



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Rebecca Edvardsson

**Varaktig förändring av kontroll**  
En konkurrensrättslig utredning av transaktioner med  
"warehousing"-struktur och  
Europeiska kommissionens kontroll  
av den inre marknaden

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: Period 1 VT2022

# INNEHÅLL

SUMMARY	2
SAMMANFATTNING	4
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställning	10
1.3 Metod och material	10
1.4 Disposition	14
2 EU OCH MARKNADEN – EN INTRESSEKONFLIKT?	16
2.1 Introduktion	16
2.2 EU:s intresse för konkurrens	16
2.3 Marknadens och transaktionsparternas intressen	20
2.4 Sammanfattning	22
3 ”WAREHOUSING”-ARRANGEMANG	23
3.1 Introduktion	23
3.2 Vad är warehousing?	24
3.3 Varför används ”warehousing”-arrangemang?	27
3.4 Sammanfattning	28
4 KOMMISSIONENS KONTROLL – KONCENTRATIONSFÖRORDNINGEN	29
4.1 Introduktion	29
4.2 Företagskoncentration artikel 3	30
4.3 Undantag artikel 3(5)(a)	31
4.4 Transaktionsprocessen	32
4.5 Positiv anmälningsskyldighet artikel 4(1)	33
4.6 Fullföljdsförbud artikel 7(1)	35
4.7 Dispens artikel 7(3)	38
4.8 Artikel 101 FEUF	39
4.9 Sammanfattning	40
5 TOLKNING OCH TILLÄMPNING AV ”GUN-JUMPING”-REGLERNA	41
5.1 Introduktion	41
5.2 Fullföljdsförbudets räckvidd	41
5.2.1 Introduktion	41
5.2.2 Begreppet ”koncentration”	42
5.2.2.1 Förhållandet mellan artikel 3 och 7(1)	42
5.2.2.2 En enda koncentration	43
5.2.2.3 Succesiva transaktioner	46
5.2.2.4 Transaktioner som är beroende av varandra	47
5.2.3 Undantag artikel 3(5)(a)	49
5.2.4 Sammanfattning	50

<b>5.3</b>	<b>Positiv anmälningsplikt artikel 4(1)</b>	<b>50</b>
<b>5.4</b>	<b>Fullföljdsförbud artikel 7(1)</b>	<b>51</b>
5.4.1	Introduktion	51
5.4.2	Begreppet "genomföras"	52
5.4.3	En delvis genomförd koncentration	53
5.4.3.1	Introduktion	53
5.4.3.2	En enda koncentration	53
5.4.4	Begreppet "andra medel"	59
5.4.4.1	Introduktion	59
5.4.4.2	"Pre-closing"-covenanter och utbyte av affärskänslig information	59
5.4.4.3	Förändring av kontroll <i>de facto</i>	60
<b>5.5</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>62</b>
<b>6</b>	<b>ÄR "WAREHOUSING"-ARRANGEMANG FÖRBJUDNA?</b>	<b>64</b>
<b>6.1</b>	<b>Introduktion</b>	<b>64</b>
<b>6.2</b>	<b>Fullföljdsförbud artikel 7(1)</b>	<b>65</b>
6.2.1	Koncentration	65
6.2.1.1	a) Uppfyller den tillfälliga transaktionen i sig kriterierna för begreppet "koncentration"?	65
6.2.1.2	b) Kan den tillfälliga och slutliga transaktionen tillsammans ses som en enda koncentration?	66
6.2.1.3	Undantag artikel 3(5)(a)	75
6.2.2	Genomförande	76
6.2.2.1	a) Uppfyller den tillfälliga transaktionen i sig kriterierna för begreppet "genomföras"?	76
6.2.2.2	b) Uppfyller den slutliga transaktionen i sig kriterierna för begreppet "genomföras"?	77
6.2.2.3	c) Uppfyller den tillfälliga transaktionen och den slutliga transaktionen tillsammans kriterierna för begreppet "genomföras"?	78
<b>6.3</b>	<b>Positiv anmälningsplikt artikel 4(1)</b>	<b>78</b>
<b>6.4</b>	<b>Prövning av koncentrationen i sak</b>	<b>79</b>
<b>6.5</b>	<b>Under vilka förutsättningar är "warehousing"-arrangemang tillåtna?</b>	<b>80</b>
<b>6.6</b>	<b>Sammanfattande slutsats</b>	<b>82</b>
<b>7</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTAR</b>	<b>83</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>87</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>92</b>

# Summary

A transaction with a *warehousing structure* is a type of two-step transaction, where the seller first transfers the target company to an *interim buyer*, who in turn transfers the target company to an *ultimate buyer*. The interim buyer is used as a ‘warehouse’ for the shares until the *ultimate transaction* is approved by the European Commission, after which the ultimate transaction can be implemented. The purpose of a warehousing structure is to avoid, in whole or in part, prior notification to the Commission, Article 4(1) EUMR, and the stand still obligation, Article 7(1) EUMR, by constructing the transaction in such a way that the transaction falls outside the scope of the Merger Regulation, EUMR. In addition to reducing the risk of non-clearance by the Commission as well as reducing the required time for the concentration’s implementation, the arrangement allows for the implementation of concentrations that otherwise could not have been implemented.

Competition law aims to regulate the market in such a way that ideal competition arises – a pursuit of potential and effective competition with consumer welfare as its main objective. The purpose of the EUMR is to review mergers with a Community Dimension. The question of whether a transaction with a warehousing structure fall within the scope of the Merger Regulation is therefore interesting, as the balance between protecting the underlying purposes of both the parties of the transaction and the EU, comes to a head. In addition to this, there are only a few cases from the CJEU concerning the interpretation of the stand still obligation in Article 7(1) EUMR, and the Court has not given judgment in any case involving a transaction with a warehousing structure.

The purpose of this thesis is to study whether transactions with a warehousing structure fall within the scope of the Merger Regulation and whether they infringe the stand still obligation regulated in Article 7(1) EUMR. To achieve the purpose of the thesis, the EU legal dogmatic method has been used. Since competition law is characterized by economic theory, a legal economic perspective has been applied. In the concluding chapters of

the thesis a critical perspective has also been used, in order to analyze the results of the essay's investigation and discuss *de lege feranda*.

This thesis' investigation shows that the warehousing structure is not prohibited *in itself*. Despite this, it is unlikely that any variation of a transaction with a warehousing structure will not require prior notification and for it not to infringe the stand still obligation in some way. This is due, *inter alia*, to the Commission's communication of the CJN, and to its more limited interpretation of the Regulation in an ever-increasing number of merger control cases. In the few cases concerning the gun-jumping rules issued by the CJEU, the Court has interpreted the scope of the stand still obligation as somewhat more limited than the European Commission. Despite this, the thesis' investigation shows that it is unlikely that transactions with a warehousing structure will be able to avoid merger control by the Commission – a lasting change of the Commission's control.

# Sammanfattning

En transaktion med en "warehousing"-struktur är en typ av två-stegstransaktion som omfattar flera moment, där säljaren först överlåter målbolaget till en *tillfällig köpare* som i sin tur överlåter målbolaget till en *slutlig köpare*. Den tillfälliga köparen används som ett lager för aktierna fram tills den *slutliga transaktionen* blivit godkänd av Europeiska kommissionen, varefter den slutliga transaktionen kan genomföras. Syftet med ett "warehousing"-arrangemang är att helt eller delvis undkomma dels anmälningsplikten i artikel 4(1) koncentrationsförordningen, och dels fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen, genom att konstruera transaktionen på så sätt att transaktionen hamnar utanför koncentrationsförordningens tillämpningsområde. Förutom minskad risk för blockering av kommissionen och minskad tidsåtgång för koncentrationens genomförande, möjliggör strukturen ett genomförande av koncentrationer som annars inte hade kunnat genomföras.

Konkurrensrätten har till syfte att reglera marknaden på så sätt att ideal konkurrens uppstår – ett strävande efter potentiell och effektiv konkurrens med konsumenternas välbefinnande som huvudsyfte. Koncentrationsförordningens syfte är att förhandskontrollera koncentrationer med gemenskapsdimension. Frågan om "warehousing"-arrangemangets tillåtenhet är därför intressant, eftersom balansen mellan att skydda de bakomliggande syftena hos både transaktionsparterna och EU ställs på sin spets. Utöver detta finns endast ett fåtal mål från EU-domstolen om tolkningen av vilka åtgärder som kan omfattas av fullföljdsförbudet. Dessutom har domstolen inte meddelat dom i något mål gällande en transaktion med en "warehousing"-struktur.

Uppsatsen har till syfte att utreda om transaktioner med "warehousing"-struktur omfattas av koncentrationsförordningens räckvidd och om de är förbjudna enligt fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen. För att uppnå uppsatsens syfte används en rättsdogmatisk och EU-rättslig metod. Eftersom konkurrensrätten är präglad av ekonomisk teori används ett rättse-

konomiskt perspektiv. Även ett kritiskt perspektiv används i uppsatsens avslutande kapitel för att analysera resultatet av uppsatsens utredning och diskutera *de lege feranda*.

Uppsatsens utredning visar att transaktioner med "warehousing"-struktur inte är förbjudna *i sig*. Detta till trots, är utrymmet begränsat för att någon variant av ett "warehousing"-arrangemang skulle vara tillåten. Detta beror bland annat på kommissionens meddelande av CJN och snävare tolkning av förordningen i ett ständigt ökande antal av ärenden gällande förhandskontroll av koncentrationer. I de fåtal mål om "gun-jumping"-reglerna som EU-domstolen meddelat, har EU-domstolen tolkat fullföljdsförbudets räckvidd som något mer begränsad än kommissionen. Trots detta visar uppsatsens utredning att det är osannolikt att "warehousing"-arrangemang i framtiden kommer att undgå förhandskontroll av kommissionen – en varaktig förändring av kommissionens kontroll.

# Förord

Efter 4,5 år är jag äntligen här, med ett färdigt examensarbete! För det har jag att tacka många olika personer som alla inverkat på ett eller annat sätt på min tid och utveckling som juriststudent. Tack till alla de som undervisar på juridiska fakulteten som utmanat mig och tålmodigt lyssnat på alla mina frågor samt mina kurskamrater som ständigt har bistått med nya perspektiv på juridiken och dess problematik. Jag vill rikta ett särskilt tack till min handledare, Katarina Olsson, som gett mig stöd, visat ett stort intresse för mitt uppsatsämne samt givit mig värdefull handledning och hjälp under arbetets gång. Vidare vill jag även tacka advokat Martin Erling som granskat min uppsats med kritiska ögon, vilket har lett till betydelsefulla diskussioner.

Tiden som student har ibland inneburit sina prövningar för mig men när jag tänker tillbaka på dessa år som studerande överskuggar det inte allt fantastiskt som jag upplevt som juriststudent. I stället tänker jag på en tid förgylld av mina vänner på juristprogrammet, i Juridiska Föreningen och i Utrikespolitiska Föreningen. Jag vill i synnerhet tacka min älskade Axel och min fantastiska vän Alexandra, som båda har bistått mig med ett osvikligt stöd vid författandet av denna uppsats. Slutligen vill jag också särskilt tacka min familj som aldrig slutat tro på mig.

Lund, maj 2022.

*Rebecca Edvardsson*



# Förkortningar

CJEU	Court of Justice of the European Union
CJN	Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (Consolidated Jurisdictional Notice)
DD	Due diligence
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	(EUD) Europeiska unionens domstol
EUMR	Förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (European Union Merger Regulation)
FEUF	Fördraget om EU:s övergripande och konstitutionella funktion
FoU	Forskning och utveckling
KF	(Koncentrationsförordningen) Förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer
KL	Konkurrenslag (2008:579)
Kommissionen	Europeiska Kommissionen
LOI	Letter of intent
NDA	Non-disclosure agreement
R&D	Research and development
RM	Relevant marknad
Rådet	Europeiska unionens råd
SIEC-testet	“Significant Impediment to Effective Competition”-testet
SPA	Share purchase agreement
TMSC	Toshiba Medical Systems Corporation

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Konkurrensrätten, som präglas av ekonomisk teori, har till syfte att reglera marknaden på så sätt att ideal konkurrens uppstår – ett strävande efter potentiell och effektiv konkurrens med konsumenternas välbefinnande som huvudsyfte.<sup>1</sup> Koncentrationsförordningen<sup>2</sup> är en del av EU:s regelverk för konkurrensrätt. Förordningens syfte är att förhandskontrollera koncentrationer med gemenskapsdimension.<sup>3</sup> En för strikt tillämpad koncentrationskontroll kan dock riskera att få oönskade konsekvenser för andra skyddsvärda intressen inom gemenskapen.<sup>4</sup> Koncentrationer som hindrats mot bakgrund av skydd av konkurrens skulle potentiellt ha kunnat bidra till ny innovation (exempelvis nya läkemedel), vilket skulle kunnat ha ökat unionens folkhälsa, varför en balans mellan skydd av konkurrens och andra skyddsvärda intressen är påkallad.<sup>5</sup> Ur ett rättsekonomiskt perspektiv kan även en för strikt koncentrationskontroll riskera att minska samhällets totala välbefinnande, eftersom samhällets välbefinnande är beroende av individuellt välbefinnande, uppnått via frivilliga avtal, såsom de företagskoncentrationer koncentrationsförordningen omfattar.<sup>6</sup>

Denna problematik ställs på sin spets när företag använder sig av en så kallad ”warehousing”-struktur i en transaktion.<sup>7</sup> ”Warehousing”-strukturen är en särskild typ av två-stegstransaktion (eng. *two-step merger*) som har till

---

<sup>1</sup> Jfr. Whish & Bailey (2012) s. 818.

<sup>2</sup> Förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

<sup>3</sup> Se avsnitt 4.2 och 5.2.2 för mer information om begreppet ”koncentration” och vilka koncentrationer som omfattas av förordningen.

<sup>4</sup> Dunne (2015) s. 93 f.; Jfr. Devlin (2012) s. 850 ff.; Se kapitel 2.

<sup>5</sup> Dunne (2015) s. 93 f.

<sup>6</sup> Jfr. Devlin (2012) s. 850 ff.; Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 10, 199, 205; Se kapitel 7 för diskussion om ämnet ur ett rättsekonomiskt perspektiv.

<sup>7</sup> Se kapitel 3 för mer information om begreppet ”warehousing”. Begreppet ”warehousing”-arrangemang används ombytligt med en transaktion med en ”warehousing”-struktur fortsättningsvis i uppsatsen.

syfte att undvika anmälningsplikten och/eller fullföljdsförbudet<sup>8</sup> i koncentrationsförordningen.<sup>9</sup> Begreppet ”warehousing” kommer från att målbolaget överförs från säljaren till en tillfällig köpare,<sup>10</sup> lagret, i syfte att senare överförs till den slutliga köparen när koncentrationen blivit godkänd.<sup>11</sup> Det finns flera anledningar till varför transaktionsparterna vill använda sig av en sådan transaktionsstruktur. Säljaren kan genom ”warehousing”-arrangemanget exempelvis slutföra transaktionen och erhålla oåterkallelig betalning av köpeskillingen utan att behöva vänta på kommissionens godkännande eller undvika att riskera att förvärvet blockeras av kommissionen.<sup>12</sup>

Fram till år 2008 då det konsoliderande tillkännagivandet om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (CJN) meddelades, var den generella uppfattningen att ”warehousing”-arrangemang inte omfattades av förordningens tillämpningsområde.<sup>13</sup> Vid införandet av CJN meddelade Europeiska kommissionen<sup>14</sup> för första gången att användandet av två-stegstransaktioner kan omfattas av förordningens räckvidd och således utgöra så kallad *gun-jumping*. Gun-jumping är ett begrepp för när ett företag bryter mot det så kallade fullföljdsförbudet (eng. *stand still obligation*), stadgat i artikel 7(1) i koncentrationsförordningen. Fullföljdsförbudet är sammankopplat med en positiv anmälningsplikt för alla koncentrationer som överstiger ett visst tröskelvärde med en gemenskapsdimension.<sup>15</sup> Genom anmälan initieras en process hos kommissionen vid vilken det prövas om en koncentration ”påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks”, det så kallade

---

<sup>8</sup> Även kallat genomförandeförbudet.

<sup>9</sup> Artikel 4(1) koncentrationsförordningen respektive artikel 7(1) koncentrationsförordningen.

<sup>10</sup> Den s.k. *tillfälliga transaktionen*. Den tillfälliga köparen kan exempelvis vara en bank eller ett för transaktionen skapat holdingbolag.

<sup>11</sup> Den s.k. *slutliga transaktionen*.

<sup>12</sup> Jfr. M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 149.

<sup>13</sup> Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

<sup>14</sup> Hädanefter kommissionen.

<sup>15</sup> Skäl 10 koncentrationsförordningen; Artiklarna 1(2) och 1(3) koncentrationsförordningen.

SIEC-testet.<sup>16</sup> Förenklat är syftet med ”gun-jumping”-reglerna<sup>17</sup> att blockera konkurrensbegränsande företagskoncentrationer innan de uppstår.

Trots meddelandet av CJN år 2008 är det fortfarande oklart om ”warehousing”-arrangemanget omfattas av förordningens räckvidd och således om arrangemanget bryter mot förordningen. Detta beror bland annat på att ”gun-jumping”-reglerna hittills endast tolkats ett fåtal gånger av EU-domstolen och att det bara finns ett avgjort ärende om böter med anledning av ett ”warehousing”-arrangemang från kommissionen.<sup>18</sup> Det är således motiverat och aktuellt att utreda arrangemangets tillåtenhet och granska koncentrationsförordningen samt fullföljdsförbudets tillämpning.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens syfte är att utreda om transaktioner med ”warehousing”-struktur omfattas av koncentrationsförordningens tillämpningsområde och om de följaktligen är förbjudna enligt anmälningsplikten i artikel 4(1) koncentrationsförordningen och fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen. Följande frågeställning ställs upp för att uppnå uppsatsens syfte.

- Under vilka förutsättningar bryter ”warehousing”-arrangemang mot anmälningsplikten och fullföljdsförbudet i artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen?

## 1.3 Metod och material

Fokus för uppsatsen ligger på *räckvidden* av koncentrationsförordningen – om ”warehousing”-arrangemangets transaktionsstruktur omfattas – och om arrangemanget bryter mot fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen.

---

<sup>16</sup> Artiklarna 2(3) och 8(3) koncentrationsförordningen.

<sup>17</sup> Med ”gun-jumping”-reglerna menas artiklarna 3, 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen.

<sup>18</sup> Se exempelvis M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, överklagat till tribunalen, T-609/19, *Canon mot kommissionen*. Ej avgjort vid uppsatsens skrivande.

ordningen. Eftersom fokus för uppsatsen ligger på koncentrationsförordningen utreds inte frågan om warehousing kan vara förbjudet på grund av annan konkurrensrättslig reglering i EU, såsom artikel 101 FEUF.<sup>19</sup>

För att uppnå uppsatsens syfte och besvara den uppställda frågeställningen används den rättsdogmatiska metoden. Metoden används för att beskriva rätten så som den är, *de lege lata*, i syfte att utröna gällande rätt. Detta görs genom att tolka och systematisera rättsregler med hjälp av traditionella auktoritativa rättskällor, till vilka räknas lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.<sup>20</sup>

Svensk konkurrensrätt utgörs till största delen av EU-rättslig reglering och rättspraxis. Fokus för uppsatsen ligger därför på den EU-rättsliga regleringen, särskilt koncentrationsförordningen, varför en EU-rättslig metod och dess tolkningsmetoder används jämte den rättsdogmatiska.<sup>21</sup> Tillåtenheten av nya koncentrationer med gemenskapsdimension prövas exklusivt på unionsnivå, vilket är en orsak till varför det är lämpligast att granska unionsrätten framför den nationella rätten.

EU:s rättskällor delas in i två kategorier, primärrätt och sekundärrätt. Primärrätten har i förhållande till sekundärrätten företräde vid tillämpningen. Primärrätten utgörs av grundfördragen. Tolkningen av dessa framgår av rättspraxis från EU-domstolen. Viktigt att poängtera gällande unionsrättsliga rättskällor och användande av detta material är att rättspraxis och allmänna rättsprinciper har större betydelse i skapandet och tolkandet av regler än i svensk rätt.<sup>22</sup> Det finns hittills endast ett fåtal mål om tolkningen av vilka åtgärder som kan omfattas av fullföljdsförbudet stadgat i artikel 7(1) koncent-

---

<sup>19</sup> Se även avsnitt 4.8; Jfr. artikel 21(1) koncentrationsförordningen; Det bör även tilläggas att det ligger utanför uppsatsens omfattning att utreda bedömningen av RM och en användning av SIEC-testet vid en tillämpning av koncentrationsförordningen.

<sup>20</sup> Kleineman (2013) s. 21.

<sup>21</sup> Nääv & Zamboni (2018) s. 110. Det kan noteras att det diskuterats om den rättsdogmatiska metoden kan modifieras på så sätt att den inbegriper EU-rättsliga källor enligt den EU-rättsliga rättskällehierarkin.

<sup>22</sup> Hettne & Eriksson (2011) s. 59.

rationsförordningen. EU-domstolen har vid uppsatsens skrivande inte meddelat dom i ett mål med ett ”warehousing”-arrangemang.<sup>23</sup> Eftersom målet C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet* är viktigt vad gäller fullföljdsförbudets räckvidd läggs således stor vikt vid detta mål i utredningen,<sup>24</sup> särskilt eftersom räckvidden inte finns preciserad i förordningen.<sup>25</sup> Kommissionen har hittills tagit ett beslut om böter i ett ärende där ”warehousing”-arrangemanget använts, ärende M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, varför fokus även ligger vid detta ärende i uppsatsens utredning.<sup>26</sup>

Till sekundärrätten räknas bland annat förordningar, så som koncentrationsförordningen, direktiv och beslut. För att besvara uppsatsens frågeställning måste ”warehousing”-arrangemangets struktur utredas, vilket främst görs genom att granska rättspraxis. På grund av brist på avgöranden från EU-domstolen avseende ”warehousing”-arrangemangen används även Kommissionens beslut och tribunalens rättspraxis.<sup>27</sup> Kommissionens beslut, exempelvis om böter vid ett överträdande av koncentrationsförordningen, saknar dock verkan som rättskälla. Besluten är emellertid betydelsefulla för utredningen av vilka delar eller åtgärder i ett ”warehousing”-arrangemang som kan bryta mot anmälningssplikten och fullföljdsförbudet. Tribunalens rättspraxis kan ha prejudikatvärde, särskilt när frågor bedöms som inte än prövats av högre instans.<sup>28</sup> Målen T-279/04, *Editions Odile Jacob mot kommissionen*, T-704/14, *Marine Harvest mot Kommissionen*, T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV* och T-425/18, *Altice Europe mot kommissionen* får därför betydelse i tolkningen av artiklarna 3, 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen även om dessa mål inte berör ”warehousing”-arrangemanget som sådant.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Jfr. T-609/19, *Canon mot kommissionen*. Ej avgjort mål; Jfr. C-10/18 P, *Mowi mot kommissionen*.

<sup>24</sup> Se exempelvis avsnitt 5.2.

<sup>25</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 38–39.

<sup>26</sup> I ärendet M.10493, *Illumina GRAIL* har beslut om intermistiska åtgärder meddelats men ärendet är inte avgjort i sin helhet.

<sup>27</sup> Se exempelvis ärende M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

<sup>28</sup> Hettne & Eriksson (2011) s. 56.

<sup>29</sup> I T-279/04, *Editions Odile Jacob mot kommissionen* diskuterade domstolen i ett *obiter dictum* kriterium för förvärvandet av ensam eller gemensam kontroll som har betydelse för tolkningen av artikel 7(1) koncentrationsförordningen. På grund av att uttalandet ingår i ett

Som material för att undersöka olika typer av arrangemang används även arrangemang vars giltighet inte har prövats än. Därför används även ett beslut om interimistiska åtgärder av kommissionen i ärendet M.10493, *Illumina GRAIL*. Eftersom det inte finns detaljerad information om transaktionsprocessen eller -strukturen i denna typ av beslut används artiklar, bland annat med uttalanden från transaktionsparterna i denna transaktion, som komplement. Artiklarna som använts i uppsatsen är av varierande slag, där några är av typen nyhetsartiklar och andra, analyser från juridiska byråer. På grund av att denna typ av material har en problematik avseende dess neutralitet och riktighet har detta vägts in i användandet av denna källa i uppsatsen.

