

# Blendow Lexnova Expertkommentar - Affärsjuridik, oktober 2010

## Om en begreppskonflikt i konkurrensrätten

Konkurrensverket prövar företagskoncentrationer, bl.a. företagsförvärv, men det finns en inneboende konflikt i regelverket. Konflikten handlar om hur en koncentration definieras och hur underlaget för anmälningsskyldighet eller prövningsbarhet av samma koncentration beräknas. Centrala begrepp som kontroll och ledning av företag är i fokus; innebär rätten att kontrollera ett företag detsamma som att leda en verksamhet? Frågan aktualiseras särskilt vid aktieägaravtal.

## Rättslig bakgrund

Konkurrensverket (KKV) har som bekant bland annat till uppgift att pröva företagskoncentrationer så att de inte skadar konkurrensen i näringslivet. Den relativt nya konkurrenslagen (2008:579), här förkortad KL, bygger i denna del på EU:s Koncentrationsförordning (EG/139/2004). I KL 1:9 uppstår en företagskoncentration när kontrollen över ett företag varaktigt förändras. Bestämmelsen följer förordningen som i art 3.2 stadgar att:

"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, särskilt genom

a) äganderätt eller nyttjanderätt till ett företags samtliga tillgångar eller en del av dessa,

b) rättigheter eller avtal som ger ett avgörande inflytande på sammansättningen av ett företags organ och dessas voteringar eller beslut."

En koncentration ska anmälas och prövas av KKV om de berörda företagen tillsammans har en omsättning som överstiger 1 000 mkr och minst två har en omsättning som överstiger 200 mkr (KL 4:6). De företag som ska ingå i beräkningen räknas upp i förordningens art 5.4 a) - e). Omsättningen summeras för företag som berörs av koncentrationen (det s.k. berörda företaget) samt följande företag som står i relation till detta:

"b) de företag i vilka det berörda företaget direkt eller indirekt

i) äger mer än hälften av kapital- eller rörelsetillgångarna, eller

ii) har befogenhet att utöva mer än hälften av rösträttigheterna, eller

iii) har befogenhet att utse mer än hälften av ledamöterna i styrelsen, direktionen eller organ som rättsligt företräder företagen, eller

iv) har rätt att leda företagets verksamhet,

c) de företag som i det berörda företaget har de rättigheter eller befogenheter som anges i b,

d) de företag i vilka ett företag som avses i c har de rättigheter eller befogenheter som anges i b,

e) de företag i vilka två eller flera företag som avses i a-d gemensamt har de rättigheter eller befogenheter som anges i b."

Kort sagt så är det inte bara ett köparbolags omsättning som ska summeras utan även dess dotterbolag (b), moderbolag (c), systerbolag (d) och bolag där två eller flera bolag har ett gemensamt inflytande (e). Dessa släktrationer uppstår genom direkt eller indirekt äganderätt, rösträtt, utnämningrätt eller "rätt att leda".

De båda bestämmelserna överlappar som synes till stor del. I art 3.2 beskrivs medel som ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag. I art 5.4 rättigheter och befogenheter att leda företagets verksamhet. Bestämmelserna har dock något olika syften eftersom art 3.2 avser att brett fånga in många typer av koncentrationer så att konkurrensmyndigheten ska få en möjlighet att bedöma dem, medan art 5.4 avser att utgöra en uttömmande beskrivning för att fastställa det som ska ingå i beräkningsunderlaget för omsättningströsklarna. Konflikten mellan bestämmelserna behandlas i det tillkännagivande EU publicerat ut rörande koncentrationer (Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (2008/C951/01)). I pkt 184 av tillkännagivandet sägs att art 5.4-kriterierna, bl.a. "rätt att leda", inte sammanfaller med art 3.2:s begrepp "kontroll". Något som kan ifrågasättas eftersom båda reglerna hämtar kraft ur samma associationsrättsliga principer.

### **Vetorätt och rätten att leda**

De kontrollmedel som koncentrationsdefinitionen beskriver (rättigheter, avtal och andra medel) ska finnas på plats men behöver inte utnyttjas i praktiken för att det ska röra sig om en koncentration. I pkt 16 av tillkännagivandet sägs att det inte är nödvändigt att inflytandet faktiskt utövas eller kommer att utövas men att det ska finnas en "verklig möjlighet" att utöva detta inflytande. Kontrollmedlen består alltså bl.a. av (a) äganderätt eller nyttjanderätt till ett företags tillgångar samt rättigheter eller (b) avtal som ger inflytande på sammansättning av ett företags organ, dessas röstning eller beslut.

Kontrollbegreppet inkluderar inte bara direkt styrning av företagets aktiviteter utan även situationen att ett företag har en s.k. negativ kontroll, dvs. rätt att blockera ett företags strategiska affärsbeslut utan att på egen hand kunna driva igenom dessa beslut (pkt 54). Detta är alltså en form av vetorätt som kan uppkomma bl.a. genom aktieägaravtal. Rätten måste dock gå utöver de minoritetsskyddsregler som gäller enligt lag. Tillkännagivandet (pkt 67 - 73) räknar upp typiska beslut som vi känner från aktieägaravtal, bl.a. beslut i frågor om:

- Affärsplan som ger preciserade uppgifter om företagets mål och åtgärderna som ska vidtas för att uppnå dessa mål
- Budget som ger den exakta ramen för ett företags verksamhet
- Investeringar som är av viss omfattning och är viktiga på företagets marknad
- Utnämningar av högre befattningshavare i företaget
- Marknadsspecifika rättigheter, t.ex. rörande teknik och produkter

Gemensam negativ kontroll föreligger när två eller flera aktieägare har befogenhet att förkasta sådana strategiska beslut, vilket i praktiken innebär att de måste samarbeta om företagets affärsstrategi.

