

Blendow Lexnova Expertkommentar - Affärsjuridik, april 2012

Konkurrensverket har vunnit ett ovanligt mål i Stockholms tingsrätt. Fallet är det första tecknet på att så kallade tjuvstartsregler (*gun jumping rules*), efter utländsk förlaga, vinner tillämpning i den svenska konkurrensrätten. Denna tillämpning, ehuru motiverad, riskerar att försvåra grundläggande delar av den etablerade transaktionsprocessen vid företagsförvärv. Men utomlands har även utvecklats en god uppförandesed som visar hur företagen kan undvika de konkurrensrättsliga problemen.

Fallet om det långdragna företagsförvärvet som misslyckades

(Stockholms tingsrätt, Avd. 5, [T 19974-10](#), 2012.02.24)

De båda konkurrenterna inom långfärdsbussresor Ölvemarks och Scandorama närde planer att gå samman i ett företag med två varumärken. I juli 2007 tecknades ett ram- och optionsavtal mellan parterna avseende överlåtelse av Ölvemarks till Scandorama. Eftersom Scandorama inte hade tillräcklig finansiering för att förvärva hela Ölvemarks direkt delades överlåtelsen in i tre steg, inkluderande tre separata aktieöverlåtelseavtal. Under en period av ca tre år skulle transaktionen ske successivt med först ett förvärv av 10 procent, därefter 10 procent till och till slut resterande 80 procent. Endast två av stegen kom att fullbordas. I april 2009 hävdades överenskommelsen och de två första stegen reverserades i en förlikning mellan parterna. Istället kom Ölvemarks att förvärva Scandorama ett par månader efter förlikningen.

Under tiden ramavtalet löpte mellan parterna inledde man dock ett omfattande synergiprogram, där företagen samarbetade inom bl.a. IT-frågor (gemensam internetbokning, lönesystem och sökmotoroptimering), gemensam reseterminal, anslutningstrafik, olika volymavtal (bro- och färjeöverfarter) och informationsutbyte av allmän karaktär (kontorens öppettider, kontanthantering och försäljning av alkohol). Konkurrensverket (KKV) tog upp fallet och gjorde gällande att företagen under perioden april 2007 till mars 2009 gjort sig skyldiga till konkurrensbegränsande samarbete genom att ingå avtal eller tillämpa samordnat förfarande som haft till syfte att hindra, begränsa eller snedvrinda konkurrensen på ett märkbart sätt, dvs. att företagets samarbete stred mot konkurrenslagen (KL) 2:1. Konkurrensverket kom av processekonomiska skäl att koncentrera sin utredning av transaktionen till företagets samordning av priser, rabatter, reseledarlöner, bränsletillägg och valutakurser samt överenskommelser om enskilda resmål och avgångar.

Bevisningen i målet var omfattande. Företagen hade genomfört ett stort antal protokollförda möten mellan företagets ledande befattningshavare, utöver sedvanliga styrelse- och ledningsgruppmöten, för samordning av verksamheterna (benämnda synergimöten, optimeringsmöten och produktionsmöten). I dessa protokoll antecknades i stor detalj de olika beslut och överenskommelser som gjordes rörande företagets verksamheter där man fastställde priser och rabatter, begränsat utbudet och delat upp marknaden.

Företagens bestridande av talan grundade sig på att samarbetet var integrationsåtgärder vidtagna inom ramen för en företagskoncentration. Enligt bestridandet ska företagskoncentrationer exklusivt prövas i enlighet med KL 4 kap. KL 4:1 innehåller som bekant ett förbud mot företagskoncentrationer om de är ägnade att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens. Denna grund för bestridandet gav fallet den lustiga vändningen att företagen

försökte argumentera *för* att en företagskoncentration var för handen och KKV *mot* detsamma.

