

KRÄVS BÅDE DOMINANS OCH KONKURRENSSKADA FÖR ATT STOPPA FÖRETAGSKONCENTRATIONER

Hans Henrik Lidgard

De europeiska konkurrensreglerna syftar till att upprätthålla en effektiv konkurrens, som leder till en dynamisk marknad kännetecknad av alternativ, prispress och innovation. Den europeiska samhandeln ska säkras utan att sätta miljön eller sociala mål i fara. Mot sådana allmänna överväganden förbjuds samverkan mellan företag som leder till konkurrensskada. Likaså förbjuds skadligt beteende från marknadsdominerande företag, som anses ha ett särskilt ansvar att agera på ett korrekt sätt.

Konkurrensreglerna fångar dock inte bara konkurrensskadliga beteenden, utan griper även in när strukturella åtgärder riskerar att sätta den effektiva konkurrensen ur spel. I grunden är samhällets inställning till en ständig omvandling och anpassning positiv. Koncentration ligger i linje med kraven på dynamisk konkurrens, förbättrar förutsättningarna för tillväxt och ökar den europeiska industrins konkurrenskraft.¹ Ändå råder det idag olika uppfattningar om när dessa regler ska sättas ikraft.²

För att 1989 års koncentrationsförordningen ska vara tillämplig krävs idag en gemenskapsdimension, som bara träffar företag av en viss storlek. Artikel 1 i förordningen är en form av behörighets- och jurisdiktionsregel, som avgör om the "one-stop-principle" ska leda till Bryssel eller till någon berörd medlemsstat.

¹ Rådets förordning 4064/89/EEG av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT 1989 L 395/1, preambelns punkt 4.

² Se diskussion i Konkurrensnytt, H.H. Lidgard, Ändrad koncentrationsbedömning, Konkurrensnytt 2003:1 s. 6 och Bergman, M., Carlsson, K., & Holgersson, J., EU-kommissionens förslag till horizontal merger guidelines, Konkurrensnytt 2003:2 s. 6 f.

Om gemenskapsjurisdiktion föreligger är nästa fråga enligt vilket/vilka rekvisit som det ska avgöras om samgåendet är förenligt med den gemensamma marknadens krav. Prövningen avser enligt förordningens artikel 2 om en koncentration

”skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas”.

Som framgår, krävs det inte att den dominerande positionen förelåg vid samgåendet, utan visar en prospektiv analys att dominansen uppkommer till följd av koncentrationen är kriteriet uppfyllt. Men räcker det?

Här ska diskuteras om dominanskriteriet i koncentrationsförordningen inbegriper en bedömning av om konkurrensen skadas eller om det finns anledning att vid sidan av dominansrekvisitet separat utvärdera om konkurrensen hämmas? Hur förhåller sig denna avvägning till den anglosaxiska bedömningen av om det sker en ”substantial lessening of competition” (”SLC-test”)? Är dominans-bedömningen densamma i koncentrationsförordningen som när den sker enligt artikel 82 i fördraget?

Spelar det över huvud taget någon roll om skadan bedöms på det ena eller andra sättet? Går de ekonomiska resonemangen att infoga i ett mönster, som på en gång leder till en effektiv konkurrensövervakning och samtidigt ger tydliga och fungerande spelregler, som skapar förutsägbarhet och rättssäkerhet för de ekonomiska aktörerna?

I första hand tar uppsatsen sin utgångspunkt i fusionsförordningen och hur denna uttolkats av gemenskapsdomstolarna. Denna analys ställs mot kommissionens förslag till revision av förordningen och den diskussion som förts i anslutning härtill.

1989 års Fusionsförordning

I början på 1970-talet vände Continental Cans övertagande av europeiska konkurrenter³ upp och ner på många föreställningar om tillämpligheten av EG-rätten på företagskoncentrationer.⁴ Kommissionen förbjöd med stöd av artikel 82 (dåvarande artikel 86) i fördraget ytterligare sammanslagning i en

³ EG-kommissionen, beslut 72/21/EEC, Europe Emballage Corporation, 9 december 1971, EGT 1972 L 725.

⁴ Se Lidgard, H.H., Missbruk av dominerande marknadsställning i Sverige och EEC, TfSA 1976:7 s. 16 ff..

hårt koncentrerad förpackningssektor. Continental Can hävdade att gemenskapsrätten inte gav kommissionen mandat att förhindra företagskoncentration, utan gavs marknadskrafterna spelrum reglerade marknaden sig själv enligt traditionell liberal "laissez-faire" doktrin.

I princip höll EG-domstolen med kommissionen.⁵ Fördraget syftade till att bevara konkurrensen och reglerna träffade såväl konkurrensnedvridande beteenden som strukturella åtgärder, som innebar att det dominerande företaget förstärkte sin position. Att kommissionens beslut likväl annullerades berodde på att kommissionen inte avgränsat den relevanta marknaden på ett korrekt sätt.

Trots att kommissionen i princip vann framgång i *Continental Can* stod det redan 1973 klart att artikel 82 EGF inte erbjöd ett effektivt instrument för att kontrollera företagssammanslagningar. Konsekvenserna av ett utdraget förfarande blir alltför vittgående när företag med tusentals anställda handlingsförlamas under den tid, som den formella processen behöver för att nå ett slutligt avgörande. Därför följde kommissionen aldrig upp med fler ingrepp med stöd av bestämmelserna om missbruk av dominerande ställning.⁶

16 år efter *Continental Can* kompromissade sig medlemsstaterna i stället fram till 1989 års fusionsförordning.⁷ De ekonomiska tröskelvärdena var så högt satta att bara de 50 största företagssammanslagningarna i Europa skulle beröras. Kommissionen föreslog ursprungligen att bedömningen skulle inriktas på om koncentrationen gav upphov till eller förstärkte en dominerande ställning. Först efter protester från den ekonomiska och sociala kommittén infördes krav på att konkurrensskada skulle beaktas som ett speciellt rekvisit i förordningstexten.⁸

Kommissionen vann sig under de första åren om ett "realistiskt" agerande och invändningarna mot de tilltänkta sammanslagningarna var få och antalet förbjudna koncentrationer närmast försumbart.⁹ 1997 års

⁵ EG-domstolen, mål 6/72, Europe Emballage Corp. & Continental Can Co. Inc. mot EG-kommissionen, 21 februari 1973, [1973] REG 215.

⁶ Även artikel 81 EGF visade sig tillämpbar vid koncentrationer i EG-domstolen, mål 142/84 & 156/84, British American Tobacco Company Limited and R.J. Reynolds Industries Inc. mot EG-kommissionen, 17 november 1987, [1987] REG 4487, vilket dock inte heller fått någon efterföljare.

⁷ Rådets förordning 4064/89/EEG, fn 1.

⁸ Se Dechery, J-L., Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations, 26 Rev. trim. de droit Européen (1990) 307, 315.

⁹ I EG-kommissionen beslut 91/619/EEC, Aerospatiale-Alenia/de Havilland, 2 oktober 1991, EGT 1991 L 334/42 satte kommissionen gränsen för det tillåtna och förklarade att

förändringar av fusionsförordningen¹⁰ ökade i ett slag kommissionens kompetens genom att halvera de tidigare tröskelvärdena. Det märkliga var att industrin stödde kommissionens ambitioner. En förklaring kan vara koncentrationsärendenas komplexitet – inte minst när internationella förhållanden berörs – och att industrin föredrog en kunnig samtalspartner i Bryssel framför en dialog med många nationella myndigheter med ibland varierande kompetens.

Antalet anmälda ärenden har efter 1997 års förändring rusat iväg till cirka 300 per år. Det är förvisso fortfarande bara ett fåtal fall som förbjuds; hittills har 18 fall av cirka 2000 beslut lett till totalt avslag, vilket är mindre än en procent. Däremot är det många tilltänkta fusioner, som återkallas och i andra fall tvingar kommissionen fram långtgående åtaganden som en förutsättning för att godkännande ska kunna beviljas. Det ska också noteras att 30% av avslagsbesluten kom under 2001, vilket kan vara ett tecken på att kommissionen skärper sin hållning.¹¹

Kommissionens agerande upplevs ofta som skönsmässigt och rättssäkerheten testas när en myndighet som både är undersökande och beslutande, driver frågor till sin spets. Företagen känner sig maktlösa och det hjälper inte att ledande nationella politiker griper in till stöd för den strukturella omvandlingen.

Ett för Sveriges del välkänt exempel är kommissionens underkännande av sammanslagningen mellan Volvo och Scania.¹² Det 67 sidor långa beslutet fokuserar på konsekvenserna av sammanslagningen i de nordiska länderna och på Irland där en tidigare dominerande ställning skulle förstärkas. Företagens motiverade sammanslagningen med att de skulle få ökade möjligheter att konkurrera på exportmarknader. En ”krympningseffekt” medförde enligt företagen att avnämare, som ville hålla sig med alternativa leveranskällor, skulle öppna tillträdet för konkurrenter i Europa och att Volvo/Scanias gemensamma marknadsandel faktiskt kunde komma att minska.

sammanslagningen, trots protester från såväl den franska som den italienska regeringen, var oförenlig med den gemensamma marknaden. Marknaden för små och medelstora passagerarflygplan skulle monopoliseras på ett för prisbilden negativt sätt om europeiska konkurrenter tilläts svälja den kanadensiske producenten.

