

Ensam de facto kontroll – en konkurrensrättslig blick in i framtiden

LARS JOHANSSON*

1. Inledning

Professor i civilrätt, närmare bestämt inom immaterialrätt, europeisk integrationsrätt och associationsrätt – med en sådan spännvidd är Lars Pehrson självfallet en källa till stora kunskaper och därmed en uppskattad diskussionspartner i komplexa juridiska frågor. Som praktiskt verksam advokat möter man inte sällan rätt besvärliga frågeställningar som berör ett flertal rättsområden. Särskilt i dessa lägen har det varit värdefullt att på ett eller annat sätt ta del av Lars mycket breda och djupa kunnande. Alltid har det inneburit ett mervärde.

I val av ämne föll det sig naturligt att välja något med anknytning till frågor inom de av Lars områden som vi berört någon gång – det finns många. Ämnet fick bli en fråga som omfattar både europeisk integrationsrätt och associationsrätt eller mer precist, konkurrensrätt och aktiebolagsrätt. Frågan angår innebörden av begreppet *kontroll* i konkurrensrättsliga sammanhang, närmare bestämt i samband med företagskoncentrationer och frågan om så kallad *ensam de facto kontroll*. Den konkurrensrättsliga *kontroll*frågan har jag haft glädjen att diskutera ingående med Lars i skarpt läge, även i det sammanhanget med väsentligt mervärde. Ännu mer självklart känns valet av *kontroll* som ämne när jag tänker på den allmängiltiga innebörden i ordet kontroll och bilden av Lars som hundägare dyker upp. Om det är svårt att exakt definiera ordet kontroll kan det vara bra att närma sig frågan och tänka på vad det typiskt sett *inte* är. Kontroll var det inte alltid när Lars flat coated retriever Rex med stor lust deltog i kalas. Det senare ska det dock inte handla om här.

Genomarbetade konkurrensregler blir mer och mer vanliga över hela världen. I sina substantiella huvuddelar är de olika konkurrensregleringarna likartade och omfattar regler kring konkurrensbegränsande samar-

* Advokat vid Roschier Advokatbyrå KB.

bete och missbruk av dominerande ställning. De flesta länders konkurrensreglering innehåller också någon form av regler för prövning av företagskoncentrationer (eng. merger control). Utöver nationella regler finns också förvärvsprövningsregler i mellanstatliga samarbeten som inom EU och COMESA¹. Även om grundkomponenterna är desamma i de olika rättsordningarnas konkurrensregimer är reglerna inte samordnade. Att reglerna inte är samordnade blir än mer uppenbart när man ser hur de olika reglerna tillämpas.

Inom EU och dess medlemsstater är likheten mellan konkurrensregleringarna väsentligt större. Reglerna kring konkurrensbegränsande samarbete (artikel 101 FEUF) och missbruk av dominerande ställning (artikel 102 FEUF) har sina nationella motsvarigheter i medlemsstaterna och de nationella konkurrensmyndigheterna är behöriga att tillämpa artiklarna 101 och 102 FEUF. Av EU:s regelverk följer också att medlemsstaterna och dess myndigheter ska verka för en enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna.

Regler kring prövning av företagskoncentrationer uppvisar de största olikheterna, även mellan medlemsstaterna inom EU. Olikheterna kan bland annat förklaras mot bakgrund av skiftande nationella förhållanden, jurisdiktionernas varierande ekonomiska storlek och styrka samt juridisk tradition. Skillnaderna gör det många gånger till ett omfattande och komplicerat arbete när en företagskoncentration berör flera länder. Utöver komplexiteten i att navigera mellan rättsordningarnas olikheter, kan utgången i den reella prövningen många gånger vara svårförutsägbar. De olika konkurrensmyndigheterna arbetar med olika regelverk och enligt olika rutiner. En grundregel i alla transaktioner är därför att mycket tidigt identifiera *om* ett förvärv kan vara anmälningspliktigt, *var* anmälan kan vara aktuell och vilken *betydelse* en sådan anmälningsplikt kan få för den aktuella transaktionen.

Arbete med konkurrensrätt i Sverige innebär parallellt arbete med konkurrensregler på EU-nivå och på svensk nivå. Viss insikt i andra närliggande jurisdiktioner är också viktig. I samband med företagskoncentrationer är det viktigt med snabb och precis rådgivning, ofta utan tillgång till all relevant fakta. När andra jurisdiktioner aktualiseras är det viktigt med viss insikt, men också tillgång till ett nätverk med lokal expertis. I denna snåriga rådgivning är det ibland undflyende begreppet *kontroll* en återkommande frågeställning. Inom EU och dess medlemsstater tillämpas begreppet *kontroll* på ett likartat sätt i samband med prövning av företagskoncentrationer. I det följande kommer *kontroll*begreppet granskas mot bakgrund av EU:s och den svenska regleringen om företagskoncentrationer.

¹ COMESA, Common Market for Eastern and Southern Africa, www.comesa.int.

2. Konkurrensrättslig prövning av företagskoncentrationer

2.1 Kort historik

Syftet med prövning av företagskoncentrationer är att möjliggöra för konkurrensmyndigheter att ingripa mot strukturella förändringar på marknaden som kan vara skadliga för konkurrensen. För att möjliggöra en effektiv kontroll och prövning finns uttryckliga regler för när en anmälan om företagsförvärv ska göras och hur sådana ärenden ska hanteras. I det här sammanhanget kan reglerna kring kontroll av företagskoncentrationer tas för givna.

Egentliga regler kring företagsförvärv kan härledas till USA och slutet av 1800-talet. Tillämpningen var då väsentligt annorlunda och under en lång tid sågs företagssammanslagningar som något positivt eftersom stora företag ansågs driva på utveckling och stärka den amerikanska ekonomiska ställning internationellt. Under senare delen av 1900-talet ändrades hållningen till att bli mer interventionistisk.

Uttryckliga regler angående prövning av företagsförvärv antogs inom EU 1989 med ikraftträdande september 1990, en relativt sentida reglering som nu fått en allt större betydelse. Reglerna har sedan dess ändrats flera gånger och nu gällande förordning antogs 2004.² I Sverige har regler om kontroll av företagskoncentrationer funnits redan före den på EU-rätt grundade konkurrenslagen som trädde i kraft den 1 juli 1993. De äldre konkurrensreglerna från 1982 tillämpades dock i ringa omfattning. Konkurrenslagen från 1993 införde regler om anmälan när de berörda företagen (köparsidan och målbolaget) tillsammans hade en omsättning på fyra miljarder kronor. För en koncern med en större omsättning innebar det att egentligen alla förvärv blev anmälningspliktiga. Reglerna har sedan dess förändrats flera gånger för att passa för svenska förhållanden och för att med större säkerhet träffa de förvärv som kan innebära negativa strukturella förändringar på den svenska marknaden. Nuvarande reglering gäller sedan den 1 november 2008³, men har ändrats åtskilliga gånger därefter och kommer säkerligen ändras igen.

