Detta genomförs bl.a. genom att den särskiljande skötaren agerar under den övervakande förvaltarens överinseende. Den övervakande förvaltaren får ge den särskiljande skötaren instruktioner och kan avsätta den särskiljande skötaren om denne äventyrar ett snabbt och korrekt genomförande av åtagandena eller inte agerar i enlighet med åtagandena. En senare utnämning av en ny särskiljande skötare ska godkännas av den övervakande förvaltaren. När parterna avskiljer verksamheten som ska avyttras sker det under den övervakande förvaltarens överinseende i samarbete med den särskiljande skötaren. Om verksamheten som avyttras har bolagsform och det förefaller nödvändigt att strikt särskilja bolagsstrukturerna bör parternas rättigheter som aktieägare överföras till den övervakande förvaltaren som ska utöva rösträtten och utnämna styrelseledamöter med avyttringsverksamhetens bästa som imperativ. Det är därför avgörande att den övervakande förvaltaren har genomgående insikt och förståelse för affärsverksamheten då utövandet av aktierättigheterna ger en signifikant beslutsmakt och involverar att fatta kommersiellt viktiga beslut i avvaktan på avyttring. Emellanåt kan kommissionen tillåta att den övervakande förvaltaren röstar i endast

---

<sup>55</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 118, 119; Hoeg. a.a. Sida 140.

<sup>56</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 120.

överensstämmelse med parterna, t.ex. vid ökning av det egna aktiekapitalet då detta resulterar i en betydande finansiell belastning för parterna.<sup>57</sup>

Vid ett avyttringsåtagande måste även den övervakande förvaltaren vara på vakt mot frivilliga tillägg av tillgångar till avyttringsverksamheten från parterna. Med förvändningen att göra avyttringsverksamheten mer attraktiv lägger parterna på eget initiativ till kompletterande tillgångar. Dessvärre har det visat sig att tillgångar lagts till för att hindra en effektiv implementering av åtagandena. Detta har skett genom att mindre lönsamma tillgångar lagts till för att belasta en eventuell köpare eller genom att lägga till tillgångar som inte har något samband med åtagandena, perifera tillgångar, för att attrahera köpare som är mer intresserade av dessa än av ”huvudtillgången” med målet att garantera att köparen inte kommer att konkurrera i framtiden.<sup>58</sup>

Då kommissionen nödvändigtvis inte är direkt delaktig i valet av avyttringsköpare fram tills att en slutlig kandidat kvarstår, är det avgörande att den övervakande förvaltaren bibehåller sin professionalism och integritet i avyttringsprocessen. Parterna kommer att vilja föreslå den minst lämpade köparen som kan godtas och kommissionen måste helt enkelt lita på att den övervakande förvaltaren har säkerställt att urvalsprocessen faktiskt genomförts i åtagandenas anda.<sup>59</sup>

För att öka transparensen har även kommissionen på senare år ändrat sitt arbetssätt och publicerar nu den övervakande förvaltarens identitet och kontaktinformation i anslutning till respektive ärende på generaldirektoratet för konkurrens hemsida. Tidigare ansågs godkännande av den övervakande förvaltaren tillhöra processen och gjordes inte offentliga. Kontakten mellan den övervakande förvaltaren och intresserade tredje män, potentiella köpare, har därmed underlättats.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 111, 112, 114, 118; Malltext för förvaltaruppdrag. Stycke 7 (d); Hoeg. a.a. Sida 141; VEBA/VIAG (M.1673 2000). Punkt I.3.

<sup>58</sup> MRS. Sida 32.

<sup>59</sup> Hoeg. a.a. Sida 169, 170.

<sup>60</sup> Hoeg. a.a. Sida 128, 193.



