

**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 ÄRENDEN	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 ÄRENDEN	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 nyttan 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 (statistiksamarbete i petroleumbranschen), Sydved (inköps- och försäljningssamarbete inom skogsbranschen), Södra (försäljnings- och distributionssamarbete 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 förbuden. Ekonomisk teori underlättar förståelsen när frågeställningarna är komplicerade och empirisk analys är vägledande när det gäller de kvantitativa effekterna av konkurrensbegränsande förfaranden.

Hur stor vikt avancerad ekonomisk analys tillmäts varierar mellan ärendena. Faktorer som gör avancerad ekonomisk analys särskilt gångbar är att den tillämpas på det konkreta fallet, att den kompletteras med en ordentlig utredning av de faktiska omständigheterna på den relevanta marknaden, att den presenteras på ett lättförståeligt sätt såväl skriftligt som muntligt i domstol, samt att den utförs av ekonomer med relevant specialkompetens. Ekonomens kompetens, inte vilken part denne företräder, har störst betydelse för trovärdigheten av den ekonomiska analysen som presenteras. Även ekonomisk analys som inte nyttjar teoretiska och ekonometriska modeller är särskilt gångbara som bevisning om den utförts av kvalificerade ekonomer. Slutligen är EG-praxis i frågor som rör marknadsspecifika förhållanden mindre tillämplig, vilket skapar ett särskilt utrymme för avancerad ekonomisk analys.

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 Bakgrund¹

Ekonomisk analys får en allt större betydelse för konkurrensrättsliga 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 konkurrensrättsliga 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.

Denna utveckling är både naturlig och önskvärd. Konkurrensreglernas utformning baseras på erfarenheter om hur konkurrensen på olika marknader fungerar samt vilka strategier som företagen väljer för att tillförsäkra sig lönsamhet och tillväxt. Flera centrala begrepp såsom konkurrens, monopol, oligopol, inträdesbarriärer utgör begrepp som inte härstammar från juridiken, utan från ekonomin. Därför kan tillämpningen av konkurrenslagen inte göras utan hänsyn till ekonomin. Ekonomisk forskning, särskilt den disciplin som benämns industriell ekonomi eller industriell organisation, har varit betydelsefull för förståelsen kring dessa fenomen och utformningen av konkurrensreglerna. Ämnesfältet hade sin största expansion under 80- och 90-talet i och med utvecklingen av spelteorin som var speciellt lämpad för att studera företagens strategier på olika marknader. Analysverktygen var mer avancerade än de som dittills användes för att studera marknadens funktionssätt, nämligen i huvudsak fallstudier av enskilda industrier. En annan viktig förklaring till att avancerad ekonomisk analys används allt mer frekvent är tillgången till bra och detaljerade marknadsdata samt kraftfulla datorer och dataprogram som gör det möjligt att snabbt utföra omfattande beräkningar.

Trots att möjligheterna att använda avancerad ekonomisk analys i konkurrensrättsliga 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 ovärderlig hjälp och synpunkter i frågor som rört konkurrenslagens utformning och tillämpning.

Men även ämnet ekonomi i sig sätter gränser för dess tillämplighet i konkurrensrättsliga ärenden. Ekonomisk forskning erbjuder en uppsjö av olika teoretiska modeller och valet av modell för att beskriva en speciell marknad eller företeelse är inte självklart på något sätt. Här är det lätt att inse att ekonomer kommer att ha olika syn på vilken teoretisk modell som bäst lämpar sig för det speciella fallet. Likaså kan olika resultat från ekonometriska analyser² lätt fås genom att man t.ex. tillför eller tar bort förklaringsfaktorer eller justerar datamaterialet på ett sätt som verkar rimligt, men som medför att centrala slutsatser ändras, eller åtminstone resulterar i att tvivel skapas.

Ett illustrativt exempel på tveksamheterna kring att använda avancerad ekonomisk analys i konkurrensrättsliga 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.³

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 konkurrensskadeavgift 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 rekvisitet relevant marknad i koncentrationsärenden, men även i ärenden rörande konkurrensbegränsande samarbete och missbruksärenden, varför även avancerad ekonomisk analys i koncentrationsärenden kommer att studeras.

Ekonomisk analys är en central del av en konkurrensrättslig utredning. Sådan krävs för att kunna avgränsa relevanta marknader, fastställa om missbruk eller samarbete förekommer samt utröna vilken effekt dessa förfaranden har på konkurrensen och konsumenternas nytta. Denna ekonomiska analys kan vara mer eller mindre avancerad, dvs. i olika grad utnyttja teoretiska och/eller ekonometriska modeller. Gränsdragningen för vad som skall betecknas som avancerad ekonomisk analys är naturligtvis godtycklig. I denna rapport definieras avancerad ekonomisk analys (i fortsättningen med förkortningen AEA) som analys baserad på teoretiska eller ekonometriska modeller hämtade från i första hand ämnesfältet industriell ekonomi och organisation.⁴ Exempel på teoretiska modeller är Cournot- och Bertrandmodellerna. Det är på inget sätt ett krav att avancerad ekonomisk analys skall ingå i en konkurrensrättslig bedömning, däremot kan den utgöra ett betydande stöd i olika delar av en utredning, t.ex. genom att underlätta förståelsen för de centrala mekanismerna på en marknad