¹⁰ Rådets förordning 1310/1997/EG av den 30 juni 1997 om ändring av förordning 4064/89/EEG om kontroll av företagskoncentrationer, EGT 1997 L 180/1.

¹¹ Weitbrecht, A., E.U. Merger Control in 2001 – The Year of Controversy, [2002] E.C.L.R. 407.

¹² Se EG-kommissionen, förhandsanmälan av ärende nr IV/M.1672, Volvo/Scania, 22 september 1999, EGT 1999 C 277/4 och beslut COMP/M.1672, Volvo/Scania, 14 mars 2000, EGT 2001 L 143/74.

Kommissionen, som lade bevisbördan för sådana påståenden på företagen, godtog inte argumenteringen och förklarade, trots långtgående åtaganden från företagens sida, sammanslagningen som oförenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen fann att den skulle leda till en förstärkt dominans i de utpekade länderna.¹³ Teoretiskt antog kommissionen att konsekvensen skulle bli att det sammanslagna företaget hade möjlighet att prisdiskriminera – det fanns t.o.m. stöd för att prisdiskriminering redan inträffat genom att Volvo och Scania utnyttjat avnämarnas märkeslojalitet.

I kommissionens resonemang vävs dominansbegreppet samman med konkurrensskadan. Kan kommissionen påvisa att en dominerande ställning uppkommer eller förstärks någonstans i gemenskapen behöver myndigheten inte i fusionsärenden på något mer djupgående sätt visa på vilket sätt skada faktiskt uppkommer. Ekonomisk teori pekar på att det dominerande företaget kommer att utnyttja sin ställning¹⁴ på ett för kunder skadligt sätt och det förefaller räcka för att förbjuda sammanslagningen.¹⁵

Enligt förordningens artikel 2.3 ska en koncentration, som skapar eller förstärker en dominerande ställning, förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

Artikel 2.3 föreskriver dock dessutom att konkurrensen påtagligt ska hämmas. Artikel 2.1 anger i tämligen allmänna ordalag att kommissionen i sin bedömning ska ”ta hänsyn till” en effektiv konkurrens mot bakgrund av bland annat marknadsstruktur och faktisk eller potentiella konkurrens. Företagens marknadsställning, finansiella styrka liksom valmöjligheter, hinder för marknadsinträde samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande ska också beaktas om det gagnar konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen.

Det är svepande och breda bedömningsgrunder för kommissionens prövning om en koncentration ska tillåtas eller förbjudas. Ur bestämmelsen går det knappast att utläsa om dominansrekvisitet är tillräckligt därför att det

¹³ Avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden till små medlemsstater skapar problem för företag i dessa länder att delta i strukturomvandlingen jämfört med förhållandena i stora medlemsstater. Se Bernitz, U. och Gutu, I., *The Effect of EU Merger Policy on Large Multinationals Based in Sweden and Other Smaller EU Member States: Is the Policy Discriminatory?* [2003] E.C.L.R. 19, s. 22 f.

¹⁴ Jmf. beslut 91/619/EEC, *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, fn. 9, premiss (69): “... such conduct could be rational since the proposed concentration would mean that ATR/de Havilland would exceed the threshold of market shares which would make such a pricing policy [först predatory och därefter vinstmaximerande] likely given that it would be the optimal profit-maximizing strategy. Having established a monopoly, ATR/de Havilland would be able to increase prices without any competitive check.”

¹⁵ Paralleller kan inte i detta avseende dras med Artikel 82 EGF eftersom rättspraxis entydigt klargjort att en dominerande ställning inte är liktydigt med ett missbruk.

automatiskt innefattar ett ställningstagande till att konkurrensskada uppkommer vid dominans eller om kommissionen snarare separat ska påvisa en specifik konkurrensskada.

Tidigare domstolspraxis i fusionsärenden

I början av 90-talet ledde kommissionens beslut inte till överklaganden eftersom parterna i förhandlingar i allmänhet fann godtagbara lösningar¹⁶. Kommissionen agerade ”realistiskt” i linje med väletablerad ekonomisk teori och kanske också ”strategiskt” för att uppnå det förutsedda målet att minska tröskelvärdena.

1993 godkände kommissionen med hänvisning till principen om ”failing company defense” ett samgående mellan Kali&Saltz och MdK¹⁷ trots att ”kollektiv dominans” förelåg. Godkännandet förutsatte bl.a. åtaganden om att samarbete med ett fristående franskt företag avbröts. Ärendet överklagades av franska regeringen och det indirekt berörda franska företaget. EG-domstolen ogiltigförklarade beslutet med avseende på de uppställda förbehållen – efter att ha fastställt de viktiga principerna att begreppet ”kollektiv dominans” även var tillämpligt enligt koncentrationsförordningen och att ”failing company defense” kunde vara en grund för att godta en sammanslagning, som i och för sig ledde till en dominerande ställning:

(171) En koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning som intas av de berörda parterna i koncentrationen, tillsammans med en enhet som står utanför koncentrationen, kan visa sig oförenlig med den ordning som i enlighet med fördraget skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. Om det skulle godtas att förordningen enbart var tillämplig på koncentrationer som skapar eller förstärker en dominerande ställning som intas av parterna i koncentrationen, skulle därför ändamålet med förordningen, såsom detta framgår av ovannämnda överväganden, delvis motverkas. Förordningen skulle i så fall förlora en icke obetydlig del av sin ändamålsenliga verkan, utan att detta är nödvändigt med hänsyn till den

¹⁶ Id., är ett undantag, som väckte betydande opposition, men dock aldrig föranledde överklagande. Förklaringen kan möjligen ligga i att även om överklagandet skulle leda till framgång blir det i praktiken svårt att genomföra koncentrationen. Se mål T-310/01, Schneider Electric S.A mot EG-kommissionen, fn. 50, där Sneider trots framgång i domstolen beslutat sig för att avbryta samgåendet.

¹⁷ EG-kommissionen, beslut 94/449/EG, Kali und Salz/MDK/Treuhand, 14 december 1993, EGT 1994 L 186/38, [1994] 4 CMLR 526.

allmänna systematiken i gemenskapens bestämmelser om kontroll av företagskoncentrationer.¹⁸

Kali&Saltz klargör inte om koncentrationen bara ska bedömas utifrån ett dominanskriterium eller om det därutöver finns anledning att särskilt bedöma konkurrensskadan. 1997 erinrade däremot förstainstansrätten om att ”kommissionen enligt bestämmelserna i artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 skall förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden då två villkor är uppfyllda, varav den första är att koncentrationen inte skapar eller förstärker en dominerande ställning och den andra är att konkurrensen på marknaden inte påtagligt hämmas ...”¹⁹. Uttalandet kan förefalla klart – skadan ska bedömas separat från dominansen – men det är ändå osäkert hur långtgående konsekvenser man kan dra av domen eftersom det förefaller vara ett udda uttalande i en annars otydlig praxis under 1990-talet. I övrigt gick de överklagade ärendena ofta kommissionens väg och även om företagen understundom var kritiska mot kommissionen drog de sig för att ta strid. Det avbrutna samgåendet mellan Volvo och Scania är bara ett exempel²⁰.

*Gencor*²¹ gällde en reorganisation av ledande mineralhanteringsföretag i Sydafrika, som enligt kommissionen ledde till ett oacceptabelt duopol på världsmarknaden för bl.a. platinium. Gemenskapsförhållanden berördes genom att en av aktörerna – Lohnro – hade sitt säte i England, men framför allt därför att gemenskapen var en viktig avsättningsmarknad och tröskelvärdena i koncentrationsförordningen var uppfyllda.

Kommissionens beslut att förbjuda samgåendet, trots att de Sydafrikanska myndigheterna inte motsatt sig sammanslagningen, överklagades av sydafrikanska *Gencor*. Målet uppvisar en provkarta på de frågeställningar, som kan dyka upp i ett koncentrationsärende. Förstainstansen fastslog bl.a. att förordningen är tillämplig på företag med säte i tredje land när förordningens materiella kriterier är uppfyllda. Vidare ska den relevanta produktmarknaden tolkas snävt och inget hindrar att den relevanta geografiska marknaden kan vara världsmarknaden. Viktigare var

¹⁸ EG-domstolen, förenade mål C-68/94 and 30/95, ("Kali und Salz") Frankrike mot EG-kommissionen, 31 mars 1998, [1998] REG 1-1375. EG-kommissionens uppföljningsbeslut meddelades den 9 juli 1998, EGT 1998 C 275/3.

¹⁹ Förstainstansrätten, mål T-290/94, *Kaysersberg mot EG kommissionen*, 27 november 1997, [1997] REG II-2137, premiss 151. Beslut om att förklara en företagskoncentration rörande hygienartiklar för kvinnor förenlig med den gemensamma marknaden. Talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 94/893/EG, *Procter & Gamble/VP Schickedanz II*, 21 juni 1994. Jfr. mål T-2/93, *Air France mot EG-kommissionen*, 19 maj 1994, [1994] REG II-323, premiss 79.

