



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Christopher Tehrani

Frivilliga åtaganden vid
företagskoncentrationer med
gemenskapsdimension

Examensarbete
30 poäng

Katarina Olsson

Konkurrensrätt

HT 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
PREFACE	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämnespresentation	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsning	6
1.5 Disposition	7
2 GEMENSKAPENS KONCENTRATIONSKONTROLL	8
2.1 Koncentrationsförordningen	8
2.1.1 Bakgrund till förordningen 4064/89	8
2.1.2 Den efterföljande utvecklingen	9
2.1.3 Nyheter i förordningen 139/2004	10
2.2 One-stop-shop principen	11
2.3 EG:s koncentrationsbegrepp	11
2.4 Gemenskapsdimension	12
2.5 Anmälan och förutsättningar för förbud	12
2.6 Tillämpningsförordning 802/2004	12
2.7 Tillkännagivande om korrigerande åtgärder	13
2.7.1 Utvecklingen efter 2001 års tillkännagivande	14
3 ALLMÄNT OM ÅTAGANDEN	16
3.1 Grundläggande krav	16
3.2 Åtaganden under fas I	18
3.2.1 Särskilda krav	19
3.2.2 Avvägningsproblematik	20

3.3	Åtaganden under fas II	21
3.3.1	Särskilda krav	22
3.4	"Pre notification" samtal	23
3.5	Tidsfrister	24
3.6	Formkrav och förfarande	26
3.7	Åtaganden som svårligen kan godtas	27
3.8	Villkor och ålägganden	28
3.9	Distinktionen strukturell/beteendeorienterad	29
3.9.1	Målet Gencor	30
3.9.2	Målet Tetra Laval	31
4	AVYTTRINGSÅTAGANDEN	34
4.1	Översikt	34
4.2	Avyttring av en verksamhet	34
4.2.1	Livskraftig verksamhet	37
4.2.2	Lämplig köpare	38
4.2.2.1	Identifiering av en lämplig köpare	40
4.2.3	Kronjuveler: alternativa åtaganden om avyttring	43
4.2.4	Övergångsförvaltning av verksamheten som skall avyttras	44
4.2.4.1	Övervakningsförvaltare	46
4.2.4.2	Avyttringsförvaltare	47
4.2.5	Övriga aspekter av avyttringsåtaganden	48
4.2.5.1	Avlägsnande av strukturella samband	50
4.3	Avyttring av särskilda tillgångar	51
5	ANDRA TYPER ÅTAGANDEN	54
5.1	Översikt	54
5.2	"Sponsring" av inträdet av nya aktörer	54
5.2.1	Åtaganden från tredje part	56
5.3	Åtaganden rörande exklusiva avtal	57
5.4	Beviljandet av tidsbegränsade licenser	59
5.5	Åtgärder mot särskilda marknadsimperfectioner	62
5.6	Frigörandet av "produktutrymme"	63
5.7	Åtaganden om att leverera till/köpa av tredje part	64
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	66

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	70
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	74

Summary

The purpose of offering commitments is to make the concentration compatible with the common market. In order to achieve this goal the proposed remedies must meet some basic conditions. The commitments have to eliminate the competition concerns entirely and have to be comprehensive and effective from all points of view. Furthermore, commitments must be capable of being implemented effectively within a short period of time and there has to be some way one can monitor them. Commitments can be introduced during both the first and second phases of the commission's investigation. It is even possible for the undertakings to present their commitments prior to notification of the concentration. This is done in conjunction with the informal pre notification discussions that are carried out between the parties and the commission. The undertakings must pay close attention to the prescribed time limits for handing over commitments. They must also make sure that the remedies devised are not too complicated in nature. The European commission generally rejects such commitments, as the complexity makes it impossible to carry out an appropriate evaluation. A solution, therefore, cannot be more complex than the problem it is trying to solve. The commission may attach conditions and obligations to its decisions to clear the concentration, in order to ensure that the undertakings concerned comply with the commitments they have entered into.

Remedies have historically been categorised as structural or behavioural. Structural remedies generally do not require any more measures once they have been carried out, an example would be divestiture commitments. Behavioural remedies relate to the future behaviour of the merged entity. The commission prefers commitments which are structural in nature, as such commitments durably prevent competition problems and moreover do not require medium or long-term monitoring measures. The European courts have though stated that the categorisation of a proposed commitment as behavioural or structural is immaterial and that the commission has an obligation to take into consideration commitments concerning future conduct.

Divestitures, especially sales of shares or full packages of assets, are the paradigm remedy. The divested activities must consist of a viable business. A suitable purchaser must also be identified. There are different ways to ensure that the business is transferred to such a purchaser, for example through an upfront buyer or fix-it-first remedy. The commission has very stringent requirements for the interim preservation of the business to be divested. The business must be kept separate and a hold separate manager shall be responsible for the day-to-day operations. A monitoring and divestiture trustee must also be appointed. Other types of remedies include granting of access to key infrastructure, elimination of exclusive agreements or correction of market flaws.

Sammanfattning

Frivilliga åtaganden syftar till att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. För att uppnå detta måste de uppfylla vissa grundläggande krav. Åtagandena måste helt lösa konkurrensproblemen samt vara fullständiga och verksamma i alla avseenden. De måste kunna genomföras snabbt och effektivt inom en kort period och dessutom kunna övervakas på något sätt. Åtaganden kan presenteras under både första och andra etappen av kommissionens undersökning. Det är även möjligt att lägga fram åtaganden innan en anmälan har gjorts. Detta sker i samband med de informella ”pre notification” diskussioner som kan föras mellan parterna och kommissionen. De berörda företagen måste vara noga med att följa de tidsfrister som finns föreskrivna för inlämnandet av åtaganden. Vidare måste parterna se till att deras åtaganden inte är alltför komplicerade. Kommissionen avvisar vanligtvis sådana åtaganden eftersom de omöjliggör en bedömning. Lösningarna får alltså aldrig vara mer komplicerade än de problem som ska åtgärdas. Ett godkännandebeslut kan förenas med villkor och ålägganden för att säkerställa åtagandenas efterlevnad.

Korrigerande åtgärder betecknas traditionellt som strukturella eller beteendeinriktade till sin karaktär. Strukturella åtaganden är oftast åtgärder av engångskaraktär, t.ex. avyttring av ett företag. Beteendeinriktade åtaganden omfattar åtgärder avseende de berörda företagens framtida beteende på marknaden. Kommissionen föredrar strukturella åtaganden då åtgärder av sådan karaktär effektivt kan lösa konkurrensproblemen och dessutom inte kräver någon övervakning på medellång eller lång sikt. Domstolarna har dock uttalat att det inte spelar någon roll om åtagandena kan betecknas som strukturella eller beteendeinriktade och att kommissionen är skyldig att beakta löften rörande framtida beteende.

Avyttringsåtaganden är mycket vanliga, särskilt avyttringar av en hel verksamhet. Det krävs att verksamheten som ska avyttras är livskraftig. En lämplig köpare måste också kunna identifieras. Denna process kan ske på olika sätt, t.ex. genom en upfront buyer eller fix-it-first lösning. Kommissionen har mycket strikta krav angående övergångsförvaltningen av den verksamhet som ska avyttras. Verksamheten måste avskiljas och ansvaret för den dagliga driften faller på en särskiljande företagsledare. Vidare måste övervaknings- och avyttringsförvaltare utses.

Andra typer av åtaganden kan t.ex. vara att parterna beviljar tredje part tillgång till nödvändig infrastruktur, att de åtar sig att upphäva exklusiva avtal eller att åtgärda befintliga marknadsimperfectioner.

Preface

Completion of this thesis marks the end of an eight year long university career. It has indeed been an interesting period to say the least. In fact at times I've been tempted to pursue a third degree. Student life carries with it very few obligations (other than maintaining a respectable GPA) and yet presents a plethora of opportunities to indulge in milk and honey, in every sense of the word. No one in their right mind would want to give up such a lifestyle for an associate position with long hours at the office, a meager starting wage and no Christmas bonuses. But all good things must come to an end and so here I am ready to take the plunge into adulthood. As I look back and reminisce about my career choices one incident in particular comes to mind. During our childhood we often get asked the question, what do you want to be when you grow up? The most common response being an astronaut, a pilot or a fireman. When asked this question in second or third grade, I replied that I wanted to be the prime minister of this country. My response triggered our teacher, a horrendous person in addition to being a bigot, to burst into a "that will be the day" kind of laughter. Now while I no longer harbour any ambitions to move into the Sagerska Palace the possibility is nonetheless not as far fetched as some narrow-minded individuals would have assumed. If there is one thing these eight years have thought me it is that; what can be achieved by one man can also be achieved by another. There are no exceptions based on gender or race and pure willpower is the key that unlocks all doors.

That having been said I like to take the opportunity to thank those who have supported me. First of all I extend my sincerest gratitude to my family, without your help and encouragement this paper would have been nonexistent. I will never be able to repay you; I can only acknowledge my debt. A warm thank you also goes out to my thesis supervisor Katarina Olsson who inspired me to write about such an interesting topic. My compadre and brother from another mother Janos, also known as the Count, shall not be forgotten. Study sessions and library stakeouts just wouldn't have been the same without you. My dog Kenzo, who unfortunately is no longer with us, also deserves an honorary mention. A big fluffy bundle of joy who always managed to cheer me up, even in the gloomiest hours. You will be greatly missed.

Last but certainly not least I would like to thank Gail for being such a great friend. Management frosh and all the years at Bronfman would have been nothing without you. Though far away you're still always there for me no matter what, and for that I am truly grateful.

Jönköping

On this fifteenth day of January 2008

Förkortningar

CMLRev	Common Market Law Review
ECLR	European Competition Law Review
ECMR	European Community Merger Regulation
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EGF	EG-fördraget (Romfördraget)
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
FTC	Federal Trade Commission
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslag (1993:20)
Kommissionen	Europeiska gemenskapernas kommission
MTF	Merger Task Force
Prop.	Proposition
SOU	Statens Offentliga Utredningar

1 Inledning

1.1 Ämnespresentation

När en tilltänkt koncentration möter starka invändningar från den europeiska kommissionen har de berörda företagen inte så många alternativ tillgängliga för att rädda transaktionen. De kan försvara koncentrationen i dess anmälda form genom att insamla ytterligare bevis och därmed försöka övertyga kommissionen om att den effektiva konkurrensen inte hotas. Utsikterna till framgång är dock inte så goda när transaktionen ger upphov till allvarliga tvivel. Att överklaga kommissionens beslut är ofta inte heller något bra alternativ. Många planerade koncentrationer överlever inte de långa handläggningstiderna. Parterna bör därför överväga att utforma korrigerande åtgärder för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. Utformningen av frivilliga åtaganden är dock ingen lätt process. Parternas åtaganden måste vara tillräckliga för att helt lösa konkurrensproblemen, men samtidigt vill de naturligtvis inte heller offra mer än vad som är absolut nödvändigt för att få igenom koncentrationen. Till sin hjälp när de ska utforma sina förslag har parterna kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder. Det finns dessutom standardmallar s.k. Model Texts som parterna förväntas följa när de ska lägga fram förslag om avyttringar.

Kommissionens befogenhet att acceptera frivilliga åtaganden finns stadgad i art. 6(2) och 8(2) ECMR. Enligt samma artiklar har kommissionen också rätt att förena sitt godkännandebeslut med villkor och ålägganden för att säkerställa åtagandenas efterlevnad. Sedan koncentrationsförordningen trädde i kraft år 1990 har endast 20 koncentrationer förbjudits¹ och i många av dessa fall kunde transaktionen möjligen ha räddats om åtagandena erbjudits tidigare under förfarandets gång. Vikten av att i god tid lägga fram förslag till åtaganden kan inte understrykas nog. Informella samtal med kommissionen redan innan anmälan kan ge parterna en fingervisning om kommissionens inställning och därmed möjligheten att så tidigt som möjligt börja utforma lämpliga förslag till korrigerande åtgärder.

Frivilliga åtaganden förekommer även i samband med företagskoncentrationer som prövas enligt konkurrenslagen. Det finns för närvarande inga regler angående Konkurrensverkets befogenhet att acceptera åtaganden i koncentrationsärenden. Ett förslag föreligger dock om att KKV:s rätt att godta åtaganden från företag uttryckligen skall framgå av KL.²

¹ Enligt statistik tillgänglig på kommissionens webbsida, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>

² SOU 2006:99, s.425

1.2 Syfte och frågeställning

Arbetet syftar till att göra en analys av korrigerande åtgärder som kan förekomma i samband med företagskoncentrationer. Min förhoppning är att genom denna uppsats visa hur de berörda företagen bör gå till väga när de vill utforma åtaganden som kommissionen kan godta. En viktig fråga är därför vilka krav åtagandena måste uppfylla för att kunna leda till att en koncentration blir förenlig med den gemensamma marknaden? Något som man dock bör ha i åtanke är det faktum att varje koncentration är unik och att åtagandena därför måste anpassas därefter. Jag kommer att behandla olika sorters åtaganden som godtagits i tidigare situationer för att därmed kunna visa vad som kan vara lämpligt i det enskilda fallet.

1.3 Metod och material

Kommissionens befogenhet att acceptera åtaganden finns reglerad i koncentrationsförordningen. Denna förordning har varit en naturlig utgångspunkt för mitt arbete. Jag har även förlitat mig på förordning nr 802/2004 för procedurregler och tidsfrister beträffande åtaganden. Det mest värdefulla arbetsinstrumentet har dock varit kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder. Tidigare under året (2007) presenterade kommissionen ett utkast till ett nytt tillkännagivande. Stor del av uppsatsen är baserad på det nya tillkännagivandet. På vissa områden ger dock tillkännagivandet inte tillfredsställande vägledning.

Avyttringsåtaganden behandlas ingående men beträffande andra typer av åtaganden lämnar tillkännagivandet mycket att önska. Jag hänvisar därför ofta till kommissionens beslut i olika ärenden, samt till mål från förstainstansrätten och EG-domstolen. Kommissionens hemsida där all relevant lagstiftning och praxis är tillgänglig, har varit till stor hjälp.

Jag upptäckte snabbt att frivilliga åtaganden behandlas mycket sparsamt i doktrinen. Ett arbete som dock utmärker sig är Alistair Lindsays *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*. I denna bok finner man en intressant och grundlig genomgång av olika typer av korrigerande åtgärder.

1.4 Avgränsning

Denna uppsats behandlar endast frivilliga åtaganden som kan erbjudas vid företagskoncentrationer med gemenskapsdimension. Enligt art. 9 i *förordning nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget*, får kommissionen beakta åtaganden som företagen erbjuder för att undanröja betänkligheter angående konkurrensöverträdelser. Sådana frivilliga åtaganden kommer alltså inte att bli föremål för vidare

behandling i detta examensarbete. Som det har nämnts ovan har även KKV möjlighet att acceptera åtaganden vid sin prövning av företagskoncentrationer. Jag har valt att inte behandla koncentrationer som prövas enligt konkurrenslagen. I många avseenden kan dock vägledning hämtas från EG-rätten vid tillämpning av KLVs regler om kontroll av företagskoncentrationer.³ Kommissionens beslutspraxis och dess tillkännagivande om korrigerande åtgärder bör därför vara av intresse även för den som vill undersöka frivilliga åtaganden som KKV kan godta. I en mycket begränsad omfattning kommer jag ändå att hänvisa till de svenska reglerna. Detta görs främst där jag har ansett att föreslagna ändringar av lagen kan vara värt att belysa.

1.5 Disposition

Jag kommer att i kapitel 2 ge en översiktlig bild av gemenskapens koncentrationskontroll. Grundläggande begrepp förklaras och koncentrationsförordningen samt tillämpningsförordning nr 802/2004 och tillkännagivandet om korrigerande åtgärder diskuteras. Kapitel 3 behandlar faktorer som är gemensamma för alla typer av åtaganden. Den traditionella indelningen strukturell/beteendeinriktad förklaras också här. Jag anser att denna kategorisering är förlegad och kommer inte att använda mig av den. Gränsen mellan strukturella och beteendeinriktade åtaganden är inte heller alltid lätt att dra. Kapitel 4 ger en ingående analys av avyttringsåtaganden. Här berörs både avyttringar av en hel verksamhet och avyttringar av särskilda tillgångar. Kapitel 5 behandlar det som jag valt att kalla för andra typer av åtaganden, dvs. andra alternativ som kan bli aktuella i det enskilda fallet istället för avyttringar. Sådana åtaganden kan naturligtvis även erbjudas i kombination med avyttringar (som då vanligtvis inte behöver bli lika omfattande). I kapitel 6 får jag en avslutande diskussion där vissa personliga synpunkter presenteras.

³ Jmf Prop. 1998/99:144, s.44 där det anges att EG-rättslig praxis bör få stor betydelse för tolkningen av det svenska regelverket rörande koncentrationskontroll

2 Gemenskapens koncentrationskontroll

2.1 Koncentrationsförordningen

2.1.1 Bakgrund till förordningen 4064/89

EG-fördraget innehåller inga specifika regler som syftar till att kontrollera företagskoncentrationer. Den allmänna inställningen då fördraget antogs var snarare att uppkomsten och utvecklingen av stora företag inom EU var nödvändig för att möta konkurrensen på världsmarknaden.⁴ Under åren, fram till dess att koncentrationsförordningen trädde i kraft, har dock kommissionen och EG-domstolen försökt att fylla denna lucka genom att till viss mån reglera koncentrationer med stöd av främst artikel 82 EGF.⁵

1966 publicerade kommissionen en promemoria (*Memorandum on the concentration of enterprises in the common market*) angående tillämpligheten av artiklarna 81 och 82 EGF på företagskoncentrationer. Enligt promemorian var art. 81 inte tillämplig på avtal som syftade till att åstadkomma en varaktig förändring av egendomsförhållandena eller strukturen i ett företag. Sådana ändringar kunde däremot i vissa fall regleras med stöd av art. 82.⁶ Denna inställning bekräftades av EG-domstolen i *Continental Can* målet.⁷ Kommissionen ansåg att företaget Continental Can missbrukat sin dominerande ställning genom att ha förvärvat 80 % av aktierna i ett konkurrerande företag, vilket ledde till att konkurrensen inom marknaden för förpackningsprodukter praktiskt taget slogs ut. Domstolen fastslår i målet att det kan röra sig om missbruk när ett företag i dominerande ställning förvärvar en konkurrent och därmed väsentligen hämmar konkurrensen. Redan stärkandet av företagets ställning kan utgöra sådant missbruk som är förbjudet enligt art. 82 EGF, oavsett vilka medel som använts.⁸ Kommissionen hade nu viss begränsad möjlighet att ingripa mot koncentrationer. Problemet med denna begränsade koncentrationskontroll var dock att art. 82 EGF endast kunde tillämpas då företaget **redan** innehar en dominerande ställning och alltså inte vid fall där dominerande ställning skapas genom koncentrationen.

Samma år som *Continental Can* målet utföll (1973) tog kommissionen fram ett förslag till en särskild förordning som skulle reglera företagskoncentrationer.⁹ Detta förslag utsattes för hård kritik främst pga.

⁴ Coyet, J, och Gustafsson, L, *Konkurrensrätten inom EU och EES- en handbok*, s. 323f

⁵ Wish, R, *Competition Law*, s. 735f

⁶ Ibid, s. 736

⁷ Mål 6/72

⁸ Ibid, p.26-27

⁹ *Commission proposal for a regulation of the council of ministers on the control of concentrations between undertakings*

att det fanns stora meningsskiljaktigheter angående den känsliga frågan om kompetensfördelning mellan medlemsstaterna och gemenskapen.¹⁰ Förslaget omarbetades vid flera tillfällen och en rad utkast presenterades.¹¹ Behovet av enhetliga regler blev allt mer påtaglig då praxis visade att artiklarna 81 och 82 EGF inte hade tillräcklig räckvidd för att kontrollera alla transaktioner som kan visa sig vara oförenliga med den ordning utan snedvridning av konkurrensen som förutses i fördraget.¹² Det faktum att medlemsstaterna 1986 antog den europeiska enhetsakten, som bl.a. innebar att de åtog sig att tillse att den gemensamma marknaden skulle ha uppnåtts vid slutet av 1992, gjorde det ännu mer angeläget att införa särskilda regler för företagskoncentrationer inom unionen.¹³ Förordningen 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer antogs slutligen den 21 december 1989 av ministerrådet och trädde i kraft den 21 september 1990.¹⁴

2.1.2 Den efterföljande utvecklingen

1996 utgav kommissionen en grönbok om översyn av koncentrationsförordningen¹⁵ där en rad ändringar och tillägg föreslogs, bl.a. avseende behandlingen av självständigt fungerande gemensamma företag. I denna grönbok föreslogs även att koncentrationsförordningen skulle ändras så att det uttryckligen framgick att kommissionen var behörig att godta åtaganden från företagen i fas I (se vidare avsnitt 3.2.1). Förslagen kulminerade i rådets förordning nr 1310/97 som trädde i kraft den 1 mars 1998.

Ett antal år senare presenterade kommissionen en ny grönbok om översyn av koncentrationsförordningen,¹⁶ man ville bl.a. ändra tidsfristerna som gäller under prövningen av en koncentration. Genom grönboken inledde kommissionen också en övergripande debatt om hur effektivt det konkurrenstest som tillämpades enligt förordningen 4064/89, dvs. om en koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning på marknaden, är jämfört med liknande eller motsvarande test i andra länder.¹⁷ I januari 2004 antog ministerrådet den nuvarande koncentrationsförordningen nr 139/2004 som trädde i kraft den 1 maj 2004.

¹⁰ Wish, R, *Competition Law*, s. 738

¹¹ Se, EGT nr C 36, 12.2.1982, s.3, EGT nr C 51, 23.2.1984, s.8, EGT nr C 324, 17.12.1986, s.5, EGT nr C 130, 19.5.1988, s.4

¹² Jmf med vad som föreskrivs i p.7, ingressen till 2004 års koncentrationsförordning

¹³ Wish, R, *Competition Law*, s. 738

¹⁴ Ibid

¹⁵ KOM (96) 19

¹⁶ KOM (2001) 745

¹⁷ Wetter, C, mfl, *Konkurrensrätt- en handbok*, s. 658

2.1.3 Nyheter i förordningen 139/2004

Genom den nya förordningen har en övergång skett till arbetsdagar för beräkning av tidsfrister och flexibiliteten när det gäller fristerna under koncentrationsutredningen har ökat.¹⁸ Exempelvis har det införts bestämmelser om **automatisk** förlängning av tidsfristen för kommissionens inledande prövningsfas och fördjupande undersökning med 10 respektive 15 arbetsdagar om parterna lämnar åtaganden.¹⁹ Avsikten med de två automatiska förlängningarna är att skapa mer tid för kommissionen att analysera och marknadsstesta åtagandena och samråda med medlemsstaterna samt berörda tredje parter.²⁰ En annan nyhet är möjligheten till **frivillig** förlängning av tidsfristen vid en fördjupad undersökning med upp till 20 arbetsdagar, på ansökan av parterna eller på initiativ av kommissionen med parternas samtycke.²¹ Denna s.k. *stop-the-clock* provision infördes för att kunna utgöra en välavvägd lösning till två tidigare besvärliga situationer:

- 1) Problemet med den tidspress som kunde uppstå för kommissionen när förslag till åtaganden lämnades strax innan den tillåtna tidsfristen löpte ut.²²
- 2) Problemet med den korta tidsram företagen hade för att sätta sig in i kommissionens invändningar mot koncentrationen och därmed kunna förbereda lämpliga korrigerande åtgärder innan tidsfristen för att lämna åtaganden löpte ut.²³

När en begäran nu görs enligt den nya *stop-the-clock* provisionen förlängs samtidigt tidsfristen för att lämna in åtaganden med lika många arbetsdagar.²⁴

Andra förändringar i förordningen 139/2004 är bl.a. att det har införts ett nytt konkurrenstest, det s.k. substanstestet, för att avgöra vilka koncentrationer som är oförenliga med den gemensamma marknaden.²⁵ Konkurrenslagen tillämpar fortfarande det gamla konkurrenstestet som förekom i förordningen 4064/89, ett förslag föreligger dock om att införa substanstestet även här i Sverige.²⁶ Koncentrationsförordningen nämner nu också uttryckligen *proportionalitet* och- *subsidiaritetsprinciperna*, dvs. att förordningen inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet och att en koncentration skall prövas av den myndighet som är närmast källan och därigenom bäst lämpad.²⁷ Det finns nu även en möjlighet att anmäla en koncentration innan ett bindande avtal har ingåtts.²⁸

¹⁸ Ibid, s. 659

¹⁹ Se art. 10(1) och 10(3) ECMR

²⁰ Se ingressen till ECMR, p.35

²¹ Se art. 10(3) 2st ECMR

²² KOM (2001) 745, p.213

²³ Ibid, p.207-10

²⁴ Se art. 19(2) 2st i förordning 802/2004

²⁵ Se art. 2(2)-(3) ECMR, samt p.25 i ingressen

²⁶ SOU 2006:99, s. 410

²⁷ Se p.6 och 14 ingressen till ECMR

²⁸ Se art. 4(1) 2st ECMR

2.2 One-stop-shop principen

Gemenskapens koncentrationskontroll baseras på *one-stop-shop* principen, som innebär att en koncentration med gemenskapsdimension enbart skall prövas enligt koncentrationsförordningen.²⁹ Medlemsstaterna får alltså inte tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med gemenskapsdimension och endast kommissionen (med förbehåll för domstolens prövningsrätt) är behörig att fatta beslut enligt förordningen.³⁰ Medlemsstaterna tillåts dock att vidta nödvändiga åtgärder för att skydda ett antal legitima intressen.³¹ Trots denna exklusiva behörighet kan kommissionen under vissa förutsättningar hänskjuta prövningen av en koncentration till en medlemsstat för att där bedömas enligt nationell lagstiftning.³² I särskilda fall kan förordning nr 139/2004 även tillämpas på koncentrationer utan gemenskapsdimension som hänskjutits till kommissionen av en eller flera medlemstater.³³

2.3 EG:s koncentrationsbegrepp

Begreppet koncentration bör definieras på ett sådant sätt att det omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring av kontrollen över de berörda företagen och därmed av marknadsstrukturen.³⁴ En sådan varaktig förändring föreligger enligt art. 3(1) och 3(4) ECMR då:

- två eller flera tidigare självständiga företag eller delar av företag slås samman, eller
- en eller flera personer som redan kontrollerar ett företag, förvärvar helt eller delvis kontrollen över ytterligare företag, eller
- självständigt fungerande gemensamma företag (s.k. full function joint venture) bildas.