I uppsatsen används ett rättsekonomiskt perspektiv för att undersöka koncentrationsförordningens effekt på marknaden inom ramen för företagsförvärv och "warehousing"-arrangemang samt analysera om reglerna (främst fullföljdsförbudet) kan motiveras utifrån ekonomisk effektivitet. Detta görs inte genom egna ekonomiska analyser utan utifrån koncept baserade på ekonomisk teori. Det rättsekonomiska perspektivet används främst i uppsatsens inledande och avslutande kapitel. Ett användande av detta perspektiv är särskilt motiverat eftersom konkurrensrätten är ett av de rättsområden där ekonomisk teori tydligast påverkar områdets rättsutveckling och rättstillämpning.<sup>30</sup> Den ekonomiska teorin är även betydelsefull både för att konkretisera konkurrensrättens ändamål och ge vägledning för hur enskilda fall bör bedömas, på grund av konkurrensrättens generella utformning.<sup>31</sup> Av samma anledning får sekundärrätten så som kommissionens uttalanden, rapporter och utredningar samt doktrin stor betydelse i syfte att, jämte ekonomisk teori, uttolka begrepp och analysmetoder – vilka är allmänt erkända – för att tolka fördragstexten. Den omständighet att EU:s sekundärrätt används i större utsträckning och ges större vikt i konkurrensrätt än vid andra rättsområden i uppsatsens utredning är därför motiverat.

---

obiter dictum begränsas dock målets betydelse för tolkning av fördragen, utöver det faktum att avgörandet är från tribunalen.

<sup>30</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 145.

<sup>31</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 148.

Läsaren ska uppmärksammas att det finns en liten mängd empiriskt material om “warehousing”-arrangemangs utformning, vilket till stor del beror på avtalssekretess. Det saknas således djupgående rättsvetenskaplig forskning på området idag. Mot bakgrund av vikten av rättspraxis och doktrin vid tolkning av EU:s konkurrensrätt inom uppsatsens tema är utredningen något begränsad eftersom den främst baseras på de arrangemang som blivit prövade av EU-domstolen eller kommissionen då andra “warehousing”-arrangemang, även kända sådana, inte finns tillgängliga att granska vad gäller dess utformning. Ekonomisk teori och etablerade analysmetoder inom konkurrensrätten får därför större vikt vid utredningen av frågeställningen uppställd i uppsatsen.<sup>32</sup> Därför utreds och analyseras den rättspraxis som finns tillgänglig för att sedan tillämpa slutsatserna, baserat på detta material, på “warehousing”-arrangemanget med viss ledning av kommissionens ärende M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

Utöver det rättsekonomiska perspektivet används även ett kritiskt perspektiv – hur rätten borde se ut, *de lege feranda* – vilket ryms inom de valda metoderna.<sup>33</sup> Perspektivet appliceras genomgående men främst i kapitel 6–7 i syfte att analysera och kritiskt granska nuvarande reglering av koncentrationer inom EU för att sedan, genom en analys, bedöma och dra slutsatser om hur framtiden för koncentrationskontroll och “warehousing”-arrangemanget inom EU skulle kunna se ut.<sup>34</sup>

## 1.4 Disposition

Inledningsvis i *kapitel 2* sätts uppsatsens frågeställning i sin kontext – de motstående intressena mellan marknadens parter, ett snabbt genomförande av en koncentration, och EU:s skydd av effektiv konkurrens, ställs mot varandra.

---

<sup>32</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 10.

<sup>33</sup> Kleineman (2013) s. 29; Jfr. Lehrberg (2014) s. 203 f.

<sup>34</sup> Det bör noteras att jag har skrivit en kortare uppsats på avancerad nivå i ämnet tidigare i kursen företagsförvärv, men inte i samma omfattning eller med samma djup som denna. Det förekommer ändå överlappande teman eller avsnitt, särskilt avseende grundläggande konkurrensrätt och bestämmelser relevanta för ämnet. Denna omständighet uppmärksammas här och kommer inte påpekas löpande i uppsatsen. Jag även har noterat att det finns en uppsats från Uppsala universitet som behandlar liknande problematik med warehousing-arrangemanget som denna uppsats.



Mot bakgrund av användandet och etableringen av begreppet ”warehousing” inom konkurrensrätten<sup>35</sup> presenteras i *kapitel 3* en beskrivning av “warehousing”-strukturen i syfte att definiera begreppet. Detta följs av en utredning av begreppet warehousing i en konkurrensrättslig kontext, utformningen av ett “warehousing”-arrangemang och motiveringarna bakom användandet av dem i en transaktion. Vidare, i *kapitel 4*, presenteras de rättsliga ramarna för frågeställningen samt förutsättningarna och regleringen för EU:s, kommissionens, kontroll av marknaden. Fortsättningsvis, i *kapitel 5*, utreds den rättspraxis som finns tillgänglig för att tolka ”gun-jumping”-reglerna med särskilt fokus på fullföljdsförbudet. Slutsatserna av utredningen i kapitel 5 utgör den rättsliga grunden för nästföljande kapitel 6. I *kapitel 6* tillämpas bedömnings- och tolkningsmodellen på “warehousing”-arrangemanget, vilka identifieras i kapitel 5 genom en granskning av andra ”gun-jumping”-ärenden. Detta i syfte att svara på uppsatsens frågeställning om under vilka förutsättningar “warehousing”-arrangemang bryter mot fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen. Kapitlet avslutas med ett avsnitt innehållande en sammanfattande slutsats baserat på utredningen i uppsatsen. Uppsatsen avslutas i *kapitel 7* med en avslutande kommentar där slutsatserna analyseras ur ett rätts-ekonomiskt och kritiskt perspektiv, *de lege feranda*.

---

<sup>35</sup> Se avsnitt 3.1.

# 2 EU och marknaden – en intressekonflikt?

## 2.1 Introduktion

För att få förståelse för vad warehousing är och hur arrangemanget används behöver arrangemanget sättas i sin kontext. Varför används det? Vad motiverar säljare och köpare att konstruera en transaktion på detta sätt?

Det finns många skyddsvärda intressen inom EU. I detta kapitel redogörs för dessa intressen, med fokus på transaktionsparternas intressen i en koncentration och EU:s intressen. Detta för att först ge bakgrund till en diskussion om den eftersträlvade balansen dessa intressen emellan samt för att sätta ”warehousing”-arrangemanget i sitt sammanhang innan dess struktur utreds vidare.

## 2.2 EU:s intresse för konkurrens

Sedan EU skapades har ett av unionens främsta syften varit att främja handel mellan medlemsstaterna genom att reglera fri rörlighet – fri rörlighet av varor, personer, tjänster och kapital – en av EU:s grundläggande principer vid vilken regelverken vilar på.<sup>36</sup> För att handel inom gemenskapen ska vara framgångsrik och effektiv är det huvudsakliga syftet med konkurrensrätten att stimulera konkurrens, dels *effektiv*, dels *potentiell* konkurrens.<sup>37</sup> Potentiell konkurrens är, vilket namnet antyder, en konkurrenssituation som inte inträffat än.<sup>38</sup> Effektiv konkurrens innebär bland annat att det inte finns inträdeshinder för företag att etablera sig på en marknad, under förutsättning för att konsumenternas intressen inte åsidosätts. Detta kan åstadkommas genom kontroll av marknaden för att exempelvis motverka illegala monopol, att företag utnyttjar sin så kallade *dominerande ställning* (se artikel 102 FEUF)<sup>39</sup> eller att företag

---

<sup>36</sup> W. van de Gronden (2021) s. 314.

<sup>37</sup> Jfr. Whish & Bailey (2012) s. 818.

<sup>38</sup> Wetter, Karlsson & Östman (2009) s. 9 ff.

<sup>39</sup> Artikel 102 FEUF.

samarbetar, alternativt sluter avtal, på ett konkurrensbegränsande sätt (se artikel 101 FEUF).<sup>40</sup> En viktig distinktion är att ändamålet med det konkurrensrättsliga regelverket är att skydda *konkurrens*, inte konkurrenter.<sup>41</sup> Konkurrens kan däremot även ses som ett verktyg till att tillgodose de mer grundläggande intressena, däribland en stimulerad marknad i såväl pris som tillgång, som gynnar konsumenter och indirekt konkurrenter eftersom exempelvis hinder för marknadsinträde undanröjs.<sup>42</sup>

Artikel 3(1)(b) FEUF stadgar att EU har exklusiv befogenhet för fastställandet av konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion. Genom åren har EU introducerat allt fler målsättningar och intressen som sedan kodifierats, vilka kan konkurrera med det huvudsakliga ändamålet med konkurrensrätten.<sup>43</sup> Koncentrationsförordningen (eng. *European Union Merger Regulation*) är en del av den konkurrensrättsliga regleringen och EU:s kontroll av marknaden för att förhindra konkurrensbegränsande handlingar, i vilken det finns regler för hur företag ska agera innan, under och efter ett köp av eller fusion med ett annat företag. Koncentrationsförordningen har till syfte att stimulera *dynamisk* konkurrens, i den mån den kan öka den europeiska industrins konkurrenskraft, förbättra förutsättningarna för tillväxt och höja levnadsstandarden inom gemenskapen.<sup>44</sup> Dynamisk *effektivitet* i sin tur, har som mål att främja tillkomsten av nya produkter och produktionssätt samt att resurser används på ett effektivt sätt. Att främja dynamisk effektivitet är således särskilt viktig idag i och med teknologins allt snabbare utveckling.<sup>45</sup>

En marknads kontroll av företagskoncentrationer, det vidare begreppet för företagsförvärv, har funnits sedan år 1989<sup>46</sup> och den nuvarande förordningen

---

<sup>40</sup> Artikel 101 FEUF.

<sup>41</sup> Jfr. Heide-Jorgensen, Bergqvist, Neergaard & Troels Poulsen (2013) s. 15 f.

<sup>42</sup> Wetter, Karlsson & Östman (2009) s. 9 ff.

<sup>43</sup> Heide-Jorgensen, Bergqvist, Neergaard & Troels Poulsen (2013) s. 15 f.

<sup>44</sup> Skäl 4 koncentrationsförordningen.

<sup>45</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 140; Devlin (2012) s. 850 ff.

<sup>46</sup> Rådets förordning (EEG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

sedan år 2004.<sup>47</sup> För att förhindra att en koncentration som kan innebära negativa, oåterkalleliga, effekter på marknaden genomförs ska alla koncentrationer med en gemenskapsdimension över ett visst kvantitativt tröskelvärde anmälas till och godkännas av kommissionen – en förhandskontroll vid vilken en koncentration kan förbjudas eller begränsas.<sup>48</sup> Vid kommissionens prövning bedöms om koncentrationen påtagligt kan hämma den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, det så kallade SIEC-testet.<sup>49</sup> Genom att använda SIEC-testet blir det för kommissionen möjligt att bedöma individuella transaktioner baserat på deras sannolika effekt på konsumenters välfärd, utan att i större grad behöva stödja sig på strukturella parametrar, exempelvis marknadsstruktur ”innan förvärv” jämfört med ”efter förvärv”.<sup>50</sup>

Det är emellertid ovanligt att kommissionen förbjuder ett genomförande av anmälda koncentrationer; det är i stället vanligast att koncentrationer godkänns utan anmärkning.<sup>51</sup> Om kommissionen meddelar en anmärkning på en anmäld koncentration är det vanligast att omfattningen eller strukturen på koncentrationen behöver justeras, exempelvis för att säkerställa att koncentrationen inte riskerar att snedvrیدا marknaden.<sup>52</sup> Innan denna prövning genomförts av kommissionen får inte koncentrationen genomföras, reglerat i

---

<sup>47</sup> Förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer; Se avsnitt 4.2 och 5.2.2 för mer information om begreppet koncentration och vilka koncentrationer som omfattas av förordningen.

<sup>48</sup> Skäl 10 koncentrationsförordningen; Artiklarna 1(2) och 1(3) koncentrationsförordningen.

<sup>49</sup> Artikel 2(3) koncentrationsförordningen.

<sup>50</sup> Kokkoris & Shelanski (2014) s. 72 f.

<sup>51</sup> Artikel 6(1) koncentrationsförordningen; Statistics on Merger cases 2022. Under 2021 anmäldes totalt 405 koncentrationer. 384 koncentrationer godkändes vid fas I-förandet utan anmärkningar.

<sup>52</sup> Statistics on Merger cases 2022. Av 405 anmälda koncentrationer under 2021, beslöts 11 koncentrationer var förenliga efter åtaganden av parterna, enligt artiklarna 6(1)–(2) och 8(2) koncentrationsförordningen (både fas I- och fas II-förfaranden). Inga beslut togs om förbud enligt artikel 8(3) koncentrationsförordningen. Ett beslut togs om böter enligt artikel 14 koncentrationsförordningen och ett beslut togs om åtgärder för att återställa effektiv konkurrens enligt artikel 8(4) koncentrationsförordningen.

artikel 7(1) koncentrationsförordningen (fullföljdsförbudet), vilket är den bestämmelse företagen som använder ett "warehousing"-arrangemang försöker undvika.

Koncentrationsförordningen skiljer sig på så sätt från övrig konkurrensrätt då den främst är framåtblickande. Anmärkningsvärt är att fullföljdsförbudet har, mer specifikt, till syfte att upprätthålla en konkurrensmässig marknadsstruktur<sup>53</sup> – att bevara kommissionens integritet som *ex ante* prövoinstans för företagskoncentrationer – inte förbättra konsumenters välfärd och säkerställa en effektiv allokering av resurser och tillgångar *ex post*.<sup>54</sup> Artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen har således till syfte att säkerställa effektiviteten av förhandskontroll av koncentrationer enligt koncentrationsförordningen.<sup>55</sup> Enligt Dunne finns en uppfattad förändring i det konkurrensrättsliga regelverket från den mer temporära kontrollen genom konventionella *ex post*-regler till ett utvidgat "ex ante"-regelverk.<sup>56</sup> Det finns således anledning att tro att den mer framåtblickande typen av regelverk så som koncentrationsförordningen kommer att fortsätta utvecklas, vilket har både fördelar och nackdelar.<sup>57</sup> Vid en implementering av "ex ante"-regler får kommissionen och nationella myndigheter även uppgiften att föreslå alternativa arrangemang som påverkar marknaden innebärande ett val av "vinnare" inom en given marknad.<sup>58</sup> Fullföljdsförbudets syfte bör därför igen uppmärksammas – ett bevarande av integriteten hos kommissionen som prövoinstans – då det mot bakgrund av det ovanstående är motiverat att granska dess tillämpningsområde. Dels på grund av dess begränsade syfte i jämförelse med konkurrensrätten som helhet, dels på grund av problematiken med "ex ante"-regler.

---

<sup>53</sup> T-102/96, *Gencor Ltd mot Europeiska kommissionen*, p. 106.

<sup>54</sup> Dunne (2015) s. 81.

<sup>55</sup> Se C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 42.

<sup>56</sup> Dunne (2015) s 81. Jfr. Ibáñez Colomo (2010), Monti (2008), Cave & Crowther (2005).

<sup>57</sup> Dunne (2015) s. 81 f.

<sup>58</sup> Dunne (2015) s. 82.

## 2.3 Marknadens och transaktionsparternas intressen

Det finns många kritiker till det konkurrensrättsliga regelverket, med anledning av de svårigheter som ett regelverk medför där kommissionen genom ekonomiska analyser försöker förutse hur marknaden kommer se ut exempelvis efter en koncentration eller, vid en tillämpning av ”*ex post*”-regler, vad som skulle ha hänt på en marknad om ett visst samarbetande avtal eller handlande inte hade hänt.<sup>59</sup> En allt för strikt implementerad koncentrationskontroll kan i sig potentiellt utgöra ett inträdeshinder på marknaden.<sup>60</sup> Denna problematik gällande det konkurrensrättsliga regelverket kommer således alltid vara aktuell att diskutera.

Mängden reglering har visat sig indikera hur mycket eller lite förtroende som finns för fri marknad eller staten. Ett förespråkande av reglering kontra icke-reglering har gått i cykler under hela EU:s existens; högt reglerings-tempo under 1960-talet, nedreglering under 1980-talet och reglering igen efter finanskrisen år 2008.<sup>61</sup> Mot bakgrund av detta presenteras nedan de olika intressena hos parterna som finns för snabba och effektiva förvärvsprocesser och potentiellt färre *ex-ante*-regler.

Det är givet att det ligger i EU:s intresse att företag inom gemenskapen utvecklas både avseende ekonomi och produktutbud samt -tillgång. Detta intresse ligger ofta i linje med parternas bakomliggande intressen vid en företagskoncentration – ekonomisk vinst och introducerande av nya produkter, eller utvecklande av nya produkter genom förvärv av kunskap exempelvis i form av immateriella rättigheter. Transaktionen Illumina-GRAIL, genomfördes utan en anmälan eller godkännande av kommissionen.<sup>62</sup> Enligt Illumina var syftet för ett genomförande utan förseningar<sup>63</sup> grundat på folkhälsoskäl.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> Dunne (2015) s. 139.

<sup>60</sup> Dunne (2015) s. 139.

<sup>61</sup> Dunne (2015) s. 140.

<sup>62</sup> M.10493, *Illumina GRAIL*.

<sup>63</sup> Som ett inväntande på godkännande av kommissionen skulle innebära, enligt Illumina.

<sup>64</sup> Reuters, Scarcella (2021); M&A Review, Nuys (2021).

Illumina skulle genom förvärvet av GRAIL introducera en ny metod på marknaden för att hitta cancer genom blodtester, med teknologi från Illumina och metoder från GRAIL, varför de inte kunde invänta ett, enligt Illumina garanterat, godkännande.<sup>65</sup>

Detta för diskussionen vidare till intresset av ekonomisk tillväxt, vinst och utveckling. Inom många marknader, men som är särskilt tydlig inom läkemedelsindustrin, är marknadsintroduktion ur perspektivet konkurrens (och konkurrenter) en känslig process. För att utveckla nya metoder eller läkemedel i syfte att behandla eller bota exempelvis cancer krävs omfattande R&D (sv. *FoU, forskning och utveckling*) – en kostsam process, inte minst på grund av tidsaspekten. Affärsverksamheten (eng. *business venture*) ger inte vinst förrän produkten kan sättas på marknaden, varför en ökad risk för ett icke-genomförande eller fördröjd marknadsintroduktion i väntan på ett godkännande av kommissionen inte får vara för hög i förhållande till den förväntade vinsten i min mening.<sup>66</sup> Uteblivet ekonomiskt incitament kan innebära en fördröjning i utvecklingen av produkter som av exempelvis folkhälsoskäl även ligger i EU:s intresse.<sup>67</sup> En för hårt reglerad marknad, inte bara i stramare regler för godkännande utan även den rättsosäkerhet alltför långtgående *ex ante*-reglverk kan innebära, kan påverka företags bedömning av balansen mellan risk och eventuell vinst.<sup>68</sup> Om det inte finns tillräckligt ekonomiskt incitament för företag att utveckla nya produkter hämmas marknaden, så som den för läkemedel.<sup>69</sup> Läkemedelsmarknaden ställer denna fråga, reglering eller icke-reglering, på sin spets och ska därför nyanseras med att inte alla branscher är tidskänsliga på samma sätt – där folkhälsan i längden kan äventyras. Däremot kan argumenteras för att alla branscher mer eller mindre, på grund av (potentiell framtida) ekonomisk vinst, är tidskänsliga vad gäller marknadsintrodukt-

---

<sup>65</sup> European Commission, Press release 20 September 2021, case number M.10493; Utta-landet om ett garanterat godkännande baseras på strukturen på arrangemanget och tidigare struktur på företagen. GRAIL hade tidigare tillhört Illumina-koncernen.

<sup>66</sup> Jfr. Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 78–80.

<sup>67</sup> Dunne (2015) s. 93 f.; Jfr. Devlin (2012) s. 850 ff.

<sup>68</sup> Jfr. Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 78 f.

<sup>69</sup> Jfr. Domeij (1998) s. 26 ff. om technology-push och demand-pull.

ion, varför intresset för en snabb och effektiv process för godkännande förespråkas av köpare och säljare när de kommit så långt i transaktionsprocessen.<sup>70</sup>

Som motpol till dessa argument kan kommissionens uttalande gällande Illumina-GRAIL nämnas, att vid en introduktion av denna typ av produkt på marknaden finns det en sorts ”kapplöpning” till marknadsintroduktion.<sup>71</sup> Om Illumina-GRAIL:s produkt skulle introduceras på marknaden skulle de ”utropas som vinnare” framför alla konkurrenter, vilket i sin tur skulle påverka marknaden på ett väsentligt sätt.<sup>72</sup> Frågan är således mångfacetterad där intressena hos marknadsparter inte alltid sammanfaller; än mer sällan i det enskilda fallet. Ändamålet, skydd av konkurrens, inte konkurrenter, gör sig här påmind – dock mot bakgrund av den problematik som det kan medföra.

## 2.4 Sammanfattning

Det finns många skyddsvärda intressen inom EU. Vid en tillämpning av koncentrationsförordningen, särskilt med ”warehousing”-arrangemangets tillåtelse i åtanke, kan dessa intressen ställas mot varandra, varför en balans dem emellan är påkallad. En för strikt koncentrationskontroll kan resultera i att koncentrationer hindras som annars skulle ha kunnat bidra till att samhällets totala välbefinnande ökat. Samtidigt kan detta problematiseras med att om alla koncentrationer tillåts att genomföras utan någon förhandskontroll kan koncentrationer med negativ konkurrenspåverkan genomföras som i slutändan påverkar konsumenter – något som inte alltid kan justeras i efterhand genom ”*ex-post*”-regler. Koncentrationsförordningen skiljer sig från övrig konkurrensrätt då den främst är framåtblickande – ett så kallat ”*ex ante*”-regelverk. Jag har även uppmärksammat att fullföljdsförbudet har syftet att bevara kommissionens integritet som prövoinstans *ex ante*. Denna omständighet kan få betydelse vid en tolkning av om EU-domstolens och kommissionens tillämpning av bestämmelsen uppnår eller överskrider dess ändamål.

---

<sup>70</sup> Jfr. Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 78 f.

<sup>71</sup> M.10493, *Illumina GRAIL*.

<sup>72</sup> Fierce Biotech, Hale (2021).



# 3 ”Warehousing”-arrangemang

## 3.1 Introduktion

Begreppet ”warehousing” har inte någon legaldefinition. Vi befinner oss således i en skärningspunkt mellan språkbruk på marknaden och juridik. Inom konkurrensrätt är det inte ovanligt att det uppkommer begrepp och termer som får betydelse på marknaden, utanför ramarna av en förordning.<sup>73</sup> Utvecklingen av vikten av ekonomisk teori för konkurrensrätten inom EU är därför av relevans och är även anledningen till varför uppkomsten av begreppet warehousing, inte bara den faktiska innebörden av dess användande, har betydelse.<sup>74</sup>

För uppsatsens fortsatta framställning är det således påkallat att definiera begreppet, särskilt i ljuset av begreppets användande och etablering inom konkurrensrätten. En sådan diskussion har även betydelse för att – inom ramen för uppsatsens syfte – kunna diskutera, utreda och svara på frågeställningen.

Som framgår av avsnitt 1.3 finns emellertid en problematik att göra en sådan definition. I nästföljande avsnitt presenteras således först en beskrivning av en typisk transaktion med en ”warehousing”-struktur i syfte att identifiera arrangemangets definierande särdrag. Detta följs av en utredning av begreppet ”warehousing” i en konkurrensrättslig kontext – varför arrangemanget utformas på detta sätt – samt en utredning av vad som motiverar parterna att använda en ”warehousing”-struktur i en transaktion som har en gemenskapsdimension och överstiger koncentrationsförordningens tröskelvärden.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 10.

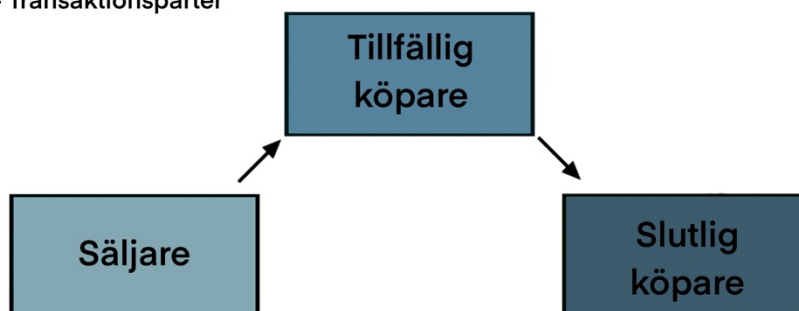
<sup>74</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 148 f.

<sup>75</sup> Se avsnitt 4.2.

## 3.2 Vad är warehousing?

Förenklat kan ett "warehousing"-arrangemang identifieras utifrån om transaktionsstrukturen omfattar flera moment där säljaren först överlåter målbolaget till en *tillfällig köpare*<sup>76</sup> som i sin tur, vid ett passande tillfälle, överlåter målbolaget till den *slutliga köparen*.<sup>77</sup> Den tillfälliga köparen används som ett lager för aktierna fram tills koncentrationen blivit godkänd av kommissionen, varefter koncentrationen kan genomföras.