²⁰ Kommissionen, beslut COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, 14 mars 2000, EGT 2001 L 143/74.

²¹ Förstainstansrätten, mål T-102/96, *Gencor Ltd v EG kommissionen*, 25 mars 1999, [1999] REG II-753.

kanske att domstolen utan omsvep fastställde att förordningen även täcker duopolistisk och oligopolistisk marknadsdominans utan att det föreligger något krav på att de berörda företagen är llerade genom licensförhållanden eller andra avtalsmässiga band.²² I de delar som Gencors talan inte direkt avspisades som ogrundad konstaterade förstainstansen att Gencor inte bevisat att kommissionens bedömningar var uppenbart oriktiga, vilket tyder på att domstolen gav kommissionen en långtgående bedömningsfrihet.

När det gäller synen på vilka kriterier förordningen uppställer för att ingrepp ska kunna ske mot en koncentration kan man åter konstatera att inte detta fall ger någon entydig vägledning, även om vissa stödpunkter kan identifieras. Genomgående gäller att förstainstansen refererar till kriterierna i artikel 2.3 i sin helhet – d.v.s. både till dominans och konkurrensskada.²³ I premiss 199 utvecklas saken:

199. The prohibition enacted in Article 2(3) of the Regulation reflects the general objective assigned by Article 3(g) of the Treaty, namely the establishment of a system ensuring that competition in the common market is not distorted (first and seventh recitals in the preamble to the Regulation). The prohibition relates to concentrations which create or strengthen a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it.

och domstolen fortsätter

200. The dominant position referred to is concerned with a situation where one or more undertakings wield economic power which would enable them to prevent effective competition from being maintained in the relevant market by giving them the opportunity to act to a considerable extent independently of their competitors, their customers and, ultimately, of consumers.

Domstolen fastslår att duopolet med 60 - 80% marknadsandel intog en dominerande ställning²⁴ och övergick därefter till att granska effekterna av densamma. Det är ingen tydlig övergång mellan dominansresonemanget och bedömningen av konkurrensskadan. Domstolen påstår inte heller att det finns några entydiga bevis för att skada uppkommer till följd av koncentrationen, utan förefaller snarare att acceptera kommissionens

²¹ Frågan var fortfarande oklar efter Förstainstansrättens dom i förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA och PPG Vernante Pennitalia SpA mot Europeiska gemenskapernas kommission. 10 mars 1992, [1992] REG II-1403. Efter den rådgivande kommitténs behandling av kommissionens beslut i Gencor hade tvivel rests från flera håll om förordningens tillämplighet på ett fall som det aktuella. Inställningen har även bekräftats av EG-domstolen i mål C-395/96, Compagnie Maritime Belge mot EG kommissionen, 16 mars 2000, 2000 REG I-1365, premiss 39.

²³ Mål T-102/96, Gencor, fn. 21, se t.ex. premisserna 106, 162 och 199.

²⁴ Id., premiss 208.

bedömning att dominansen leder till en risk för ”predatory pricing”²⁵, utbudsbegränsningar²⁶, samordning av priser och nyinvesteringar²⁷ därför att det är naturligt att dominerande företag utnyttjar sin ställning på sådant sätt.
Summa summarum

206. It is true that, in the context of an oligopoly, the fact that the parties to the oligopoly hold large market shares does not necessarily have the same significance, compared to the analysis of an individual dominant position, with regard to the opportunities for those parties, as a group, to act to a considerable extent independently of their competitors, their customers and, ultimately, of consumers. Nevertheless, particularly in the case of a duopoly, a large market share is, in the absence of evidence to the contrary, likewise a strong indication of the existence of a collective dominant position.

Förstainstansrätten kompletterar detta hypotetiska och prospektiva resonemanget med en allmän diskussion om bevisbördefördelning:

262. So far as concerns the applicant's argument that the Commission did not properly assess what would have happened to prices if none of the factors relied on by the applicant had existed, suffice it to note that when the Commission assesses the foreseeable impact of a concentration on the market it is not required to consider what would have happened to the market in the past in the absence of one or other competitive factor. In its assessment, the Commission is required only to establish whether, by reason of, *inter alia*, previous developments in the conditions of competition in the market in question, the concentration may lead to the creation of a position of economic power for one or more undertakings, thereby enabling them to engage in abuses, particularly abuses involving price increases.

I *Gencor* förefaller det att råda harmoni mellan kommissionens och förstainstansens synsätt. Har kommissionen visat på dominans så leder en prospektiv bedömning till att konkurrensskada även presumeras. Det kan dock noteras att förstainstansen inte på något sätt förefaller att göra avkall på att dominans ska styrkas på samma sätt som enligt fördragets artikel 82. Det är först i diskussionen om åtaganden som uppfattningen mellan myndigheterna går isär. Kommissionen menar att åtaganden måste vara strukturella och att beteenderelaterade åtaganden inte kan accepteras, vilket understryker kommissionens ensidiga fokus på dominansbegreppet.²⁸ Förstainstansen vill inte göra den distinktionen,²⁹ vilket inte förhindrar att oavsett hur åtgärden rubriceras måste den leda till att den dominerande ställningen elimineras.

²⁵ Id., premiss 212.

²⁶ Id., premiss 222.

²⁷ Id., premiss 229.

²⁸ Id., premiss 311.

²⁹ Id., premiss 319.

Endemol följer också kommissionens uppfattning om hur koncentrationsförordningen bör tillämpas. Ärendet rör ett joint venture samarbete för produktion av TV-program och saknade som sådant gemenskapsdimension, men hänsköts av holländska myndigheter till kommissionen. Från Hollands sida frågade man sig om annonsmarknaden skulle snedvridas till följd av koncentrationen. Den nationella frågeformuleringen begränsade dock inte kommissionens bedömningsutrymme. Undersökningar pekade snarare på att en dominerande ställning skulle uppkomma för underhållningsproduktion och ett godkännande av koncentrationen krävde betydande åtaganden, som *Endemol* motsatte sig.

Förstainstansen godtog inte klagandens formella invändningar, utan klargjorde med hänvisning till *Frankrike mot kommissionen* att kommissionen hade en vid prövningsrätt i ekonomiska frågor, som domstolen inte har anledning att ifrågasätta.³⁰ Domsmotiven övervägde huruvida dominanskriteriet var uppfyllt. Dominansen prövades dock inte som brukligt mot om företagen kunde agera oberoende av sina konkurrenter och avnämare. Domstolen undersökte istället om den förstärkta marknadspositionen "... gave it a position far superior to that of its competitors",³¹ vilket är en helt annan standard än den som tillämpats enligt artikel 82.

Bevisbördan föll på sökande, som inte "refuted the Commission's argument".³² Slutsatsen blev därför att sökanden inte bevisat att kommissionen överskridit gränsen för sin diskretionära prövning eller "manifestly erred when it concluded that the effect of the concentration would be to strengthen the applicant's dominant position in the market for independent Dutch-language television production in the Netherlands and

³⁰ Förstainstansrätten, mål T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV mot EG-kommissionen*, 28 april 1999, [1999] REG II-01299; premiss 106. Jfr. mål T-342/99, *Air Tours*, fn. 46, premiss 64: Rätten noterar vidare att kommissionen genom de materiella reglerna i förordning nr 4064/89, och i synnerhet artikel 2, har givits en viss befogenhet att företa skönmässig bedömning, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är av väsentlig betydelse för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som utgör grund för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna. Se även Kali & Salz, fn. 18, premisserna 223 och 224 och *Gencor mot kommissionen*, fn. 21, premisserna 164 och 165.

³¹ Mål T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV mot EG-kommissionen*, fn. 30, premiss 136.

³² *Id.*, premiss 142.

that effective competition in the market would thus be significantly hindered.”³³

I domen görs det ingen självständig prövning av om det föreligger en konkurrensskada. Det är först i domens sista premiss som kopplingen till skaderekvisitet i artikel 2 dyker upp och då snarast som en direkt konsekvens av att den dominerande ställningen fastslags.

*Kesko/Tuko*³⁴ är ytterligare ett från nationell myndighet hänskjutet ärende och gällde koncentration inom det finska grossist och detaljistledet för dagligvaror. Bedömningen av huruvida dominans förelåg gällde främst om de två distributionsleden skulle behandlas tillsammans eller separat. Domstolen avvisade Keskos invändningar och fastställde att företaget inte vederlagt kommissionens påståenden, men också att kommissionens bedömning var välgrundad.

Vid varje tillfälle som domen refererar till den substantiella bedömning, som ska göras enligt koncentrationsförordningen, sker det i sin helhet med referens till bägge leden i artikel 2.3. Domen klargör att den dominerande ställningen orsakar konkurrensskada till följd av kedjesamverkan mellan företag i gruppen, som försvårar marknadsutträdet för nya aktörer från tredje land. Kommissionen uppfyllde således sin bevisbörda och klaganden lyckades inte visa att det förelåg någon allvarlig felbedömning. Domen kan därigenom sägas vara en fullgod kontroll av att dominans förelåg och att risken för konkurrensskada var påtaglig.