Särskilda regler gäller dock när vissa institut förvärvar värdepapper i avsikt att vidareförsälja dem eller när kontroll förvärvas i anledning av likvidation, ackord och liknande förfaranden.³⁵

²⁹ Se art. 21(1) ECMR

³⁰ Artiklarna 21(2) och 21(3) ECMR

³¹ Se närmare art. 21(4) ECMR

³² Se art. 9 ECMR, samt p.15 i ingressen

³³ Se art. 22 ECMR, samt p.15 i ingressen

³⁴ Ingressen till ECMR, p.20

³⁵ Se närmare art. 3(5) ECMR

2.4 Gemenskapsdimension

Tillämpningsområdet för koncentrationskontrollen avgränsas genom kvantitativa tröskelvärden.³⁶ Koncentrationer där de berörda företagens omsättning överstiger dessa tröskelvärden har s.k. gemenskapsdimension och är därmed anmälningspliktiga till kommissionen. Tillkännagivanden från kommissionen förtydligar vad som avses med begreppen *berörda företag* och *omsättning*.³⁷

2.5 Anmälan och förutsättningar för förbud

Koncentrationer med gemenskapsdimension skall enligt art. 4(1) ECMR anmälas till kommissionen innan de genomförs. En företagskoncentration får varken genomföras före anmälan eller innan den anmälda koncentrationen har godkänts, särskilda regler gäller dock beträffande genomförandet av offentliga bud.³⁸ Giltigheten av en anmälningspliktig koncentration är alltså beroende av kommissionens beslut om godkännande, till skillnad från svensk rätt där ogiltigheten inträder först när tingsrättens dom vunnit laga kraft eller, om tingsrättens dom överklagas, när marknadsdomstolens dom har meddelats.³⁹ En koncentration som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den skall förbjudas.⁴⁰ Företagen kan dock lämna **frivilliga åtaganden** i syfte att möjliggöra ett godkännande. Ett beslut om att då godkänna koncentrationen kan förenas med villkor och ålägganden för att säkerställa att företagen fullgör sina åtaganden gentemot kommissionen.⁴¹

2.6 Tillämpningsförordning 802/2004

Vid koncentrationsförordningens tillkomst antog kommissionen förordning nr 2367/90 som innehöll procedurregler och till vilken ett formulär (s.k. CO) för förhandsanmälan bifogades. Denna förordning har reviderats under åren⁴² och den nuvarande tillämpningsförordningen är alltså nr 802/2004. I den här förordningen finner man procedurregler om bl.a. förhandsanmälan (art. 2-6), tidsfrister för att inkomma med åtaganden (art. 19) och förfarandet då åtaganden ska lämnas (art. 20).

³⁶ Se art. 1 ECMR

³⁷ Se EGT nr C 66, 2.3.1998, s.14 samt EGT nr C 66, 2.3.1998, s. 25. För begreppet omsättning se också art. 5 ECMR

³⁸ Se art. 7(1) och 7(2) ECMR

³⁹ Wetter, C, mfl, *Konkurrensrätt- en handbok*, s. 735

⁴⁰ Artikel 2(3) ECMR

⁴¹ Se art. 6(2) och 8(2) ECMR

⁴² Se förordning nr 3384/94 och förordning 447/98

2.7 Tillkännagivande om korrigerande åtgärder

Den 21 december 2000 antog kommissionen tillkännagivandet om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning 4064/89 (**2001 års tillkännagivande**). Tillkännagivandet är avsett att ge vägledning åt företag och jurister när de utformar förslag till åtaganden. Andra syften är att förtydliga policyn samt öka förutsebarheten i kommissionens beslut. Riktlinjerna och råden i tillkännagivandet bygger på kommissionens erfarenheter vid tillämpningen av koncentrationsförordningen. I Sverige har KKV börjat att i allt större utsträckning hämta vägledning från tillkännagivandet vid bedömningen av frivilliga åtaganden enligt KL.⁴³ Det bör påpekas att tillkännagivandet enbart ger uttryck för kommissionens uppfattning och är alltså inte bindande för EG-domstolen eller förstainstansrätten. I kommissionens tillkännagivande finner man följande:

- Huvudprinciper som bör beaktas då åtaganden ska föreslås (Kap II).
- En översikt över de huvudsakliga typer av åtaganden som har godtagits i koncentrationsärenden (Kap III).
- Exempel på koncentrationer där åtaganden sällan kan accepteras (Kap IV).
- De särskilda villkoren för att föreslå korrigerande åtgärder i den första respektive den andra etappen i förfarandet (Kap V).
- Kraven som ställs på genomförandet av åtaganden (Kap VI).

Tidigare under året presenterade kommissionen utkast till ett nytt tillkännagivande (**2007 års tillkännagivande**). Förslaget har varit ute hos remissinstanser och gjorts tillgänglig för allmänheten. Tidsfristen för inkommande av synpunkter löpte ut den 29 juni 2007.⁴⁴ I skrivandets stund (november 2007) har dock förslaget ännu inte antagits. Det nya tillkännagivandet baseras till stor del på samma principer som 2001 års version, men är mycket mer innehållsrik. De ändringar som införts bygger främst på slutsatser från kommissionens studie om korrigerande åtgärder som publicerades oktober 2005.⁴⁵ I denna studie genomförde kommissionen en omfattande undersökning av 40 anmälda koncentrationer där åtaganden föreslagits under åren 1996 till 2000. Studiens slutsatser pekar på vissa områden där förbättringar bör ske, bl.a. i samband med godkännandet av lämplig köpare vid avyttringar (se kap 4 nedan). Vidare bygger utkastet på EG-domstolens och förstainstansrättens tillkommande praxis under åren som förflutit sedan 2001 års tillkännagivande antogs. Slutligen har vissa smärre modifikationer genomförts så att det nya tillkännagivandet överensstämmer med koncentrationsförordningen från

⁴³ Wetter, C, mfl, *Konkurrensrätt- en handbok*, s. 737

⁴⁴ Utkastet finns tillgänglig på kommissionens webbplats:
http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/merger_remedies.html

⁴⁵ Studien finns tillgänglig på:
http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/notices_on_substance.html#remedies

2004. Vissa av nyheterna i utkastet, såsom kravet att parterna detaljerat skall beskriva sina åtaganden på ett s.k. RM formulär, kommer också att kräva en revision av tillämpningsförfordningen 802/2004.⁴⁶ Det här arbetet kommer att främst hänvisa till 2007 års tillkännagivande. I de fall där inga förändringar skett kommer 2001 års tillkännagivande att nämnas, detta för att ingen officiell översättning av utkastet finns att tillgå.

De olika aspekterna av kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder kommer att behandlas mer ingående i andra delar av detta arbete. Redan nu kan dock principen om ansvarsfördelning nämnas. Det betonas i tillkännagivandet att kommissionen och de sammangående parterna utifrån sina respektive roller delar ansvaret för att finna lösningar i koncentrationsärenden. Det är således kommissionens ansvar att påvisa att en koncentration riskerar att påtagligt hämma den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, medan det är parternas ansvar att åtgärda eventuella konkurrensproblem och visa att de föreslagna korrigerande åtgärderna räcker till för att komma till rätta med problemen och återställa en effektiv konkurrens. Kommissionen har alltså ingen möjlighet att lägga fram förslag på åtaganden som den anser vara lämpliga. Och även om parterna mot förmodan skulle föreslå åtaganden som går långt utöver vad som krävs för att åtgärda konkurrensproblemet så är kommissionen inte behörig att förbjuda eller ersätta dessa med mera passande lösningar.⁴⁷

2.7.1 Utvecklingen efter 2001 års tillkännagivande

Med den amerikanska FTC som förebild har kommissionen infört en rad reformer för att förbättra undersökningen av föreslagna korrigerande åtgärder och effektivisera förfarandet då åtaganden ska lämnas.⁴⁸ I syfte att kunna behandla åtaganden i koncentrationsärenden noggrant och konsekvent tillsatte kommissionen i april 2001 en permanent arbetsgrupp inom *Merger Task Force* enheten.⁴⁹ Medlemmar ur denna arbetsgrupp deltar alltid vid beredningen av anmälda ärenden där åtaganden förekommer, med ansvaret att bedöma huruvida föreliggande korrigerande åtgärder kan anses vara tillfredsställande och genomförbara.⁵⁰ Arbetsgruppen presenterade under 2003 standardmallar för åtaganden om avyttring och för utseende av förvaltaruppdrag i samband med avyttringen, även en s.k. Best Practice guideline för användningen av dessa mallar utfärdades.⁵¹ Mallarna syftar till att underlätta för parterna då de ska lämna

⁴⁶ Förslaget om nödvändiga ändringar av förordningen finns på:

http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/merger_remedies.html

⁴⁷ 2007 års tillkännagivande, p.6

⁴⁸ Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s. 499f

⁴⁹ Ortiz Blanco, L, mfl, *EC competition procedure*, s. 684

⁵⁰ Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s. 503

⁵¹ Dessa finns tillgängliga på:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>

in förslag om avyttringar samt att verka tidsbesparande för kommissionen i sin bedömning.⁵² Varken Best Practice guidelines eller själva mallarna är juridiskt bindande och kan alltså frångås eller kompletteras i varje enskilt fall.⁵³ Det kan dock här nämnas att genom kommissionens praxis har mallarna ändå kommit att utgöra s.k. soft law och parter som velat avvika från de har därför ofta behövt motivera detta.⁵⁴

⁵² Commission press release, IP/03/614, 2 maj 2003

⁵³ 2007 års tillkännagivande, p.21

⁵⁴ Se kommentarer från advokatbyrån Crowell & Moring (http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/files_remedies/crowell.pdf), samt avsnitt 3(3) i det nya RM formuläret som finns i förslaget till ändringar av förordning 802/2004

3 Allmänt om åtaganden

3.1 Grundläggande krav

Det övergripande målet med korrigerande åtgärder är att återställa villkoren för en effektiv konkurrens. Enligt förordningen nr 139/2004 har kommissionen endast befogenhet att acceptera åtaganden som uppfyller detta mål och därmed gör koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.⁵⁵ För att kunna uppnå det beskrivna syftet måste en korrigerande åtgärd leva upp till vissa grundläggande krav:

- 1) Åtagandet måste helt lösa konkurrensproblemet samt vara fullständig och verksam i alla avseenden.⁵⁶
- 2) Åtagandet måste kunna genomföras snabbt och effektivt inom en kort period.⁵⁷
- 3) Åtagandet måste på något sätt kunna övervakas.⁵⁸

Kravet att åtaganden ska vara fullständiga och verksamma i alla avseenden förtydligas i *GE* målet.⁵⁹ General Electric som är ett diversifierat industriföretag verksamt bland annat inom flygmotorer, hade den 22 oktober 2000 ingått avtal med Honeywell International enligt vilket GE skulle förvärva Honeywells hela aktiekapital. Honeywell som också är ett diversifierat bolag har en viss del av sin verksamhet inom marknaderna för produkter och tjänster till flygindustrin. Kommissionen förklarade koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden trots att en rad strukturella och beteendeoriktade åtaganden hade framlagts, då det bl.a. ansågs att den sammanslagna enheten skulle få en dominerande ställning på marknaderna för affärsflygplan och små marina gasturbiner.⁶⁰ Förstainstansrätten, som upprätthöll kommissionens beslut, förklarade rättsläget beträffande ofullständiga eller på annat sätt bristfälliga åtaganden. Domstolen konstaterade att ”i den mån ifrågavarande åtaganden hade luckor i tekniskt eller kommersiellt avseende och kommissionen följaktligen inte betraktade dem som tillräckliga, kan dessa luckor varken tillskrivas kommissionen eller en motvilja från dess sida att godta [andra åtaganden]. Det ankom nämligen på parterna i den anmälda koncentrationen att lägga fram åtaganden som var fullständiga och verksamma i alla avseenden”.⁶¹

När en koncentration väl har genomförts kan de önskade konkurrensvillkoren på marknaden egentligen inte återställas förrän åtagandena har uppfyllts. Därav kravet att korrigerande åtgärder ska kunna

⁵⁵ Se art. 6(2) och 8(2) ECMR, samt p.30 i ingressen

⁵⁶ 2007 års tillkännagivande, p.9. Se även p.30 ingressen till ECMR

⁵⁷ 2001 års tillkännagivandet, p.10

⁵⁸ 2007 års tillkännagivande, p.13

⁵⁹ Mål T-210/01

⁶⁰ Se ärende nr COMP/M.2220

⁶¹ Mål T-210/01, p.52

genomföras snabbt och effektivt inom en kort period. Här kan lämpligen tilläggas att kommissionen generellt tar hänsyn till det faktum att varje korrigerande åtgärd, i den mån den fortfarande utgör ett icke genomfört åtagande, innebär en viss osäkerhetsfaktor.⁶² Parterna måste därför även beakta denna faktor när de överväger att lägga fram åtaganden som kan bedömas vara svåra att uppfylla inom en kort tidsram.

Vid tillkomsten av 2001 års tillkännagivande var den allmänna inställningen att åtaganden inte bör kräva ytterligare övervakning när de väl har genomförts.⁶³ I ärendet *Boeing/McDonnell Douglas* fastslår kommissionen att den endast under exceptionella omständigheter kommer att beakta åtaganden som kräver ytterligare övervakning.⁶⁴ Boeing, ett amerikanskt bolag verksam inom marknaderna för kommersiella och militära flygplan, hade ingått avtal om att förvärva sin konkurrent McDonnell Douglas (också amerikanskt). Kommissionen ansåg att förvärvet skulle förstärka den dominerande ställning Boeing innehade men godkände koncentrationen efter att Boeing lagt fram en rad korrigerande åtgärder. Åtagandena omfattade främst Boeings framtida beteende, bl.a. att erbjuda teknisk support för MD planen på samma villkor som Boeing plan och att inte negativt särbehandla köpare av MD plan för att på så sätt förmå dem att byta till Boeing.⁶⁵ Dessa korrigerande åtgärder behövde då naturligtvis övervakas för att säkerställa deras efterlevnad. De exceptionella omständigheterna som ledde till att kommissionen godtog parternas åtaganden, trots behovet av övervakning, var främst att ett förbud skulle innebära skada för viktiga amerikanska militära intressen och att ett avyttringsåtagande inte var genomförbart då ingen lämplig köpare fanns att tillgå.⁶⁶

I 2007 års tillkännagivande har formuleringen om att åtaganden inte bör kräva ytterligare övervakning när de genomförts slopats, fortfarande nämns dock att kommissionen helst föredrar strukturella åtaganden och som skäl för detta anges bl.a. att sådana åtaganden inte kräver någon övervakning under en längre tid.⁶⁷ Istället har det införts ett krav på att det ska finnas någon möjlighet att kunna övervaka åtagandena.⁶⁸ Det nämns att avyttringar av naturliga skäl inte kräver någon tillsyn när de väl genomförts men för andra typer av åtaganden krävs det effektiva övervakningsmekanismer för att säkerställa deras efterlevnad. I brist på sådana mekanismer kan åtagandena inte betraktas som annat än rena viljeförklaringar.⁶⁹ Det här fastslogs av förstainstansrätten i *EasyJet* målet.⁷⁰ Kommissionen hade i ett beslut den 11 februari 2004 förklarat en koncentration mellan flygbolagen Air France och KLM förenlig med den

⁶² 2001 års tillkännagivande, p.8

⁶³ Ibid, p.10

⁶⁴ Ärende nr IV/M.877, p.123

⁶⁵ Ibid, p.115-119

⁶⁶ Ibid, p. 12 och 123

⁶⁷ 2007 års tillkännagivande, p.15

⁶⁸ Ibid, p.13

⁶⁹ Ibid

⁷⁰ Mål T-177/04

gemensamma marknaden under förutsättning att vissa åtaganden uppfylldes.⁷¹ EasyJet ansökte i egenskap av tredje part att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara beslutet och baserade sin talan på ett antal grunder. En av grunderna var att åtagandena, som bl.a. innefattade utfästelser från de samgående bolagen om att tillhandahålla s.k. slot-tider på vissa flygplatser, inte kunde garantera återställande av den konkurrensmässiga strukturen. EasyJet argumenterade att utformningen av åtagandena inte kunde visa på vilket sätt dessa skulle bli verkningsfulla.⁷² Domstolen, som upprätthöll kommissionens beslut, påpekade att åtagandena effektivt kunde övervakas av den förvaltare som utsetts för att garantera deras efterlevnad. Följaktligen rörde det sig inte om rena viljeförklaringar utan i förevarande fall var det fråga om skyldigheter som vid ett åsidosättande skulle leda till ett upphävande av det ifrågasatta beslutet om att godkänna koncentrationen.⁷³

De förutsättningar som har behandlats här är bara tre grundläggande krav som måste vara uppfyllda för att åtaganden ska kunna anses vara acceptabla. Vid sin bedömning av huruvida en korrigerande åtgärd kan återställa den effektiva konkurrensen kommer kommissionen att beakta alla relevanta faktorer, bl.a. åtgärdens typ, omfattning och räckvidd samt hur troligt det är att parterna kan genomföra den framgångsrikt, fullständigt och i tid. Dessutom kommer dessa faktorer att bedömas med hänvisning till strukturerna och särdragen på den marknad där konkurrensproblemen skapas, inbegripet parternas och andra aktörers marknadsställning.⁷⁴ Allt detta måste alltså de berörda företagen ha i åtanke när de vill utforma förslag till korrigerande åtgärder som kommissionen kan godta.

3.2 Åtaganden under fas I

Enligt art. 6(2) EMCR får kommissionen beakta åtaganden som de berörda företagen lämnar in redan under den inledande prövningsfasen. Vid tillkomsten av förordningen 4064/89 fanns det däremot ingen sådan uttrycklig regel som möjliggjorde för kommissionen att godkänna åtaganden i fas I. Bristen på en explicit regel hindrade dock inte kommissionen från att ändå beakta åtaganden och meddela godkännandebeslut enligt art. 6(1)(b) då den ansåg att åtgärderna var tillfredsställande.⁷⁵ Då kommissionen enligt den ursprungliga koncentrationsförordningen inte hade någon kompetens att godta åtaganden under första etappen fanns det naturligtvis inte heller i förordningen någon regel om att sådana åtaganden kan förenas med villkor och ålägganden. Kommissionens självpåtagna kompetens att avge godkännandebeslut i fas I pga. åtaganden innebar alltså i princip en viss risktagning. Parterna kunde rent teoretiskt lämna en rad åtaganden i syfte att få igenom koncentrationen och sedan oförhindrat fortsätta med ”business

⁷¹ Se ärende nr COMP/M.3280

⁷² Mål T-177/04, p.178-79

⁷³ Ibid, p.187-88

⁷⁴ 2001 års tillkännagivande, p.7

⁷⁵ Cook,C.J,och Kerse,C.S, *E.C. Merger Control*, s. 204

as usual”. Denna ”lucka” i gamla koncentrationsförordningen var också föremål för debatt i doktrinen. En ståndpunkt var att kommissionen agerade i strid med förordningens syften, eftersom möjligheten att acceptera åtaganden uttryckligen fanns föreskriven i art. 8(2) ECMR menade man att förordningen medvetet uteslutit möjligheten att godta korrigerande åtgärder under den inledande fasen.⁷⁶ Andra ståndpunkter var att kommissionen kunde stödja sig på en analogisk tillämpning av art. 8(2) ECMR då den accepterade åtaganden i fas I, eller att kommissionens godkännande kunde baseras på kontraktsmässiga grunder. Detta skulle då automatiskt innebära att parterna hade en kontraktsrättslig skyldighet att fullfölja sina åtaganden.⁷⁷

Genom förordningen nr 1310/97 löstes slutligen problemet. Ingressen till denna förordning nämner att ”*det är lämpligt att godta åtaganden under första etappen när konkurrensproblemet kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt. Det bör uttryckligen föreskrivas att kommissionen i dessa fall kan förena sina beslut med villkor och ålägganden*”.⁷⁸ Därmed infördes motsvarigheten till nuvarande art. 6(2) ECMR.

3.2.1 Särskilda krav

En viktig förutsättning för att åtaganden överhuvudtaget ska kunna godtas under den inledande etappen är att konkurrensproblemet är uppenbar, kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt.⁷⁹ Eftersom kommissionen endast företar ingående undersökningar av marknaden under den fördjupande fasen måste de åtaganden som föreslås i fas I vara tillräckliga för att klart kunna utesluta ”allvarliga tvivel” i den mening som avses i art. 6(1)(c) ECMR. De korrigerande åtgärder som framläggs under den första etappen måste alltså vara så entydiga att det inte är nödvändigt att inleda en fördjupad undersökning.⁸⁰

Förstainstansrättens dom i *Royal Philips* målet ger viss vägledning beträffande de särskilda kraven som ställs på åtaganden under etapp I samt när det gäller kommissionens bedömning av huruvida ”allvarliga tvivel” klart kan uteslutas.⁸¹ Den 8 januari 2002 godkände kommissionen företagskoncentrationen mellan SEB och Moulinex (båda franska bolag verksamma inom främst marknaderna för elektroniska hushållsapparater) under den första etappen efter att åtaganden lagts fram.⁸² Beslutet berörde dock inte den franska marknaden eftersom ett partiellt hänskjutande hade skett till de franska myndigheterna. Philips, en stor aktör inom

⁷⁶ Broberg, M, *Commitments in phase one merger proceedings: The commission's power to accept and enforce phase one commitments*, s. 848f

⁷⁷ Krause, H, *Article 6(1)b EC Merger Regulation: Improving the Reliability of Commitments*, s. 209ff

⁷⁸ Rådets förordning nr 1310/97 om ändring av förordning nr 4064/89, p. 8

⁷⁹ 2007 års tillkännagivande, p.80. Se även p.30 ingressen till ECMR

⁸⁰ 2007 års tillkännagivande, p.80

⁸¹ Se mål T-119/02

⁸² Se ärende nr COMP/M.2621

elektronikmarknaden, begärde att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara beslutet. En av grunderna Philips baserade sin talan på var att de åtaganden som SEB föreslagit inte var tillräckliga för att kunna skingra allvarliga tvivel och att kommissionen således borde ha inlett etapp II.⁸³ Förstainstansrätten som ogillade sökandens talan konstaterade i sina domskäl att åtaganden som görs under etapp I till skillnad från de åtaganden som framläggs under etapp II, inte syftar till att förhindra att en dominerande ställning skapas eller förstärks utan till att skingra alla allvarliga tvivel i denna fråga.⁸⁴ Härav följer att kravet på åtaganden under etapp I är att dessa ska ”*utgöra en direkt och tillräcklig reaktion som klart undanröjer de allvarliga tvivel som uttalats*”.⁸⁵ Angående kommissionens utvärdering av huruvida allvarliga tvivel klart kan uteslutas konstaterar domstolen att kommissionen inte har någon befogenhet att göra en skönsmässig bedömning vad gäller beslutet att inleda etapp II. Den åtnjuter dock ett visst utrymme att vidta en skönsmässig bedömning när den granskar omständigheterna och utför komplicerade ekonomiska analyser för att bedöma om föreslagna åtgärder är tillräckliga för att skingra allvarliga tvivel.⁸⁶

I de fall erbjudna åtaganden anses vara otillräckliga för att avlägsna konkurrensproblemen kommer parterna att underrättas om detta. Eftersom lösningarna i etapp I är utformade för att klara upp lättidentifierade problem kan dock endast ändringar av begränsad karaktär godtas i fråga om de föreslagna åtgärderna. Sådana ändringar måste utgöra en direkt reaktion på resultaten av kommissionens granskning och bör endast omfatta klagöranden och/eller förbättringar som garanterar att åtagandena kan utföras och att de är effektiva.⁸⁷ Vidare beaktas dessa ändringar i fas I givetvis endast under förutsättningen att kommissionen förfogar över den tid som behövs för att värdera dem.⁸⁸

3.2.2 Avvägningsproblematik

De höga kraven som ställs på korrigerande åtgärder som presenteras i den inledande fasen kan ofta i praktiken innebära att kommissionen, trots proportionalitetsprincipen, av parterna kommer att kräva mer långtgående åtaganden än som skulle ha varit nödvändigt för att lösa problemet, innan den meddelar ett godkännandebeslut med stöd av art. 6(2) ECMR. Kommissionen har i sin inledande prövning en mycket begränsad tid för att bedöma koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden och kommer därför begära lite mer av parterna för att kunna vara säkra på att allvarliga tvivel klart kan uteslutas. För parterna innebär detta en avvägning mellan en snabb affär och en långsam men mer omfattande koncentration.