Fig. 1 - Transaktionsparter



Det finns därför ofta tre avtal, ett mellan säljaren och den tillfälliga köparen, den *tillfälliga transaktionen*, ett mellan den tillfälliga köparen och slutliga köparen, den *slutliga transaktionen*, och "överenskommelsen" mellan säljaren och den slutliga köparen, den *tilltänkta transaktionen*. För att arrangemanget ska uppfylla sitt syfte krävs, som miniminivå, att den tillfälliga transaktionen inte är anmälningsskyldig enligt artikel 4(1) koncentrationsförordningen eller omfattas av fullföljdsförbudet, artikel 7(1) koncentrationsförordningen. I regel anmäls den slutliga transaktionen först *efter* den tillfälliga transaktionen och *innan* den slutliga transaktionen är genomförd.<sup>78</sup>

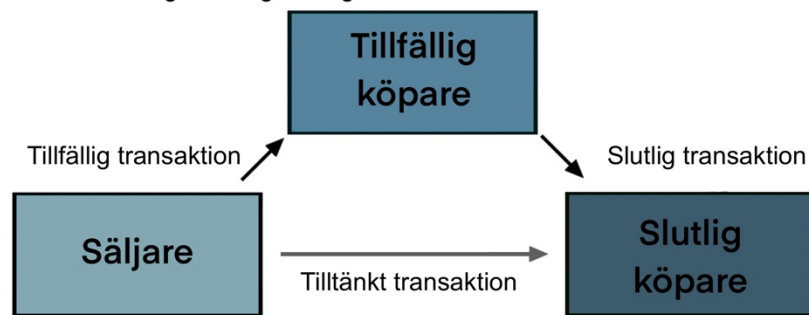
---

<sup>76</sup> Den s.k. *tillfälliga transaktionen*.

<sup>77</sup> Den s.k. *slutliga transaktionen*.

<sup>78</sup> Se exempelvis C-551/10 P, *Editions Odile Jacob Sas mot kommissionen* och M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*; I fallet med Illumina-GRAIL-transaktionen skedde inte en anmälan vid något tillfälle.

Fig. 2 - "Warehousing"-arrangemangets transaktioner



Innehållet i avtalen som reglerar transaktionerna varierar. Den tillfälliga och slutliga köparen kan ha olika förpliktelser och riskfördelningen mellan säljare och köpar(na)<sup>79</sup> kan skilja sig åt. Förutom minskad risk för blockering av kommissionen och minskad tidsåtgång för genomförande av koncentrationen, möjliggör arrangemanget ett genomförande av koncentrationer som annars inte hade kunnat genomföras.<sup>80</sup>

Den tillfälliga köparen kan vara ett nytt, särskilt för transaktionen, skapat bolag men även banker kan fungera som en tillfällig köpare.<sup>81</sup> Skillnaden på vilken typ av tillfällig köpare som används och varför har sin förklaring främst i hur risken kan fördelas baserat på ett övervägande av fördelar, nackdelar, kostnad och konkurrensrättslig risk, genomförd av de två (eller tre) parterna.<sup>82</sup> Arrangemangets struktur innebär dock i regel att den övervägande risken läggs på den tillfälliga köparen eftersom säljaren genom den tillfälliga transaktionen oåterkalleligen har sålt målbolaget.<sup>83</sup> Eftersom det är den slutliga transaktionen som kan bli föremål för blockering av kommissionen, kan även den tillfälliga köparen till förlust tvingas avyttra målbolaget till en annan köpare utanför arrangemanget. Målbolaget kan visserligen alternativt ha ökat i värde under inväntandet på godkännande av kommissionen men på grund av de övervägande riskerna blir arrangemanget inte särskilt fördelaktigt för den tillfälliga köparen om inte riskerna kan överföras på den slutliga köparen

<sup>79</sup> Den tillfälliga och slutliga köparen.

<sup>80</sup> Response by International Chamber of Commerce, s. 37.

<sup>81</sup> Se exempelvis M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*. Kokkoris & Shelanski (2014) s. 138 f.

<sup>82</sup> Kokkoris & Shelanski (2014) s. 139.

<sup>83</sup> Se kapitel 5.

på något sätt.<sup>84</sup> Den slutliga köparen kan exempelvis ovillkorligen erlægga hela köpeskillingen till den tillfälliga köparen i förskott eller stå för den eventuella skada som den tillfälliga köparen kan lida, bland annat i det fall kommissionen blockerar förvärvet.<sup>85</sup> Sådana villkor regleras normalt i avtalen gällande den slutliga transaktionen. Oberoende av vilket sätt som används för att den slutliga köparen ska överta riskerna från den tillfälliga köparen innebär det ovan konstaterade att densamma har ett intresse för hur målbolaget sköts innan den slutliga transaktionen genomförs. Den slutliga köparen har därför ett intresse att genom exempelvis villkor (*covenanter*) reglera målbolagets verksamhet före *closing* av den slutliga transaktionen. Sådana villkor kan i sig bryta mot fullföljdsförbudet.<sup>86</sup>

I CJN meddelar kommissionen att det som kännetecknar ett "warehousing"-arrangemang är att den tillfälliga köparen förvärvar aktierna på den slutliga köparens vägnar. Vid ett sådant förvärv bär ofta den slutliga köparen "den största delen av de ekonomiska riskerna och kan även beviljas särskilda rättigheter".<sup>87</sup> Den tillfälliga transaktionen kan således bli "det första steget i en enda koncentration som omfattar den slutliga köparens varaktiga förvärv av kontroll" och den tillfälliga transaktionen kan därför i sig bryta mot både artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen.<sup>88</sup>

Det bör tilläggas att även andra typer av förmögenhetsöverföringar kan omfattas vid en förändring av kontroll. I ärendet M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC)*<sup>89</sup> skapades i ett första steg ett holdingbolag som förvärvade merparten av målbolagets aktier för 800 euro. I ett separat avtal erlade den slutliga köparen till moderbolaget till den tillfälliga köparen det som kan argumenteras vara det egentliga värdet av målbolaget för återstå-

---

<sup>84</sup> Se avsnitt 4.6.

<sup>85</sup> Se exempelvis C-551/10 P, *Editions Odile Jacob Sas mot kommissionen*, p. 14, 40.

<sup>86</sup> Se avsnitt 4.6.

<sup>87</sup> CJN, p. 35.

<sup>88</sup> CJN, p. 35.

<sup>89</sup> Vid uppsatsens skrivande ligger ärendet för avgörande i tribunalen, mål T-609/19, *Canon mot kommissionen*.

ende del av aktierna, samt optioner för resterande aktier i målbolaget. Köpoptionerna skulle användas först efter kommissionens godkännande.<sup>90</sup> De olika transaktionerna i “warehousing”-arrangemanget kan således vara uppbyggda på olika sätt, där alla aktier överförs eller köpoptioner används, men ändå klassas som ett “warehousing”-arrangemang.<sup>91</sup> De nödvändiga kriterier som ska uppnås för att det ska vara ett ”warehousing”-arrangemang är att det ska finnas en tillfällig köpare samt en tillfällig och slutlig transaktion.

Slutligen ska förtydligas att “warehousing”-arrangemanget är en typ av två-stegstransaktion (eng. *two-step merger*), men ska inte förväxlas med alla transaktionsstrukturer av denna typ, som kan vara konstruerade på andra sätt än det ovan beskrivna och av andra skäl.

### 3.3 Varför används ”warehousing”-arrangemang?

Syftet med ett “warehousing”-arrangemang är antingen att helt eller delvis undkomma anmälan till, och/eller godkännande av, kommissionen. Baserat på rättspraxis från EU-domstolen och beslut från kommissionen kan transaktionsparternas intresse att använda ett “warehousing”-arrangemang utvecklas och delas in i följande tre huvudkategorier.<sup>92</sup>

- a) Säljaren är i finansiell svårighet och är i omedelbart behov av likvida medel,<sup>93</sup>
- b) parterna behöver en säkerhet för att koncentrationen genomförs, utan att blockeras av kommissionen,<sup>94</sup> och
- c) parterna har en stram tidsram.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> För en detaljerad beskrivning av ärendet M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC)*, se kapitel 5; Linklaters, Kar (2019).

<sup>91</sup> Olika strukturer på warehousing-arrangemanget utreds vidare i kapitel 4–6.

<sup>92</sup> Se avsnitt 1.3.

<sup>93</sup> Se exempelvis M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

<sup>94</sup> Se exempelvis Response by Linklaters LLP, s. 8.

<sup>95</sup> Se exempelvis T-279/04, *Editions Odile Jacob mot kommissionen*, stram tidsram för kommersiella skäl, och M.10493, *Illumina GRAIL*, stram tidsram för folkhälsoskäl, även

För transaktionsparterna finns således fördelar med att använda arrangemanget i stora koncentrationer med gemenskapsdimension.<sup>96</sup> Beroende på vilket syfte ”warehousing”-arrangemanget avser att uppfylla – erhållandet av likvida medel, garanterat genomförande eller minskad tidsåtgång – är olika varianter av arrangemanget påkallade. På grund av de olika bakomliggande syftena, och dess resultat (variationer av struktur på arrangemanget) finns stöd för att respektive arrangemang bör granskas och bedömas (av kommissionen) i varje enskilt fall och inte *i sig* kunna konstateras som förbjudet.<sup>97</sup> Denna teori utreds vidare i kapitel 4–5.

### 3.4 Sammanfattning

De generella förutsättningarna för att en transaktionsstruktur ska anses falla in under begreppet ”warehousing” är att säljaren först överlåter aktierna till en *tillfällig köpare*<sup>98</sup> (annan än den slutliga köparen) som i sin tur, vid ett passende tillfälle, överlåter aktierna till den *slutliga köparen*.<sup>99</sup> Den tillfälliga köparen används som ett lager för aktierna tills godkännande av kommissionen meddelas. Det har även konstaterats att det för transaktionsparterna finns flera olika fördelar med att använda arrangemanget i stora koncentrationer med gemenskapsdimension.

---

om transaktionsstrukturen i respektive exempel inte är som den i ett ”warehousing”-arrangemang, men detta syfte, minskad tidsåtgång, är en av de största fördelarna som arrangemanget kan medföra.

<sup>96</sup> För vidare diskussion, se avsnitt 4.6.

<sup>97</sup> Se avsnitt 5.2.2.4.

<sup>98</sup> Den s.k. *tillfälliga transaktionen*.

<sup>99</sup> Den s.k. *slutliga transaktionen*.

# 4 Kommissionens kontroll – koncentrationsförordningen

## 4.1 Introduktion

Ett av kommissionens syften är att utöva översyn av konkurrensförhållandena inom EU.<sup>100</sup> Koncentrationsförordningen är det främsta regelverket för förhandskontroll av företagskoncentrationen inom EU.<sup>101</sup> Förordningens huvudsakliga syfte är att säkerhetsställa att marknaden inte snedvrids.<sup>102</sup> Ett konsoliderande tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (CJN), offentliggjordes år 2008. Fram till dess var den generella uppfattningen att ”warehousing”-arrangemanget inte omfattades av förordningens tillämpningsområde. Efter meddelandet av CJN blev rättsläget gällande räckvidden oklar.<sup>103</sup> Om “warehousing”-arrangemanget bryter mot artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen kan en eller flera transaktionsparter bötfällas av kommissionen med ett belopp som motsvarar högst 10% av vardera parts totala omsättning globalt.<sup>104</sup> För att illustrera sanktionens effekt kan ”Illumina-GRAIL”-transaktionen nämnas. Där har böterna som Illumina riskerar att betala uppskattats till cirka 304 miljoner euro,<sup>105</sup> i förhållande till förvärvets värde, uppskattat till cirka 6,7 miljarder euro.<sup>106</sup> I ärendet M.7993, *Altice/PT Portugal* bötfällde kommissionen Altice med 124,5 miljoner euro för överträdelser av artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen.<sup>107</sup>

---

<sup>100</sup> Artiklarna 101–109 FEUF; Kommissionens befogenheter att verkställa konkurrensreglerna är delade med de berörda nationella myndigheterna.

<sup>101</sup> Förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

<sup>102</sup> Skäl 1 koncentrationsförordningen.

<sup>103</sup> Concurrences, Ashall, Webber & Readings (2019) s. 2.

<sup>104</sup> Artikel 14(2)(b) koncentrationsförordningen.

<sup>105</sup> Fierce Biotech, Hale (2021).

<sup>106</sup> Reuters, Scarcella (2021); M&A Review, Nuys (2021).

<sup>107</sup> M.7993, *Altice/PT Portugal*.

I fråga om böter bör även mål C-10/18 P, *Mowi ASA mot kommissionen* uppmärksammas. I målet, där affären genomfördes genom två skilda transaktioner (dock inte via en tillfällig köpare) var frågan för prövning om huruvida båda transaktionerna kunde bötfällas enligt både artikel 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen, mot bakgrund av principen *ne bis in idem*. Domstolen konstaterade att även om de båda bestämmelserna reglerar två separata förhållanden, ett handlande (artikel 4(1) koncentrationsförordningen) och ett icke-handlande (artikel 7(1) koncentrationsförordningen), så är artikel 4(1) helt beroende av artikel 7(1) eftersom det inte går att föreställa sig något sätt en överträdelse av artikel 4(1) kan ske utan också att en överträdelse av artikel 7(1) sker. Detta hindras inte heller av bestämmelserna enligt artikel 14(2)(a) och (b) koncentrationsförordningen.<sup>108</sup> Trots detta rättsförhållande är det förenligt med förordningen att böter utdöms för samma koncentration, dels på grund av en överträdelse av anmälningsplikten, dels på grund av en överträdelse av fullföljdsförbudet.

## 4.2 Företagskoncentration artikel 3

Enligt artikel 3(1) koncentrationsförordningen är ett grundläggande kriterium för att en koncentration ska anses ha uppstått att kontrollen över ett företag varaktigt förändrats.<sup>109</sup> Formen av koncentration är av underordnad betydelse men uppkommer typiskt sett i tre former: fusion, företagsförvärv, eller samriskföretag (s.k. *full function joint venture*).<sup>110</sup> Utformningen på artikel 3 koncentrationsförordningen innebär att förordningen kan omfatta många typer av förändringar i ett företag, även de som är ett resultat av ett "warehousing"-arrangemang. Begreppet "kontroll" definieras vidare i artikel 3(2) koncentrationsförordningen som något som kan fås genom rättigheter, avtal eller andra medel som ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag, särskilt genom äganderätt eller nyttjanderätt till företagets tillgångar, rät-

---

<sup>108</sup> C-10/18 P, *Mowi ASA mot kommissionen*, p. 103–108; Jfr. M.7993, *Altice/PT Portugal*.

<sup>109</sup> Se avsnitt 5.2.2 för mer information om begreppet "koncentration" och vilka koncentrationer som omfattas av förordningen.

<sup>110</sup> Sevenius (2012) s. 440.



tigheter eller avtal rörande bolagsorgans sammansättning eller beslut. Ett faktiskt eller kommande utövande av inflytande är irrelevant – det räcker med en ”verklig möjlighet” att utöva inflytandet.<sup>111</sup> Vidare utredning av begreppen ”koncentration”<sup>112</sup> och ”kontroll” presenteras i kapitel 5.

För att en koncentration ska vara anmälningspliktig ska två kumulativa rekvisit vara uppfyllda: 1) förvärvet ska vara en *koncentration* enligt förordningens mening, och 2) koncentrationen ska ha en *gemenskapsdimension*.<sup>113</sup> Alla koncentrationer inom EU träffas inte av förordningen utan bara de företagskoncentrationer<sup>114</sup> som överstiger ett visst kvantitativt tröskelvärde baserat på en beräkning av företagens sammanlagda omsättning.<sup>115</sup>

Det ska vidare noteras att det inte är av betydelse om företagen har sitt säte eller huvudsakliga verksamhetsområde i EU, utan av betydelse är i stället om de har en betydande del av sin verksamhet inom unionen.<sup>116</sup> Detta gör att regelverkets utformning och effekt i form av begränsningar av företags handlingsutrymme får stor betydelse, inte bara för företag inom unionen eller Europa, utan även i betydande utsträckning utanför gemenskapens geografiska gränser.

### 4.3 Undantag artikel 3(5)(a)

Med anledning av att ”warehousing”-arrangemang kan vara konstruerat på så sätt att den tillfälliga köparen kan vara en bank är det undantag som stadgas i artikel 3(5)(a) relevant för uppsatsens frågeställning. Undantaget är tillämpligt när

- i) kreditinstitut eller andra finansinstitut eller försäkringsbolag, vilkas normala verksamhet omfattar transaktioner och handel med värdepapper för egen eller andras räkning, eller

---

<sup>111</sup> CJN, p. 16.

<sup>112</sup> Hädanefter även kallat *koncentrationsbegreppet*.

<sup>113</sup> Skäl 10 koncentrationsförordningen.

<sup>114</sup> Jfr. 1:9 KL.

<sup>115</sup> Skäl 10 koncentrationsförordningen; Artikel 1(2)–(3) koncentrationsförordningen; Se även artikel 5 koncentrationsförordningen.

<sup>116</sup> Skäl 10 koncentrationsförordningen.

- ii) tillfälligt innehar värdepapper som har förvärvats i ett företag i avsikt att vidareförsälja dem.

Vid en översiktlig granskning kan således “warehousing”-arrangemang där den tillfälliga köparen är ett finansiellt institut, på detta sätt undkomma att omfattas av koncentrationsbegreppets räckvidd. Vidare i artikel 3(5)(a) stadgas undantagen för undantaget, alltså de förutsättningar där undantaget *inte* är tillämpligt

- i) att företagen inte utövar rösträttigheter som följer med dessa värdepapper i syfte att bestämma företagets konkurrensbeteende,
- ii) att företagen utövar dessa rösträttigheter endast i syfte att förbereda försäljningen av företaget, helt eller delvis, eller
- iii) att företagen utövar dessa rösträttigheter endast i syfte att förbereda försäljningen av företagets tillgångar eller värdepappren.

Med “warehousing”-arrangemanget som utgångspunkt anser jag att det framstår som att förekomsten av dessa villkor i bestämmelsen har till syfte att träffa sådana arrangemang, exempelvis ett “warehousing”-arrangemang, som har till syfte att kringgå regelverket. I vart fall kan slutsatsen dras att denna del av artikel 3(5)(a) innebär en begränsning av undantaget med effekten att fler koncentrationer träffas av förordningens räckvidd, vilka enligt EU bör förhandsgranskas innan genomförande.<sup>117</sup> Undantaget utreds vidare i avsnitt 5.2.3.

## 4.4 Transaktionsprocessen

För att få en praktisk förståelse för hur den positiva anmälningsplikten och fullföljdsförbudet påverkar koncentrationens parter, följer en kort redovisning av transaktionsprocessens<sup>118</sup> faser. Förenklat är den generaliserade transaktionsprocessen uppdelad i tre faser: i) strategifasen, ii) transaktionsfasen,

---

<sup>117</sup> För de koncentrationer där villkoren enligt ovan inte är tillämpliga, kan tidsfristen om ett år i bestämmelsen förlängas av kommissionen på begäran. Vid en sådan begäran måste bolagen eller exempelvis det finansiella institutet styrka att det inte finns någon rimlig möjlighet att genomföra försäljningen inom den tidsfristen, se artikel 3(5)(a) koncentrationsförordningen.

<sup>118</sup> Sevenius (2012) s. 105.

och iii) integrationsfasen, vilka i sin tur är uppdelade i delmoment som varierar beroende på faktorer som transaktionens komplexitet, storlek, tidspress eller företagets verksamhet.<sup>119</sup> Faserna kan, beroende på transaktionen, till viss del överlappa – särskilt vad gäller delmoment – och gränserna mellan dem är således inte helt tydliga. Gråzonen i, och mellan, transaktionsfasen och integrationsfasen är således av störst intresse för kontroll av koncentrationer, vid vilken fullföljdsförbudets fokus ligger på.<sup>120</sup>

Strategifasen kännetecknas av idéer, målsättningar med koncentrationen, initiala kontakter mellan parterna samt ett ingående av preliminär överenskommelse, LOI (sv. *avsiktsförklaring*) och NDA (sv. *sekretessavtal*). Målet för denna transaktionsfas är för den preliminära överenskommelsen att bli ett bindande avtal.<sup>121</sup> Transaktionsfasen är den mest arbetsintensiva och dyra där merparten av DD (sv. *skälig aktsamhet*)<sup>122</sup> genomförs som kan ha stora konsekvenser för koncentrationen, och där de flesta koncentrationer avbryts. Integrationsfasen i sin tur inleds efter att aktieöverlåtelseavtalet (SPA) ingåtts och köparbolaget tillträtt målbolaget, varefter företagets styrning, organisation och verksamheter samordnas. En viss del av arbetet med fysiskt och rättsligt övertagande, köpeskillingsavräkning, tillträdesgranskning och värdebevarande åtgärder kännetecknar även denna fas.<sup>123</sup>

## 4.5 Positiv anmälningsplikt artikel 4(1)

När parterna nått en preliminär överenskommelse, vilket brukar sammanfalla i slutet av strategifasen, aktualiseras den positiva anmälningsplikten, stadgad i artikel 4(1) koncentrationsförordningen. Bestämmelsen tillåter anmälan vid detta stadie och sätter en gräns för när anmälan senast ska inkomma till kommissionen, *innan* koncentrationen genomförs och *efter* ingåendet av avtalet,

---

<sup>119</sup> Sevenius (2012) s. 106 f.

<sup>120</sup> Jfr. Sevenius (2012) s. 106 f.

<sup>121</sup> Sevenius (2012) s. 113.

<sup>122</sup> En ungefärlig översättning. Det engelska uttrycket används dock främst av praktiker i Sverige och är mer utbytbar med en *företagsgranskning*.

<sup>123</sup> Sevenius (2012) s. 115.

tillkännagivandet av det offentliga budet eller förvärvet av en kontrollerande andel.<sup>124</sup>

Enligt den så kallade ”one-stop shop”-principen har kommissionen ensam jurisdiktion att pröva anmälningsskyldiga koncentrationer med gemenskapsdimension. Det sker alltså ingen prövning på nationell nivå. Principen innebär för företagen att bara en anmälan och ett godkännande krävs.<sup>125</sup> Denna princip är essentiell för en effektiv tillämpning av koncentrationsförordningen i ett växande EU.<sup>126</sup>

Processen hos kommissionen för ett godkännande av koncentrationen delas in i två faser, I–II.<sup>127</sup> Vid Fas I-förfarandet ska kommissionen bedöma om koncentrationen ger allvarliga tvivel för dess förenlighet med den gemensamma marknaden.<sup>128</sup> Beslut om godkännande i Fas I-förfarandet ska tas av kommissionen inom 25 arbetsdagar efter det att en fullständig ansökan kommit in till kommissionen.<sup>129</sup> Om ett godkännande inte kan meddelas vid Fas I-förfarandet inleds Fas II-förfarandet som har en tidsgräns på 90 arbetsdagar.<sup>130</sup> Vid Fas-II-förfarandet prövas koncentrationens eventuella effekt på konkurrensen på den aktuella marknaden. Processen, innebärande en mer djupgående granskning av koncentrationen, resulterar ofta i en stor mängd kommunikation; mellan parterna i koncentrationen och kommissionen.<sup>131</sup>

Ovan nämnda tidsfrister kan förlängas vid olika omständigheter, exempelvis beroende på hur anmälan sker, på initiativ av parterna av koncentrationen eller en medlemsstat<sup>132</sup> alternativt om parterna erbjuder åtaganden<sup>133</sup> för att

---

<sup>124</sup> Artikel 4(1) koncentrationsförordningen.

<sup>125</sup> Jfr. artiklarna 2(2) och 21(3) koncentrationsförordningen. Det bör noteras att undantag finns se artiklarna 9(1) koncentrationsförordningen.

<sup>126</sup> Kokkoris & Shelanski (2014) s. 82.

<sup>127</sup> Artikel 6(1) koncentrationsförordningen.

<sup>128</sup> Artikel 6(1)(b) första stycket koncentrationsförordningen.

<sup>129</sup> Artikel 10(1) koncentrationsförordningen.

<sup>130</sup> Jfr. artiklarna 8(1)–(3) koncentrationsförordningen; Artikel 10(3) koncentrationsförordningen.

<sup>131</sup> W. van de Gronden (2021) s. 342 f.; Jfr. Sevenius (2012) s. 445.

<sup>132</sup> Jfr. artikel 9(2) koncentrationsförordningen.

