Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol

Rickard Sandin
Bakgrund

Rickard Sandin beviljades år 2003 medel från Konkurrensverket för att bedriva uppdragsforskning kring ekonomisk bevisning i domstol.

Rickard Sandin är ekonomie doktor i nationalekonomi.

För närvarande är Rickard Sandin verksam på företaget ECON Analys AB, ett företag som håller på med forskning, utredning och rådgivning. Sandin har tidigare arbetat som ekonomisk expert på Konkurrensverket.
Innehåll:

SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER ..............................................................1
SUMMARY AND CONCLUSIONS .....................................................................2
1  BAKGRUND ...............................................................................................5
2  UPPDRAGET ..............................................................................................7
3  METOD OCH AVGRÄNSNINGAR .............................................................9
4  UTRYMMET FÖR AEA I KONKURRENSRÄTTLIGA ÄRENĐEN ..........11
   4.1  Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete (6 § KL) ..........11
   4.1.1  Rekvisit och utrymmet för AEA ...................................................11
   4.2  Missbruk av dominerande ställning (19 § KL) ..............................14
   4.2.1  Rekvisit och utrymmet för AEA ...................................................14
   4.3  Meddelande om undantag (8 §) och utrymmet för AEA ............16
   4.4  Konkurrensskadeavgift och utrymmet för AEA .........................17
5  KONKURRENSRÄTTLIGA ÄRENĐEN ....................................................19
   5.1  Svenska Petroleum Institutet (SPI) ..................................................19
   5.1.1  Ärendet ...........................................................................................19
   5.1.2  Huvudfrågor ................................................................................20
   5.1.3  AEA i ärendet .................................................................................21
   5.1.4  Annan bevisning i ärendet .............................................................22
   5.1.5  Vad står i domarna från TR och MD ...........................................23
   5.1.6  Slutsatser om AEA i SPI-ärendet ..................................................24
   5.2  Sydved ..............................................................................................26
   5.2.1  Ärendet ...........................................................................................27
   5.2.2  Huvudfrågor ................................................................................27
   5.2.3  AEA i ärendet .................................................................................29
   5.2.4  Annan bevisning i ärendet .............................................................31
   5.2.5  Vad står i domarna från TR och MD ...........................................32
   5.2.6  Slutsatser .......................................................................................33
   5.3  Södra ..................................................................................................34
   5.3.1  Ärendet ...........................................................................................34
   5.3.2  Huvudfrågor ................................................................................34
   5.3.3  AEA i ärendet .................................................................................36
   5.3.4  Annan bevisning i ärendet .............................................................37
   5.3.5  Vad står i domarna från TR och MD ...........................................37
   5.3.6  Slutsatser .......................................................................................39
   5.4  SAS EuroBonus ................................................................................39
   5.4.1  Ärendet ...........................................................................................39
   5.4.2  Huvudfrågor ................................................................................40
   5.4.3  AEA i ärendet .................................................................................41
   5.4.4  Annan bevisning i ärendet .............................................................43
   5.4.5  Vad står i domen från MD ..............................................................44
   5.4.6  Slutsatser .......................................................................................45
   5.5  Optiroc ..............................................................................................46
   5.5.1  Ärendet ...........................................................................................47
   5.5.2  Huvudfrågor ................................................................................47
5.5.3 AEA i ärendet .................................................................48
5.5.4 Annan bevisning i ärendet .............................................49
5.5.5 Vad står i domarna från TR och MD ..........................49
5.5.6 Slutsatser ..................................................................50
5.6 Slutsatser KL-ärenden ....................................................51

6 INTERVJUER MED SVENSKA DOMSTOLSLEDAMÖTER ........54
   6.1 Omfattning och format ..................................................54
   6.2 Resultat ....................................................................54

7 SLUTSATSER .......................................................................58
Sammanfattning och slutsatser

Forskningsuppdragets huvudsyfte är att undersöka vilken typ av ekonomisk analys som är gångbar som bevisning i svenska domstolar i konkurrensrättsliga ärenden. Speciell fokus ligger på nytan av att använda teoretiska och ekonometriska modeller i utredningen av centrala begrepp som t.ex. relevant marknad, dominerande ställning, konkurrensbegränsande effekter, missbruk och märkbarhet. Uppdraget är begränsat till att studera de två centrala förbuden 6 § KL, förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och 19 § KL, förbud mot missbruk av en dominerande ställning.

Resultaten baserar sig på en analys av fem fall som varit föremål för domstolsprövning och där avancerad ekonomisk analys använts som bevisning. Det rör sig om ärendena Svenska Petroleuminstitutet (statistikssamarbete i petroleumbranschen), Sydved (inköps- och försäljningssamarbete inom skogsbranschen), Södra (försäljnings- och distributions samarbete inom skogsbranschen), SAS EuroBonus (missbruk av en dominerande ställning på den svenska marknaden för flygtransporter), samt Optiroc (företagsförvärv). I tillägg har intervjuer gjorts med ledamöter från Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen.

Resultaten visar att avancerad ekonomisk analys definitivt är gångbar som bevisning i svenska domstolar, oftast mer än vad som framkommer av domsluten. Detta gäller ärenden som faller under båda de centrala förbunden. Ekonomisk teori underlättar förståelsen när frågeställningarna är komplicerade och empirisk analys är vägledande när det gäller de kvantitativa effekterna av konkurrensbegränsande förfaranden.

Summary and conclusions

The main purpose of this research project, summarized in the report, is to study what type of economic analysis is workable as evidence in competition law cases before Swedish courts. Special focus is given to advanced economic analysis, that is, the use of theoretical models and econometrics, for investigations in central matters such as the delineation of relevant markets, market power and dominance, significant lessening of competition, and abuse of dominance. The assignment is restricted to cases falling under the two central prohibitions of the Swedish Competition Act: prohibition against anti-competitive co-operation (article 6) and abuse of a dominant position (article 19). Cases on concentrations between undertakings, although highly relevant for advanced economic analysis, are not included in this study.

The results are based on an analysis of five different competition law cases that were subject to court judgements and where advanced economic analysis was used as a part of the investigation. The cases are: Swedish Petroleum Institute (co-operation on collecting and distributing market statistics in the petroleum market), Sydved (purchase- and sales co-operation in the forestry market), Södra (sales and distribution co-operation in the forestry market), SAS EuroBonus (abuse of dominant position in the market for domestic flight transportation) and Optiroc (market delineation in a concentration case). In addition, interviews were carried out with representatives of the Stockholm District Court (first court of instance) and the Market Court (second court of instance).

The results show that advanced economic analysis is indeed workable as evidence in Swedish courts, actually more so than what appears from the written judgements. This is true for both anti-competitive co-operation and abuse of a dominant position cases. Economic theory facilitates the understanding of complex economic issues and empirical analysis is informative in quantifying the anticompetitive effects.

The weight given to advanced economic analysis differs between cases. Factors specifically important for the workability as evidence in court are that the analysis is applicable to the specifics of the market at hand in the case, that it is supplemented with a thorough investigation of the actual circumstances of the relevant markets, that it is presented both written and orally in an easy and understandable way, and that it is performed by economists with relevant expertise knowledge. The competence of the economist, not which part he or she represents, is most important for the trustworthiness of the economic analysis presented in the case. Basic economic analysis that does not use theoretical models or econometrics is particularly workable if performed and presented by
highly qualified economists. Finally, judgements based solely on EC case law in matters concerning market structure, conduct and performance is less useful, a condition that explicitly opens up for advanced economic analysis.
"A lawyer who has not studied economics...is very apt to become a public enemy”

Justices Brandeis (1916)

"Given 1000 economists, there will be 10 theoretical economists with different theories on how to change the light bulb and 990 empirical economists laboring to determine which theory is the correct one, and everyone will still be in the dark.”

Okänd

"Vem skall jag tro på?"

Thomas Di Leva
1 Bakgrund

Ekonomisk analys får en allt större betydelse för konkurrensträttsliga utredningar och bedömningar i Europa. Denna utveckling har accentuerats under den senaste femårsperioden. Bevis på detta är att konkurrensmyndigheter i allt större utsträckning anställer ekonomer med doktorsgrad och/eller anlitar ekonomiska experter till stöd för vissa delar av den konkurrensträttsliga utredningen. Anlitandet av externa experter görs antingen för att konkurrensmyndigheten själv inte har kompetens eller tid att utföra analysen eller för att en oberoende experts utlåtande antas väga tyngre som bevis i en eventuell domstolsprocess. Även svenska domstolar som behandlar ärenden under konkurrenslagen är sammansatta av både jurister och ekonomer och utvecklingen går mot att ekonomerna i större utsträckning har den spetskompetens som är lämplig för att döma i konkurrensärenden.


Trots att möjligheterna att använda avancerad ekonomisk analys i konkurrensträttsliga utredningar funnits ett tag har det inte varit en garanti för att de faktiskt skall användas av konkurrensmyndigheterna eller dess motparter. Det finns flera skäl till detta. Ett viktigt sådant skäl är att konkurrensreglerna först och främst tillämpats och bedömts av jurister med ringa utbildning i ekonomi, varför det naturligen varit svårt för den avancerade ekonomiska analysen att vinna mark.

1 Författaren till rapporten vill tacka advokat Kenny Carlsson, Gernandt & Danielsson Advokatbyrå, för ovriderlig hjälp och synpunkter i frågor som rör konkurrenslagens utformning och tillämpning.

Ett illustrativt exempel på tveksamheterna kring att använda avancerad ekonomisk analys i konkurrenrsättsliga ärenden är Volvo/Scania där Kommissionen, i sitt beslut att förbjuda förvärvet, valde att inte utnyttja den avancerade ekonomiska analys som gjordes av inhyrda ekonomer för att prognostisera effekterna av sammanslagningen. Detta motiverades i beslutet med att metoderna var oprövade och att centrala delar av analysen kraftigt kom att kritiseras av motpartens ekonomiska experter.

Huruvida Kommissionens tveksamhet var befogad eller inte i just detta fall är inte föremålet för denna rapport. Det som studeras är vilken typ av avancerad ekonomisk analys som är gångbar i svenska domstolar. Eftersom antalet ärenden där avancerad ekonomisk analys använts är få är det naturligt att ställa sig frågan om hur gångbar avancerad ekonomisk analys är som bevisning, särskilt metoder som är oprövade.

---

2 Ekonometriska modeller är statistiska modeller vars struktur baseras med utgångspunkt från ekonomisk teori.

3 Se Kommissionens beslut på http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1672_en.pdf.
2 Uppdraget

Konkurrensverket har gett Rickard Sandin i uppdrag att analysera vilken typ av avancerad ekonomisk analys som fungerar som bevisning i svenska domstolar. Uppdraget är begränsat till att studera de två centrala förbuden:

- 6 § KL, förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och
- 19 § KL, förbud mot missbruk av en dominerande ställning.

Inom ramen för rapporten faller också beslut om undantag (8 §) samt paragrafen rörande konkurrenskadeavgift för överträdelser av 6 § och 19 § eftersom denna är kopplad till de centrala förbuden. Koncentrationsärenden (34 §), som i och för sig medger ett naturligt utrymme för avancerad ekonomisk analys, ligger däremot utanför projektets omfattning. Dock återfinns rekvisits relevant marknad i koncentrationsärenden, men även i ärenden rörande konkurrensbegränsande samarbete och missbruksärenden, varför även avancerad ekonomisk analys i koncentrationsärenden kommer att studeras.


---

samt att ge en uppskattning av hur stora de konkurrensbegränsande effekterna av ett förfarande kan vara på en marknad.

I begreppet AEA ligger inte automatiskatt själva den gjorda analysen är av hög kvalitet. Tvärt om! Analysen kan vara utförd med hjälp av komplexa modeller men trots detta (eller kanske på grund av detta) inte vara gångbar på grund av att modellerna eller tillämpade på fel sätt. Begreppet avancerad ekonomisk analys innefattar med andra ord såväl bra som dåligt utförd analys.
3 Metod och avgränsningar

För att besvara frågan om vilken typ av AEA som fungerar som bevisning i svenska domstolar kommer först och främst de svenska konkurrensrättsliga ärenden där sådan analys förekommit att analyseras. Detta görs genom att studera aktmaterial och domar från Stockholms tingsrätt (TR) och Marknadsdomstolen (MD) i samtliga ärenden där AEA förekommit. Ärendena presenteras relativt utförligt för att sätta den AEA i sitt sammanhang, dvs. vilka huvudfrågorna var i respektive ärende och vilken annan utredning och bevisning som fanns tillgänglig. Konkurrensverkets domstolsakter har av praktiska skäl använts som studiematerial även om det hade varit lämpligare att studera domstolarnas akter eftersom de skiljer sig åt.5

Det är dock inte tillräckligt att studera domar och domstolsakter för att uttala sig om vilken typ av AEA som fungerar som bevisning i svenska domstolar. För det första exkluderar detta alla ärenden som inte resulterat i ett överklagande. I sådana fall finns ingen härledning att hämta. Det kan mycket väl vara så att den AEA i några av dessa ärenden hade varit gångbar i domstol. Rent teoretiskt skulle t.o.m. beslutet om att inte överklaga kunna vara ett resultat av den utförda AEA från parternas sida. För det andra, och mer problematiskt, kan man i många fall inte utläsa i vilken grad AEA varit gångbar hos domstolen av den enkla anledningen att detta inte explicit framkommer av domen. Detta kan gälla sådana fall där domstolen fann att det förelåg andra utredda omständigheter och bevisning i ärendet som gjorde att framhåvandet av AEA, även om den tillmättes vikt, inte var nödvändigt för att motivera ett visst ställningstagande. Men det kan också ha varit så att domstolen inte tillmätte den utförda AEA någon vikt. Om det inte explicit framgår av domen att AEA haft betydelse går det inte att skilja mellan fallen. Detta skäl gör det angeläget att komplettera undersökningen med intervjuer med domstolsledamöter. Sådana är dock inte helt oproblematiska eftersom det sannolikt inte är en framkomlig väg att diskutera bedömningar i enskilda ärenden. Intervjuerna har därför rört sig på en mer övergripande nivå.

Det blir allt vanligare att ekonomer uppträder som expertvittnen i domstolen för att redovisa det utlätande som denne fått i uppdrag att utföra av någon av parterna. Ekonomens presentation av utlätandet, dvs. hur väl denne lyckas framställa och redovisa sin analys och sina resultat har sannolikt stor betydelse för vilken vikt domstolen kommer att lägga på AEA i enskilda ärenden. I de nedan redovisade ärendena har det förekommit att ekonomerna kallats in som vitten. En

5 I något fall har det varit oklart om vissa rapporter med inslag av AEA faktiskt åberopats som bevisning i ett specifikt ärende.
föreställning om hur väl ekonomen lyckats framställa sitt arbete skulle kunna fås genom att lyssna på bandupptagningar. En sådan analys har inte gjorts inom ramen för denna rapport. Dessutom är det vanskligt att uttala sig om någon annans uppfattning, inte minst att som ekonom sätta sig in i juristens roll.