⁴ För en generell orientering, se någon av följande textböcker i industriell ekonomi: Carlton, D. och J. Perloff, 2000, *Modern Industrial Organization*, Harper & Collins; Martin, S., 2002, *Advanced Industrial Economics*, Blackwell Publishers; Tirole, J., 1988, *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press; Hay D.A. och D.J. Morris, 1991, *Industrial Economics and Organisation: Theory and Evidence*, Oxford University Press; Sherer F.M. och D. Ross, 1990, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company. För läroböcker med specifik tillämpning på konkurrensområdet, se Philips, L., 1995, *Competition Policy: A Game Theoretic Perspective*, Cambridge University Press; Bishop S. och M. Walker, 1999, *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, Sweet & Maxwell.

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

I begreppet AEA ligger inte automatisk att 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 framhävandet 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 oproblematiske 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 utlåtande som denne fått i uppdrag att utföra av någon av parterna. Ekonomens presentation av utlåtandet, 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 vittnen. 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 få⁶ 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 aktmaterial.⁷ 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,⁸ den högre nivån på den ekonomiska kunskapen hos de amerikanska juristerna,⁹ samt att ekonomiska resonemang med utgångspunkt från AEA ofta finns refererade i domsluten.¹⁰

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 domstolerfarenhet 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 kostsam prenumeration krävs. Aktmaterial från ärenden där konkurrensmyndigheter utgjort part i målen, vilket långt 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.

⁹ Detta framgår av olika juridiska tidskrifter som t.ex. Antitrust Law Journal, Harvard Law Review, Stanford Law Review m.m.

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.¹¹ För varje förbud och dess rekvisit diskuteras också kort på vilket sätt AEA skulle kunna användas till stöd för utredningen.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 förbudet. 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.

¹¹ De delar som avser utformningen och tillämpningen av konkurrenslagen är primärt hämtade från källorna Konkurrenslagen – en handbok, www2.thomsonfakta.se/krp/lpext.dll/infobase2 (Konkurrensverkets intranät), och Carlsson, K., Söderlind, E. och M. Ulriksson, 1999, Konkurrenslagen – en kommentar, Nordstedts Juridik AB, Stockholm.

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.

Utrymmet 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 marknadsutfall som en uttalad kartell, 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 konkurrenter och detta ömsesidiga beroende gör att det kan ligga i företagets intresse att ensidigt hålla höga priser om denna strategi också följs av samtliga. Förutsättningarna för ett, från företagets sida, lyckat parallellt beteende är i stort de samma som för en "lyckad" kartell. 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.¹³ Förutsättningarna för att använda AEA för att visa på avtal eller samordnat förfarande är därför små.¹⁴ 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.¹⁵

Konkurrensbegränsningskriteriet

För att samarbete skall vara förbjudet krävs vidare att avtalet har till syfte att begränsa eller snedvrída 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 att avtalet ger ett konkurrensbegränsande resultat på marknaden. AEA skulle då kunna användas t.ex. genom att man med ekonometriska beräkningar visar att priserna var högre under den tidsperiod samarbetet gällde jämfört med perioder där inget samarbete.¹⁶ Notera dock att det

¹³ Faktum är att ju mer koncentrerad marknaden är och ju färre och homogena företagen och dess produkter är desto mindre blir behoven av att skapa karteller. Sålunda kan man förvänta sig att uppkomsten av karteller sker när antalet konkurrenter är flera och det därför finns ett behov för samordning. Å andra sidan brukar sådana karteller typiskt nog ha svårare att hålla samman, vilket kan utlösa prisrig till nytta för konsumenterna, Baker, J.B., 1993, Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, and contemporary economic theory, *Antitrust Bulletin*, Spring 1993, 143-219.

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 frånvaron av en gemensam plan, att fenomen som förekommer på marknaden inte kan förklaras på ett rationellt sätt annat 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. konkurrenstest, 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 överrensstämmer 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 förvärsärenden.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 fasadmateriäl 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.

¹⁸ För metoder att skatta elasticiteter se Bishop och Walker, kapitel 9. För en genomgång av vilken betydelse olika efterfrågeelasticiteter har i konkurrensanalys, se Werden, G., Demand elasticities in antitrust analysis, *Antitrust Law Journal*, 66, 363-416.

¹⁹ Detta gällde t.ex. förvärsärendena 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/Ilva, Lonhro/Gencor och Guinness/Grand Metropolitan.