Det är inte lätt att ur dessa inledande mål göra sig en klar bild av hur ”dominanskriteriet” ska tolkas. Domstolarnas resonemang kan lika gärna uppfattas som att man godtar kommissionens uppfattning att skadebedömningen är en integrerad del av dominansbedömningen och att skadan kan presumeras vid dominans som att det rör sig om två separata rekvisit, som vart och ett ska styrkas av myndigheten. Det är också särskilt noterbart att domstolen i *Endemol*, men inte i *Gencor*, förefaller att acceptera att koncentrationsbedömningen av dominanskriteriet följer en lägre standard än artikel 82. Överlägsen marknadsmakt är den angivna måttstocken.

Från amerikanskt håll uttrycktes återkommande kritik mot den europeiska hållningen. Den första sammandrabbningen skedde i

³³ Id., premiss 169.

³⁴ Förstainstansen, mål T 22/97 *Kesko Oy mot EG-kommissionen*, 15 december 1999, [1999] II-03775 är ett överklagande av EG-kommissionen, beslut 97/277/EC, *Kesko/Tuko*, 20 november 1996, EGT 1997 L 110/53.

Boeing/McDonnell Douglas.³⁵ Trots att den europeiska myndigheten ställde sig kallsinnig till sammanslagningen av de amerikanska flygplanstillverkarna fick dess åsikter inte genomslag, utan samgåendet kunde trots kommissionens anmärkningar slutföras. Oenigheten har därefter förstärkts i samband med kommissionens beslut att förklara *GE/Honeywell* samgåendet³⁶ oförenligt med den gemensamma marknaden trots att det godkänts i USA.³⁷ Wall Street Journal rapporterade syrligt, att kommissionen föreföll besatt av att skydda konkurrenter medan amerikanska myndigheter snarare såg till effekter för konsumenterna.³⁸ Den dåvarande amerikanska administrationen hotade med att blockera europeiska sammanslagningar med effekter i USA.³⁹

Kommissionens grönbok och senare domstolspraxis

2001 års grönbok om översyn av konkurrensrätten⁴⁰ lanserade bland annat frågan om EU skulle bygga vidare på et dominantstest, så som kommissionen uppfattade det enligt 1989 års fusionsförordning eller om tiden var mogen att följa det amerikanska exemplet med ett SLC-test (substantial lessening of competition), som riktades mot företagets beteende och skadeverkningarna av detsamma snarare än deras eventuella dominans.

Grönboken ledde till omfattande remissvar⁴¹ och har följts av en betydande diskussion inte minst mellan ekonomer.⁴² Här är inte avsikten att

³⁵ EG-kommissionen, beslut 97/816/EC, Boeing/McDonnell Douglas, 30 juli 1997, EGT 1997 L 336/16.

³⁶ EG-kommissionen, beslut M.2220. General Electric/Honeywell, 3 juli 2001, EGT 2001 C 74/6. Se Giotakos, D., Petit, L., Garnier, G., & De Luyck, P., General Electric/Honeywell - An insight into the Commission's investigation and decision, Competition Policy Newsletter 2001:3. För mer kritiska kommentarer, se Burnside, A., GE, Honey, I Sunk the Merger, [2002] E.C.L.R. 107 och Pflanz, M. och Caffarra, C., The Economics of G.E./Honeywell, [2002] E.C.L.R. 115.

³⁷ Beslutet är överklagat till förstainstansrätten, mål T-210/01, GE mot EG-kommissionen, ännu ej avgjort.

³⁸ Wall Street Journal, 3 juli 2001.

³⁹ Den amerikanska hållningen har tydliggjorts i remissvar på kommissionens olika utspel och sannolikt även påverkat Storbritannien och Irland att införa ett SLC-test i sin nationella rätt.

⁴⁰ Grönboken om översyn av rådets förordning 4064/89/EEG, 11 december 2001, KOM 2001 745 slutlig.

⁴¹ Se t.ex. Larsson Haug, Helena, Europeisk förvärvskontroll – Kommissionens Grönbok om översynen av koncentrationsförordningen – sammanfattning av inkomna yttranden och reflektioner, ERT 2002 s. 514 – 526.

ge sig in i den ekonomiska debatten. Det förefaller dock som ekonomer är överens om ett par punkter, som det kan finnas anledning att understryka.

I bägge testen är startpunkten att med hjälp av en hypotetisk prisbedömning (SSNIP) fastställa den relevanta marknaden för att fastslå om det föreligger marknadsmakt. I Europa sker en prospektiv bedömning av marknadsandelar, som paras med en bedömning av potentiell konkurrens med hänsyn till marknadshinder i form av inträdesbarriärer, köparmakt eller marknadstrender m.m.. Leder testerna till att marknadsandelarna är under 25% saknas anledning till ingrepp, medan om de överstiger 50% presumeras närmast negativa effekter.⁴³ Mellan de båda ytterligheterna föreligger vad som närmast får betecknas som en gråzon. Tendensen i senare rättspraxis har dock varit att krypa längre ner på skalan.⁴⁴ Den anglosachsiska bedömningen fokuserar snarare på hur prisbilden påverkas på medellång sikt. Syftet är att undvika betydande prisökningar.

Det framhålles återkommande⁴⁵ att även om skillnader mellan de båda testerna inte ska överdrivas så är SCL-testet mer flexibelt och mindre formellt och överensstämmer med den ekonomiska inriktning, som konkurrenspolitiken fått under senare år. Inte minst har det pekats på att SCL-testet ger möjlighet att beakta små marknadens problem och att ta hänsyn till att effekter kan vara positiva på en delmarknad och negativa på en annan, men väga samman de bägge effekterna.

En skillnad kan uppstå i hur de bägge testerna bedömer sammanslagningar mellan icke marknadsledande företag på en i övrigt oligopolistisk marknad. Genom SLC-testet kan man med hjälp av empiriska data fastställa vilka koncentrationer som verkligen skapar negativa effekter, utan att startpunkten behöver vara en fråga om storlek eller ev.

⁴² Se t.ex. Nygren, Marie & Nilsson, Mats, Förstainstansrättens dom i Airtours-målet – betyder kollektiv dominans tyst samordning? ERT 2002 s. 539 – 566, 565.

⁴³ ”Philip Morris-doktrinen” innebär att 25 % ägarandel, rätt att utse styrelseledamot och någon form av samordningsavtal mellan parterna är liktydigt med en koncentration om parterna inte kan visa att avtalet innehåller balanserande åtgärder som omöjliggör informationsutbyte mellan dem.

⁴⁴ 1999 års konkurrensrapport understryker att det inte föreligger någon formell gräns och att kommissionen mycket väl kan fastställa att dominans föreligger under 40% marknadsandel med hänsyn till en bedömning av marknadstillträde och allmänna konkurrensöverväganden. I mål T-114/02, BaByliss SA mot EG-kommissionen förefaller kommissionen att argumentera för att 40% marknadsandel är utgångspunkt för bedömningen. Se nedan. I EG-kommissionen, beslut Comp/M.1684, Carrefour/Promedes, 25 januari 2000, CELEX, 300M1684, förelåg mycket låga marknadsandelar men likväl ansågs dominanskriteriet uppfyllt.

⁴⁵ Se t.ex. rapport från LECG, Background Note for the Conference on Transatlantic Competition Policy, EEC Green Paper on Review of Merger Regulation, 22 March 2002, http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments/ref078_lecg.pdf.

marknadsandelar. Därmed undanröjs enligt företrädare för SLC-testet den risk för godtycke, som dominanstestet kan skapa.

Hösten 2002 har tillfört en helt ny dimension till följd av tre mycket uppmärksammade avgöranden från förstainstansen i koncentrationsärenden. De bekräftar i och för sig förordningens tillämplighet vid kollektiv dominans, portföljmakt och övervältringseffekter från angränsande marknader, men förefaller samtidigt att ställa större krav på kommissionens bevisning av att konkurrensskada föreligger än man kunnat utläsa ur de tidigare domsluten med anknytning till koncentrationsreglerna.

Påståenden om kollektiv dominans kräver full bevisning

Redan i *Kali&Salz* klargjorde EG-domstolen att begreppet ”kollektiv dominans” var tillämpligt vid koncentrationer. I *Air Tours*⁴⁶ från juni 2002 fick förstainstansen anledning att förtydliga bedömningen.⁴⁷ Frågan gällde om en sammanslagning av engelska resebyråer kunde stoppas med stöd av koncentrationsförordningen och synen på kollektiv dominans på en oligopolistisk marknad. Förstainstansen gjorde en prospektiv analys och granskade om sammanslagningen medförde risk för prishöjningar. Tre kriterier ställdes upp för att en kollektiv dominans skulle anses föreligga:⁴⁸

Först och främst fastställde domstolen att varje företag, som ingår i det dominerande oligopolet, måste ha insyn i de övriga företagens planer. Kommissionen kunde inte nöja sig med att visa att inblandade företag allmänt har fördelar av ett visst agerande. Den måste styrka att företagen var medvetna om konkurrenternas planer och säkra på att dessa skulle genomföras.