Eftersom antalet ärenden är få, endast sex till antalet, är det informativt att titta på erfarenheter i andra länder. I uppdraget från Konkurrensverket låg därför att studera konkurrensrättsliga ärenden främst inom EU. Antalet ärenden under artikel 81 och 82 där AEA har använts är dock få och dessutom är Kommissionens akter i olika ärenden inte tillgängliga för forskning. Därför inkluderas inte erfarenheter från EU i denna rapport.

En kort utblick mot erfarenheterna i USA, där traditionen av att tillämpa konkurrensregler är betydligt längre, låg också inom ramen för uppdraget från Konkurrensverket. Problemet med de amerikanska ärendena är dock att det är kostsamt att få tillgång till domar och aktsam. En alternativ källa är forskningsartiklar som behandlat kända konkurrensärenden. Problemet med dessa artiklar är att det inte framgår vilket material som domstolarna haft som underlag för bedömningen, vilket gör det svårt att uttala sig om vilken typ av ekonomisk analys som har varit gångbar. En annan faktor som gör det svårt att veta hur gångbar AEA är i de amerikanska domstolarna är att de flesta domare, i alla fall de som dömer i de lägre instanserna, under sin livstid endast har några stycken konkurrensärenden. Dessutom är det amerikanska systemet uppbyggt på avgöranden från en jury av lekmän som i mycket ringa grad kan förväntas kunna något om konkurrensregler och ekonomisk analys. Slutsatsen måste ändå bli att AEA generellt sett är gångbar med tanke på det stora inslaget av kvalificerade ekonomer hos de federala konkurrensmyndigheterna, den högre nivån på den ekonomiska kunskapen hos de amerikanska juristerna, samt att ekonomiska resonemang med utgångspunkt från AEA ofta finns refererade i domsluten.

I rapporten görs inga bedömningar av huruvida Konkurrensverkets, motparternas eller domstolarnas argumentation och bedömningar varit riktiga eller inte. Dock kan vissa sådana kommentarer dyka upp som avser den utförda AEA. Läsaren bör slutligen betrakta att författaren till rapporten inte är jurist och därmed inte har tillräcklig domstolserfarenhet för att denne skall sägas kunna vara väl tränad i att tolka domstolsbeslut.

6 AEA har dock använts i ett antal koncentrationsärenden.
7 Domarna kan hämtas ur olika databaser, typ Westlaw, till vilket kostsamt prenumeration krävs. Aktsam från ärenden där konkurrensmyndigheter utgjort part i målen, vilket längst ifrån alltid är fallet, kan köpas från domstolarna, men detta är också förenat med betydande kostnader.
8 US Department of Justice och Federal Trade Commission har över 50 anställda disputerade ekonomer var.
10 Se t.ex. domen i fallet LePage v. 3M, US Court of Appeals (3:rd Circuit), 324 F3d. 141.
4 Utrymmet för AEA i konkurrensrättsliga ärenden

Utrymmet för AEA styrs av konkurrensreglernas utformning. I detta kapitel görs därför en kort och översiktlig presentation av de för rapporten centrala förbuden och dess olika rekvisit.\(^\text{11}\) För varje förbud och dess rekvisit diskuteras också kort på vilket sätt AEA skulle kunna användas till stöd för utredningen.\(^\text{12}\) Generellt sett kan man säga att utrymmet och betydelsen av AEA varierar mellan de olika förbuden.

4.1 Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete (6 § KL)

Samarbeten som har till syfte att begränsa konkurrensen på ett märkbart sätt eller har ett sådant resultat är förbjudna enligt 6 KL. Såväl horisontella som vertikala samarbeten faller under förbuden. Vissa samarbeten kan dock vara tillåtna om de ger positiva effekter som även konsumenterna får en skälig del av. I dessa fall kan undantag meddelas från 6 § (se kapitel 4.3). För att påvisa att ett visst samarbete är förbjudet krävs att ett antal rekvisit är uppfyllda. Utrymmet för AEA under respektive rekvisit varierar.

4.1.1 Rekvisit och utrymmet för AEA

Avtalskriteriet

För att ett samarbete skall anses som förbjudet krävs att det är fråga om ett samarbete mellan två eller flera företag och att samarbetet har sin grund i ett avtal, beslut av en sammanslutning av företag, eller samordnat förfarande mellan företag. Om något av detta gäller anses avtalskriteriet vara uppfyllt. Stöd för att kriteriet är uppfyllt brukar främst återfinnas i skriftligt upprättade planer, mötesprotokoll eller annan dokumentation som visar att företagen utväxlat hemlig information.


\(^{12}\) De teoretiska och ekonometriska metoder som kan användas i konkurrensanalys finns återgivet på ett bra sätt av Bishop och Walker, vilken är den huvudsakliga källan i detta avsnitt.
Uttrymmet för AEA för att bevisa att ett avtal föreligger torde vara begränsat. Skälet till detta är att utfallet från sådana samarbeten på marknaden inte utan vidare kan skiljas från utfall som har med parallellt uppträdande att göra. Med parallellt beteende menas att företagen agerar självständigt i förhållande till varandra. Parallellt beteende kan inte anses utgöra bevis för ett samordnat förfarande om det inte är ställt bortom allt tvivel att samordning är den enda möjliga förklaringen till uppträdandet. Problemet att bevisa samordnat förfarande utan tillgång till annan bevisning såsom mötesanteckningar är att företagen på oligopolmarknader genom egenhändigt agerande kan åstadkomma samma marknadsresultat som en uttalad karrell, t.ex. höga priser till följd av en minskning av produktionen. Även om varje företag i viss mån agerar självständigt måste det ta hänsyn till sina konkurrentr och detta ömsesidiga beroende gör att det kan ligga i företagens intresse att ensidigt hålla höga priser om denna strategi också följs av samtliga. Förutsättningarna för ett, från företagens sida, lyckat parallellt beteende är i stort de samma som för en ”lyckad” karrell. Det krävs normalt att marknaden är oligopolistisk, att det finns ett begränsat antal företag på marknaden, att produkterna är homogena samt att kostnadsstrukturen är likartad mellan företagen. Förutsättningarna för att använda AEA för att visa på avtal eller samordnat förfarande är därför små. Störst möjlighet torde finnas om prissättningen sker i form av slutna budgivning, dvs. där företagen inte kan observera varandras anbud. Sådana fall har förekommit i USA på marknaderna för frysta skaldjur, vägentreprenader och mjölkleveranser till skolor.

**Konkurrensbegränsningskriteriet**

För att samarbete skall vara förbjudet krävs vidare att avtalet har till syfte att begränsa eller snedvrida konkurrensen eller att det ger ett sådant resultat. Här görs en skillnad mellan syfte och resultat i den bemärkelsen att man inte behöver visa på ett resultat om ett konkurrensbegränsande syfte föreligger. Detta torde främst gälla avtal som objektivt sett är konkurrensbegränsande, t.ex. horisontella prisöverenskommelser eller marknadsdelning. I dessa fall är syftet objektivt klart och det finns därmed inget behov av AEA.

Normalt torde man dock kunna förvänta sig att en konkurrensmyndighet väljer att gardera sig genom att också visa på avtalet ger ett konkurrensbegränsande resultat på marknaden. AEA skulle då kunna användas t.ex. genom att man med ekonometritiska beräkningar visar att priserna var högre under den tidsperiod samarbetet gällde jämfört med perioder där inget samarbete. Notera dock att det


14 För att visa på en samordning mellan företag skilt från parallellt beteende har man i amerikansk tillämpning pekat på ett antal s.k. plusfaktorer som skall föreligga. Exempel på sådana är att det finns ett rationellt motiv för företagen att agera kollektivt, att handlingarna uppenbart strider mot varje företags egenintresse i fråvan av en gemensam plan, att fenomen som förekommer på marknaden inte kan förklaras på ett rationellt sätt anat än att en samordning förekommer m.m., Kovacic, W., 1993, The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws, Antitrust Bulletin, Spring 1993, 5-81.

15 Froeb, L. och M. Shor, 2000, Auctions, evidence, and antitrust, Owen Graduate School of Management, Vanderbilt University (arbetsrapport).

16 Se Bishop och Walker (ibid) för exempel.
inte är nödvändigt att visa att samarbetet faktiskt haft eller kommer att ge ett konkurrensbegränsande resultat på marknaden, eftersom det är tillräckligt att visa på potentiella effekter, dvs. att konkurrensen riskerar att eller kan ha begränsats. För att visa på potentiella effekter utför Konkurrensverket ett s.k. konkurrensetest, dvs. en bedömning av förfarandets negativa verkningar på konkurrensen på den relevanta marknaden. Som del av denna utredning skulle med andra ord även teoretiska modeller kunna användas för att visa på konkurrensbegränsande resultat. Kravet på dessa är dock sannolikt att de centrala antagandena i modellen i rimlig mån överensstämmer med verkligheten på den relevanta marknaden (se speciellt SPI-ärendet kapitel 5.1).

**Märkbarhetskriteriet**

För att ett samarbete skall vara förbjudet krävs slutligen att det skall vara märkbart konkurrensbegränsande. Märkbarheten delas in i en kvantitativ respektive en kvalitativ del. Ett kriterium för att kvantitativ märkbarhet skall föreligga är att den sammanlagda marknadsandelen för företagen på någon av de relevanta marknaderna överstiger 10% i ett horisontellt samarbete och 15% i ett vertikalt samarbete.17

Det finns ett visst utrymme för AEA när det gäller detta kriterium. För att fastställa storleken på den sammanlagda marknadsandelen krävs att man avgränsar den relevanta marknaden. Detta kan göras med hjälp av ekonometrisk analys, t.ex. genom att skatta olika efterfrågeelasticiteter (egenpriselasticiteter och korspriselasticiteter) som ger information om vilka produkter som är utbytbara med varandra och därmed skall ingå i den relevanta marknaden.18 Sådana metoder har inte använts i svenska konkurrensfall men däremot av Kommissionen i olika förvärvsärenden.19 Även indirekta metoder såsom chockanalys, priskorrelationsstudier och priskoncentrationsstudier kan användas för att få en indikation om olika produkter ingår i samma relevanta marknad.20 I Optirocärendet användes priskorrelationsstudier för att avgöra om olika typer av fasadamaterial utgjorde samma relevanta marknad (se kapitel 5.5). Geografiska marknader kan avgränsas med samma metoder och i tillägg med s.k. transportkostnadstest och s.k. ”shipment tests”.21 Priskoncentrationsstudier kan t.ex. användas för att testa om geografiska områden överlappar varandra på ett sätt

---

17 Gränserna är inte absoluta utan såväl samarbeten som faller över och under trösklarna kan anses respektive inte anses begränsa konkurrensen på ett märkbart sätt.


19 Detta gällde t.ex. förvärvsärendena Procter & Gamble/VP Schickedanz (pappersprodukter och sanitära hygienartiklar) och Kimberly-Clark/Scott Paper (pappersprodukter).

20 Chockanalys användes av kommissionen i ärendet Procter & Gamble/VP Schickedanz och priskorrelationsstudier i ärendena Nestlé/Perrier, Procter & Gamble/VP Schickedanz, Mannesmann/Vallourec/Ivla, Lonrho/Gencor och Guiness/Grand Metropolitan.

21 Kommissionen verkar ha förlitit sig på ”shipment tests” i fallen Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM och DuPont/ICI.
som gör att konkurrenstrycket från ett geografiskt område sprider sig till andra geografiska områden.  


4.2 Missbruk av dominerande ställning (19 § KL)


4.2.1 Rekvisit och utrymme för AEA

Dominerande ställning

För att förfaranden skall anses utgöra missbruk krävs att ett företag eller en grupp av företag har en dominerade respektive en kollektivt dominerande ställning på marknaden. Dominerande ställning har i EG-domstolens dom i United Brands  

definierats som:

---


23 EG-domstolens domar i mål 27/76 United Brands, REG 1978.
"… en stark ställning hos ett företag som gör det möjligt för företaget att i en avsevärd utsträckning agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand konsumenterna."

Kriterier som har betydelse för huruvida en dominerande ställning skall anses föreligga är finansiell styrka, hinder mot etablering på marknaden, tillgång till insatsvaror, patent- och andra immaterialrättigheter, teknologisk och annan överlägsen kunskapsmässighet, samt inte minst företagets (eller företagens) andel av den relevanta marknaden. Av förarbetena till KL 24 framgår att marknadsandelar under 40 % ligger under den nivå som tyder på dominans. Överstiger marknadsandelar 40 % anses detta vara ett beaktansvärt och tydligt tecken på att det föreligger en dominerande ställning även om andra faktorer måste beaktas. Marknadsandelar över 50 % anses utgöra en presumtion på att dominans föreligger varmed bevisbördan i större grad faller på företagen, medan marknadsandelar över 65 % anses utgöra ett starkt bevis på marknadsmakt.


Men ekonometriska tekniker kan även användas för att direkt ge indikationer på om ett företag eller en grupp av företag har en dominerande ställning på marknaden. Genom att skatta priselasticiteter kan man uttala sig om företagen har marknadsmakt eller inte. Termen marknadsmakt används av ekonomer för att beteckna att ett företag till del kan agera oberoende och sätta högre priser än vad som skulle gälla på en konkurrensutsatt marknad. Termen ligger närmast begreppet dominerande ställning. För en monopolist kan sambandet mellan marknadsmakt och efterfrågeelasticiteten beskrivas enligt formeln

\[
\frac{p-c}{p} = \frac{1}{e},
\]

där vänstra ledet utrycker hur mycket priset \( p \) kan höjas över marginalkostnaden \( c \). Ju lägre priselasticiteten \( e \) är, dvs. ju mindre priskänsliga kunderna är desto större marknadsmakt har företaget, dvs. desto större möjlighet har det att agera oberoende av sina kunder. Ett lågt värde på \( e \) ger således information om att företaget har marknadsmakt, medan ett högt värde på \( e \) ger information om att företaget inte har någon marknadsmakt. Ekonometrisk analys kan användas för att direkt uppskatta graden av marknadsmakt genom att ta fram ett värde för \( e \). Detta är inte minst viktigt på marknader där produkterna är differentierade och där marknadsandelar utgör ett trubbigt mått på graden av marknadsmakt.2526 Ett annat

sätt är att ekonometriskt söka skatta graden av strategisk interaktion mellan företagen ("competitive response"), antingen individuellt för varje företag eller som ett genomsnitt, för att uttala sig om marknadsmakt föreligger eller inte.\textsuperscript{27} Det betyder också att kollektiv dominans kan uppskattas. I ärendet Sydved (se kapitel 5.2) användes den senare tekniken. Ytterligare en teknik för att mäta marknadsmakt är priskoncetrationsstudier som kan visa om koncentrationen på en marknad är förknippad med marknadsmakt.

**Missbruk**


Uttrycket för AEA är givet i prövningen av missbruk eftersom det rör sig om bedömningar av förfarandets eventuella negativa effekter på konkurrensen. I likhet med § 6-ärenden krävs inte ett faktiskt resultat visas på marknaden, vilket även ger utrymme för teoretiska analyser. SAS EuroBonus är ett tydligt exempel på detta (se kapitel 5.4).