De flesta jurisdiktioner med konkurrensregler har också ett regelverk som innehåller någon form av tröskelvärde för när anmälan av ett företagsförvärv ska göras, eller när prövning är möjlig. Tröskelvärdet kan utgöras av storlek på omsättning eller marknadsandelar (ibland kombinerat). Variationen mellan olika system är stor.

² Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari om kontroll av företagskoncentrationer EUT nr L 24, 29.1 2004 (cit. Koncentrationsförordningen) s. 1.

³ Konkurrenslagen (2008:579) (cit. KL).

2.2 EU:s koncentrationsförordning

Inom EU gäller som huvudprincip anmälningsplikt till Europeiska kommissionen om de inblandade parterna (å ena sidan det förvärvande företaget och den koncern det förvärvande bolaget ingår i och å andra sidan det företag eller den företagsgrupp som förvärvas) sammanlagda omsättning i världen överstiger 5 miljarder euro och respektive part har en omsättning inom EU som överstiger 250 miljoner euro. Till detta finns ytterligare regler avsedda att fånga större företagsförvärv som berör flera medlemsländer samt ett omfattande system för hänskjutande av prövningen från Europeiska kommission till nationella myndigheter respektive hänskjutande från nationella myndigheter eller förvärvande företag till Europeiska kommissionen. Europeiska kommissionen har exklusiv behörighet att pröva företagskoncentrationer som faller inom deras behörighet.⁴ Med den så kallade *one-stop-shop*-principen följer att en företagskoncentration som prövas av Europeiska kommissionen (gemenskapsdimension) inte kan prövas av en nationell myndighet inom EU. I de fallen finns bara anmälningskyldighet till Europeiska kommissionen och koncentrationen kan bara prövas där om inte hänskjutande till nationella myndigheter äger rum.

2.3 Konkurrenslagen

I Sverige finns enligt 4 kap. 6 § konkurrenslagen en skyldighet att anmäla en företagskoncentration om de berörda företagen tillsammans har en årsomsättning i Sverige som överstiger 1 miljard kronor och minst två av de berörda företagen har en årsomsättning i Sverige som överstiger 200 miljoner kronor. Av 4 kap. 10 § konkurrenslagen följer att en koncentration som uppfyller dessa nivåer ska anmälas innan koncentrationen genomförs.

En liten, men inte obetydlig, skillnad mellan EU:s regler och de svenska reglerna är att det i Sverige kan komma ifråga att pröva företagskoncentrationer även om det andra tröskelvärdet om 200 miljoner kronor i årsomsättning i Sverige inte är uppfyllt för en av parterna.⁵ Det är också möjligt att inkomma med en frivillig anmälan i sådana situationer.⁶ Prövningar av sådana mindre transaktioner har under senare år skett i ett betydande antal fall och i ett flertal fall även lett till att förvärvet inte genomförts (dragits tillbaka) eller till och med förbjudits. I samtliga fall har det varit föremålet för förvärvet (målbolaget eller target) som inte haft mer än 200 miljoner kronor i omsättning och förvärvaren har varit ett större bolag med en

⁴ Koncentrationsförordningen artikel 21(2).

⁵ Konkurrensverket kan i sådana fall ålägga en part att inkomma med anmälan, KL 4 kap. 7 § 1 p.

⁶ Se KL 4 kap. 7 § 2 p.

väsentligt större omsättning. Vid olika tidpunkter har det ifrågasatts om förvärv av ett bolag med en omsättning under 200 miljoner kronor kan vara så betydelsefulla för konkurrensen på den svenska marknaden att de av konkurrensskäl inte kan tillåtas. Som motivering till prövningen av dessa förvärv och möjligheten att förbjuda dessa, har bland annat angetts situationen när ett redan starkt företag undan för undan köper upp mindre konkurrenter eller då ett starkt företag på en koncentrerad marknad förvärvar ett nyetablerat företag som skulle kunna utmana förvärvarens ställning.⁷ I det sammanhanget är det nu intressant att notera att Europeiska kommissionen visat intresse för det svenska systemet som en möjlighet att kunna pröva större företags förvärv av innovativa företag som ännu inte genererat omsättning eller någon mer betydande omsättning.

2.4 Överväganden vid koncentrationsanmälningar

En anmälningsskyldighet för en företagskoncentration innebär många gånger en betydande investering i tid och stora kostnader. Självfallet finns också en risk i och med att det inte är givet att den tänkta koncentrationen kommer att godkännas eller genomföras på det sätt som avsetts. Eftersom konsekvensen kan vara att ett förvärv inte kan genomföras, är redan en viss sannolikhet för att ett ingripande kommer ske en risk som måste beaktas.

Anmälningsskyldiga förvärv får heller inte genomföras före det att vederbörliga godkännanden från konkurrensmyndigheter har inhämtats.⁸ I många jurisdiktioner finns möjligheter att utfärda sanktioner vid utebliven anmälan. Enligt koncentrationsförordningen kan en utebliven anmälan till Europeiska kommissionen träffas av böter på upp till 10 % av de inblandade bolagens sammanlagda omsättning.⁹ I Sverige finns ingen sådan sanktionsmöjlighet, däremot kan Konkurrensverket vid vite förelägga ett företag att inkomma med anmälan.¹⁰ Fullföljdsförbudet, eller stand-still, innebär att parterna i en koncentration inte får vidta någon åtgärd för att fullfölja koncentrationen, exempelvis att inte rösta för förvärvade aktier.

Företagsförvärv omfattar inte sällan ett flertal olika länder och därmed olika system för prövning. Det som kallas multi-jurisdictional filings (flera anmälningar till olika konkurrensmyndigheter för ett och samma förvärv) är ett komplext område där bristen på enhetlighet många gånger gör det utmanande för inblandade parter. Koncentrationsprövningar kan skilja sig på många olika områden – till exempel när bedöms det förelägga en

⁷ Jfr prop. 1996/97:82 s. 10 och prop. 2007/08:135 s. 201 f.

⁸ För EU se artikel 7 i Koncentrationsförordningen, suspensionsregeln (avviker något från den svenska motsvarande regeln i 4 kap. 12 § 1 st. med 4 kap. 11 § KL).

⁹ Koncentrationsförordningen, artikel 14.2(a).

¹⁰ KL 6 kap. 1 § 7 p.

anmälningspliktig koncentration, vilka tröskelvärden gäller, när kan anmälan göras, hur ser handläggningsprocessen, vilka faktorer vägs in i bedömningen, vilka sanktioner finns etc.?