Domstolen valde att gå över ån efter vatten. Man accepterade företagets invändning att KL 2:1 och KL 4:1 är ömsesidigt uteslutande, med stöd av uttalanden i förarbeten, dvs. att rättshandlingar som är konstitutiva för att genomföra en företagskoncentration inte kan angripas med stöd av förbudsbestämmelserna i konkurrenslagen och att det även gäller koncentrationer som faller under trösklarna för anmälningsplikt. Domstolen kom fram till att tillräcklig kontroll i enlighet med definitionen av företagskoncentrationer (KL 1:9) för att förhållandet skulle utgöra en företagskoncentration inte uppnåtts (jfr Blendow Lexnova Expertkommentar - Affärsjuridik, [oktober 2010](#)). Detta ledde domstolen att komma fram till den märkliga, och kontrafaktiska, slutsatsen att företagets "åtgärder *inte* utgjort integrationsåtgärder inom ramen för en företagskoncentration" (min kursivering) - trots att detta uppenbart varit fallet. På den grunden bestämde domstolen att eftersom KL 4:1 inte var tillämplig måste åtgärderna prövas enligt KL 2:1. Domstolen kom så fram till att åtgärderna var konkurrensbegränsande genom bl.a. prissamarbete, marknadsdelning och produktionsbegränsning varvid företagen dömdes att erlægga konkurrensskadeavgift.

Tjuvstartsreglernas ursprung och innebörd

I amerikansk rätt har konkurrenslagar funnits sedan slutet av 1800-talet och man är inte obekant med problemen vid konkurrenskänsligt informationsutbyte i samband med företagsförvärv. Under *Sherman antitrust act* (1890) och *Clayton antitrust act* (1914) finns reglerna rörande konkurrensbegränsande samarbeten och kontroll av företagskoncentrationer (dvs. motsvarande KL 2:1 och KL 4:1) vilka har givit utrymme till utvecklingen av s.k. tjuvstartsregler (*gun-jumping rules*). Tjuvstartsreglerna innebär i korthet att företag inte får företa aktiviteter i transaktionsprocesser som kan hämma konkurrensen på företagets marknader före det att förvärvets fullbordats. Tjuvstartsreglerna kommer i två versioner:

- Administrativ tjuvstart
- Substantiell tjuvstart

Den administrativa tjuvstarten innebär att två företag företar informationsutbyte, etablerar kontroll eller integrationsaktiviteter under tiden man väntar på att konkurrensmyndigheten ska pröva om en företagskoncentration är lagenlig i enlighet med reglerna motsvarande KL 4:1.

Företagskoncentrationen får inte fullbordas före det att konkurrensmyndigheten godkänt den eller domstol ogillat myndighetens talan om förbud eller föreläggande (KL 4:12), om inte myndigheten beviljar undantag. Under tiden för detta administrativa förfarande får således inte något av företagen utöva kontroll över ett annat företag, *oavsett* om företagskoncentration senare befinns konkurrenshämmande eller inte.^[1] Den substantiella tjuvstarten prövas under regler motsvarande den svenska regeln KL 2:1. Regeln innebär att det inte finns några undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten av anledningen att de inleds i väntan på att ett företagsförvärv ska fullbordas. Företagen ska uppträda som självständiga konkurrenter fram till det att transaktionen fullbordas och målföretaget tillträds. Denna regel gäller oberoende av koncentrationsprövning, dvs. den gäller före, under och efter en koncentrationsprövning oavsett utfallet av denna prövning.

De svenska reglerna har inte bara sina amerikanska paralleller utan överensstämmer givetvis även med den EU-rättsliga motsvarigheten (Lissabonfördragets art 101 och Koncentrationsförordningen), vilket medför att reglerna ska tillämpas på samma sätt inom hela EU. Den europeiska konkurrensmyndigheten, Kommissionen, har under senare tid följt det amerikanska exemplet och tillämpat tjuvstartsregler på europeiska företagsförvärv. 2009 fälldes det belgiska energiföretaget Electrabel för administrativ tjuvstart till böter som uppgick till EUR 20 miljoner (Case No

COMP/M.4994 - Electrabel / Compagnie Nationale du Rhone). Kommissionen gjorde även en s.k. gryningsråd mot den norska industrikoncernen Norsk Hydro och det schweiziska petrokemiföretaget Ineos eftersom man misstänkte att företagen utbytt konkurrenskänslig information i strid med Lissabonfördragets art. 101 och Koncentrationsförordningen inför ett planerat företagsförvärv, undersökningen lades dock ned.