²¹ Kommissionen verkar ha förlitat 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.²²

För att utröna om en konkurrensbegränsning är märkbar görs också en kvalitativ bedömning. Denna kompletterar den kvantitativa bedömningen såtillvida att den kan leda till att ett förfarande som uppfyller det kvantitativa märkbarhetskriteriet ändå inte anses märkbart konkurrensbegränsande. En sådan kategori begränsningar är sådana som är objektivt nödvändiga för genomförandet av ett avtal, t.ex. konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelser. En annan kategori är konkurrensbegränsningar som är nödvändiga för att en avtalspart skall våga ta den kommersiella risken att ingå ett avtal, t.ex. ett områdesskydd i samband med att man går in på en ny marknad. En ytterligare kategori är konkurrensbegränsningar som rättfärdigas av objektiva bedömningsgrunder, t.ex. vissa begränsningar i ett selektivt återförsäljarsystem. Visst utrymme för AEA torde även finnas vid bedömningen av kvalitativa aspekter av ett samarbete.

4.2 Missbruk av dominerande ställning (19 § KL)

Ett eller flera företag som har en dominerade ställning på en marknad får inte missbruka denna ställning. Förfaranden på marknaden som är förbjudna, är t.ex. att påtvinga leverantörer eller kunder oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor, begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna, tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner så att vissa handelsparter får en konkurrensnackdel, eller att ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Missbruket kan rikta sig mot konkurrenter eller kunder. Det skall dock påpekas att affärsstrategier som leder till att konkurrensen ökar på marknaden inte kan utgöra ett missbruk. Dominerande företag har självklart rätt att möta konkurrens med nödvändiga medel. Endast i de fall sådana strategier objektivt sätt riskerar att leda till att konkurrensen påverkas i negativ riktning kan man prata om missbruk. Det är vidare inte nödvändigt att den konkurrensbegränsande effekten av ett förfarande har inträffat för att ett missbruk skall anses föreligga.

4.2.1 Rekvisit och utrymmet för AEA

Dominerande ställning

För att förfaranden skall anses utgöra missbruk krävs att ett företag eller en grupp av företag har en dominerande respektive en kollektivt dominerande ställning på marknaden. Dominerande ställning har i EG-domstolens dom i *United Brands*²³ definierats som:

²² För ett svenskt exempel avseende marknaden för körlekationer (ej konkurrensrättsligt ärende) se Asplund, M. och R. Sandin, 1999, Competition in interrelated markets: An empirical study, *International Journal of Industrial Organization*, 17, 353-369.

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 företaget (eller företagens) andel av den relevanta marknaden. Av förarbetena till KL²⁴ 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.

Utrymmet för AEA är särskilt påtagligt vid fastställandet av dominans. Som tidigare nämnts kan ekonometriska metoder användas för att skatta efterfrågeelasticiteter i syfte att avgränsa relevanta marknader. Eftersom marknadsandelar har stor betydelse är avgränsningen av relevant marknad central i missbruksärenden. Ju större marknaden bedöms vara desto mindre blir normalt marknadsandelen och desto mindre sannolikt är det att dominans uppstår. I missbruksärenden läggs det normalt sätt ner mycket stor energi och utredning på att avgränsa den relevanta marknaden av konkurrensmyndigheter och motparterna. Utrymmet för AEA är därför givet här.

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 uttrycker 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

²⁴ Ny konkurrenslagsstiftning, Regeringens proposition 1992/93:56.

²⁵ Werden G. Froeb, L. och T. Tardiff, 1996, The use of the logit model in applied industrial organization, International Journal of Economics and Business, 3 (1), 83-105.

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.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 priskoncentrationsstudier som kan visa om koncentrationen på en marknad är förknippad med marknadsmakt.

Missbruk

Det finns ingen allmängiltig definition eller entydiga kriterier på vad som skall betraktas som ett missbruk. Detta måste utredas i varje enskilt fall. Det finns heller inget märkbarhetsrekvisit, utan detta vägs in i missbruksbedömningen genom en kvalitativ bedömning. Vidare finns inget krav på konkurrensbegränsande syfte eller effekt. Missbruk är enligt EG-praxis en objektiv företeelse som påverkar marknadens struktur i en för konkurrensen negativ riktning. Det är inte nödvändigt att den konkurrensbegränsande effekten av ett missbruk har inträffat för att det skall klassas som ett missbruk. Detta till trots har förfarandets syfte eller resultat ofta en stor betydelse för missbruksbedömningen.

Utrymmet 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 att 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),

²⁶ Metoden kan vara vanskelig 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 Cellphone fallacy" och som härrör sig från ett konkurrensrättsligt ärende i USA.

²⁷ Tekniken går ut på att skatta s.k. CV-parametrar där CV står för "conjectural variation". Parametern visar hur konkurrenterna agerar på ett företags utspel, t.ex. förändringar i priser. För en diskussion om CV, se Martin, S, 2002, *Advanced Industrial Economics*, Blackwell Publishers, och för hur man skattar parametrarna ekonometriskt, se T. Bresnahan, *Empirical studies of industries with market power*, i Schmalensee, R. och R. Willig (ed), *Handbook of Industrial Organization*, Vol II, Elsevier Science Club, 1012-1058.

- att förfarandet inte medför konkurrensbegränsningar 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, produktion 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.