Alla olika beståndsdelar som utgör grund för prövning av företagskoncentrationer är väsentliga och måste noga beaktas av företagets rådgivare. En utebliven anmälan när anmälningsskyldighet föreligger kan få stora konsekvenser i form av böter för utebliven anmälan, men också i slutändan som värst innebära ett förbud. I detta begränsade sammanhang kommer den för bedömningen avgörande frågan om *kontroll* att diskuteras.

3. Begreppet *kontroll*

Som gemensam nämnare för utlösande av anmälningsplikt för en företagskoncentration enligt EU:s förvävsregler och svensk konkurrensrätt¹¹ gäller att det ska ha skett en övergång av *kontroll*. Är så fallet infaller anmälningsplikt förutsatt aktuella tröskelvärden är uppfyllda. För svensk del kan som nämnts ovan förvärv som inte uppfyller det andra tröskelvärdet prövas (se ovan). Om inte *kontroll* övergår, finns enligt EU:s eller svenska reglerna ingen jurisdiktion även om det kan uppstå skadliga effekter till exempel i samband med ett förvärv av minoritetsandelar.¹² En annan sak är att reglerna om förbud mot konkurrensbegränsande samarbete kan komma att aktualisera i vissa sådana situationer.

Själv *kontroll*begreppet är gemensamt i svensk rätt och i EU-rätten. I den svenska konkurrenslagen talas om att en företagskoncentration uppstår om *kontrollen* av ett företag varaktigt förändras.¹³ Motsvarande begrepp används i koncentrationsförordningen.¹⁴

Kontroll är ett begrepp som ofta används vardagligt och täcker många betydelser. Trots dess breda användningsområde finns en ganska klar uppfattning om vad begreppet innebär. Begreppet förekommer också i flera juridiska sammanhang utan att ha någon helt enhetlig betydelse. För den konkurrensrättsliga prövningen i samband med företagsförvärv preciseras innebörden genom Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om

¹¹ Motsvarande gäller i de flesta jurisdiktioner, undantag där rena minoritetsförvärv är anmälningspliktiga.

¹² Se interimistiskt beslut i mål T-411/07 R Aer Lingus mot Kommissionen av den 18 mars 2008, punkt 65 och dom Aer Lingus Group mot Kommissionen, T-411/07, EU:T:2010:281, punkt 65.

¹³ 1 kap. 9 § 2 st. KL.

¹⁴ Artikel 3 (1).

behörighet från 2008¹⁵, (Tillkännagivandet) som ofta också hänvisas till som Jurisdictional Notice. Tillkännagivandet är även vägledande för tolkningen och tillämpningen av den svenska konkurrenslagen.¹⁶

Begreppet *kontroll* behandlas utförligt i avsnitt B II av Tillkännagivandet (främst i punkterna 11–90, men även på andra ställen). *Kontroll*begreppet är viktigt *dels* för att avgöra om ett förvärv är anmälningspliktigt på grund av övergång av kontroll, *dels* för att avgöra vilka företags omsättning som ska inkluderas i beräkningen av om omsättningströsklarna för anmälan är uppnådda. Tillkännagivandet klargör att begreppet kontroll enligt förvärvsreglerna kan skilja sig från hur det tillämpas och tolkas inom andra delar av gemenskapslagstiftningen och nationella regler.¹⁷ Begreppet kontroll inom konkurrensrättsliga förvärvsprövningar kan därför utgöra en egen fast punkt för analys utan att behöva relateras till andra områden. Det står även klart genom Tillkännagivandet att begreppet kontroll i samband med prövning av företagskoncentrationer inte behöver sammanfalla med eventuell bedömning av kontroll enligt associationsrättsliga regler.¹⁸

I de flesta sammanhang är det relativt lätt att avgöra om *kontroll* över ett företag övergått. Ett förvärv av samtliga aktier i ett bolag betyder att *kontrollen* övergår till den nye ägaren. I ett sådant fall är det fråga om att ett rent moder- och dotterbolagsförhållande som uppstår. Uppfylls övriga förutsättningar för anmälan av företagskoncentration ska anmälan ske. Förvärvsreglerna har dock en mycket mer långgående ambition och omfattar inte endast detta enkla exempel på ett förvärv av samtliga aktier i ett bolag. Situationen kan vara betydligt mer komplicerad när det inte är samtliga aktier, utan endast en mindre post som förvärvas och det finns kvar eller tillkommer andra starka ägare. Den centrala frågan är huruvida en ny ägare genom sitt förvärv har fått möjligheten att *utöva ett avgörande inflytande* över ett företag. I så fall innebär det att *kontroll* övergått. Utöver att ett avgörande inflytande ska erhållits, måste det även vara frågan om en *varaktig* förändring av makt- och marknadsstrukturen för det ska anses ha skett en övergång av *kontroll*.¹⁹

Trots att det kanske kan tyckas enkelt att avgöra om *kontroll* föreligger eller inte är det många gånger i praktiken förenat med många svårigheter. Inte sällan är det en svår balans mellan *å ena sidan kontroll* som innebär

¹⁵ Fullständigt namn är Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer, EUT C 95, 16.4.2008.

¹⁶ Se exempelvis prop. 2007/08:135 s. 187.

¹⁷ Tillkännagivandet, punkterna 22 och 23.

¹⁸ Se Tillkännagivandet, punkt 22 och avgöranden nämnda i noterna därtill. I denna artikel kursiveras ordet kontroll för att förtydliga när begreppet används i en strikt koncentrationskontrollmässig betydelse.

¹⁹ Se not 20 och artikel 3.1 i Koncentrationsförordningen samt Tillkännagivandet, punkterna 7 och 28–35.

ett avgörande inflytande på bolaget som medför en varaktig förändring av makt- och marknadsstrukturen och å *andra sidan* inflytande eller insyn som inte innebär *kontroll* i den mening som gäller i samband med prövning av företagskoncentrationer. Exempelvis kan i bolag med flera ägare ett aktieägaravtal som reglerar möjligheter för de olika ägarna att utöva inflytande och påverka beslut, många gånger vara avgörande för om *kontroll* föreligger eller inte. Detta tillför många gånger en betydande komplexitet i förhandlingar mellan olika ägare. Ibland eftersträvas *kontroll* trots att man inte har en majoritet av aktierna. Ibland vill man inte alls ha *kontroll*, inte ens som bolagets störste ägare.

Kontroll uppnås genom rättigheter, avtal eller andra medel som, antingen var för sig eller tillsammans och med hänsyn till alla faktiska eller rättsliga förhållanden, ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag.²⁰ Möjligheten att utöva ett bestämmande inflytande tolkas vitt och redan möjligheten att utöva bestämmande inflytande är tillräckligt. Det behöver inte ha skett, men möjligheten ska vara reell och effektiv.²¹

4. Olika typer av kontroll

Begreppet *kontroll* kan alltså användas i en begränsad innebörd i samband med konkurrensrättslig prövning av företagskoncentrationer. *Kontroll* är möjligheten att utöva bestämmande inflytande över ett annat företag.