## 4.3 Avyttringsförvaltaren

Tillsättandet av avyttringsförvaltaren, liksom den övervakande förvaltaren, ska föreslås av parterna för att parternas åtaganden ska bli verkningsfulla och så att kommissionen ska kunna garantera att den ändring kommissionen föreslagit faktiskt genomförs. Enligt nuvarande arbetsätt tillsätts avyttringsförvaltare i så gott som alla avyttringsåtaganden. Det har visat sig att investeringsbanker förefaller särskilt lämpade för rollen som avyttringsförvaltare.<sup>61</sup>

Avyttringsprocessen som grundar sig i kommissionens praxis börjar i regel löpa från den dag då kommissionens beslut antas och består av två frister. En frist för ingående av ett slutligt avtal och en frist för fullbordande av transaktionen, den formella överlåtelsen av äganderätten. Tidsfristen för att ingå ett bindande slutligt avtal delas ytterligare upp i en första frist då parterna ska hitta en lämplig köpare (den första avyttringsfristen) och, en andra frist då en avyttringsförvaltare får ett mandat att avyttra verksamheten utan något lägsta pris (förvaltarens avyttringsfrist). Tillsättandet av avyttringsförvaltaren ska ske minst en månad före utgången av den första avyttringsfristen så att mandatet kan träda i kraft när förvaltarens avyttringsfrist börjar löpa. Parterna kan dock lämna in en begäran om att ändra åtagandena och förlänga den första avyttringsfristen. Något som kommissionen godtar om parterna har lagt fram goda skäl endast om de inte kunnat hålla tidsfristen av orsaker som parterna inte bär ansvaret för. Och om det kan förväntas att parterna är bättre lämpade än avyttringsförvaltaren att framledes lyckas avyttra verksamheten på kort tid.<sup>62</sup>

Om ingen lämplig köpare hittas av parterna kommer förvaltarens avyttringsfrist att initieras vilket innebär att avyttringsförvaltaren kommer att få ett oåterkalleligt och exklusivt mandat att under kommissionens överinseende avyttra verksamheten inom en viss tidsfrist till en lämplig köpare, utan något lägsta pris. I åtagandena ska avyttringsförvaltaren tillåtas skriva in sådana villkor i sälj- och köpeavtalet som han eller hon anser nödvändiga för en snabb försäljning, särskilt villkor som gäller ansvarsförbindelser, representation och garantier. Kommissionens förhandsgodkännande av en av parterna föreslagen köpare gäller även för avyttringsförvaltarens förslag av

---

<sup>61</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 121, 125; Hoeg. a.a. Sida 143.

<sup>62</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 72, 97, 99, 123.

köpare. När avyttringsförvaltaren kan presentera en köpare och nått ett slutligt avtal med denne ska avyttringsförvaltaren lägga fram ett motiverat och dokumenterat förslag för kommissionen. Beroende på omständigheterna kommer därefter avyttringsförvaltaren uppmanas att på ett tillfredsställande sätt tillrättalägga eventuella tvivel kommissionen har med den föreslagna köparen och visa att den föreslagna köparen faktiskt uppfyller de krav som ställs på en köpare.<sup>63</sup>

Utöver mandatet ska dessutom parterna ge avyttringsförvaltaren en omfattande fullmakt som inbegriper alla faser i avyttringsförfarandet. Samt att parterna ska stödja och informera avyttringsförvaltaren och samarbeta med denne på samma sätt som när det gäller den övervakande förvaltaren allt i enlighet med åtagandena.<sup>64</sup>

Kommissionens erfarenhet har visat att korta avyttringsfrister har stor påverkan på om avyttringen blir en framgång eller inte, eftersom avyttringsverksamheten annars utsätts för en längre period av osäkerhet. Kommissionen strävar därför efter att tidsfristerna ska vara så korta som det är praktiskt möjligt. Om risken är stor för att verksamhetens livskraft försämras under övergångsperioden kan tidsfristerna behövas kortas ner. Fristerna anpassas från fall till fall men i regel anser kommissionen att följande tidsavgränsningar är lämpliga för de olika fristerna. Omkring sex månader för den första avyttringsfristen och tre månader för förvaltarens avyttringsfrist. Fristen för fullbordande av transaktionen utgör ytterligare tre månader. Kommissionen har till och med i enstaka fall insisterat på en omedelbar överföring av avyttringstillgångarna till avyttringsförvaltaren och således förnekat parterna att avyttra tillgångarna själva.<sup>65</sup>

Ersättningen till just avyttringsförvaltare har enligt tidigare kutym bestått av en ersättningsform där arvodet var bundet till försäljningspriset av avyttringstillgången. Kommissionen har uttryckt sin oro över sådana arrangemang då de kan skapa en konflikt mellan kommissionens preferens för en snabb försäljning och avyttringsförvaltarens önskan att ta sig tid att hitta den högstbjudande för att maximera sin egna inkomst. För att beveka denna effekt skall nu sådan ersättningsform enligt BPG

---

<sup>63</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 101, 121.