<sup>133</sup> Se artiklarna 6(2) och 8(2) andra stycket koncentrationsförordningen.

göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.<sup>134</sup> Ett frivilligt åtagande kan komma på initiativ av parterna av koncentrationen eller som förslag av kommissionen.<sup>135</sup> Parterna kan genom åtaganden ”korrigera” koncentrationen till att bli förenlig med förordningen. Ett åtagande kan exempelvis innebära en försäljning av delar av verksamheter för att på så sätt minska ett företags marknadsandelar.<sup>136</sup>

Sammanfattningsvis kan processen hos kommission å ena sidan vara både tidskrävande och dyr på grund av de resurser som krävs för att ge kommissionen den information som efterfrågas för ett eventuellt godkännande. Å andra sidan när koncentrationen är godkänd, gäller det godkännandet i hela unionen.

## 4.6 Fullföljdsförbud artikel 7(1)

Den positiva anmälningsplikten i artikel 4(1) koncentrationsförordningen är sammankopplad med fullföljdsförbudet, artikel 7(1) koncentrationsförordningen, vilken hindrar parterna från att slutföra transaktionen, genom tillträde, tills kommissionen godkänt koncentrationen (bedömt den vara förenlig med den gemensamma marknaden). Artikel 7(1) koncentrationsförordningen ”ska tolkas så, att en koncentration endast genomförs genom en transaktion som, helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, bidrar till en förändring av kontrollen över målföretaget”.<sup>137</sup> Vidare utredning om begreppet ”genomförs”<sup>138</sup> presenteras i kapitel 5.

Slutet på transaktionsfasen delas upp i två delar, *signing*, när parterna signerar aktieöverlåtelseavtalet, och *closing*, när aktierna och kontrollen överläts från säljare till köpare.<sup>139</sup> Genomförandet av koncentrationen pausas således

---

<sup>134</sup> Se artikel 10 koncentrationsförordningen.

<sup>135</sup> Artiklarna 2(3) och 8(3) koncentrationsförordningen.

<sup>136</sup> W. van de Gronden (2021) s. 341 ff.

<sup>137</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 59.

<sup>138</sup> Hädanefter även kallat *genomförandebegreppet*.

<sup>139</sup> Sevenius (2012) s. 127.

fram till kommissionens godkännande.<sup>140</sup> I perioden mellan *signing* och *closing* kan även andra förberedande åtgärder genomföras.<sup>141</sup> I det fall köparen skulle genom förberedande åtgärder få tillräcklig kontroll över målbolaget att det innebär ett genomförande i förordningens mening, och således bryta mot fullföljdsförbudet, utgör det så kallad *gun-jumping*.<sup>142</sup>

Om koncentrationen hamnar i ett Fas-II-förfarande hos kommissionen innebär det ett avsevärt avbrott i transaktionsprocessen.<sup>143</sup> Många koncentrationer som inleds når inte framgång – en direkt eller indirekt konsekvens av ett fördröjt genomförande. Ju mindre transaktionen är förberedd desto större blir konsekvenserna av ett fördröjt genomförande samt risken för en avbruten transaktionsprocess. På grund av detta kan parterna av transaktionen genom aktieöverlåtelseavtalet reglera tidsperioden mellan *signing* och *closing* på ett mer eller mindre omfattande sätt. Åtgärder mellan *signing* och *closing* kan utgöras av förberedande integration och koordination av företagets verksamheter, särskilt med beaktande av tidsaspekten för kommissionens godkännande. Som exempel kan nämnas att viss integration av personal kan vara något som parterna vill påbörja innan godkännande.<sup>144</sup>

Vanligt i denna fas är även fortsatt utbyte av information mellan säljare och köpare, inte längre till syfte av värdering av målbolaget utan i stället för att planera integrationen. Avsett för samma period regleras i aktieöverlåtelseavtalet även begränsningar av åtgärder, en riskfördelning mellan säljare och köpare, i syfte att begränsa värdeminskning innan och efter tillträde till målbolaget. Detta kan åstadkommas genom så kallade ”*pre-closing*”-*covenanter*, i aktieöverlåtelseavtalet; avtalsklausuler som reglerar ett åtagande för säljaren att målbolagets löpande verksamhet ska bedrivas på ”normalt” eller ”sedvanligt” sätt – ofta specificerat och definierat i separata bilagor till aktieöverlåtelseavtalet.<sup>145</sup> Även så kallade MAC-klausuler (eng. *material adverse*

---

<sup>140</sup> W. van de Gronden (2021) s. 339.

<sup>141</sup> Sevenius (2012) s. 317 ff.

<sup>142</sup> Artikel 7(1) koncentrationsförordningen.

<sup>143</sup> Jfr. artiklarna 8(1)–(3) koncentrationsförordningen; Artikel 10(3) koncentrationsförordningen.

<sup>144</sup> Karlsson (2018) s. 119.

<sup>145</sup> Forssman (2015) s. 107 f.

*change*) är ett avtalsverktyg för att begränsa väsentliga negativa förändringar i målbolaget.<sup>146</sup> Det är generellt sett tillåtet att säljaren åtar sig att driva målbolaget som tidigare men om en klausul hindrar säljaren eller målbolaget att sköta verksamheten kan det utgöra en överträdelse av koncentrationsförordningen eftersom (den slutliga) köparen får helt eller delvis kontroll över målbolaget.<sup>147</sup> Exempelvis kan en klausul som hindrar säljaren eller målbolaget att ingå, förlänga eller säga upp sedvanliga avtal vara en sådan överträdelse.

Det finns många typer av åtgärder mellan *signing* och *closing* men de av relevans och som kan bli föremål för granskning ur konkurrensrättslig aspekt är åtgärder som har till syfte att koordinera eller integrera personal, konkurrensverksamheter, kundverksamheter, och investeringsplaner.<sup>148</sup> Även om så kallade ”*pre-merger*”-åtgärder ofta har till syfte att effektivisera förvävsprocessen och integrationsfasen och inte genomföra koncentrationen i förtid kan åtgärderna således vara problematiska ur konkurrensrättslig aspekt.

Det ska förtydligas att inte alla de transaktioner som använder ”*pre-merger*”-åtgärder innan ett godkännande är relevanta för denna uppsats omfång, men de transaktionsparter som använder ”*pre-merger*”-åtgärder och en transaktionsstruktur som den i ett ”*warehousing*”-arrangemang kan bli av relevans i frågan om åtgärdernas tillåtlighet i förhållande till fullföljdsförbudet. I ett ”*warehousing*”-arrangemang är det vanligast med ”*pre-merger*”-åtgärder i den slutliga transaktionen och inte i den tillfälliga transaktionen.<sup>149</sup> Planeringsåtgärder borde dock inte innebära en överträdelse av fullföljdsförbudet så länge inte affärskänslig information utbyts.<sup>150</sup>

Slutligen bör i sammanhanget tilläggas något om så kallade *conditions precedent*. Denna typ av reglering i aktieöverlåtelseavtalet förs in för att ange vilka villkor som ska uppfyllas före tillträdet. I denna del av avtalet kan exempelvis ställas krav på säljaren (den tillfälliga köparen) att samarbeta med

---

<sup>146</sup> Accessoriska begränsningar kan även omfattas av godkännande, se artikel 8(1) koncentrationsförordningen.

<sup>147</sup> Karlsson (2018) s. 119.

<sup>148</sup> Se avsnitt 5.4.4.

<sup>149</sup> Se avsnitt 3.2.

<sup>150</sup> Karlsson (2018) s. 119; Se avsnitt 5.4.4.

konkurrensmyndigheterna för att en anmälan av en koncentration och godkännande av densamma ska kunna ske. Det kan också villkoras att tillträde endast sker om koncentrationen blir godkänd vid en sådan anmälan.<sup>151</sup>

## 4.7 Dispens artikel 7(3)

Enligt artikel 7(3) koncentrationsförordningen kan dispens beviljas avseende fullföljdsförbudet. Vid en bedömning om dispens görs en avvägning mellan skadan som uppskjutande av genomförande kan medföra företaget eller de företag som berörs av koncentrationen (eller tredje man) och konkurrensotet som koncentrationen kan utgöra. För att säkerställa förutsättningarna för effektiv konkurrens kan dispens förenas med villkor och ålägganden. En ansökan om dispens kan göras innan anmälan eller efter transaktionen.<sup>152</sup> Dispensen avser dock endast uppskjutande av genomförande av koncentrationen, vilket innebär att koncentrationen fortfarande kan blockeras av kommissionen även efter dispens meddelats. En prövning av koncentrationens förenlighet med marknaden enligt artikel 6 koncentrationsförordningen görs således även om dispens meddelats.

År 2008 meddelade kommissionen dispens enligt artikel 7(3) koncentrationsförordningen i ärende M.4956, *STX/Aker*. Kommissionen bedömde att det inte var sannolikt att koncentrationen i ärendet skulle medföra några problem för konkurrensen och det i stället var sannolikt att det fulla värdet av målbolaget skulle förloras om inte dispens meddelades.<sup>153</sup>

I ett senare ärende meddelat år 2011, ärende M.5969, *SC Johnson/Sara Lee*, förklarade kommissionen att undantaget till fullföljdsförbudet bara ska tillämpas i exceptionella fall – fall där uppskjutande av transaktionens genomförande skulle orsaka allvarlig skada för parterna i koncentrationen (eller tredje man). En sådan allvarlig skada skulle enligt kommissionen kunna vara en ”överhängande fara” [egen översättning] (eng. *imminent danger*) att målbolaget sätts i konkurs, om inte dispens beviljas.<sup>154</sup> I ärendet M.5969, *SC*

---

<sup>151</sup> Karlsson (2018) s. 120 f.

<sup>152</sup> Artikel 7(3) koncentrationsförordningen.

<sup>153</sup> M.4956, *STX/Aker*, p 68–69, 206.

<sup>154</sup> M.5969, *SC Johnson/Sara Lee*, p. 17.



*Johnson/Sara Lee* meddelades därför inte någon dispens, eftersom kommissionen ansåg att det inte fanns någon reell risk för målbolagets verksamhet vid ett uppskjutande enligt artikel 7(1) koncentrationsförordningen. Genom ärendet tydliggjordes att dispensbestämmelsen har ett mycket begränsat tillämpningsområde, varför dispens sällan meddelas.<sup>155</sup> Slutsatsen kan således dras att för de flesta parter som är intresserade av att använda ett warehousing-arrangemang och dess fördelar, så utgör dispens inte ett realistiskt alternativ, varför möjligheterna till dispens inte behandlas i den vidare framställningen.

## 4.8 Artikel 101 FEUF

Mot bakgrund av uppsatsens rättsliga ram som presenterats i detta kapitel bör tilläggas något om artikel 101 FEUF. Det kan konstateras att det finns en viss överlappning mellan artikel 101 FEUF:s och artikel 7(1) koncentrationsförordningens tillämpningsområde. Artikel 101 FEUF träffar alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Ett "warehousing"-arrangemang med tillhörande aktieöverlåtelseavtal som undgår granskning från kommissionen och därav exempelvis är först med ett marknadsinträde av en ny produkt (vilket kan innebära en konkurrenshämmande effekt) kan därför, förutom fullföljdsförbudet, falla in under tillämpningsområdet för artikel 101 FEUF.<sup>156</sup> Koncentrationsförordningen är dock *lex specialis* till artikel 101 FEUF.<sup>157</sup> Detta innebär att om en transaktion eller ett led transaktioner, som vid ett "warehousing"-arrangemang, *inte* räknas som en koncentration enligt artikel 3 koncentrationsförordningen, kan istället artikel 101 FEUF vara tillämplig.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> Statistics on Merger cases 2022. Av 405 anmälda transaktioner år 2021 meddelades dispens i tre fall.

<sup>156</sup> Ezrachi (2021) s. 475, jfr. C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt*, p. 32–33.

<sup>157</sup> Jfr. artikel 21(1) koncentrationsförordningen; Jfr. C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 58.

<sup>158</sup> Jfr. Kokkoris & Shelanski (2014) s. 121.

Det kan även förtydligas att det finns fler betydande skillnader mellan de båda bestämmelserna. Artikel 101 FEUF har till syfte att skydda konkurrens på marknaden för att förbättra konsumenters välfärd och säkerhetsställa en effektiv allokering av resurser och tillgångar<sup>159</sup> och artikel 7(1) koncentrationsförordningens syfte är att bevara kommissionens integritet som *ex ante* prövoinstans. Även om en prövning av huruvida artikel 101 FEUF kan vara tillämplig på "warehousing"-arrangemang, ligger det utanför ämnet för uppsatsen eftersom artikel 101 FEUF endast är tillämplig om koncentrationsförordningen inte är tillämplig.<sup>160</sup>

## 4.9 Sammanfattning

I detta kapitel har jag redogjort för uppsatsens rättsliga ramverk. De bestämmelser i koncentrationsförordningen som är aktuella för uppsatsens frågeställning är främst artikel 3 som reglerar koncentrationsbegreppet, den positiva anmälningsplikten i artikel 4(1) och fullföljdsförbudet i artikel 7(1). Även om artikel 7(3) koncentrationsförordningen om dispens är av intresse, är möjligheterna till dispens för begränsad för transaktionsparterna som använder ett "warehousing"-arrangemang för att bestämmelsen ska vara av vikt vid den fortsatta framställningen. Även om artikel 101 FEUF är av intresse konkurrensrättsligt, ligger en prövning av arrangemanget där denna bestämmelse tillämpas utanför uppsatsens ämne.

I avsnittet har också redogjorts för vad en koncentration är i förordningens mening; en varaktig förändring av kontroll i ett bolag. Kontroll kan fås genom rättigheter, avtal eller andra medel som ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande. I kapitlet har även konstaterats betydelsen av tiden mellan såväl *signing* och *closing*, som anmälan och beslut av kommissionen, samt betydelsen av möjligheten för den slutliga köparen att reglera riskerna som förenas med arrangemanget genom exempelvis "pre-merger"-åtgärder och "pre-closing"-covenanter.

---

<sup>159</sup> C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen*, p. 63.

<sup>160</sup> Jfr. artikel 21(1) koncentrationsförordningen; Se avsnitt 1.3.

# 5 Tolkning och tillämpning av ”gun-jumping”-reglerna

## 5.1 Introduktion

I föregående kapitel identifierade jag de bakomliggande syftena till att reglera koncentrationer, varför parterna vill använda ett “warehousing”-arrangemang samt uppsatsens rättsliga ramverk. Syftet med detta kapitel är att utreda och analysera tolkningen och tillämpningen av fullföljdsförbudet, vilket främst görs genom att undersöka rättspraxis.<sup>161</sup> På grund av brist på avgöranden gällande “warehousing”-arrangemanget blir rättspraxis från EU-domstolen gällande andra ”gun-jumping”-ärenden relevant för tolkningen av fördragstexten. Denna rättspraxis behandlas jämte det enda ärendet från kommissionen om *warehousing*, M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.<sup>162</sup> Kapitlet är upplagt på så sätt att varje, från rättspraxis, identifierbart kriterium för fullföljdsförbudets tillämpning, presenteras var för sig, där kommissionens och EU-domstolens resonemang utreds och analyseras. Kapitlet är därför indelat tematiskt, med lagtext och rättspraxis som underlag. Detta kapitel utgör den rättsliga grunden för nästföljande kapitel 6, där bedömnings- och tolkningsmodellen för fullföljdsförbudet, identifierade i detta kapitel 5, tillämpas på “warehousing”-arrangemanget. Detta i syfte att svara på uppsatsens frågeställning om under vilka förutsättningar “warehousing”-arrangemang bryter mot fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen.

## 5.2 Fullföljdsförbudets räckvidd

### 5.2.1 Introduktion

För att utreda om “warehousing”-arrangemanget innebär en överträdelse av artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen måste omfattningen av

---

<sup>161</sup> Läsaren bör därför uppmärksammas på att mina slutsatser presenteras löpande i detta kapitel, se avsnitt 1.5.

<sup>162</sup> Se avsnitt 1.3.

fullföljdsförbudets räckvidd först konstateras.<sup>163</sup> Detta följer av “warehousing”-arrangemangets särskilda transaktionsstruktur. Eftersom transaktionsstrukturen i ett “warehousing”-arrangemang är uppdelad i flera transaktioner och/eller andra ”åtgärder” samt överenskommelser, följer att bedömningen för fullföljdsförbudets räckvidd skall göras i två delar.<sup>164</sup> Bedömningarna omfattar

- a) om den tillfälliga transaktionen *i sig* faller inom fullföljdsförbudets räckvidd, och
- b) om den tillfälliga och slutliga transaktionen *tillsammans* kan ses som *en enda koncentration* med följd av att ett (för tidigt) genomförande av den tillfälliga och/eller den slutliga transaktionen medför en överträdelse av artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen.<sup>165</sup>

## 5.2.2 Begreppet ”koncentration”

### 5.2.2.1 Förhållandet mellan artikel 3 och 7(1)

Fullföljdsförbudets räckvidd är inte preciserad i förordningen, artikel 7(1).<sup>166</sup> Denna problematik uppmärksammades i målet C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*. I målet meddelade EU-domstolen hur fullföljdsförbudet, och således även anmälningens, räckvidd ska tolkas i avsaknad av precisering i förordningen, varför avgörandet är viktigt inom ramen för uppsatsens frågeställning. Domstolen förtydligade i målet att räckvidden av fullföljdsförbudet i artikel 7(1) är avhängigt en bedömning av artikel 3 koncentrationsförordningen,<sup>167</sup> vilken definierar vad som avses med en koncentration i förordningen.

Enligt lydelsen av denna bestämmelse [artikel 3] ska en koncentration anses uppstå om *kontrollen över företag varaktigt ändras* till följd av att två eller flera tidigare självständiga företag eller delar av företag slås samman, eller om en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag *direkt eller indirekt förvärvar kontroll helt eller delvis* över ett eller flera andra

---

<sup>163</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 44.

<sup>164</sup> Observera att det är räckvidden av fullföljdsförbudet som delas upp i två delar. Den tredje prövningen, om den slutliga transaktionen *i sig* uppfyller kriterierna för genomförande, blir först aktuell i bedömningen avseende genomförandebegreppet, se avsnitt 6.2.2.

<sup>165</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 47–48.

<sup>166</sup> Jfr. C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 38–39.

<sup>167</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 44.

företag. Kontroll uppnås genom rättigheter, avtal eller *andra medel* som ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag.

En koncentration i den mening som avses i artikel 7 i förordningen kan således anses ha genomförts så snart parterna i koncentrationen utfört transaktioner som *bidrar till att varaktig förändra kontrollen över målföretaget* [egen kursivering].<sup>168</sup>

På grund av att det inte är möjligt att göra en bokstavstolkning av hur vidsträckt räckvidden av artikel 7(1) koncentrationsförordningen, gjorde EU-domstolen i målet C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet* en tolkning utifrån bestämmelsens ändamål och allmänna systematik.<sup>169</sup> Enligt en ändamålstolkning ska även en åtgärd som delvis innebär ett genomförande (varaktig förändring av kontroll) av en koncentration omfattas av fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen. Domstolen motiverade detta med att om det är förbjudet för parterna att genomföra en koncentration, men ”tillåtet att uppnå samma resultat genom flera på varandra följande delvisa transaktioner, skulle det undergräva den ändamålsenliga verkan av förbudet i artikel 7 [koncentrationsförordningen]”.<sup>170</sup> Under vissa förutsättningar ska sådana transaktioner således ses som en enda koncentration i förordningens mening.

### 5.2.2.2 En enda koncentration

Första gången principen om en enda koncentration användes var av tribunalen i målet T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*. Där konstaterades att om en transaktion, indelad i etapper, som indirekt eller direkt innebär en förändring av kontroll och resulterar i en enda koncentration, kan träffas av artikel 7(1) koncentrationsförordningen.<sup>171</sup>

I mål C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet* introducerade domstolen ett undantag för principen om en enda koncentration, nödvändighetsrekvisitet – ett ytterligare rekvisit för huruvida en koncentration faller

---

<sup>168</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 45–46.

<sup>169</sup> Jfr. C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG mot Bundeskartellanwalt*, p. 20; Se även C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 40.

<sup>170</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 47.

<sup>171</sup> T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 41 f; Se även avsnitt 5.2.2.4.

inom eller utanför räckvidden av fullföljdsförbudet. En åtgärd, så som den tillfälliga transaktionen, som har nära anknytning till den slutliga transaktionen genom att ”de är förenade genom villkor eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner med värdepapper”,<sup>172</sup> omfattas inte av artikel 7 koncentrationsförordningen, om den inte är *nödvändig* ”för att förändra kontrollen av ett företag som omfattas av förordningen”.<sup>173</sup> Det innebär att en tillfällig transaktion är tillåten enligt artikel 7, om den tillfälliga transaktionen inte är nödvändig för att förändra kontrollen av målbolaget.<sup>174</sup> Uttalandet bekräftar även att en tillfällig transaktion, om den nödvändigt bidrar till en förändring av kontroll i ett företag, åtminstone delvis bidrar till ett genomförande av koncentrationen.<sup>175</sup> Denna omständighet klargörs också i skälen till koncentrationsförordningen; vad som betraktas vara en enda koncentration är transaktioner som har nära anknytning till varandra genom att de är förenade genom villkor eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner.<sup>176</sup>

Nödvändighetsrekvisitet motiverades på så sätt att om den tillfälliga transaktionen (även om den utgör kompletterande eller förberedande åtgärder avseende koncentrationen) inte har ett *direkt funktionellt samband med genomförandet av koncentrationen*, kan den i princip inte undergräva en effektiv koncentrationskontroll.<sup>177</sup> Dessutom skulle en utvidgning av räckvidden i sin tur begränsa tillämpningsområdet i artikel 101 FEUF.<sup>178</sup>

EU-domstolen vägrade på detta sätt in ändamålet med fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen – att bevara kommissionens integritet som prövoinstans för företagskoncentrationer (*ex ante*).<sup>179</sup> Vidare meddelade domstolen att det samma gäller även om en sådan åtgärd, som den tillfälliga

---

<sup>172</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 48.

<sup>173</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 49.

<sup>174</sup> Se C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 48; Detta innebär dock att denna typ av agerande i stället kan träffas av artiklarna 101 och 102 FEUF, se avsnitt 4.8. Jfr. skäl 6 koncentrationsförordningen.

<sup>175</sup> Se C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 51.

<sup>176</sup> Skäl 20 koncentrationsförordningen.

<sup>177</sup> Se C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 49; Se avsnitt 4.8.

<sup>178</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 58; Se avsnitt 4.8.

<sup>179</sup> Jfr. avsnitt 2.2 och 4.8.

transaktionen, påverkar marknaden.<sup>180</sup> En sådan prövning om marknadspåverkan (en prövning av koncentrationen i sak), görs enbart i det senare ledet av bedömningen av ett “warehousing”-arrangemang om koncentrationen konstaterats omfattas av artikel 3 koncentrationsförordningens tillämpningsområde.<sup>181</sup> Av detta går att dra slutsatserna att,

- i) artikel 7(1) koncentrationsförordningen ”ska tolkas så, att en koncentration endast genomförs genom en transaktion som, helt eller delvis, faktiskt eller rättsligt, bidrar till en förändring av kontrollen över målföretaget”,<sup>182</sup>
- ii) prövningen av räckvidden artikel 7 koncentrationsförordningen skall göras genom en bedömning av koncentrationsrekvisitet i artikel 3 koncentrationsförordningen,
- iii) om resultatet av prövningen är att koncentrationen inte omfattas av räckvidden i artikel 3 är artikel 7 koncentrationsförordningen inte tillämplig, oavsett om transaktionen påverkat marknaden negativt,
- iv) någon prövning av koncentrationen i sak, innefattande marknadspåverkan, skall inte göras vid en bedömning av bestämmelsens räckvidd, och att
- v) kommissionens integritet som prövoinstans endast skall tillmätas betydelse vid en ändamålstolkning av bestämmelsen – inte konkurrensrättens generella ändamål, så som skydd av konkurrens.<sup>183</sup>

Det faktum att domstolen uttömmande tillämpade en ändamålstolkning av bestämmelserna i förordningen får särskild betydelse vid en bedömning av fullföljdsförbudets räckvidd i fråga om de åtgärder, exempelvis en tillfällig transaktion, som omfattas av räckvidden i artikel 3 koncentrationsförordningen.

---

<sup>180</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 50.

<sup>181</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 50.

<sup>182</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 59.

<sup>183</sup> Jfr. skäl 34 koncentrationsförordningen.