- **Ensam *kontroll***²² (sole control) innebär att ett företag ensamt har möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över ett annat företag. *Kontrollen* kan vara positiv i den meningen att det är möjligt att bestämma strategiska kommersiella beslut i ett annat företag eller negativ i den meningen att det finns vetomöjligheter. Det är som sagt inte nödvändigt att *kontrollen* utövas, utan att möjligheten finns.
- **Gemensam *kontroll***²³ (joint control) föreligger när två eller flera företag har möjligheten utöva ett avgörande inflytande över ett annat företag. Oftast blir det då frågan om möjligheten att förhindra beslut i frågor som avgör strategiska kommersiella frågor som medför *kontroll*.
- **Rättslig *kontroll*** (de jure kontroll) uppstår när ett företag förvärvar majoriteten av rösterna i ett annat företag²⁴, när en minoritetsägare har

²⁰ Koncentrationsförordningen artikel 3.2.

²¹ Se dom *Cementbouw & Industries BV mot Kommissionen*, T-282/02, EU:T:2006:64, punkterna 40–42.

²² Tillkännagivandet, punkt 54.

²³ Tillkännagivandet, punkt 62.

²⁴ Tillkännagivandet, punkt 56.

aktier med vissa rättigheter som gör det möjligt att utöva ett bestämmande inflytande över strategiska beslut i ett annat företag eller när ett företag har möjligheten att utöva negativ *kontroll*²⁵ över ett annat företag.²⁶

- **Faktisk *kontroll*** (de facto *kontroll*) är lite mer oprecist men omfattar situationer när ett företag i praktiken har bestämmande inflytande över ett annat utan att ha rättslig kontroll. Begreppet de facto kontroll har i redovisningssammanhang kommit att preciseras i den internationella standarden för redovisning av företag och organisationers ekonomi, International Financial Reporting Standards (IFRS). I IFRS 10 som kom 2011 sägs att med de facto kontroll menas att ett företag i praktiken har bestämmande inflytande trots att det inte innehar majoriteten av rösterna. Som redan noteras ovan är *kontroll*begreppet unikt för koncentrationsprövningar, men viss vägledning följer även av IFRS. För att avgöra de facto kontroll enligt IFRS ska man titta på ägarandel i relation till spridningen av ägandet och hur övriga ägare agerar. Står det inte klart om de facto kontroll föreligger ska man enligt IFRS inte bedöma att man har ett bestämmande inflytande.

Ovan beskrivna *kontroll*typer kan kombineras på olika sätt; *kontroll* kan vara ensam rättslig, gemensam rättslig, ensam faktisk och gemensam faktisk. Den rättsliga *kontrollen*, både ensam och gemensam, är relativt tydlig. Den gemensamma rättsliga *kontrollen* är typisk i olika former av joint-venture bolag. Gemensam faktisk *kontroll* är ganska ovanlig.

Det är viktigt att framhålla att förändringar i *kontrollens* karaktär kan innebära *kontroll*förändringar som utlöser anmälningsplikt. Typexemplet är en övergång från gemensam till ensam *kontroll*. Skälet till att en sådan förändring utgör en *kontroll*förändring är att en aktieägare som har egen *kontroll* inte behöver ta hänsyn till en annan aktieägare.²⁷ En *kontroll*förändring kan även följa oavsiktligt eller på grund av tredje mans agerande, till exempel som en konsekvens av att det sker förändringar i övriga ägares ägande i ett bolag.²⁸

En *kontroll*typ som visat sig vara särskilt svår att bedöma är *ensam de facto (faktisk) kontroll*. De IFRS-regler som hänvisats till ovan försöker för redovisningssammanhang klargöra när bestämmande inflytande innebär att ett företag ska tas in i koncernredovisningen. Även om det finns en viss likhet i bedömningen mellan IFRS regler och konkurrensrätten, har begreppet ensam de facto *kontroll* en autonom juridisk betydelse i företagskoncentrations-sammanhang. I praktiken uppkommer frågan om när

²⁵ Tillkännagivandet, punkt 57.

²⁶ Tillkännagivandet, punkt 58.

²⁷ Tillkännagivandet, punkt 89.

²⁸ Tillkännagivandet, punkt 21.

ensam de facto *kontroll* föreligger tydligast i noterade bolag med ett spritt ägande där ingen ägare har en majoritet av rösterna (skulle någon ägare ha en sådan majoritet föreligger ensam rättslig (de jure) *kontroll*). Det tycks som den konkurrensrättsliga bedömningen än så länge är lite mer sofistikerad än IFRS. Detta kan förklaras av att den Europeiska kommissionen haft att flera gånger ta ställning till frågan i samband med prövning av företagskoncentrationer. Nedan diskuteras mer specifikt kring denna prövning av när *ensam de facto kontroll* föreligger och kommissionens beslutspraxis kring detta.

5. Ensam de facto *kontroll*

5.1 Förvärv av minoritetsandelar – anmälningsskyldighet?

Förvärv av minoritetsandelar ger i sig inte möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande som utlöser en anmälningsskyldighet. För att ett förvärv ska vara anmälningsskyldigt förutsätts att *kontroll* förvärfas, ensam eller gemensam, och sådan *kontroll* fås alltså inte av endast en sådan minoritetsandel i sig. Förvärv av icke-kontrollerande minoritetsandelar kan medföra konkurrensrättsliga problem. En minoritetsägare kan, även om man inte har *kontroll*, ha ett väsentligt inflytande över beslut i ett delägt bolag. Ett företag som har ett minoritetsägarande i en konkurrent, kan försöka påverka prissättning och begränsa utbudet. Minoritetsägandet kan leda till att den ena konkurrenten försöker öka den andra konkurrentens kostnader och påverka dess kommersiella strategier. För att hantera dessa konkurrensrättsliga problem finns i vissa jurisdiktioner därför en anmälningsskyldighet för förvärv av minoritetsposter även om minoritetsförvärvet inte leder till *kontroll*.²⁹ En generell anmälningsskyldighet även vid förvärv av minoritetsandelar innebär att antalet förvärv som omfattas av anmälningsskyldighet utvidgas avsevärt, vilket självfallet innebär en ökad börda både för inblandade parter och prövande myndigheter. I syfte att kunna förhindra förvärv som kan innebära att konkurrensen skadas har Europeiska kommissionen häromåret framlagt ett förslag om en sådan prövningsmöjlighet.³⁰ Olika modeller för en sådan prövning föreslogs. För ögonblicket ser det dock ut att vara skjutet på framtiden med beaktande av den ökade administrativa börda det skulle innebära. Med andra ord finns inte nu någon möjlighet för Europeiska kommissionen att utreda eller ingripa mot ett förvärv av

²⁹ Så är exempelvis fallet i England, Tyskland, USA och Österrike.