### 4.3 Meddelande om undantag (8 §) och utrymmet för AEA

Även om ett förfarande anses strida mot 6 § kan företagen ansöka om ett s.k. undantag. Undantag kan inte meddelas företag som missbrukar en dominerande ställning. Undantag enligt 8 § kan beviljas om samtliga av fyra nedan villkor är uppfyllda:

- att samarbetet leder till en förbättring av produktionen eller distributionen eller främjandet av teknisk eller ekonomiskt framåtskridande (punkten 8.1),
- att konsumenterna får en skälig andel av den uppnådda vinsten (punkten 8.2),

\textsuperscript{26} Metoden kan vara vansklig att använda eftersom den kan underskatta företagens marknadsmakt. Ett monopolföretag maximerar t.ex. vinsten vid en nivå där efterfrågeelasticiteten är elastisk. Genom att inte ta hänsyn till detta kan man begå det fel som i den ekonomiska litteraturen går under benämningen "The Cellaphone fallacy" och som härrör sig från ett konkurrensrättsligt ärende i USA.

- att förfarandet inte medför konkurrenssegränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå vinsten (punkt 8.3) och
- att det inte rör sig om ett väsentligt begränsande av konkurrensen (punkt 8.4).

Undantag för samarbete kan oftast ges till mindre aktörer som skall konkurrera med stora aktörer förutsatt att samarbetet omfattar en liten del av marknaden och till samarbeten som rör forskning och utveckling, produktions och distribution, men däremot inte till samarbeten som rör priser, marknadsdelning, kvoteringsarrangemang och uppdelning av kunder. Mindre skadligt anses gemensam försäljning eller inköp, gemensam annonsering och specialisering eller exklusivitet vara om det omfattar en liten del av marknaden.

Undantag för samarbete kan oftast ges till mindre aktörer som skall konkurrera med stora aktörer förutsatt att samarbetet omfattar en liten del av marknaden och till samarbeten som rör forskning och utveckling, produktions och distribution, men däremot inte till samarbeten som rör priser, marknadsdelning, kvoteringsarrangemang och uppdelning av kunder. Mindre skadligt anses gemensam försäljning eller inköp, gemensam annonsering och specialisering eller exklusivitet vara om det omfattar en liten del av marknaden.


Uttrycket för AEA finns under samtliga punkter, men kanske främst när det gäller att bedöma om de samarbetande företagen skall anses ha marknadsstyrka eller inte. De metoder som redovisades ovan är åter tillämpliga. Om marknadsstyrkan är hög skulle t.ex. punkten 8.2 inte anses vara uppfylld. Sådan analys användes av Konkurrensverket i ärendet Sydved (se kapitel 5.2). Analysen är givetvis också aktuell för ställningstagandet under punkten 8.4.

4.4 Konkurrensskadeavgift och utrymmet för AEA


Det finns ett antal kriterier som påverkar storleken på konkurrensskadeavgiften. Viktiga faktorer är överträdelsens natur och varaktighet, samt försvårande och förmildrande omständigheter. Avgörande för allvarligheten av en överträdelse är...

---

28 Denna bedömning kan synas något märklig eftersom det under punkten 8.1 inte uttryckligen står att de positiva effekterna skall vägas mot de negativa effekterna på konkurrensen. Men de positiva effekterna måste vara något som objektivt sett är positivt för samhället. Det är alltså inte en positiv effekt i villkorets mening, om ett samarbete som i och för sig leder till positiva effekter samtidigt leder till en oproportionerlig förråning av konkurrensen på marknaden i fråga.
omfattningen av de skadliga effekerna på konkurrensen såsom effekten på den allmänna prisbilden, direkta skador som förorsakats andra företag, betydelsen av produkten för samhället och företagens marknadsandel.\(^{29}\)

AEA torde ha en given plats när det gäller att bedöma skador som förorsakats företag och konsumenter. Man kan t.ex. använda ekonometrisk analys för att uppskatta det merpris som en kartell eller ett missbruk gett upphov till. Samma typ av analys kan också göras i skadeståndsmål, eftersom det är samma typ av effekter som skall uppskattas. Erfarenheterna av sådan analys i svenska konkurrensärenden är dock mycket begränsade, även när det gäller skadeståndsmål. I USA, där man har en betydligt längre erfarenhet av konkurrensrättsliga skadeståndsmål används däremot ofta AEA för att mäta konkurrensskada. Även om uppskattningarna till sin natur alltid är förenade med osäkerhet har teknikerna vunnit framgång i domstol.\(^{30}\) De amerikanska domstolarna accepterar en viss osäkerhet eftersom det per definition kan vara svårt att bestämma hur situationen skulle ha sett ut utan det konkurrensbegränsande förfarandet. Bevisbörjan är sådan att det företag som lidit ekonomisk skada måste kunna presentera en nöjaktig uppskattning, medan den förorsakande parten har en större bevisbörda i att visa att dessa uppskattningar är felaktiga.\(^{31}\)

\(^{29}\) Försvårande omständigheter kan vara att företaget tidigare brutit mot konkurrenslagen medan förmildrande omständigheter kan vara att företagets deltagande skett till följd av påtryckningar. Det senare gäller främst kartellärenden där små företag kan ha tvingats delta under hot om ekonomiska vedergällningar.

\(^{30}\) LePage v. 3M, US Court of Appeals 3:rd Circuit), 324 F3d. 141.

5 Konkurrensrättsliga ärenden


5.1 Svenska Petroleum Institutet (SPI)

Den centrala frågeställningen i detta ärende var huruvida SPI:s månatliga statistik över företagens marknadsandelan skulle anses begränsa konkurrensen på petroleumsmarknaden genom att underlättta s.k. parallelt beteende. Till skillnad från Konkurrensverket menade SPI att statistiken inte gav någon ny information om konkurrenterna än vad som redan fanns på marknaden, t.ex. förändringar i konkurrenternas stolppriser på bensin, och att inga konkurrensbegränsande effekter därmed uppstod. I denna fråga förlitade sig parterna i hög grad på resultaten av ekonomisk forskning.

5.1.1 Ärendet

SPI är en ideell förening vars verksamhet är inriktad på att tillvarata och befrämja oljebranschens gemensamma intressen. Aktiviteterna utögs främst av att främja teknisk utveckling, verka för enhetlig nomenklatur och standardisering,
tillhandahålla information och statistik samt sprida information om oljebranschen och söka skapa förtroende för dess verksamhet. Samtliga petroleumföretag av betydelse är medlemmar i SPI.

I november 1993 ansökte SPI om icke-ingripande-besked (IIB) för det statistiksamarbete som drevs inom ramen för dess verksamhet och som hade följande former:


ii) Svensk petroleummarknad. Grundmaterialet sammanställdes av SCB på uppdrag av SPI och beskrev petroleummarknaden utifrån flera olika perspektiv. En del av materialet presenterades i en årsberättelse. Bland materialet som framställdes fanns åtserigen försäljningsvolymer och marknadsandelar på företagsnivå, på månads-, halvårs och årsbasis. Månadsstatistiken var mer tillförlitlig än snabbstatistiken och distribuerades till bolagen två månader efter den sista kalendermånadens utgång. I likhet med snabbstatistiken var det endast SPI:s medlemmar som fick ta del av statistiken.32


5.1.2 Huvudfrågor

Den viktigaste frågan i ärendet var huruvida den företagsspecifika statistiken skulle anses ha en konkurrensbegränsande effekt eller inte, dvs. om konkurrensbegränsningskriteriet skulle anses vara uppfyllt.33 SPI menade att ett av syftena med statistiken var att förse oljebolagen med underlag för självständiga kommersiella beslut i frågor om prissättning, rabattgivning och utveckling av

---

32 Det fanns också kvartalsstatistik om försäljning av smörjmedel samt planer på att även framställa statistik över flygbränsleutvecklingen.

33 Avtalskriteriet var uppfyllt eftersom det rörde sig om ett uttalat samarbete, därav ansökan om IIB.
produkters och distributionsformer. Statistik syftade till att uppmuntra företagen till ett mer offensivt konkurrenstänkande och sporra företagen att öka sina marknadsandelar på bekostnad av konkurrenterna.


Märkbarhetskriteriet ansågs av verket vara uppfyllt eftersom samarbetet omfattade samtliga betydelsefulla företag inom de olika petroleummarknaderna, dvs. i princip 100 procent av marknaderna.

5.1.3 AEA i ärendet


I sitt överklagande till TR ansåg SPI att Konkurrensverket gjort en felaktig bedömning när det gällde den aktuella statistikens faktiska och potentiella effekter för konkurrensen på den svenska petroleummarknaden. SPI ansåg att verkets beslut vilade på teoretiska antaganden om vilka effekter ett samarbete av aktuellt slag typiskt sett (författarens understrykning) skulle anses leda till. SPI menade att marknadsandelarna och försäljningsstatistikens inte gav någon ny information på marknaden eftersom prisändringar rapporterades långt före att konkurrenterna fått tillgång till statistiken. Delvis därför, men också för att visa på att man från ekonomisk teori inte kan dra generella slutsatser om statistiksamarbetets negativa effekter på konkurrensen, anlitades av SPI den ekonomiska experten docent Tore Ellingsen, Handelshögskolan i Stockholm. I sitt utlåtande ”Statistik inom oljebranschen” summerar Ellingsen den relevanta forskningen och applicerar denna på den svenska oljemarknaden. Han visade att informationsutbyte mellan företag på en marknad där det råder osäkerhet om efterfrågan kan underlätta parallellt beteende, vilket resulterar i att konkurrensen begränsas. Informationen

34 Se Carlson, m.fl., sid. 97-100.

35 I sitt överklagande påpekade dock SPI att verket inte gjort någon utredning som visade på att märkbarhetskriteriet var uppfyllt eller att petroleummarknaden kännetecknades av en oligopolstrukturen.
kan avslöja vilka konkurrenter som gör offensiva utspel och underlätta motåtgärder. Denna möjlighet att möta offensiva åtgärder, minskar incitamenten till sådana offensiva utspel. Faktorer som är viktiga för huruvida sådant implicit samarbete är möjligt är marknadens struktur, om konkurrensen sker om priser eller kvantitet, samt med vilken fördröjning informationen kommer. I de fall informationen kommer för snabbt eller för långsamt försvåras det implicita samarbetet enligt Ellingsen.

Ellingsen pekade på att forskningen inte gav entydiga resultat och att flera faktorer talade emot verkets bedömning när det gällde de faktiska omständigheterna inom den svenska petroleumbranschen. Han nämnde t.ex. det faktum att information om prisändringar redan fanns på bensinmarknaden innan företagen fick tillgång till statistiken om marknadsandelar. Ellingsen pekade dock på nödvändigheten av empiriska undersökningar är för att avgöra vilken teori som bäst beskrev de olika petroleummarknaderna.


Det skall påpekas att Segendorfs expertutlåtande, likt Ellingsens, inte var empirisk. Detta återspeglas i hans yttrande genom att slutsatserna är formulerade i vaga termer när det gäller effekterna på petroleummarknaden, som t.ex. ”… förefaller applicerbar…” och ”…det är därför möjligt att…”, osv.

5.1.4 Annan bevisning i ärendet

Verkets beslut i ärendet vilade på en mycket begränsad utredning och inga yttranden från ekonomiska experter. Detta kom först i samband med handläggningen i MD. Ingen utredning av betydelse tillfördes heller under handläggningen i TR. Utöver de referenser till föreskrifter och rättsfall som presenterades ovan fanns i princip endast några utdrag ur månatliga statistikproduktionen och årsberättelsen från SPI av vilka det inte gick att utläsa eventuella konkurrensbegränsande effekter.

SPI framförde att den aktuella branschstatistiken skiljde sig från den typ av informationsutbyte som i EG-rättspraxis befunnits vara konkurrensbegränsande.
Informationsutbytet hade i dessa fall, med referens till det då nyligen avgjorda Traktorfallet,\textsuperscript{36} varit mer omfattande och mer detaljerade än vad som gällde i SPI-ärendet. Verket menade dock att Traktorfallet var tillämpligt på SPI-ärendet. Under förhandlingen i MD åberopades en representant för Svenska Statoil AB som vittne.

### 5.1.5 Vad står i domarna från TR och MD

Under rubriken utveckling av talan tar TR upp SPI:s huvudargument om att teorin om parallellt beteende inte var tillämpligt på petroleummarknaden, vilket framgick av utlåtandet från Ellingsen. Vidare framfördes att verkets beslut var ofullständigt formulerat eftersom det inte framkom om antagandena byggde på teori eller faktiska omständigheter på petroleummarknaden, att Traktorfallet inte var tillämpligt eftersom det i det ärendet rörde sig om mer detaljerad information och företags hemligheter. Från Konkurrensverkets talan nämndes Traktorfallet som verket ansåg vara relevant för ärendet. Vidare fanns verkets generella diskussion om informationssamarbetets underlättande av parallellt beteende med vissa hävningar till förhållandena på bensinmarknaden återgivet av domstolen.

Under TR:s skäl framhölls att statistikssamarbetet uppfyllde avtalskriteriet, att statistikssamarbetet kunde vara oförenligt med KL ifall informationen underlättade medveten parallellism mellan konkurrenter på en oligopolistisk marknad för homogene produkter, vilket petroleummarknaden ostridigt utgjorde ett exempel på.\textsuperscript{37} Sedan diskuterade TR huruvida statistikssamarbetet var konkurrensbegränsande. Här gjordes en hänvisning till det av SPI angivna syftet med statistikssamarbetet, nämligen att det skulle utgöra ett underlag för självständiga kommersiella beslut i frågor om prissättning, rabattgivning m.m. Vidare förekom en diskussion om vad statisten visade och en bedömning att konkurrenternas svar på offensiva utspel var till nytta för konsumenterna. Dessutom framfördes att informationsutbytet - om det hade de effekter som Konkurrensverket påstod - borde resultera i mycket små förändringar i företagens marknadsandelar och att marknadsandelarna var instabila eller ej framgick dock inte av domen. Någon sådan utredning var som tidigare nämnts inte gjord i ärendet. Slutligen gick TR helt på SPI:s linje när man ansåg att statistikssamarbetet inte gav någon ny information på marknaden som aktöerna inte redan kände till. TR ansåg att de konkurrensemödel som företagen normalt använde blev kända innan förändringar i försäljningsvolymen visade sig i statistiken, och följaktligen att statistikssamarbetet inte medförde några negativa effekter på konkurrenser.

MD:s dom var utförligare på flera punkter, vilket till stor del kan tillskrivas den kompletterande utredning som gjordes från verkets sida under handläggningen av ärendet i domstolen. Det som togs upp från verkets sida under parternas talan var verkets omfattande utredning av petroleummarknadens struktur. Utredningens

\textsuperscript{36} UK Agricultural Tractor Registration Exchange, Kommissionens beslut 1992 EGT nr L 68 och EG:s förstainstansdomstols dom i mål numer T-35/92 John Deere Ltd v. Commission, 1994 ECR II.