<sup>64</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 122.

<sup>65</sup> 2008 års tillkännagivande. Stycke 98;  
YLE/TDF/DIGITA/JV (M.2300 2001) Annex. Stycke 1-18.

kompletteras med ett villkor att ett sådant arvode endast kan erhållas om avyttringstillgången säljs inom förvaltarens avyttringsperiod.<sup>66</sup>

Utifrån parternas perspektiv är tillsättandet av en avyttringsförvaltare ett oattraktivt beslut. Först ska det nämnas igen att förvaltarens avyttringsperiod är betydligt kortare än den första avyttringsperioden då kommissionen vill se en snabb försäljning av avyttringstillgången. Pressen på avyttringsförvaltaren att effektivt gallra ut bland de potentiella köparna är stor och avyttringsförvaltaren måste avbryta förhandlingar med en kandidat om kommissionen anser att kandidaten framstår som oacceptabel. För det andra vill parterna givetvis inte att avyttringsförvaltaren säljer avyttringstillgången utan något lägsta pris vid slutet av förvaltarens avyttringsperiod. Detta har naturligtvis påverkan på förhandlingsläget, potentiella köpare kommer köpslå och pruta så mycket som möjligt, vilket emellanåt har resulterat i att försäljningspriset har varit så lite som en euro. Parterna kan dock söka visst stöd att avyttringsförvaltaren har en skyldighet att ta vara på parternas legitima ekonomiska intressen innebärande att avyttringsförvaltaren måste välja det köperbudande som inbringar det högsta försäljningspriset. Parternas aversion mot avyttringsförvaltaren har resulterat i att ytterst få avyttringsförvaltare har satts i arbete över åren då parterna ser till att avyttra tillgången själva, och kommissionen har i en studie från 2004 erkänt att den haft ”begränsad erfarenhet” med avyttringsförvaltare, något som rimligen inte borde ha ändrats då incitamenten för att undvika aktiveringen av avyttringsförvaltaren varit ihållande.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Hoeg. a.a. Sida 138;  
MRS. Sida 93;  
BPG: Divestiture Commitments. Stycke 22.

<sup>67</sup> Hoeg. a.a. Sida 142, 143;  
Malltext för förvaltaruppdrag. Stycke 13, 15.

## 5 Analys och slutsatser

Av det som framhållits ovan kan man snabbt konstatera att förvaltarrollen innebär ett stort ansvar. Utöver att fullgöra sina skyldigheter gentemot kommissionen och parterna i den tredelade relation som sammanslagningsprocessen utgör har förvaltaren dessutom ansvar gentemot tredje man i dennes egenskap av potentiell köpare. Kravlistan på de egenskaper och färdigheter en förvaltare ska besitta kan göras lång, vilket är betingat av att korrigerande åtgärder vid sammanslagningar utgör komplexa processer. Oavsett om förvaltarens alla förtjänster motsvarar kravprofilen kvarstår frågan om den nuvarande regleringen avseende förvaltarskapet är adekvat.

Vi börjar med att försöka svara på frågan om den nuvarande regleringen av avyttringsförvaltaren medför ett effektivt förfarande för att avyttra avyttringstillgångarna ur konkurrenssynpunkt. Enligt rådande arbetssätt tillsätts avyttringsförvaltare i så gott som alla avyttringsåtaganden men det är inte med samma frekvens som avyttringsförvaltaren faktiskt sätts i arbete. Till stor del beror detta på parternas starka ogillande av det något kontroversiella exklusiva och oåterkalleliga mandat som förvaltaren har att sälja tillgången utan något lägsta pris. Mandatet tillsammans med avyttringsförvaltarens rätt att enligt åtagandena skriva in sälj- och köpevillkor såsom ansvarsförbindelser, representationsvillkor m.m. i avtalet fungerar som ett starkt incitament för att avyttra tillgången redan under den första avyttringsperioden, något kommissionen eftersträvar då den vill ha en så kort avyttringsfrist som möjligt. Sett ur konkurrenssynpunkt främjas konkurrensen av att en dominerande eller förstärkt ställning för parternas del undviks genom en snabb och effektiv avyttring. Samtidigt riskerar parterna att göra en förlustaffär om de positiva effekterna av sammanslagningen negeras av att avyttringstillgången säljs utan något lägsta pris eller till ett kraftigt underpris. Att de positiva effekterna från sammanslagningen uteblir måste anses vara det minst ogynnsamma utfallet då parterna är medvetna om risken som finns innan beslut fattas om en eventuell sammanslagning. Konstruktionen med starka incitament för en snabb avyttring får anses vara den mer önskvärda ordningen då den effektivt förhindrar att en dominerande eller förstärkt ställning skapas, något som är mycket svårt att avveckla i efterhand.