⁸³ Mål T-119/02, p.69 och 76

⁸⁴ Ibid, p.79

⁸⁵ Ibid

⁸⁶ Ibid, p.77

⁸⁷ 2001 års tillkännagivande, p.37

⁸⁸ 2007 års tillkännagivande, p.82. Se även mål T-119/02, p.237-38

Vid transaktioner där tidsaspekten av olika orsaker är av yttersta vikt får de berörda företagen vara beredda på att lämna betydande åtaganden för att kunna få till stånd ett snabbt godkännandebeslut. I andra fall kan det däremot vara mer strategiskt för företagen att avvakta och inte ge bort för mycket i början innan de har tagit del av kommissionens invändningar i den fördjupande undersökningsfasen. Praktiker har sammanfattat denna avvägningsproblematik genom termen ”*pay more now, or less later*”.⁸⁹

Unilever/Bestfoods ärendet är ett mycket bra exempel på fall där kommissionen krävt långtgående åtaganden för att godkänna koncentrationen.⁹⁰ Engelsk/nederländska företaget Unilever ingick avtal om att förvärva hela aktiekapitalet i det amerikanska bolaget Bestfoods. De båda företagen hade verksamhet inom tillverkning och distribution på många nationella marknader för livsmedelsprodukter. Affären utan åtaganden skulle ha lett till överlappningar på nästan 150 olika livsmedelsrelaterade marknader. De berörda företagen fick göra betydande eftergifter för att lösa konkurrensproblemen, bl.a. åtog sig Unilever att sälja en rad viktiga varumärken. Det totala värdet på parternas alla avyttringsåtaganden uppskattades till ca 500 miljoner euro.⁹¹ Chefen för MTF när han kommenterade beslutet medgav, om än i försiktiga ordalag, att åtagandena kan ha varit för långtgående: ”[m]aybe they had to give away slightly more than they would have done had we gone to Phase II but they got a good quick solution”.⁹²

3.3 Åtaganden under fas II

Redan vid koncentrationsförordningens tillkomst fanns det uttryckliga regler om kommissionens befogenhet att acceptera åtaganden under den andra etappen. I samband med förordningen 1310/97 genomfördes dock en viss ändring. Enligt den tidigare lydelsen av nuvarande art. 8(2) ECMR kunde kommissionen *förena sitt beslut med villkor och ålägganden för att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att ändra den ursprungliga anmälda planen för koncentrationen*.⁹³ Ändringen i och med förordning nr 1310/07 innebar att sista ledet ersattes med följande ”**för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden**”. Den tidigare formuleringen ansågs nämligen vara oklar, då den kunde tolkas som att parterna endast fick föreslå åtaganden som var direkt relaterade till tillgångar som ingick i den anmälda koncentrationsplanen.⁹⁴

⁸⁹ Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s. 506

⁹⁰ Ärende nr COMP/M.1990

⁹¹ Commission press release, IP/00/1076, 29 september 2000

⁹² Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s. 506

⁹³ Engelsk version av förordningen nr 4064/89 innan 1998 års ändringar genomförts finns tillgänglig på: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/archive.htm>

⁹⁴ Ahlborn, C, och Turner, V, *Expanding Success? Reform of the E.C. Merger Regulation*, s. 255

3.3.1 Särskilda krav

För att åtaganden ska kunna resultera i ett godkännandebeslut under den fördjupande undersökningsfasen måste kommissionen vara övertygad om att den effektiva konkurrensen inte längre hotas.⁹⁵ Parternas förslag till korrigerande åtgärder kommer alltså att bedömas i ljuset av detta krav. Skulle bedömningen bekräfta att de föreslagna åtagandena avlägsnar konkurrensproblemen kommer kommissionen att utfärda ett godkännandebeslut efter att ha genomfört nödvändiga marknadsundersökningar och diskuterat ärendet med medlemsstaternas myndigheter och eventuellt andra myndigheter i tredje land.⁹⁶ Om kommissionen däremot i sin bedömning kommer fram till slutsatsen att de föreslagna åtagandena inte är tillräckliga för att lösa konkurrensproblemen underrättas parterna om detta. Vill parterna då vid detta skede revidera sina föreslagna åtgärder uppställer kommissionen vissa krav för att kunna beakta dessa modifierade åtaganden. Ändrade åtaganden godtas endast om kommissionen - på grundval av sin bedömning av de uppgifter som redan mottagits under loppet av undersökningen, inklusive resultaten av föregående marknadsundersökningar och utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning - klart kan avgöra att sådana åtaganden, när de väl genomförts, löser konkurrensproblemen och ger tillräcklig med tid för ett grundligt samråd med medlemsstaterna.⁹⁷ Åtaganden som ändras under den andra etappen och som inte lever upp till dessa krav avvisas normalt av kommissionen.⁹⁸

Ett exempel på sådant fall finner vi i kommissionens beslut avseende en anmälan från portugisiska Energias de Portugal (EDP) och italienska ENI SpA om att gemensamt förvärva Gas de Portugal (GDP).⁹⁹ EDPs huvudsakliga verksamhet består av produktion, distribution och leverans av elektricitet i Portugal medan ENI är globalt verksam inom främst prospektering och utvinning av olja och naturgas. GDP, föremålet för deras tilltänkta förvärv, är ett gasföretag som tidigare haft monopolställning i Portugal. Parterna som hade lämnat in ett stort antal åtaganden försökte att under den fördjupande undersökningsfasen lägga fram en rad ändringar. Kommissionen konstaterar att sådana modifikationer kan beaktas endast om de lever upp till kraven i 2001 års tillkännagivande.¹⁰⁰ Eftersom parternas reviderade åtaganden inte uppfyllde de ovanbeskrivna kraven anmärkte

⁹⁵ Se närmare 2007 års tillkännagivande, p.85, samt även art. 8(2) ECMR

⁹⁶ 2001 års tillkännagivande, p.42

⁹⁷ Ibid, p.43

⁹⁸ 2007 års tillkännagivande, p.92

⁹⁹ Ärende nr COMP/M.3440

¹⁰⁰ Ibid, p.858

kommissionen att ”ändringarna som en konsekvens av detta måste avvisas”.¹⁰¹

3.4 ”Pre notification” samtal

Innan en anmälan lämnats in i enlighet med art. 4(1) ECMR har parterna möjlighet att informellt och i strikt förtroende diskutera koncentrationen med kommissionen.¹⁰² I samband med samtalen kan parterna även överlämna förslag till åtaganden.¹⁰³ Tanken är att dessa s.k. pre notification talks bl.a. ska ge parterna möjligheten att informera kommissionen om bakgrunden till koncentrationen och därmed kunna få en fingervisning om kommissionens troliga inställning till transaktionen. Dessutom är sådana informella samtal ofta en nödvändig förutsättning om parterna har som mål att få koncentrationen godkänd redan under första etappen.¹⁰⁴

Kommissionen har i samband med olika ärenden betonat vikten av pre notification samtal. I fallet *Hoechst/Rhone Poulenc* skulle bolagen, som båda var verksamma på områdena för läkemedel och kemikalier, slås samman till en ny enhet Aventis som skulle bli näst störst i världen i fråga om omsättning.¹⁰⁵ För att avlägsna alla konkurrensproblem och få till stånd ett godkännande enligt art. 6(2) ECMR lämnade parterna omfattande och komplexa avyttringsåtaganden. Enligt kommissionen kunde ärendet, trots dessa något komplicerade åtaganden, godkännas redan under första etappen eftersom detaljerade diskussioner hade förts mellan parterna och kommissionen innan transaktionen formellt anmälts.¹⁰⁶ Vidare påpekades att det är av yttersta vikt att parter som misstänker att en transaktion kan leda till konkurrensproblem kontaktar kommissionen i ett så tidigt skede som möjligt före den formella anmälan.¹⁰⁷

Ärendet *Shell/BASF* är ett annat exempel som belyser betydelsen av pre notification diskussioner.¹⁰⁸ Parterna planerade att slå samman alla sina globala polypropylen och polyetylenintressen i ett nytt bolag. Det gemensamma företaget godkändes efter en inledande undersökning under förutsättning att ett stort antal åtaganden fullgjordes. Kommissionen kommenterade att åtagandena i fallet haft en högst komplicerad karaktär men att dessa ändå kunnat godtas i den första etappen pga. att parterna varit samarbetsvilliga och i god anda diskuterat alla problem och potentiella lösningar med kommissionen under de informella samtalen.¹⁰⁹

¹⁰¹ Ibid, p.912-13

¹⁰² Se ingressen till förordning nr 802/2004, p.11

¹⁰³ 2001 års tillkännagivande, p.33

¹⁰⁴ Ersboll, N.C, *Commitments under the Merger Regulation*, s. 359

¹⁰⁵ Se ärende nr COMP/M.1378

¹⁰⁶ XXIX:e rapporten om konkurrenspolitiken 1999, p.182-83

¹⁰⁷ Ibid, p.183

¹⁰⁸ Ärende nr COMP/M.1751

¹⁰⁹ Commission press release, IP/00/313, 30 mars 2000

3.5 Tidsfrister

Inom 25 arbetsdagar efter mottagandet av en fullständig anmälan skall kommissionen fatta beslut om att antingen godkänna koncentrationen eller inleda ett fördjupat granskningsförfarande.¹¹⁰ Som tidigare har nämnts förlängs denna frist automatiskt till 35 arbetsdagar om de berörda företagen erbjuder frivilliga åtaganden, eller om en medlemsstat underrättar kommissionen om att förutsättningarna för hänskjutande till nationell prövning är uppfyllda.¹¹¹ Om den fördjupande undersökningsfasen inleds måste kommissionen inom 90 arbetsdagar fatta beslut om koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Denna frist förlängs automatiskt till 105 arbetsdagar då åtaganden lämnas, dock inte om dessa har erbjudits mindre än 55 arbetsdagar efter det att förfarandet inleddes.¹¹² Det finns också en möjlighet till en frivillig förlängning enligt stop-the-clock provisionen (se avsnitt 2.1.3 ovan). För att kommissionen ska kunna göra en riktig bedömning av de korrigerande åtgärder som föreslagits och för att säkerställa möjligheten till vederbörligt samråd med andra berörda parter, med tredje man samt med medlemsstaternas myndigheter har det föreskrivits vissa tidsfrister för att lämna in åtaganden i förordningen nr 802/2004.¹¹³

Åtaganden som de berörda företagen erbjuder enligt art. 6(2) och 8(2) ECMR skall lämnas in till kommissionen inom 20 respektive 65 arbetsdagar från och med dagen för mottagandet av anmälan.¹¹⁴ När en förlängning begärs enligt stop-the-clock provisionen utökas tidsfristen för att lämna in åtaganden under den andra etappen automatiskt med lika många arbetsdagar.¹¹⁵ I både 2001 och 2007 års tillkännagivanden understryks också vikten av parterna inkommer med sina förslag till korrigerande åtgärder inom de frister som har föreskrivits. Då kommissionen måste arbeta mot snäva och rättsliga bindande tidsgränser kommer den som regel att underkänna föreslagna åtaganden om inte tidsfristerna efterlevs strikt, undantag beviljas bara i mycket särskilda situationer. Beträffande åtaganden som lämnas in för sent under den fördjupande fasen har det föreskrivits att dessa får godtas endast under exceptionella omständigheter.¹¹⁶ Det är parterna som ska visa att sådana omständigheter föreligger, dessutom måste det finnas tillräckligt med tid för att

¹¹⁰ Se art. 10(1) 1st ECMR

¹¹¹ Se art. 10(1) 2st ECMR

¹¹² Se art. 10(3) 1st ECMR

¹¹³ Se p.17 ingressen till förordning nr 802/2004

¹¹⁴ Förordning 802/2004, art. 19(1)-(2)

¹¹⁵ Ibid, art. 19(2) 2st

¹¹⁶ Förordning 802/2004, art. 19(2) 3st

kommissionen ska kunna göra en sedvanlig undersökning av åtagandena.¹¹⁷ Man bör dock observera lokutionen ”får” i art. 19(2) 3st i tillämpningsförfordningen, kommissionen har alltså ingen rättslig skyldighet att beakta åtaganden efter tidsfristens utgång. Detta framgår också uttryckligen i 2007 års tillkännagivande.¹¹⁸ *Telia/Telenor* ärendet används ofta i litteraturen och även av själva kommissionen för att belysa begreppet exceptionella omständigheter.¹¹⁹ Den 28 april 1999 anmälde den svenska och den norska staten att de skulle förvärva gemensam kontroll över det nya holdingbolaget Newco. Transaktionen innebar att Newco förvärvade alla aktier i Telia och Telenor från de båda staterna, i utbyte skulle svenska staten få 60 % och norska staten 40 % av aktiekapitalet i Newco. För att stilla kommissionens farhågor om fusionens förenlighet med den gemensamma marknaden lämnade parterna in förslag till åtaganden den 25 maj och den 17 september 1999. Den 24 september, efter att tidsfristen för att inkomma med åtaganden löpt ut, lades ett antal andra korrigerande åtgärder fram. Kommissionen påpekade i sin bedömning att de senare åtagandena visserligen lämnats in för sent men hänvisade till möjligheten att förlänga fristen i särskilda situationer.¹²⁰ De exceptionella omständigheterna i detta fall som ledde till att kommissionen godtog åtagandena var främst att parterna behövde konsultera både den svenska och den norska riksdagen innan formellt förslag till korrigerande åtgärder kunde läggas fram, vilket gjorde det svårare att hålla den tidsfrist som föreskrivits.¹²¹ Dessutom konstaterades att de sent inkomna åtagandenas *klara karaktär* gjorde att kommissionen ändå hade tillräckligt med tid för att genomföra en fullständig och god utvärdering.¹²²

Volvo/Scania ärendet är ett annat fall med svensk anknytning där åtaganden föreslagits för sent dock med motsatt utgång. Volvo hade anmält sin avsikt att förvärva kontrollen över hela Scania AB. Den föreslagna transaktionen skulle påverka främst marknaderna för bussar och lastbilar. För att säkerställa ett beslut enligt art. 8(2) ECMR gjorde Volvo, på den sista dagen innan fristen löpte ut (21 februari 2000), ett antal åtaganden. Mycket sent i förfarandet, den 7 mars 2000, presenterade Volvo förslag till nya korrigerande åtgärder. Kommissionen fastslår i beslutet att Volvo inte hade lagt fram några skäl som kan anses utgöra exceptionella förhållanden. ”*Det nya förslaget innehöll ingenting som Volvo inte kunde ha inbegripit i ett åtagande som lämnades in inom tidsfristen*”.¹²³ Vidare konstaterar kommissionen att ”*de nya förslagen skulle vara procedurmässigt komplicerade att genomföra [...]. Sådana komplicerade förfaranden innebär till sin natur att svårigheterna att göra en bedömning av förslagets potentiella effekter i sak ökar. Detta gäller i synnerhet om det lämnas in i*

¹¹⁷ 2001 års tillkännagivande, p.39

¹¹⁸ 2007 års tillkännagivande, p.92

¹¹⁹ Kommissionen nämner ärendet i XXIX:e rapporten om konkurrenspolitiken 1999, s.58. Se även bl.a. Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s.501, och Ersboll, N.C, *Commitments under the Merger Regulation*, s. 360

¹²⁰ Ärende nr COMP/M.1439, p.378

¹²¹ Ibid, p.379

¹²² Ibid, p.380

¹²³ Ärende nr COMP/M.1672, p.359

ett sent skede av förfarandet. Det nya förslagets komplexitet skulle ha gjort det omöjligt för kommissionen att bedöma dem effektivt inom den korta tid som återstod [...].¹²⁴ Parter i koncentrationsärenden bör därmed planera sin tid för att kunna lägga fram sina förslag till åtaganden inom föreskrivna tidsramar och om de ändå pga. yttre omständigheter inte klarar att möta dessa tidsfrister bör de åtminstone se till att de nya förslagen har en så pass klar karaktär att inga ingående undersökningar av dessa kommer att vara nödvändiga.

3.6 Formkrav och förfarande

Förslag till korrigerande åtgärder som inlämnas till kommissionen måste uppfylla vissa formkrav för att kunna ligga till grund för ett beslut. I 2007 års tillkännagivande har det som bekant införts ett krav att parterna bifogar ett s.k. RM formulär där de detaljerat beskriver åtagandena.¹²⁵ Vad som exakt behöver framgå av detta formulär förklaras i utkastet till en ny bilaga IV till förordningen nr 802/2004.¹²⁶ De berörda företagen måste bl.a. noggrant beskriva syftet med åtagandena, hur dessa ska genomföras och på vilket sätt förslagen kommer att vara verkningfulla. Vidare ska parterna uttryckligen ange om de har avvikit från kommissionens mallar och Best Practice Guidelines när de utformat sina förslag och i så fall uppge skälen för detta.¹²⁷ Om företagen anser att vissa uppgifter som efterfrågas i den nya bilagan inte är nödvändiga för prövningen av deras förslag måste de först ansöka om dispens hos kommissionen innan sådan information kan utelämnas.¹²⁸

Åtaganden som de berörda företagen erbjuder enligt artiklarna 6(2) och 8(2) ECMR skall lämnas in i ett original och tio kopior till kommissionens generaldirektorat för konkurrens. En elektronisk kopia skall också lämnas in till samma adress.¹²⁹ Parterna skall tydligt ange varje uppgift i åtagandena som de anser vara konfidentiell och skälen för detta samt tillhandahålla en separat ickekonfidentiell version, med tanke på marknadsundersökningar som kan genomföras. Den ickekonfidentiella versionen måste dock vara tillräckligt detaljerad så att tredje parter fullständigt kan utvärdera förslagen.¹³⁰

¹²⁴ Ibid, p.360-61

¹²⁵ 2007 års tillkännagivande, p.7

¹²⁶ Bilagan och övriga ändringar av förordningen 802/2004 finns tillgängliga på:
http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/merger_remedies.html

¹²⁷ Avsnitt 3(3) i den föreslagna bilagan. Jmf även med vad som nämnts ovan angående mallarnas verkan som soft law

¹²⁸ Se ingressen till den nya bilagan

¹²⁹ Förordningen 802/2004, art. 20(1)

¹³⁰ Ibid art. 20(2). Se även 2007 års tillkännagivande, p.78 och 89

3.7 Åtaganden som svårligen kan godtas

Det finns inga omöjliga koncentrationer, det finns bara bristfälliga åtaganden. Denna slutsats kan man dra om man jämför kommissionens uttalanden i 2007 års tillkännagivande med motsvarande avsnitt i tillkännagivandet från 2001. Det stadgas i 2001 års tillkännagivande att ”kommissionen är beredd att utforska olika lösningar på de konkurrensproblem som en koncentration skapar [...]. Det finns dock koncentrationer där det inte går att hitta några korrigerande åtgärder som är lämpliga för att avlägsna konkurrensproblemen på den gemensamma marknaden. Under sådana förhållanden är ett förbud mot koncentrationen den enda möjligheten”.¹³¹ Denna pessimistiska formulering har utelämnats i 2007 års tillkännagivande, istället nämns det att om parterna inte lägger fram tillfredsställande åtaganden som löser konkurrensproblemen har kommissionen inget annat val än att förbjuda koncentrationen.¹³² Ändringen i synsättet är säkerligen resultatet av det arbete som pågått under åren inom kommissionen för att förbättra och effektivisera korrigerande åtgärder som ett instrument i koncentrationsärenden.

Vilka typer av åtaganden är det då som regelmässigt leder till ett underkännande av koncentrationen? När parterna lämnar in förslag till lösningar som är så *omfattande och komplicerade* att det vid tiden då beslutet ska fattas är omöjligt för kommissionen att med tillräcklig säkerhet avgöra om åtagandena kan vara fullt genomförbara eller om effektiv konkurrens kommer att återställas, kan ett beslut om godkännande inte fattas.¹³³ Exempel på sådana åtaganden som omöjliggör en bedömning finner vi i det tidigare nämnda ärendet om förvärvet av Gas de Portugal. Kommissionens beslut i ärendet överklagades av Energias de Portugal till förstainstansrätten. Domstolen som ogillade talan pekade på bl.a. vissa föreslagna åtgärder avseende produktionskapaciteten och konstaterade att åtagandena var osäkra och svåra att kontrollera pga. deras komplexa karaktär.¹³⁴ Även i *Volvo/Scania* fallet ansågs åtagandenas komplexitet göra det omöjligt för kommissionen att vid tiden för beslutet kunna genomföra en tillräckligt säker bedömning.¹³⁵ Före detta konkurrenskommissionären Mario Monti summerade problematiken med svårbedömda åtaganden i ett tal där han konstaterade att **lösningarna aldrig får vara mer komplicerade än de problem som ska åtgärdas.**¹³⁶

¹³¹ 2001 års tillkännagivande, p.31

¹³² 2007 års tillkännagivande, p.6

¹³³ Ibid, p.14

¹³⁴ Mål T-87/05, p.102

¹³⁵ Ärende nr COMP/M.1672, p.361

¹³⁶ Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s. 506

3.8 Villkor och ålägganden

Koncentrationsförordningen nämner att kommissionen bör förfoga över lämpliga instrument för att säkerställa att åtagandena genomförs och för att hantera situationer där de inte genomförs.¹³⁷ Kommissionen har därför enligt art. 6(2) och 8(2) ECMR möjligheten att förena sitt godkännandebeslut med villkor och ålägganden. Distinktionen mellan villkor och ålägganden är viktig och motiverar därför ytterligare förtydligande. Kravet på att genomföra åtgärder som ger upphov till den strukturella förändringen av marknaden är ett villkor, t.ex. att en verksamhet ska avyttras. De steg i genomförandet som krävs för att detta resultat ska kunna uppnås, t.ex. utseende av förvaltare, utgör däremot skyldigheter för parterna som kan garanteras genom ålägganden. Om ett villkor som godkännandet är förenat med inte uppfylls innebär detta att kommissionens beslut automatiskt blir ogiltigt och transaktionen kommer därmed att kräva en ny anmälan.¹³⁸ Underlåtenhet att uppfylla ett åläggande leder däremot inte till en automatisk ogiltighet, utan kommissionen måste fatta ett formellt beslut att återkalla godkännandet.¹³⁹ Det kan här lämpligen också nämnas att i Sverige har KKV inte gjort någon motsvarande distinktion mellan villkor och ålägganden i sin praxis.¹⁴⁰

Då parterna agerar i strid med kommissionens beslut kan en rad sanktioner följa. Dessa varierar något beroende på om godkännandebeslutet fattats med stöd av art. 6(2) eller 8(2) ECMR och om det är ett villkor eller ett åläggande i beslutet som åsidosatts. Nedan följer en översiktlig genomgång av samtliga sanktioner.

Art 6(2) beslut, åsidosättande av villkor:

- kommissionen får vidta lämpliga intermistiska åtgärder för att återupprätta eller återupprätthålla förutsättningar för en effektiv konkurrens,¹⁴¹ och/eller
- inleda fas II förfarande och fatta beslut enligt art. 8(1)-(3) ECMR utan att vara bunden av de tidsfrister som anges i art. 10(3) ECMR,¹⁴² och/eller
- ålägga böter om högst 10 % av det berörda företags sammanlagda omsättning.¹⁴³

¹³⁷ Se p.31 ingressen till ECMR

¹³⁸ 2007 års tillkännagivande, p.19-20. Se även p.31 ingressen till ECMR

¹³⁹ Se art. 6(3) och 8(6) ECMR

¹⁴⁰ Wetter, C, mfl, *Konkurrensrätt- en handbok*, s. 738

¹⁴¹ Art. 8(5)(b) ECMR

¹⁴² Art. 8(7)(a)(i) ECMR

¹⁴³ Art. 14(2)(d) ECMR

Art 6(2) beslut, åsidosättande av åläggande:

- kommissionen får återkalla godkännandebeslutet,¹⁴⁴ och
- om återkallelse sker får den fatta ett nytt beslut under första etappen utan att vara bunden av de tidsfrister som anges i art. 10(1) ECMR,¹⁴⁵ och/eller
- föreskriva böter samt förelägga vite om högst 5 % av det berörda företagets genomsnittliga sammanlagda dagsomsättning.¹⁴⁶

Art 8(2) beslut, åsidosättande av villkor:

- kommissionen kan kräva att de berörda företagen upplöser koncentrationen för att återställa den situation som rådde innan transaktionen genomfördes, är en sådan upplösning inte möjlig får kommissionen tillgripa andra medel eller i övrigt vidta nödvändiga intermistiska åtgärder,¹⁴⁷ och/eller
- fatta ett nytt beslut med stöd av art. 8(1)-(3) ECMR utan att vara bunden av tidsfristerna i art. 10(3),¹⁴⁸ och/eller
- tilldöma böter enligt art. 14(2)(d) ECMR.