### 5.2.2.3 Succesiva transaktioner

Mot bakgrund av det ovan sagda gällande EU-domstolens närmare tolkning av räckvidden är det relevant att bedöma kommissionens ställningstagande vad gäller räckvidden av artikel 3 koncentrationsförordningen. I CJN förklarar och förtydligar kommissionen hur den tolkar förordningens bestämmelser. I avsnitt 1.4 i tillkännagivandet behandlas begreppet varaktig förändring av kontroll mot bakgrund av förordningens räckvidd enligt artikel 3 koncentrationsförordningen.<sup>184</sup>

Inledningsvis klargör kommissionen att på grund av att koncentrationsbegreppet definierats som en varaktig förändring av kontroll och marknadsstruktur<sup>185</sup> omfattas således inte en förändring av kontroll som inte är varaktig, vilket är syftet med den tillfälliga transaktionen i “warehousing”-arrangemanget.<sup>186</sup> Denna begränsning av räckvidden kan dock göra att förordningen och fullföljdsförbudet inte uppfyller sitt syfte och ändamål då bestämmelsen inte träffar vissa koncentrationer. Kommissionen anger som exempel flera transaktioner som genomförs efter varandra, där den första transaktionen endast är av övergångskaraktär samt identifierar tre sådana situationer, varav den tredje är relevant för “warehousing”-arrangemang

ett företag ”parkerat” hos en tillfällig köpare, ofta en bank, på grundval av ett avtal om en framtida vidareförsäljning av verksamheten till en slutlig köpare. Den tillfälliga köparen förvärvar vanligtvis aktierna ”på den slutliga köparens vägnar” och den slutliga köparen bär ofta den största delen av de ekonomiska riskerna och kan även beviljas särskilda rättigheter. Under sådana omständigheter genomförs den första transaktionen endast för att underlätta den andra, och den första köparen är direkt knuten till den slutliga köparen.<sup>187</sup>

Uttalandet kan tolkas så, att kommissionen vill komma åt alla två-stegstransaktioner, innefattande “warehousing”-arrangemang, genom att knyta den tillfälliga transaktionen till den slutliga, så att de tillsammans utgör en enda koncentration. Vidare meddelar kommissionen i CJN att vid en bedömning av förordningens tillämpning på den slutliga transaktionen kommer de avtal som ingåtts för att förändra kontroll i målbolaget att granskas (inbegripet avtalet

---

<sup>184</sup> CJN, p. 28–35.

<sup>185</sup> Se skäl 20 koncentrationsförordningen.

<sup>186</sup> CJN, p. 28.

<sup>187</sup> CJN, p. 29, 35.



som ligger till grund för den tillfälliga transaktionen). Genom antagandet av tillkännagivandet meddelar kommissionen att den kommer ”betrakta den transaktion, genom vilken den tillfälliga köparen förvärvar kontroll under sådana omständigheter, som det första steget i en enda koncentration som omfattar den slutliga köparens varaktiga förvärv av kontroll”.<sup>188</sup>

#### **5.2.2.4 Transaktioner som är beroende av varandra**

I tillkännagivandet adresserar kommissionen även transaktioner som de beskriver som ”beroende av varandra” och huruvida de skulle kunna omfattas av räckvidden av begreppet ”koncentration”.<sup>189</sup> Det faktum att artikel 3 koncentrationsförordningen är både allmän i sin utformning och resultatriktad på så sätt att ”det saknar betydelse om kontrollen förvärvats genom en eller flera rättsliga transaktioner, under förutsättning att slutresultatet är en enda koncentration.”<sup>190</sup> Vad som i sin tur utgör en enda koncentration är om de båda transaktionerna kan ses som en enhet. Frågan om en bedömning av om transaktionerna utgör en enhet prövas utifrån om resultatet av transaktionerna ”leder till att ett eller flera företag får direkt eller indirekt ekonomisk kontroll över ett eller flera andra företags verksamhet.”<sup>191</sup> Ytterligare en följd av den resultatriktade utformningen av koncentrationsbegreppet är att för att bedöma om resultatet – syftet med transaktionsstrukturen – har uppnåtts, måste en bedömning av den ekonomiska situationen bakom transaktionerna identifieras. Vid en sådan bedömning granskas således även parternas eftersträlvade ekonomiska mål.<sup>192</sup> Prövningen av ett ”warehousing”-arrangemangs tillåtenhet vid en koncentration måste därför göras i varje enskilt fall eftersom parternas motiv till ett användande av ”warehousing”-arrangemang varierar, vilket konstaterats i avsnitt 3.2–3.3.

---

<sup>188</sup> CJN, p. 35.

<sup>189</sup> CJN, p. 38–47.

<sup>190</sup> CJN, p. 38.

<sup>191</sup> CJN, p. 38.

<sup>192</sup> CJN, p. 38.

I målet T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*<sup>193</sup> angavs för första gången förutsättningarna för vad som kan utgöra en enhet. Om det kan avgöras att transaktionerna är beroende av varandra, genom att en av transaktionerna inte skulle genomförts utan den andra, utgör de en enhet. Föremål för prövning var huruvida bestämmelsen i artikel 3(2)(b) omfattade flera transaktioner som förvärvade gemensam kontroll.<sup>194</sup> I målet meddelade tribunalen att vid en bedömning av huruvida transaktionerna utgör en enhet görs en sammanvägd bedömning av alla faktiska och rättsliga omständigheter i det enskilda fallet. Detta görs i syfte att undersöka vilka ”ekonomiska realiteter som ligger till grund för åtgärderna”, alltså vilket syfte säljare och köpare har för att strukturera förvärvet på detta sätt. Vidare undersöktes om parterna hade kunnat tänkas ha vidtagit varje åtgärd för sig eller om de utgör en del i en större transaktion och är beroende av varandra.<sup>195</sup> Det konstaterades att parterna fick gemensam kontroll *de facto*<sup>196</sup> genom transaktioner som inte anmälts till kommissionen, vilka var beroende av varandra för att uppnå parternas ekonomiska syfte, varför en av grupperna av transaktionerna ansågs bryta mot ”gun-jumping”-reglerna.<sup>197</sup>

Min slutsats är därför att vid en prövning av ett “warehousing”-arrangemang kan inte arrangemanget *i sig* konstateras som förbjudet. På grund av bestämmelsens utformning måste en prövning göras i varje enskilt fall för att ”fastställa om transaktionerna i fråga kan ses som en enhet, så att det kan avgöras om de är beroende av varandra på ett sådant sätt att en transaktion inte skulle ha genomförts utan den andra”.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> Senare avgjort i mål C-202/06 P, *Cementbouw mot kommissionen*. I mål C-202/06 P, *Cementbouw mot kommissionen* behandlades främst frågan om kommissionens behörighet att pröva koncentrationer.

<sup>194</sup> T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 41.

<sup>195</sup> T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 106–107.

<sup>196</sup> Bland annat genom vetorätt av strategiska beslut gällande målbolaget, T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 64 och 67.

<sup>197</sup> T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 83.

<sup>198</sup> CJN, p. 38.

### 5.2.3 Undantag artikel 3(5)(a)

Vid en bedömning av räckvidden av koncentrationsbegreppet följer att en utredning av undantaget stadgat i samma artikel, artikel 3 koncentrationsförordningen, måste genomföras. Som tidigare nämnts i avsnitt 4.3 stadgas i artikel 3 ett undantag för vad som ska utgöra en koncentration enligt förordningen. Genom en systematisk tolkning kan enligt min mening utläsas att en förutsättning för undantagets tillämplighet är att en koncentration (utan undantaget) annars skulle ha uppstått. Denna tolkning får även stöd av kommissionen i CJN.<sup>199</sup> I tillkännagivandet meddelar kommissionen att undantagen stadgade i artikel 3(5) har ett mycket begränsat tillämpningsområde.<sup>200</sup> Det begränsade tillämpningsområdet baseras på två anledningar.

- i) Undantagen är tillämpliga endast om transaktionen annars skulle utgöra en koncentration i sig, och
- ii) undantagen i artikel 3(5)(a) och (c) omfattar bara förvärv av kontroll genom köp av värdepapper, inte förvärv av tillgångar.

Gällande anledning i), är den inte aktuell ”om transaktionen är ett led i en enda, mer omfattande koncentration under omständigheter som innebär att den som slutligen förvärvar kontrollen [den slutliga köparen] inte skulle omfattas av artikel 3.5”.<sup>201</sup> Här gör kommissionen en direkt hänvisning till de två-stegstransaktioner som identifierats annars undgå förhandskontroll.<sup>202</sup>

Gällande anledning ii), så borde detta enligt min mening innebära att artikel 3(5) inte är tillämpligt vid förvärv av kontroll genom exempelvis *andra medel*.<sup>203</sup> Denna slutsats kan dras eftersom den tillfälliga köparen i undantaget är ett finansiellt institut. Ovan konstaterande har emellertid inte särskilt stor betydelse för konstruktionen av ett “warehousing”-arrangemang eftersom den tillfälliga köparen i regel inte övertar de ekonomiska riskerna som förvärvet kan medföra. Således är det den slutliga, inte den tillfälliga köparen som kan förvärva kontroll genom andra medel.

---

<sup>199</sup> CJN, p. 114.

<sup>200</sup> CJN, p. 114.

<sup>201</sup> CJN, p. 114.

<sup>202</sup> CJN, p. 35.

<sup>203</sup> Se avsnitt 5.4.4.

## 5.2.4 Sammanfattning

I den första delen av utredningen av om ett användande av "warehousing"-arrangemanget bryter mot fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen ska således prövas, efter de förutsättningar som presenterats ovan, om

- a) den tillfälliga transaktionen *i sig* bidrar till ett genomförande av en koncentration enligt artiklarna 3 och 7(1) koncentrationsförordningen, eller
- b) den tillfälliga och slutliga transaktionen *tillsammans* kan ses som en enda koncentration och ett genomförande enligt artiklarna 3 och 7(1) koncentrationsförordningen.<sup>204</sup>

På grund av definitionen av koncentrationsbegreppet i förordningen är så allmänt hållet och resultatnriktat är det inte möjligt för "warehousing"-arrangemanget att *i sig* konstateras som förbjudet enligt "gun-jumping"-reglerna.

## 5.3 Positiv anmälningsplikt artikel 4(1)

Det konstaterades ovan att på grund av "warehousing"-arrangemangets struktur kan både den tillfälliga och den slutliga transaktionen a) *i sig*, eller b) *tillsammans* omfattas av fullföljdsförbudets räckvidd. Detsamma gäller även om den tillfälliga eller den slutliga transaktionen bryter mot anmälningsplikten eller fullföljdsförbudet i artiklarna 4(1) respektive 7(1) koncentrationsförordningen.

I kapitel 3 och 4 har framhållits att den tillfälliga transaktionen inte anmäls i "warehousing"-arrangemang. Däremot anmäls ofta den slutliga transaktionen som därefter kan genomföras efter godkännande. Ibland genomförs emellertid även den slutliga transaktionen innan godkännande. Det är först i de fall koncentrationen anses uppfylla kraven för genomförande enligt artikel 7(1) koncentrationsförordningen som anmälningsplikten i artikel 4(1) koncentrationsförordningen aktualiseras.

---

<sup>204</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 44–46.

I målet C-10/18 P, *Mowi ASA mot kommissionen* tydliggjorde domstolen förhållandet mellan artikel 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen. Domstolen meddelade i målet att det inte går att föreställa sig något sätt att en överträdelse av artikel 4(1) kan ske utan också en överträdelse av artikel 7(1) sker.<sup>205</sup> Det är därför motiverat att först granska huruvida en åtgärd, så som den tillfälliga transaktionen alternativt den slutliga transaktionen eller de tillsammans, utgör ett genomförande enligt artikel 7(1) koncentrationsförordningen för att sedan utreda huruvida transaktionen brutit mot anmälningssplikten. Frågan om arrangemanget brutit mot anmälningssplikten är därför sekundär till fullföljdsförbudet i detta avseende.

## 5.4 Fullföljdsförbud artikel 7(1)

### 5.4.1 Introduktion

Om det kan konstateras att koncentrationen faller inom koncentrationsförordningens tillämpningsområde antingen genom att koncentrationen uppfyller rekvisiten, a) *i sig*, eller b) *tillsammans* är nästa del i domstolens bedömning vad som utgör ett *genomförande* av en koncentration enligt artikel 7(1) koncentrationsförordningen.<sup>206</sup>

För att ett slutligt förvärv ska kunna ske måste transaktionen genomföras vid något tillfälle, även i förordningens mening. Detta går inte att undvika i sin helhet. Målet i ett "warehousing"-arrangemang är att det endast är den slutliga transaktionen som faller inom genomförandebegreppet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen. Den tillfälliga transaktionen måste helt undvika att falla inom genomföranderekvisitet, annars finns det inte några fördelar med arrangemanget.

Det ska dock beaktas att det kan finnas moment i transaktionsprocessen vid den slutliga transaktionen som också eftersträvas falla utanför tillämpningsområdet – där inte heller den slutliga transaktionen tillåts omfattas av begreppet "genomföras" omfattning för tidigt. Detta kan exempelvis vara vid

---

<sup>205</sup> C-10/18 P, *Mowi ASA mot kommissionen*, p. 103–108.

<sup>206</sup> Se avsnitt 5.2.

ett användande av ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder,<sup>207</sup> varför den slutliga transaktionen i regel anmäls och inväntar godkännande före genomförande. Det finns även vissa moment i den slutliga transaktionen som tillsammans med den tillfälliga transaktionen kan innebära att de successiva transaktionerna ska ses som en enda koncentration, alternativt helt eller delvis, innebära ett för tidigt genomförande.

## 5.4.2 Begreppet ”genomföras”

På grund av att det inte går att utläsa vad som utgör ett genomförande ur artikel 7(1) koncentrationsförordningen – någon bokstavstolkning är inte möjlig – är det i stället rättspraxis som får vägleda i tolkningen av begreppet. I avsnitt 5.2 har behandlats det faktum att domstolen konstaterat att bedömningen av artikel 7(1) inte kan skiljas från artikel 3 koncentrationsförordningen.<sup>208</sup> Av det följer att begreppet ”genomföras” precis som ”koncentration” tolkas gemensamt genom en prövning enligt både artikel 3 och artikel 7(1) koncentrationsförordningen. I artikel 3(2) koncentrationsförordningen stadgas att kontroll uppnås genom rättigheter, avtal eller andra medel.<sup>209</sup> Genom en tolkning av artikel 3 är det ostridigt att en övergång av äganderätten av alla eller majoriteten av aktierna till ett företag som även omfattas av koncentrationsbegreppet, anses som ett genomförande; en transaktion som *helt* bidrar till en varaktig förändring av kontroll.<sup>210</sup> Detsamma gäller övergång av äganderätten eller nyttjanderätten till ett företags samtliga tillgångar eller majoritet av dessa.<sup>211</sup> Vidare står klart att om förändring av kontroll sker genom ett avgörande inflytande som ett resultat av att en köpare erhållit rättigheter och avtal (innebärande att densamme har rätt att utse mer än hälften av styrelsens ledamöter och därför kan bestämma över målföretagets affärsstrategi så som votering eller beslut) utgör ett genomförande.<sup>212</sup> Ett exempel på en svårbedömd fråga är den om förvärv av en minoritetsandel i ett bolag uppnår tillräcklig

---

<sup>207</sup> Se avsnitt 4.6.

<sup>208</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 44.

<sup>209</sup> Vad andra medel innebär tas upp nedan i avsnitt 5.4.4.

<sup>210</sup> Artikel 3(2) koncentrationsförordningen; Jfr. IV/M.969, *A.P. Møller*.

<sup>211</sup> Artikel 3(2)a koncentrationsförordningen.

<sup>212</sup> Artikel 3(2)b koncentrationsförordningen; Jfr. IV/M.920, *Samsung/AST*.

kontroll, exempelvis om den slutliga köparen genom avtal får vetorätt endast i vissa frågor eller en rätt att utse styrelse eller ledning.<sup>213</sup> En bokstavstolkning av artikel 3 bidrar således inte långt till ett klargörande om huruvida den tillfälliga transaktionen *i sig* eller *tillsammans* med den slutliga omfattas av genomförandebegreppet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen eftersom den tillfälliga transaktionen är konstruerad för att genomföras utanför bestämmelsens räckvidd. Den första transaktionen i “warehousing”-arrangemanget är tillfällig, innebär inte en varaktig förändring av kontroll, varför principen om en enda koncentration har stor betydelse för tolkningen av genomförandebegreppet.<sup>214</sup>

### 5.4.3 En delvis genomförd koncentration

#### 5.4.3.1 Introduktion

En bedömning av genomförandebegreppet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen konstaterades i avsnitt 5.2 vara avhängig en bedömning av artikel 3 i samma förordning. För att bedöma om en *koncentration* har *genomförts* innan godkännande har erhållits från kommissionen måste koncentrationsbegreppet även i denna del av bedömningen tolkas. Denna del av prövningen överlappar således delvis med den om fullföljdsförbudets räckvidd, där samma begrepp tolkas genom artikel 3 koncentrationsförordningen. På grund av att en bokstavstolkning av genomförandebegreppet inte är möjlig är det i stället rättspraxis som får vägleda i tolkningen av begreppet. I nästföljande avsnitt utreds därför rättspraxis från EU-domstolen och tribunalen avseende tolkning av ”gun-jumping”-reglerna jämte det enda ärendet från kommissionen om warehousing, M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

#### 5.4.3.2 En enda koncentration

Den svåra bedömningen för huruvida ett “warehousing”-arrangemang omfattas av genomförandebegreppet är om den tillfälliga transaktionen bidrar till

---

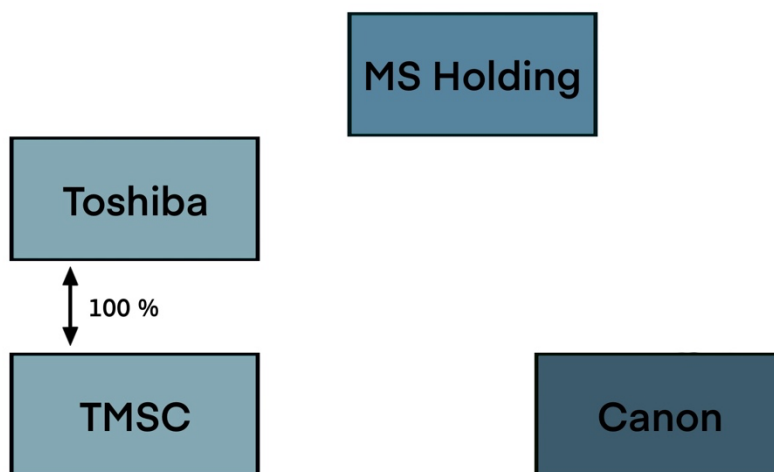
<sup>213</sup> Jfr. T-332/09, *Electrabel mot kommissionen*, T-704/14, *Marine Harvest mot kommissionen* och M.7993, *Altice/PT Portugal*.

<sup>214</sup> Se avsnitt 5.2.2.

ett *delvis* genomförande av koncentrationen, och om den tillfälliga och slutliga transaktionen kan ses som *en enda koncentration*. En viktig del i denna bedömning, konstaterad i avsnitt 5.2, är om den tillfälliga transaktionen är *nödvändig* för att varaktigt förändra kontrollen över målbolaget.<sup>215</sup> En transaktion som är nödvändig för att varaktigt förändra kontrollen över målbolaget har ett *direkt funktionellt samband* med genomförandet av koncentrationen.<sup>216</sup>

I ärende M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* beslutade kommissionen om böter till ett belopp av 28 miljoner euro. Canon hade enligt kommissionen delvis genomfört en koncentration genom ett ”warehousing”-arrangemang. Canon var en av budgivarna i en budprocess av TMSC.<sup>217</sup> För att tillgodose TMSC:s omedelbara behov av likvida medel föreslog Canon en ”warehousing”-struktur för transaktionen, vilket sedan genomfördes. Följaktligen skapades ett för transaktionen anpassat holdingbolag MS Holding, den tillfälliga köparen. Som direktörer för holdingbolaget utsågs en direktör av Canon, en av Toshiba (moderbolaget till TMSC) och en av en japansk advokatfirma.<sup>218</sup>

Fig. 1 - Transaktionsparter



I förberedelse till genomförandet av arrangemanget konverterade TMSC sina aktier och skapade nya typer av aktier, A–C-aktier.<sup>219</sup>

<sup>215</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 48.

<sup>216</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 49.

<sup>217</sup> TMSC, Toshiba Medical Systems Corporation.

<sup>218</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 18.

<sup>219</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 19.



- A) Röstberättigade aktier.<sup>220</sup>
- B) Icke-röstberättigade aktier.<sup>221</sup>
- C) Röstberättigade aktier med en så kallad *call option* av TMSC.<sup>222</sup>

Efter omstruktureringen<sup>223</sup> hade TMSC följande aktiefördelning.

- A) 20 stycken.
- B) 1 styck.
- C) 100 stycken köpoptioner kopplade till C-aktier som bara kunde användas efter ett godkännande gällande den slutliga transaktionen av kommissionen.<sup>224</sup>

Den tillfälliga transaktionen i detta “warehousing”-arrangemang bestod av två transaktioner. En transaktion mellan Toshiba och MS Holding, och en mellan Toshiba och Canon.

1. Den tillfälliga transaktionen mellan Toshiba och MS Holding bestod av samtliga A-aktier. MS Holding förvärvade dessa aktier för cirka 800 euro.<sup>225</sup>
2. Den tillfälliga transaktionen mellan Toshiba och Canon bestod av samtliga B-aktier i TMSC, samt alla C-aktier i form av köpoptioner. B-aktien förvärvades för cirka 40 euro och C-aktierna (köpoptionerna) för cirka 5,28 miljarder euro.<sup>226</sup> Vad som är viktigt att notera är att den tillfälliga transaktionen inte innehöll några rösträttigheter innan ett användande av köpoptionerna.

Den tillfälliga transaktionen<sup>227</sup> hade således följande struktur.

---

<sup>220</sup> Innebärande 1 röst vid på TMSC:s aktieägarmöten.

<sup>221</sup> Vid aktieägarmöten. Däremot innebär aktierna vissa andra fördelar, se M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 26.

<sup>222</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 21.

<sup>223</sup> Innebärande de förberedande åtgärder som genomfördes inför förvärvet.

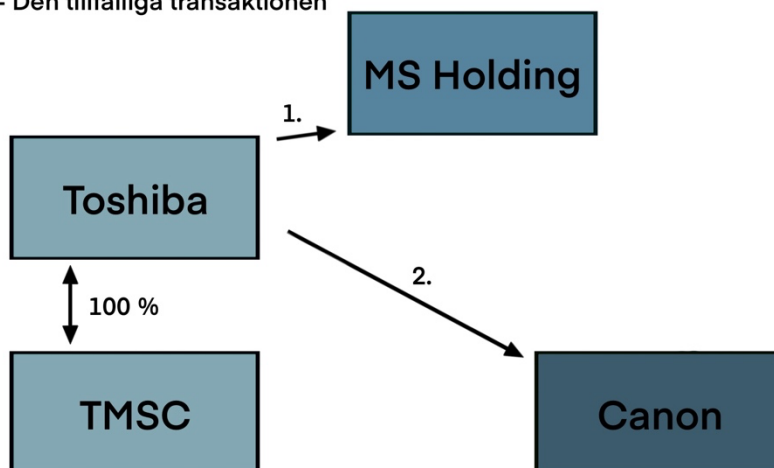
<sup>224</sup> Varje aktieoption avser 1 380 000 ordinarie C-aktier. Varje C-aktie innebar 1 röst vid TMSC:s bolagsstämma. M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 23, 27–30.

<sup>225</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p 32.

<sup>226</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p 31.

<sup>227</sup> De båda tillfälliga transaktionerna är i detta avsnitt hädanefter kallade *den tillfälliga transaktionen*.

Fig. 2 - Den tillfälliga transaktionen



Den tillfälliga transaktionen mellan Toshiba och MS Holding anmäldes inte. Så snart användandet av Canons 100 köpoptioner av C-aktier i TMSC godkännts av konkurrensmyndigheterna skulle ytterligare två transaktioner genomföras.<sup>228</sup>

3. Den slutliga transaktionen mellan MS Holding och TMSC avseende 20 stycken A-aktier för totalt cirka 300 000 euro.<sup>229</sup>
4. Den slutliga transaktionen mellan Canon och TMSC avseende 1 styck B-aktie för cirka 40 euro.<sup>230</sup>
5. Vidare skulle Canon använda alla 100 köpoptioner och förvärva av alla C-aktier motsvarande alla TMSC:s ordinarie aktier.<sup>231</sup>

Den slutliga transaktionen<sup>232</sup> hade således följande struktur.

---

<sup>228</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p 34.