Är då den nuvarande regleringen av den övervakande förvaltaren tillräcklig för att övervaka de korrigerande åtgärderna på ett tillfredsställande sätt, och vad för slutsatser kan vi dra av tidigare erfarenheter från institutionen förvaltaren? Det är tydligt att övervakning av de korrigerande åtgärderna krävs under sammanslagningsprocessen. Informationsasymmetrin som råder mellan aktörerna i sammanslagningsprocessen utgör en grogrund för ett strategiskt beteende och om tillfälle ges kommer parterna och marknadsaktörerna agera illojalt mot kommissionen, något som klart framkommer av kommissionens interna utvärdering. Förhoppningsvis har kommissionen stävjat detta risktagande genom att se till att det numer anges i åtagandena att den anmälda koncentrationen först kan genomföras när en övervakande förvaltare har godkänts av kommissionen och att en övervakande förvaltare kommer att föreslås inom två veckor från beslutets antagande. Detta innebär att den övervakande förvaltaren kommer att kunna agera som kommissionens ”ögon och öron” och fylla sin funktion. Det genomgående temat är att kommissionen efter 20 år verkar ha kommit till rätta med regleringen av förvaltaren. Sedan normerna om förvaltaren introducerades verkar läget successivt ha stabiliserat sig till en process som ansluter till kommissionens intentioner. Tidigare utgjordes förvaltarens ersättning av en fast avgift vilket begränsade förvaltarens nit, nu består den av en timtaxa med tak. Man har insett att förvaltaren måste vara på vakt mot frivilliga tillägg av tillgångar till avyttringsverksamheten från parterna och att parterna kommer att föreslå den minst lämpade köparen, för att ge några exempel. De företag eller individer som utses som förvaltare har samlat erfarenhet, detta gäller även för kommissionen som förbättrat sin relation med förvaltaren. Sammantaget ges intrycket att den nuvarande regleringen är tillräcklig då läget har stabiliserat sig i ett av kommissionen önskat läge. Detta kan dock inte med säkerhet fastställas och kommissionen bör ta initiativ till en ny utredning av de frivilliga åtagandena för att kunna bedöma om hur det egentligen förhåller sig. Om institutionen med förvaltaren enligt den nya utredningen visar sig framgångsrik borde kommissionen behålla den rådande ordningen och förfina den. Om institutionen med förvaltaren fortfarande visar sig otillräcklig borde kommissionen överväga att förkasta den tredelade funktionen och istället överväga att hysa förvaltarfunktionen internt. Kommissionen sätter i dagsläget mycket förtroende till förvaltarens förmågor, dvs. till olika redovisnings- och konsultföretag, man borde ställa frågan om det inte vore bättre kommissionen har egna experter som enbart arbetar med att övervaka frivilliga åtaganden. Detta skulle då

behöva finansieras av en avgift, exempelvis en initial anmälningsavgift för att inte belasta kommissionens resurser. Det tål dock att diskutera huruvida det är en lämplig ordning att kommissionen fattar kommersiella beslut åt en affärsverksamhet.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck från Europeiska Unionen

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. EUT C 326, 26.10.2012, s.47

Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer. EGT nr L 395, 30.12.1989, s.1

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer. EGT nr L 24, 29.1.2004, s.1

Kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer. EGT nr L 133, 30.04.2004, s.1

Kommissionens förordning (EG) nr 1033/2008 av den 20 oktober 2008 om ändring av förordning (EG) nr 802/2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer. EUT nr L 279/3, 22.10.2008, s. 3

Kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 och kommissionens förordning nr 447/98. EGT nr C 68, 2.3.2001, s.3

Kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 och kommissionens förordning (EG) nr 802/2004. EUT nr C 267/1, 22.10.2008, s.1

# Litteratur

Hoeg, Dorte., European Merger Remedies: Law and Policy, Hart Studies in Competition Law volume 7, Oxford och Portland, Oregon, 2014.