Art 8(2) beslut, åsidosättande av åläggande:

- kommissionen får återkalla beslutet,¹⁴⁹ och
- om återkallelse sker anta ett nytt beslut enligt art. 8(1)-(3) ECMR utan att vara bunden av fristerna i art. 10(3) ECMR,¹⁵⁰ och/eller
- ålägga böter enligt art. 14(2)(d) samt vite enligt art. 15(1)(c) ECMR.

3.9 Distinktionen strukturell/beteendeariktad

Korrigerande åtgärder betecknas traditionellt som strukturella eller beteendeariktade till sin karaktär. Ett åtagande kan anses vara strukturellt när det direkt reglerar ett strukturellt problem, exempelvis inträdet på marknaden. Det handlar oftast om åtgärder av engångskaraktär, t.ex. avyttring av ett företag.¹⁵¹ Beteendeariktade åtaganden, som namnet antyder, omfattar däremot åtgärder avseende de berörda företagens framtida beteende på marknaden. Exempel på dylika åtgärder kan vara utfästelser att inte diskriminera konkurrerande företag, att inte höja priserna eller reducera

¹⁴⁴ Art 6(3)(b) ECMR

¹⁴⁵ Art. 6(4) ECMR

¹⁴⁶ Art. 14(2)(d) och 15(1)(c) ECMR

¹⁴⁷ Art. 8(4)(b) och 8(5)(b) ECMR

¹⁴⁸ Art. 8(7)(a)(ii) ECMR

¹⁴⁹ Art. 8(6)(b) ECMR

¹⁵⁰ Art. 8(7)(b) ECMR

¹⁵¹ Wetter, C, mfl, *Konkurrensrätt- en handbok*, s. 739

utbudet av produkter.¹⁵² Beteckningarna strukturell och beteendeoriktrad förekommer ofta i kommissionens beslut och domstolarnas domskäl, trots detta finns det ändå ingen officiellt gällande definition av dessa termer vare sig i koncentrationsförordningen eller i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder.¹⁵³ Kommissionen föredrar strukturella åtaganden då åtgärder av sådan karaktär kan effektivt lösa konkurrensproblemen och dessutom inte kräver någon övervakning på medellång eller lång sikt.¹⁵⁴ Beteendeoriktade åtaganden anses generellt inte vara tillräckliga för att lösa konkurrensproblem som är resultatet av horisontella överlappningar, dessutom är det oftast svårt om inte omöjligt för kommissionen att kontinuerligt övervaka efterlevnaden av sådana åtaganden. Kommissionen kan inte heller förlita sig på att andra marknadsaktörer, såsom konkurrenter, sköter övervakningen då dessa inte alltid har tillräckligt med information för att kunna bedöma huruvida parterna brustit i sina skyldigheter, eller i många fall rent av saknar incitament för att ens anmäla eventuella överträdelser.¹⁵⁵ På grund av allt detta har kommissionen en väldigt restriktiv inställning till beteendeoriktade åtaganden och korrigerande åtgärder av sådan karaktär godtas endast undantagsvis i särskilda situationer och bedömningen sker alltid från fall till fall.¹⁵⁶ Huruvida denna restriktiva inställning är helt förenlig med domstolarnas praxis, i synnerhet de åsikter som kommer till uttryck i *Gencor* och *Tetra Laval* målen som behandlas strax nedan, är en öppen fråga som kommer att diskuteras i kapitel 6.

3.9.1 Målet Gencor

Gencor Ltd, ett sydafrikanskt bolag aktiv inom mineral- och metallmarknaderna, och det engelska Lonrho PLC anmälde den 17 november 1995 att de hade ingått avtal om att sammanföra sina respektive verksamheter inom platinametallsektorn. Kommissionen bedömde att koncentrationen gav upphov till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och inledde en fördjupad undersökning. Det befarades att koncentrationen skulle begränsa produktionen, vilket skulle kunna få priserna att stiga. Parterna lämnade ett antal åtaganden bl.a. att upprätthålla befintliga produktionsnivåer och främja skapandet av en ny leverantör på marknaden. Kommissionen kritiserade de föreslagna åtagandena och framhävde särskilt de svårigheter som kontrollen av dessa korrigerande åtgärder skulle ge upphov till samt problemen som kunde uppstå om transaktionen ogiltigförklarades till följd av att åtagandena åsidosattes. I samband med kritiken påpekades det också att beteendeoriktade åtaganden vanligtvis inte godtas av gemenskapsmyndigheten. Koncentrationen förklarades den 24 april 1996 oförenlig med den gemensamma marknaden, eftersom resultatet skulle bli

¹⁵² 2007 års tillkännagivande, p.17

¹⁵³ Viss vägledning kan dock sökas i p.9 2001 års tillkännagivande eller p.15, 17 och 69 i 2007 års tillkännagivande.

¹⁵⁴ 2007 års tillkännagivande, p.15

¹⁵⁵ 2007 års tillkännagivande, p.17 och 69

¹⁵⁶ Ibid, p.16, 17 och 69

att en dominerande duopolställning skapades som väsentligen hämmade den effektiva konkurrensen för platina och rodium.¹⁵⁷

Gencor sökte en ogiltigförklaring av beslutet baserad på att antal grunder, bl.a. att det skett en överträdelse av art. 8(2) ECMR.¹⁵⁸ Sökande menade att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den vägrade att godta åtaganden som ansågs vara beteendeinriktade. Kommissionen vidhöll sin uppfattning att beteendeinriktade åtaganden inte kan godtas. Den argumenterade att vid tillämpningen av koncentrationsförordningen måste lösningen till konkurrensproblemen pga. en koncentration vara av strukturell karaktär.¹⁵⁹ Eftersom ”syftet med förordningen är att förhindra att det uppstår situationer med konkurrensbegränsande beteenden i annan form än samarbete, kan endast åtaganden som bidrar till att förhindra missbruk beaktas”.¹⁶⁰

Domstolen undersökte noggrant om kommissionens uppfattning att beteendeinriktade åtaganden inte kan godtas var riktig. ”Eftersom syftet med förordningen är att förhindra att marknadsstrukturer skapas eller förstärks som påtagligt kan hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden, kan sådana situationer inte godtas under den förevändningen att de berörda företagen åtar sig att inte missbruka sin dominerande ställning [...]. Följaktligen har kommissionen endast befogenhet enligt förordning nr 4064/89 att godta åtaganden som kan medföra att den anmälda transaktionen blir förenlig med den gemensamma marknaden [...]. **Det saknar därför betydelse om det föreslagna åtagandet kan betecknas som ett beteendeinriktat eller strukturellt åtagande** [markering tillagd]. Det är riktigt att strukturella åtaganden [...] i princip är att föredra med hänsyn till förordningens syfte [...]. Emellertid kan det inte på förhand uteslutas att åtaganden som vid första anblicken förefaller vara beteendeinriktade [...] också de hindrar att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Det skall därför göras en enskild prövning av vart och ett av de åtaganden som de berörda företagen har föreslagit”.¹⁶¹

Sökandens talan kunde dock inte vinna bifall bl.a. eftersom åtagandena i sin helhet inte ansågs undanröja det hinder för en effektiv konkurrens som koncentrationen skulle ge upphov till.

3.9.2 Målet Tetra Laval

Tetra Laval SA är ett holdingbolag som tillhör koncernen Tetra Laval BV (Tetra), vilken även omfattar bolaget Tetra Pak. Sistnämnda bolag är världsledande inom sektorn för kartongförpackningar och anses inneha en dominerande ställning på denna marknad med avseende på aseptiska

¹⁵⁷ Se ärende nr COMP/M.619

¹⁵⁸ Mål T-102/96, p.47

¹⁵⁹ Ibid, p.311

¹⁶⁰ Ibid

¹⁶¹ Ibid, p.317-20

förpackningar. Den 18 maj 2001 anmälde Tetra Laval SA sin avsikt att förvärva samtliga aktier i Sidel SA, ett franskt företag. Sidel är ledande tillverkaren av sträckformblåsningsmaskiner (SBM) som används för att forma PET-plastflaskor. Efter att ha granskat anmälan konstaterade kommissionen att transaktionen gav upphov till allvarliga tvivel och inledde den fördjupande undersökningsfasen. För att bemöta kommissionens invändningar erbjöd Tetra ett antal åtaganden som kan betecknas som beteendeinriktade. Bland annat att bibehålla Tetra Pak och Sidel åtskilda under tio år, att inte lämna anbud som avser både kartongprodukter och SBM-maskiner som tillverkats av Sidel och att iaktta de skyldigheter som åligger koncernen enligt ett tidigare beslut.¹⁶² Kommissionen anmärkte dock att de föreslagna åtagandena ”berör bara den sammanslagna enhetens uppträdande. De är inte lämpliga för att återställa villkoren för en varaktig effektiv konkurrens eftersom de inte påverkar den permanenta förändring av marknadsstrukturen som den anmälda transaktionen åstadkommer”.¹⁶³ Vidare menade kommissionen att åtagandena är ”rena löften att inte agera på ett visst sätt [...]. Sådana löften går stick i stäv med kommissionens uttalade politik när det gäller korrigerande åtgärder och med själva koncentrationsförordningens syfte [...]”.¹⁶⁴ Den 30 oktober 2001 förklarades koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen ansåg att koncentrationen skulle ge Tetra incitament till att, genom att utnyttja en hävstångseffekt, använda sin dominerande ställning på marknaden för utrustning och förbrukningsmaterial för kartonger i syfte att övertala sina kunder på denna marknad att välja SBM-maskiner från Sidel. Därmed skulle Sidels ledande ställning på marknaden för sådana maskiner förvandlas till en dominerande ställning. Vidare skulle koncentrationen stärka koncernens ställning på marknaden för kartongförpackningar.

Tetra väckte talan om ogiltigförklaring av beslutet. I sin dom fastslog förstainstansrätten att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning och förklarade därför beslutet ogiltig. Enligt domstolen borde bl.a. den omständigheten att Tetra föreslagit åtaganden avseende sitt framtida beteende ha beaktats i syfte att bedöma om det var sannolikt att koncernen skulle utnyttja sig av den befarade hävstångseffekten.¹⁶⁵

Kommissionen överklagade denna dom till EG-domstolen. Den baserade sin talan delvis på att förstainstansrätten åsidosatt artiklarna 2 och 8 i koncentrationsförordningen då den fastslog att kommissionen var skyldig att pröva Tetras beteendeinriktade åtaganden.¹⁶⁶ Som stöd för detta åberopade kommissionen fallet *Gencor* och argumenterade att förstainstansrätten i det målet fastslagit att beteendeinriktade åtaganden inte skulle beaktas, när en koncentration kan skapa eller förstärka en dominerande ställning.

¹⁶² Se ärende nr COMP/31.043-Tetra Pak II. I detta beslut från 1991 konstaterade kommissionen att Tetra Pak missbrukat sin dominerande ställning på marknaderna för aseptiska maskiner och förpackningar. Tetra Pak ålades böter och anmodades att upphöra med överträdelserna. Beslutet upprätthölls av förstainstansrätten, se Mål T-83/91

¹⁶³ Se ärende nr COMP/M.2416, p.429

¹⁶⁴ Ibid, p.430

¹⁶⁵ Se mål T-05/02, p.161

¹⁶⁶ Mål C-12/03, p.52

Vidare menade kommissionen att den i vilket fall som helst beaktat åtagandena men inte funnit dem vara tillfredsställande.¹⁶⁷

EG-domstolen bekräftade i sina domskäl den korrekta tolkningen av *Gencor* målet. ”Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande framgår det inte av denna dom att förstainstansrätten har fastslagit att beteendeinriktade åtaganden inte skall beaktas. Tvärtom fastslog förstainstansrätten [...] att det saknar betydelse om det föreslagna åtagandet kan betecknas som beteendeinriktat eller strukturellt åtagande [...]”.¹⁶⁸ Domstolen konstaterade därefter att kommissionen, i motsats till vad den påstått, inte gjort en konkret bedömning av åtagandena utan endast framfört principiella invändningar mot att godta beteendeinriktade åtaganden.¹⁶⁹ Förstainstansrätten har därmed med ”rätta fastslagit att kommissionen skulle ha beaktat åtagandena avseende enhetens framtida beteende”¹⁷⁰

¹⁶⁷ Ibid, p.62-63

¹⁶⁸ Ibid, p.86

¹⁶⁹ Ibid, p.88

¹⁷⁰ Ibid, p.89

4 Avyttringsåtgången

4.1 Översikt

Kommissionen har inte gjort en hemlighet av det faktum att den föredrar avyttringsåtgången och den har som nämnts lagt ner mycket arbete på att utforma mallar som parterna förväntas följa då de föreslår åtgången om avyttring. I tillkännagivandet om korrigerande åtgård föreskrivs också uttryckligen att om en koncentration hotar att hämma den effektiva konkurrensen är det effektivaste sättet att lösa problemet, bortsett från att förbjuda koncentrationen, att genom avyttring skapa förutsättningar för att en ny konkurrenskraftig enhet skall uppstå eller för att befintliga tredje parter skall bli starkare konkurrenter.¹⁷¹ Avyttringsåtgången betraktas som bästa sättet för att lösa konkurrensproblem som uppstår pga. horisontella överlappningar och sådana åtgård anses dessutom ofta också mest lämpade för att motverka problem som är resultatet av vertikala eller konglomeratkoncentrationer.¹⁷²

I det tidigare refererade *GE* målet fastställer domstolen vissa särskilda riktlinjer för strukturella åtgången och då främst avseende avyttringar. ”*Strukturella åtgången som parterna har föreslagit uppfyller detta kriterium [att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden, mitt tillägg] endast i den mån kommissionen med säkerhet kan dra slutsatsen att det kommer att vara möjligt att verkställa dem och att de nya kommersiella strukturer som blir resultatet av dem kommer att vara tillräckligt livskraftiga och varaktiga för att säkerställa att [...] den effektiva konkurrensen inte kan komma att hämmas [...]*”.¹⁷³ Frågan om kommissionen med tillräcklig grad av säkerhet kan dra den slutsatsen och därmed betrakta avyttringsåtgången som godtagbara påverkas av osäkerhetsfaktorer och risker som hänger samman med avyttringen. Dessa kan vara bl.a. risker relaterade till själva överföringen av äganderätten, till tredje parts rättigheter eller till den värdeminskning som kan ske innan en fullständig överföring av tillgångarna genomförts. Parterna måste vara medvetna om dessa faktorer och strukturera sina förslag om avyttringar på ett sådant sätt som avlägsnar alla osäkerhetsfaktorer.¹⁷⁴

4.2 Avyttring av en verksamhet

Överlåtelse av ett helt företag antingen via aktie- eller inkråmsavyttring är det mest frekvent förekommande åtgången,¹⁷⁵ och kommer därför att

¹⁷¹ 2007 års tillkännagivande, p.22

¹⁷² Ibid, p.17

¹⁷³ Mål T-210/01, p.555

¹⁷⁴ 2007 års tillkännagivande, p.11

¹⁷⁵ Lindsay, A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, s. 456

behandlas ingående. Man bör dock vara medveten om att mycket av det som nämns här även är tillämplig på de mer ovanliga fallen då avyttringen endast omfattar enstaka tillgångar (se avsnitt 4.3). Det är mycket viktigt att parterna detaljerat beskriver verksamheten som ska avyttras. Denna kan ha formen av ett befintligt företag, en befintlig företagskoncern eller en affärsverksamhet som tidigare inte utgjorde ett eget företag. När de berörda företagen utformar sina förslag måste de ge en exakt och uttömmande definition av vad avyttringen skall omfatta. Beskrivningen måste inkludera alla delar av verksamheten som är nödvändiga för att denna skall kunna fungera som en livskraftig konkurrent på marknaden: materiella tillgångar och immateriella tillgångar, personal, leverans- och försäljningsavtal, kundregister, serviceavtal med tredje part, tekniskt understöd osv.¹⁷⁶ Dessutom måste beskrivningen omfatta samtliga anställda som kommer att överföras och en särskild lista skall upprättas för personal med nyckelfunktioner i verksamheten.¹⁷⁷ För att undvika missförstånd i fråga om den verksamhet som skall avyttras, måste tillgångar och personal som utgör en del av verksamheten, men som enligt parterna inte bör överföras, anges separat. Sådana undantag godtas av kommissionen endast om parterna kan visa att verksamhetens möjligheter att kunna verka som en livskraftig konkurrent inte kommer att påverkas.¹⁷⁸

I ärendet *Metso/Svedala* hade det finska Metso anmält sin avsikt att förvärva kontrollen över Svedala Industri AB, ett företag verksam inom anläggnings- och mineralbearbetningsbranschen. Parterna hade erbjudit att avyttra tre dotterbolag till Svedala, åtagandena utelämnade dock vissa tillgångar (en produktionsanläggning i Brasilien). Undantaget godtogs eftersom parterna visat att det vore möjligt att flytta tillverkningen till de produktionsanläggningar i Sverige som ingick i avyttringspaketet.¹⁷⁹ Kommissionen konstaterade att, det trots utelämnandet av särskilda anläggningar, verkar som om avyttringen omfattar tillräckligt mycket tillgångar, personal och rättigheter för att köparna av de avyttrade verksamheterna skall kunna verka som livskraftiga konkurrerande aktörer.¹⁸⁰

Parterna bör ha i åtanke att det är den verksamhet som lämpar sig bäst för överlåtelse som skall avyttras. Vid fientliga bud är det oftast mer lämpligt att avyttra en verksamhet inom det förvärvande företaget, eftersom denna anmälande part kan ha ringa kunskaper om den verksamhet som skall förvärfvas. Ett åtagande om att avyttra verksamheter inom målbolaget skulle därför kunna öka risken för att åtgärden inte kommer att skapa en livskraftig konkurrent.¹⁸¹ När parterna avgör vad som skall avyttras bör de också beakta att det ibland kan vara nödvändigt att i avyttringspaketet inkludera

¹⁷⁶ 2001 års tillkännagivande, p.46. Se även p.4 i mallen ”*model texts for divestiture commitments*”

¹⁷⁷ 2007 års tillkännagivande, p.27

¹⁷⁸ Ibid, p.29

¹⁷⁹ Ärende nr COMP/M.2033, p.232

¹⁸⁰ Ibid, p.235

¹⁸¹ 2001 års tillkännagivande, p.16

verksamheter som har samband med marknader där kommissionen **inte** hade några misstankar om konkurrensproblem, då detta kan vara det enda möjliga sättet att skapa en effektiv konkurrent på de berörda marknaderna.¹⁸² Kommissionens beslut i ärendet *Sanitec/Sphinx* kan användas för att förtydliga detta. Sanitec, ett finskt företag som utformar, tillverkar och marknadsför badrumsinredningar anmälde till kommissionen avsikten att genom offentligt anbud förvärva kontrollen över det nederländska företaget Sphinx Gustavsberg (också verksam inom badrumsinredningar). Kommissionen ansåg att koncentrationen skulle kunna resultera i konkurrensproblem på marknaderna för sanitetsgods i porslin (bl.a. WC-stolar och WC-cisterner) samt marknaderna för badkar och duschväggar. Parterna åtog sig dock att i avyttringspaketet inkludera en verksamhet (Gustavsberg Vårgårda) aktiv inom tillverkningen av kranar och blandare, trots att transaktionen inte skulle ge upphov till några konkurrensproblem på dessa marknader.¹⁸³ Kommissionen hade nämligen i sina marknadsundersökningar funnit att om de avyttrade verksamheterna även inkluderade bolaget Gustavsberg Vårgårda skulle detta väsentligen öka lönsamheten för den nya ägaren (och därmed förbättra möjligheterna att agera som en livskraftig konkurrent) eftersom denna i så fall kunde erbjuda hela produktserier av badrumsinredningar. Ett annat exempel som kan nämnas är det tidigare behandlade ärendet *Unilever/Bestfoods*. De avyttringar som Unilever åtog sig omfattade alla livsmedelsprodukter under respektive varumärke och alltså inte bara de produktkategorier där konkurrensproblem identifierats. Enligt kommissionen var detta nödvändigt för att köparna skulle kunna realisera varumärkenas fulla värde och få tillgång till deras kundbas.¹⁸⁴

Berörda företag bör vara medvetna om att kommissionen är mycket restriktiv med att godta s.k. ”mix and match” åtaganden, dvs. förslag där avyttringen utgör en kombination av tillgångar från både köparen och målföretaget. Sådana kombinationer ger upphov till ytterligare risker i fråga om den nya verksamhetens livskraft och effektivitet och godtas endast om parterna kan avlägsna osäkerheterna.¹⁸⁵ I ärendet *Masterfoods/Royal Canin* hade Masterfoods Holding, ett franskt dotterbolag till amerikanska Mars Inc anmält sina planer på att förvärva det franska djurfoderföretaget Royal Canin. Avyttringspaketet som parterna föreslog i detta ärende, och som kommissionen senare accepterade, omfattade en blandning av varumärken och produktionsanläggningar tillhörande både Mars och Royal Canin.¹⁸⁶ Kommissionen godtog förslaget eftersom parterna åtog sig att inte genomföra koncentrationen innan avtal slutits med en s.k. upfront buyer (se nedan) som hade vissa särskilda egenskaper. Köparen skulle bl.a. ha viss erfarenhet inom marknaderna för djurfoder och tillräckliga resurser för att kunna bedriva forskning och utveckling. Kommissionens farhågor angående ”mix and match” åtagandena var därmed stillade, eftersom en

¹⁸² 2001 års tillkännagivande, p.17

¹⁸³ Ärende nr IV/M.1578, p.252 ii

¹⁸⁴ Commission press release, IP/00/1076, 29 september 2000

¹⁸⁵ 2007 års tillkännagivande, p.37

¹⁸⁶ Ärende nr COMP/M.2544, p.86-89

sådan köpare kunde effektivt omvandla de olika tillgångarna till en sammanhängande och livskraftig enhet.¹⁸⁷

4.2.1 Livskraftig verksamhet

Kommissionen kräver att de avyttrade verksamheterna utgör en **livskraftig** verksamhet som på ett varaktigt och effektivt sätt kan konkurrera med den sammanslagna enheten.¹⁸⁸ Normalt är en livskraftig verksamhet ett företag som, bortsett från en övergångsperiod, kan drivas **fristående**, dvs. oberoende av koncentrationsparterna med avseende på tillgången till insatsvaror eller andra former av samarbete.¹⁸⁹ Kommissionen föredrar att befintliga enheter som redan är fristående avyttras, det behöver däremot inte bara vara existerande bolag eller företagsgrupper utan kan även vara t.ex. en division inom en koncern som är helt fristående men ändå saknat status som juridisk person.¹⁹⁰ En verksamhet anses ofta inte vara livskraftig om säljarparterna efter försäljningen har möjligheten att genom illojala metoder, som ändå faller inom lagens ramar, skada köparens utsikter att kunna konkurrera effektivt. Ett exempel skulle kunna vara då säljaren kan använda sig av viss information relaterat till forskning och utveckling inom den avyttrade enheten, i sin egen produktion och därmed reducera den framtida lönsamheten för köparen.¹⁹¹

I sin praxis har kommissionen anfört olika **skäl** till varför en avyttring inte kan anses resultera i en fristående livskraftig enhet. Ärendet *Exxon/Mobil* behandlar anmälan om en föreslagen koncentration genom vilken de amerikanska bensinbolagen Exxon Corporation och Mobil Corporation slår samman sina verksamheter. För att avhjälpa de konkurrensproblem som identifierats föreslog parterna ett antal åtaganden, däribland att avyttra Mobils världsomspännande verksamhet på området för flygsmörjmedel som levereras till kommersiella flygbolag. Detta åtagande godtogs dock inte eftersom enheten var **alltför integrerad** i Mobil-koncernen.¹⁹² När parterna underättades om kommissionens invändningar mot åtagandet erbjöd de sig att istället avstå från Exxons motsvarande verksamhet. Vid bedömningen av det senare åtagandet konstaterades att ”*Till skillnad från Mobils verksamhet på området för flygsmörjmedel, är Exxons motsvarande verksamhet inte tätt sammanflätad med andra Exxon-verksamheter (råvaruleveranserna kommer i stor utsträckning från tredje parter, blandningsanläggningen är separat)*”.¹⁹³ I ett annat ärende förs vissa liknande resonemang. Den 11 januari 2000 mottog kommissionen anmälan om en tilltänkt koncentration genom vilken MCI WorldCom Inc skulle gå samman med Sprint Corporation. Både MCI och Sprint är globala kommunikationsföretag. För

¹⁸⁷ Ibid, p.102

¹⁸⁸ 2001 års tillkännagivande, p.14

¹⁸⁹ 2007 års tillkännagivande, p.32

¹⁹⁰ Ibid, p.33

¹⁹¹ Lindsay, A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, s. 460

¹⁹² Ärende nr IV/M.1383, p.860

¹⁹³ Ibid

att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden åtog sig parterna bl.a. att avyttra en del av sprints Internetverksamhet. Kommissionen började sin prövning av åtagandet genom att först konstatera att ”*Med tanke på Internets kraftiga tillväxt och den vikt kunderna fäster vid tjänsternas kvalitet, måste varje verksamhet som föreslås för avyttring kunna konkurrera fullständigt och effektivt från dagen för överlåtelsen*”.¹⁹⁴ Efter att fastställt detta genomförde den en ingående analys av förslaget för att se om en livskraftig konkurrent kunde uppstå. Det ansågs dock att den avyttrade verksamheten kommer att **förbli beroende** av MCI WorldCom/Sprint och att **varje försök att vinna oberoende kommer att bli dyrt och tidsödande**.¹⁹⁵ Att den **avyttrade verksamheten inte är omfattande nog** för att kunna utgöra en varaktig och effektiv konkurrent är ett annat skäl som kommissionen framhåvt i sin praxis.¹⁹⁶ SCA, ett helägt dotterbolag till Svenska Cellulosa AB, hade för avsikt att förvärva kontroll över Metsä Tissue Corporation. Det finska företaget Metsä är verksamt inom tillverkning av tissueprodukter. Under den fördjupande etappen åtog sig parterna att avyttra tillverkningsenheter med en sammanlagd kapacitet uppgående till ca 100 000 ton. Kommissionen ansåg dock att den avyttrade produktionskapaciteten inte skulle vara tillräckligt stor för att köparen skulle kunna konkurrera effektivt med den fusionerade enheten.¹⁹⁷