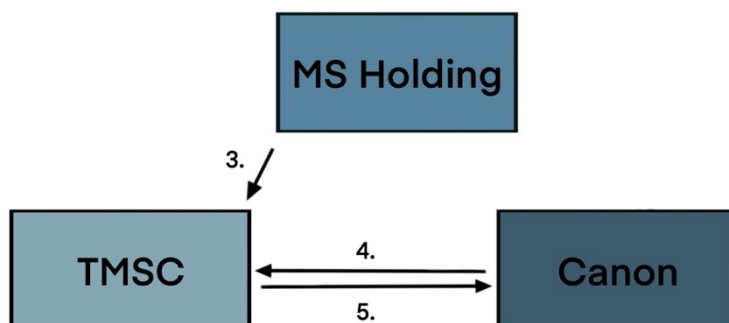
<sup>229</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 34(c).

<sup>230</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 34(b).

<sup>231</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 34(a).

<sup>232</sup> De båda slutliga transaktionerna är härnäst i detta avsnitt kallade *den slutliga transaktionen*.

Fig. 3 - Den slutliga transaktionen



I ärendet klargjorde kommissionen att den tillfälliga transaktionen endast vidtagits för att underlätta Canons varaktiga förvärv av kontroll över TMSC.<sup>233</sup> Holdingbolaget MS Holding hade också skapats enbart i syfte att utföra transaktionen och kan därför inte ”avskiljas” från den slutliga transaktionen. Därför var den tillfälliga och den slutliga transaktionen tillsammans en enda koncentration, enligt kommissionen.<sup>234</sup> Denna faktor, avskiljbarhet, kan därför vara betydelsefull vid bedömningen av en enda koncentration.

Kommissionen lade även vikt i bedömningen vid att Canon vid ingåendet av den tillfälliga transaktionen hade hela den ekonomiska risken förenad med transaktionerna.<sup>235</sup> Canon hade redan innan godkännande rätt att bestämma över TMSC:s kontrollerande aktier. Canon kunde antingen 1) använda köpoptionerna för att själv förvärva TMSC, eller 2) sälja optionerna till en utomstående tredje part om transaktionen inte godkändes av kommissionen. En sådan situation, kontroll från Canons sida, innebär således ett avgörande inflytande över målbolaget, enligt kommissionen.<sup>236</sup>

I tidigare presenterat mål C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, konstaterades av domstolen att ett uppsägande av ett samarbetsavtal inte utgör ett genomförande i bestämmelsens mening.<sup>237</sup> Detta på grund av att uppsägningen i sig inte bidrar till en varaktig förändring av kontroll över målbolaget. Detta faktum kvarstod även om uppsägningen var villkorad

<sup>233</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 113.

<sup>234</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 101.

<sup>235</sup> Jfr. avsnitt 4.6.

<sup>236</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 133–134.

<sup>237</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 62

av koncentrationens genomförande och kan vara en kompletterande eller förberedande åtgärd avseende koncentrationen, samt trots den påverkan koncentrationen kan ha på marknaden.<sup>238</sup> I ett typiskt "warehousing"-arrangemang är ett samarbetsavtal inte nödvändigtvis en faktor, varför detta mål inte är av stor relevans för uppsatsens frågeställning gällande just samarbetsavtalet. Däremot är målet viktigt i tolkningen av delvis genomförande och nödvändighetsrekvisitet. Om den tillfälliga transaktionen är nödvändig för att varaktigt förändra kontrollen över målbolaget, genom att den har ett direkt funktionellt samband med förändringen av kontroll, innebär den tillfälliga transaktionen ett delvis genomförande av en koncentration.

Utgången i målet C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet* fick betydelse i ärendet M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*. Kommissionen konstaterade först i ärendet att de två intressen Canon och TMSC hade som låg bakom användandet av ett "warehousing"-arrangemang tillgodosågs genom arrangemanget.<sup>239</sup> De bakomliggande intressena var främst i) att den tillfälliga köparen kunde förvärva TMSC utan att behöva beakta anmälningsplikten, och ii) att TMSC oåterkalleligen kunde erhålla köpeskillingen. Sedan konstaterade kommissionen att "warehousing"-arrangemanget och den tillfälliga transaktionen därför var *nödvändiga* för att förändra kontrollen av TMSC.<sup>240</sup> Detta arrangemang, där den tillfälliga och slutliga transaktionen anses vara *en enda koncentration* och den tillfälliga transaktionen är *nödvändig* för koncentrationen, gör att den tillfälliga transaktionen (delvis) bidrar till *förändring av varaktig kontroll* över målbolaget, innebär således en överträdelse av 7(1) koncentrationsförordningen.

---

<sup>238</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 60.

<sup>239</sup> Jfr. avsnitt 5.2.2.4 och T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*.

<sup>240</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 149 f.

## 5.4.4 Begreppet ”andra medel”

### 5.4.4.1 Introduktion

Genom en tolkning av artikel 3(1)(b) koncentrationsförordningen tydliggörs att kontroll kan förvärfvas på många sätt, helt eller delvis, direkt eller indirekt.<sup>241</sup> I artikel 3(2) koncentrationsförordningen stadgas att kontroll uppnås genom rättigheter, avtal eller *andra medel* som ger *möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag*. Läsaren bör även erinras att ett faktiskt eller kommande utövande av inflytande är irrelevant – det räcker med en ”verklig möjlighet” att utöva inflytandet.<sup>242</sup> ”Andra medel” identifieras särskilt vara äganderätt eller nyttjanderätt till företagets tillgångar, rättigheter eller avtal rörande ett företags organs sammansättning, votering eller beslut.<sup>243</sup>

Vad som kan omfattas av begreppet ”andra medel” kan därför vara relevant för bedömningen av ett ”warehousing”-arrangemang. Särskilt av intresse är de ”warehousing”-arrangemang där det inte sker en fullständig övergång av äganderätt av aktier eller nyttjanderätten till målbolagets samtliga tillgångar eller majoritet av dessa. Exempel på en situation där detta kan aktualiseras är när den slutliga köparen, motiverad av att minska sina risker förenade med förvärvet, vill ha större inflytande över målbolaget innan den slutliga transaktionen blivit godkänd.<sup>244</sup> Det finns således två begrepp som behöver tolkas i denna del, ”genomföras” och ”andra medel”.

### 5.4.4.2 ”Pre-closing”-covenanten och utbyte av affärskänslig information

År 2018 kom för första gången vägledning från kommissionen i ett ärende, för vilken typ av inflytande som kan omfattas av begreppet andra medel.<sup>245</sup> I ärendet bötfälldes det nederländska bolaget Altice med 124,5 miljoner euro, 62,25 miljoner euro för överträdelsen av 4(1) koncentrationsförordningen och

---

<sup>241</sup> Se även avsnitt 4.2.

<sup>242</sup> CJN p. 16.

<sup>243</sup> Artikel 3(2)(b) koncentrationsförordningen.

<sup>244</sup> Se kapitel 3.

<sup>245</sup> M.7993, *Altice/PT Portugal*.

ytterligare 62,25 miljoner euro för överträdelsen av 7(1) koncentrationsförordningen, i enlighet med artikel 14(2) koncentrationsförordningen.<sup>246</sup> Överträdelserna var följande. Den slutliga köparen, Altice,

- a) fick betydande vetorätt genom ”pre-closing”-covenanter i aktieöverlåtelseavtalet,
- b) hade faktiskt inflytande över målbolaget,<sup>247</sup> vilket också utövades, och
- c) vid tillfällen utbytte känslig information om målbolaget, vilket tydliggjorde att Altice utövade avgörande inflytande över målbolaget,<sup>248</sup>

innan kommissionen godkände förvärvet. Rättigheterna innebar att Altice hade vetorätt över alla beslut om tillsättning av målbolagets ledning och styrelse, målbolagets prisstrategier och alla avtal rörande ingående, ändring, och uppsägning av avtal. Kommissionen kom fram till att denna mängd och typ av rättigheter inte begränsade sig till, och gick långt utöver, det som var nödvändigt, för att bevara värdet av målbolaget.<sup>249</sup> Kommissionens beslut uppehölls av tribunalen som meddelade sin dom år 2021, även om tribunalen sänkte böterna med 6,22 miljoner euro.<sup>250</sup> Böterna är ändock de hittills högsta som kommissionen meddelat i ett ”gun-jumping”-ärende.<sup>251</sup>

Det viktigaste att ta med sig från ärendet är att ”pre-closing”-covenanter i aktieöverlåtelseavtalet för den slutliga transaktionen kan ses som möjligheter till ett avgörande inflytande i målbolaget för (den slutliga) köparen innan godkännande från kommissionen erhållits. Ett sådant inflytande innebär, som tidigare konstaterats, en varaktig förändring av kontroll, även om den är indirekt. Varaktig förändring av kontroll kan alltså vara *de jure*, eller faktiskt genom inflytande, *de facto*.

#### **5.4.4.3 Förändring av kontroll *de facto***

Enligt kommissionen kan en rättslig förändring av kontroll av ett företag genom flera transaktioner utan särskilda svårigheter konstateras eftersom det

---

<sup>246</sup> M.7993, *Altice/PT Portugal*, p. 621.

<sup>247</sup> PT Portugal.

<sup>248</sup> Även om detta (c) inte i sig innebar en överträdelse.

<sup>249</sup> M.7993, *Altice/PT Portugal*, p. 476 ff.

<sup>250</sup> T-425/18, *Altice Europe mot kommissionen*, p. 365 f.

<sup>251</sup> Kommissionen har inte vid uppsatsens skrivande bötfällt Illumina eller GRAIL i ärendet M.10493, *Illumina GRAIL*.

kan utläsas av avtalen – alltså att de är ömsesidigt villkorade av varandra.<sup>252</sup> En *faktisk* villkorlighet är dock svårare att påvisa om inte avtalen ingåtts samtidigt. Det går enligt kommissionen att behandla två transaktioner som en enda koncentration baserat på faktisk villkorlighet men då måste ett sådant förhållande påvisas med tillräcklig säkerhet. Eftersom de koncentrationer som koncentrationsförordningen avser att omfatta (exempelvis två-stegs-transaktioner) inte nödvändigtvis ingås samtidigt kan således ytterligare faktorer få betydelse i bedömningen om arrangemanget är tillåtet eller ej.<sup>253</sup>

I målet och ärendena gällande Mowi ASA (tidigare Marine Harvest/Morpol) aktualiserades kriteriet kontroll *de facto* och avgörande inflytande.<sup>254</sup> Marine Harvest förvärvade företaget Morpol i två succesiva transaktioner. I den första transaktionen år 2012 förvärvade Marine Harvest 48,5% av Morpols aktier utan anmälan. Genom den andra transaktionen, genomförd år 2013, förvärvade Marine Harvest ytterligare 38,5% av aktierna i Morpol genom ett publikt bud. Denna transaktion anmäldes och godkändes av kommissionen enligt artikel 4(1) koncentrationsförordningen.<sup>255</sup> Vid ett senare beslut bötfälldes Marine Harvest av kommissionen för att ha genomfört den första transaktionen. Marine Harvest bötfälldes med 10 miljoner euro för en överträdelse av artikel 4(1) koncentrationsförordningen, att den första transaktionen inte anmäldes, och ytterligare 10 miljoner euro för en överträdelse av artikel 7(1) koncentrationsförordningen, för att ha genomfört den första transaktionen innan godkännande lämnades.<sup>256</sup>

Kommissionen tydliggjorde i ärendet att även om Marine Harvest inte förvärvat en majoritet av aktierna i Morpol vid den första transaktionen, hade Marine Harvest förvärvat ensam kontroll *de facto* efter denna första transaktion. En *de facto* förändring av kontroll hade skett eftersom det var högst sannolikt att Marine Harvest skulle få en majoritet på bolagstämman, baserat på

---

<sup>252</sup> CJN, p. 43.

<sup>253</sup> CJN, p. 43.

<sup>254</sup> M.7184, *Marine Harvest/Morpol*, M.6850, *Marine Harvest/Morpol*, T-704/14, *Marine Harvest mot kommissionen* och mål C-10/18P, *Mowi ASA (tidigare Marine Harvest) mot kommissionen*.

<sup>255</sup> M.6850, *Marine Harvest/Morpol*.

<sup>256</sup> Se avsnitt 4.1.

storleken av dess aktieinnehav och närvaron av aktieägare på tidigare möten, tidigare år.<sup>257</sup> Tribunalen avtog Marine Harvest överklagande.<sup>258</sup> I målet förtydligade domstolen även att ett utövande av ett inflytande *de facto* inte faktiskt behöver utnyttjas för att förändring av kontroll ska uppstå.<sup>259</sup> Undantaget för publika bud eller succesiva transaktioner, stadgat i artikel 7(2) koncentrationsförordningen, var enligt domstolen inte heller tillämpligt eftersom kontrollen inte förvärvades genom det publika budet eller den senare transaktionen. Kontroll förvärvades därför genom den första transaktionen (genomförande *i sig*). Avseende undantaget i artikel 7(2) koncentrationsförordningen, meddelade EU-domstolen att undantaget är irrelevant i den situation där kontroll *de facto* förvärvas i den första transaktionen, eftersom den andra transaktionen inte är nödvändig för att åstadkomma en förändring av kontroll av målbolaget i den aktuella koncentrationen.<sup>260</sup>

## 5.5 Sammanfattning

Utredningen för om “warehousing”-arrangemanget bryter mot fullföljdsförbudet och därmed även anmälningsplikten är uppdelad i två delar.<sup>261</sup> Först prövas om arrangemanget ligger inom fullföljdsförbudets räckvidd för begreppet ”koncentration” enligt både artiklarna 3 och 7(1) koncentrationsförordningen.<sup>262</sup> Sedan prövas om någon del av “warehousing”-arrangemangets transaktionsstruktur faller inom räckvidden för begreppet ”genomföras”. På grund av tidigare konstaterad sammanvägning av bedömningen mellan begreppen ”koncentration” och ”genomföras” tolkas även genomförandebegreppet enligt artiklarna 3 och 7(1) koncentrationsförordningen. Delar av

---

<sup>257</sup> M.7184, *Marine Harvest/Morpol*, p 82.

<sup>258</sup> T-704/14, *Marine Harvest mot kommissionen*.

<sup>259</sup> T-704/14, *Marine Harvest mot kommissionen*, p. 57.

<sup>260</sup> C-10/18P, *Mowi ASA (tidigare Marine Harvest) mot kommissionen*, p. 47–52; Mer om EU-domstolens uttalande gällande två separata böter enligt artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen, se avsnitt 4.1.

<sup>261</sup> En prövning om den tillfälliga transaktionen enskilt uppnår tröskelvärdena och/eller kravet på gemenskapsdimension enligt förordningen är av logiska skäl utesluten. Denna fråga är viktig, men är inte den som är svårtydd och behöver tolkas.

<sup>262</sup> Se avsnitt 5.2.



tolkningen av begreppen är således lika eller identisk men prövningen är ändå separerad.<sup>263</sup> I utredningen om under vilka förutsättningar “warehousing”-arrangemanget bryter mot anmälningsplikten och fullföljdsförbudet i artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen, prövas *koncentrationsbegreppet* enligt följande kriterier.<sup>264</sup>

1. Bidrar den tillfälliga transaktionen, a) *i sig*, till en

- i) *varaktig förändring av kontroll* i målbolaget, på så sätt att den tillfälliga transaktionen utgör
- ii) en *helt* genomförd koncentration?

2. Är den tillfälliga transaktionen, b) *tillsammans* med den slutliga transaktionen,

- i) *nära sammanlänkade*<sup>265</sup> på så sätt att
- ii) den tillfälliga transaktionen är *nödvändig* för att
- iii) *varaktigt förändra kontrollen* i målbolaget, vilket innebär att
- iv) den tillfälliga och den slutliga transaktionen ses *som en enda koncentration* samt att
- v) den tillfälliga transaktionen således bidrar till en *delvis* genomförd koncentration?

I utredningen om huruvida någon del av “warehousing”-arrangemangets transaktionsstruktur faller inom räckvidden för *genomförandebegreppet* måste både den tillfälliga och den slutliga transaktionen prövas. Denna utredning är således tvådelad på samma sätt som den om fullföljdsförbudets räckvidd.

---

<sup>263</sup> Se avsnitt 5.4.

<sup>264</sup> Ej nödvändigtvis i presenterad ordning.

<sup>265</sup> Direkt funktionellt samband med den slutliga transaktionen.

# 6 Är ”warehousing”-arrangemang förbjudna?

## 6.1 Introduktion

Mot bakgrund av slutsatserna i föregående kapitel kan en bedömningsmodell för frågan om ”warehousing”-arrangemanget omfattas av fullföljdsförbudets räckvidd och en tolkningsmodell för ”gun-jumping”-reglerna identifieras. I detta kapitel används dessa modeller för att besvara uppsatsens frågeställning om under vilka förutsättningar ”warehousing”-arrangemang bryter mot fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen. I min utredning av frågeställningen dras således slutsatser löpande, baserat på utredningen i kapitel 5.

I enlighet med bedömningsmodellen är utredningen tvådelad. I avsnitt 6.2.1 utreds om ”warehousing”-arrangemang omfattas av, och bryter mot fullföljdsförbudets räckvidd enligt artikel 7(1) koncentrationsförordningen avseende koncentrationsbegreppet. I denna del av utredningen är det endast aktuellt att pröva, a) den tillfälliga transaktionen *i sig*, och b) den tillfälliga och den slutliga transaktionen *tillsammans*. Vidare i avsnitt 6.2.2 utreds om ”warehousing”-arrangemang omfattas av, och bryter mot, fullföljdsförbudet avseende genomförandebegreppet, och således även bryter mot anmälningsplikten, artikel 4(1) koncentrationsförordningen.<sup>266</sup> I denna del av utredningen är det relevant att, förutom omständigheterna a)–b), även pröva den slutliga transaktionen *i sig*.<sup>267</sup> Eftersom bedömningsmodellen för prövningen av om ”warehousing”-arrangemanget omfattas av koncentrationsbegreppet är i princip samma som den för genomförandebegreppet, överlappar slutsatserna i avsnitt 6.2.1 de i 6.2.2 i hög utsträckning, varför merparten av slutsatserna pre-

---

<sup>266</sup> Se avsnitt 6.3.

<sup>267</sup> Läsaren ska uppmärksammas på att benämningarna a–c har olika inbördes ordning i de två delarna av utredningen, eftersom de respektive transaktionerna i del två först prövas *i sig*, för att sedan prövas *tillsammans* som *en enda koncentration*.

senteras i 6.2.1, med kompletteringar i avsnitt 6.2.2 utifrån en annan utgångspunkt. De två prövningarna hålls ändå separerade eftersom de berör två olika delar av fullföljdsförbudet även om kriterierna är så nära sammankopplade – en koncentration är en varaktig förändring av kontroll i ett målbolag, en varaktig förändring av kontroll sker bland annat när transaktionen av målbolaget genomförs.

## 6.2 Fullföljdsförbud artikel 7(1)

### 6.2.1 Koncentration

#### 6.2.1.1 a) Uppfyller den tillfälliga transaktionen i sig kriterierna för begreppet ”koncentration”?

En tillfällig transaktion är en nödvändighet för att en transaktionsstruktur ska definieras som ett “warehousing”-arrangemang. Definitionen påverkas inte av antalet tillfälliga transaktioner. Arrangemanget kan innehålla en grupp tillfälliga transaktioner, som exempelvis i ärende M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*. För att arrangemanget ska uppfylla sitt syfte får inte den tillfälliga transaktionen vara anmälningspliktig, varför det först måste konstateras om den tillfälliga transaktionen i sig uppfyller kriterierna för begreppet koncentration i fullföljdsförbudet.

Eftersom en bokstavstolkning inte är möjlig av bestämmelsen gällande begreppet koncentration tas ledning från den allmänna och resultatriktade definitionen i artikel 3 koncentrationsförordningen. Resultatet av utredningen av artikel 3 koncentrationsförordningen och tillhörande rättspraxis är en bedömningsmodell avseende räckvidden av begreppet koncentration, vilken består av följande kriterier.

1. Bidrar den tillfälliga transaktionen, a) *i sig*, till en
  - i) *varaktig förändring av kontroll* i målbolaget, på så sätt att den tillfälliga transaktionen utgör
  - ii) *en helt genomförd koncentration*?

Den tillfälliga transaktionen i ett “warehousing”-arrangemang måste vara just tillfällig för att tjäna sitt syfte. För att transaktionen på förhand ska kunna konstateras som tillfällig krävs således en ”garanti” att aktierna säljs vidare,

oberoende av om det är till den slutliga köparen eller till en utomstående part. I ett “warehousing”-arrangemang regleras sådana villkor i regel i köpeavtalet mellan säljaren och den tillfälliga köparen. För att den tillfälliga transaktionen ska bedömas som icke-anmälningsskyldig bör det således finnas ett villkor om avyttring i ett senare led, antingen till en slutlig köpare eller, om kommissionen inte godkänner förvärvet, till en utomstående part. Vid dessa omständigheter kan den tillfälliga transaktionen i sig inte bidra till en varaktig förändring av kontroll i målbolaget. Villkorlighet *de jure* kan uteslutas i denna situation eftersom den tillfälliga transaktionen inte är beroende av om den slutliga transaktionen går igenom eller ej.<sup>268</sup> Om det råder tvivel om vidareförsäljning av målbolaget riskerar den tillfälliga transaktionen att i sig utgöra en koncentration, av vilket följer att den är förbjuden att genomföras innan en anmälan enligt artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen. Det finns ingen rättspraxis från EU-domstolen eller ärenden i kommissionen där den tillfälliga transaktionen *i sig* konstaterats utgöra ett genomförande.

Mot bakgrund av det ovan sagda kan slutsatsen dras att det finns större risk för att den tillfälliga transaktionen ska ses som en enda koncentration tillsammans med den slutliga, än en koncentration i sig, varför det i min mening inte är i denna del av utredningen som “warehousing”-arrangemangets tillåtenhet ”står eller faller”. För att parterna ska undvika att den tillfälliga transaktionen i sig ska anses utgöra en koncentration får ett uppfyllande av de villkor som de presenterade ovan anses tillräckliga.

#### **6.2.1.2 b) Kan den tillfälliga och slutliga transaktionen tillsammans ses som en enda koncentration?**

Om den tillfälliga transaktionen i sig inte är en koncentration – bidrar till en varaktig förändring av kontroll i målbolaget – kan den *tillsammans* med den slutliga transaktionen ses som *en enda koncentration*, genom en tolkning av artiklarna 3 och 7(1) koncentrationsförordningen. Resultatet av utredningen av artikel 3 koncentrationsförordningen och tillhörande rättspraxis är en bedömningsmodell avseende principen av en enda koncentration, vilken består av följande kriterier.

---

<sup>268</sup> CJN, p. 43.

2. Är den tillfälliga transaktionen, b) *tillsammans* med den slutliga transaktionen,

- i) *nära sammanlänkade*<sup>269</sup> på så sätt att
- ii) den tillfälliga transaktionen är *nödvändig* för att
- iii) *varaktigt förändra kontrollen* i målbolaget, vilket innebär att
- iv) den tillfälliga och den slutliga transaktionen ses som *en enda koncentration* samt att
- v) den tillfälliga transaktionen således bidrar till en *delvis* genomförd koncentration?

Utgångspunkten vid denna bedömning är att det i den tillfälliga transaktionen är villkorat att målbolaget ska avyttras vidare från den tillfälliga köparen. För att arrangemanget ska vara fördelaktigt för den tillfälliga köparen måste en avvägning göras mellan dels de ekonomiska riskerna, och dels den potentiella vinst som arrangemanget kan medföra. Om de ekonomiska riskerna är stora, följer att betalningen till den tillfälliga köparen motsvarar dessa. Ju större risk, desto högre pris. Kostnaden för att den tillfälliga köparen är en bank får av denna anledning anses i regel vara större än att exempelvis använda ett för transaktionen skapat holdingbolag, särskilt eftersom de övervägande riskerna i denna situation läggs på den slutliga köparen.<sup>270</sup> Det finns inget som säger att den tillfälliga köparen kan vara ett bolag som inte är skapat särskilt för transaktionen. Vid en sådan situation måste dock tröskelvärden och gemenskapsdimensionen igen kontrolleras så att inte den tillfälliga transaktionen, precis som den tilltänkta, omfattas av koncentrationsförordningen. Det finns dock fördelar med att använda ett för transaktionen skapat holdingbolag eftersom betalning inte behöver ske på samma sätt. Vid en granskning av ärendet M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* är det möjligt att spekulera att kostnaden var 300 000 euro minskat med 800 euro (det

---

<sup>269</sup> Direkt funktionellt samband med den slutliga transaktionen.