³⁰ Ursprunglig konsultation 2013 Vitbok – En effektivare kontroll av företagskoncentrationer i EU (2014).

en minoritetsandel om det saknar koppling till ett förvärv av *kontroll*. Inte heller i Sverige finns en sådan möjlighet.

Ett förvärv av en minoritetsandel kan dock innebära att *kontroll* förvärvas. Ofta är det då gemensam *kontroll* som en konsekvens av bestämmelser i ett aktieägaravtal eller liknande. I vissa fall kan en minoritetspost innebära ensam *kontroll* på grund av särskilda rättigheter. Ett förvärv kan avse aktier förenade med särskilda rättigheter som ger möjlighet till bestämmande inflytande över målbolagets affärsstrategi, till exempel genom att utse mer än hälften av bolagets ledning eller styrelsens ledamöter eller om den organisatoriska strukturen medför en sådan rätt.³¹ Ett annat exempel är när en minoritetsägare genom ett aktieägaravtal får bestämmande inflytande.³² Ett ytterligare exempel som anges i Tillkännagivandet är när en aktieägare har 50 % av ett företag och resten innehas av flera andra aktieägare.³³ Även om det ibland kan vara svårt att identifiera innebär det i en sådan situation att *kontroll* övergår (rättslig ensam *kontroll*) i och med att majoritetsägaren kan motsätta sig strategiska beslut varför en anmälningsplikt kan föreligga.

Den något otydligare situationen är när en minoritetsandel (aktiepost) inte är förenad med några särskilda rättigheter, men till följd av sin storlek kan komma att innebära att innehavaren kan få majoritet på en bolagsstämma. Det är då inte fråga om ensam rättslig *kontroll* utan ensam de facto (faktisk) ensam *kontroll*.³⁴

5.2 Förutsättningarna för ensam de facto kontroll

Ensam de facto *kontroll* uppkommer när en aktieägare med stor sannolikhet uppnår en majoritet på bolagsstämmorna med hänsyn till sitt aktieinnehav och till aktieägarnas närvaro på bolagsstämmorna under tidigare år. Det är fråga om en bedömning från fall till fall.

I Tillkännagivandet preciseras i punkt 59 att:

”På grundval av det tidigare röstningsmönstret kommer kommissionen att utföra en framtidsanalys och beakta ändringar i aktieägarnas närvaro som kan förväntas uppstå i framtiden efter transaktionen. Kommissionen kommer vidare att analysera de övriga aktieägarnas hållning och bedöma deras roll.”

För att avgöra om ett företag har faktisk *kontroll* över ett annat ska man alltså enligt Tillkännagivandet titta på tidigare röstningsmönster, framtida

³¹ Tillkännagivandet, punkt 57.

³² Se exempelvis Kommissionens beslut i M. 5496 Vattenfall/Nuon av den 22 juni 2009 punkterna 4–6, vari Kommissionen fann att Vattenfalls initiala förvärv av 49 % av aktierna förenat med ett aktieägaravtal som gav Vattenfall utslagsröst i ”supervisory board”.

³³ Tillkännagivandet, punkt 58.

³⁴ Tillkännagivandet, punkt 59.

närvaro på stämmor, aktieägares hållning, aktieägares roll och från det sluta sig till hur det kan se ut i framtiden. I bedömningen tittar man särskilt på om de återstående aktierna är spridda på många olika aktieägare, om andra viktiga aktieägare har strukturella eller ekonomiska kopplingar eller familjeband till den stora minoritetsaktieägaren eller om de övriga aktieägarna har ett strategiskt eller ett rent finansiellt intresse i målföretaget.³⁵

I Tillkännagivandet (punkt 59) fastställs att om det är troligt att en minoritetsaktieägare med stöd av sitt aktieinnehav, det tidigare röstningsmönstret vid bolagsstämma och andra aktieägares hållning får en stabil majoritet av avgivna röster vid bolagsstämman, anses den minoritetsaktieägaren ha ensam *kontroll*.

Grundvalen för att ensam de facto *kontroll* kan föreligga i sådana situationer är att även om minoritetsägaren inte har majoritet, är det osannolikt att de mindre aktieägarna kommer att rösta tillsammans mot minoritetsägaren. Antingen på grund av de inte kommer vara närvarande eller representerade på stämma eller på grund av att de inte har gemensamma intressen som innebär att de röstar mot minoritetsägaren. Minoritetsägaren får då i praktiken ensam möjlighet att bestämma strategiska beslut i bolaget, ergo *kontroll*.

5.3 Ensam de facto *kontroll* i praktiken

Det finns ett ganska stort antal exempel i beslutspraxis från Europeiska kommissionen, där ensam de facto *kontroll* bedömts. Det är å ena sidan situationer där slutsatsen är att *kontroll* föreligger och å andra sidan situationer där *kontroll* inte anses föreligga. Här är inte platsen att redovisa all relevant praxis. Viktigt att observera är att spannet för när en röstandel kan innebära *kontroll* är ganska stort. I ett flertal avgöranden har konstaterats att ägarandelar kring och även under 25 % inneburit ensam *kontroll*.³⁶ Emellertid finns åtskilliga beslut där väldigt höga andelar inte inneburit ensam de facto *kontroll*. Nu är det inte endast andelen som avgör utan flera andra faktorer, vilket väl belysas av några utvalda beslut av Europeiska kommissionen från förvärvsprövningsärenden.

³⁵ Av Europeiska kommissionens beslut i M. 7538 Knorr-Bremse/Vossloh av den 21 maj 2015 framgår också att man kan ta hänsyn till vikten av de ärenden som varit uppe på stämmor i bolaget.

³⁶ Se exempelvis Europeiska kommissionens beslut i IV/M 343 Société Générale de Belgique/Générale de Banque av den 3 augusti 1993, punkt 9, där 25,96 % ansågs räcka och IV/M 906 Mannesmann/Vallourec av den 3 juni 1993 där 21 % ansågs tillräckligt.

Trafigura (2015)

Ett färskt avgörande från Europeiska kommissionen är belysande.³⁷ Trafigura, som är en världsledare inom råvaruhandel (olja, mineraler och metall) förvärvade stegvis från olika säljare aktier i Nyrstar, ett belgiskt företag verksamt inom gruv- och metallindustrin särskilt starkt inom zink och bly. Av beslutet framgår inte exakt ägarandel, men anmälan skedde när, som anges i beslutet, andelen var mellan 20 och 30 % (punkt 4). En aktuell notering på Nyrstars hemsida (september 2016) är att Trafiguras ägarandel då var 24,64 %.