I en undantagsprövning görs en avvägning mellan samarbetets fördelar och nackdelar. De två första villkoren avser positiva effekter av ett samarbete medan de två sista avser negativa effekter. Men även under punkt 8.1 och 8.2 görs en vägning mot de negativa effekterna av ett samarbete. Det betyder att en begäran om undantag kan avslås för att de positiva effekterna vid denna vägning är för små.²⁸ Generellt sett kan sägas att man i undantagsprövningen väger in de samarbetande företagens marknadsmakt i förhållanden till kunder och konkurrenter. Om marknadsmakten är stark anses inte villkoren för undantag vara uppfyllda. Bevisbördan avseende de positiva effekterna ligger på företagen, medan bevisbördan avseende de negativa effekterna på konkurrensen ligger på Konkurrensverket.

Utrymmet för AEA finns under samtliga punkter, men kanske främst när det gäller att bedöma om de samarbetande företagen skall anses ha marknadsmakt eller inte. De metoder som redovisades ovan är åter tillämpliga. Om marknadsmakten 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

Konkurrensskadeavgift kan utdömas när företag bryter mot förbuden i 6 och 19 §§ eller inte följt ett villkor som förenats med ett beslut om undantag. Storleken på konkurrensskadeavgiften kan vara högst fem miljoner eller 10 procent av företagets omsättning. Med omsättning avses hela företagets omsättning utan begränsning till de relevanta marknader som förfarandet rör.

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 förvrängning av konkurrensen på marknaden i fråga.

omfattningen av de skadliga effekterna 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. Bevisbördan 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 Försvärande 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.

³¹ Eftersom många konkurrensrättsliga ärenden i USA uppkommer utan tidigare undersökningar från konkurrensmyndigheterna måste den som lidit konkurrensskada faktiskt bevisa att denna skada är en följd av ett förfarande som är förbjudet enligt de amerikanska konkurrensreglerna och inte en naturlig konkurrens. Detta utgör oftast den största utmaningen för den skadedrabbade, se Wahl, N., 1999 Konkurrensskada, 2000, Elanders Gotab, Stockholm.

5 Konkurrensrättsliga ärenden

Antalet ärenden som utnyttjat AEA och som dessutom varit föremål för svensk domstolsprövning är få. Det rör sig om sex ärenden av vilka majoriteten gäller förfaranden på marknader som faller under förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Det rör sig om en renodlad kartell (bensinkartellen), men främst kända samarbeten som i samband med den nya konkurrenslagens införande i juli 1993 kom att betraktas som tveksamma. Samtliga ärenden utom bensinkartellen redovisas nedan med tonvikt på AEAs gångbarhet som bevisning i de svenska domstolarna.

Varje redovisat ärende följer en viss struktur. Först görs en kort presentation av ärendet och ärendegången. Sedan tas de viktigaste huvudfrågorna i ärendet upp, vilket även inkluderar de frågor som inte var föremål för AEA. Därefter presenteras vilken AEA som gjordes i ärendet och vilket eller vilka rekvisit som var relevanta för ändamålet. Vidare beskrivs översiktligt vilken övrig bevisning som finns i ärendet eftersom detta kan påverka hur mycket man kan utläsa om AEAs betydelse för domstolens beslut. Annan bevisning kan särskilt lyftas fram av domstolen trots att AEA varit gångbar. Innehållet i TR:s och MD:s avgöranden följer därpå med särskild fokus på vad som nämns eller inte nämns om den utförda AEA. Slutligen görs en summering av AEAs betydelse för det specifika ärendet. Denna relativt omfattande genomgång av ärendena är viktig för man skall få en känsla för ärendena och inte minst den roll AEA haft i vart och ett av dessa. Efter genomgången av samtliga ärenden görs en sammanfattande bedömning.

5.1 Svenska Petroleum Institutet (SPI)

Den centrala frågeställningen i detta ärende var huruvida SPI:s månatliga statistik över företagens marknadsandelar skulle anses begränsa konkurrensen på petroleummarknaden genom att underlätta s.k. parallellt 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 stolpriser 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 utgörs 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:

- i) Månadsvis snabbstatistik. Denna bestod av uppgifter om företagens sålda volym och marknadsandelar för produkterna motorbensin, dieselolja och eldningsolja 1. Statistiken rapporterades tillbaka ca två veckor efter varje kalendermånads slut och var därmed i viss mån osäker. Av statistiken kunde varje medlem se hur försäljning och marknadsandelar utvecklades för det egna företaget liksom för dess konkurrenter.
- 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 återigen försäljningsvolymerna 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

I mars 1995 beslutade Konkurrensverket att avslå ansökan om IIB för den företagsspecifika månadsstatistiken och den planerade flygbränslestatistiken eftersom man ansåg att statistiken hade konkurrensbegränsande effekter. Verket menade att statistiken undanröjde osäkerheten om konkurrenternas agerande på marknaden, vilket riskerade att minska intensiteten i konkurrensen och underlätta parallellt beteende. Sådana förutsättningar fanns enligt verket eftersom petroleummarknaderna hade en oligopolistisk struktur och produkterna var homogena. IIB lämnades dock för den statistiken som redovisades i årsberättelsen och som endast gällde uppgifter på årsbasis, samt även för smörjmedelsstatistiken.