4.2.2 Lämplig köpare

En viktig förutsättning för att kommissionen ska kunna godta parternas åtaganden är att avyttring sker till lämplig köpare. Potentialen för en viss verksamhet att locka till sig lämpliga köpare är därför en viktig faktor vid kommissionens bedömning av föreslagna korrigerande åtgärder.¹⁹⁸ Kommissionen har uppställt ett antal standardvillkor som potentiella köpare måste leva upp till, de berörda företagen förväntas att i sina förslag till korrigerande åtgärder inkludera dessa villkor.¹⁹⁹ Villkoren eller *köparkriterierna* som de också kallas är följande:²⁰⁰

- köparen måste vara oberoende av och sakna anknytning till parterna,
- köparen skall dessutom vara en livskraftig befintlig eller potentiell konkurrent som förfogar över tillräckliga finansiella resurser, dokumenterad sakkunskap och som har incitament att behålla och utveckla den avyttrade verksamheten som en aktiv konkurrent i konkurrens med parterna, och
- det får inte heller vara troligt att en viss föreslagen köpares förvärv av verksamheten skapar nya konkurrensproblem eller försenar genomförandet av åtagandet, därför krävs det att en föreslagen

¹⁹⁴ Ärende nr COMP/M.1741, p.339

¹⁹⁵ Ibid, p.370-401

¹⁹⁶ Se ärende nr COMP/M.2097

¹⁹⁷ Ibid, p.251

¹⁹⁸ 2001 års tillkännagivande, p.19

¹⁹⁹ 2007 års tillkännagivande, p.47

²⁰⁰ Ibid, p.48

köpare skäligen kan förväntas få tillstånd från behöriga myndigheter att förvärva den enhet som ska avyttras.²⁰¹

Man bör dock uppmärksamma att köparkriterierna bara är grundläggande standardkrav och att de kan behöva kompletteras från fall till fall beroende på omständigheterna.²⁰² I samband med koncentrationen *Masterfoods/Royal Canin* (se ovan) åtog sig parterna t.ex. att endast sälja till en köpare som bl.a. hade goda möjligheter att kontinuerligt bedriva forskning och utveckling. Det är parterna eller i förekommande fall avyttringsförvaltaren som har bevisbördan för att visa att en föreslagen köpare uppfyller samtliga kriterier.²⁰³

Representanter från MTF har förtydligat villkoret att köparen måste vara oberoende av och sakna anknytning till parterna. Detta villkor går längre än traditionella finansiella relationer som vanligtvis förekommer i en marknadsekonomi och innefattar varje sorts intressebindning vare sig ekonomisk eller personlig. Kommissionen måste vara övertygad om att säljaren inte kommer att kunna utöva inflytande över köparen.²⁰⁴

Kommissionen kräver att potentiella köpare lämnar in en affärsplan, detta för att den ska förstå motiven till deras önskan att förvärva verksamheten och kunna bedöma om de kommer att ha incitament till att konkurrera. Vikten av kravet att en köpare måste ha skäl att vilja konkurrera blir tydlig om man beaktar kommentarer från den tidigare chefen av MTF. Denna menade att kommissionen bör utan vidare kunna avvisa potentiella köpare då det förekommer tvivel angående deras incitament att konkurrera med parterna.²⁰⁵ En köpares relativa ”storlek” kan vara en faktor som beaktas vid bedömningen av incitament till konkurrens. Detta innebär dock inte att de största företagen alltid betraktas som bättre potentiella konkurrenter utan snarare tvärtom, mindre företag kan ofta visa sig ha mer incitament till att konkurrera eftersom ägarna riskerat sina egna pengar och därmed får anses vara motiverade att lyckas.²⁰⁶ Rent generellt är kommissionen skeptisk gentemot potentiella köpare som är så pass stora att de inte tar någon nämnvärd risk genom transaktionen, då anledning finns att tvivla deras engagemang till att behålla och utveckla den avyttrade enheten som en aktiv konkurrent.²⁰⁷ Kommissionen är också väldigt restriktiv när det gäller försäljningar till finansiella investerare, eftersom sådana köpare i regel inte har den nödvändiga affärsmässiga kompetensen att driva den avyttrade verksamheten. Dessutom är en annan komplikation att säljaren kan ha lån hos en finansiell investerare och därmed faller kravet att parterna ska vara

²⁰¹ Om köpet leder till en transaktion med gemenskapsdimension kommer denna nya transaktion att behöva anmälas enligt koncentrationsförordningen och godkännas enligt normala förfaranden. Om detta inte är fallet påverkar kommissionens godkännande av en köpare inte de nationella myndigheternas jurisdiktion i fråga om kontrollen av koncentrationer.

²⁰² 2007 års tillkännagivande, p.49

²⁰³ 2001 års tillkännagivande, p.58

²⁰⁴ Rakovsky, C, *Remedies: A few lessons from recent experience*, s. 143f

²⁰⁵ *Ibid*, s.144

²⁰⁶ Lindsay, A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, s. 475

²⁰⁷ *Ibid*

oberoende av varandra.²⁰⁸ I 2007 års tillkännagivande har det uttryckligen föreskrivits som ett särskilt köpkriterium att avyttring skall, i varje lämpligt fall, ske till en industriell istället för en finansiell köpare.²⁰⁹ Man kan diskutera om detta kriterium inte är överflödigt eftersom standardkriterierna redan ger kommissionen möjligheten att avvisa en köpare- som inte har viljan eller möjligheten att behålla och utveckla den avyttrade enheten som en aktiv konkurrent- vare sig denna är industriell eller finansiell. Otvivelaktigt fyller dock tillägget en pedagogisk funktion då parterna uppmärksammas om kommissionens inställning gentemot finansiella investerare.

Hur en potentiell köpare planerar att använda den avyttrade verksamhetens produkter är en fråga som också kan bli relevant vid lämplighetsbedömningen. I ärendet *Degussa/Laporte* anmälde Degussa AG sin avsikt att förvärva kontroll över det brittiska företaget Laporte PLC, båda parter är verksamma inom tillverkning och distribution av kemikalier. Under förfarandets gång föreslog parterna att vissa kemikalieanläggningar skulle komma att avyttras. Kommissionen som accepterade åtagandena och godkände koncentrationen konstaterade i beslutet att en köpare som hade avsikten att i betydande grad använda de avyttrade verksamheternas produkter för intern vidareförädling inte skulle kunna bedömas som lämplig. En sådan användning skulle nämligen minska tillgängligheten av produkterna på marknaden och därmed innebära reducerat konkurrenstryck på parterna.²¹⁰

4.2.2.1 Identifiering av en lämplig köpare

Själva processen att hitta en lämplig köpare och överföra verksamheten till denna kan ske på tre olika sätt.²¹¹ (1) De berörda företagen och kommissionen kommer överens om en tidsfrist, som börja löpa från dagen för godkännandebeslutet, inom vilken parterna förbinder sig att i enlighet med köpkriterierna identifiera en köpare och genomföra avyttringen. (2) De berörda företagen åtar sig att hitta en lämplig köpare och ingå bidande överlåtelseavtal med denna *innan* de genomför den anmälda koncentrationen (**upfront buyer**). (3) Parterna identifierar en lämplig köpare och ingår bindande avtal redan *under* förfarandets gång, dvs. innan kommissionen fattat ett slutgiltigt beslut att godkänna eller förbjuda koncentrationen (**fix-it-first**). Den viktigaste skillnaden mellan de två sista metoderna är att kommissionen i ärenden med *upfront buyer* inte känner till köparens identitet vid tiden då ett godkännande beslut fattas. Vilket av dessa tre sätt som är lämpligast i ett särskilt fall beror på osäkerhetsfaktorer som hänger samman med avyttringen, bl.a. utsikterna för att kunna hitta potentiella köpare och risken för värdeminskning under övergångsperioden.²¹² Det första tillvägagångssättet är mest passande i de

²⁰⁸ Ibid, s. 475f. Se även XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken 2001, p.314

²⁰⁹ Se närmare 2007 års tillkännagivande, p.49

²¹⁰ Ärende nr COMP/M.2277, p.57

²¹¹ 2007 års tillkännagivande, p.50

²¹² Ibid, p.51

fall man kan förvänta sig att ett stort antal potentiella köpare finns att tillgå och då inga särskilda risker som kan hota avyttringen har identifierats. Om köparen behöver leva upp till vissa särskilda kriterier utöver standardvillkoren, är detta tillvägagångssätt lämplig endast om det är uppenbart att det finns intresserade köpare som uppfyller kraven.²¹³

Upfront buyer kan bli nödvändig vid ett antal olika tillfällen. (1) **Om avyttringens genomförande är förenad med betydande osäkerhetsfaktorer, såsom t.ex. tredje parts rättigheter, eller då kommissionen tvivlar att verksamheten kommer att kunna locka godtagbara köpare.**²¹⁴ I ärendet *Bosch/Rexroth* hade Bosch GmbH anmält sin avsikt att förvärva Rexroth AG. Bosch är internationellt verksamt inom bl.a. konsumtionsvaror och anses vara den ledande tillverkaren av radialkolvpumpar. Rexroth är verksamt inom hydraulik och automatisering och är ledande tillverkaren av axialkolvpumpar. Kommissionen ansåg att de båda pumptyperna i betydande grad är utbytbara och inrangerade de under en gemensam marknad för kolvpumpar, vilket innebar att koncentrationen därmed skulle leda till omfattande överlappningar. För att eliminera kommissionens invändningar åtog sig Bosch att avyttra sin radialkolvpumpsverksamhet, det var dock osäkert om några intresserade och godtagbara köpare kunde hittas. Parterna lovade därför att inte verkställa koncentrationen innan bindande överenskommelse om avyttring slutits. I beslutet konstaterade kommissionen att upfront buyer åtagandet var nödvändigt för att undanröja alla tvivel angående den konkreta möjligheten att avyttra verksamheten.²¹⁵ (2) **Då det finns särskilda risker som kan negativt påverka enhetens konkurrenskraft under den period som löper från det att ett godkännandebeslut fattats fram tills dess att avyttring sker.**²¹⁶ I fallet *Bosch/Rexroth* påpekade kommissionen att om parterna skulle ha tillåtits att genomföra koncentrationen innan bindande avtal om avyttring ingåtts skulle detta kunna ha möjliggjort för de att vinna tillbaka den minskade marknadsandel som avyttringen innebar och därmed gjort det omöjligt för köparen att bli en effektiv konkurrent. Kommissionen menade nämligen att om Bosch sålde sin radialkolvpumpsverksamhet EFTER att ha förvärvat Rexroth (den främsta tillverkaren av axialkolvpumpar) skulle den under denna tid kunna locka köpare av radialkolvpumpar att byta till axialkolvpumpar. Detta pga. pumptypernas utbytbarhet och kundernas rädsla för att ingen långsiktigt attraktiv leverantör av radialkolvpumpar skulle finnas att tillgå.²¹⁷ (3) **I de fall då avyttringspaketet är sammansatt av tillgångar från både det förvärvande bolaget och målföretaget** (s.k. ”mix and match”, se avsnitt 4.2 ovan) **och det därför är svårt att bedöma hur livskraftig eller attraktiv denna kombination är.**²¹⁸ Avyttringsförslagen i ärendet *Masterfoods/Royal Canin* utgjorde som

²¹³ Ibid, p.52

²¹⁴ Ibid, p.54

²¹⁵ Ärende nr COMP/M.2060. p.92

²¹⁶ 2007 års tillkännagivande, p.55

²¹⁷ Ärende nr COMP/M.2060, p.93. Se även Commission press release, IP/00/1457, 13 december 2000

²¹⁸ Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s. 508

bekant en sådan ”mix and match”. Kommissionen var långt ifrån övertygad om att det skulle finnas en lämplig köpare som var villig att betala det pris parterna begärde för kombinationen av tillgångarna och menade då att en upfront buyer bland annat pga. detta var nödvändig för att koncentrationen skulle kunna godkännas.²¹⁹

Fix-it-first innebär att kommissionen i sin prövning av koncentrationen särskilt beaktar den köpare som parterna ingått avtal med och därefter fattar ett beslut. Om koncentrationen godkänns är köparen naturligtvis också automatiskt godkänd och avyttringen kan ske kort därefter. Metoden som härstammar från den amerikanska konkurrensmyndighetens praxis, nämns uttryckligen först i och med 2007 års tillkännagivande och är lämplig när de föreslagna åtagandenas effektivitet i allra högsta grad är beroende av köparens identitet. Detta kan vara fallet när köparen måste ha mycket särskilda egenskaper och köparkretsen därmed är begränsad till ett fåtal eller kanske rent av en enda.²²⁰ Koncentrationen i ärendet *Inco/Falconbridge* kan här nämnas som ett exempel. Den 11 oktober 2005 anmälde Inco Ltd sin avsikt att genom offentligt bud förvärva alla utestående aktier i Falconbridge Ltd. Företagen som är baserade i Kanada är verksamma över hela världen inom brytning, förädling och försäljning av bl.a. olika nickelprodukter. Undersökningar visade att transaktionen i den form den anmäldes skulle leda till att den nya enheten blev den absolut största leverantören inom EES av nickelprodukter. För att lösa konkurrensproblemen lade parterna fram ett åtgärdspaket som inkluderade avyttring av Falconbridges enda raffineringssverk (Nikkelverk). Den rådande affärsmodellen inom nickelindustrin är dock vertikal integration, några fristående raffineringssverk finns inte. Därför krävdes det att köparen av Nikkelverk uppfyllde vissa särskilda köparkriterier. Denna skulle ha erfarenhet inom brytning och bearbetning av nickel samt tillgång till både gruvor och lämpliga mellanprodukter för nickeltillverkning.²²¹ Parterna ingick avtal om att avyttra Nikkelverk till LionOre Mining International, den tionde största nickeltillverkaren i världen. Kommissionen godkände LionOre med motiveringen att företaget levde upp till samtliga köparkriterier, vilket bedömdes vara av yttersta vikt för att kunna säkerställa den avyttrade verksamhetens självständighet, lönsamhet och konkurrenskraft på lång sikt.²²²

Det bör här påpekas att kommissionen i många fall där en fix-it-first lösning vore lämplig även kan tänka sig att acceptera upfront buyer, om parterna åtar sig att endast ingå avtal med en köpare som uppfyller samtliga specifika köparkriterier.²²³ Kommissionen är positivt inställd till båda lösningarna eftersom risken för att de föreslagna avyttringsåtagandena inte skall kunna genomföras effektivt, överförs till parterna. Ibland kan en upfront buyer eller fix-it-first lösning även användas för att förhindra inledandet av den

²¹⁹ Ibid. Se även ärende nr COMP/M.2544, p.100-102

²²⁰ 2007 års tillkännagivande, p.57

²²¹ Ärende nr COMP/M.4000, p.39-40

²²² Ibid, p.48

²²³ 2007 års tillkännagivande, p.57

fördjupande undersökningsfasen.²²⁴ Detta verkar ha varit fallet vid *Masterfoods/Royal Canin* koncentrationen. Parterna föreslog inte endast ett omfattande åtgärds paket för att få transaktionen godkänd under den första etappen utan åtog sig också risken att finna en lämplig köpare innan koncentrationen kunde verkställas.

4.2.3 Kronjuveler: alternativa åtaganden om avyttring

I vissa fall kan genomförandet av det avyttringsalternativ som parterna föredrar vara osäkert eller svårt exempelvis pga. tredje parts hembuds rätt eller ovisshet i fråga om möjligheten att överlåta nyckelkontrakt och rättigheter till immateriellt ägande. Det kan också bero på att det förutses att en lämplig köpare svårigen kan identifieras. Trots allt detta är det möjligt att parterna ändå anser att de kan avyttra verksamheten inom den fastställda tidsfristen. Under sådana omständigheter kan dock kommissionen inte ta risken att den effektiva konkurrensen till sist inte kommer att återställas.²²⁵ Därför kommer parternas förslag att godtas endast²²⁶ om de inom ramen för åtagandet anger ett alternativt förslag, vilket kan t.ex. vara en helt annan verksamhet eller bestå av ytterligare enheter och tillgångar som kompletterar första förslaget. Det alternativa förslaget måste dock vara en ”kronjuvel”, dvs. vara åtminstone likvärdigt eller bättre skickat att återställa en effektiv konkurrens.²²⁷ Det får inte finnas några osäkerheter angående implementeringen av kronjuvelsalternativet och genomförandet måste kunna ske inom en kortare tidsram än det ursprungliga förslaget.²²⁸ Alternativa åtaganden i form av kronjuveler anses vara väldigt effektiva och välkomnas varmt av kommissionen.²²⁹ Åtagandena sätter stark press på parterna att snabbt försöka genomföra avyttring vid risk av att annars bli tvungna att sälja en mer attraktiv verksamhet.

Ärendet *Nestlé/Ralston Purina* är ett exempel på sådant fall där parterna blev tvungna att offra kronjuvelen. Nestlé-koncernen som producerar och säljer en mängd olika livsmedelsprodukter samt djurfoder, hade anmält sina planer på att förvärva kontroll över Ralston Purina (också verksam inom tillverkning och försäljning av djurfoder). Koncentrationen i sin ursprungliga form ansågs ge upphov till ett antal konkurrensproblem bl.a. skulle Nestlé ha uppnått en dominerande ställning i Spanien och eliminerat sin största konkurrent på marknaderna för torrfoder för hundar och katter samt snacks och godbitar för katter. För att lösa dessa problem åtog sig parterna att åtgärda överlappningarna i Spanien genom att där lägga ut Nestlés varumärke *Friskies* på licens. Om detta inte kunde genomföras

²²⁴ Holmes, S, och Turnbull, S, *Remedies in merger cases: Recent developments*, s. 509

²²⁵ 2007 års tillkännagivande, p.44-45

²²⁶ Notera dock att en upfront buyer eller fix-it-first lösning också skulle kunna vara godtagbart, se 2007 års tillkännagivande, p.46

²²⁷ 2007 års tillkännagivande, p.45

²²⁸ Ibid

²²⁹ XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken 2001, p.299

inom den fastställda tidsfristen eller före dagen då den anmälda transaktionen ägde rum skulle alternativförslaget istället träda i kraft. Alternativet bestod av en försäljning av Ralston Purinas 50-procentiga aktieinnehav i det spanska företaget Gallina Blanca Purina (en joint venture mellan Ralston Purina och ett annat bolag).²³⁰ Utgången blev att parterna var tvungna att offra aktieinnehavet, som angås utgöra en kronjuvel eftersom det var större och lättare avyttringsbart än förslaget att lägga ut Nestlés varumärke på licens.²³¹

4.2.4 Övergångsförvaltning av verksamheten som skall avyttras

De berörda företagen förväntas att leva upp till vissa skyldigheter under övergångsperioden som löper från det att ett godkännandebeslut fattats fram till dess då den faktiska avyttringen fullbordats.²³² Det anses vara parternas ansvar att minimera den möjliga risken för att den verksamhet som skall avyttras skall förlora sin konkurrenspotential till följd av den osäkerhet som åtföljer en överlåtelse av en verksamhet. Kommissionen kommer därför att kräva att parterna i avvaktan på avyttringen skall erbjuda åtaganden som innebär att verksamhetens oberoende, ekonomiska lönsamhet, avsättningsmöjligheter och konkurrenskraft behålls.²³³ Parterna skall säkerställa att alla relevanta materiella och immateriella tillgångar i avyttringspaketet bibehålls i enlighet med god affärssed och under normal verksamhetsutövning. Detta gäller särskilt anläggningstillgångar, know-how eller kommersiell information av konfidentiell natur eller som avser äganderätt, kundbas och de anställdas tekniska eller kommersiella kompetens. Vidare måste parterna, i syfte att bevara avyttringspaketets konkurrenskraft, under övergångsperioden ställa till verksamhetens förfogande administrations- och ledningsfunktioner, tillräckligt kapital, en kredit samt annat som kan vara nödvändigt i det särskilda fallet.²³⁴ I samband med Vodafones förvärv av det tyska telekombolaget Mannesmann avyttrade parterna företaget Orange PLC för att avhjälpa konkurrensproblemen på mobiltelefonimarknaden. För att säkerställa att Orange under övergångsperioden skulle ha tillräckligt med kapital och därmed kunna delta i budgivningen på tredje generationens mobilnät åtog sig parterna att tillhandahålla en kredit uppdelat på fyra trancher om en miljard euro vardera.²³⁵ Någon sorts incitamentsprogram bör också upprättas för att uppmuntra den avyttrade enhetens nyckelpersonal att stanna kvar och parterna måste åta sig att inte förflytta eller försöka rekrytera de anställda till den egna verksamheten.²³⁶

²³⁰ Ärende nr COMP/M.2337, p.61-63

²³¹ XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken 2001, p.299

²³² 2007 års tillkännagivande, p.36 och 105. Se även p.5-13 i mallen ”*Model texts for divestiture commitments*”

²³³ 2007 års tillkännagivande, p.106

²³⁴ 2007 års tillkännagivande, p.108

²³⁵ Se ärende nr COMP/M.1795, klausul 18 i avyttringsåtagandena

²³⁶ 2007 års tillkännagivande, p.108

Det är mycket viktigt att parterna särskiljer den avyttrade enheten från den övriga verksamheten som de behåller och att de garanterar att den kommer att förvaltas som en avskild och säljbar verksamhet. För att uppnå allt detta förväntas parterna att utse en *särskiljande företagsledare*, som lyder direkt under den s.k. *övervakningsförvaltaren* (se nedan) och som vid behov även kan avsättas av denna.²³⁷ Den särskiljande företagsledaren har som ansvar att sköta den dagliga driften av enheten och att vidta alla nödvändiga åtgärder för att verksamheten ska förbli avskild. Dessa åtgärder inkluderar bl.a. upprättandet av informationsbarriärer (s.k. kinesiska murar) för att förhindra parterna från att ta del av företagshemligheter eller annan konfidentiell information relaterad till verksamheten.²³⁸

Man bör dock notera att kommissionen uttalat att kravet på särskiljande av den verksamhet som skall avyttras, inte är nödvändig om parterna i fallet åtagit sig en upfront buyer lösning.²³⁹ Den 24 juli 2000 anmälde tre nationella postoperatörer en planerad koncentration till kommissionen. Genom transaktionen skulle det brittiska The Post Office (TPO), nederländska TNT Post Group NV (TPG) och Singapore Post Private Ltd (SPPL) skaffa sig gemensam kontroll över två nybildade samriskföretag. För att undanröja kommissionens farhågor beträffande konkurrensen erbjöd sig parterna att göra vissa åtaganden, bl.a. att avyttra en del av verksamheten tillhörande TPG i Nederländerna. Parterna hävdade att ett särskiljande inte var nödvändigt i det föreliggande fallet, eftersom deras andra åtaganden var tillräckliga för att utesluta behovet av ett åtagande om särskiljande.²⁴⁰ Kommissionen konstaterade att: *”Motiveringen för särskiljande åtgärder enligt tillkännagivandet om korrigerande åtgärder är att skydda den affärsverksamhet som skall särskiljas genom att se till att den har en kompetent oberoende företagsledning och att risken för överföring av kommersiell information av konfidentiell natur till den affärsverksamhet som parterna behåller är begränsad. **Kommissionen anser att dessa synpunkter tillvaratas i den aktuella transaktionen genom åtagandet att inte slutföra transaktionen förrän kommissionen har godkänt en köpare och att göra detta inom en mycket kort tid**”* [markering tillagd].²⁴¹

I vissa fall kan det vara direkt nödvändigt för den avyttrade enhetens långsiktiga konkurrenskraft att denna behåller någon sorts bindning till parterna under en ”stabiliseringsperiod” efter att avyttring fullbordats. Kommissionen kräver i sådana fall att parterna uttryckligen åtar sig att erbjuda nödvändig support under en fastställd period, det kan t.ex. vara leveranser av råmaterial, tillhandahållandet av infrastruktur eller tjänster.²⁴² Den enhet (TNT IM Netherlands) som föreslogs för avyttring i ärendet *TPO/TPG/SPPL* var verksam inom tillhandhållandet av utgående gränsöverskridande posttjänster. Erbjudandet av sådana tjänster kräver att

²³⁷ Ibid, p.109-110

²³⁸ Ibid, p.110. Se även p.6,7 och 9 i mallen ”*Model texts for divestiture commitments*”

²³⁹ Se ärende nr COMP/M.1915

²⁴⁰ Ibid, p.163

²⁴¹ Ibid, p.164

²⁴² Se p.4(e) i ”*Model texts for divestiture commitments*”

verksamheten har upprättat ett nät av avtal för insamling, transport och utdelning av posten. För att en köpare av TNT IM som inte hade något liknande nät skulle kunna konkurrera effektivt var det nödvändigt att parterna åtog sig att under en period av två år efter att avyttring fullbordats, låta TNT IM fortsätta dra nytta av deras nät av avtal.²⁴³ Enligt kommissionen skulle denna period ge köparen tid att sluta nya samarbetsavtal med olika tjänsteleverantörer, såsom flygbolag och oberoende postoperatörer.²⁴⁴

4.2.4.1 Övervakningsförvaltare

Eftersom kommissionen inte dagligen kan övervaka att parterna uppfyller alla sina skyldigheter under övergångsperioden måste en s.k. övervakningsförvaltare utses.²⁴⁵ Övervakningsförvaltaren, som vanligtvis är en revisionsbyrå eller investeringsbank, anses vara kommissionens ”ögon och öron”. Förvaltaren bevakar intressena för den verksamhet som skall avyttras och ska särskilt noggrant övervaka att enheten hålls avskild och drivs på ett tillfredsställande sätt. Parterna har inget inflytande över förvaltaren som lyder direkt under kommissionen.²⁴⁶

Övervakningsförvaltarens uppgifter och skyldigheter framgår av ett förvaltningsmandat,²⁴⁷ och denna tillträder vanligtvis sin roll direkt efter ett godkännandebeslut, entledigande sker först då avyttringen rent faktiskt fullbordats. Man kan peka på ett antal huvuduppgifter som övergångsförvaltaren förväntas utföra.²⁴⁸ (1) Denna skall som nämnts se till att enhetens intressen inte hotas under övergångsperioden. I de fall där verksamheten som skall avyttras inte redan är fristående utan måste ”styckas ut”²⁴⁹ förväntas förvaltaren noggrant övervaka hur fördelningen av tillgångar och personal sker mellan denna utbrutna enhet och parternas övriga verksamhet. (2) Förvaltaren skall övervaka processen med att hitta en lämplig köpare och säkerställa att potentiella intressenter får nödvändig information och kan genomföra en tillfredsställande due diligence undersökning. När en köpare identifierats förväntas förvaltaren att inge till kommissionen ett utlåtande angående dennas lämplighet. (3) Övervakningsförvaltaren skall fungera som den primära kontaktkällan för berörda tredje parter, invändningar mot åtagandena skall riktas till förvaltaren som sedan för diskussioner med parterna och försöker att finna en lämplig lösning. (4) Det förväntas också att förvaltaren håller kommissionen uppdaterad under övergångsperioden genom att sammanställa kontinuerliga rapporter.