Närvaron på stämmor i Nyrstar tycks ha varit relativt låg. Mellan åren 2009 och 2014, då Trafigura började köpa aktier i Nyrstar, motsvarade deltagandet på Nyrstars stämmor i snitt cirka 12 % av rösterna. I september 2014 började Trafigura köpa aktier i Nyrstar. På bolagsstämma i december 2014, när Trafigura ägde aktier, ökade närvaron till 15,83 %. Trafigura röstade inte då utan först i april 2015, då antalet representerade röster vid stämman motsvarade 35,35 %. Den näst största ägaren i Nyrstar hade vid anmälningstidpunkten 3,17 % och det fanns endast två ytterligare ägare med en andel över 3 %. Europeiska kommissionen konstaterade att närvaron på Nyrstars stämmor varierat mellan 4 % och 19 % (Trafiguras aktier frånräknade) de senaste sex åren. Kommissionens utredning fann ingen indikation att närvaron på Nyrstars stämmor skulle öka i framtiden. Baserat på aktieägares närvaro på Nyrstars stämmor tidigare år konstaterades att ägandet med stor sannolikhet skulle ge Trafigura majoritet på Nyrstars stämmor. De konstaterades också att ägarandelen var så pass stor att även om närvaron på Nyrstars stämmor skulle öka med 5 %, skulle Trafigura ändå ha majoritet. Det övriga ägandet i Nyrstar var dessutom spritt och det föreföll inte att andra ägare hade några strukturella kopplingar till Nyrstar. Den Europeiska kommissionen fann på dessa grunder att det förelåg en koncentration i Koncentrationsförordningens mening. Trafigura hade förvärvat ensam de facto *kontroll* genom de senaste köpen av aktier.

Trafiguras förvärv av ytterligare aktier är ett ganska typiskt exempel. Det är värt att uppmärksamma att Trafiguras andel av det totala antal röster var förhållandevis låg, men baserat på historiskt deltagande i Nyrstars stämmor, skulle Trafiguras låga andel ge majoritet, förutsatt att närvaron på Nyrstars stämmor visar samma mönster som tidigare. Resultatet av detta var att en *kontroll*förändring hade skett, vilket utlöste en anmälningsplikt. I prövningen av koncentrationen fann Europeiska kommissionen dock inte att några problem förelåg och godkände koncentrationen. Ur konkurrensrättsligt perspektiv innebär det att Trafigura har ensam *kontroll* och att Trafigura, utan att behöva ytterligare godkännande från konkurrensmyndigheter, kan förvärva mer aktier i Nyrstar. Under tiden som förvärvet

³⁷ M. 7779 Trafigura/Nyrstar av den 15 december 2015, punkterna 4–9.

prövades av Europeiska kommissionen och fram till att det godkännts, löpte så kallad stand-still. Det innebär att Trafigura inte under den perioden, kunde rösta för de aktier som kunde medföra *kontroll*. Först i och med Europeiska kommissionens godkännande kunde Trafigura alltså rösta fullt ut för samtliga sina aktier i bolaget,

Som framgår av prövningen av Trafigurans förvärv är det en case-by-case bedömning där flera faktorer vägs in. Det finns ingen given nivå av ägande som medför ensam de facto *kontroll* utan det är viktigt att värdera minoritetsandelens storlek i förhållande till andra faktorer. Det är säkerligen så att en röstandel under 20 % inte så sannolikt innebär ensam de facto *kontroll*, kring 30 % ökar sannolikheten.

Elkem/Sapa (2001)

Ett ärende som illustrerar att *kontroll*frågan måste bedömas från fall till fall är Elkem/Sapa.³⁸ Det anmälda förvärvet avsåg Elkems förvärv av *kontroll* över det svenska bolaget Sapa som bland annat tillverkade aluminiumprofiler.

Elkem, verksamt inom ferro-legeringar, silikon metaller och aluminium mm bedrev aluminiumverksamheten inom ramen för ett joint-venture bolag, Elkem Aluminium ANS. Ägarna av joint-venture bolaget var Elkem och det amerikanska bolaget Alcoa, med 50 % ägande vardera. Alcoa var samtidigt den största ägaren i Elkem med 35,2 %. Elkem å sin sida ägde 6 % i ett dotterbolag till Alcoa, verksamt inom aluminiumindustrin. Trots Alcoas relativt stora ägarandel om 35,2 % i Elkem, kom Europeiska kommissionen fram till att Alcoa inte hade en majoritet på Elkems bolagsstämmor och därför inte kunde bestämma Elkems kommersiella strategiska beslut eller affärspolicy. Dessutom fanns ytterligare en stark och aktiv ägare i Elkem, nämligen Orkla, som med 32,8 % var den näst störste aktieägaren i Elkem. Utöver rösterna som följde av de egna aktierna, hade Orkla därutöver på den senaste årsstämman röstningsfullmakter, vilket gav Orkla en sammanlagd röstandel om 39 % (i sig inte *kontroll* eftersom det knappast funnits någon varaktighet i röstandelen grundad på fullmakter³⁹). Om Europeiska kommissionen hade funnit att Alcoa haft ensam de facto *kontroll* över Elkem, hade Alcoa-koncernens omsättning och dess bolag behövt beaktas i förvärvsprövningen.

Elkem förvärvade stegvis aktier i Sapa utan att komma upp i nivåer som skulle innebära *kontroll*. Till slut innehade Elkem 32,1 % av aktierna i Sapa och stod i begrepp att förvärva ytterligare 3,5 % av aktierna. Europeiska kommissionen fann att det krävdes enkel majoritet för beslut i strategiska

³⁸ Kommissionens beslut M. 2404 Elkem/Sapa av den 26 juni 2001, punkterna 3–8.

³⁹ Orkla kom senare att förvärva Elkem och Alcoa förvärvade Elkem Aluminium ANS, M. 3709 Orkla/Elkem av den 4 mars 2005 resp. M. 5459 Alcoa/Elkem av den 2 mars 2009.

frågor på bolagsstämma. Eftersom Elkem inte hade en majoritet av aktierna hade man inte *kontroll* på rättslig basis. Närvaron på Sapas stämmor hade aldrig varit högre än 56,2 % av rösterna, sedan Sapa blev ett självständigt bolag (ägdes tidigare av Gränges). Därför räckte det enligt Europeiska kommissionens bedömning med en ägarandel på 32,1 % för att Elkem skulle ha ensam de facto kontroll över Sapa.

Ärendet tydliggör att röstandel i sig inte är avgörande. Alcoa hade inte *kontroll* med ett innehav på 35,2 %, medan Elkem hade *kontroll* med ett innehav på 32,1 %.

Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône (2008–2013)

Huvudfrågan i de två ärendena beskrivna ovan har varit *kontroll*frågan och fallen visar att det inte alltid är helt lätt att avgöra om ens röstandel innebär *kontroll*. En utebliven anmälan, t.ex. pga. en missad eller felbedömd *kontroll*ändring, kan vara förenad med risker. Dessa risker framträder särskilt tydligt av Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône.⁴⁰

I Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône anmälde den 26 mars 2008 det belgiska energibolaget Electrabel att Electrabel förvärvat ensam de facto kontroll över National de Rhône, den näst största elleverantören i Frankrike. Electrabel var en del i den franska energigruppen Sues (numera Engie).

Den Europeiska kommissionen godkände transaktionen genom beslut den 29 april 2008. Av Europeiska kommissionens godkännandebeslut framgick inte när *kontroll* förvärvats. Det spelade heller inte någon roll för den konkurrensrättsliga bedömningen. Europeiska kommissionen genomförde efter godkännandet en undersökning i enlighet med artikel 14 i Koncentrationsförordningen, och i ett beslut mer än ett år senare, den 10 juni 2009 fann Europeiska kommissionen att *kontroll* hade förvärvats långt tidigare än när anmälan gjordes. Europeiska kommissionens bedömning vara att ensam de facto *kontroll* uppstått redan den 23 december 2003. Europeiska kommissionen utfärdade därför böter om 20 miljoner euro för Electrabel på grund av att anmälan inte getts in i tid och att man brutit mot reglerna om stand-still.

Beslutet från juni 2009 är intressant ur olika aspekter. Kommissionen markerar tydligt mot försenade anmälning och utfärdar en kännbar påföljd. Stand-still regeln och anmälan före det att en transaktion fullbordas är fundamentala för konkurrensprövningen eftersom det ger konkurrensmyndigheten en möjlighet att pröva koncentrationer *ex ante*. Oavsett om den anmälda koncentrationen utgjorde ett konkurrensproblem eller inte markerade Europeiska kommissionen tydligt i förhållande till uteblivna eller försenade anmälningar genom det höga bötesbeloppet.

⁴⁰ M. 4994 Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône av den 29 april 2008 och dom Electrabel mot Kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672.

Ärendet innebär en god möjlighet att fördjupa sig i hur bedömningar i samband med ensam de facto *kontroll* ska göras. Till följd av stand-still regeln åligger det en förvärvare att bedöma sannolikheten för om ensam de facto *kontroll* förvärfvas före det att förvärvet fullbordas. För att bedöma det är det nödvändigt att göra en bedömning av framtiden.

Europeiska kommissionen framhöll i sitt beslut av den 10 juni 2009:

"... the analysis must be carried out a priori, on the basis of the data relating to the shareholders' attendance rates in the course of the preceding years. If this were not the case, it would necessarily mean that a company could exercise de facto control (without notification or approval) over another company for three years before notifying the Commission of the operation, on the basis that it would not be absolutely sure that it was exercising control until the three years were up."⁴¹

Det är också intressant att Kommissionen i beslutet framhåller (punkterna 196 och 197) att Electrabel är ett stort bolag med "substantial legal resources" och bolaget liksom dess moder flera gånger hanterat frågor av EU-rättslig natur och särskilt *kontroll*frågor i samband med företagskoncentrationer. Det fanns ett antal tidigare koncentrationsbeslut som berört Electrabel direkt eller indirekt. Kommissionen finner:

"It is therefore a company that is familiar with Community merger legislation and has sufficient legal resources to consider the need to notify a concentration."

Ärendet överklagades, både Tribunalen och Domstolen fastställde Europeiska kommissionens beslut.⁴²

Marine Harvest (2013–)

Ett ytterligare intressant ärende är Marine Harvest förvärv av Morpol.⁴³ Marine Harvest är ett norskt börsnoterat företag inom fiskodlingsbranschen med en världsomspännande verksamhet. Morpol är också verksam inom fiskodlingsbranschen, närmare bestämt laxodling. I december 2012 förvärvade Marine Harvest 48,5 % av aktierna i Morpol. I december 2013 lämnade Marine Harvest ett obligatoriskt offentligt uppköpserbjudande avseende återstående aktier i Morpol. Totalt uppnådde Marine Harvest 87,1 % av aktierna. Efter förhandskontakter med Europeiska kommissionen anmäldes koncentrationen till Kommissionen i augusti 2013. I samband med förhandskontakterna upplyste Marine Harvest om det tidigare köpet av 48,5 % av aktierna.

⁴¹ Kommissionens beslut M. 4994, punkt 56.

⁴² Prövades först i Tribunalen, dom Electrabel mot Kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672 och därefter Domstolen, dom Electrabel mot Kommissionen, C-84/13 P, EU:C:2014:2040.

⁴³ Kommissionens beslut M. 6850 Marine Harvest/Morpol av den 30 september 2013.

I sin prövning kom Kommissionen fram till att Marine Harvest redan i december 2012 hade fått ensam de facto *kontroll* över Morpol.⁴⁴ Efter åtaganden godkändes transaktionen i september 2013.

Till följd av konstaterandet att ensam de facto *kontroll* redan erhållits i december 2012 inledde Kommissionen en undersökning i enlighet med artikel 14 i Koncentrationsförordningen. I juli 2014 fastställde Kommissionen i beslut⁴⁵ att Marine Harvest överträtt reglerna angående anmälan och stand-still. Som en konsekvens därav utfärdades böter om 20 miljoner euro.⁴⁶

I sitt Artikel 14 beslut redogör Kommissionen noga för hela processen. I frågan om ensam de facto *kontroll* konstateras att den aktiepost som förvärvades i december 2012 redan tidigare representerade en mycket stor majoritet av rösterna vid bolagsstämmor, med andra ord att ensam de facto *kontroll* redan förelegat för tidigare ägare. Trots att Marine Harvest offentligt uppgett att man inte hade för avsikt att rösta för aktierna i avvaktan på konkurrensrättsligt godkännande konstaterade Kommissionen:

”In the case at hand, the Commission considers that the acquisition of a 48.5% shareholding in Morpol conferred on Marine Harvest the possibility to obtain a clear majority at general shareholders’ meetings of Morpol, and therefore the possibility to exercise decisive influence on Morpol. Such possibility is sufficient to establish control within the meaning of Article 3(2) of the Merger Regulation. The actual exercise of voting rights by Marine Harvest in Morpol is not relevant for the purposes of establishing control of the former over the latter.”⁴⁷

En part som förvärvar en minoritetsandel har att i förväg göra en bedömning om den röstandel man erhåller med stor sannolikhet kommer att innebära att man kan uppnå majoritet på bolagsstämmor framöver. För att göra det krävs en tillbakablick på föregående års stämmor. Redan där kan resultatet bli att röstandel ger ensam de facto *kontroll*. Samtidigt ska det göras en framtidsanalys med beaktande av ändringar i aktieägarnas närvaro som kan förväntas uppstå i framtiden efter transaktionen. Självfallet är inte det alltid en enkel bedömning, risken ligger dock på förvärvaren och en felbedömning kan bli kostsam.