SPI överklagade verkets beslut till TR som i december 1998 upphävde Konkurrensverkets beslut. Verket överklagade TR:s dom till MD som i oktober 1999 lämnade överklagan utan bifall.

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 flygbränsleförsäljningen.

³³ Avtalskriteriet var uppfyllt eftersom det rörde sig om ett uttalat samarbete, därav ansökan om IIB.

produkter och distributionsformer. Statistiken syftade till att uppmuntra företagen till ett mer offensivt konkurrenstänkande och sporra företagen att öka sina marknadsandelar på bekostnad av konkurrenterna.

När det gäller konkurrensbegränsningskriteriet anses statistiksamarbete normalt inte kvalificera sig som ett förfarande som har ett konkurrensbegränsande syfte. För att ett syfte skall föreligga krävs att det är helt klart att följderna av ett avtal leder till en konkurrensbegränsning, något som normalt sett endast gäller för avtal om priser och marknadsdelning.³⁴ Huruvida SPI:s statistik gav ett konkurrensbegränsande resultat blev därför den viktigaste knäckfrågan i ärendet. Det var kring detta som AEA kom att användas av såväl verket som motparten.

Märkbarhetskriteriet ansågs av verket vara uppfyllt eftersom samarbetet omfattade samtliga betydelsefulla företag inom de olika petroleummarknaderna, dvs. i princip 100 procent av marknaderna.³⁵

5.1.3 AEA i ärendet

I underlaget för verkets beslut fanns ingen AEA till stöd för att statistiken skulle anses vara potentiellt konkurrensbegränsande. Hänvisning gjordes i stället till principer redovisade i det allmänna rådet (KKVFS 1993:7) som enligt verket kunde omfattas av förbudet i 6 § KL, nämligen aktuell och detaljerad statistik på företagsnivå, vilket det var frågan om i det aktuella fallet. Statistiksamarbetet hade därför enligt verket stort inflytande på företagets beteende på marknaden. Vidare refererades till EG:s rättspraxis för liknande fall, dock utan att nämna något/några specifika fall. Kommissionens rapport ”Seventh Report on Competition Policy” från 1997 där det bland annat angavs att informationsutbyte mellan företag på oligopolmarknader kan underlätta parallellt beteende åberopades också som skäl. Verket förde således en generell diskussion om effekterna av informationsutbyte och implicit samarbete utan att närmare undersöka de faktiska omständigheterna på petroleummarknaden.

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 försäljningsstatistiken inte gav någon ny information på marknaden eftersom prisändringar rapporterades långt före det 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, anlätades 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 Carlsson, 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 oligopolstruktur.

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 marknadsstruktur, 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.

Under handläggningen i MD anlätte verket en ekonomisk expert, ekonomie doktor Björn Segendorf, Handelshögskolan i Stockholm, till stöd för sin ståndpunkt om de potentiellt negativa effekterna av statistiksamarbetet. Segendorfs uppgift var att belysa i vilken utsträckning Ellingsen utredning på ett korrekt sätt återgav resultaten av forskningen på området, samt att utreda om det fanns andra resultat, teoretiska eller empiriska, som talade emot Ellingsens uppfattning. När det gäller tillämpningen av resultaten på petroleummarknaderna efterfrågades en översiktlig bedömning. I sitt yttrande "Statistiksamarbete mellan konkurrerande företag" ansåg Segendorf att Ellingsen på ett korrekt sätt återgett relevanta forskningsresultat. Däremot var han inte enig med Ellingsen när det gällde teoriernas tillämplighet på de olika petroleummarknaderna. Segendorf pekade på förekomsten av rabatter på bensinmarknaden, vilka till skillnad från stolppriserna inte var transparenta. Informationen om rabattnivåer skulle därmed inte nödvändigtvis bli kända för konkurrenterna innan de fick informationen om marknadsandelarna. Statistiksamarbetet kunde där ge extra information och underlätta parallellt beteende.

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,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 företagshemligheter. 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 hänvisningar till förhållandena på bensinmarknaden återgivet av domstolen.

Under TR:s skäl framhölls att statistiksamarbetet uppfyllde avtalskriteriet, att statistiksamarbetet kunde vara oförenligt med KL ifall informationen underlättade medveten parallellism mellan konkurrenter på en oligopolistisk marknad för homogena produkter, vilket petroleummarknaden ostridigt utgjorde ett exempel på.³⁷ Sedan diskuterade TR huruvida statistiksamarbetet var konkurrensbegränsande. Här gjordes en hänvisning till det av SPI angivna syftet med statistiksamarbetet, nämligen att det skulle utgöra ett underlag för självständiga kommersiella beslut i frågor om prissättning, rabattgivning m.m. Vidare förekom en diskussion om vad statistiken 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 skillnaderna mellan företagen beträffande priser, rabatter, kvalitet och service därmed borde vara ringa. Om TR tyckte 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 statistiksamarbetet inte gav någon ny information på marknaden som aktörerna inte redan kände till. TR ansåg att de konkurrensmedel som företagen normalt använde blev kända innan förändringar i försäljningsvolymen visade sig i statistiken, och följaktligen att statistiksamarbetet inte medförde några negativa effekter på konkurrensen.