Samordning måste dessutom vara varaktig. Det får inte föreligga incitament för inblandade företag att frångå en gemensam handlingslinje, vilket i sin tur förutsätter att det finns repressalier mot avvikande beteenden. Varje företag i det dominerande oligopolet måste veta att konkurrerande åtgärder leder till motåtgärder, som eliminerar fördelarna med att avvika från det utstakade beteendet.⁴⁹

⁴⁶ Förstainstansrätten, mål T-342/99, *Air Tours Plc mot EG kommissionen*, 6 juni 2002, [2002] REG II-02585; överkalagande av kommissionens beslut 2000/276/EC, *Air Tours/First Choice*, 22 september 1999, EGT 2000 L 93/1.

⁴⁷ Se Haupt, H., *Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the Airtours Judgment*, [2002] E.C.L.R. 434, som på ett utmärkt överskådligt sätt presenterar ekonomisk teori och rättspraxis i anslutning till begreppet kollektiv dominans.

⁴⁸ Id., premises 62.

⁴⁹ Jfr mål T-102/96, *Genkor mot EG-kommissionen*, fn. 21, premiss 276.

Det tredje kravet är att kommissionen kan visa att faktiska och potentiella konkurrenter eller konsumenterna inte kan motverka den gemensamma strategin.

Enligt förstainstansen vilade bevisbördan för att omständigheterna var uppfyllda på kommissionen och domen demonstrerar att fullödigt underlag saknades.

Påståenden om "portföljmakt" ska också styrkas

*Schneider/Legrand*⁵⁰ gällde en sammanslagning av två franska företag, som levererade elektroniska installationer och komponenter till byggindustrin.⁵¹ Det rörde sig härvid om tusentals stark- och svagströmsprodukter och många identifierade produktmarknader. Trots att såväl de relevanta geografiska marknaderna som de relevanta produktmarknaderna kunde definieras, kretsade beslutet kring den märkeslojalitet, som finns i byggbranschen och företagets allmänt starka ställning i Europa. Enligt kommissionen innebar det en betydande konkurrens fördel att kunna erbjuda ett komplett sortiment ("portföljmakt").⁵²

Enligt kommissionen var den relevanta marknaden nationell, likväl byggde den ekonomiska analysen på transnationella överväganden utan att villkoren på de nationella marknaderna blev klarlagda. Kommissionen hade därför inte lyckats visa att det nya företaget skulle bli en ofrånkomlig leverantör för grossistledet. Dominansrekvisitet var därmed inte uppfyllt. Inte heller hade kommissionen visat på konkurrensskada och beslutet var över huvud taget fyllt av "errors, omissions and inconsistencies".⁵³ Kommissionen hade dock enligt förstainstansen fog för sin bedömning att den förstärkta dominansen kunde leda till konkurrensskada på den franska marknaden, men tappade även i denna del till följd av ett procedurfel.

⁵⁰ Förstainstansrätten, mål T-310/01, *Schneider Electric S.A mot EG-kommissionen (S.A. Legrand intervenient)*, 22 oktober 2002, [2002] REG II-04071.

⁵¹ Ragolle, F., *Schneider Electric v Commission: The CFI's Response to the Green Paper on Merger Review*, [2003] E.C.L.R. 176.

⁵² Begreppet "portföljmakt" utvecklas av förstainstansen i mål T-114/02, *Bebyliss mot EG-kommissionen*, fn. 61 nedan, premisserna 340 ff.

⁵³ *Id.*, premiss 404.

Påståenden om övervältringseffekter kräver full bevisning

Slutligen, i samma vecka kom dråpslaget när kommissionen förlorade det tredje ärendet i rad och nu mot TetraLaval, som varit föremål för kommissionens hårdhänta granskning i mer än ett decennium.⁵⁴

När TetraLaval förvärvade plastflasktillverkaren Sidel över börsen menade kommissionen att Tetra's *dominerande* ställning på mjölkförpackningsmarknaden skulle "spilla över" på Sidels *starka* ställning på marknaden för plastförpackningar.⁵⁵ Förstainstansen accepterade i och för sig att teorin om "angränsande marknader"⁵⁶ också var tillämplig vid företagssammanslagningar. Däremot hade kommissionen inte styrkt sina påståenden. Förstainstansens dom är återigen en uppgörelse med kommissionens arbetssätt. Bevisbördan vilar hårt på myndigheten att visa att samtliga förutsättningar i koncentrationsförordningen uppfyllts.

Förstainstansens resonemang ger vissa ledtrådar för att kunna avgöra om dominanskriteriet är ensamt avgörande eller om snarare en flerstegsbedömning ska tillämpas, som medför att dominanskriteriet får en självständig ställning av samma slag som i artikel 82 EGF. Tetra Paks dominerande ställning var oomtvistad. Den innebar i sig dock inte konkurrensskada. Särskilt noterbart är att förstainstansen understryker att kommissionen inte får presumera att det dominerande företaget kommer att agera lagstridigt eller i konflikt med tidigare åtaganden.

Förstainstansen är relativt tydlig i sin syn på vilka kriterier som ska vara uppfyllda för tillämpning av koncentrations-förordningen:

(120) ... Conversely, the Commission is bound declare a concentration falling within the scope of application of the Regulation compatible with the common market where the two conditions laid down in that provision are not fulfilled.⁵⁷ If, therefore, a dominant position is not created or strengthened, the transaction must be authorised and there is no need to examine the effects of the transaction on effective competition.⁵⁸

Längre fram i domen bekräftar förstainstansen sin relativt entydiga uppfattning:

⁵⁴ Förstainstansrätten, mål T-5/02, Tetra Laval BV mot EG kommissionen ("Tetra/Sidel"), 25 oktober 2002, [2002] II-04381.

⁵⁵ EG-kommissionen, beslut M.2416, Tetra Laval/Sidel, 30 oktober 2001, C (2001) 3345 final.

⁵⁶ EG-domstolen, mål C-333/94P, Tetra Pak International mot EG-kommissionen ("Tetra Pak II"), 14 november 1996, [1996] REG I-5951.

⁵⁷ Förstainstansen hänvisar till mål T-2/93, Air France mot EG kommissionen, fn. 19, premiss 79 och mål T-102/96, Gencor mot EG kommissionen, fn. 21, premiss 170 samt mål T-342/99, Air Tours mot EG-kommissionen, fn. 46, premiss 58 och 82.

⁵⁸ Se mål T-2/93, Air France mot EG kommissionen, fn. 19, premiser 79.

(146) ... It follows that, without distinction between those types of transactions, a merger can be prohibited only if the two conditions laid down in Article 2(3) are met (see paragraph 120 above). Consequently, a merger having a conglomerate effect must, like any other merger (see paragraph 120 above), be authorised by the Commission if it is not established that it creates or strengthens a dominant position in the common market or in a substantial part of it and that, as a result, effective competition will be significantly impeded.

Som framgår är det inte bara en fråga om att visa att en dominerande ställning föreligger eller kan uppkomma, utan kommissionen förväntas precisera de samhällsskadliga konsekvenser, som kan följa av denna dominans. Än en gång demonstrerar förstainstansen på punkt efter punkt att kommissionens bedömning inte håller för en granskning och beslutet annulleras.

Efter utslaget i *Tetra/Sidel* har ytterligare kommissionsbeslut varit föremål för prövning. I *Lagardère*⁵⁹ prövades accessoriska avtalsvillkor och vilken tillit en sökande kan ha till kommissionens beslut. *Petrolessence*⁶⁰ gällde uppfyllande av villkor i parternas åtaganden i samband med koncentrationsbeslut. *BaByliss*⁶¹ från våren 2003 är däremot av större relevans för att bedöma hur materiella bedömningen enligt koncentrationsförordningen ska genomföras.

BaByliss gäller den koncentration, som ägde rum på marknaden för elektroniska hushållsapparater (allt från friteuser till hårtorkar), som skedde efter att SEB SA förvärvat konkursboet efter Moulinex SA i ett anbudsförfarande mot framför allt BaByliss. Förvärvet hade en gemenskapsdimension med ett stort antal separata produktmarknader och nationella geografiska marknader och godkändes först av kommissionen efter att SEB åtagit sig att licensiera ut viktiga varumärkesrättigheter till fristående parter.

BaByliss överklagade beslutet eftersom åtagandena inte enligt bolagets uppfattning på ett adekvat sätt uppfyllde koncentrationsförordningens krav. Det 450 premisser långa domslutet är en uppvisning i hur formell den europeiska tillämpningen av dominanskriteriet kan bli med ett subtilt vägande av marknadsandelar mot faktorer som portföljmakt och köparmakt. I så motto följer domstolen kommissionens tolkning av vilken typ av

⁵⁹ Förstainstansrätten (tredje avdelningen i utökad sammansättning), mål T-251/00, *Lagardère SCA mot EG kommissionen*, 20 november 2002, [2002] II-4825.

⁶⁰ Förstainstansrätten (femte avdelningen), mål T-342/00, *Petrolessence SA mot EG kommissionen*, 3 april 2003, [2003] II-ä.e.p.

⁶¹ Förstainstansrätten (tredje avdelningen), mål T-114/02, *BaByliss SA mot EG kommissionen*, 3 april 2003, [2003] II-ä.e.p.

bedömning som gäller, men domen utmynnar likväl i att kommissionens bedömning inte varit komplett.