²⁴³ Ärende nr COMP/M.1915, p.129-30

²⁴⁴ Ibid, p.153

²⁴⁵ 2007 års tillkännagivande, p.115. Se även p.16-21 i ”*Model texts for divestiture commitments*” för närmare beskrivning om hur en sådan förvaltare ska utses.

²⁴⁶ 2007 års tillkännagivande, p.116

²⁴⁷ Se p.4-8 i mallen ”*Model texts for trustee mandates*”

²⁴⁸ 2007 års tillkännagivande, p.116

²⁴⁹ Se p.35-36 i 2007 års tillkännagivande för närmare detaljer om hur en sådan ”utstyckning” bör ske

4.2.4.2 Avyttringsförvaltare

Avyttring måste ha fullbordats inom en viss fastställd tidsperiod, vilken brukar indelas i två etapper. Under den första etappen har parterna möjlighet att försöka hitta en lämplig köpare och avyttra verksamheten till denna. Om parterna inte lyckas med detta kommer en avyttringsförvaltare att under den andra etappen ha ett oåterkalleligt mandat att avyttra verksamheten till vilket pris som helst.²⁵⁰ Parterna måste åta sig att bevilja avyttringsförvaltaren omfattande fullmakter så att denna kan vidta alla åtgärder som bedöms nödvändiga för att få till stånd en snabb avyttring.²⁵¹ Den första avyttringsetappen omfattar en period på sex månader och tidsfristen börjar att löpa från och med dagen för ett godkännandebeslut, och den andra perioden som står till förvaltarens förfogande varar mellan ytterligare tre till sex månader.²⁵² Tidsperioderna kan dock ändras beroende på särskilda omständigheter i det enskilda fallet. Faktorer som kommissionen kan beakta då fristerna ska modifieras är: avyttringstransaktionens komplexitet, antalet potentiella köpare, egenskaperna på den marknad där enheten är verksam (inom t.ex. teknologisektorn sker marknadsförändringar snabbt vilket gör det olämpligt att ha en lång avyttringsperiod) och behovet av skydd för de anställda inom enheten.²⁵³ Kommissionen kan även tänka sig att förlänga en redan fastställd tidsfrist om förseningar skett, trots parternas genuina ansträngningar att få till stånd en avyttring, pga. omständigheter som de inte kan råda över.²⁵⁴ I exempelvis ärendet *Carrefour/Promodes* (avsåg en transaktion mellan två av de största franska livsmedelsdetaljisterna) hade Carrefour åtagit sig att avyttra vissa snabbköp och stormarknader inom en fastställd tidsfrist.²⁵⁵ Förlängning beviljades med motiveringen att en försäljning inte kunnat ske trots Carrefours ärliga ansträngningar.²⁵⁶

Beroende på den typ av åtaganden det gäller och de faktiska omständigheterna i ärendet kan avyttringsförvaltaren eventuellt vara samma person eller institution som den övervakande förvaltaren.²⁵⁷ Parterna ansvarar för att ersätta förvaltarna för de tjänster som de tillhandhållit vid utövandet av sina uppdrag och ersättningsens utformning skall vara sådan att den inte påverkar förvaltarens oberoende och effektivitet när denna utför sitt mandat.²⁵⁸ När förvaltaren har utfört de åtaganden som han har anförtrotts, dvs. när äganderätten till avyttringspaketet har överförs eller när vissa skyldigheter som fortsätter att gälla efter avyttring upphört, kan förvaltaren av kommissionen begära entledigande. Även efter det att entledigande

²⁵⁰ 2007 års tillkännagivande, p.95. Se även p.4-5, 9-12 i ”*Model texts for trustee mandates*” för information om förvaltarens uppgifter och skyldigheter samt p.16-21 i ”*Model texts for divestiture commitments*” för detaljer om hur förvaltaren utses

²⁵¹ 2007 års tillkännagivande, p.118-119

²⁵² Ibid, p.96-97

²⁵³ Lindsay, A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, s. 470

²⁵⁴ 2007 års tillkännagivande, p.71

²⁵⁵ Se ärende nr COMP/M.1684

²⁵⁶ XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken 2001, p.313

²⁵⁷ 2007 års tillkännagivande, p.120

²⁵⁸ Ibid, p.123

beviljats, har kommissionen rätt att begära ett återinsättande av förvaltaren, om den i efterhand anser att de berörda åtagandena inte har genomförts till fullo och korrekt.²⁵⁹

4.2.5 Övriga aspekter av avyttringsåtaganden

Det är mycket vanligt att kommissionen innan avyttringsåtaganden (och i viss mån även andra sorters åtaganden) godtas, konsulterar och samarbetar med konkurrensmyndigheter i andra länder. Innan ett godkännandebeslut fattades i det tidigare berörda ärendet *Metso/Svedala* samverkade kommissionen mycket nära med amerikanska FTC. Samarbetet i det fallet ledde till att de båda institutionerna kunde kräva likartade åtaganden och gjorde det även möjligt för de att kunna godkänna köparen av den avyttrade verksamheten vid ett och samma tillfälle.²⁶⁰ I ett annat ärende ser vi hur samarbetet med andra myndigheter direkt berörs i kommissionens bedömning av avyttringsåtagandena.²⁶¹ Det franska företaget Imetal, verksam inom produktion av byggnadsmaterial och mineraler, hade anmält sin avsikt att förvärva English China Clays (ett engelskt bolag inriktad på kemikalier och mineraler). Parterna hade föreslagit vissa åtaganden, bl.a. avyttringar av produktionsanläggningar i USA. Vid sin bedömning påpekade kommissionen att eftersom de amerikanska myndigheterna skulle komma att kräva liknande avyttringar var det inte nödvändigt att i åtagandena direkt precisera vilka anläggningar som skulle avyttras. Det ansågs vara tillräckligt att parterna åtog sig att avyttra de produktionsanläggningar som skulle framgå av den amerikanska myndighetens godkännandebeslut.²⁶²

I vissa fall kan paketet med avyttringsåtaganden struktureras på ett särskilt sätt för att lösa konkurrensproblemen beträffande inte bara den transaktion som anmälts utan även en annan **tidigare** transaktion som kommissionen undersöker för att se om den borde ha anmälts. I ärendet *Skanska/Scancem* hade kommissionen den 3 april 1998 mottagit anmälan om en koncentration genom vilken Skanska AB hade förvärvat²⁶³ fullständig kontroll över Scancem AB (ett företag som också var verksam inom tillverkning och försäljning av byggmaterial). Skanska hade flera år innan denna anmälan genom en rad komplicerade transaktioner skaffat sig ett betydande innehav i Scancem, dessa transaktioner undersökte kommissionen helt oberoende av den inkomna anmälan för att se om de också borde ha anmälts. Bakgrunden som är minst sagt invecklad är följande: Den 2 oktober 1995 genomförde den norska koncernen Aker RGI och Euroc AB (föregångaren till Scancem

²⁵⁹ Ibid, p.124

²⁶⁰ Tal av dåvarande konkurrenskommissionären Mario Monti, 18 januari 2002, tillgänglig på: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2002.html

²⁶¹ Se ärende nr IV/M.1381

²⁶² Ibid, p.81

²⁶³ Aktierna förvärvades under oktober 1997, anmälan skedde alltså flera månader för sent. Kommissionen förbehöll sig därför rätten att ålägga böter enligt art. 14 ECMR

och med Skanska och det finska företaget Partek som huvudägare²⁶⁴) en transaktion genom vilken Euroc förvärvade Akers cement och byggmaterialverksamhet.²⁶⁵ Aker fick som betalning dels nyemitterade Euroc-aktier, dels ett kontantbelopp som användes för att köpa Parteks samtliga aktier i Euroc. Till följd av transaktionen blev Aker ägare till 33,3 % av aktierna och rösterna i Euroc, samtidigt ökade Skanska sitt aktieinnehav i Euroc till en motsvarande nivå genom att köpa större delen av de aktier som ägdes av det svenska företaget Robur. Resultatet blev alltså att Skanska och Aker ägde 33,3 % var av aktierna i den sammanslagna enheten som sedan döptes om till Scancem.

Kommissionens tjänstemän fick upp ögonen för transaktionerna och menade att förvärven genomförts på ett samordnat sätt och att detta kunde vara tecken på att det fanns någon sorts överenskommelse om hur Scancem skulle bedrivas. Skanska och Aker förnekade dock att det fanns några som helst avtal om gemensam kontroll över Scancem, därmed fanns det inte heller någon gemenskapsdimension. I syfte att kunna bedöma huruvida anmälan varit motiverat fortsatte kommissionen att övervaka Scancem och inledde senare en undersökning. Skanska tog dock tillfället i akt att i paketet med avyttringsåtaganden, som lämnades för att lösa problemen som 1997 års aktieförvärv ansågs ge upphov till, även inkludera vissa andra åtaganden (att omstrukturera sin cementrörelse) för att undanröja behovet av undersökningen. Kommissionen som accepterade detta upplägg konstaterade att även om omstruktureringen av cementrörelsen inte direkt avser de konkurrensmässiga problem som transaktionen 1997 ger upphov till, undanröjer det åtagandet tvivlen beträffande 1995 års transaktion och gör det onödigt att fortsätta den utredningen.²⁶⁶

Det krävs att parterna i sina avyttringsåtaganden utfäster sig att inte senare förvärva inflytande över hela eller delar av den avyttrade verksamheten, såvida inte kommissionen dessförinnan har funnit att marknadsstrukturen har förändrats i sådan omfattning att frånvaron av inflytande över den avyttrade verksamheten inte längre är nödvändig för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. Åtagandena bör därför vara utformade på ett sådant sätt att det klart framgår att ett återförvärv inte får ske tidigare än tio år efter avyttringen.²⁶⁷ Man bör uppmärksamma att även i brist på en sådan särskild klausul (en s.k. non-reacquisition clause) skulle förvärv av en avyttrad verksamhet vara oförenlig med parternas skyldigheter enligt åtagandena (den strukturella effekten av de korrigerande åtgärderna skulle nämligen omintetgöras eller åtminstone väsentligen påverkas). Det kan dock förekomma undantagsfall där det i själva åtagandena specificeras när och under vilka omständigheter parterna kan återanskaffa en viss verksamhet.²⁶⁸ Bayer, ett internationellt börsnoterat företag verksam inom bl.a. växtskydd- och djurskyddsprodukter,

²⁶⁴ Skanska och Partek hade 25 % var av rösterna i Euroc

²⁶⁵ Skanska spelade en nyckelroll i de arrangemang som föregick transaktionen

²⁶⁶ Ärende nr IV/M.1157, p.211

²⁶⁷ 2007 års tillkännagivande, p.43

²⁶⁸ Se ärende nr COMP/M.2547

avsåg att förvärva Aventis Crop Science (också ett företag med omfattande kompetens inom insektsbekämpningsmedel och andra växtskyddsprodukter). Parterna erbjöd omfattande åtaganden för att stilla kommissionens farhågor, bl.a. åtog sig Bayer att avyttra fipronilverksamheten (insektsmedel) i hela världen. Enligt åtagandena hade dock parterna rätt att utanför Europa och USA förhandla om återanskaffning av licensen för fipronilverksamhet. Sådana förhandlingar kunde dock inte inledas förrän hela den världsomfattande fipronilverksamheten avyttrats till en ny ägare och varje licens skulle godkännas av kommissionen.²⁶⁹

4.2.5.1 Avlägsnande av strukturella samband

Åtaganden om avyttring är inte alltid begränsade till att lösa konkurrensproblem som uppstått till följd av horisontell överlappning. I vissa fall kan *avyttring av ett befintligt aktieinnehav i ett gemensamt företag* vara nödvändigt för att bryta ett strukturellt samband till en stor konkurrent.²⁷⁰ Exempel på detta ser vi i ärendet *VEBA/Degussa*. VEBA, som är verksam inom bland annat kemikalier och olja avsåg att förvärva kontrollen över Degussa AG (företaget är som bekant verksam inom bl.a. ädelmetaller och kemi). Kommissionen hade vissa betänkligheter angående koncentrationens påverkan på marknaderna för pyrogen kiseldioxid (används som tillsatsämne i ett antal olika produkter). Det påpekades att marknaden för pyrogen kiseldioxid redan var starkt koncentrerad, inom Europa fanns endast tre tillverkare, Degussa, Cabot och Wacker. Cabot hade bildat ett gemensamt företag (Cabot-Huls) tillsammans med Huls (ett dotterbolag till VEBA) för tillverkningen av pyrogen kiseldioxid. Kommissionen ansåg att det pga. detta gemensamma företag skulle finnas en strukturell förbindelse mellan parterna i ärendet och Cabot (en av Degussas viktigaste konkurrenter) som klart skulle försämra dennas ställning som en oberoende aktör. Marknadsställningen för den återstående konkurrenten, Wacker, var inte tillräcklig för att skapa ett effektivt konkurrenstryck. VEBA åtog sig därför att avyttra sin andel i Cabot-Huls till en konkurrent.²⁷¹

Avlägsnandet av strukturella samband till konkurrenter kan ibland också ske genom *avyttring av minoritetsinnehav* av aktier.²⁷² I samband med Volvos förvärv av Renault Vehicules Industriels (ett dotterbolag till Renault SA och verksam inom bl.a. tillverkning av lastbilar) var ett av de stora problemen att Volvo efter förbudet av Volvo/Scania koncentrationen hade behållit sitt minoritetsinnehav i Scania. På motsvarande sätt hade Renault Vehicules intressen i Iveco, en konkurrent som tillhör Fiat-koncernen. För att få igenom koncentrationen var parterna tvungna att eliminera dessa kopplingar till Scania och Iveco.²⁷³

²⁶⁹ Ibid, p.1066

²⁷⁰ 2007 års tillkännagivande, p.58

²⁷¹ Ärende nr IV/M.942, p.55-56

²⁷² 2007 års tillkännagivande, p.58

²⁷³ Ärende nr COMP/M.1980, p.51-53

Även om sådana avyttringar är bäst lämpade för att avlägsna strukturella samband till konkurrenter kan kommissionen i undantagsfall godta att parterna permanent frånsäger sig de rättigheter som innehavet kan innebära, t.ex. rätten att rösta, utse styrelseledamöter, ta del av information osv. Kommissionen måste dessutom vara övertygad om att innehavets finansiella aspekter inte påverkar konkurrensen.²⁷⁴ I ärendet *Siemens/VA Tech* hade Siemens anmält sin avsikt att förvärva österriskiska VA Tech (en koncern verksam inom bl.a. produktion av energi, elektrisk entreprenad och infrastrukturteknik). Kommissionen hade vissa farhågor eftersom Siemens ägde en andel på 28 % i SMS Demag, ett företag som var VA Techs främsta konkurrent inom byggnation av stålverk. Siemens som var medveten om problemet hade utnyttjat en säljoption för att avyttra sin andel till SMS Demags majoritetsägare. En rättstvist om aktiernas värde gjorde dock att avyttring framskötts på obestämd tid. Siemens åtog sig att under tiden ersätta sina representanter i SMS Demags aktieägarorgan med oberoende förvaltare, vilket skulle garantera att parterna i koncentrationsärendet skulle vara avskärmade från företagets ledning och inte kunna ta del av dess framtida affärsplaner. Kommissionen ansåg att eftersom Siemens utnyttjat sin säljoption skulle det finansiella intresse som det fortsatta innehavet av aktierna innebar, fram till dess att rättstvisten var löst, inte anses vara tillräckligt starkt för att hindra Siemens/VA Tech från att konkurrera med SMS Demag.²⁷⁵ Detta i kombination med åtagandena att avstå från rättigheterna förknippade med innehavet var tillräckligt för att godkänna koncentrationen.

4.3 Avyttring av särskilda tillgångar

Avyttring av en hel verksamhet är som det redan påpekats det vanligaste och ofta även mest lämpligaste sättet att undanröja konkurrensproblem som en koncentration kan ge upphov till. I undantagsfall kan dock avyttringar som endast omfattar varumärken, tillgångar inom produktionsstöd eller i övrigt andra materiella eller immateriella tillgångar vara tillräckligt för att skapa förutsättningar för en effektiv konkurrens. Detta kan vara fallet bl.a. om konkurrensproblemen uppstår pga. äganderätten till en särskild tillgång eller då det verkliga värdet av en verksamhet endast härrör från någon enstaka tillgång, t.ex. ett revolutionerande patent. Parterna bör uppmärksamma att avyttring av vissa särskilda tillgångar endast godtas under förutsättningen att kommissionen kan vara övertygad om att köparen kan integrera tillgångarna effektivt och omedelbart.²⁷⁶ Koncentrationer involverande farmaceutiska företag resulterar ofta i konkurrensproblem eftersom tillgången till särskilda produkter kan hotas, i sådana fall är kommissionen därför mycket mer benägen att acceptera avyttringar av enstaka patent eller varumärken.²⁷⁷ Kommissionen har också uttryckligen förklarat att när konkurrensproblem

²⁷⁴ 2007 års tillkännagivande, p.59

²⁷⁵ Ärende nr COMP/M.3653, p.327-28

²⁷⁶ 2001 års tillkännagivande, p.18

²⁷⁷ Lindsay, A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, s. 485

uppstår pga. kontroll över nyckelteknik, är en avyttring av sådan teknik den bästa korrigerande åtgärden eftersom någon varaktig relation mellan den sammanslagna enheten och dess konkurrenter då inte blir nödvändig. Beviljandet av licenser, helst exklusiva utan några begränsningar i fråga om tillämpningsområdet för licensinnehavaren, kan dock godtas istället om avyttring av tillgången t.ex. skulle ha inverkat menligt på pågående effektiv forskning.²⁷⁸

På marknaderna för vissa konsumtionsvaror är varumärken oftast en verksamhets nyckeltillgång. Avyttringspaket bestående av ett eller flera starka och väletablerade varumärken kan därför ibland bedömas vara tillräcklig för att stilla kommissionens farhågor beträffande en tilltänkt koncentration. Om kommissionen finner att en verksamhets huvudsakliga ekonomiska värde ligger i innehavet av vissa varumärken kan den nöja sig med en avyttring av dessa. I det tidigare behandlade ärendet *Nestlé/Ralston Purina* skulle koncentrationen leda till vissa konkurrensproblem även på den grekiska marknaden. Parterna åtog sig att avyttra ett antal varumärken, bl.a. *Cat Chow*, *Dog Chow*, *Kitten Chow* och *Puppy Chow*. Kommissionen ansåg att avyttringarna var tillräckliga för att lösa problemen på marknaderna för katt och hundtorrfoder, trots att det inte ingick några produktionsanläggningar i avyttringspaketet. Det konstaterades att varumärkena var välkända och etablerade och att detta i kombination med att parterna åtagit sig att under en begränsad period förse köparen med leveranser av produkterna till självkostnadspris, var tillfredsställande nog.²⁷⁹ Ett annat exempel finner vi i ärendet *Unilever/Bestfoods* (se ovan). Unilever åtog sig att sälja ett stort antal betydelsefulla varumärken bl.a. *Blå Band*, *Batchelors* och *McDonnells*, avyttring av tillhörande produktionsanläggningar krävdes endast om varje enskild köpare begärde det.²⁸⁰

Kommissionen är dock av ett antal olika skäl angelägen om att rättigheterna till ett varumärke inte splittras upp mellan flera olika ägare. Först och främst skulle det kunna leda till det oönskvärda resultatet att köparen av det delvis avyttrade varumärket skulle kunna utsättas för indirekt konkurrens från samma varumärke i händerna på parterna i koncentrationsärendet.²⁸¹ Ett annat skäl till kommissionens inställning ligger i den funktion som varumärken fyller. Konsumenter förknippar ett varumärke med en särskild producent och därmed har företagen incitament att upprätthålla en viss kvalitetsstandard, om rättigheterna fördelas bland flera företag försvinner detta incitament.²⁸² Parterna i *Unilever/Bestfoods* koncentrationen fick därför avyttra rättigheterna till samtliga produkter som marknadsfördes under respektive varumärke och även åta sig att inte introducera några nya produkter under de märkena. Detta ansågs vara absolut nödvändigt för att

²⁷⁸ 2007 års tillkännagivande, p.38

²⁷⁹ Ärende nr COMP/M.2337, p.70

²⁸⁰ Ärende nr COMP/M.1990, p.125-31, 177

²⁸¹ Ärende nr COMP/M.2337, p.68

²⁸² Lindsay, A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, s. 487

garantera att varumärkenas inarbetade värde och lojala kundbas
ovillkorligen skulle tillfalla köparen.²⁸³

²⁸³ Ärende COMP/M.1990, p.177 och 181

5 Andra typer åtaganden

5.1 Översikt

Även om avyttringar och avlägsnande av strukturella samband är de typer av åtaganden som föredras finns det ibland även andra lösningar som kommissionen kan godta. Det kan nämligen finnas situationer där det inte ens är möjligt att avyttra en verksamhet, *Boeing/McDonnell Douglas* koncentrationen (se ovan) kan nämnas som ett exempel. Kommissionens undersökningar avslöjade att ingen befintlig flygplanstillverkare var intresserad av att köpa Douglas Aircraft Company (DAC, trafikflygdivisionen inom McDonnell Douglas) av Boeing, och det var inte heller möjligt att hitta en potentiell ny aktör inom området för jetdrivna trafikflygplan som skulle kunna komma in på marknaden genom att köpa DAC.²⁸⁴ I andra situationer kan konkurrensproblem uppstå på grund av särskilda förhållanden, t.ex. förekomst av exklusiva avtal, kombination av nätverk (nätverkseffekter) eller kombination av nyckelpatent. Under sådana omständigheter måste kommissionen avgöra huruvida andra typer av korrigerande åtgärder kan ha tillräcklig effekt på marknaden för att en effektiv konkurrens skall kunna återställas.²⁸⁵

5.2 ”Sponsring” av inträdet av nya aktörer

Korrigerande åtgärder kan ibland utformas för att ”sponsra” inträdet av en ny aktör. Den förändring i marknadsstrukturen som följer av en föreslagen koncentration kan nämligen leda till svårforcerade hinder för inträde på den relevanta marknaden. Sådana hinder kan uppstå till följd av kontroll över infrastruktur, know-how eller andra immateriella rättigheter. Under sådana omständigheter kan då åtagandena *underlätta marknadsinträde genom att konkurrenterna garanteras tillgång till nödvändig infrastruktur*.²⁸⁶

Ett belysande exempel finner vi i ärendet *KLM/Alitalia*. Flygbolagen KLM och Alitalia hade anmält sina planer att bilda en allians som skulle möjliggöra integrerandet av deras passagerare- och godstransporter. Alliansen, om den förblev omodifierad, skulle ha resulterat i en dominerande ställning för parterna på flygrutterna Amsterdam-Milano och Amsterdam-Rom. Parterna föreslog därför en rad åtaganden för att lösa konkurrensproblemen. De åtog sig bl.a. att ge upp ett antal s.k. slot-tider på flygplatserna i Amsterdam, Milano och Rom till en ny aktör som annars inte skulle ha haft möjlighet att skaffa sig några tider, att reducera sina egna flygningar på de berörda rutterna upp till en viss procent, att låta den nya aktören ta del av deras Frequent Flyer Program och att dennas flygningar

²⁸⁴ Ärende nr IV/M.877, p.48-52, 60

²⁸⁵ 2001 års tillkännagivande, p.26

²⁸⁶ Ibid, p.28

skulle dyka upp först i det datoriserade bokningssystemet.²⁸⁷ Det ansågs att åtagandena var tillräckliga för att avlägsna inträdesbarriärer och att de därför skulle kunna ge nya aktörer möjligheten att konkurrera på de berörda rutterna. Kommissionen konstaterade att de korrigerande åtgärder som den vanligtvis godtar (dvs. avyttringar) inte var lämpliga i det här särskilda fallet. Avyttring av de tillgångar som används för att utföra flygningar mellan Nederländerna och Italien skulle inte automatiskt leda till att alliansens dominerande ställning reducerades. Dessutom skulle en avyttring inte kunna garantera att köparen skulle använda tillgångarna för att konkurrera med alliansen på de berörda rutterna. Flygplan och besättning kan ju lika gärna användas för att erbjuda flygtjänster på andra rutter.²⁸⁸

I ärendet *Exxon/Mobil* (se ovan) ansåg kommissionen även att parternas dominerande ställning inom lagringen av naturgas i södra Tyskland skulle förstärkas till följd av koncentrationen. De berörda företagen hade en betydande ägarandel i de tillgängliga lagringsanläggningarna och dessutom hade de omfattande intressen i ett antal tömda gasfält i regionen som skulle kunna byggas om till underjordiska lagringsanläggningar. Åtaganden utformades därför för att garantera att det inte skulle bli svårare för potentiella konkurrenter att komma in på marknaden efter koncentrationen. Parterna åtog sig att ingå bindande avtal med intresserade tredje parter om försäljning av Mobils rättigheter till uttömda gasfält som kunde omvandlas till lagringsanläggning, till dess att rättigheter motsvarande en viss volym hade sålts.²⁸⁹ Även om lösningen här är mycket lik vanliga avyttringsåtaganden finns det två viktiga skillnader som bottnar i det faktum att syftet med åtgärden i det här fallet var att ta itu med inträdeshindren (och alltså inte den sammanslagna enhetens marknadsandel).²⁹⁰ (1) Den korrigerande åtgärden gick endast ut på att parterna *erbjöd sig att ingå avtal* med intresserade aktörer. Åtagandet skulle alltså anses uppfyllt så länge parterna stod fast vid sitt erbjudande, det krävdes däremot **inte** att någon försäljning nödvändigtvis kom till stånd.²⁹¹ (2) Försäljning skulle ske till ett skäligt marknadspris som skulle fastställas av oberoende experter om parterna inte kunde nå en överenskommelse.²⁹² Avyttringsåtaganden kräver ju som bekant att försäljning sker till vilket pris som helst om parterna inte lyckats avyttra verksamheten inom en viss period.