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

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.

³⁷ Den sista slutsatsen är intressant eftersom det i ärendet vid den tidpunkten inte fanns någon egentlig utredning som visade att petroleummarknaden *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 konkurrensbegränsande 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 tillämplig på SPI-ärendet.

Det faktum att priset och andra konkurrensmedel blir kända före information om försäljningsvolym och marknadsandelar föreligger, togs liksom hos TR till intäkt för att statistiksamarbetet inte begränsade konkurrensen på ett märkbart sätt. I tillägg nämndes dock att statistiken kunde ge företagen ledning i att bedöma verkningarna av marknadsföringsåtgärder. Eftersom statistiken däremot avsåg hela Sverige och konkurrensförhållandena skiljde sig åt mellan regionerna, vilket framkom av ett vittnesförhör, ansåg MD att detta minskade risken för negativa effekter på konkurrensen. 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, som 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 konkurrensen 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 försäljningsvolymerna 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 marknadsförs och därmed blir kända inte bara för kunder utan även för konkurrenter. De konkurrensmedel som ett företag normalt använder torde sålunda upptäckas av övriga medlemsföretag innan förändringar i försäljningsvolymerna visar sig i statistiken. Tingsrätten delar därför SPI:s uppfattning att det inte är

statistiksamarbetet som styr medlemsföretagens konkurrensbeteende eller medför negativa konkurrens effekter.”

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 anført, 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 försäljningsvolymerna visar sig i statistiken.”

Trots att experternas utlåtanden 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 föreliggande fall var det till störst nytta 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 expertutlåtandena utgör en empirisk undersökning av förhållandena på de olika petroleummarknaderna. Inte ens i Konkurrensverkets utredningsuppdrag ställt till Segendorf under handläggningen i MD efterfrågades en genomgående undersökning av de faktiska omständigheterna. Utredarens huvuduppgift var i stället att belysa i vilken utsträckning Ellingsens 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 utlåtande. 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.”

De enda empiriska reflektionerna som förekommer i Ellingsens och Segendorfs utredningar är några fåtal observationer om förhållandena på petroleummarknaden. För att visa på konkurrensbegränsande resultat i KL:s mening är det som tidigare nämnts inte nödvändigt att visa på faktiska resultat. Däremot torde det krävas att man visar att omständigheterna på den specifika marknaden är sådana att konkurrensbegränsande effekter kan förväntas i rimlig grad. Med detta menas att man måste peka på de faktorer och omständigheter på marknaden som gör det sannolikt att konkurrensbegränsande effekter kan uppstå. Det går inte att referera till generella teorier, speciellt om forskningen inte ger entydiga resultat, utan dessa måste tillämpas på det konkreta fallet. Däremot är det inte ett krav att man skall kvantifiera effekterna, t.ex. med hjälp av ekonometrisk analys. Detta kan ofta vara mycket svårt eller i princip omöjligt att göra. De empiriska studierna som efterlystes av Ellingsen torde enligt kraven i KL vara utförda på ett sådant

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 torde (författarens understrykning) upptäckas av de övriga medlemsföretagen innan förändringar i försäljningsvolymerna 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 bägge fallen rörde det sig om samarbeten, men i olika konstellationer och delvis i olika delar av värdekedjan. De olika konstellationerna behandlades därför också olika rent konkurrensrättsligt. 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 cellulosafлис (i fortsättningen flis) i Götaland. Produkterna och marknadsstrukturen var något speciella i dessa ärenden varför en kort beskrivning är motiverad.

Marknadens olika huvudaktörer bestod av skogsägare, sågverk, och pappers- och massaföretag (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

tvärtom. Byteshandel blev därför viktigt för företagen och det uppstod automatiskt ett ömsesidigt beroende. Dessutom fanns ytterligare ett beroende mellan sågverken och skogsbolagen genom att sågverkens produktion gav upphov till biprodukten flis som även denna utgjorde råvara i pappers- och massaproduktionen. Till följd av vertikal integration innebar detta att sågverken både köpte och sålde produkter till skogsbolagen.

Vertikal integration är betydelsefull i branschen och sker av olika anledningar både ”uppströms” och ”nedströms”. Tillförsäkran av råvara är viktigt för de mycket kapitalintensiva pappers- och massaföretagen och dessa är därför i stor utsträckning vertikalt integrerade uppåt. Detta är speciellt påtagligt i Norra Sverige där skogsbolagen äger en stor del av skogen. I Götaland är förhållandena annorlunda eftersom den största delen av skogen ägs av mycket små privata skogsägare. Skogsbolagen samarbetade därför om inköpet av råvaran i Götaland. Sydved var ett sådant exempel.