\textsuperscript{37} Den sista slutsatsen är intressant eftersom det i ärendet vid den tidpunkten inte fanns någon egentlig utredning som visade att petroleummarknaden \textit{de facto} skulle anses som en oligopolistisk marknad med homogena produkter. Denna utredning av verket dök som framgått först upp i handläggningen i MD.
syfte var att visa på petroleummarknadens oligopolistiska struktur och prissättning, särskilt att rabatterna inte var lika synliga som stolppriserna, vilket i sin tur skulle motivera varför statistiksamarbeten underlättade möjligheten till parallellt beteende med konkurrenserhållande effekter som resultat. Någon egentlig utredning om hur pass mindre transparenta rabatterna var gjordes dock inte. Det som återgavs av SPI:s talan var i stora delar det samma som återfanns i TR:s dom. MD höll med om att rabatterna inte blev lika fort kända som stolppriserna på marknaden men ändå tillräckligt snabbt för att statistiken inte skall ge någon ny information. De åberopade expertutlåtandena redovisades också separat i domen.

Under rubriken Marknadsdomstolens skäl framkom att MD delade verkets bedömning att petroleummarknaden var en oligopolistisk marknad, att statistiken när den lämnade företagen måste anses vara att betrakta som affärshemligheter, men att det till skillnad från Traktorfallet var frågan om en avsevärt mindre detaljerad information. Traktorfallet kunde därmed inte anses vara tillämpbar på SPI-ärendet.

Det faktum att priset och andra konkurrensemelod blir kända före information om försäljningssvolym och marknadsandel föreligger, togs liksom hos TR till intäkt för att statistiksamarbetet inte begränsade konkurrenserna på ett märkligt sätt. I tillägg nämndes dock att statistiken kunde ge företagen ledning i att bedöma verkningararna av marknadsföringsåtgärder. Eftersom statistiken däremot avsåg hela Sverige och konkurrenserhållanden skiljde sig åt mellan regionerna, vilket framkom av ett vittnesförhör, ansåg MD att detta minskade risken för negativa effekter på konkurrenserna. Verkets överklagande bifölls därför inte.

5.1.6 **Slutsatser om AEA i SPI-ärendet**

Av ärendet är det helt klart att AEA varit gångbar i domstolarna. Under handläggningen och kommunikationen som ledde till verkets beslut om att avslå IIB behandlas inte frågan om värdet av den företagsspecifika försäljningsstatistiken när andra offensiva åtgärder, t.ex. prisändringar redan var kända, varken av Konkurrensverket eller av SPI. Denna argumentation dök först upp som ett resultat av Ellingsens yttrande. Att Ellingsens expertutlåtande hade betydelse för TR:s ställningstagande är tydligt när man studerar de skäl som angavs för beslutet. På sidan 6, stycke 3 står:

"Under antagande att konkurrenserna på petroleummarknaden skulle fungera så dåligt som ovan anförts, uppkommer frågan om detta kan bero på det informationsutbyte som statistiksamarbetet innebär. Är det med andra ord rapporteringen av försäljningsvolymer som först avslöjar att en konkurrent sänkt sitt pris eller vidtagit annan offensiv åtgärd och som får övriga medlemsföretag att vidta motåtgärder. Prissättningen på petroleumprodukter är offentlig och bevakas av massmedia. Kännetecknande för offensiva åtgärder som syftar till att öka ett företags marknadsandel är att de marknadssörs och därmed blir kända inte bara för kunder utan även för konkurrenter. De konkurrensemelod som ett företag normalt använder torde sålunda upptäckas av övriga medlemsföretag innan förändringar i försäljningsvolymer visar sig i statistiken. Tingsrätten delar därför SPI:s uppfattning att det inte är
statistiksamarbetet som styr medlemsföretagens konkurrensbeteende eller medför negativa konkurrenseffekter.”

Det samma gäller för MD som i sitt beslut på sidan 21, stycke 4 skriver att:

"Priset på bensin som säljs till små kunder är väl känt genom skyltning och massmedias rapportering. Beträffande övriga produkter som är i fråga kan priset inte anses vara lika känt. Utredningen ger emellertid stöd för att, som SPI anför, även övriga priser blir kända för konkurrenterna på annat och snabbare sätt än genom statistiksamarbetet. Även andra marknadsföringsåtgärder än prissättningen kan antas bli kända för konkurrenterna tämligen omgående. Såsom tingsrätten funnit torde därför de konkurrensmedel som normalt används upptäckas av övriga medlemsföretag innan förändringar i försäljningsvolyme visar sig i statistiken.”

Trots att experternas utlätanden utgörs av bedömningar baserade på i huvudsak teoretiska analyser framgår det att de haft betydelse för formuleringarna i domstolsavgörandena i frågan om konkurrensbegränsande effekter. I föregående fall var det till störst nyttja för SPI som genom användningen av teori och viss begränsad hänvisning till faktiska omständigheter på petroleummarknaderna lyckades få gehör för sitt ställningstagande. Detta till skillnad från Konkurrensverket som i större grad förlitade sig på generell argumentation utan att närmare undersöka de faktiska omständigheterna på petroleummarknaderna.

Noterbart är att inget av expertutlätandena utgör en empirisk undersökning av förhållandena på de olika petroleummarknaderna. Inte ens i Konkurrensverkets utredningsuppdrag ställt till Segendorf under handläggningen i MD efterfrågas en genomgående undersökning av de faktiska omständigheterna. Utredarens huvuduppgift var i stället att belysa i vilken utsträckning Ellingsen utredning på ett korrekt sätt återgav resultaten av den teoretiska och empiriska forskningen på området. Med det senare får uppfattas generell empirisk bevisning, inte nödvändigtvis gällande för petroleummarknaden. När det gäller tillämpningen av resultaten på petroleummarknaderna efterfrågades endast en översiktlig bedömning. Man kan ifrågasätta nyttan av denna utredning på basis av de slutsatser som Ellingsen kommer fram till i sitt utlätande. I det avslutande kapitlet (sidan 4, punkten iii) pekar han på att:

"Bara genom empiriska studier är det möjligt att avgöra vilken teori som bäst beskriver de olika petroleummarknaderna.”

sätt att man kan uttala sig om vilken modell som är mest tillämplig på det konkreta fallet. Domstolarnas beslut måste tas som intäkt för att verket inte lyckats presentera en sådan utredning. Med tanke på att det var verkets som hade bevisbördan i ärendet hade en sådan utredning varit nödvändig.

Å andra sidan kan man av domstolarnas beslut inte utläsa att en sådan utredning krävdes. Både TR och MD går på SPI:s linje och hänvisar till att de konkurrensmedel som företagen normalt använder sig av förorder (författarens understrykning) upptäckas av de övriga medlemsföretagen innan förändringar i försäljningsvolymen visar sig i statistiken. Mer riktigt hade varit att hänvisa till att de faktiska omständigheterna inte var utredda och att det därför inte gick att uttala sig om statistikens eventuella konkurrensbegränsande effekter. Domstolarna tycks således i detta fall ha dragit onödigt långtgående slutsatser.

Traktorfallets begränsade tillämplighet i ärendet är också intressant att notera. Det var sannolikt så som TR och MD kom fram till att informationsutbytet var mer omfattande och rörde mer detaljerad information än vad som gällde i SPI-ärendet. Icke desto mindre ger det en indikation på att det kan vara svårt att tillämpa praxis från andra marknader än den som studeras för att uttala sig om eventuella konkurrensbegränsande effekter. Marknader skiljer sig åt när det gäller struktur och konkurrensgrad, även mellan samma produktmarknader i olika länder.

Den omfattande analysen av marknadsförhållandena på petroleummarknaden som tillfördes av Konkurrensverket under handläggningen av ärendet i MD fann ett visst gehör hos MD. En sannolik förklaring till detta är att ansvaret för utredningen låg på verkets chefekonom, som också presenterade denna i domstol, och att den därmed höll god kvalitet.

5.2 Sydved

I samband med KL:s införande blev många samarbeten inom skogsindustrin problematiska. Två sådana samarbeten där en del AEA användes av parterna blev föremål för domstolsprövning, nämligen Sydved och Södra Skogsägarna (i fortsättningen Södra). I bågge fallen rörde det sig om samarbeten, men i olika konstellationer och delvis i olika delar av värdeförrådet. De olika konstellationerna behandlades därför också olika rent konkurrenssättligt. Samarbetet i Sydved hamnade under 6 § eftersom det rörde sig om ett samarbete mellan företag i ett s.k. joint venture-bolag. Samarbetet i Södra däremot skedde mellan 31 000 skogsägare i en primär lantbruksförening, vilket gjorde att samarbete kunde falla utanför tillämpningen av 6 § om vissa villkor var uppfyllda.

Sydved och Södra behandlade i stort sätt samma produktmarknader och geografiska marknad. Det rörde sig om produkterna massaved, sågtimmer och cellulosaflis (i fortsättningen flis) i Göteborg. Produkterna och marknadsstruktureren var något speciella i dessa ärenden varför en kort beskrivning är motiverad.

Marknadens olika huvudaktörer bestod av skogsägare, sågverk, och pappers- och massaeföretag (skogsbolagen). Skogsägarna sålde sin skog i form av massaved till pappers- och massaföretagen och i form av sågtimmer till sågverken. Skogen är dock till sin karaktär sådan att produkterna inte kan säljas separat, dvs. köp av massaved kan inte göras utan att man samtidigt tvingas köpa sågtimmer, och


5.2.1 Ärendet


5.2.2 Huvudfrågor

I ärendet fanns flera frågor där ekonomisk analys användes som bevis av båda parterna. AEA förekom dock i begränsad omfattning. Däremot utfördes centrala delar av den ekonomiska analysen i ärendet av kvalificerade ekonomer som sannolikt därmed var gångbar hos domstolarna.
En viktig kärnfråga var hur den relevanta marknaden skulle avgränsas. Denna kretsade främst kring huruvida man skulle göra en uppdelning på massaved och sågtimmer (Konkurrensverkets bedömning) eller om man skulle dela upp massaved i ytterligare delmarknader som granmassaved, tallved och lövmassaved (Sydveds inställning). Men Sydved argumenterade också för att konkurrensen om råvaran skedde på rotposter, dvs. att branschens aktörer var tvungna att köpa både massaved och sågtimmer.

Det anses normalt inte lönsamt att transportera sågtimmer och massaved över längre avstånd än 100 kilometer varför den geografiska marknaden med nödvändighet måste bli lokal. Verket ansåg att den geografiska marknaden skulle utgöras av Götaaland eftersom de lokala marknaderna delvis överlappade varandra. Sydved ansåg att frågan inte var tillräckligt utredd av verket. Det kunde enligt Sydved vara så att ägarnas massafabriker låg för långt ifrån varandra för att företagen skulle kunna betrakta sig som konkurrerande om köp av råvaran. Eftersom Sydveds ägare hade olika anläggningar och efterfrågade olika typer av massaved skulle uppdelningen på olika massavedstyper leda till att företagen bakom Sydved blev dominerande på sina respektive geografiska marknader och att samarbetet därmed inte skulle ha några konkurrensbegränsande effekter. Sydved menade att det fanns exempel på detta i ärendet.


Konkurrensverket ansåg att samarbetet var märkbart konkurrensbegränsande. Till stöd för detta angavs att Sydved hade en betydande marknadsställning, över 20 procent av inköpen av den totala virkesfångsten, över 50 procent av köpen av massaved, samt över 40 procent av köpen av flis. Sydveds marknadsandel av försäljningen av sågtimmer uppgick till ca 12-15 procent. Kvantitativ märkbarhet var därför uppfyllt enligt verket. Detta bestreds av Sydved som menade att dess ägare inte konkurrerade direkt med varandra på slutmarknaden (!) och att det fanns en stark internationell konkurrens.

Verkets slutsats att samarbetet i Sydved skulle anses som märkbart konkurrensbegränsande lede till att IIB inte beviljades. För verkets del återstod därmed att undersöka om kriterierna för undantag var uppfyllda.
Vad beträffar de positiva effekterna (punkten 8.1) framförde Sydved att samarbetet ledde till stora rationaliseringar av ägarföretagens virkesanskaftning. De enhetliga priserna hade dessutom administrativa fördelar. KKV bestred inte förekomsten av rationaliseringsvinster men man ansåg att de var små. Däremot menade verket att de konkurrenscensengräsande effekterna var stora och man ansåg därför inte villkoret vara uppfyllt.

De positiva effekterna av rationaliseringsvinsterna skulle enligt Sydved också föras vidare till konsumenterna i form av bättre miljö som en följd av mindre transporter (punkten 8.2). Verket menade dock att dessa positiva effekter skulle kunna uppnås genom samordning mellan företagen i en form som var mindre omfattande än samarbetet i Sydved. Dessutom ansåg verket att konkurrensen var för svag för att tillföra konsumenterna en skälig del av vinsten, vilket får uppfattas som att verket avsåg marknaderna för pappers- och kartongprodukter.38


### 5.2.3 AEA i ärendet

I Sydvedärendet förekom några rapporter där AEA utfördes, varav två centrala var skriven av fil. dr. Mats Bergman vid Umeå universitet.39 Den första rapporten handlade generellt om konsekvenserna för de olika samarbetskonstellationerna inom skogsbranjen af den då nyligen införda konkurrenslagen. Viktiga slutsatser i den rapporten var att:

- Starkare inköpskonkurrens förekom på sågavmarknaden (många små sågverk) än på massavedmarknaden (stora pappers- och massaföretag) vilket medförde högre priser på sågavverk än på massaved.

- De stora skogsbolagen hade en stor marknadsmakt och deras inköpsamarbeten syftade till att sänka kostnaderna för de råvaror som

---

38 Denna inställning är inte självklar när det gäller inköpsamarbeten. Om marginalkostnaden sjunker till följd av lägre inköpspriser sänker även en monopolist slutkundpriset, vilket kan ge konsumenterna en skälig del av vinsten.

39 Bergman blev chefekonom på Konkurrensverket under skogsärendenas slutfas.

behövdes till den egna produktionen. Det gick dock inte att visa empiriskt att det förhöll sig på det viset.


- Anskaffningskostnaderna (ej listpriser) steg kraftigt på sågtimmer från 1990 såväl absolut som relativt i förhållande till massaved, vilket kunde tolkas som att trycket på sågverken ökat från främst skogsbolagen, men även från skogsägarföreningarna.

- Skogbolagens prissättningssätt vid inköp (bästa-pris-metoden) var ett effektivt sätt att hålla nere priserna. Prissättningen minskade incitamenten att erbjuda högre inköpspriser vid sidan om samarbetet eftersom detta vid upptäckt skulle resultera i kompensation för all tidigare försäljning.

- Samordningsvinsterna skulle kunna upprätthållas enskilt av företagen till följd av dess storlek.

- Den vertikala integrationen inom branschen hindrade eller gjorde det svårare för icke integrerade företag att konkurrera på marknaderna.