Reglernas konsekvenser för företagsförvärv

Tillämpningen av konkurrensreglerna enligt denna tjuvstartsmodell får betydande konsekvenser för svenska företagsförvärv. Det är framförallt tre områden som kan komma att beröras: företagsbesiktning, kontrollvillkor och integrationsåtgärder.

- Företagsbesiktning (*due diligence*)

Vid informationsutbytet under en företagsbesiktning förekommer det ofta att konkurrenskänslig information (t.ex. prislistor och kundavtal) från målföretaget görs tillgänglig för köparföretaget. Köparen behöver få ta del av sådan information bland annat för att kunna bekräfta sin värdering och bedöma de kommersiella riskerna med förvärvet. Ifall företagen är direkta konkurrenter kan en mycket prekär situation uppstå p.g.a. informationsutbytet under tiden förvärvet inte är fullbordat eller om förvärvet kommer att avbrytas. Det förekommer att konkurrenter till målföretaget ger sig in i transaktionsprocesser utan att ha för avsikt att fullfölja förvärvet utan istället vilja få ta del av viktig konkurrentinformation, s.k. fiskafänge (*fishing expedition*).

- Kontrollvillkor (*operation covenants*)

Det är vanligt att aktieköpsavtalet inkluderar en eller flera klausuler rörande styrning och kontroll av målföretaget under perioder där antingen köparen eller säljaren bundit sig för transaktionen men inte fått full kontroll eller på annat sätt står en risk beroende på hur målföretaget utvecklas under en viss tidsperiod. Sådana klausuler, kontrollvillkor, liknar de klausuler i aktieägaravtal som räknar upp vissa typer av beslut i ett samägt företag som måste tas i samråd eller enligt en viss procedur. Kontrollvillkor vid företagsförvärv är bl.a. vanliga för perioden mellan avtalsdag och tillträdesdag. Det känsliga ur konkurrenshänseende är att klausulerna syftar till att ge en part ett inflytande över målföretaget trots att man ännu inte är aktieägare. Inflytandet kan många gånger konstituera en sådan kontroll som utgör grunden till konkurrensrättens definition av företagskoncentrationer. Inflytandet får i princip inte gå utöver vad som är affärsmässigt motiverat av den ytterligare risk parten tar på grund av avtalets uppbyggnad och övriga villkor, bl.a. garantier och tilläggsköpeskillningar.

- Integrationsåtgärder

Integrationsåtgärder syftar till att realisera de synergieffekter som legat till grund för företagsförvärvet. Det är ofta fördelaktigt att dessa åtgärder planeras och påbörjas i så god tid som möjligt. En del av besiktningsarbetet före tillträdet är inriktat mot att planera integrationen av företagen, men de huvudsakliga integrationsåtgärderna företas först när parterna bundit sig till transaktionen. Som visas i fallet med bussbolagen kan sådana åtgärder vara mycket omfattande och uppenbart innebära att konkurrensen hämmas på företagets marknad - vilket kan vara syftet med transaktionen.

Skyddsåtgärder för att undvika att träffas av tjuvstartsregler

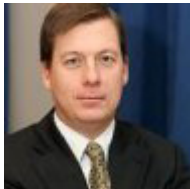
Det finns dock starka affärsmässiga skäl som talar för att företagsbesiktning, kontrollvillkor och vissa integrationsaktiviteter ska kunna användas före fullbordandet av ett företagsförvärv. I amerikansk rätt, där reglerna tillämpats längst, har följderiktigt god uppförandesed utvecklats för när ett informationsutbyte före genomförd transaktion kan vara tillåtet: Särskild 2011 års avgörande från en appellationsdomstol i USA *Omnicare Inc vs UnitedHealth Group* (No. 09-1152, 2011 WL 61649, 7th Cir., Jan. 10 2011) rörande ett apoteksföretag vars kontraktsvillkor försämrades pga. att två kunder inom hälsovårdsförsäkring gick samman, visar att de olika skyddsåtgärder som utvecklats i samband med företagsförvärv för att undvika ansvar på grund av tjuvstartsreglerna accepteras av domstolarna.