Ärendet *BSkyB/KirchPayTv* kan användas för att vidare illustrera det som nämnts ovan om att bevilja andra aktörer tillgång till nödvändig infrastruktur för att underlätta marknadsinträde. British Sky Broadcasting Group och Kirch Vermögensverwaltungs GmbH hade anmält en planerad koncentration. Enligt planen skulle bolagen förvärva gemensam kontroll över det tyska företaget KirchPayTv (Kirch). De berörda företagen är verksamma på mediaområdet, främst inom analoga och digitala tv-tjänster.

²⁸⁷ Ärende nr COMP/JV.19, p.69

²⁸⁸ Ibid, p.68

²⁸⁹ Ärende nr IV/M.1383, p.838

²⁹⁰ Lindsay, A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, s. 491

²⁹¹ Ärende nr IV/M.1383, p.838

²⁹² Ibid, p.839

Kommissionens undersökningar visade att transaktionen skulle förstärka Kirchs dominerande ställning på betal-tv-marknaden i Tyskland genom att stärka de befintliga höga inträdeshindren. Kommissionen befarade också att Kirch skulle få en dominerande ställning på marknaden för digitala tv-tjänster, eftersom transaktionen skulle ha gjort det möjligt för företaget att utvidga sin dominerande ställning på betal-tv-marknaden till denna tillväxtmarknad. För att skingra dessa allvarliga tvivel krävdes det ett omfattande åtagandepaket. Den första delen av dessa åtaganden syftar till att underlätta tillträdet till marknaden för företag som säljer program genom att ge dem tillgång till Kirchs betal-tv-tjänster (åtaganden nr 1-5).²⁹³ Den andra delen av åtagandena syftar till att underlätta tillträdet till marknaden för dem som driver tekniska plattformar. Genom parternas utfästelser att lösa kompatibilitetsproblem skulle dessa aktörer lättare kunna tillhandahålla sina tjänster via Kirchs tekniska plattform (åtaganden nr 6-10).²⁹⁴ Åtagandena ansågs vara tillräckliga för att lösa ovannämnda konkurrensproblem och koncentrationen godkändes.

Beslutet överklagades av en tredje part (ARD, en tysk aktör verksam på gratis-tv-marknaden) till förstainstansrätten. ARD ansåg att de korrigerande åtgärderna var otillräckliga och gjorde bl.a. gällande att parternas åtaganden om att ge tredje parter som så önskar möjlighet att få tillgång till Kirch-koncernens tekniska plattform bara utgör ett uppfyllande av den skyldighet som enligt art. 82 EGF åläggs alla företag i dominerande ställning på marknaden att ställa sina tekniska tjänster till förfogande för tredje parter för att de skall kunna konkurrera med dem.²⁹⁵ Domstolen som upprätthöll kommissionens beslut påpekade först att åtagandena säkerställde tillgång till Kirch-koncernens plattform på rättvisa, skäliga och icke-diskriminerande villkor och att de som sådana inte var olämpliga lösningar på konkurrensproblemen.²⁹⁶ Vidare konstaterades det att missbruk av dominerande ställning ”endast är tänkbart när vägran att ge tillgång till en infrastruktur som är nödvändig för tillhandahållandet av andra tjänster på underordnade marknader medför att all konkurrens på marknaden i senare produktionsled slås ut, utan att detta objektivt sett kan berättigas”.²⁹⁷ I förevarande fall ansågs det inte visat att Kirch förfogar över en sådan infrastruktur, och därmed hade bolaget inte de skyldigheter som sökande gjort gällande.

5.2.1 Åtaganden från tredje part

Ibland kan kommissionen tänka sig att godta åtaganden, som syftar till att underlätta marknadsinträde, från en annan part än de berörda företagen. Exempel på detta finner vi bl.a. i ärendet *Swissair/Sabena*. Swissair hade anmält sin avsikt att förvärva en strategisk andel (49,5 %) av det belgiska

²⁹³ Ärende nr COMP/JV.37, p.92-95 samt bilaga 1

²⁹⁴ Ibid

²⁹⁵ Mål T-158/00, p.215 och 220

²⁹⁶ Ibid, p.221

²⁹⁷ Ibid, p.225

flygbolaget Sabena. Transaktionen skulle ha medfört ett monopol på området för lufttransport mellan Schweiz och Belgien (de två staterna hade ingått ett bilateralt avtal som utpekade Swissair och Sabena som enda flygbolagen som fick trafikera rutter mellan länderna). Dessutom deltog Swissair i European Quality Alliance tillsammans med SAS och Austrian Airlines, och SAS hade i sin tur föreslagit ett samarbetsavtal med Lufthansa. Tillsammans med dessa avtal skulle den anmälda transaktionen ha gjort det möjligt för de deltagande flygbolagen att skapa ett omfattande linjenät som skulle ha stått för runt 35 % av passagerartrafiken inom Europa, vilket vore dubbelt så mycket som det näst största flygbolaget.

I syfte att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden åtog sig de *belgiska och schweiziska regeringarna* att ändra avtalet så att andra aktörer skulle kunna få tillträde till linjer mellan Schweiz och Belgien.²⁹⁸ Kommissionen konstaterade att detta åtagande från tredje parter att eliminera inträdeshindren var absolut nödvändig för att den skulle kunna godkänna koncentrationen.²⁹⁹ De berörda företagen åtog sig för sin del att erbjuda konkurrenser s.k. interlining avtal och möjlighet att delta i bonusprogram, Swissair utfäste sig även att avbryta förbindelserna med SAS inom European Quality Alliance.

5.3 Åtaganden rörande exklusiva avtal

En föreslagen koncentration kan medföra att befintliga avtalskonstruktioner blir skadliga för en effektiv konkurrens. Detta gäller särskilt exklusiva långfristiga inköps- och distributionsavtal, om de begränsar den marknadspotential som är tillgänglig för konkurrenser. Om den sammanslagna enheten kommer att ha en betydande marknadsandel, kan de avskärmande effekterna av befintliga exklusiva avtal bidra till att det skapas en dominerande ställning. Under sådana omständigheter kan hävandet av avtalen anses lämpligt för att avlägsna konkurrensproblemen, om det klart inte finns något bevis för att exklusiviteten ändå faktiskt upprätthålls.³⁰⁰

Ärendet *Agfa-Gevaert/DuPont* kan nämnas här. Agfa, ett företag inom Bayer-koncernen, hade planer på att förvärva samtliga verksamheter inom grafisk film och tryckplåtar för offsettryckning som tillhörde DuPont-koncernen. Kommissionen fann att den föreslagna transaktionen i sin anmälda utformning skulle leda till att parterna får en dominerande ställning på marknaden för negativplåtar för offsettryck. Dessa offsetplåtar säljs bl.a. till tryckeri- eller förlagsindustrin. Den dominerande ställningen skulle dock inte endast uppstå genom de stora marknadsandelarna inom EES-området utan också av flera ytterligare faktorer. De flesta av konkurrenterna som erbjuder negativplåtar upprättar oftast paketavtal med sina kunder där

²⁹⁸ I ett annat liknande ärende hade kommissionen godtagit åtaganden från de franska och belgiska regeringarna, se ärende nr IV/M.157- *Air France/Sabena*

²⁹⁹ Ärende nr IV/M.616, p.43-44

³⁰⁰ 2007 års tillkännagivande, p.67-68

de lovar att kostnadsfritt tillhandahålla utrustning medan kunden lovar att köpa sina förbrukningsmaterial (dvs. film och plåtar) från leverantören under en viss tid. Agfa hade emellertid ingått förbindelser som tvingar företag som levererar utrustning att sälja viss utrustning (framkallningsmaskiner) endast till Agfa. Dessa exklusivitetsavtal minskade de flesta konkurrenternas förmåga att kunna erbjuda förmånliga paketavtal till sina kunder eftersom majoriteten av dem inte tillverkar egen utrustning.³⁰¹ Det nya företaget skulle följaktligen haft mycket lättare tillträde till kunder än sina huvudkonkurrenter. Dessutom hade Agfa och DuPont slutit exklusivitetsavtal med ett antal viktiga återförsäljare som fick tillåtelse att erbjuda deras produkter.

För att undanröja konkurrensproblemen åtog sig Agfa att upphäva sina exklusivitetsavtal. Agfa skulle upphäva alla avtalsbestämmelser som hindrade leverantörer av framkallningsmaskiner för negativplåtar från att fritt sälja sådan utrustning till tredje part. Detta åtagande ansågs vara nödvändigt för att konkurrenterna skulle ha möjlighet att kunna erbjuda mer attraktiva paketavtal. Därmed skulle slutanvändarna ha högre beredskap att byta leverantör av plåtar och film.³⁰² Parterna åtog sig även att upphäva exklusivitetsavtalen med alla återförsäljare och distributörer av deras produkter. Kommissionen konstaterade att till följd av detta åtagande kommer fler butiker att bli tillgängliga för Agfas och DuPonts produkter, vilket förväntades öka konkurrensen såväl inom samma märke som mellan märken.³⁰³ I ärendet nämner kommissionen uttryckligen att avyttringsåtaganden i detta fall inte skulle vara en lämplig lösning. Sådana åtgärder var inte tillfredsställande eftersom marknadsstrukturen inte skulle påverkas tillräckligt mycket, dessutom hade inga konkurrenter uttryckt intresse för att köpa någon del av parternas verksamhet inom negativplåtar.³⁰⁴

I ett annat ärende där exklusiva avtal bidrog till konkurrensproblemen i samband med koncentrationen, godtogs en lite annorlunda lösning. BT, ett engelskt företag verksam inom telekom- och Internettjänster avsåg att förvärva Esat (en konkurrent som verkade på den irländska marknaden). Marknadsundersökningar visade att transaktionen skulle ge upphov till en dominerande ställning för parterna inom distributionen av globala telekomtjänster i Irland. Internationella telekomföretag som vill erbjuda sina tjänster på en marknad utser nämligen oftast en viss lokalt förankrad aktör som distributör. De berörda företagen hade ingått ett antal betydelsefulla avtal som utpekade dem som exklusiv distributör av globala tjänster i Irland. I syfte att få igenom koncentrationen åtog sig parterna att *bevilja ett antal internationella företag som de ingått avtal med rätten att omedelbart och utan straffavgifter frångå exklusivitetsbestämmelserna och*

³⁰¹ Både Agfa och DuPont erbjöd sina kunder framkallningsmaskiner för negativplåtar. Maskinerna tillverkade de alltså till skillnad från konkurrenterna delvis själva, resten köpte de från leverantörer

³⁰² Ärende nr IV/M.986, p.111-112

³⁰³ Ibid, p.113

³⁰⁴ Ibid, p.111

därmed kunna utse andra aktörer som sina distributörer. Parterna åtog sig dessutom *att inte förnya vissa andra exklusiva avtal* som de ingått när dessa löpte ut.³⁰⁵ Kommissionen som godkände koncentrationen konstaterade att åtagandena skulle bryta ner eller åtminstone väsentligen försvaga parternas position inom distributionen av globala tjänster.³⁰⁶

I samband med *Boeing/McDonnell Douglas* koncentrationen fick ju parterna som bekant lämna ett omfattande åtgärds paket. Boeing hade ingått exklusiva avtal med ett antal flygbolag där dessa utfäst sig att inte köpa flygplan av någon annan tillverkare. Ett av åtagandena i paketet vart *att inte göra gällande de exklusiva rättigheterna*, dessutom lovade parterna *att inte ingå några ytterligare exklusiva avtal* under en 10 års period (med vissa smärre undantag).³⁰⁷

5.4 Beviljandet av tidsbegränsade licenser

Kommissionen kan ibland godta lösningar som innebär att parterna utfäster sig att bevilja exklusiva licenser för vissa varumärken under en begränsad tid. Syftet är att licensinnehavaren under denna tid ska ha möjligheten att överföra den licenserade produktens kundbas till ett eget varumärke genom en s.k. rebranding (ommärknings) process. Åtagandena utformas på så sätt att de berörda företagen beviljar en licens med ensamrätt att använda deras varumärke under en viss fastställd tid (licens fas) och dessutom utfäster de sig att inte återinföra varumärket under en ytterligare period efter att licensfasen löpt ut (black-out fas).³⁰⁸ Jämfört med avyttringar innebär rebranding lösningar större risker för att en effektiv konkurrens inte skall kunna återställas. Licensinnehavarens utsikter att kunna etablera sig som en aktiv konkurrent genom det ommärkta varumärket är en betydande osäkerhetsfaktor. För att kunna godta sådana åtaganden har kommissionen därför uppställt ett antal villkor som måste vara uppfyllda:³⁰⁹

- 1) Varumärket som skall licensieras måste vara välkänt och ha tillräcklig ekonomisk bärkraft för att kunna garantera fortsatt livskraftighet i händerna på licensinnehavaren samt under själva rebrandingprocessen.
- 2) Utöver själva licensen krävs ibland överföring av materiella eller immateriella tillgångar samt know-how för att garantera att de egenskaper som konsumenter förknippar produkten med bibehålls.
- 3) Licensen måste vara exklusiv och behöver vanligtvis omfatta hela sortimentet av produkter som marknadsförs under varumärket.

³⁰⁵ Ärende nr COMP/M.1838, p.31

³⁰⁶ Ibid, p.32

³⁰⁷ Ärende nr IV/M.877, p.116

³⁰⁸ 2007 års tillkännagivande, p.39

³⁰⁹ Ibid, p.41

- 4) Både licens- och black-out perioderna måste med hänsyn till omständigheterna i fallet vara tillräckligt långa för att rebranding lösningen skall kunna uppnå ett tillfredsställande resultat.

Ärendet *Kimberly-Clark/Scott Paper* kan användas för att visa under vilka förutsättningar kommissionen har godtagit åtaganden om tidsbegränsade licenser. Kimberly-Clark Corporation hade anmält till kommissionen sin avsikt att slå samman sin världsomspännande verksamhet med Scott Paper Company. Kimberly-Clark är huvudsakligen verksam inom produktion och försäljning av pappersrelaterade produkter för personligt, kommersiellt och industriellt bruk. Även Scott är en ledande tillverkare av pappersprodukter på den globala marknaden. Transaktionen befarades inverka negativt på marknaderna för mjukpapper i Förenade kungariket och Irland, parterna erbjöd sig därför att ändra den ursprungliga koncentrationsplanen genom att göra ett antal åtaganden. De berörda företagen åtog sig att ingå ett avtal med tredje part där denna under tio år fick ensamrätt (på marknaderna i Förenade kungariket och Irland) att använda varumärket *Kleenex* i samband med toalett- och hushållspapper för konsumentbruk, dessutom lovade de att inte använda *Kleenex* eller något snarlikt varumärke eller förpackning under en ytterligare fem års period. Vidare åtog sig parterna att avyttra Kimberly-Clarks tillverkningsenhet för mjukpapper i Prudhoe, England, samt att bl.a. tillhandahålla tekniskt stöd vid anläggningen.³¹⁰

Kommissionen som godtog åtagandepaketet kommenterade: ”*Visserligen kommer det övergripande märket Kleenex i slutändan att återgå till parterna. I de mycket specifika omständigheterna i det föreliggande fallet anser kommissionen att villkoren för transaktionen är tillräckligt fördelaktiga för att möjliggöra uppkomsten av en effektiv konkurrent inom märkesvarusegmentet. I synnerhet bör det uppmärksammas att licensperioden för det övergripande varumärket Kleenex är tillräckligt lång, dvs. en period på högst tio år, att parterna inte tillåts återinträda på marknaderna för toalett- och hushållspapper under hela perioden på femton år [...]. Mest betydelsefullt är att köparen kommer att förvärva den moderna Prudhoe-anläggningen och kommer på så sätt att kunna bibehålla Kleenex-produkternas höga kvalitet på toalettpappers- och hushållspappersmarknaderna. När det gäller toalettpapper och hushållspapper kommer det krävas av köparen att denna inleder en ommärkningsinsats som inte nödvändigtvis är vare sig enkel eller utan visst mått av risktagande. Med hänsyn till de villkor som är förenade med den ovan beskrivna transaktionen, anser kommissionen trots allt att det finns tillräckligt goda förutsättningar för att den kommer att bli framgångsrik*”.³¹¹

Ett annat exempel finner vi i samband med Procter & Gambles förvärv av ensam kontroll över det tyska företaget Wella AG. Både Procter & Gamble och Wella verkar på marknaderna för hårvårdsprodukter, dofter och färgkosmetika. Kommissionen ansåg att transaktionen i den form som den anmälades sannolikt skulle ha skapat en dominerande ställning på

³¹⁰ Ärende nr IV/M.623, p.233

³¹¹ Ibid, p.237-38

marknaderna för hårvårdsprodukter i Irland, Norge och Sverige. För att återupprätta konkurrensen åtog sig parterna att bevilja en licens med ensamrätt för fem år, följd av en tre års black-out period. Licensen avsåg **hela sortimentet** av hårvårdsprodukter (schampo, balsam, kurer, stylingprodukter och färger) som marknadsfördes under varumärket *Herbal Essences*. Parterna åtog sig även att överföra know-how samt recept och vissa andra tillgångar relaterade till produkterna. Vid bedömningen av åtagandena påpekades vikten av att licensen omfattade hela produktsortimentet. Detta i kombination med överföringen av vissa tillgångar och det faktum att tidsramarna var tillfredsställande ansågs vara tillräckligt för att kunna godta åtagandena.³¹²

Kravet att licens och black-out perioderna behöver vara tillräckligt långa behandlas av förstainstansrätten i *Royal Philips* målet (se ovan). SEB:s förvärv av Moulinex förväntades få betydande effekter på konkurrensen i Frankrike och ett antal andra stater. Transaktionens ickefranska aspekter godkändes efter att SEB föreslagit beviljandet av exklusiva licenser, under en period på fem år, för att använda märket *Moulinex* för försäljning av små elektriska hushållsapparater i nio länder. SEB åtog sig dessutom att under en ytterligare period på tre år, från det att den exklusiva licensen löpt ut, inte införa märket *Moulinex* i dessa länder. Philips som överklagade beslutet hävdade att giltighetstiden för den exklusiva licensen och den period som läggs till då försäljning är förbjuden är uppenbart för kort för att en konkurrent skall kunna utnyttja den goodwill som är förknippad med varumärket *Moulinex*. Enligt sökanden skulle en framgångsrik överföring av produkter från ett varumärke till ett annat på sådana marknader som de berörda ta betydligt längre tid än fem år.³¹³

I sin bedömning av licens- och black-out periodernas längd nämnde rätten produkternas **medellivslängd** som en viktig faktor. Det konstaterades att medellivslängden för små elektriska hushållsapparater är tre år, följaktligen skulle åtagandenas giltighetstid komma att omfatta en period som nästan motsvarar tre produktcykler.³¹⁴ Vidare pekade förstainstansrätten på kraven³¹⁵ som enligt åtagandena ställdes på potentiella licensinnehavare. Dessa skulle bl.a. vara aktörer som för närvarande finns på marknaden, som är oberoende och saknar band till SEB-koncernen och som har den kompetens och motivation som behövs för att konkurrera på de berörda marknaderna. Domstolen påpekade att kraven bidrar på ett verksamt sätt till att licensinnehavarna blir effektiva konkurrenter inom den tidsfrist som anges i åtagandena.³¹⁶ Med hänsyn till dessa omständigheter ansåg förstainstansrätten att åtagandenas giltighetstid var tillräcklig för att licensinnehavarna skall kunna etablera eller förstärka sina egna varumärken i deras egenskap av effektiva konkurrenter till varumärket *Moulinex*.³¹⁷

³¹² Ärende nr COMP/M.3149, p. 61 och 66

³¹³ Mål T-119/02, p.105-106

³¹⁴ Ibid, p.122-123

³¹⁵ Motsvarigheten till köparkriterier vid avyttringsåtaganden

³¹⁶ Mål T-119/02, p.126-127

³¹⁷ Ibid, p. 128

5.5 Åtgärder mot särskilda marknadsimperfektioner

Koncentrationer har ibland godkänts efter att parterna lovat att åtgärda vissa redan befintliga imperfektioner på marknaden. Kommissionens godkännande av Grupo Villar Mirs och EnBWs förvärv av gemensam kontroll över Hidroelectrica del Cantabrico är ett mycket intressant exempel. Villar Mir är en spansk företagsgrupp med intressen inom bl.a. fastigheter och konstruktion. EnBW är ett tyskt företag som kontrolleras av Electricitet de France (EDF), och är verksam inom produktion, försäljning och leverans av elektricitet. Via det gemensamma företaget Ferroatlantica skulle parterna alltså förvärva kontrollen över det fjärde största elföretaget i Spanien, Hidroelectrica. Marknadsimperfektionen i detta fall utgjordes av den bristfälliga överföringskapaciteten (av elektricitet) mellan Spanien och dess grannländer, främst Frankrike. Priserna på den spanska elgrossistmarknaden var attraktiva för aktörer i andra medlemsstater (vid tillfället var prisnivån cirka 30 % högre än i Frankrike och Tyskland), intresset för att exportera el till Spanien var därför mycket stort. Problemet var dock att den dagliga efterfrågan på tilldelning av överföringskapacitet till Spanien från de europeiska företagen var sju gånger större än den fysiska kapacitet som fanns tillgängligt.³¹⁸

Kommissionen befarade att om transaktionen godkändes skulle EDF (ett företag som traditionellt sett stått för mycket viktig del av kapaciteten mellan Frankrike och Spanien) vara mer intresserad av att bevara den rådande situationen med höga priser som inte är konkurrensutsatta än att öka exporten till den spanska marknaden genom en ökning av överföringskapaciteten.³¹⁹ I syfte att få igenom koncentrationen åtog sig EDF att vidta de åtgärder och utföra de arbeten som är nödvändiga för att öka den fransk-spanska samtrafiklinjens kommersiella kapacitet från 1100 MW till ungefär 4000MW, kapacitetsökningen skulle ske gradvis på kort och medellång sikt.³²⁰ Kommissionen kommenterade att åtgärderna *”kommer i framtiden att minska den spanska elmarknadens isolering och väsentligen öka möjligheterna för aktörer etablerade utanför Spanien att kunna konkurrera på denna marknad. De ökade förbindelsenivåerna kommer att möjliggöra en ökad export till den spanska marknaden, vilket ger en positiv effekt på prisnivåerna på elbörsen [...]”*³²¹ Man kan kanske tycka att åtagandena var lite väl långtgående och att kommissionen därmed tog tillfället i akt att lösa en marknadsimperfektion på parternas bekostnad (se mer om detta nedan).