Kriterierna för beräkning av omsättning inkluderar rätten att leda företags verksamhet. Ledningskriteriet kan på samma sätt som ovan uppfyllas genom att två företag utövar den gemensamt. Enligt pkt 181 har två företag tillsammans rätten att leda även om respektive företag endast innehar en individuell vetorätt. Sådan vetorätt kan liksom tidigare uppstå exempelvis genom aktieägaravtal.

Det kvarstår då ingen reell skillnad mellan den gemensamt kontrollen enligt 3.2 och den gemensamma rätten att leda enligt 5.4? Kriterierna kan uppfyllas genom sedvanligt associationsrättsligt fastställt inflytande i form av aktieäggande, rösträtt och utnämningssrätt men också genom ett inflytande över strategiska affärsbeslut. Reglerna refererar till samma grundprinciper och överlappar alltså varandra, vilket torde vara logisk korrekt. Endast när kontrollen uppstår på annan än rättslig grund, det som kallas "faktiska förhållanden" i art 3.2, kan en sådan skillnad diskuteras, men det torde vara undantagsfall.

### **Ett exempel**

Ett tänkt bolag har fem delägare (som alla är bolag). Ingen är majoritetsaktieägare men två är vad vi kan kalla dominerande minoritetsaktieägare, dvs. har större aktieinnehav än övriga aktieägare. Aktieägarna ingår ett konsortialavtal där de två dominerande aktieägarna ges rätten att utse två styrelseledamöter vardera, övriga aktieägare ges möjligheten att utse en styrelseledamot vardera, dvs. totalt sju styrelseledamöter. För vissa strategiska beslut - bl.a. antagande av affärsplan, budget, investeringar och utnämning av VD - krävs att en kvalificerad majoritet där sex av sju ledamöter ska rösta för beslutet. För övriga beslut gäller normal enkel majoritet enligt aktiebolagslagen (ABL 7:22). Detta innebär att de två dominerande minoritetsaktieägarna *var och en för sig* förvärvat ett negativt inflytande över företagets affärsstrategi. Dessutom har de två dominerande aktieägarna *gemensamt* positivt inflytande för andra styrelsebeslut.

Utifrån kontrollbegreppet i art 3.2 finner vi i denna situation att de två dominerande aktieägarna förvärvat en ensam kontroll över bolaget eftersom det finns särskilda rättigheter knutna till aktieinnehaven som går utöver det som normalt tillkommer en minoritetsaktieägare. De två dominerande aktieägarna måste komma överens om bolagets affärsstrategi för att bolaget ska kunna utvecklas vilket innebär att de två måste samarbeta. De har då tillsammans en gemensam kontroll över bolaget. Förhållandet inryms inom KL:s kontrollbegrepp. Men ska båda bolagens omsättning räknas för att stämmas av mot tröskelvärdet? Enligt art 5.4 d) ska bolag som gemensamt har rätt att leda bolagets verksamhet inkluderas i beräkningen av den sammanlagda omsättningen. Det gemensamma samarbetet rörande företagets alla styrelsebeslut och särskilt de av strategisk karaktär innebär en rätt att leda företagets verksamhet. Bolag som utövar en sådan gemensam kontroll tillsammans har även en rätt att leda ett bolags verksamhet, låt vara att var och en av minoritetsaktieägarna innehar dessa rättigheter endast i negativ bemärkelse i form av vetorätt. Kontrollen och rätten att leda överlappar alltså varandra.

### **Slutord**

Konkurrenslagen refererar uttalat till associationsrättsliga principer, bl.a. koncernbegreppet (ABL 1:11 och ÅRL 1:4). Koncernbegreppet har inte heller några tydliga kriterier när ett bolag är i kontroll över ett annat utom i de mest omedelbara och legalt uppenbara fallen baserade på aktieäggande, rösträtt och tillsättande av ledande befattningshavare. Men även associationsrätten hänvisar till ett bredare begrepp: "bestämmande inflytande" (i ÅRL talar

man även om "betydande inflytande" rörande intressebolag). Problemet är att det inte går att definitivt avgöra vad som utgör ett inflytande inom företagsverksamhet, inflytande kan i praktiken uppstå på många olika sätt. Samtidigt borde inte lagstiftaren heller försöka dra upp artificiella gränser mellan olika former av inflytande utan att detta är särskilt påkallat. Konkurrensrätten och associationsrätten borde kunna harmonisera bättre och avstå från att försöka införa olika bedömningsgrunder för grundläggande begrepp.



### **Robert Sevenius**

Robert Sevenius Ekon. lic., jur.kand., verksam som rådgivare inom Transaction Services samt lärare vid Stockholms universitet, Företagsekonomiska Institutet m fl.