<sup>270</sup> Vilket innebär att köparen vill minska dessa risker genom antingen insyn eller viss kontroll i målbolaget, se nedan.

som var kvar efter den tillfälliga och slutliga transaktionen). Utifrån omständigheten att holdingbolaget inte tog några ekonomiska risker kan slutsatsen dras att denna kostnad är förhållandevis liten.<sup>271</sup>

Eftersom förvärvet mellan säljaren och den tillfälliga köparen måste vara oåterkalleligt (för att denna transaktion *i sig* inte ska anses som en koncentration) läggs i regel de ekonomiska riskerna på den slutliga köparen.<sup>272</sup> Dessa risker vill den slutliga köparen i sin tur minska så mycket som möjligt, vilket kan göras genom exempelvis ”pre-closing”-covenanter eller ”pre-merger”-åtgärder gällande insyn eller kontroll över målbolaget. Beroende på hur mycket insyn eller kontroll den slutliga köparen har över målbolaget innan tillträde kan den tillfälliga och slutliga transaktionen bli mer eller mindre ”sammanlänkade”. Beroende på vilken variant av ”warehousing”-arrangemang som används varierar hur stor ”mängd” av kontroll som förflyttas från målbolaget till antingen den tillfälliga eller den slutliga köparen. En variant på ett ”warehousing”-arrangemang där den slutliga köparen inte tar några ekonomiska risker och således inte heller har ett behov av vare sig insyn eller kontroll av målbolaget, är inte sannolik i min mening. Det finns således två utgångspunkter som måste utredas för vidare diskussion, i) de ekonomiska riskerna överförs till den slutliga köparen, utan ett användande av ”pre-closing”-covenanter eller ”pre-merger”-åtgärder, och ii) de ekonomiska riskerna överförs till den slutliga köparen och den slutliga köparen använder ”pre-closing”-covenanter eller ”pre-merger”-åtgärder för att minska sina risker förenade med arrangemanget.

Om ett ”warehousing”-arrangemang struktureras enligt scenario i) sker inte någon *de facto* varaktig förändring av kontroll vid genomförandet av den tillfälliga transaktionen.<sup>273</sup> Den slutliga köparen har inte genom den tillfälliga transaktionen någon möjlighet att utöva inflytande på målbolaget innan ett

---

<sup>271</sup> Det kan även observeras att den tillfälliga och den slutliga köparen var direktörer i nämnda holdingbolag, avseende var överskottet sedan hamnar.

<sup>272</sup> Se avsnitt 3.1.

<sup>273</sup> Så till vida att avtalen inte slutits samma dag, jfr. CJN p. 43.

genomförande av den slutliga transaktionen, som kan invänta ett godkännande från kommissionen. Någon förändring av kontroll *de jure* är inte aktuellt i detta scenario eftersom transaktionerna inte är ömsesidigt villkorade.

I målet C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet* konstaterade domstolen att även om två transaktioner är villkorade varandra, omfattas de inte av koncentrationsförordningen, om den tillfälliga transaktionen inte är *nödvändig* ”för att förändra kontrollen över ett företag som omfattas av förordningen”.<sup>274</sup> En transaktions nödvändighet för att förändra kontrollen bedöms utifrån om transaktionerna har ett *direkt funktionellt samband* med genomförandet av koncentrationen.<sup>275</sup> Frågan uppstår således om transaktionerna kan ha ett direkt funktionellt samband om de inte är ömsesidigt villkorade. Utredningen har visat att om avtalen ingåtts samtidigt kan ett rättsligt samband visas, i annat fall kan en sådan bedömning bli svår ur ett bevishänseende.<sup>276</sup> Av denna anledning kan slutsatsen dras, att på grund av bevissvårigheter avseende den tillfälliga transaktionens nödvändighet för förändring av kontroll i målbolaget, finns utrymme för att ”warehousing”-arrangemanget inte kan visas omfattas av koncentrationsbegreppet, även om transaktionerna skulle vara villkorade på detta sätt.

Om den slutliga köparen inte använder sig av ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder och därmed övertar de ekonomiska riskerna med arrangemanget, men också använder köpoptioner, kan det i sig innebära att transaktionerna tillsammans ses som en enda koncentration.<sup>277</sup> I ärendet M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* användes köpoptioner för att undvika en förändring av varaktig kontroll vid genomförandet av den tillfälliga transaktionen.<sup>278</sup> Kommissionen meddelade i ärendet att när den slutliga köparen har rätt att bestämma över målbolagets kontrollerande aktier genom att antingen 1) utöva aktieoptionerna för att självt förvärva målbola-

---

<sup>274</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 48–49.

<sup>275</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 49.

<sup>276</sup> Se CJN, p. 43.

<sup>277</sup> Jfr. avsnitt 4.6.

<sup>278</sup> Se avsnitt 3.2.

get, eller 2) sälja aktieoptionerna till en utomstående tredje part om transaktionen inte godkändes av kommissionen, har den slutliga köparen hela den ekonomiska risken förenad med transaktionerna.<sup>279</sup> Ett övertagande av de ekonomiska riskerna på detta sätt utgjorde enligt kommissionen ett avgörande inflytande i målbolaget, även om köpoptionerna inte använts än.<sup>280</sup> Om köpoptioner inte används, är det svårt att dra samma slutsats, varför rättsläget gällande dess användning i ett ”warehousing”-arrangemang fortfarande står oklart.

Vidare återstår att bedöma den andra situationen, ii) de ekonomiska riskerna överförs till den slutliga köparen och den slutliga köparen använder ”pre-closing”-covenanter eller ”pre-merger”-åtgärder för att minska sina risker förenade med arrangemanget. Det finns i denna del av bedömningen främst följande omständigheter att diskutera.

- a) Användning av ”pre-closing”-covenanter eller ”pre-merger”-åtgärder.
- b) Utbyte av affärskänslig information.
- c) Förändring av kontroll *de facto*.
- d) Utgör den tillfälliga och slutliga transaktionen tillsammans en enda koncentration genom successiva transaktioner?
- e) Är den tillfälliga och slutliga transaktionen beroende av varandra?

Hur förändring av kontroll sker är inte begränsat till rättigheter eller avtal. Förändring av kontroll kan ske genom andra medel som ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag.<sup>281</sup>

I ärendet M.7993, *Altice/PT Portugal* hade den slutliga köparen ett avgörande inflytande i målbolaget genom användning av ”pre-closing”-covenanter, ”pre-merger”-åtgärder och utbyte av affärskänslig information. ”Pre-closing”-covenanterna reglerade bland annat en vetorätt avseende alla väsentliga beslut i målbolaget som enligt kommissionen gick långt utöver vad som var nödvändigt att bevara värdet av målbolaget.<sup>282</sup> ”Pre-merger”-åtgärderna var i ärendet bland annat integration av personal. Av denna anledning kan således

---

<sup>279</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 133–134.

<sup>280</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 133–134.

<sup>281</sup> Se avsnitt 5.4.4.

<sup>282</sup> M.7993, *Altice/PT Portugal*, p. 476 ff.



konstateras att om användning av ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder begränsas till vad som är nödvändigt för att bevara värdet kan den slutliga köparen minska riskerna förenade med arrangemanget utan att få ett avgörande inflytande över målbolaget för tidigt. Vad som är nödvändiga åtgärder eller villkor för att bevara värdet i målbolaget är dock oklart. Slutsatsen kan ändå dras att det finns en öppning för att ett mer restriktivt användande av ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder är tillåtet så länge de inte resulterar i ett avgörande inflytande.

I samma ärende utbytte den slutliga köparen och säljaren affärskänslig information innan godkännande av kommissionen.<sup>283</sup> Hur stor påverkan omständigheten att de utbytt denna information hade på kommissionens slutsats – att den slutliga köparen hade avgörande inflytande över målbolaget innan tillträde och godkännande – är inte tydlig från beslutet. När parter överväger ett användande av ett ”warehousing”-arrangemang bör ändock ett utbyte av affärskänslig information användas restriktivt i min mening av denna anledning.

Ovan slutsatser gällande avgörande inflytande *de facto* dras dock med viss reservation eftersom de är baserade på kommissionens ärenden. Det finns ännu inte ett avgörande från EU-domstolen där de ekonomiska riskerna ensamt bedömts innebära att den slutliga köparen har ett tillräckligt avgörande inflytande, att det ska anses som en indirekt varaktig förändring av kontroll av målbolaget. Det finns således en viss osäkerhet avseende denna fråga fram tills ett avgörande meddelas av EU-domstolen. EU-domstolen, till skillnad från kommissionen, överväger i större utsträckning ändamålet med bestämmelsen. Vid en ändamålstolkning finns därför enligt mig en viss möjlighet att en övervägning mellan detta, ändamålet, och en långtgående tolkning avseende indirekt förändring av kontroll genom ett övertagande av de ekonomiska riskerna, kan få ett annat resultat i EU-domstolen. En mer restriktiv tolkning gällande fullföljdsförbudets räckvidd går i linje med EU-domstolens tolkning i målet C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*. En tolkning som

---

<sup>283</sup> M.7993, *Altice/PT Portugal*.

var mer restriktiv än de danska konkurrensmyndigheterna. Med det sagt finner kommissionens slutsats gällande ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder i min mening stöd i koncentrationsförordningen och EU-domstolens övriga rättspraxis gällande ”gun-jumping”-reglerna, varför min slutsats kvarstår om att ett användande av ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder ska hållas restriktivt vid ett användande av warehousing-arrangemang.

Förändring av kontroll *de facto* har konstaterats uppstå även på andra sätt. Genom ärendet och målet gällande Mowi ASA tydliggjordes att den slutliga köparen får kontroll *de facto* och följaktligen avgörande inflytande även vid minoritetsinnehav om det är sannolikt att den slutliga köparen har faktisk majoritet på bolagsstämman.<sup>284</sup> Av denna omständighet kan slutsatsen dras att ett förvärv av en minoritet av aktierna i målbolaget inte är en garanti för att inte omfattas av fullföljdsförbudets räckvidd. Ett förvärv av en minoritet av aktierna är dock inte en förekommande omständighet i ett ”warehousing”-arrangemang. Vad som i stället ska observeras är att om parterna i avtalet reglerar rösträtt i målbolaget kan faktisk kontroll genom majoritet bolagsstämman uppstå.

I kommissionens tillkännagivande adresseras två-stegstransaktioner där den tillfälliga köparen förvärvar målbolaget på den slutliga köparens vägnar.<sup>285</sup> Vid en bedömning av denna omständighet framstår det som att kommissionen tar fasta på att transaktionerna är knutna till varandra eftersom de ska uppnå samma ekonomiska syfte, inte transaktionernas tillhörighet till varandra, *de jure* eller *de facto*.

Kommissionens bedömningsmodell går i linje med tribunalens tolkning i målet T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*. I målet tillämpade tribunalen en mer sammanvägd bedömning av alla faktiska och rättsliga omständigheter i det enskilda fallet. I denna bedömning är par-

---

<sup>284</sup> M.7184, *Marine Harvest/Morpol*, M.6850, *Marine Harvest/Morpol*, T-704/14, *Marine Harvest mot kommissionen* och mål C-10/18P, *Mowi ASA (tidigare Marine Harvest) mot kommissionen*.

<sup>285</sup> CJN, p. 29, 35.

ternas ekonomiska syfte, både med den tillfälliga och den slutliga transaktionen, en omständighet som kan påverka om transaktionerna tillsammans ska ses som en enda koncentration.<sup>286</sup> Huruvida parternas respektive ekonomiska syfte kan påvisas är således av betydelse. Exempel på bakomliggande ekonomiska syften vid ett användande av ett ”warehousing”-arrangemang är att säljaren vill tillfredsställa sitt omedelbara behov av likvida medel eller att den slutliga köparen vill att förvärvet av målbolaget inte ska riskeras att blockeras av kommissionen.<sup>287</sup>

Jag vill här belysa att inget förvärv sker utan något ekonomiskt syfte i min mening. Inte heller har parterna nödvändigtvis samma syfte att genomföra förvärvet. Vidare är det inte säkert att parterna är ”lika nöjda” med resultatet av ett förvärv så att prestationerna motsvarar varandra helt och en koppling på det sättet kan visas. Att så inte är fallet kan exempelvis bero på att parterna ej är jämställda – de varierar i storlek – eller andra faktorer som ger den ena parten förhandlingskraftiga fördelar framför den andra. Vad som således måste visas enligt kommissionen och tribunalen är därför oklart i min mening.

Ponera att två helt skilda transaktioner gällande samma målbolag utförs där den tillfälliga och slutliga köparen inte har någon koppling till varandra (en tilltänkt transaktion). Genom de båda transaktionerna kan ändå konstateras att den första och den senare köparen har uppnått sina respektive ekonomiska syften. Hur nära anknytning ska parternas enskilda syften ha för att anses gemensamt uppnå sina ekonomiska syften vid ett genomförande? För att ett förvärv ska komma till stånd måste en överenskommelse som i viss mån gynnar båda parterna givetvis komma till stånd, men i min mening är det svårt att visa; om inte den tilltänkta transaktionen även kan styrkas på annat sätt eller att avtalet för den slutliga transaktionen sluts samma dag.<sup>288</sup>

I målet T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen* meddelade domstolen att vid en prövning av om två juridiskt skilda transaktioner utgör en ekonomisk enhet ska bedömas ”om de berörda företagen skulle kunna tänkas ha vidtagit varje åtgärd för sig eller om varje åtgärd tvärtom

---

<sup>286</sup> T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 106–107.

<sup>287</sup> Se avsnitt 3.2.

<sup>288</sup> Se ovan gällande rättsligt samband.

endast är en del av en komplex transaktion och att parterna annars inte hade vidtagit den enskilda åtgärden.”<sup>289</sup> I målet ansåg domstolen att den tillfälliga och den slutliga transaktionen utgjorde en ekonomisk enhet. Parterna hade i målet emellertid även gemensam kontroll *de facto* på grund av att den slutliga köparen hade vetorätt avseende strategiska beslut gällande målbolaget. Hur mycket denna omständighet påverkade den sammanvägda bedömningen är svår att avgöra, varför en slutsats gällande om transaktionerna är beroende av varandra på denna grund måste göras med en viss försiktighet.

Även om en striktare bokstavstolkning gällande den tillfälliga transaktionens varaktighet<sup>290</sup> skulle möjliggöra ett kringgående i viss utsträckning är det ändå oklart om den sammanvägda bedömningen<sup>291</sup>, som inkluderar en prövning av kopplingen mellan parternas ekonomiska syften, är ett alternativ för att minska detta utrymme. Det står i min mening inte klart att en sammanvägd bedömning skulle få eller borde få ett annat resultat. En ändamålsenlig tolkning där parternas ekonomiska intressen har en alltför stor påverkan på resultatet är inte hållbar, baserat på att förvärv alltid sker om parterna uppnår sina respektive ekonomiska syften. Vidare är en sådan bedömning i min mening svår och opålitlig för att bedöma om den tillfälliga och slutliga transaktionen är beroende av varandra för att på så sätt ses som en enda koncentration.

Beroende av vilket ändamål som får företräde vid en ändamålsenlig tolkning blir resultatet i min mening inte samma. Vid en ändamålstolkning i enlighet med tolkningsmetoden som EU-domstolen etablerade genom mål C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, är fullföljdsförbudets enskilda ändamål att bevara kommissionens integritet som *ex ante* prövoinstans. Vid en ändamålstolkning av fullföljdsförbudet och räckvidden av koncentrationsbegreppet finns således stöd för en striktare tolkning. Den striktare tolkningen ligger i linje med att inte ens en tillfällig transaktion med negativ marknadspåverkan omfattas av förordningen om inte den transaktionen har ett direkt funktionellt samband med genomförandet av koncentrationen. Detta

---

<sup>289</sup> T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 106.

<sup>290</sup> Att den tillfälliga transaktionen är tillfällig på grund av att den varken *i sig* eller *tillsammans* med den slutliga transaktionen kan uppfylla kravet på varaktighet, se avsnitt 6.2.1.1.

<sup>291</sup> Gällande alla faktiska och rättsliga omständigheter.

beror på att en sådan transaktion i princip inte kan undergräva en effektiv koncentrationskontroll.<sup>292</sup> Dessutom skulle tillämpningsområdet för artikel 101 FEUF annars begränsas vid en annan tillämpning.<sup>293</sup> Om ett direkt funktionellt samband inte kan styrkas, bör den tillfälliga transaktionen inte omfattas av räckvidden av koncentrationsbegreppet.

Det finns inget uttryckligt stöd för att en ändamålstolkning är möjlig där ändamålet är att hindra transaktioner som kringgår förordningen. En sådan ändamålstolkning skulle i min mening utvidga fullföljdsförbudets räckvidd, utöver den konstaterade, genom målet C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*. Det går visserligen att argumentera för att ett kringgående av bestämmelsen i viss mån skulle undergräva en effektiv koncentrationskontroll på så sätt att vissa transaktioner inte skulle prövas, varför räckvidden bör vara större. Däremot så har de tillfälliga transaktioner som inte har en negativ påverkan på marknaden och som strikt är tillfälliga<sup>294</sup> inte något behov att prövas, varför kommissionens integritet förblir intakt om dessa transaktioner undgår prövning. Det blir i min mening tydligt i CJN att kommissionen vill komma åt de transaktioner som kringgår koncentrationsförordningens räckvidd på detta sätt, men frågan om EU-domstolen står bakom en sådan tolkning, utefter förordningens nuvarande utformning, står idag obesvarad.

### **6.2.1.3 Undantag artikel 3(5)(a)**

I artikel 3(5)(a) koncentrationsförordningen stadgas en undantagsbestämmelse för räckvidden av begreppet ”koncentration”. I avsnitt 4.3 och 5.2.3 klargjordes förutsättningarna för detta undantag. Det är oklart om undantaget är tillämpligt på ett “warehousing”-arrangemang. För det första måste den tillfälliga köparen vara ett finansiellt institut för att undantaget ska vara tillämpligt, vilket utesluter flera varianter av ett “warehousing”-arrangemang. Vidare är undantaget endast tillämpligt om en koncentration i förordningens mening annars skulle föreligga. Det är således oklart om undantaget är tillämpligt på en tillfällig transaktion som inte är en koncentration i sig.<sup>295</sup> Om

---

<sup>292</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 49.

<sup>293</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 58.

<sup>294</sup> Inte uppfyller kravet på varaktighet.

<sup>295</sup> Jfr. CJN, p. 114.

den tillfälliga transaktionen inte är en koncentration i sig, faller dock genomförandet av en sådan transaktion innan anmälan utanför koncentrationsförordningens tillämpning ändå.

Om i stället den tillfälliga och den slutliga transaktionen tillsammans ses som en enda koncentration är det emellertid intressant om undantaget kan tillämpas. Utrymmet för en sådan tillämpning på grund av de förutsättningar som ställs upp både genom EU-domstolens rättspraxis och i kommissionens tillkännagivande får dock anses vara begränsad. Kommissionens snäva tolkning av undantaget som meddelas i CJN, bekräftades genom ärendet M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

Eftersom undantaget inte prövats i EU-domstolen än finns ändå lite utrymme för att undantaget är tillämpligt på "warehousing"-arrangemang. I väntan på tribunalens dom<sup>296</sup> kvarstår således en viss osäkerhet om undantagets tillämpning på "warehousing"-arrangemang där den tillfälliga köparen är en bank. Parterna bör dock inte enbart förlita sig på detta undantag om de överväger ett användande av "warehousing"-arrangemang, eftersom risken för en konkurrensrättslig sanktion ändå är hög i min mening.

## 6.2.2 Genomförande

### 6.2.2.1 a) Uppfyller den tillfälliga transaktionen i sig kriterierna för begreppet "genomföras"?

I de fall den tillfälliga transaktionen i sig inte omfattas av koncentrationsbegreppet,<sup>297</sup> kan inte den tillfälliga transaktionen i sig inte heller uppfylla kriterierna för genomförande i min mening. En koncentration är en varaktig förändring av kontroll, en varaktig förändring av kontroll sker när transaktionen genomförs. De två prövningarna överlappar i för hög grad för att resultatet vid en sådan bedömning skulle få olika resultat.

Om den tillfälliga transaktionen i sig i stället skulle omfattas av koncentrationsbegreppet återstår att pröva om transaktionen även omfattas av begreppet

---

<sup>296</sup> T-609/19, *Canon mot kommissionen* (ej avgjort vid uppsatsens skrivande).

<sup>297</sup> Se avsnitt 6.2.1.

pet ”genomföras” enligt artikel 7(1) koncentrationsförordningen. Denna bedömning följer den i avsnitt 6.2.1 och får således samma resultat. Om den tillfälliga transaktionen i sig omfattas av räckvidden av begreppet koncentration omfattas den följaktligen av begreppet genomföras, vilket innebär att en sådan transaktion (som genomförs utan anmälan och således innan godkännande) bryter mot anmälningsplikten och fullföljdsförbudet enligt artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen.

### **6.2.2.2 b) Uppfyller den slutliga transaktionen i sig kriterierna för begreppet ”genomföras”?**

Det är i regel ostridigt och oproblematiskt om den slutliga transaktionen omfattas av koncentrationsbegreppet eftersom denna transaktion vanligen anmäls och inväntar godkännande från kommissionen.<sup>298</sup> I vilket fall är det inte en betydande omständighet för parterna om den slutliga transaktionen omfattas av räckvidden eftersom ”warehousing”-arrangemanget är strukturerat på så sätt att det inte är ett problem att anmäla och invänta ett godkännande från kommissionen.<sup>299</sup> Det som parterna vill undvika är att den slutliga transaktionen ska anses vara genomförd för tidigt, innan ett godkännande av kommissionen – en omständighet som består även om den tillfälliga transaktionen inte omfattas av fullföljdsförbudets räckvidd. Att parterna vill undvika denna omständighet är inte unikt för ett ”warehousing”-arrangemang; detta berör alla förvärv som omfattas av koncentrationsförordningen. Däremot påverkar strukturen av ett ”warehousing”-arrangemang behovet av ett användande av ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder på så sätt att den slutliga köparen vill uppnå ökad kontroll och insyn innan tillträde för att minska de ekonomiska riskerna, förorsakade av att dessa överförts från den tillfälliga köparen till den slutliga köparen.<sup>300</sup>

Den slutliga transaktionen kan i sig uppfylla kriterierna för ett genomförande innan tillträde och godkännande på många sätt. I avsnitt 5.4.4 och

---

<sup>298</sup> Med undantag för ärende M.10493, *Illumina GRAIL*, där parterna anser att både den tillfälliga och slutliga transaktionen inte omfattas av koncentrationsförordningen.

<sup>299</sup> Även om en blockering inte är önskvärd, men att helt undvika förfarandet hos kommissionen är i min mening varken realistiskt eller något som parterna eftersträvar vid ett användande av ”warehousing”-arrangemang.

<sup>300</sup> Se avsnitt 4.6.

6.2.1.2 diskuterades exempelvis begreppet ”andra medel” och effekten av ett användande av ”pre-closing”-covenanter och ”pre-merger”-åtgärder i för hög grad<sup>301</sup> innan godkännande från kommissionen.<sup>302</sup> I min mening bör ett sådant användande övervägas noga.<sup>303</sup> Vid en bedömning av om ett ”warehousing”-arrangemang är förbjudet eller ej är det emellertid endast av intresse om den slutliga transaktionen i sig anses uppfylla kriterierna för genomförande och samtidigt påverkar en sammanvägd bedömning av den tillfälliga transaktionen tillsammans med den slutliga transaktionen.

### **6.2.2.3 c) Uppfyller den tillfälliga transaktionen och den slutliga transaktionen tillsammans kriterierna för begreppet ”genomföras”?**

En annan bedömning av huruvida ”warehousing”-arrangemanget är förbjudet än den i avsnitt 6.2.1.2 (och den tillfälliga transaktionen och den slutliga transaktionen tillsammans är en koncentration) från utgångspunkten genomförandebegreppet är inte möjlig i min mening. Resultatet av en bedömning av koncentrationsbegreppet och genomförandebegreppet överlappar i för hög utsträckning på grund av fullföljdsförbudets allmänna och resultatnriktade definition.<sup>304</sup> En koncentration är en varaktig förändring av kontroll, en varaktig förändring av kontroll sker när transaktionen genomförs. Mot bakgrund av detta är de slutsatser som presenterades i avsnitt 6.2.1.2 samma som vid en prövning av om den tillfälliga transaktionen och den slutliga transaktionen tillsammans uppfyller kriterierna för begreppet genomföras.

## **6.3 Positiv anmälningsplikt artikel 4(1)**

Anmälningsplikten omfattar alla koncentrationer med gemenskapsdimension enligt artikel 4(1) koncentrationsförordningen. En bedömning för om anmälningsplikten överträtts vid en given transaktion är därför inte möjlig innan det konstaterats att transaktionen *i sig* eller *tillsammans* med en annan transaktion

---

<sup>301</sup> Så att kravet på varaktig förändring av kontroll uppnåtts genom avgörande inflytande *de jure* eller *de facto*.