Förstainstansen utgår liksom kommissionen från fyra faktorer i sin bedömning av om marknaden är konkurrensutsatt och ställer följande frågor:

1. Leder koncentrationen till mer än 40% marknadsandel;
2. leder sammanslagningen till en förstärkt effekt (fr. *chevauchement*);
3. hur ser konkurrentbilden ut; och
4. hur förhåller sig den relevanta produktmarknaden till den totala försäljningen och finns det balanserande köparmakt?

I domslutet fokuserar förstainstansen helt på dominanskriteriet och nämner inte möjligheten av en separat skadebedömning. Föreligger dominans förefaller skadan följa som konsekvens. Domslutet visar att kommissionen underlåtit att begära åtaganden i länder där dominanskriteriet var uppfyllt. Inget i domen pekar på att de utpekade länderna skulle behandlas annorlunda än de länder där kommissionen uppställt krav om licensåtaganden. Dominans föreligger därför att marknadsandelarna är höga, konkurrenterna svaga och köparmakten begränsad. Domstolen tar särskild hänsyn till att starka varumärken ger portföljmakt som leder till övervältringseffekter.

BaByliss skiljer sig från 2002 års domar och bygger på en renodlad dominansbedömning. Huruvida en skadebedömning eller en ren SLC-bedömning lett till ett annat resultat är osäkert. Fallet uppvisar dock en provkarta på formella resonemang baserat på marknadsandelsbedömningar.

2003 års revision av koncentrationsförordningen

Kommissionens officiella reaktion på 2002 års bakslag i förstainstansen har varit nyanserad. Generaldirektören menade att kommissionen måste skärpa sin procedur⁶² och höja sin ekonomiska kompetens. Efter förnyad prövning har kommissionen godkänt sammanslagningen mellan Tetra och

⁶² Philip Lowe, generaldirektör för kommissionens GD konkurrens, har bekräftat (*Financial Times*, 12 april 2003) att Merger Task Force läggs ned i maj 2004. Enheterna med ansvar för media och telekommunikation tar hand om koncentrationsärenden inom dessa sektorer. En ny enhet får ansvar för fördelningen av ärenden och samarbetet mellan de andra enheterna inom GD konkurrens.

Sidel,⁶³ men samtidigt överklagat förstainstansens dom så vitt avser den hårda bevisbörda som domstolen lagt på kommissionen.⁶⁴ Frågan förefaller gälla vilken standard som ska tillämpas. Kommissionen vill sannolikt hävda att dess bedömning inte ska ifrågasättas om motparten inte kan styrka att det är en ”uppenbart orimlig bedömning” medan förstainstansen satt beviskraven högre och begär att kommissionen skall styrka sina påståenden. Tetra Laval får således åter igen driva rättspraxis i konkurrensärenden och liksom tidigare⁶⁵ i ett ärende som enbart har principiell betydelse.

Mer pikant är att Air Tours redan stämt kommissionen och att Schneider, som tvingades avbryta sitt samgående med Legrand, meddelat att företaget avser att stämma kommissionen på skadestånd.⁶⁶

I det i januari 2003 framlagda förslaget till revision av fusionsförordningen bekräftas också att kommissionen avser att öka sin ekonomiska expertis och säkra en skyndsam och noggrann handläggning av fusionsärenden.⁶⁷ Kommissionen har därtill utfärdat anvisningar för hur den kommer att bedöma horisontell koncentration.⁶⁸

⁶³ Se pressmeddelande IP/03/36, 14 januari 2003, Commission clears acquisition of Sidel by Tetra Laval Group.

⁶⁴ Se pressmeddelande IP/02/1952, 20 december 2002, Commission appeals CFI ruling on Tetra Laval/Sidel to the ECJ. Kommissionen yrkar i målet att EG-domstolen skall upphäva förstainstansrättens dom på huvudsakligen två grunder: felaktig rättstillämpning avseende normerna för beviskrav och domstolsprövning. Den norm för domstolsprövning som anfördes av förstainstansrätten är enligt kommissionen själv motsägande och strider dessutom mot såväl artikel 230 EG som artikel 2 i koncentrationsförordningen. Förstainstansrätten har vidare överträtt sin kompetens genom att ge tolkningsalternativ. Förstainstansrättens ska granska kommissionens administrativa beslut i syfte att utreda fakta- och analysfel. Dessutom strider förstainstansrättens tolkning mot likabehandlingsprincipen och oskyldighetspresumtionen..

⁶⁵ Förstainstansrätten, mål T-51/89, (”Tetra Pak-BTG License”) Tetra Pak Rausing SA mot EG-kommissionen, 10 juli 1990, [1990] REG II-309.

⁶⁶ Schneider meddelade i början av december att företaget ger upp sitt försök att förvärva Legrand trots att man kontrollerade 98,5% av aktierna och att dessa kommer att säljas enligt Financial Times, 3 december 2002. I januari meddelade Schneider att man i stället kommer att stämma kommissionen på skadestånd på runt 10 miljarder kronor (Financial Times 16 januari 2003. Se sammanfattning av överklagande i mål T-48/03, EGT 2003 C 101/42, som dock är en ogiltighetstalan av kommissionens beslut att inleda förnyad undersökning respektive avskriva ärendet efter att Schneider meddelat att Legrand avyttrats.

⁶⁷ EG-kommissionens förslag till rådets av den 20 januari 2003 av förordning om kontroll av företagskoncentrationer, KOM(2002) 711 slutlig, EGT 2003 C 20/4.

⁶⁸ Utkast till EG-kommissionens tillkännagivande om bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, Bryssel den 11 december 2002, KOM(2002).

Utkastet till den reviderade koncentrationsförordning klargör att kommissionen kvarstår vid att dominstestet ska styra den europeiska bedömningen av koncentrationer också i framtiden. För att precisera bedömningen föreslår kommissionen att en särskild definition ska införas. I ett tillägg till artikel 2 ges i stycke 2 en ny definition av begreppet dominerande ställning:

Vid tillämpningen av denna förordning skall ett eller flera företag anses ha en dominerande ställning om de med eller utan samordning har ekonomisk styrka att märkbart och varaktigt påverka konkurrensparametrarna, särskilt priser, produktion, produktionskvalitet, distribution eller innovation eller att märkbart avskärma konkurrensen.

Kommissionen påstår att preciseringen i artikel 2.2 skapar ökad klarhet och att definitionen ligger nära EG-domstolens definition av dominerande ställning enligt artikel 82 EGF, men att avsikten är att tydligare fokusera på ekonomiska verkningar. Kommissionen tillägger i punkt 57 i motiveringen att

Detta tillvägagångssätt har den ytterligare fördelen att det inte kopplar den dominerande ställningen enligt koncentrationsförordningen till eventuella framtida tolkningar som EG-domstolen kan komma att göra i fråga om begreppet dominerande ställning i artikel 82 i fördraget.

De två argumenten – att definitionen överensstämmer med tolkningen av Artikel 82 EGF och att tolkningen är frikopplad från bedömningen i artikel 82 - förefaller inbördes motstridiga. Tillägget kan inte rimligen på en gång innebära en närmare koppling till dominanskriteriet i artikel 82 i fördraget samtidigt som det klargörs att begreppen har olika innehåll. Framför allt är det svårt att inse att det ligger en fördel i att samma begrepp ges olika innebörd beroende på sammanhanget.⁶⁹ Kommissionen menar att begreppet kommer att få ytterligare precisering i de tillämpningsanvisningar som förbereds och som kommissionen själv styr över. Inte heller det förefaller att vara en övertygande lösning. En så central fråga för förordningens tillämpning ska inte styras av tillämpningsanvisningar, utan ha sin plats i själva förordningen.

Ser man till hittillsvarande rättspraxis rörande innebörden av själva dominansen förklarade förstainstansen i *Gencor* sin syn på begreppet dominerande ställning med hänvisning till EG-domstolens preciseringar i

⁶⁹ I andra sammanhang är kommissionen mer noggrann med att begreppsapparaten ska bli enhetlig. Se t.ex. Kommissionens riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande i enlighet med gemenskapens regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, EGT 2002/C 165/6, punkt 70 ff.. Kommissionen laborerar med begreppet betydande inflytande på marknaden, men framhåller samtidigt att begreppet har samma innebörd som dominanskriteriet och ska tolkas i överensstämmelse med den praxis som utvecklas i anslutning till det senare begreppet.

missbruksärenden.⁷⁰ I *Endemol* framhöll dock förstainstansen att standarden var en överlägsen marknadsstyrka.⁷¹ Domstolspraxis kan därför inte sägas utesluta eller ens förespråka den ena standarden framför den andra. Däremot kan det finnas anledning att om standarden i koncentrationsärenden ska avvika från den som tillämpats i missbruksärenden att klargöra detta genom att uttryckligen använda en annan begreppsapparat. Varför tala om ”dominans” om avsikten är en annan – t.ex. ”överlägsen marknadsstyrka”.