Från fallet kan slutsatsen dras att följande skyddsaktiviteter bör användas vid informationsutbyte och aktiviteter i samband med företagsförvärv:

- Den informationen som utväxlas mellan parterna ska vara relevant och nödvändig för att genomföra transaktionen, t.ex. ha direkt koppling till värdering eller riskanalys av målföretaget. Det ska finnas affärsmässigt legitima skäl för att lämna ut informationen.
- Informationsutbytet ska vara reglerat av ett sekretessavtal som hindrar spridning och användning av informationen för annat syfte än utvärdering av transaktionen.
- För information som är av särskilt känslig natur ut konkurrenshänseende, t.ex. kundspecifik prissättning, undertecknade kundavtal, prisstrategier, marknadsföringsplaner etc.) ska extra skyddsåtgärder vidtas, bl.a:
 - Konkurrentinformation ska om möjligt lämnas endast i aggregerad form eller som sammanfattningar. Den absolut mest känsliga informationen ska uteslutas, åtminstone i sin rena, obehandlade form.
 - Informationen delges endast en mindre grupp av ledande befattningshavare på hög nivå som inte är involverade i köparföretagets prissättning, marknadsföring och försäljning. Helt externa rådgivare, dvs. även utanför de anlåtade besiktningsföretagen, kan användas för att analysera och gallra informationen innan den lämnas vidare, eventuellt som en oberoende expertrapport.
 - "Kinesiska murar" upprättas så att de personer som tar del av den känsliga informationen vare sig fysiskt eller virtuellt träffar på personer som är involverade i köparföretagets marknadsförings- och försäljningsaktiviteter.
 - Informationen ska lämnas sent i transaktionsprocessen. Om möjligt ska informationen portioneras ut så att mindre känslig information delges först och mer känslig information kommer senare.

Avslutningsvis kan det konstateras att även om sekretessbestämmelser begränsar användningen av besiktningsinformation finns det inget som i praktiken förhindrar att köparföretaget anpassar sitt marknadsagerande till den kunskap det besitter efter en avbruten transaktion. Det finns dock naturliga skydd mot alltför omfattande informationsöverföring. Säljare och målföretag är alltid motvilliga till att lämna omfattande information till en köpare så länge affären inte känns säker, särskilt om informationen kan påverka det egna företagets marknadsposition. Det finns således ett logiskt skydd mot ett alltför extensivt informationslämnande. Eftersom informationsutlämnandet vid företagsförvärv sker vid ett specifikt tillfälle och troligen inte upprepas torde dock informationen inte kunna utnyttjas för konkurrensbegränsande aktiviteter under någon längre tidsrymd i ett ständigt föränderligt näringsliv. Företagen bör dock alltid vara varse om möjligheten att informationsutbytet kan strida mot konkurrenslagstiftningen och bör således inte uteslutande förlita sig på naturliga skydd för konkurrentinformation. De måste även upprätta och dokumentera aktiva skyddsåtgärder mot spridning och konkurrenshämmande användning av information. Det presenterade rättsfallet visar att tjuvstartsreglerna nu har anlänt till Sverige. Företagsköpare, säljare och målföretag måste anpassa sig till en nytt konkurrensrättsligt klimat för företagsförvärv.

[1] Winterscheid, F. och Amezcua, C. *Merger control: gun jumping goes global*, Lexology, Association of Corporate Counsel, 2010.



Robert Sevenius

Ekon. lic., jur.kand., verksam som rådgivare och författare inom företagsförvärv och bolagsstyrning samt kursledare vid Stockholms universitet, Företagsekonomiska Institutet, Advokatsamfundet m fl.