Skogsägarna i Götaland är vertikalt integrerade nedåt och har egna sågverk och pappers- och massafabriker. Skogsägarna samarbetar också i ekonomiska föreningar om försäljning och distribution av den del av råvarorna som inte går till den egna verksamheten. Södra är ett sådant exempel. Skälen till den vertikala integreringen är bland annat att minska transaktionskostnaderna och att få större avkastning på den egna skogen. Samarbetet och den vertikala integrationen omfördelar vinsterna i skogsektorn och gör att de små skogsägarna erhåller större vinster än vad de annars skulle ha fått.

5.2.1 Ärendet

Ärendet Sydved gällde ett samarbete mellan företagen Stora Skog, MoDo och Munksjö avseende bland annat inköp av massaved, flis och sågtimmer samt försäljning av sågtimmer. Inköpen av massaved och flis gjordes för företagets egen pappersmassaproduktion och omfattade stora värden. Samarbetet bedrevs i det gemensamt ägda joint venture-bolaget Sydved. I december 1993 inkom företagen med en gemensam ansökan om i första hand IIB och, om detta inte beviljades av Konkurrensverket, i andra hand ett undantag. I juni 1996 beslutade verket att avslå ansökan om IIB samt att inte bevilja undantag. Huvudskälet till detta var enligt verket att samarbetet undanröjde konkurrensen mellan ägarna om att köpa råvarorna massaved, sågtimmer och flis och att sälja sågtimmer. De positiva effekterna av samarbetet ansågs för små och dessutom inte komma konsumenterna till godo i skälig omfattning.

Sydved överklagade beslutet till TR som i januari 1998 ej biföll överklagandet. Dock beviljades ett s.k. avvecklingsundantag på ett år - något som även verket föreslagit - eftersom man ansåg att det skulle vara för kostsamt att omedelbart förbjuda verksamheten. TR:s beslut överklagades till MD som i december 1998 dock fastställde beslutet.

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 Götaland 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 betraktas 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.

Sydved menade vidare att samarbetet inte hade ett konkurrensbegränsande syfte eller resultat utan att samarbetet tillkommit för att skapa en motvikt till skogsägarna och därigenom sänka kostnaderna för råvaran. Detta var viktigt för företagets konkurrenskraft avseende pappers- och kartongprodukter på världsmarknaden. Sydved hade, till skillnad från i norra Sverige, endast en begränsad andel skog i Götaland, vilket enligt Sydved motiverade ett samarbete.

Konkurrensverket ansåg dock att samarbetet i Sydved begränsade företagets inbördes konkurrens om inköp av råvarorna. Detta gällde särskilt under lågkonjunkturer när efterfrågan från Södra, som hade egen pappers- och massaproduktion, endast täckte dess egna medlemmars skogsinnehav och därmed lämnade oberoende skogsägare i händerna på Sydved. Vidare menade verket att samarbetet begränsade inbördes konkurrens om försäljningen av sågtimmer till sågverken genom att man tillämpade samma priser. Slutligen fanns det en risk för en begränsad konkurrens avseende skogsbolagens slutprodukter, delvis som en följd av att företagen fick en insikt i varandras kostnadsstruktur tack vare samarbetet i Sydved. Detta gjorde det möjligt för företagen att samordna priserna på slutprodukterna.

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 ledde 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 virkesanskaffning. 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 konkurrensbegränsande 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

Under punkten 8.3 menade verket att samarbetsavtalet inom Sydved var för långtgående för att uppnå de fördelar som företagen gjorde gällande. Företagen ansågs vara tillräckligt stora för att själva effektivt kunna ombesörja behovet av råvaran. Företagen kunde vidare utnyttja varandra på ett likvärdigt men mindre organiserat sätt. Sydved å andra sidan menade att disciplin fordrades för att effektivitet skulle uppnås, vilket var viktigt för att upprätthålla konkurrenskraften på världsmarknaden.

Under punkten 8.4 refererade verket tillbaka till det som tidigare sagts under konkurrens- och märkbarhetskriteriet, framför allt företagen marknadsställning. Man pekade särskilt på att skogsägarna köpte massaved och skogstimmer av sina egna medlemmar medan Sydved köpte råvaran från oorganiserade skogsägare och att en motvikt därmed inte krävdes. Sydved pekade åter på syftet med samarbetet nämligen att skapa en motvikt till skogsägarna för att erhålla lägre priser.

5.2.3 AEA i ärendet

I Sydvedärendet förekom några rapporter där AEA utfördes, varav två centrala var skrivna av fil. dr. Mats Bergman vid Umeå universitet.³⁹ Den första rapporten⁴⁰ handlade generellt om konsekvenserna för de olika samarbetskonstellationerna inom skogsnäringen av den då nyligen införda konkurrenslagen. Viktiga slutsatser i den rapporten var att:

- Starkare inköpskonkurrens förekom på sågtimmermarknaden (många små sågverk) än på massavedsmarknaden (stora pappers- och massaföretag) vilket medförde högre priser på sågtimmer än på massaved.
- De stora skogsbolagen hade en stor marknadsmakt och deras inköpssamarbeten syftade till att sänka kostnaderna för de råvaror som

³⁸ Denna inställning är inte självklar när det gäller inköpssamarbeten. 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.