Kommissionen tonar i kommentarer ned skillnader mellan en dominansbedömning och SLC-testet och menar att de bägge bedömningssätten leder till likartade resultat.⁷² Avgörande är hur dominanskriteriet tolkas:

”Resultatet av dominanstestet och ”SLC-testet” har i stor utsträckning sammanfallit och dominanstestet har visat sig vara ett instrument som kan anpassas till en lång rad olika situationer där marknadsinflytande föreligger. Det bör också noteras att EG-domstolen inte uttryckligen har uttalat sig om, och därmed inte uttryckligen uteslutit, möjligheten att använda dominanstestet vid bedömningen av effekterna av koncentrationer i (icke samordnade) oligopol där inga företag är betydligt större än de andra.”⁷³

Definitionen omfattar ensamdominans, vilket hittills varit huvudföremålet för koncentrationsbedömningar. Med tillägget fångas även kollektiv dominans uttryckligen in. Det spelar härvid ingen roll om den dominerande ställningen är en följd av direkt samordning eller uppstått på annat sätt. Förslaget förefaller även i denna del att vara i linje med senare tids rättspraxis.

Den invävda nyheten ligger i hur den substantiella bedömningen ska göras. Det av kommissionen föreslagna riktmärket är om företag ensamt eller tillsammans har ekonomisk styrka att märkbart och varaktigt påverka konkurrensparametrarna. Frågan är inte längre om företaget kan agera oberoende av sina konkurrenter och avnämare.⁷⁴ Den föreslagna formuleringen är vag och lämnar stort spelrum för myndighetens

⁷⁰ Mål T-102/96, *Gencor mot EG-kommissionen*, fn. 21, premises 205: a position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, already because of this, secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position (*Hoffmann-La Roche*, paragraph 41).

⁷¹ Mål T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV mot EG-kommissionen*, fn. 30, premiss 136 “a position far superior to that of its competitors”.

⁷² Ryan, S.A., *Reform of the EU Merger Control System – a comprehensive package of proposals*, Competition Policy Newsletter 2003:1 s. 9-13, 10.

⁷³ EG-kommissionens förslag, fn. 67, motiveringens punkt 54.

⁷⁴ EG-domstolen, mål 27/76, *United Brands Co mot EG-kommissionen*, 14 februari 1978, [1978] REG 207 och mål 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot EG-kommission*, 13 februari 1979, [1979] REG 461.

diskretionära prövning. Det är en betydligt lägre standard än som tillämpats i anslutning till artikel 82. Hänvisningen till att ”märkbart” påverka konkurrensparametrarna för närmast tanken till *de minimis*-standarden i anslutning till artikel 81, som ger lägsta krav för att gemenskapen ska ingripa mot en samverkan. Möjligen skulle preciseringen kunna översättas med ”marknadsmakt” och är i så fall lägre än den ”överlägsna marknadsmakt” som förstainstansen krävde i *Endermol*.⁷⁵

Kommentarer från Europaparlamentets utskott antyder att man vill se förändringar i utkastet innan det kan antas. Den ekonomiska och monetära kommittén föreslår att definitionen i artikel 2 ska klargöra att dominansen ska vara ett resultat av koncentrationen och innebära ett substantiellt snarare än märkbart inflytande över konkurrensen.⁷⁶ Skälen för dessa förslag anges vara:

One of the aims of the current review of the Regulation is to enhance legal certainty. However, the present Article 2(2) extends the concept of dominance in terms which may have a more extensive and more unpredictable impact on merger processes than is currently the case. The limits of the proposed concept should therefore be defined, not least in view of the opportunities offered by the case law of the Court of Justice. The aim should therefore be to demonstrate a direct link between the concentration and its substantial effects on the parameters of competition and that the impact on the market is decidedly anti-competitive. If these effects constitute a significant obstacle to competition in the common market, the concentration may be declared incompatible with the common market within the meaning of Article 2(4). It also avoids the ambiguity of saying that a position is ‘deemed to be’ dominant.

Legala kommittén är än mer drastisk och föreslår att definitionen ska överensstämma med hur dominansbegreppet tolkats i rättspraxis i anslutning till artikel 82 EGF.

2. One or more undertakings shall be deemed to be in a dominant position if *they are able to operate as if they did not have competitors on the market*.

Ett problem med den nya definitionen i artikel 2.2 förefaller vara att lagtexten omfattar ensamdominans och sänker standarden för ingrepp från dominans till marknadsmakt. Lagtexten skiljer sig från de allmänna resonemang kommissionen för när den hävdar att skillnaden inte är så stor mellan dominans- och SLC-test.

⁷⁵ Mål T-221/95, Endemol Entertainment Holding BV mot EG-kommissionen, fn. 30, premiss 136.

⁷⁶ EUROPEAN PARLIAMENT, Committee on Economic and Monetary Affairs, PROVISIONAL DRAFT REPORT on the proposal for a Council regulation on the control of concentrations between undertakings: "The EC Merger Regulation, 18 June 2003, (COM(2002) 711 – C5-0005/2003 – 2002/0296(CNS))

En lägre standard för den strukturella bedömningen skulle kunna accepteras om kraven på att myndigheten ska visa konkurrensskada med dynamiska ekonomiska modeller ökar. Det andra ledet i artikel 2.2 klargör konkurrensparametrarna särskilt avser ”priser, produktion, produktionskvalitet, distribution eller innovation eller att märkbart avskärma konkurrensen”. Formuleringen kan tolkas som att kommissionen måste visa hur konkurrensen påverkas och precisera konkurrensskadan. Det finns dock skäl att detta kommer till ett klarare uttryck för att domstolarna ska få en verklig möjlighet att pröva kommissionens ingrepp materiellt. Att höja ribban från ”märkbar” till ”substantiell” inverkan är en första rimlig åtgärd, som gör att kraven på kommissionen kommer att ställas högre. Det svenska konkurrensverket har i olika förvärvssimuleringar visat att kvantitativa metoder baserat på ekonomisk analys mycket väl kan användas för att utvärdera effekterna av ett förvärv.⁷⁷ Med dessa metoder kan myndigheten uppskatta de förändringar av pris, kvantitet och vinst som en koncentration kan medföra för marknadsaktörerna. Den exakta innebörden av begrepp som märkbar eller substantiell måste dock sannolikt få växa fram i rättspraxis.

Effektivitetsvinster

I princip är det så att en koncentration som uppfyller dominans- och skadekriterierna i koncentrationsförordningen ska förbjudas.⁷⁸ Samtidigt kan transaktionen medföra positiva effekter,⁷⁹ som måste lyftas fram vid bedömningen. Så snart dessa effektivitetsvinster är större än de negativa effekterna borde koncentrationen tillåtas. Frågan är dock hur denna bedömning görs; sker värderingen mot konsumentnyttan (USA) eller en total välfärdsbedömning (Canada) eller bara som en bedömning bland många andra.

I EU har svaret varit oklart under 1989 års förordning, som inte innehåller något uttryckligt undantag för positiva effekter. Förstainstansrätten har i sin rättspraxis i andra sammanhang framhållit att

⁷⁷ Konkurrensverket (avdelningen för ekonomisk analys), Rapport 64/2001, Förvärvssimulering – ett metodprojekt, 31 januari 2003.

⁷⁸ Brittan, L., *The Principles and practice of merger policy in the EC*, CEPS, Brussels 1990, s.2.

⁷⁹ En lista på positiva effekter ges i rapport från LECG, fn. 45, s. 8: t.ex. economics of scale, lower shipping costs, new product development, joint production and marketing capabilities, improved capacity utilization, rationalization, specialization of production, technology sharing, expanded research.

kommissionen ska balansera olika effekter mot varandra innan den gör en bedömning:

39. Artikel 2.1 b i förordning nr 4064/89 föreskriver att kommissionen skall göra en bedömning beträffande andra aspekter av den berörda koncentrationsåtgärden än rent konkurrensmässiga, en bedömning som vid behov kan ta upp överväganden av social natur, vilket bekräftas i det trettonde övervägandet till denna förordning, vilket uttalar att "kommissionen vid sin bedömning (skall) ta fasta på förverkligandet av de grundläggande mål som anges i fördragets artikel 2, däri inbegripet stärkandet av gemenskapens ekonomiska och sociala samhörighet enligt artikel 130a". ...⁸⁰

Kommissionens horisontella anvisningar tar upp problematiken mot bakgrund av artikel 2.1.b i koncentrationsförordningen och klargör att effektivitetsvinster ska beaktas eftersom hänsyn ska tas till ekonomiskt framåtskridande. Utgångspunkten är fortfarande att konkurrensproblem framstår som sannolika när en koncentration leder till eller förstärker en överlägsen marknadsstyrka eller begränsningen sker på en oligopolistisk marknad eller samgåendet förstärker risken för samordning mellan konkurrerande företag. Risken begränsas dock om det saknas inträdesbarriärer på den relevanta marknaden, när köparmakten är betydande eller det inte finns alternativ till koncentrationen. Bevisbördan för effektivitetsvinster läggs dock på de inblandade företagen, som måste visa att dessa är betydande. Eftersom parterna har kunskapen om dessa vinster

p. 95 ... åligger det de anmälade parterna att inom lämplig tid lämna all relevant information som är nödvändig för att visa att koncentrationen har specifika effektivitetsfrämjande verkningar som är betydande, snabbt kan förverkligas samt går att bestyrka. På motsvarande sätt åligger det de anmälade parterna att lägga fram de bevis som behövs för att visa varför effektivitetsvinsterna kommer att motverka eventuella negativa verkningar på konkurrensen som koncentrationen annars skulle ge upphov till och därmed direkt gynna konsumenterna.