Rapporten var inte skriven som ett expertutlåtande. Det fanns t.ex. ingen diskussion om avgränsningen av relevant marknad även om Konkurrensverket låt prisskillnaden mellan sågtimmer och massaved, behandlat i rapporten, ligga till grund för dess syn att man skulle se dem som separata marknader. Det som var av värde för verket var i första hand marknadsbeskrivningen, prissättningen och prissättningen på marknaden, vilka utnyttjades för att visa på att konkurrensbegränsningskriteriet skulle anses vara uppfyllt.

Den andra rapporten41 beställdes av Konkurrensverket för att användas i både Sydved- och Södraärendena. Rapporten behandlade bland annat följande för Sydvedärendet relevanta ämnen:

- Avgäringsningen av relevant marknad, som enligt experter skulle utgöras av massaved respektive sågtimmer. Prisskillnaderna var enligt Bergman för stora för att råvarorna skulle anses utgöra samma relevanta marknad. En finare fördelning skulle kunna göras men resulterade endast i att marknadsandelarna blev ännu högre för Sydved.

- Storleken på Sydveds marknadsandel, främst på vilket sätt man skulle ta hänsyn till vertikal integration och primära och sekundära handelsled.

- Sydvedsamarbetets effektivitetsvinster, som enligt Bergman var marginell eller obeifintlig i förhållande till vad Sydved själva gjorde gällande (mer än 25 procent). Jämfört med de negativa effekterna på konkurrensen fanns det därmed inget skäl att bevilja undantag.

Avgränsningen av relevanta marknader gjordes inte med någon AEA. De potentiella konkurrensbegränsande effekterna avhandlades vidare i betydligt mindre grad än i den första uppsatsen. Det som primärt togs upp om Sydveds och

41 Särskilda konkurrensregler för jord- och skogsbruk med en kommentarer till Södra- och Sydvedfallen.
dess ägares marknadsställning var de höga marknadsandelarna på de relevanta marknaderna.

Utöver Bergmans rapporter fanns ett antal studier med inslag av AEA som visade på att skogsbolagen hade marknadsmakt på marknaderna för pappers- och kartongprodukter. Dessa rapporter utnyttjades av verket för att visa på att de eventuella positiva effekterna av samarbetet sannolikt inte skulle komma konsumenterna till godo i skälig omfattning.


5.2.4 Annan bevisning i ärendet

Till skillnad från SPI-ärendet gjorde Konkurrensverket en betydligt mer omfattande utredning av de faktiska omständigheterna på marknaden. Man förlitade sig t.ex. inte enbart på ekonomiska teorier och praxis från ärenden på andra marknader. Bland övrig bevisning och praxis som verket förlitade sig på kan nämnas:

- information från kunder, konkurrenter och riskorganisationer,
- information från Sydved och företagen bakom dessa,
- beslut av EFTA Surveillance Authority 1997 i ett liknande ärende som Södra gällande samma produktmarknader, där det av beslutet framgick att massaved och sågtimmer skulle anses utgöra olika relevanta marknader,
- diverse tidningsartiklar som visade på skogsbolagens marknadsmakt samt

---


44 Beslutet gällde en ansökan/anmälan från Norges Skogeierforbund om undantag för vissa förfaranden på skogsmarknaden, COM 020.0099.
- statistik från SCB.

Syn, dvs. undersökningar på plats under domstolsförhandlingen, visade dessutom enligt verket att skalfördelar i logistik och distribution inte var så stora som Sydved hävdade eftersom små företag verkade fungera effektivt på marknaden. Alternativa lösningar för ägarna kunde därmed garantera effektivitet.

5.2.5 Vad står i domarna från TR och MD

TR redovisade i allt väsentligt de grunder och omständigheter som parterna tagit upp. Den utförda AEA framkommer inte här, däremot delar av de utredningar som utfördes av kvalificerade ekonomer, och då i första hand Bergman.

Under domstolens skäl anges att vittnesförhör åberopades av båda parter liksom att syn och skriftlig bevisning åberopades. De ekonomiska experterna hördes inte, men Bergman företrädde verket i framställningen av den ekonomiska utredningen.

I frågan om avgränsningen av relevant marknad är det något oklart vad som enligt TR skulle anses utgöra de relevanta marknaderna. De olika uppdelningarna nämndes, men i sin sammanfattningsom huruvida samarbetet inom Sydved försvarade konkurrenser refereras till marknaden för virke i Götaland. I sin bedömning av hänvisade TR till omständigheter som påpekats av Sydved, t.ex. att det fanns vissa möjligheter att utnyttja olika typer av massaved och även flis i anläggningarna och att det fanns skogsområden som kunde serva företagens olika anläggningar. Inget nämndes dock i denna fråga om resultaten i de olika skriftliga expertutlåtandena.

TR ansåg att **konkurrensbegränsningskriteriet** var uppfyllt eftersom avtalet hade till effekt att det begränsade konkurrenserna på marknaden för virke i Götaland. Samarbetet gjorde att sågverken endast kunde vända sig till en leverantör i stället för tre och till två köpare avseende flis, nämligen Sydved och Södra. Någon speciell bevisning annat än referenser till de faktiska omständigheterna på marknaden angavs inte av TR. Vare sig konkurrensbegränsande syfte, effekt eller märkbarhet diskuterades i domen.

TR ansåg vidare att företagen visat på positiva effekter (punkten 8.1) i form av samordningsfördelar på transportsidan och därmed positiva miljöeffekter. Däremot ansåg man att det rådde tveksamheter i hur omfattande dessa skulle anses vara, inte minst med tanke på att företagen var så stora att de ensidigt eller genom mindre omfattande samarbetsformer skulle kunna generera samma samordningsfördelar. Någon entydig utredning (inkl. verkets) hade enligt TR inte lagts fram i frågan. Syn på plats samt vittnesförhör med andra aktörer på marknaden talade för att andra typer av samarbeten skulle kunna generera positiva effekter. Oklarheten till trots gjordes ingen jämförelse med de negativa effektarna av samarbete för att redan på detta stadium avfärdas undantag som en möjlighet.45

Enligt TR skulle det vara fråga om vinster av påtagligt slag och avse lägre priser, bättre service eller ökat utbud för att samarbetet skulle anses ge konsumenterna en

---

45 Detta talar för att TR inte gjorde en avvägning mellan effektivitetsvinster och konkurrensbegränsningar under samma punkt.

TR ansåg att samarbetet klart gick utöver det som var nödvändigt för att uppnå de positiva fördelarna med samarbetet (punkten 8.3). Andra mindre restriktiva former av samarbeten skulle som visats av Konkurrenserket ge liknande effektivitetsvinster.

Slutligen fann TR att Sydveds betydande ställning på marknaden i form av höga marknadsandelar på inköp av rotstående skog och leveransvirke (massaved och sågtimmer), ännu högre marknadsandelar på inköp av flis, samt betydande marknadsandelar som säljare av sågtimmer, vara bevis på att konkurrenscens begränsades i betydande omfattning (punkten 4). TR förde vidare att restriktivitet skulle gälla för samarbeten mellan företag. Det kan vara tillåtet med samarbeten mellan små och medelstora företag för att möta konkurrenscens mot stora företag. Detta gällde enligt TR inte i det aktuella ärendet där de tre ägarna av Sydved, var för sig, ansågs vara mycket betydande företag.

Eftersom samtliga villkoren för undantag inte var uppfyllda kunde inte undantag lämnas enligt TR. Ett kortvarigt avvecklingsundantag beviljades dock eftersom en avveckling av Sydveds verksamhet skulle kräva omorganisation och omfattande förändringar. En omedelbar avveckling skulle dessutom kunna leda till störningar i råvarutillförseln och medföra skada även för konsumenterna.


5.2.6 Slutsatser

Inslaget av AEA i ärendet var inte så stor. Den AEA som visade på marknadsmakt hos skogsbolagen och som verket menade implicerade att en skälig del av vinsterna av samarbetet inte skulle föras vidare till konsumenterna (punkte 8.2) nämnades inte i domarna. Vad detta berodde på är svårt att uttala sig om. En förklaring kan vara att studierna inte ansågs tillräckliga i det aktuella fallet. Några av rapporterna var relativt gamla och visade således inte på situationen vid tidpunkten för bedömningen. Den mest sannolika förklaringen är nog man inte behövde ta ställning i frågan i och med att några betydande positiva effekter inte enligt domstolarna hade visats av Sydved.

Även om begränsad AEA gjordes i ärendet verkar det som om delar av den övriga ekonomiska analysen som utfördes av Bergman haft betydelse. Vid uppskattningarna av storleken på de positiva effekterna verkar Bergmans analys haft inflytande på domstolens bedömning. Trots att Sydved själva presenterade besparinger på 25 % tycks det som att Bergmans resultat, som ju visade på
betydligt mindre effekter, kan ha skapat det tvivel som TR gav uttryck för i den delen. Det betyder med andra ord att även, om AEA inte presenteras, kan kvalificerade ekonomer ha betydelse i de ekonomiska delarna av den konkurrensträttsliga utredningen. Det faktum att Bergman forskat på marknaden kan också ha haft särskild inverkan.

5.3 Södra

Den centrala frågan i detta ärende kom att bli hur marknaden skulle avgränsas och inte minst om man skulle inkludera Södras interna försäljning eller inte i beräkningen av dess marknadsandelar. Men även frågan om huruvida Södra skulle anses ha marknadsmakt eller inte var betydelsefull i ärendet. AEA användes i första hand för att besvara frågan om marknadsmakt.

5.3.1 Ärendet


Ärendet överklagades till TR som i november 1997 upphävde verkets beslut på grundval av att samarbetet inte kunde anses väsentligt hindra, begränsa, eller snedvrida konkurrenser. Verket överklagade TR:s beslut till MD som i januari 1999 fastställde att verkets beslut skulle upphävas, men av skälet att det rådde oklarheter i hur man skulle tolka bestämmelserna under 18 § i frågan om intern försäljning skulle ingå i beräkningen av Södras marknadsandelar.

5.3.2 Huvudfrågor

För vissa industrier gäller särskilda undantag från bestämmelserna i 6 §. Detta undantag omfattar bland annat lantbruksprodukter, dvs. jordbruksprodukter, trädgårdsprodukter och skogsprodukter. Undantaget, som regleras i 18 §, är främst utformat med hänsyn till samarbeten i s.k. primärföreningar och rör förfaranden som produktion, förädling, användande av gemensamma anläggningar, lagring, marknadsföring, distribution, etc. Undantaget från 6 § gäller inte samarbeten som har till syfte eller resultatat att försäljningspriser direkt eller indirekt fastställs på varor när försäljningen sker direkt mellan medlemmen och tredje man, eller som hindrar eller försvårar medlemmarnas fria rörlighet på marknaden.

46 Idag har Södra ca 35 000 medlemmar, www.sodra.se.
Lydelsen i 18 § har ändrats och vid tidpunkten för prövningen av Södraärendet undantogs prissamarbete på varor som producerades hos medlemmarna men där föreningen svarade för försäljningen, dock under förutsättning att konkurrensen på marknaden inte begränsades i väsentlig omfattning. Det betyder att lagen då i vissa avseenden kan sägas ha sett mindre strängt på omfattningen av samarbeten inom primärföreningarna jämfört med samarbenet i andra industrier. Detta uttrycktes särskilt genom att kriteriet för graden av tillåten konkurrensbegränsning skiljde sig mellan 6 § och 18 c §. Begreppet märkbarhet i 6 § var ersatt med begreppet väsentligt i 18 c §. En tumregel under 18 c § var att marknadsandelar under 25 % (att jämföra med 10 – 15 under 6 §) inte ansågs väsentligt konkurranse begränsande. Om samarbetet dessutom uppkommit för att begränsa köparmakt kunde även högre marknadsandelar accepteras.

Södra utgjorde en primär lantbruksförening i KL:s mening, varför samarbetet kunde falla utanför 6 §. Förutsättningen var att villkoren under 18 c § 2 st. inte var uppfyllda. I ärendet förekom skilda ståndpunkter mellan verket och Södra när det gäller samtliga villkor under 18 c §. Av intresse för denna studie är främst frågan om samarbetet ledde till att konkurrensen hindrades, begränsande eller snedvrids i väsentlig omfattning eller inte. För att uttala sig i den delen var marknadsandelarnas storlek och därmed avgränsningen av den relevanta marknaden av stor betydelse, detta eftersom ett viktigt kriterium (kanske det viktigaste) var tumregeln om 25 %. Verket ansåg, liksom i Sydvedärendet, att produktmarknaderna skulle utgöras av massaved och sågtimmer samt att den geografiska marknaden skulle utgöras av Södras upptagningsområde på grund de höga transportkostnaderna. Södra menade att produktmarknaden skulle utgöras av rotskog, dvs. ännu ej fällda träd, och att den geografiska marknaden minst skulle vara Sverige. Å andra sidan menade Södra att sågtimmer inte var en enhetlig marknad eftersom sågverken var specialiserade och efterfrågade sågtimmer av olika kvalitet och för olika ändamål. Den geografiska marknaden skulle enligt Södra vara minst Sverige.

För att nå framgång i ärendet från verkets sida krävdes att man kunde visa på högre marknadsandelar än 25 %. Detta åstadkoms främst genom att inkludera den interna försäljningen, dvs. försäljning av sågtimmer till de egna sågarna i den relevanta marknaden. Södras inställning var att man inte skulle inkludera den interna försäljningen i beräkningen av marknadsandelarna. Rättades detta fel skulle Södras marknadsandelar hamna under 25 %, varför samarbetet inte skulle anses begränsa, hindra eller snedvrida konkurrensen i en väsentlig grad.

---

5.3.3 AEA i ärendet

I ärendet förekom ett flertal expertutlatanden från ekonomer. Bergmans två rapporter användes även i detta ärende av verket till stöd för olika delar i bedömningen, som marknadsavgränsningen, beräkningen av marknadsandelar, samt potentiella konkurrensegränsande effekter till följd av Södras marknadsställning i förhållande till främst sågverken. Exempel på förhållanden som togs fram vara att:

- Södra var en så pass stor aktör i förhållande till de många små sågverken att ett samarbete om priser riskerade att leda till nackdelar på konkurrensen.

- Södras prissättnings- och ersättningssystem i form av premier, tilläggs- och efterlikvider ökade risken för prisstelhet och resulterade i högre priser än vad som skulle ha varit fallet utan ett prissamarbete. Bergman visade på ett hypotetiskt exempel där Södra, tack vare låga lagringskostnader på virke och möjligheten att osynliggöra priserna genom betalning i efterhand skulle kunna begränsa utbudet och påverka priset. Den minskade avverkningen av skogen riskerade dessutom att minska tillgången på sågtimmer med ökade priser som följd.