⁴⁴ Kommissionens beslut M. 6850 Marine Harvest/Morpol av den 30 september 2013, punkt 8.

⁴⁵ Kommissionens beslut M. 7184 Marine Harvest/Morpol av den 23 juli 2014.

⁴⁶ Beslutet är överklagat till Tribunalen men ännu inte prövat (Mål T-704/14 Marine Harvest/Kommissionen).

⁴⁷ Punkt 82 i Kommissionens beslut M. 7184 Marine Harvest/Morpol av den 23 juli 2014.

6. Osäkerhet kring ensam de facto *kontroll*

Redan bedömningen av om ensam de facto *kontroll* kan föreligga är svår. Tydligt är att det åvilar förvärvande part att noga bedöma *kontroll*frågan. En bedömning som måste göras från fall till fall eftersom det inte finns någon tydlig andel där *kontroll* säkert kan sägas föreligga. Naturligen innebär röstandelar kring 10–15 % en mindre sannolikhet för *kontroll*. Kring 20 % och sannolikt redan tidigare, är det viktigt att överväga frågan. Risken kan finnas att andelen kan innebära ensam de facto *kontroll*, men det är också viktigt att veta inför framtiden hur det kan komma att se ut om man avser att förvärva ytterligare aktier. Som framgår av Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône och Marine Harvest/Morpol, kan okunskap vara kostsam i form av böter. Till det kan också läggas att resultatet av en prövning kan vara att aktierna man förvärvat som skulle ha gett *kontroll* inte kan behållas.

Det är självfallet också komplicerat vad som kan hända under den tid ett företag innehar sin minoritetsandel. Som framgått ovan kan en *kontroll*förändring äga rum trots att man själv inte varit aktiv. Hur bedöms exempelvis situationen när en röstandel som tidigare *inte* inneburit *kontroll*, kommer att göra det, genom att en stark balanserande ägare avyttrar sina aktier till ett flertal mindre aktieägare? Kommer den kvarvarande minoritetsägaren då kunna bedömas få ensam de facto *kontroll* i framtiden om de nya aktieägarna inte deltar på bolagets stämmor? Ska förvärvet anmälas då? Kan då minoritetsägaren som inte förändrat sitt antal aktier tvingas avyttra en del? I samband med emissioner kan det också ske intressanta omsvängningar i ägandet som det är viktigt att vara observant på. En utfästelse att i framtiden teckna aktier (emissionsgaranti) kan exempelvis kasta om ägarbilden och ge upphov till ensam de facto *kontroll* om den behöver infrias.

Hur länge kan en sådan osäker situation bestå? Av Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône ser det ut som att Europeiska kommissionen anser sig kunna gå tillbaks i tiden en god bit. Visserligen godkändes transaktionen, men innebörden kan knappast bli annorlunda om Europeiska kommissionen funnit betydande konkurrensproblem i sin undersökning. Ett förbud mot transaktionen (förvärv av aktieposter cirka fem år bakåt i tiden) hade rimligen kunnat följa tillsammans med böter för utebliven anmälan. En onekligen stökig situation.

Enligt svensk rätt måste ett förbud mot en företagskoncentration meddelas inom två år efter det att den uppkom, KL 4 kap. 15 §.⁴⁸ Det skulle

⁴⁸ En koncentration uppkommer oftast på ett tydligt sätt genom exempelvis övertagande av aktier som innebär att bestämmande inflytande förvärvas. Notabelt är dock att både Koncentrationsförordningen och KL tydliggör att *kontroll* också kan förvärvas ”på annat sätt” (Artikel 3.1 (b)). En bred formulering avsedd att fånga alla typer av *kontroll*förändringar.

betyda att ett förvärv av ensam de facto *kontroll* måste förbjudas inom denna tidsperiod. I praktiken ingår då Konkurrensverket handläggning och tiden för prövning i domstol. En prövning i likhet med Electrabel-fallet skulle inte vara möjlig. Ensam de facto *kontroll* uppkom ju i praktiken långt före och tvåårsfristen hade gått ut. Hur det förhåller sig enligt Koncentrationsförordningen är inte tydligt.⁴⁹

Många gånger handlar det om betydelsefulla minoritetsandelar som betingar stora värden. Det är därför givetvis viktigt att vara vaksam på vad ens ägarandel innebär i form av *kontroll*. Den konkurrensrättsliga *kontrollen* i samband med företagskoncentrationer behöver inte sammanfalla med andra *kontroll*begrepp. De facto kontroll enligt IFRS 10 är uppenbarligen inte heller samma sak som ensam de facto *kontroll* i konkurrensrätten.

Genom förhandskontakter och konsultation är det möjligt att rådfråga konkurrensmyndigheter även i *kontroll*frågor. Viktigt är naturligtvis att löpande göra sin hemläxa, så att man inte råkar ut för överraskningen att konkurrensmyndigheterna anser att man redan tidigare haft *kontroll*. *Kontroll* är ju tillräckligt som en möjlighet, att man avstår från att utnyttja den är inte tillräckligt. Är man det minsta tveksam bör man konsultera konkurrensmyndigheterna och överväga att anmäla i förväg.

7. Avslutning

Ensam de facto *kontroll* innebär en del komplicerade frågeställningar och kan ge en del besvärliga problem. Mycket lämpliga frågor för Lars att fundera över och jag väntar intresserat på hans synpunkter.

Hur gick det då i det besvärliga ärende jag och Lars hade? Jodå, alldeles utmärkt. En snyggt genomförd förändring av ägande (och *kontroll*) i ett större bolag som lagtekniskt vid den tidpunkten inte utgjorde en vare sig anmälningspliktig eller prövningsbar företagskoncentration.

⁴⁹ Av artikel 1 i rådets förordning (EEG) nr 2988/74 av den 26 november 1974 framgår preskriptionstider för Kommissionens befogenhet att påföra böter när ett företag inte har anmält en anmälningspliktig koncentration. Enligt artikel 1.1 a är det tre år från att själva anmälan skulle lämnats in och enligt artikel 1.1 b fem år för "övriga överträdelser", det senare blir aktuellt när det gäller påförande av böter för en för tidigt genomförd koncentration. Enligt artikel 2 räknas preskriptionstiden från och med när överträdelsen begås, men i fråga om fortsatta eller upprepande överträdelser räknas tiden fr.o.m. när överträdelsen upphör. Se även dom T-332/09 Electrabel mot Kommissionen punkt 206.