Kravet på parterna är att de visar att vinsterna når konsumenterna i en eller annan form och vinsten avser samma marknad och är betydande och dessutom uppstår inom rimlig tid, kan verifieras och är specifika för sammanslagningen.⁸¹ Någon plats i det reviderade förordningsförslaget har dock inte dessa tankar fått, utan man är hänvisad till kommissionens tillämpningsanvisningar.⁸² Ingenstans uttrycks att effektivitetsvinster omfattas av en officialprövning eller att kommissionen har annan skyldighet att ta hänsyn till påståenden som görs av parterna. Kommissionen kan

⁸⁰ Förstainstansrätten, mål T-12/93, Vittel, 27 april 1995, [1995] ECR II-1247.

⁸¹ Ryan, S.A., fn. 72, s. 10.

⁸² Effektivitetsvinsterna är en så viktig del av koncentrationsproblematiken att det vore rimligt att denna bedömning preciseras direkt i förordningen. Se även Bernitz/Gatu, fn. 13, s. 26.

förväntas ställa långtgående krav på att sådana vinster är verkliga och substantiella. Parterna måste dessutom kunna visa att de uppkommer inom rimlig tid såsom en direkt följd av sammanslagningen och att de inte skulle kunna ha uppnåtts även utan koncentrationen.

Kommentar

Den förda diskussionen kan sammanfattas på följande sätt:

- Utgångspunkten för laglighetsöverväganden i koncentrations-sammanhang är att sammanslagningar och förändringar i industrin är en naturlig del i en dynamisk process, som myndigheterna endast med stor försiktighet ska lägga sig i;
- I EU har ingrepp byggt på att dominerande ställning uppkommer eller förstärks. Utöver dominansen förefaller förstainstansen ställa höga krav på att konkurrensskada preciseras och styrks av kommissionen och därmed blir skillnaden mot SLC-testet begränsad;
- Det ensamma företaget med marknadsmakt kan vara dominant. Marknadsmakten kan vara en följd av s.k. portföljdominans eller särskild styrka på angränsande marknader. Dominansen kan även omfatta flera företag kollektivt om speciella förutsättningar uppfyllts;
- Den dominerande ställningen ska omedelbart eller prospektivt – inom en två till tre-årsperiod – föranleda konkurrensskada som innebär att konkurrensen hämmas.
- Det åligger kommissionen att visa att koncentrationen leder till eller förstärker en dominerande ställning och konkurrensskada. Är endera rekvisitet inte uppfyllt ska koncentrationen godkännas.
- Det nya förordningsutkastet sänker den substantiella prövningsstandarden från dominans till märkbar inverkan på konkurrensen.
- Om kraven på dominerande ställning sätts lägre än i artikel 82 i fördraget finns det anledning att kräva att kraven på visad skada skärps. Dominans i sig innebär under sådana förhållanden inte ett automatiskt uttalande om konkurrensskada.
- Kommissionen kommer att i tillämpningsanvisningar precisera sin syn på vad som är en konkurrensskada, men ytterst måste frågan avgöras genom en successiv precisering i domstolspraxis;

- Företagen har att uppmärksamma kommissionen på ev. effektivitetsvinster, men det kan finnas anledning att kräva att kommissionen *ex officio* konstaterar förekomsten av sådana vinster (officialprövning).
- Leder en prövning av konkurrensskadan ställd mot effektivitetsvinster inte till att koncentrationen kan godkännas måste företaget visa att särskilda skäl – t.ex. failing company defense – kan åberopas eller så måste företagen göra åtaganden som upphäver de negativa effekterna.

Det är först när man ser hela bilden av kommissionens beslut i enskilda ärenden och dess förslag till förändringar av gällande regelsystem som risken för obalans framgår. Det vore besvärande om kommissionen bara behöver styrka marknadsmakt för att konkurrensskadan automatiskt ska anses för handen. Snäva avgränsningar av produktmarknad och geografisk marknad skulle göra uppgiften enkel. Kopplat med det tolkningsföreträde, som domstolarna beviljar myndigheten, skulle industrin försättas i ett utsatt läge med krav på att styrka att effektivitetsvinster uppkommer, som uppväger skadan.

Revisionen av koncentrationsförordningen leder inte till några avgörande förändringar i den substantiella bedömningen. Dominanskriteriet bibehålls och den nya definitionen av dominans kan knappast sägas bidra till ökad klarhet. Kommissionen avvisar formellt tillämpning av det bredare amerikanska kriteriet om ”substantial lessening of competition”.

Frågan är dock hur stor skillnaden är. Kommissionen hävdar att skillnaden inte ska överdrivas. Allt hänger på hur praxis utvecklas. Ekonomerna förefaller tämligen ense om att det är inverkan på konkurrensen som bör vara avgörande. Huruvida det är konsumentens eller konkurrenternas intressen eller den sammanvägda välfärdseffekten som ska sättas i förgrunden diskuteras. Från en juridisk utgångspunkt finns det dock all anledning att kräva att de kriterier, som styr processen blir så tydligt fastlagda som det alls är möjligt. Rättssäkerheten kräver att parterna kan bedöma kommissionens argumentering och att domstolarna får klara parametrar mot vilka de ska mäta kommissionens värderingar.

Mot bakgrund av den förda diskussionen kan det finnas anledning att överväga följande åtgärder:

- Dominanskriteriet och skaderekvisitet är två fundamentala element vid prövning av om en koncentration ska tillåtas eller inte. Bägge måste tydligt lyftas fram i koncentrationsanalysen. Ju starkare marknadsmakten är desto lägre krav kan ställas på bevisning av konkurrensskadan och omvänt när marknadsinflytandet är lägre måste kraven på bevisning av

konkurrensskadan ställas högre. Denna avvägning bör avspeglas direkt i förordningstexten;

- Begreppet dominans i koncentrationsförordningen har inte nödvändigtvis en koppling till motsvarande begrepp i artikel 82. Det senare avser en *ex post* bedömning medan koncentrationsförordningen arbetar med en komplicerad *ex ante* förutsägelse om framtiden. Det finns därför i koncentrationssammanhang skäl att laborera med begreppet ”marknadsmakt” i någon form i stället för begreppet ”dominans” för att markera skillnaden;
- Omfattningen av kommissionens diskretion måste preciseras. Utgångspunkten bör vara att en fortgående koncentration överensstämmer med en dynamisk marknad. Det måste därför ligga på kommissionen att styrka att det finns anledning att stoppa en sammanslagning och att detta sker i sådana former att den materiella bedömningen kan bli föremål för överprövning i en rättslig process. Den närmare innebörden måste dock växa fram i en fortlöpande praxis;
- Även om en sammanslagning har märkbart/substantiellt negativa effekter måste effektivitetsvinsterna vägas mot de negativa effekterna. Det bör framgå av själva förordningstexten att denna viktiga parameter är en integrerad del i processen. Parterna har förvisso en tung roll att spela när det gäller att visa effektivitetsvinster, men med tanke på att koncentrationen i sig inte ska betraktas med negativa ögon finns det anledning att kräva att myndigheten också aktivt prövar om sådana fördelar kan föreligga.

Med dessa konklusioner och förslag till förändringar blir skillnaden mellan europeiskt och amerikanskt synsätt närmast försumbar. Möjligen kommer det europeiska angreppssättet sikta till att skydda välfärd i allmänhet medan den amerikanska inställningen helt fokuserar på konsumentnyttan och i princip vad som händer med priset. I övrigt är dock samstämmigheten stor. Koncentrationer, som leder till absolut marknadsmakt, kommer att angripas med stöd av enklare ekonomisk teori. Koncentrationer där marknadsmakten är försumbart låg kan likaså hanteras utan fördjupade överväganden. I ett mellanläge krävs både att själva marknadsmakten preciseras och att den eventuella skadan kartläggs och vägs mot de fördelar som koncentrationen kan uppvisa. Här borde tillvägagångssättet i USA och EU komma att ligga nära varandra och förhindra friktioner av den typ som de senaste åren visat prov på.

Den oro som man möjligen kan känna är att kommissionen alltför bestämt vill värna om sin diskretionära prövningsrätt. Preciseringar i

förordningstexten kan vara ett sätt att komma runt dessa farhågor. Visar sig dessa inte räcka måste proceduren ifrågasättas. Kommissionens uppgift borde eventuellt begränsas till att utreda och för talan, medan det slutliga beslutet överlämnas till en fristående domstol i ett kontradiktoriskt förfarande. En sådan lösning skulle möjliggöra för företagen att framföra sina synpunkter inför ett neutralt organ. Sådant är såväl det svenska som det amerikanska systemet. På gemenskapsplanet kräver dock en sådan förändring en fördragsförändring och är därmed en omfattande procedur.

Kommissionen vill att den nya förordningen ska vara i kraft i samband med EU:s utvidgning. Det är bara att hoppas att överklagandet av *Tetra/Sidel* till EG-domstolen och förstainstansens kommande bedömning av *GE/Honeywell* föreligger i god tid före denna tidpunkt och att utslagen ger tydliga signaler för det fortsatta lagstiftningsarbetet.