Bergman ansåg att man skulle förbjuda samarbetet om priser till sågverken eftersom sågverken var små i förhållande till Södra, men tillåta samarbeten om priser för massaved eftersom de externa köporna utgjordes av de stora skogsbolagen. En stor del av denna analys vilade på hypotetiska resonemang i den meningen att inga slutsatser drogs om de faktiska effekterna på marknaderna. Dock skall påpekas att Bergman i sin andra rapport nämnde flera omständigheter, baserade på resultat från ekonomisk forskning, som gjorde att samarbeten inom kooperativ inte var lika konkurrensegränsande som samarbeten mellan företag. Enligt Bergman hade kooperativ svårare att begränsa produktionen och upprätthålla monopolpriser, vilket resulterade i att samarbetsformen ofta kunde ge priser som låg nära de nivåer som gäller på en konkurrensmarknad. Empirisk bevisning utförd av Bergman 1997 visade dessutom att priserna föll med kooperationens marknadsandel. Om dessa faktorer nämndes dock inget i Konkurrensverkets olika yttranden.


Även Lars Lönnstedt, professor för institutionen i skogsekonomi, anlitades av Södra för att kommentera Bergmans första rapport. I utlåtandet "Konkurrenser på svensk virkesmarknad – några kommentarer om framför allt sågtimmer" drog han slutsatsen att priserna på massaved och sågtimmer styrdes av världsmarknadspriset på de förädlade produkterna. Som bevis på detta pekade han

48 Oklart vilket lärosäte.
på den höga positiva korrelationen som fanns mellan råvarupriserna och priserna på de förädlade produktarna. Korrelationskoefficienterna i dennes rapport var över 0.9.\(^{49}\)

Konkurrensverket gjorde dock egna beräkningar av sambandet mellan råvarupriser och priser på slutproduktarna. Statistikerna visade enligt verket att prisökningarna på sågatimmare var större än priserna på de sågade trävarorna. Under 1994 och 1995 kunde kraftigt höjda priser på sågade trävaror noteras. Priskorrelationen mellan sågatimmer och sågade råvaror var därför låg (0,45). Detta togs som intäkt av verket för att effekterna av prissamarbetet var väsentligt konkurrensbegränsande.

5.3.4 Annan bevisning i ärendet


Även tidningsartiklar, beslut från andra konkurrensmyndigheter gällande samma relevanta produktmarknader, den tidigare redovisade prisstatistik och vittnesuppgifter från kunder användes till stöd för de olika påståendena i ärendet.

5.3.5 Vad står i domarna från TR och MD


Under rubriken grunder tog TR upp de argument som parterna framförde för huruvida de olika kriterierna under 18 c § skulle anses vara uppfyllda eller inte (se ovan).

Under rubriken Tingsrättens skäl slog domstolen fast att de relevanta marknaderna var sågatimmer och massaved. TR motiverade beslutet bland annat på uttalanden av branschfolk (Konkurrensverkets vittne Holm) och av skäl som verket i övrigt anfört (oklart vilka).\(^{50}\) Vid bestämmandet av den geografiska marknaden skall enligt TR det område där den huvudsakliga avsättningen sker i fösta hand vara

---

\(^{49}\) Korrelationen mellan två priser visar i vilken grad de rör sig åt samma håll. Korrelationskoefficienten kan ligga mellan –1 och 1 där värden nära 1 (-1) pekar på positiv (negativ) korrelation och värden nära noll pekar på frånvaron av korrelation.

\(^{50}\) Notera att TR hade en annorlunda uppfattning om den relevanta produktmarknaden jämfört med Sydvedfallet. I Södraärendet fanns en klar uppehåll på sågatimmer och massaved som inte fanns i Sydvedärendet.
avgörande. Eftersom huvudparten av försäljningen skedde i Södras avsättningsområde var det mest naturligt att avgränsa den geografiska marknaden på det sätt som verket ansett vara korrekt.

TR ansåg vidare att man vid beräkningen av marknadsandelar endast skall inkludera den försäljning som Södras medlemmar stod för direkt till tredje man. Försäljningen inom Södras egen verksamhet skulle inte inkluderas. TR ansåg att det fanns en osäkerhet om vilken marknadsandel Södra skulle få. Om man däremot beaktade att skogsägarna var och en för sig var små i förhållande till sågverken och att procentansen 25 därmed kunde överskridas för att motverka köpamarkt skulle samarbetet enligt TR vara tillåtet. En allmän bedömning av förhållandena på marknaden gav enligt TR vid handen att enskilda skogsägare skulle ha svårigheter att hävda sig gentemot sågverken om de blev betagna möjligheten att samverka.

TR fann således att samarbetet inom Södra inte hindrade, begränsade eller snedvred konkurrenserna i väsentlig omfattning.51

Under domstolens skäl stod i övrigt inget om de konkurrensbegränsningar som verket ansåg finnas på marknaden, t.ex. hög och jämn prisnivån till följd av Södras produktionsbegränsningar, hur detta spille över till priserna i nästföljande led eller att Södras prissättning var normgivande på marknaden.

MD:s beslut är mycket kort. Under rubriken talan framkom att parterna i allt väsentligt anfört samma grunder och åberopat samma omständigheter som vid TR. Ytterligare åberopad bevisning från Södras del samt syn på en skogsfastighet tillkom.

MD gjorde samma bedömning som TR i frågorna om avtal om försäljningspriser för de varor som producerades hos medlemmarna. Även om skogsavverkning, transport och försäljning alltid är en form av förädling ansåg MD verksamheten vara så pass sammanvävda hos Södra att man likväl kunde säga att prissättningen gällde de varor som producerades hos medlemmarna.

I prövningen av huruvida samarbetet kunde anses hindra, begränsa eller snedvred konkurrenserna i väsentlig del fanns dock enligt MD oklarheter i hur man skall tolka bestämmelserna under 18 c §. Detta gällde frågan om den interna försäljningen skulle ingå i beräkningen av Södras marknadsandel. Lagmotiven gav heller inte någon ledning i denna fråga varför verkets påstående om att samarbetet var förbjudet enligt KL därmed inte kunde godtas.

5.3.6 Slutsatser


Utöver denna observation är det sannolikt så att Bergman som bedrivit forskning på området, liksom i Sydvedärendet haft en viss betydelse för domstolens bedömning i vissa frågor t.ex. när det gäller avgränsningen av relevanta produktmarknader och geografisk marknad. I dessa frågor utfördes ingen AEA men Bergmans rapporter och dennes framträdande i domstol har sannolikt gett verkets utredning en betydande trovärdighet. Det tycks med andra ord inte vara ett krav att avancerad ekonomisk görs utan även andra typer av ekonomisk analys kan vara särskilt gångbar om den utförs och presenteras av kvalificerade ekonomer.

5.4 SAS EuroBonus


5.4.1 Ärendet

I november 1999 beslutade Konkurrensverket att med vite om 100 miljoner kronor, enligt 23 § KL, ålägga SAS att upphöra med tillämpningen av lojalitetsprogrammet EuroBonus på samtliga inrikes flygresor i Sverige. Konkurrensverket ansåg att SAS tillämpning av bonusavtalet utgjorde ett
missbruk av dominerande ställning på marknaden. MD ändrade i februari 2001 verkets beslut genom att sänka vitesbeloppet till 50 miljoner kronor och genom att tillåta SAS att använda bonussystemet på de sträckor som företaget inte mötte konkurrens från andra flygbolag.

5.4.2 Huvudfrågor


Verket ansåg att SAS hade en dominerande ställning inom inrikesflyget, vilket återspeglades i mycket höga marknadsandelar (75-80 %). Denna ställning var i stor grad ett arv från tiden före avregleringen när SAS hade monopol på marknaden. Men även Stockholms betydelse som enda stora nav samt att Sverige är en liten marknad ansågs av verket ha betydelse för SAS dominerande ställning på marknaden. SAS menade att konkurrensen på flygmarknaden i första hand skedde mellan allianser och inte mellan flygbolag. SAS skulle därmed inte anses ha en dominerande ställning på marknaden. Införandet av bonusprogram var en följd av den hårdnande internationella konkurrenser och utgjorde därför ett sedvanligt och etablerat sätt att konkurrera om passagerarna på flygmarknaden.

Konkurrensverket ansåg att SAS bonussystem utgjorde ett missbruksfaktor bakom attraktionskraften hos ett bonussystem var enligt verket möjligheterna att samla poäng i ett och samma flygbolag. SAS dominans på inrikesmarknaden, där motsvarighet saknades i Europa, gjorde att endast en liten

52 Konkurrensverket utredde också andra förfaranden som man ansåg potentiellt kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning, t.ex. SAS avtal med företagskunder och resebyråer.
53 I målet deltog även Braathens Malmö Aviation AB som intervenient på verkets sida.
54 MD 1999:22.

5.4.3 AEA i ärendet

AEA användes i ärendet främst i frågan om bonussystemet skulle anses utgöra ett missbruk. Utredningarna som gjordes för att avgränsa relevanta marknader och fastställa dominans utnyttjade däremot i liten grad AEA. Ett skäl till detta var sannolikt det omfattande material om den svenska flygmarknaden som redan fanns tillgänglig vid tidpunkten för utredningen och som visade på SAS dominans. Konkurrensverket hade sedan tidigare studerat effekterna av avregleringen av inrikesflyget56 och disputerade ekonomer stod för utredningen i de ekonomiska frågorna av SAS-ärendet.

Den viktigaste rapporten som Konkurrensverket använde till stöd för sin ställning i missbruksfrågan var den som utfördes av Jerker Holm, docent i nationalekonomi vid Lunds universitet. Holm anlitades av verket för att med utgångspunkt från ekonomisk teori analysera flygbolagens lojalitetsprogram. I rapporten ”Lojalitetsprogram ur ett samhällsekonomiskt perspektiv” diskuterades de olika effekter som flygbolagens lojalitetsrabatter gav upphov till, t.ex. hur det påverkade individernas konsumtionsbeslut, samt effekter på konkurrensen och på samhällsekonomisk effektivitet. Det skall poängteras att hela analysen var teoretisk även om vissa hänvisningar gjordes till empirisk forskning. En noggrann studie av omständigheterna på den svenska inrikesmarknaden gjordes dock inte av Holm. Nedan sammanfattas några av de viktigare resultaten i Holms rapport.

- Flygbolagens bonussystem har ett antal egenskaper som påverkar konsumtionsbesluten. För det första är bonusen som andel av köpvärdet hög jämfört med andra bonussystem (5-15 % för SAS jämfört med 1 % för


- Bonussystemet gör kunder mindre priskänsliga även om det är de själva som står för kostnaden, eftersom konsumtionen idag påverkar priset i morgon. Detta gör att man kan acceptera högre priser så länge prisskillnaderna inte blir för hög. Om det dessutom är arbetsgivaren som står för kostnaden minskar priskänsligheten ytterligare och än större prisskillnad kan accepteras.


Holm nämner dock att empirisk bevisning krävs för att utröna effekterna av varje sådant bonussystem, dessutom noggranna sådan om man med säkerhet skall bestämma effekterna.

Verket bifogade också andra studier om flygmarknaden. Dessa gav på liknande sätt stöd för dominerande ställning och missbruk, t.ex. att flygbolagens
bonussystem är lojalitetsskapande, att de ger fördelar för flygbolag som har höga marknadsandelar och att de skapar inträdesbarriärer för nyanträde på marknaden.57

Även SAS använde AEA till stöd för sin sak. Man menade att konkurrensen på flygmarknaden skedde mellan allianser och inte mellan enskilda flygbolag. Samarbeten i sådana allianser var en effekt av den ökade konkurrensen och till nytta för konsumenterna eftersom det sänkte priserna. Som stöd för detta hänvisades till forskningsrapporten ”International Airfares in the Age of Alliances: The effects of codesharing and antitrust immunity”58 som fann att samarbeten i allianser pressade priserna med 8-17 %. Skälet till detta var att flygbolagen genom samarbeten i allianser internaliserade prissättningen, dvs. tog hänsyn till prisseffekterna på varandra och därmed minskade problemet med s.k. dubbelmarginalisering.

5.4.4 Annan bevisning i ärendet


Verket använde sig också av den tidigare utarbetade konsultrapporten ”Studie om flygbiljetten”60 för att belysa flygbolagens kostnader förknippade med produktion, distribution och marknadsföring. Av rapporten framkom att kostnaderna för lojalitetsprogrammen kunde uppgå till 15 % av flygbiljetten. I rapporten nämnades också att lojalitetsprogrammen gynnade de dominerande bolagen något som inte gällde i t.ex. USA där resenärerna i genomsnitt deltog i 4-5 olika lojalitetsprogram.

En särskild rapport om konkurrenssituationen på marknaden framställdes dessutom av verkets chefekonom, delvis med utgångspunkt från ovan angivet material.


60 Copticom Consulting, 2000-06-02.
Av övrig bevisning från verkets sida fanns bland annat Luftfartverkets flygstatistik och resevaneundersökningar, kopior ur SAS årsredovisningar och en tidningsartikel där SAS verkställande direktör uttalade sig om EuroBonus lojalitetskappande effekter, en enkätundersökning om tillämpningen av EuroBonus utförd av Svensk Affärsreseförening som visade på missbruk m.m.


5.4.5 Vad står i domen från MD

Detta ärende bedömdes enbart av MD efter överklagande av Konkurrensverkets beslut. I tillägg till den omfattande skriftliga bevisningen tillfördes bevis i form av flera vittnesmål. Bland annat hördes Jerker Holm om sitt expertutlåtande.

Under rubriken talan i Marknadsdomstolen återgav domstolen stora delar av de viktigaste argumenten som parterna framfört för sin ställning i ärendet (se ovan om huvudfrågor). Av AEA återgavs under SAS talan rapporten om att samarbeten i allianser sänkte priserna för resenärerna eftersom det resulterade i att flygbolagen tog hänsyn till varandras prissättning. Från verkets talan redogjordes för de mekanismer i ett bonusprogram som gör att resenärer tenderar att ansluta sig till den aktör som erbjuder flest sträckor och avgångar och som därmed leder till inträdes hinder på marknaden.

Under rubriken Marknadsdomstolens skäl beskrevs EuroBonusprogrammets utformning och konkurrensförhållandena på den svenska flygmarknaden där det konstateras att nyetablering av reguljärflyg kunde förutses möta betydande svårigheter och att förutsättningarna för konkurrens var starkt begränsade. Den relevanta marknaden fastställdes till inrikes reguljära flygtransporter av passagerare, främst till följd av affärsresornas betydelse, dvs. det förhållandet att företag efterfrågar och sluter avtal för resor till olika orter inom hela landet och inte för enskilda sträckor. På denna marknad skulle SAS få en mycket stor marknadsandel (över 70 %). Med beaktande av detta liksom SAS omfattande linjenät, dess finansiella styrka och det faktum att den störste konkurrentens marknadsandel uppgick till ca 10% måste det enligt MD anses att SAS hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

Missbruksdelen under MD:s skäl bär tydliga spår av den AEA som utfördes av Holm. Av domen kan i stycke 4, s. 49 utläsas att

"Attraktionskraften hos ett bonusprogram ökar om flygföretaget har ett linjenät som ger resenärerna goda möjligheter såväl att intjäna bonuspoäng som att utnyttja dem för förmånliga resor."