I ett annat ärende hade enskilda bestämmelser i ett branschavtal mellan företag inom elsektorn skapat marknadsimperfektionen. De tyska koncernerna VEBA och VIAG (båda verksamma inom bl.a.

³¹⁸ Ärende nr COMP/M.2434, p.76

³¹⁹ Ibid, p.79, 116-117

³²⁰ Ibid, p.129-131

³²¹ Ibid, p.136

elektricitetsområdet) hade anmält sina fusionsplaner. Kommissionens undersökningar visade att det gällande branschavtalet gjorde det svårt för marknadsaktörer att verka på hela den tyska marknaden som exempelvis oberoende elhandlare i jämförelse med de stora elleveransföretagen (som VEBA/VIAG). Enligt avtalet delades Tyskland upp i två handelszoner, Zone Nord och Zone Süd. Om el levereras från den ena till den andra zonen eller till/från utlandet påläggs enligt bestämmelserna en transportavgift, den s.k. T-komponenten, på 0,125pf/kWh (0,25pf/kWh för den inre handelsgränsen). Endast de företag, som kan kvitta den el de levererar mot el som överskrider handelszonsgränsen i motsatt riktning, slipper betala T-komponenten. De större företagen som förfogade över ett vidsträckt distributionsområde åtnjöt därmed en privilegierad ställning vid kvittning.³²² Parterna åtog sig att motverka denna imperfektion genom att ändra sin prissättning av nätanvändning inom Tyskland på så sätt att den del av priset som utgörs av den nationella T-komponenten uppgår till 0,25pf/kWh.³²³ Kommissionen anmärkte att parternas avstående av T-komponenten skulle innebära att mindre företag i framtiden kunde leverera elektricitet till större delen av Tyskland på samma villkor som de stora koncernerna.³²⁴

Det bör dock påpekas att kommissionen måste vara övertygad om att det ligger inom parternas maktsfär att råda bot på marknadsimperfektionen. I *Volvo/Scania* ärendet utpekade marknadsundersökningar kraschtestet (det s.k. slagprovet för lastbilshytter) som krävdes enligt svensk lagstiftning som en sorts imperfektion. Konkurrenter till parterna kunde inte här sälja sina toppmodeller (som redan var godkända för försäljning i övriga Europa) eftersom dessa inte utsatts för kraschtestet. Kostnaderna för att gå igenom provet bedömdes överskrida de intäkter som skulle följa av försäljning.³²⁵ Volvo åtog sig att göra sitt yttersta för att se till att det svenska slagprovet för lastbilshytter skulle avskaffas så snart som möjligt och i vilket fall som helst senast sex månader efter det att beslut antagits av kommissionen.³²⁶ Vid sin bedömning konstaterar kommissionen att *"Slagprovet för lastbilshytter kan endast avskaffas av den svenska regeringen, som inte har angett att provet skulle avskaffas inom den period på sex månader som Volvo anger. Trots Volvos åtagande att göra sitt yttersta för att provet skall avskaffas är det därför inte möjligt att för denna bedömning dra slutsatsen att provet kommer att avskaffas"*.³²⁷

5.6 Frigörandet av "produktutrymme"

Vad som avses med åtaganden om att frigöra "produktutrymme" kan bäst visas genom ärendet *RTL/Veronica/Endemol*. Den 21 april 1995 mottog

³²² Ärende nr COMP/M.1673, p.39, 121

³²³ Ibid, p.221

³²⁴ Ibid, p.243

³²⁵ Ärende nr COMP/M.1672, p.57

³²⁶ Ibid, p.333

³²⁷ Ibid, p.339

kommissionen en begäran från den nederländska regeringen (i enlighet med art. 22 EECMR) om att undersöka en transaktion genom vilken RTL, Vereniging Veronica och Endemol Entertainment (alla verksamma inom mediabranschen) planerade att bilda ett gemensamt företag (HMG) för tillhandahållandet av tv- och radioprogram. Den 20 september 1995 fattade kommissionen beslutet om att förklara koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen drog slutsatsen att bildandet av HMG skulle leda till uppkomsten av en dominerande ställning på tv-reklammarknaden i Nederländerna, kombinationen av parternas befintliga kanaler RTL4 och RTL5 och den nya kommersiella kanalen Veronica skulle leda till en hög publikandel för HMG.

Vid tiden för kommissionens beslut hade parterna dock redan genomfört transaktionen och sedan skedde vissa betydelsefulla förändringar. Endemol avslutade sitt deltagande i HMG och parterna åtog sig att upphöra driva RTL5 som en kanal med allmän inriktning för att istället driva en nyhetskanal, dessutom lovade de att inte ändra nyhetskanalens grundläggande karaktär under en period på minst fem år.³²⁸ Kommissionen som godtog åtagandena påpekade att *”RTL:s nuvarande marknadsandel för Tv-reklam är ca 9 %. Det kan antas att marknadsandelen för en ny lågbudgetkanal med inriktning på att sända nyheter kommer att vara mindre än 2 %. Följaktligen kommer troligen nästan hela RTL5:s nuvarande marknadsandel att släppas fri för konkurrens [...] Efter omvandlingen av RTL5 kommer HMG endast att driva två kanaler med allmän inriktning [...], vilket ger större utrymme för konkurrenter som SBS”*.³²⁹ Åtagandena ansågs därför vara tillräckliga för att återupprätta den effektiva konkurrensen på den nederländska marknaden och koncentrationen godkändes.

5.7 Åtaganden om att leverera till/köpa av tredje part

Vissa koncentrationer kan ge upphov till en stor aktör som kan hota vissa underleverantörers möjligheter att förbli oberoende. I andra fall kan en transaktion hota leveranserna av en viss produkt. Kommissionen kan i sådana fall tänka sig godta åtaganden som säkerställer leverantörernas möjligheter att få avsättning för sina produkter eller utfästelser om att fortsätta leverera en viss produkt på skäliga villkor. I ärendet *Swedish Match/KAV* hade parterna anmält sina planer att omvandla KAVs tändsticksverksamhet till ett gemensamt företag. KAV, ett dotterbolag till KOC-koncernen, var den fjärde största tändstickstillverkaren i Turkiet. Vid kommissionens marknadsundersökningar uttryckte vissa grossister sina farhågor. Stor del av tändstickorna på den gemensamma marknaden som producerats utanför EES importerades av dessa grossister och många av dem hade KAV som sin leverantör. De var därför oroliga för att

³²⁸ Ärende nr IV/M.553, p.12

³²⁹ Ibid, p.15

transaktionen kunde leda till att det nya bolaget avbröt leveranserna eller endast levererade på oskäligen villkor.³³⁰ Kommissionen nöjde sig med att parterna lovade att under en tre års period fortsätta leverera tändstickor till dessa kunder på skäligen villkor och att inte vägra eventuella begäran om leveransökningar utan objektivt godtagbara skäl.³³¹

Ett annat ärende som kan nämnas här är *Bombardier/ADtranz*. Det kanadensiska företaget Bombardier avsåg att förvärva Daimler Chryslers järnvägsdivision ADtranz. Transaktionen skulle om den genomförts enligt den ursprungliga anmälan ha lett till att det nya företaget fått en dominerande ställning på marknaderna för regionaltåg och spårvagnar i Tyskland. Parterna föreslog ett antal olika åtaganden för att undanröja konkurrensproblemen. De åtog sig att under några år **leverera vissa komponenter** till Stadler Rail (ett schweiziskt företag) för att förstärka dennas roll som konkurrent till ADtranz på den tyska marknaden.³³² Vidare lämnades åtaganden för att garantera att två underleverantörer av elektrisk framdrivning (Kiepe och Elin) kunde fortsätta verka som oberoende aktörer, bl.a. lovade parterna att **köpa produkter och installationstjänster** från Kiepe upp till ett visst belopp under ett antal år.³³³ Kommissionen anmärkte att åtagandet skulle trygga Kiepes ekonomiska situation och ge företaget möjligheten att under tiden söka efter nya kunder.³³⁴

³³⁰ Ärende nr IV/M.997, p.42

³³¹ Ibid. Det bör dock påpekas att kommissionen i det här fallet intressant nog inte förenade sitt godkännandebeslut med villkor och ålägganden

³³² Ärende nr COMP/M.2139, p.96

³³³ Ibid, p.100

³³⁴ Ibid, p.107

6 Avslutande kommentarer

Ovan har vi sett den roll som frivilliga åtaganden spelar i koncentrationsärenden. Behandlingen har dock lämnat vissa frågor öppna och det är därför lämpligt att här föra en vidare diskussion.

I avsnitt 3.9 såg vi att kommissionen har en väldigt restriktiv inställning till beteendeariktade åtaganden. I 2007 års tillkännagivande nämns det att korrigerande åtgärder av sådan karaktär godtas endast undantagsvis i särskilda situationer.³³⁵ Formuleringen rimmar inte väl med domstolarnas uttalade praxis om att det saknar betydelse om det föreslagna åtagandet kan betecknas som beteendeariktat eller strukturellt. Uttalandena i tillkännagivandet ger snarare intrycket av att beteendeariktade åtaganden regelmässigt underkänns redan på grund av deras karaktär. Man kan fråga sig om kommissionen inte har haft som syfte att avskräcka parter från att lägga fram sådana åtaganden? Fokus måste ligga på frågan om åtagandena i det enskilda fallet är tillräckliga för att undanröja konkurrensproblemen och därmed göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. Huruvida åtagandena kan betecknas som strukturella eller beteendeariktade är därför helt irrelevant i sammanhanget. Bedömningen måste alltid göras från fall till fall, det finns inga ”standardåtaganden” som garanterar ett godkännande i varje situation. Att då uppställa en generell regel som stadgar att vissa typer av åtaganden endast kan godtas i undantagsfall är aningen häpnadsväckande.

En intressant fråga är vad som kan ligga bakom kommissionens konservativa uttalanden? Den har inte gjort en hemlighet av det faktum att strukturella åtaganden föredras och som skäl för detta bl.a. angett att sådana åtaganden inte kräver några övervakningsåtgärder på medellång eller lång sikt. Det är dock tydligt att det även finns andra outtalade skäl. Koncentrationer med gemenskapsdimension involverar mycket stora ekonomiska värden och är ofta väl uppmärksammade av internationell media. Viljan att ha en ”trofé” att visa upp för världspressen bör inte underskattas. Det smäller naturligtvis mycket högre att kunna förklara hur man lyckats få igenom betydande avyttringar i samband med godkännandet av en koncentration. Åtaganden där parterna lovar att bevilja tillgång till nödvändig infrastruktur, att fortsätta leverera till kunder eller att inte diskriminera kan vara minst lika effektiva i det enskilda fallet, men sådana åtgärder är inte lika uppseendeväckande som avyttringar och inte heller lika lätta att försvara inför en kritisk allmänhet. Hade jag fått utforma det nya tillkännagivandet skulle jag ha strukit de ovannämnda uttalandena samt indelningen strukturell/beteendeariktad och istället betonat vikten av den effekt som åtagandena uppnår. Kategorisering av åtaganden är minst lika olämpligt som kategorisering av människor. En enskild bedömning är alltid påkallad innan några slutsatser kan dras.

³³⁵ 2007 års tillkännagivande, p.17 och 69

I ärendet *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico* såg vi hur parterna åtog sig att råda bot på den bristfälliga överföringskapacitet som präglade den spanska elektricitetsmarknaden. De berörda företagen utfäste sig att genomföra omfattande arbeten för att mer än tredubbla den dåvarande kapaciteten. Man kan med detta ärende som exempel diskutera om det inte finns risk för att kommissionen ibland försöker åtgärda befintliga problem genom att av koncentrationsparterna kräva ett alltför högt ”pris”.

Vill man föra kritiken riktigt långt är ett argument att kommissionen kan använda sig av parternas ”frivilliga åtaganden” för att genomföra vad som inom den ekonomiska teorin kallas för ”market engineering”, dvs. att försöka omstrukturera och effektivisera marknader på ett sätt som går långt utöver undanröjandet av konkurrensproblem. Domstolarna granskar endast lagenligheten av kommissionens beslut och de är dessutom väldigt försiktiga med att ifrågasätta ekonomiska analyser som kommissionen har genomfört. Vi såg t.ex. ovan (avsnitt 3.2.1) hur det konstaterades att kommissionen åtnjuter ett visst utrymme för att genomföra en skönsmässig bedömning av ekonomiska omständigheter. Man kan därför argumentera att kommissionen kan utnyttja åtaganden för att ändra rådande marknadsförhållanden på ett sätt som koncentrationsförordningen inte avsett, och detta med liten risk för att beslutet sedan ska ogiltigförklaras av domstolarna.

Vill man inte gå så långt i sin kritik som att påstå att kommissionen i vissa fall medvetet tar sig an rollen som ”market engineer” kan man ändå argumentera att risken finns för att den omedvetet intar en mer fientlig inställning till koncentrationer liknande den som förekommer i ärendet *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico*. När kommissionen oroar sig för vissa befintliga imperfektioner åker alltså ”priserna” för koncentrationer upp i taket. En liknelse kan här göras till priset på guld och andra ädelmetaller som ökar dramatiskt när investerare börjar tvivla på aktiemarknadernas stabilitet.

I kommissionens grönbok om översyn av koncentrationsförordningen diskuterades det om en ändring bör införas som innebär att kommissionen ska spela en mer aktiv roll när det gäller att identifiera de åtgärder som den anser vara nödvändiga för att inte motsätta sig en anmäld koncentration.³³⁶ Någon sådan ändring genomfördes aldrig och vi har ovan sett hur principen om ansvarsfördelning uttryckligen stadgar att det ankommer på parterna att utforma och lägga fram tillfredsställande korrigerande åtgärder. Det är värt att diskutera om förslaget inte borde ha genomförts.

Begreppet ”frivilliga åtaganden” är trots allt missvisande. Företagen utformar sina förslag som en respons på kommissionens förväntade eller redan framlagda invändningar, beteckningen ”åtaganden under hot” är därför mer passande. Under sådana omständigheter vore det kanske lämpligare om kommissionen som ”utpressare” lägger fram sina krav som

³³⁶ KOM (2001) 745, p.221

de berörda företagen sedan får ta ställning till. Parterna behöver då inte försöka gissa sig fram till vilka åtgärder som kan vara tillfredsställande eller oroa sig för att de kan ha offrat mer än vad kommissionen skulle ha nöjt sig med. Förfarandet får dock inte bli ett "take it or leave it" upplägg, utan det måste finnas lite förhandlingsutrymme. Jag anser att informella samtal, liknande pre notification diskussioner, kan spela en mycket viktig roll under hela förfarandets gång. Regelbundna samtal i god anda mellan parterna och deras ombud och kommissionens ledamöter tror jag kan åstadkomma mycket mer än någon enstaka "oral hearing" eller formella "statement of objections". På så sätt undviker man också problemet med åtaganden som måste ändras eller kompletteras mycket sent under förfarandets gång.

I avsnitt 3.1 ovan har vi sett att kommissionens uttalade policy tidigare varit att endast under exceptionella omständigheter godta åtaganden som kräver ytterligare övervakning när de väl har genomförts. I ärendet *Boeing/McDonnell Douglas* angavs som en sådan exceptionell omständighet det faktum att ett förbud skulle hota viktiga amerikanska militära intressen. Koncentrationen uppmärksammades mycket i media och kommissionen kritiserades hårt av europeisk press. Det som jag finner anmärkningsvärt med beslutet är dock inte att kommissionen godtog beteendeoriktade åtaganden som krävde kontinuerlig övervakning, utan att den ansåg att amerikanska militära intressen är en faktor värd att beakta i samband med gemenskapens koncentrationskontroll. Jag försöker inte antyda att kommissionen, som många andra institutioner eller nationer för den delen, är amerikanernas knähund. Den har faktiskt vågat trotsa amerikanska intressen i samband med andra betydande koncentrationer, här kan t.ex. *GE/Honeywell* ärendet nämnas. Risken för att kommissionen ger efter för tryck från utomstående makter och därmed inte kräver lika omfattande åtaganden som den annars skulle ha gjort bör dock belysas. I samband med *Boeing/McDonnell Douglas* ärendet bestod trycket bland annat av hot från president Clinton om att införa handelsrestriktioner mot Europa om koncentrationen förbjöds.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att åtaganden fyller en mycket viktig funktion i koncentrationsärenden. Den fortsatta utvecklingen är naturligtvis svår att förutse, vissa mönster tror jag dock kan utstakas.

I *Tetra Laval* målet såg vi att kommissionen är skyldig att beakta löften rörande framtida beteende. Förekomsten av sådana åtaganden kommer säkerligen att öka, särskilt i åtgärdspaket som även inkluderar vissa avyttringar. De berörda företagen och kommissionen möts alltså halvvägs. Kommissionen får vissa strukturella åtaganden att "glänsa" med inför allmänheten och parterna får igenom sin koncentration utan att behöva genomföra omfattande avyttringar.

Vidare tror jag att upfront buyer och fix-it-first lösningar kommer att öka. Sådana åtaganden minskar riskerna för kommissionen betydligt, och samtidigt gör det möjligt för parter som verkligen är angelägna om att genomföra transaktionen att kunna undvika en lång och utdragen

undersökningsprocess. Slutligen tror jag också att kommissionen kommer att bli mer restriktiv vid godkännandet av potentiella köpare. Uttalandena i 2007 års tillkännagivande angående finansiella investerare (se avsnitt 4.2.2) kan vara en indikation på detta. Den kommer säkerligen att kräva en välutarbetad affärsplan som klart och tydligt visar att köparen har incitament, kompetens och tillräckliga resurser för att konkurrera effektivt med koncentrationsparterna.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck från EU

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

Rådets förordning nr 1310/97 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer. EGT nr L 180, 9.7.1997, s.1

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

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. EGT nr L 1, 4.1.2003, s.1

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

Kommissionens tillkännagivande om begreppet berörda företag enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89. EGT nr C 66, 2.3.1998, s.14

Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89. EGT nr C 66, 2.3.1998, s.25

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

Kommissionens grönbok om översyn av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, KOM (96) 19

Kommissionens grönbok om översyn av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, KOM (2001) 745

XXIX:e rapporten om konkurrenspolitiken 1999

XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken 2001

Amended proposal for a council regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings. EGT nr C 36, 12.2.1982, s.3

Amended proposal for a council regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings. EGT nr C 51, 23.2.1984, s.8

Amended proposal for a council regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings. EGT nr C 324, 17.12.1986, s.5

Amended proposal for a council regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings. EGT nr C 130, 19.5.1988, s.4

Offentligt svenskt tryck

Prop. 1998/99:144 *Regler om företagskoncentration*

SOU 2006:99 *En ny konkurrenslag*

Litteratur

Cook, C.J, Kerse, C.S, *EC Merger Control*, 3:e utgåvan, Sweet & Maxwell, London, 2000

Coyet, Johan, Gustafsson, Leif, m.fl. *Konkurrensrätten inom EU och EES-en handbok*, Fritzes, Göteborg, 1994

Lindsay, Alistair, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2003

Navarro, Edurne, Font, Andrés, m.fl. *Merger Control in the European Union: Law, Economics and Practice*, 2:e utgåvan, Oxford University Press, New York, 2002

Ortiz Blanco, Luis, *European Community Competition Procedure*, 2:e utgåvan, Oxford University Press, New York, 2006

Wetter, Carl, Karlsson, Johan, m.fl. *Konkurrensrätt- en handbok*, 3:e utgåvan, Thomson Fakta: Advokatfirman Vinge, Stockholm, 2004

Wish, Richard, *Competition Law*, 4:e utgåvan, Butterworth, London, 2001

Artiklar

Ahlborn, C, Turner, V, *Expanding Success? Reform of the E.C. Merger Regulation*, [1998] 19 ECLR

Broberg, M, *Commitments in phase one merger proceedings: The Commission's power to accept and enforce phase one commitments*, [1997] 34 CMLRev

Ersboll, N.C, *Commitments under the Merger Regulation*, [2001] 9 ECLR

Holmes, S, Turnbull, S, *Remedies in Merger cases: Recent Developments*, [2002] 10 ECLR

Krause, H, *Article 6(1)b EC Merger Regulation: Improving the Reliability of Commitments*. [1994] 15 ECLR

Rakovsky, C, *EC merger control: Ten years on. Papers from the EC merger control 10th anniversary conference*, International Bar Association, 2000

Elektroniska källor

Advokatbyrån Crowell & Moring,
Comments on the European Commission's draft notice on remedies acceptable under council regulation (EEC) No 139/2004 and under commission regulation (EC) No 802/2004.
[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/files_remedies/crowell.pdf] (23/11-07)

Kommissionens utkast till ett nytt tillkännagivande, *Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation*.
[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf] (20/10-07)

Kommissionens förslag till ändringar av förordning nr 802/2004, *Draft amendments to the merger implementing regulation*.
[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_amendments_regulation.pdf] (20/10-07)

Kommissionens standard mallar och Best Practice Guidelines, *Best practice on divestiture commitments; Model texts for divestiture commitments, Model texts for trustee mandate*.
[<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>] (9/11-07)

Kommissionens studie om korrigerande åtgärder, *Merger Remedies Study*.
[<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>] (9/11-07)

Kommissionens statistik beträffande koncentrationsärenden, *European Merger Control- Council Regulation 139/2004- Statistics*.
[<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>] (4/1-08)

Kommissionens pressmeddelanden

IP/00/313 *Commission clears joint venture between Shell and BASF subject to commitments. Den 30 mars 2000*

IP/00/1076 *Commission clears acquisition of Bestfoods by Unilever subject to a significant package of divestments. Den 29 september 2000*

IP/00/1457 *Commission authorises acquisition of control of Rexroth by Robert Bosch GmbH subject to conditions. Den 13 december 2000*

IP/03/614 *Commission publishes best practice guidelines for divestiture commitments in merger cases. Den 2 maj 2003*

Rättsfallsförteckning

Mål från EG-domstolen

- 6/72 Europemballage Corporation och Continental Can Company
mot Europeiska gemenskapernas kommission
- 12/03 Europeiska gemenskapernas kommission *mot* Tetra Laval BV

Mål från förstainstansrätten

- T-83/91 Tetra Pak International SA *mot* Europeiska gemenskapernas
kommission
- T-102/96 Gencor Ltd *mot* Europeiska gemenskapernas kommission
- T-158/00 ARD *mot* Europeiska gemenskapernas kommission
- T-210/01 General Electric Company *mot* Europeiska gemenskapernas
kommission
- T-05/02 Tetra Laval BV *mot* Europeiska gemenskapernas kommission
- T-119/02 Royal Philips Electronics NV *mot* Europeiska
gemenskapernas kommission
- T-177/04 EasyJet Airline Co Ltd *mot* Europeiska gemenskapernas
kommission
- T-87/05 Energias de Portugal SA *mot* Europeiska gemenskapernas
kommission

Kommissionens beslut

- | | |
|----------|----------------------------|
| IV/M.157 | Air France/Sabena |
| IV/M.553 | RTL/Veronica/Endemol |
| IV/M.616 | Swissair/Sabena |
| IV/M.619 | Gencor/Lonrho |
| IV/M.623 | Kimberly-Clark/Scott Paper |
| IV/M.877 | Boeing/McDonnell Douglas |
| IV/M.942 | VEBA/Degussa |
| IV/M.986 | Agfa-Gevaert/DuPont |
| IV/M.997 | Swedish Match/KAV |

IV/M.1157	Skanska/Scancem
COMP/M.1378	Hoechst/Rhone Poulenc
IV/M.1381	Imetal/English China Clays
IV/M.1383	Exxon/Mobil
COMP/M.1439	Telia/Telenor
IV/M.1578	Sanitec/Sphinx
COMP/M.1672	Volvo/Scania
COMP/M.1673	VEBA/VIAG
COMP/M.1684	Carrefour/Promodes
COMP/M.1741	MCI WorldCom/Sprint
COMP/M.1751	Shell/BASF
COMP/M.1795	Vodafone Airtouch/Mannesmann
COMP/M.1838	BT/EAST
COMP/M.1915	The Post Office/TPG/SPPL
COMP/M.1980	Volvo/Renault V.I
COMP/M.1990	Unilever/Bestfoods
COMP/M.2033	Metso/Svedala
COMP/M.2060	Bosch/Rexroth
COMP/M.2097	SCA/Metsä Tissue
COMP/M.2139	Bombardier/ADtranz
COMP/M.2220	GE/Honeywell
COMP/M.2277	Degussa/Laporte
COMP/M.2337	Nestlé/Ralston Purina
COMP/M.2416	Tetra Laval/Sidel
COMP/M.2434	Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico
COMP/M.2544	Masterfoods/Royal Canin
COMP/M.2547	Bayer/Aventis Crop Science
COMP/M.2621	SEB/Moulinex
COMP/M.3149	Procter & Gamble/Wella
COMP/M.3280	Air France/KLM
COMP/M.3440	ENI/EDP/GDP
COMP/M.3653	Siemens/VA Tech
COMP/M.4000	Inco/Falconbridge
COMP/JV.19	KLM/Alitalia
COMP/JV.37	BSkyB/KirchPayTv
COMP/31.043	Tetra Pak II