<sup>302</sup> Med en utgångspunkt att den slutliga transaktionen har anmälts till kommissionen.

<sup>303</sup> Se avsnitt 6.5.

<sup>304</sup> Se avsnitt 5.2.2, 5.4.2 och 6.1.



är en koncentration i förordningens mening. En prövning av om en transaktion brutit mot anmälningssplikten i artikel 4(1) är således beroende av en prövning av artikel 7(1) koncentrationsförordningen. Detta bekräftades i målet C-10/18 P, *Mowi ASA mot kommissionen* där domstolen meddelade att det inte går att föreställa sig något sätt en överträdelse av artikel 4(1) kan ske utan att också en överträdelse av artikel 7(1) sker. Om den tillfälliga eller den tillfälliga och den slutliga transaktionen är en koncentration och den inte anmälts har parterna överträtt anmälningssplikten. Läsaren bör i sammanhanget erinras om att en överträdelse av anmälningssplikten är en separat överträdelse av koncentrationsförordningen, varför böter i denna situation meddelas både för en överträdelse av anmälningssplikten och fullföljdsförbudet.<sup>305</sup> Parterna kan således meddelas 10% av bolagets totala omsättning globalt, två gånger.<sup>306</sup>

## 6.4 Prövning av koncentrationen i sak

Om den tillfälliga transaktionen i sig eller den tillfälliga och den slutliga transaktionen tillsammans omfattas av fullföljdsförbudet, prövas om transaktionerna har en negativ marknadspåverkan, en prövning av koncentrationen i sak.<sup>307</sup> Det är vid en prövning av koncentrationens effekt på marknaden som transaktionerna kan blockeras eller godkännas av kommissionen.<sup>308</sup> Uppsatsens frågeställning är ”under vilka förutsättningar bryter ’warehousing’-arrangemang mot fullföljdsförbudet i artikel 7(1) koncentrationsförordningen?”. En prövning av koncentrationen i sak faller således utanför uppsatsens räckvidd. En sådan frågeställning är endast relevant och möjlig att utreda i det enskilda fallet. Däremot kan noteras att vid en sådan prövning är det relevant om den tillfälliga transaktionen omfattas eller kan bedömas gemensamt med den slutliga transaktionen eftersom dess marknadspåverkan inte prövats tidigare. Om kommissionen vid sin bedömning av om den slutliga transaktionen ska godkännas, med eller utan åtgärder, kan ett omfattande av den tillfälliga transaktionens effekter få konsekvenser på ett sådant beslut. I

---

<sup>305</sup> C-10/18 P, *Mowi ASA mot kommissionen*, p. 103–108.

<sup>306</sup> Se avsnitt 4.1.

<sup>307</sup> C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, p. 50.

<sup>308</sup> Se avsnitt 4.6.

min mening kan bedömningen av om den tillfälliga och den slutliga transaktionen kan ses som en enda koncentration på så sätt få betydelse för en prövning av koncentrationen i sak – en transaktions påverkan på marknaden – men en transaktions marknadspåverkan kan inte påverka bedömningen av om vilka transaktioner som omfattas av fullföljdsförbudets tillämpningsområde.

## 6.5 Under vilka förutsättningar är ”warehousing”-arrangemang tillåtna?

“Warehousing”-arrangemang är i sig inte förbjudna.<sup>309</sup> Denna omständighet påkallar att, utifrån slutsatserna i utredningen ovan (om vad som utgör skäl för att åtgärder förenade med warehousing-arrangemanget bryter mot ”gun-jumping”-reglerna) undersöka huruvida det går att konstruera ett “warehousing”-arrangemang på så sätt att det inte bryter mot artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen. Detta avsnitt behandlar därför frågan om under vilka förutsättningar ”warehousing”-arrangemang kan vara tillåtna konkurrensrättsligt. Nedan presenteras de omständigheter som parterna i min mening kan påverka som i sin tur har inverkan på risken. Risken för att warehousing-arrangemanget omfattas av koncentrationsförordningens räckvidd minskar bland annat när

- i) avtalet för den tillfälliga och den slutliga transaktionen inte slutsamma dag, för att undvika varaktig förändring av kontroll *de jure* redan vid den tillfälliga transaktionen,<sup>310</sup>
- ii) det finns villkor i köpeavtalet för den tillfälliga transaktionen om avyttring i ett senare led, för att undvika att transaktionen uppfyller kravet på varaktighet på grund av att de är ömsesidigt villkorade av varandra,<sup>311</sup>
- iii) den slutliga köparen inte förvärvar målbolaget genom köpoptioner som gör att den slutliga köparen har rätt att bestämma över bola-

---

<sup>309</sup> Se avsnitt 5.2.

<sup>310</sup> CJN, p. 43.

<sup>311</sup> CJN, p. 43.

gets kontrollerande aktier, även innan ett användande av köpoptionerna, eftersom det innebär att den slutliga köparen får hela den ekonomiska risken förenad med transaktionerna och därmed ett avgörande inflytande över målbolaget,<sup>312</sup>

- iv) den slutliga köparen undviker att använda ”pre-closing”-covenanter eller ”pre-merger”-åtgärder som går utöver vad som är nödvändigt för att bevara värdet på målbolaget,<sup>313</sup>
- v) den slutliga köparen genom den slutliga transaktionen inte har faktisk majoritet vid bolagsstämman innan tillträde eftersom det innebär kontroll över målbolaget *de facto* och ett avgörande inflytande på målbolaget,<sup>314</sup> och när
- vi) det inte går att påvisa att den tillfälliga och den slutliga köparens respektive ekonomiska syften sammanfaller på så sätt att de berörda företagen inte skulle kunna tänkas ha vidtagit varje åtgärd för sig eftersom transaktionerna under de förutsättningarna kan bedömas utgöra en ekonomisk enhet och således kan ses som en enda koncentration.<sup>315</sup>

Frågan är om det för parterna fortfarande är attraktivt att använda sig av ett warehousing-arrangemang om arrangemanget anpassas efter ovan förutsättningar. Är det realistiskt att parterna skulle acceptera något eller flera av dessa villkor i praktiken, exempelvis att den slutliga köparen inte minskar sina ekonomiska risker förenade med arrangemanget genom kontroll och insyn i målbolaget efter *signing*? Det är även oklart vilka av dessa förutsättningar som har större betydelse än andra.

Slutsatsen kan dock dras att varje enskild omständighet kan ha betydelse eftersom bedömningen är en sammanvägning av alla rättsliga och faktiska omständigheter. I det enskilda fallet återstår således för parterna att överväga

---

<sup>312</sup> M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, p. 133–134.

<sup>313</sup> M.7993, *Altice/PT Portugal*, p. 476 ff.

<sup>314</sup> M.7184, *Marine Harvest/Morpol*, M.6850, *Marine Harvest/Morpol*, T-704/14, *Marine Harvest mot kommissionen* och mål C-10/18P, *Mowi ASA (tidigare Marine Harvest) mot kommissionen*.

<sup>315</sup> T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, p. 106.

om den potentiella vinsten med arrangemanget överväger risken för att arrangemanget skall leda till en blockering av genomförande samt att böter i betydande omfattning därutöver kan åläggas företagen.

## 6.6 Sammanfattande slutsats

“Warehousing”-arrangemang bryter inte *i sig* mot ”gun-jumping”-reglerna.<sup>316</sup> Detta beror på att vid en bedömning av om den tillfälliga och den slutliga transaktionen utgör en koncentration i förordningens mening görs utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Såväl “warehousing”-arrangemanget som parternas syften för ett användande av arrangemanget varierar, vilka har betydelse för en sådan bedömning. “Warehousing”-arrangemangets främsta syfte är att den tillfälliga transaktionen ej omfattas av begreppet *koncentration* och kan *genomföras* enligt ”gun-jumping”-reglerna i artiklarna 3, 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen. Vid en ytlig granskning bör detta vara möjligt eftersom räckvidden av förordningens tillämpning *dels* begränsas av att definitionen av koncentrationsbegreppet är allmänt hållen och resultatinkriktad på så sätt att det krävs en varaktig förändring av kontroll, vilket en tillfällig transaktion inte orsakar i strikt mening, *och dels* begränsas av att förordningen är utformad efter kvantitativa tröskelvärden.

Detta till trots är utrymmet begränsat för att en variant av ett “warehousing”-arrangemang skulle vara tillåten i min mening. Detta beror bland annat på kommissionens meddelande av CJN och snävare tolkning av förordningen i ett ständigt ökande antal av ärenden gällande ”gun-jumping”-reglerna. Denna slutsats drar jag dock med viss reservation på grund av att EU-domstolen ännu inte prövat “warehousing”-arrangemang.

---

<sup>316</sup> Se avsnitt 5.5 för en sammanfattande slutsats om under vilka förutsättningar “warehousing”-arrangemanget bryter mot anmälningsplikten och fullföljdsförbudet i artiklarna 4(1) och 7(1) koncentrationsförordningen.

## 7 Avslutande kommentar

Ur ett rättsekonomiskt perspektiv är det i min mening viktigt att understryka vikten av att genom avtal kunna reglera risken förenad med ett förvärv mellan transaktionsparterna, exempelvis avseende ett förvärvs genomförande eller målbolagets värde mellan *signing* och *closing*. En viktig beståndsdel vid ett förvärv är ett regelverk som på ett ändamålsenligt sätt säkerställer att osäkerheterna förenade med ett företagsförvärv minskas så att det inte finns för stora hinder att förvärvet sker. Samhällets välstånd baseras på samhällsmedlemmarnas individuella välstånd som i sin tur ökar vid ett frivilligt köp, även om ingenting ”nytt” har tillkommit.<sup>317</sup> I ekonomisk teori mäter man tillfredsställelse i enheten pengar, och vid ett frivilligt köp har både köparens och säljarens tillfredsställelse ökat.<sup>318</sup> Mot bakgrund av detta gynnar företagskoncentrationer samhället genom att dess totala välstånd ökar.<sup>319</sup> Om man istället ser till samhället *välfärd* så används inte enheten pengar, utan ”nytta” för att mäta tillfredsställelsen.<sup>320</sup>

Denna problematik, att rättsordningen både kan underlätta och tillstrypa individuellt välstånd – och på så sätt även samhällets – gör att slutsatsen kan dras att det finns ramar för hur reglerad koncentrationskontroll ska och, en borte gräns, får vara.<sup>321</sup> Effekten bör i min mening bli ännu större vid förhandskontroll av koncentrationer på grund av fullföljdsförbudets bakomliggande syfte – att bevara kommissionens integritet som *ex ante* prövoinstans. Det är således än mer motiverat att ifrågasätta hur hårt EU bör reglera koncentrationer.

Även om ett kringgåendesyfte kan identifieras hos några av de hittills prövade koncentrationerna som överträtt ”gun-jumping”-reglerna borde övriga

---

<sup>317</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 10, 220 f.

<sup>318</sup> Jfr. Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 73 ff.

<sup>319</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 10.

<sup>320</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 199 f. Denna princip hör till utilitaristisk moralfilosofi och ligger utanför ämnet, varför en diskussion om samhällets välfärd, kontra välstånd, inte fördjupas.

<sup>321</sup> Jfr. Devlin (2012) s. 850 ff.; Jfr. Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 207; Se avsnitt 2.2–2.3.

syften hos parterna inte få en helt obetydlig roll. Genom utredningen i uppsatsen kan slutsatsen dras att samhällets ökade välbefinnande och välfärd av förvärvet främst beaktas vid stiftandet av regelverket, inte vid en enskild bedömning och tillämpning av exempelvis koncentrationsförordningen.

Det kan argumenteras för att dispens enligt artikel 7(3) koncentrationsförordningen skulle kunna vara ett alternativ i detta sammanhang men dels är utrymmet för en tillämpning av dispensbestämmelsen mycket begränsat då bestämmelsen endast är tillämplig i exceptionella fall, och dels är avvägningen vid en dispensprövning främst begränsad till företagets (eller tredje mans) ekonomiska skada och koncentrationens konkurrenshot – samhällets välbefinnande och välfärd utgör inte del av en sådan avvägning.<sup>322</sup> Dessutom kan koncentrationen efter meddelande av dispens fortfarande riskeras att blockeras. Dispensen gäller bara uppskjutandet av koncentrationens genomförande.

Frågan är därför om det är möjligt för EU-domstolen, till skillnad från kommissionen, att tillämpa en bedömningsmodell där koncentrationens förenlighet med marknaden får betydelse jämte en sammanvägd bedömning av *både* ett eventuellt kringgåendesyfte och övriga ekonomiskt motiverade syften hos koncentrationens parter. Vid en tillämpning av en sådan bedömningsmodell finns i så fall en möjlighet för att ett intresse för parternas ekonomiska syften och samhällets välbefinnande och välfärd kan väga över ett intresse att hindra transaktioner med kringgåendesyfte, alternativt att vissa transaktioner undgår kontroll *ex ante*. Dessutom skulle resultatet av detta inte nödvändigtvis vara att transaktioner som har en negativ påverkan på marknaden – otillåtet snedvrider marknaden – får genomföras utan några hinder. En kontroll *ex post* sker fortfarande genom exempelvis artiklarna 101 och 102 FEUF.<sup>323</sup> Det finns därför starka argument för att en allt för strikt tillämpning av koncentrationsförordningen inte kan motiveras, särskilt mot bakgrund av att det finns alternativ – exempelvis den förslagna bedömningsmodellen – som tillgodoser skyddet för konkurrens, eftersom prövning av transaktioner är möjlig både *ex ante* och *ex post*. Genom detta system, där det finns en balans mellan ”*ex*

---

<sup>322</sup> Se avsnitt 4.7.

<sup>323</sup> Se avsnitt 4.8.

*ante*”- och ”*ex post*”-regler, kommer transaktioner där konkurrenshinder väger tyngre än vinster förenade med det enskilda förvärvet fortfarande att sanktioneras.

Som nyans till resonemanget ovan kan det dock diskuteras skillnaden mellan samhällets välstånd och samhällets *välfärd* samt skillnaden mellan skydd av konkurrens och konsumenter. Skydd av konkurrens är konkurrensrättens främsta syfte. Glader menar på att ”om ett visst konkurrensbegränsande marknadsbeteende skulle kunna leda till ökad effektivitet hos företagen, krävs att fördelarna även kommer *konsumenterna* till del”.<sup>324</sup> Hit kan även faktorer som främjar konsumenterna ur ett längre perspektiv räknas, så som exempel ökat utbud i fråga om läkemedel.<sup>325</sup>

Hur en bedömning av vad som kommer konsumenterna till del och vad ”samhällets välstånd” innebär för konsumenter är svår att genomföra och konkretisera. Svårt att avgöra är även hur en avvägning mellan de olika intressena skulle genomföras i det enskilda fallet. Slutsatsen kan emellertid dras att ett EU där de ekonomiska riskerna förenade med ett förvärv – exempelvis att parterna inte vågar minska risken genom ett användande av ”pre-closing”-covenanter eller ”pre-merger”-åtgärder, rättsosäkerhet gällande tillämpningen eller risk för blockering av kommissionen – inte får bli för höga i förhållande till den förväntade vinsten.<sup>326</sup>

”Warehousing”-arrangemanget möjliggör ett genomförande av koncentrationer som annars inte hade kunnat genomföras. Frågan som således uppstår är vad EU riskerar när kommersiellt välmotiverade transaktioner som i slutändan gynnar konsumenten inte genomförs inom gemenskapen. En för hårt reglerad marknad och strikt tillämpning av koncentrationsförordningen kan leda till att förvärv som gynnar dynamisk konkurrens och effektivitet, och konsumenterna i slutändan, riskerar att inte genomföras. En balans mellan de olika intressena hos alla som lever och verkar inom EU samt hos EU är således påkallad, varför frågan kring koncentrationskontroll ständigt är aktuell att diskutera.

---

<sup>324</sup> Dahlman, Glader & Reidhav (2002) s. 147.

<sup>325</sup> Jfr. kapitel 2, ärende M.10493, *Illumina GRAIL*.

<sup>326</sup> Se avsnitt 2.3.

Det kan konstateras att kommissionen har ökat sin kontroll av koncentrationer *ex ante*. Frågan är därför om detta kommer fortlöpa i framtiden. Kommer kommissionens striktare tolkning av koncentrationsförordningen att tillämpas även av EU-domstolen? Utifrån uppsatsens utredning av EU-domstolens tolkning och tillämpning av ”gun-jumping”-reglerna kan stöd för kommissionens tolkning konstateras. Även fast EU-domstolen tidigare tolkat fullföljdsförbudets räckvidd som mer begränsad än medlemsstaternas konkurrensmyndigheter i andra ”gun-jumping”-mål är det i min mening osannolikt att ”warehousing”-arrangemang i framtiden helt kommer undgå kontroll genom ”*ex ante*”-regler.<sup>327</sup> Det går således att konstatera en varaktig förändring av kommissionens kontroll.

---

<sup>327</sup> Se avsnitt 6.2.1.2.



# Käll- och litteraturförteckning

## Tryckta källor

### Offentligt tryck

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

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

Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (CJN).

### Övrigt

European Commission, Press release 20 September 2021, case number M.10493, tillgänglig på <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip\\_21\\_4804](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_21_4804)>, besökt 2022-04-21.

[Cit. European Commission, Press release 20 September 2021, case number M.10493]

Statistics on Merger cases 2022, tillgänglig på <[https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics\\_sv](https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_sv)>, besökt 2022-02-24.

[Cit. Statistics on Merger cases 2022]

Response by International Chamber of Commerce to the European Commission's Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control, tillgänglig på <[https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/international\\_chamber\\_of\\_commerce\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/international_chamber_of_commerce_en.pdf)>, besökt 2022-04-27.

[Cit. Response by International Chamber of Commerce]

Response by Linklaters LLP to the European Commission's Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control, tillgänglig på <[https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/linklaters\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/linklaters_en.pdf)>, besökt 2022-04-27.

[Cit. Response by Linklaters LLP]

## Litteratur

Cave, Martin, Crowther, Peter, *Pre-emptive Competition Policy Meets Regulatory Antitrust*, European Competition Law Review, 481, 2005.

[Cit. Cave & Crowther (2005)]

Dahlman, Christan, Glader, Marcus & Reidhav, David, *Rättsekonomi – En introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2002.

[Cit. Dahlman, Glader & Reidhav (2002)]

Devlin, Alan, *Antitrust as Regulation*, i: 49 San Diego Law Review 823, San Diego Law Review, San Diego, 2012.

[Cit. Devlin 2012]

Domeij, Bengt, *Läkemedelspatent – Patent på läkemedel i Europa ur ett rättsvetenskapligt och rättsekonomiskt perspektiv*, GOTAB, Stockholm, 1998.

[Cit. Domeij (1998)]

Dunne, Niamh, *Competition Law and Economic Regulation – Making and Managing Markets*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

[Cit. Dunne (2015)]

Ezrachi, Ariel, *EU Competition Law, An analytical Guide to the Leading Cases*, 7 uppl. Hart Publishing, Oxford, 2021.

[Cit. Ezrachi (2021)]

Forssman, Magnus, *Företagsöverlåtelser: en introduktion till den legala processen*, 2 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2015.

[Cit. Forssman (2015)]

Heide-Jorgensen, Caroline, Bergqvist, Christian, Neergaard, Ulla, & Troels Poulsen, Sune, *Aims and Values in Competition Law*, Djøf Publishing, Köpenhamn, 2013.

[Cit. Heide-Jorgensen, Bergqvist, Neergaard & Troels Poulsen (2013)]

Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

[Cit. Hettne & Eriksson (2011)]

Ibánes Colomo, Pablo, *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, Yearbook of European Law: 261, 2010.

[Cit. Ibánes Colomo (2010)]

Karlsson, Per, *Svensk kontroll av företagsförvärv*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018.

[Cit. Karlsson (2018)]

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i: Korling & Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

[Cit. Kleineman (2013)]

Kokkoris, Ioannis, Shelanski, Howard, *EU Merger Control – A Legal and Economic Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

[Cit. Kokkoris & Shelanski (2014)]

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 7 uppl., Uppsala, 2014.

[Cit. Lehrberg (2014)]

Nääv, Maria, Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2018.

[Cit. Nääv & Zamboni (2018)]

Monti, Giorgio, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, *Competition Law Review*, 121 2008.

[Cit. Monti 2008]

Sevenius, Robert, *Företagsförvärv*, 2 uppl. Studentlitteratur AB, Lund, 2012.

[Cit. Sevenius (2012)]

Wetter, Carl, Karlsson, Johan & Marie Östman: *Konkurrensrätt – en kommentar*, Thomson Reuters, Stockholm, 2009.

[Cit. Wetter, Karlsson & Östman (2009)]

Whish, Richard, Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 7 uppl., Oxford, 2012.

[Cit. Whish & Bailey (2012)]

W. van de Gronden, Johan, *Competition Law in the EU – Principles, Substance, enforcement*, Edward Elgar Publ. Ltd., Cheltenham, Storbritannien, 2021.

[Cit. W. van de Gronden (2021)]

## **Elektroniska källor**

Ashall, Sarah, Webber, James & Readings, Matthew, Concurrences, *The EU Commission imposes a fine of €28 for “gun-jumping” on a Japanese Manufacturer of imaging and optical products (Canon)*, tillgänglig på <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/june-2019/the-eu-commission-imposes-a-fine-of-eur28-million-for-gun-jumping-on-a-japanese>>, publicerad 2019-06-27, besökt 2022-02-24.

[Cit. Concurrences, Ashall, Webber & Readings (2019)]

Hale, Conor, Fierce Biotech, *European antitrust regulator delivers ultimatum to Illumina over \$8B Grail deal*, tillgänglig på <<https://www.fiercebiotech.com/medtech/european-antitrust-regulators-deliver-ultimatum-to-illumina-over-8b-grail-deal>>, publicerad 2021-09-21, besökt 2022-02-24.

[Cit. Fierce Biotech, Hale (2021)]

Kar, Nicole, Linklaters, *Canon/Toshiba: the death of the Two-Step?*, tillgänglig på <<https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingcompetition/2019/october/canon-toshiba-the-death-of-the-two-step>>, publicerad 2019-29-10, besökt 2022-04-27.

[Cit. Linklaters, Kar (2019)]

Nuys, Marcel, M&A Review, *Beware of the European Commission*, tillgänglig på <<https://ma-review.de/beware-of-the-eu-commission/>>, publicerad 2021-09-17, besökt 2022-02-24.

[Cit. M&A Review, Nuys (2021)]

Reuters, *Illumina-Grail deal heads to FTC trial, as EU weighs penalty*, tillgänglig på <<https://www.reuters.com/legal/litigation/illumina-grail-deal-heads-ftc-trial-eu-weighs-penalty-2021-08-23/>>, publicerad 2021-08-24, besökt 2022-02-24.

[Cit. Reuters, Scarcella (2021)]

# Rättsfallsförteckning

## EU-domstolens avgöranden

C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen*, EU:C:2009:610.

C-202/06 P, *Cementbouw mot kommissionen*, EU:C:2007:255.

C-551/10 P, *Editions Odile Jacob Sas mot kommissionen*, EU:C:2012:681.

C-248/16, *Austria Asphalt GmbH & Co OG mot Bundeskartellanwalt*, EU:C:2017:643.

C-633/16, *Ernst & Young P/S mot Konkurrenserådet*, EU:C:2018:371.

C-10/18 P, *Mowi ASA (tidigare Marine Harvest) mot kommissionen*, EU:C:2020:149.

## Tribunalens avgöranden

T-102/96, *Gencor Ltd mot Europeiska kommissionen*, EU:T:1999:65.

T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV mot kommissionen*, EU:T:2006:64.

T-279/04, *Editions Odile Jacob mot kommissionen*, EU:T:2010:384.

T-332/09, *Electrabel mot kommissionen*, EU:T:2012:672.

T-609/19, *Canon mot kommissionen* (ej avgjort vid uppsatsens skrivande).

T-704/14, *Marine Harvest mot kommissionen*, EU:T:2017:753.

T-425/18, *Altice Europe mot kommissionen*, EU:T:2021:607.

## Europeiska kommissionens ärenden

IV/M.920, *Samsung/AST*.

IV/M.969, *A.P. Møller*.

COMP/M.4956, *STX/Aker Yards*.

COMP/M.5969, *SC Johnson/Sara Lee*.

COMP/M.6850, *Marine Harvest/Morpol*.

COMP/M.7184, *Marine Harvest/Morpol*.

M.7993, *Altice/PT Portugal*.

M.8179, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

M.10493, *Illumina GRAIL*.