Kokkoris, Ioannis & Shelanski, Howard., EU merger control: A Legal and Economic Analysis, Oxford, 2014.

Lindsay, Alistair & Berridge, Alison., The EU merger regulation: Substantive Issues, 4:e upplagan, London, 2012.

Motta, Massimo., Competition policy: theory and practice, New York, 2004.

# Elektroniska källor

Kopke, Alex., Kraak, Katharina., Levie, Damien., Menezes, Justin., Plas, Sandra & Tretton, Walter.,  
Merger Remedies Study: Public version, DG COMP, European Commission October 2005.

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf)

Hämtad den 2 december 2014.

Almunia, Joaquín.,

SPEECH/11/803, Competition – what's in it for consumers?

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-11-803\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-803_en.htm?locale=en)

Hämtat den 11 december 2014.

Italianer, Alexander.,

"Quantity" and "quality" in economic assessments

[http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011\\_15\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_15_en.pdf)

Hämtat den 11 december 2014.



Redaktörer: Coates, Kevin., Kienapfel, Philip & Lessenich, Christof.,

Competition policy newsletter: 2011> Number 1

[http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2011\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2011_1_en.pdf)

Hämtat den 11 december 2014.

Europeiska kommissionen

XXX:e rapporten om konkurrenspolitiken 2000, Allmän rapport om Europeiska unionens verksamhet — 2000

[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2000/sv.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2000/sv.pdf)

Hämtat den 12 december 2014.

ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup

MERGER REMEDIES REVIEW PROJECT, Report for the fourth ICN annual conference

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>

Hämtat den 12 december 2014.

Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission

A Study of the Commission's Divestiture Process, Public Version

<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/divestiture.pdf>

Hämtat den 2 december 2014.

Europeiska kommissionen

XXIVth report on Competition Policy 1994, General Report on the activities of the European Union — 1994

[http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM9095283](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM9095283)

Hämtat den 12 december 2014.

Europeiska kommissionen

XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken 2001, Allmän rapport om Europeiska unionens verksamhet — 2001

[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2001/sv.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2001/sv.pdf)

Hämtat den 12 december 2014.

Europeiska kommissionen

IP/03/614, Commission publishes best practice guidelines for divestiture commitments in merger cases

[europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-614\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-614_en.pdf)

Hämtat den 13 december 2014.

Brueckner, Jonas S & Hoehn,Thomas.,

Monitoring Compliance with Merger Remedies – The Role of the Monitoring Trustee

[http://www.competitionrx.com/documents/ArticlesAndReports/Brueckner u Hoehn Role%20of%20Monitoring%20Trustee CLI Sept 2010.pdf](http://www.competitionrx.com/documents/ArticlesAndReports/Brueckner_u_Hoehn_Role%20of%20Monitoring%20Trustee_CLI_Sept_2010.pdf)

Hämtat den 14 december 2014.

Europeiska kommissionen, generaldirektoratet för konkurrens

Explanatory note, Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best\\_practice\\_commitments\\_trustee\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf)

Hämtat den 2 december 2014.

Europeiska kommissionen, generaldirektoratet för konkurrens

Model texts for divestiture commitments, Standard Model for Divestiture Commitments,Version 5 December 2013

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/template\\_commitments\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/template_commitments_en.pdf)

Hämtat den 2 december 2014.

Europeiska kommissionen, generaldirektoratet för konkurrens

Model texts for trustee mandates, Standard Trustee Mandate, Version 5 December 2013

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee\\_mandate\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate_en.pdf)

Hämtat den 2 december 2014.

# Fallförteckning

## Mål från EU-domstolen

C-551/10 P      Éditions Odile Jacob SAS mot kommissionen, Lagardère SCA

## Mål från Tribunalen

T-279/04      Éditions Odile Jacob SAS mot kommissionen

T-452/04      Éditions Jacob mot kommissionen

T-87/05      EDP mot kommissionen

## Kommissionens beslut

M.442      Unilever France/Ortiz Miko

M.1673      VEBA/VIAG

M.1741      MCI WorldCom/Sprint

M.2300      YLE/TDF/DIGITA/JV

M.3314      Air Liquide/Messer Targets

M.5969      SCJ/Sara Lee