Av samma stycke framgår vidare att

"Programmets attraktionskraft ökar genom det förhållandet att vid affärsresor betalas resan av arbetsgivaren medan bonuspoängen tillfaller och kan utnyttjas av resenären."

Av andra stycket på s. 50 framkommer att

"Den bindning till SAS och dess samarbetspartners som EuroBonusprogrammet innebär medför en begränsning vad gäller möjligheterna för de flygbolag som inte ingår i programmet att attrahera resenärer till sina flyglinjer samt försvårar för nya aktörer att etablera sig på den svenska marknaden."

och lite längre ner i samma stycke

"Enligt Marknadsdomstolens mening kan EuroBonusprogrammets trohetsskapande effekt vara ägnad att påverka prisbildningen genom en minskad priskänslighet hos resenärerna."

samt ytterligare längre ned

"Verkan av den bristande priskänsligheten förstärks när, som i detta fall, goda möjligheter finns att intjäna poäng och ett rikt utbud av resor kan erbjudas."

Slutligen nämns i stycket att

"EuroBonusprogrammet kan också ha en prishöjande verkan i ett längre perspektiv i och med att det kan fungera som inträdesbarriär. Enligt Marknadsdomstolens mening har tillämpningen av EuroBonusprogrammet en viss prishöjande effekt som, på grundval av den förebringade utredningen härom, dock inte läter sig närmare bestämmas."

Domstolens resonemang i dessa frågor återfanns samtliga i Holms expertutlåtande.

5.4.6 Slutsatser

AEA har haft betydelse i SAS EuroBonusärendet. Flera av de argument som MD anför angående bonusprogrammets lojalitetsskapande effekter återfinns i Holms expertutlåtande. Det är också intressant att notera att Holms slutsatser nästan enbart byggde på teoretisk analys. Även om han till viss del refererade till faktiska omständigheter på den svenska marknaden gjordes ingen modellering av denna. För att man med säkerhet skall kunna bestämma effekterna för ett enskilt bonussystem krävdes, enligt Holm, noggranna empiriska undersökningar. MD
tycktes vara av den meningen att en detaljerad analys av effekterna inte var nödvändig. I beslutet används formuleringar som ”torde” och ”kan” om de troliga effekterna av bonussystemet eller mer explicit såsom ovan, nämligen att de prishöjande effekterna inte gick att bestämma med ledning av den gjorda utredningen. Denna syn reflekterar vad som finns angivet i konkurrenslagen, nämligen att det inte finns ett krav på att man visar på konkurrensbegränsande syfte eller effekt för att bestämmelsen skall vara tillämplig. Dock torde syfte och/eller effekt ändå ha betydelse för tillämpningen i den bemärkelsen att det kan visa på att den vidtagna åtgärden typiskt sätt kan resultera i den effekt som åsyftats.

Även om endast teoretisk analys används måste den kompletteras och relateras till de faktiska omständigheterna på den relevanta marknaden. Detta framgick inte minst av de internationella jämförelserna som figurerade i utredningen och som visade att bonusprogrammens lojaliteetteffekter inte var starka när det förekom konkurrens mellan flygbolagen eller där det endast fanns ett nav som domineras av en aktör. I ärendet gjordes en omfattande utredning av verket om de faktiska omständigheterna på marknaden, bland annat av verkets chefekonom. Kopplingen mellan AEA och de faktiska omständigheterna på marknaden hade med stor sannolikhet betydelse för utgången av fallet. Även det faktum att verkets chefekonom tidigare utrett flygmarknaden bör ha renderat en ökad trovärdighet till Konkurrensverkets utredning.


### 5.5 Optiroc

Även om koncentrationsärenden primärt inte är föremål för denna studie redovisas dock som tidigare nämnts Optirocärendet på grund av den AEA som gjordes för att avgränsa relevanta marknader. Avgränsningen av relevant marknad är ett

---

63 Till försvaret kan man nog säga att det fanns en begränsad möjlighet för SAS att presterä en utredning som i betydande grad talade emot verkets. Hänvisningar till mer perifera forskningsartiklar och resultat blir därför en naturlig följd.
centralt rekvisit inte bara i koncentrationsärenden utan även i ärenden som rör konkurrensbegränsande samarbeten och inte minst missbruk av en dominerande ställning. Erfarenheter när det gäller gångbarheten av AEA i Optirocärendet är därför relevant för föreliggande studie.

Den centrala frågan till vilket AEA använde s i detta ärende var hur den relevanta marknaden skulle avgränsas. Enligt Konkurrensverket skulle de olika typerna av fasadmaterial som figurerade i utredningen utgöra separata produktmarknader eftersom det i princip inte förekom någon utbytbarhet mellan materialen. Optiroc ansåg dock att fasadmaterialen var utbytbara och att de därför skulle ingå i samma relevanta marknad.

5.5.1 Ärendet

I maj 1997 anmäldes Optiroc AB:s förvärv av samtliga aktier i Stråbruken AB. Säljare var NCC AB. Förvärvet avsåg främst marknaderna för fasadmaterial i form av tegel, puts, murbruk, trä, betong, plåt och glas. Efter en fördjupad undersökning beslutade Konkurrensverket i september 1997 att väcka talan hos TR om förbud mot förvärvet. I ärendet förekom förslag om avyttringar av vissa produktionsanläggningar till konkurrenter, såväl under verkets handläggning som under handläggnings i TR, men verket fann inte dessa tillräckliga för att undanröja de negativa effekterna på konkurrensen.

5.5.2 Huvudfrågor

Vid bedömningen av detta förvärv gällde vid tidpunkten för prövningen att följande rekvisit måste vara uppfyllda för att förvärvet skulle kunna förbjudas:

- förvärvet skapar eller förstärker en dominerande ställning
- som väsentligt hämmar eller är avsedd att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens
- och detta sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.

För att kunna fastställa om en dominerande ställning skapas eller förstärks krävs att man avgränsar den relevanta marknaden. Verket hävdade att möjligheten att fritt välja mellan fasadmaterial i realiteten var starkt begränsad. Valet styrdes av byggnadstyp (flerbostadshus, småhus, industribyggnader etc.), hänsyn till befintlig bebyggelse, och plan- och bygglagen. En prisökning på 5-10 % skulle därför inte behöva leda till att ett alternativt material blev intressant. Till följd av lågkonjunkturer utgjorde en stor del av byggandet dessutom ROT-sektorn (ca 50 %), dvs. reparationer, ombyggnader eller tillbyggnader till befintlig bebyggelse där det inte var försvarbart att byta fasadmaterial. Verkets inställning var därför att varje enskilt fasadmaterial skulle utgöra en egen relevant marknad. Den geografiska marknaden ansågs utgöra Sverige eftersom Optiroc var verksamma i hela landet.

Denna avgränsning ledde till sammanlagda marknadsandelar på mellan 62 till 85 % på de olika relevanta marknaderna där företagen var aktiva. Förvärvet skapade således en dominerande ställning på de olika marknaderna. Finansiell styrka och tillgång till viktiga insatsfaktorer som t.ex. cement förstärkte denna ställning.
Optiroc motiverade förvärvet med det stora behovet av strukturomvandling för byggmaterial för att effektivt kunna konkurrera med stora utländska aktörer i Tyskland, Frankrike och Storbritannien. Enligt Optiroc förelåg hög utbytbarhet mellan en rad olika typer av fasadmaterial. De begränsningar i utbytbarheten som verket tog upp var inte alls så betydnande. Företagen agerade dessutom på den nordiska marknaden, vilket medförde att den sammanlagda marknadsandelen skulle bli 33 % efter förvärvet medan konkurrenterna hade 67 % på den totala fasadmarknaden. Enligt Optiroc leddes förvärvet därmed inte till att en dominerande ställning skapades på marknaden.

Flera faktorer talade enligt verket för att förvärvet skulle vara skadligt för konkurrenser, t.ex. avsaknaden av faktiskt och potentiell konkurrenstryck från andra aktörer på marknaden. Optirocs höga marknadsandelar, de små konkurrenterna på marknaden och begränsad import gjorde att inget effektivt konkurrenstryck skulle uppstå, vilket skulle leda till ett väsentligt hämndade på konkurrenserna. Optiroc menade att denna bild av konkurrenssituationen var felaktig eftersom det fanns betydande konkurrenser på den svenska marknaden och en betydande potentiell konkurrens från utländska företag. Slutligen ansåg verket att förvärvet skulle vara skadligt från allmän synpunkt, en inställning som inte delades av Optiroc.

5.5.3 AEA i ärendet

Av ovan redovisning framgår att Konkurrensverket förespråkade en snäv avgränsning av den relevanta marknaden medan Optiroc förespråkade en bred avgränsning. Till stöd för sin sak bifogade verket under handlingen i MD en studie som kan klassas som AEA. I studien gjordes en avgränsning av de relevanta produktmarknaderna genom att beräkna korrelationskoefficienter för priser på de olika fasadmaterialen. Resultaten av denna användes från verket sida i första hand för att visa att materialen utgjorde separata relevanta marknader. I andra hand menade man att den relevanta marknaden åtminstone inte skulle inkludera samtliga fasadmaterial. Låga korrelationstal skulle implicera att de tillhörde olika relevanta marknader, medan höga korrelationstal var ett nödvändigt men inte tillräckligt bevis för att produkterna skulle tillhöra samma relevanta marknad. Verkets studie, som baserades på prisuppgifter från SCB:s skrift Entreprenadindex E84, visade på låga och i vissa fall till och med negativa korrelationskoefficienter. Endast mellan tegel och betong respektive puts och betong översteg korrelationen 0,7. Vissa tal var till och med negativa som t.ex. mellan trä och tegel och nästan i samtliga fall när det gällde plåt.64 Verkets slutsats var därmed att åtminstone trä och plåt skulle utgöra separata relevanta marknader.

64 Metoden att beräkna korrelationskoefficienter i syfte att avgöra relevanta marknader har vid ett flertal tillfällen utnyttjas av Kommissionen i förvärvsärenden (se kapitel 4). Metoden har dock kritiserats av forskare som menar att låga korrelationstal inte är ett tillräckligt villkor för att två produkter skall anses utgöra separata marknader. Låga korrelationskoefficienter kan mycket väl gälla mellan produkter som ingår i samma relevanta marknad, se Werden G., och L. Froeb, 1993, Correlation and all that jazz: The inherent shortcomings of price tests for antitrust market delineation, Review of Industrial Organization, 8, 329-353.
5.5.4 Annan bevisning i ärendet

I ärendet gjordes en relativt omfattande utredning av verket främst för att kunna avgränsa den relevanta marknaden. Ett stort antal tjänsteanteckningar fanns från samtal med viktiga aktörer inom branschen såsom arkitektkontor, fastighetsbolag branschorganisationer, kunder och konkurrenter etc. Dessa visade på att utbytbarheten mellan fasadmaterialen var begränsade.\(^{65}\) Under handläggningen i MD tillförde verket dessutom resultaten av en större enkätundersökning gällande utbytbarheten mellan de olika fasadmaterialen. Undersökningen baserades sig på svar från ett 80-tal fastighetsägare och arkitektkontor som var delaktiga i den process som ledde fram till val av fasadmaterial. Resultaten av den empiriska undersökning fanns i samma dokument som den utförda priskorrelationsstudien. Även Optiroc gjorde en omfattande utredning som dock visade på större utbytbarhet mellan de olika fasadmaterialen.

Vitnesförhör var en viktig del av bevisningen för både verket och Optiroc. Från båda parters sida hördes representanter för arkitektföretag angående avgränsningen av relevanta produktmarknader. Vidare hördes från verkets sida representanter för fastighetsägare, byggmaterialgrossister, yrkesmän och kunder. Från Optirocs sida hördes representanter från motsvarande aktörer i branschen.

5.5.5 Vad står i domarna från TR och MD

I TR:s dom framfördes under rubriken talarna parternas viktigaste argument (se ovan). I sina skäl avseende den relevanta marknaden ansåg TR att det var oklart hur gränsen skall dras mellan de olika fasadmaterialen. Av vitnesmålen framkom att man inte kunde ha en så snäv marknadsavgränsning som verket förordade, men heller inte en så bred avgränsning som Optiroc förordade.\(^{66}\) Denna oklarhet ledde enligt TR till att man inte otvetydigt kunde anse att en dominerande ställning skapades till följd av förvärvet.


MD gjorde i huvudsak samma bedömning av förvärvet som TR.

---

\(^{65}\) Dessa dokument var inte av den karaktären att de kunde betraktas som bevismaterial i formell mening utan snarare som dokument till stöd för pläderingen.

\(^{66}\) Denna oklarhet framkom enligt TR av den skriftliga bevisningen.
Av MD:s dom framkom att parterna i allt väsentligt anfört samma grunder och åberopat samma omständigheter som i TR. Under rubriken talan i Marknadsdomstolen nämnades det som tillkommit i ärendet, nämligen som Konkurrensverket hävdade, att utbytbarhet skulle anses föreligga i mer begränsad omfattning. Priskorrelationstestet nämnades, dvs. att verket ansåg att dessa visade på att fasadmaterialen skall utgöra separata relevanta marknader. Från Optirocs sida pekades på det faktum att populariteten mellan fasadmaterialen varierar över tiden, varför de skulle ses som utbytbara. Vidare pekades ånyo på Vikten av en strukturrationalisering men med tillägget att det fanns många, i förhållande till Scancem, stora europeiska koncerner med verksamhet i Sverige, varför en internationell utblick var viktig.

Under rubriken Marknadsdomstolens skäl nämndes inledningsvis kort om den grundläggande inställningen från verkets sida, dvs. att förvärvet ledde till en sådan dominerande ställning att förekomsten och utvecklingen av konkurrensen skulle hämmas eller åtminstone var ägnad att hämmas, samt att detta skedde på ett sätt som var skadligt ur allmän synpunkt. MD återgav också Optirocs syn på den nödvändiga rationaliseringen som ett led i att bevara en konkurrenskraftig svensk byggmaterialindustri i ett internationellt perspektiv.

Med bakgrunden av den internationella utvecklingen inom byggmaterialbranschen med stora, finansiellt starka europeiska konkurrentföretag, ansåg MD det nödvändigt med en strukturomvandling för att bibehålla den svenska byggmaterialindustrins konkurrenskraft. Enligt MD framgick det i målet att det fanns möjligheter till betydande rationaliseringar i syfte att långsiktigt trygga de båda företagens fortlevnad och utveckling. Vidare framfördes de goda möjligheterna för nyinträdé på marknaden även från utländskt håll, de starka köporna och att inköpen gjordes på en allt vidare marknad, vilket torde innebära att leverantörernas möjligheter att höja priserna eller att på andra sätt hindra konkurrensen begränsades.

Slutligen ansåg MD att även om en dominerande ställning skapades eller förstärktes på delar av byggmaterialmarknaden kunde förvärvet, som TR funnit, inte anses hämma eller vara ägnat att hämma konkurrensen väsentligt på ett sätt som var skadligt från allmän synpunkt. Verkets överklagande av TR: beslut skulle därför lämnas utan bifall.

5.5.6 Slutsatser

Det är svårt att uttala sig om den AEA som först dök upp i MD var gångbar eller inte i frågan om avgränsningen av den relevanta produktmarknaden. Intrylecket är dock att man inte kan förkasta denna möjlighet. Detta motiveras enligt följande:

TR:s slutsatser i målet präglades till del av den osäkerhet som förelåg i målet när det gällde uppkomsten av dominerande ställning och särskilt avgränsningen av relevanta marknader. Denna osäkerhet kan inte enbart tillskrivas en ofullständig utredning, utan snarare det faktum att bevisningen verkligpekade på en osäkerhet. Såväl den skriftliga bevisningen som vitnesförhörden i målet verkade ge uttryck för denna osäkerhet. När den relevanta marknaden med större säkerhet inte kunde fastställas blev sannolikt de andra faktorena (strukturrationalisering, köpavikat, inträdesmöjligheter) i stället avgörande för TR:s slutliga bedömning.
MD delade i huvudsak TR:s bedömning, men betonade extra behovet av strukturrationaliseringar. När det gällde avgränsningen av de relevanta marknaderna kan dock en viss skillnad i inställningen möjligen anas. I tredje stycket på sidan 6, sista stycket under rubriken ”Marknadsdomstolens skäl” står nämligen att:

Även om förvärvet skapar eller förstärker en dominerande ställning för de båda företagen på de delar av byggmaterialen som nu är i fråga kan det, som tingsrätten funnit, inte anses hämna eller vara ägnat att hämma konkurrensern väsentligt på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.

Denna slutläm kan möjligen tolkas som att MD fann osäkerheten om hur produktmarknaderna skulle avgränsas något mindre och mer i linje med det som verket anfört. Denna lägre grad av osäkerhet kan vara ett resultat av enkätstudien och priskorrelationstesten som verket tillförde i slutskedet av ärendet. MD:s tonvikt på de andra faktorerna, som var starkare än hos TR när det gällde t.ex. behovet av strukturomvandling var dock tillräckligt för att inte bifalla verket överklagan. Med andra ord, det faktum att MD särskilt ägnar utrymme i domen åt behovet av strukturrationaliseringar – dessa fanns ju även dokumenterade i handlägningen hos TR – i stället för att kort nämna att man delade TR:s bedömning kan vara ett resultat av att MD fann avgränsningen av relevanta marknader mindre osäker och därför i större grad betonade en annan faktor, nämligen behovet av strukturrationalisering. AEA var därför gångbar i ärendet, även om det inte ändrade utfallet i målet.

5.6 Slutsatser KL-ärenden

I detta avsnitt sammanfattas vad som framkommit av de enskilda ärendena. Eftersom antalet ärenden som studien vilar på är få skall man vara försiktig med att dra generella slutsatser om vilken typ av ekonomisk analys, inte minst AEA, som är gångbar som bevisning i de svenska domstolarna. Dock framgår vissa mönster som mer tydliga än andra. I vissa fall kan man därför dra slutsatser med en viss mån av säkerhet medan andra förhållanden förtjänar att tas upp som intressanta iakttagelser. Slutsatserna och iakttagelserna redovisas nedan i punktform, någorlunda rangordnat efter grad av säkerhet.

- Av studierna framkommer klart att AEA beaktas av domstolarna och att de har betydelse för bedömningen av ärendena. Detta gäller både ärenden som rör konkurrensbegränsande samarbeten och missbruk av en dominerande ställning. SPI- och SAS EuroBonus ärendena är tydliga exempel på detta.

- Såväl teoretiska som empiriska analyser är gångbara. Det är i och för sig inte konstigt med tanke på att konkurrenslagen inte ställer krav på att man skall visa på t.ex. faktiska konkurrensbegränsande effekter till följd av samarbeten eller missbruk. Eftersom det många gånger inte går att framställa kvantitativa mått är potentiella effekter tillräckliga, vilket gör att även teoretisk analys är gångbar. SAS EuroBonusärendet är ett exempel på detta.
Hur stor vikt AEA haft i ärendena är svårt att uttala sig om annat än att detta varierar från fall till fall. Det är också svårt att uttala sig om förekomsten av AEA haft en sådan betydelse att det ändrat utgången av ärendet, dvs. att domstolens beslut hade blivit annorlunda om AEA inte funnits med. Även om klara spår av Jerkers Holms expertutlåtande återfinns under MD:s skäl i EuroBonusärendet är det inte säkert att utfallet hade blivit till SAS fördel om expertutlåtandet inte funnits med i verkets utredning. I ärendet fanns en rad omständigheter på marknaden dokumenterade och bevisade, vilka talade för att SAS tillämpning av bonussystemen skulle anses utgöra ett missbruk av dess dominerande ställning. Det viktigaste bidraget av Holms teoretiska framställning var att belysa vilka incitament bonussystemen gav på konsumtionsbesluten och vilka effekter på konkurrenserna man kunde förvänta sig vid förekomsten av en dominerande aktör på marknaden. Dessa faktorer var speciellt lämpade att förklaras med hjälp av ekonomisk teori.


Kompetensen hos de ekonomer som anlitas som experter eller som företrädare någon av parterna är av betydelse för trovärdigheten och gångbarheten av ekonomisk analys. Detta gäller både särskilda kunskaper om den relevanta marknaden och graden av utbildning. Det synes vara en fördel att den ekonomiska experten har forskat eller tidigare utrett de marknader som behandlats i ärendena. Detta gäller oavsett om ekonomen är oberoende eller företrädare verket. I detta sammanhang kan nämnas skogsärendena och SAS EuroBonusärendet, där verkets företrädes tidigare antingen forskat om (skogsmarknaden) eller utrett (inrikesflyg) konkurrenserna på de aktuella marknaderna. Även i frågor där AEA inte använts synes det vara en fördel att analysen görs av en ekonom med tidigare kunskaper om marknaden. I skogsärendena genomfördes t.ex. ingen AEA när det gällde avgränsningen av relevant marknad. Även om det inte explicit framgår att expertutlåtandet hade betydelse för

67 Det skall här särskilt nämnas att den kunskap om konkurrenserna på bensinmarknaden som verket upparbetade i den senare utredningen av bensinkartellen hade varit till nytta i SPI-ärendet. Detta gäller speciell den kännedom som verket fick om rabatternas betydelse som konkurrenssmedel på bensinmarknaden. Utredningen visade att rabatterna är betydligt mindre transparenta än stolppriserna och att SPI:s statistik över marknadsandelarna därför skulle kunna ge värdefull information om vilka företag som var aggressiva på marknaden.
domstolarnas bedömning i just denna fråga kan man konstatera att det rådde samsyn i saken.


**Den nya konkurrenslagen trädde i kraft i juli 1993, vilket innebär att det vid tidpunkten för utredningarna av de olika ärendena inte fanns någon längre svensk praxis att luta sig tillbaka mot. Detta faktum samt att man, åtminstone från verkets sida, i förhållandevis liten omfattning hänvisat till EG-praxis i de delar som rör bedömningar om marknaden och effekter av ett visst förfarande, tycks ha givit ett särskilt utrymme för AEA. Även domstolarnas beslut indikerar att det finns begränsade möjligheter att tillämpa EG-praxis på enskilda ärenden i de frågor som är marknadsspecifika. I EuroBonusärendet åberopade SAS beslut från Kommissionen som talade för företagets sak i frågan om avgränsningen den relevanta geografiska marknaden. MD menade dock att dessa avgöranden inte kunde tjäna till direkt ledning i ärendet. Så gällde även tillämpligheten av EG-praxis i SPI-ärendet där Traktorfallet åberopades av verket men där domstolen fann att informationsutbytet var mycket mer detaljerat än vad som gällde i SPI-fallet, varför Traktorfallet därmed inte var tillämpligt. Avsaknaden av svensk praxis och den begränsade möjligheten att tillämpa EG-praxis gör det särskilt angeläget att utreda de särskilda omständigheterna på den svenska marknaden. I denna del har AEA en naturlig plats. Utvecklingen får betraktas som önskvärd eftersom det är vanskligt att direkt tillämpa praxis som rör ärenden på andra produktmarknader eller geografiska marknader än den som gäller i det aktuella fallet.**
6 Intervjuer med svenska domstolsledamöter

6.1 Omfattning och format

Som framkommit av ovan redogörelse är det i många fall svårt att utläsa av domsluten vilken betydelse AEA haft eftersom det inte framgår explicit av själva besluten. Av den anledningen är det viktigt att kompletera analysen med intervjuer med domstolsledamöter. Avsikten med intervjuerna är att skapa en översiktlig bild av domstolarnas syn på den avancerade ekonomiska analysens gängbarhet, inte minst hur stor vikt domstolarna lagt vid denna. Analysen i detta avsnitt baserar sig på intervjuer med fem domstolsledamöter, varav fyra från Marknadsdomstolen och en från Stockholms Tingsrätt. Intervjuerna har hållits på en övergripande nivå i den meningen att bedömningen i enskilda ärenden inte diskuteras. Det senare hade sannolikt inte varit en framkomlig väg. Diskussionen har också delvis varit av hypotetisk natur vilket beror på att antalet ärenden är få och att majoriteten av domstolsledamöterna inte deltagit i samtliga ärenden. Nyttan med detta är dock att det ger en viss fingervisning om domstolens framtida syn på saken.

6.2 Resultat

Det skall nämnas att det finns en samstämmighet hos de olika representanterna från TR och MD när det gäller svaren på de frågor som ställdes angående gängbarheten hos AEA. Variationer förekommer mellan juristerna och ekonomerna, kanske främst när det gäller hur stor vikt AEA skall tillmätas och hur mycket av AEA som är önskvärt. Alla frågor kom heller inte att diskuteras lika ingående med varje intervjuad ledamot, vilket gör att svaren till viss del kompletterar varandra. Resultaten av intervjuerna sammanfattas nedan.

Analys av ekonomiska samband är viktig. Men ärendets natur påverkar också behovet av ekonomisk analys. I kartellfall är behovet av ekonomisk analys mindre om det t.ex. rör sig om per se förbud jämfört med förvärvsärenden där ekonomisk


Gångbarheten av AEA kan också bero på hur den använts i ärendet. Det händer sällan att AEA använts under t.ex. fel rekvisit, men kommer det snett tas det inte upp.

Den ekonomiska expertens trovärdighet påverkas inte direkt av att denne är anlitad av en viss part. Domstolen är naturligtvis medveten om att parternas ekonomer kan trycka på vissa saker som är viktiga för sin uppdragsgivare. Det


Ibland tenderar utredningarna att svälla och det tycks som om parterna verkar tro att ju fler ekonomer (expertutlåtanden) man slänger in i utredningen desto bättre för deras sak. Det är dock inte antalet ekonomer (expertutlåtanden) som är utslagsgivande. Ofta är det så att det marginella värdet av de sista utredningarna är mindre eftersom inget nytt av väsentlighet kommer fram.

Domstolen har stor nytta av sina ekonomiska experter. Kombinationen av ekonomer med bakgrund inom nationalekonomi (industriell ekonomi) och företagsekonomi hos domstolens ledamöter är lyckosam. Även ekonomer med längre erfarenhet från näringslivet är värdefulla eftersom de ofta vet hur saker och ting förhåller sig i praktiken. Det är dock inte detsamma som att säga att AEA nödvändigtvis är mer gångbar.


70 Doktorsexamen i ekonomi.
Men experternas deltagande under förhandlingen är inte nödvändig, speciellt om det skriftliga utlätandet redan bra skrivet.

Motiveringarna under domstolens skäl är ofta kortfattade, kanske för kortfattade ibland. Det är dock inget självständamål att skriva sida upp och sida ned om varför eller varför inte en viss analys, utredning eller bevisning varit gångbar eller inte. I många fall behöver man inte ta ställning i ärendet, t.ex. om det inte rör sig om en stor fråga i ärendet eller om svar på frågan ges av annan bevisning i ärendet. Dessutom kan det vara en fördel att inte skriva för mycket om det inte rör sig om ett bra pilotfall eftersom det kan få effekter på kommande fall.


Orsaken till att EG i mindre grad förlitar sig på AEA är sannolikt en följd av det legalistiska arvet, dvs. juristernas dominans. Vid bedömningen av effekterna av ett visst förfarande verkar det som om man utgår från checkclistor utan att de faktiska omständigheterna på marknaden noggrant studerats. Man anser ofta att förfaranden typiskt sett leder till vissa effekter utan att närmare ha studerat det aktuella fallet. Vidare har man också fler tidigare fall att luta sig tillbaka på.

Slutligen skall nämnas att det först och främst är upp till parterna att bestämma vilken typ ekonomisk analys som skall användas i särskilda ärenden och hur mycket av denna. Det är inte domstolens uppgift att komma med önskemål. Men mer empirisk analys skulle inte skada, speciellt när det gäller avgränsningen av relevanta marknader och ekonomiska effekter av förfaranden, särskilt i fall där höga bötesbelopp yrkas.
7 Slutsatser

Denna rapport inleddes med två kända citat som generellt reflekterar vikten av ekonomisk analys. Det första återspeglar en uppfattning som ofta framkommer hos ekonomer nämligen att jurister inte gärna tar till sig ekonomiska resonemang och att detta är olyckligt från samhällsekonomisk synpunkt. Det andra citatet skulle kunna illustrera juristernas generella skepsis till att använda ekonomisk analys, inte minst med tanke på att åsikter och resultat kan variera beroende på vilken ekonom man frågar. Så vem skall man då tro på när det gäller de svenska erfarenheterna av ekonomisk analys i konkurrenserättsliga ärenden. Med andra ord, hur gångbar är och hur stor vikt tillmäter de svenska domstolarna ekonomisk analys, särskilt om det rör sig om avancerade teoretiska och ekonometriska metoder. Vilket av de två första citaten har här störst relevans?

Syftet med denna rapport var att undersöka vilken typ av ekonomisk analys som är gångbar i svenska domstolar och hur stor vikt den tillmäts, särskilt när det gäller avancerad ekonomisk analys. Konkurrensverket använder i allt större utsträckning sådan analys för att de tycker att den fyller en naturlig funktion och att domstolarna därför bör ta till sig den.71 Samtidigt är de osäkra på hur den värderas av domstolarna.


Kompetensen hos ekonomerna som framför analysen är betydelsefull. Allmän kompetens t.ex. doktorsgrad liksom expertkompetens till följd av forskning på den relevanta marknaden är betydelsefullt och dessutom viktigare än vilken sida ekonomen företräder.

71 Författarens erfarenhet är att det finns avvikande meningar i denna sak även hos Konkurrensverket.

Frågan om vem man skall tro på, det sista citatet som återgavs innan inledningen av rapporten, är relevant men som framgått av studien inte så uppenbar för svenskt vidkommande. Resultaten visar att man även i fortsättningen bör tillämpa avancerad ekonomisk analys i de konkurrensrättsliga ärendena. En förutsättning är dock att man är medveten om vilka faktorer som gör den speciellt gångar. Trovärdigheten har oftast med kompetens och framställning att göra - lyssna på Thomas di Levas låt. 72 Den är himla bra!