⁴⁰ Bergman, M., 1994, Konkurrensen på virkesmarknaden och den nya konkurrenslagen, Sveriges Lantbruksuniversitet, Institutionen för skogsekonomi, arbetsrapport 187.

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

- Lönsamheten var god för sågverken fram till 1991, men sämre därefter.
- 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.
- Skogsbolagens prissättningskriterier 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 Konkursverket lät 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 prisnivåer på marknaden, vilka utnyttjades för att visa på att konkurrensbegränsningskriteriet skulle anses vara uppfyllt.

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

- Avgränsningen av relevant marknad, som enligt experten 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 obefintlig 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 marknadsstyrka på marknaderna för pappers- och kartongprodukter.⁴² 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.

Sydved anlät en egen ekonomisk expert, Jan Lindvall, Linköpings universitet. Dennes expertutlåtande⁴³ byggde i stort på teoretiska resonemang om Sydveds eventuella marknadsstyrka och möjlighet och incitament att påverka priserna. Vissa referenser gjordes till de faktiska omständigheterna på de relevanta marknaderna. Lindvall använde också statistik för att jämföra prisutvecklingen i olika regioner i Sverige. Eftersom priserna i Götaland inte skiljde sig från övriga landet ansåg Lindvall att samarbetet därför inte påverkade priserna. Konkurrensverket visade senare att priserna som Lindvall använt gällde skogsägarnas grundpriser utan marginaler och därför inte var tillämpliga. En jämförelse med SCB data som baserades på faktiska priser visade enligt verket en annan bild. Lindvall påpekade vidare att han inte hade möjlighet att göra en bedömning om riktigheten i Sydveds egna uppgifter angående de positiva effekterna av samarbetet, men han menade att man inte kunde avfärda beräkningarna som uppenbart felaktiga på det sätt som Bergman gjorde i sin andra rapport.

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,⁴⁴
- diverse tidningsartiklar som visade på skogsbolagens marknadsstyrka samt

⁴² Wiberg, A., 1987, Svensk pappers- och massaindustrins marknadsställning, SLU (Lic. avhandling), Klint, M. B., 1985, Mot en konjunkturanpassad kundstrategi, Företagsekonomiska institutionen, Uppsala universitet, samt Lindgren, P., 1996, Lönsamhet och säljarkoncentration i massa och pappersmassaindustrin, Högskolan i Luleå (C/D-uppsats 1996:05).

⁴³ Lindvall, J., 1997, Utredning gällande prisutveckling för skogsråvaror i Götaland 1980-95, med kommentarer gällande konkurrensförhållanden i området, Avdelningen för Nationalekonomi, Linköpings universitet.

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 återropades av båda parter liksom att syn och skriftlig bevisning återropades. 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 sammanfattning om huruvida samarbetet inom Sydved försvagade konkurrensen 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 företagets 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 konkurrensen 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 effekterna av samarbete för att redan på detta stadium avfärda 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.

skälig del av vinsten (punkten 8.2). Enligt TR var detta inte uppfyllt. Huruvida konkurrensen ansågs begränsad eller inte tog TR inte ställning till. Kopplingen mellan marknadsmakt och möjligheten att en del av vinsterna kommer konsumenterna till gagn fanns inte i domen. Inget nämndes om den utförda AEA i denna fråga.

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 Konkurrensverket 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 konkurrensen begränsades i betydande omfattning (punkten 4). TR anförde vidare att restriktivitet skulle gälla för samarbeten mellan företag. Det kan vara tillåtet med samarbeten mellan små och medelstora företag för att möta konkurrensen 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.

MD fastställde TR:s dom. Man fann att IIB inte kunde lämnas med hänsyn till de marknadsandelar som Sydvedsamarbetet avsåg och att konkurrensen märkbart begränsades. Undantag beviljas inte på grund av osäkerheten om effektivitetsvinsternas och miljövinsterens storlek, den menliga inverkan på konkurrensen och det långtgående konkurrensbegränsande samarbetsavtalet. Avvecklingsundantaget fastställdes till ett år eftersom företagen hade haft tillräcklig tid för att planera en omorganisation.

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 (punkt 8.2) nämndes inte i domarna. Vad detta berodde på är svårt att uttala sig om. En förklaring kan vara att studierna inte ansågs tillämpliga 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 besparingar 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 konkurrensrättsliga 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 gällde ett samarbete om gemensamma försäljningspriser avseende sågtimmer och massaved inom ramen för den ekonomiska föreningen Södra skogsägarna. Föreningen bestod av 31 000 skogsägare i Götaland och bildades för att motverka sågverkens köparmakt och för att tillförsäkra dess medlemmar en större avkastning på skogen genom att bedriva virkeshandel samt att industriellt förädla skogsråvarorna sågtimmer, pappersmassa och bioenergi (flis).⁴⁶ Ärendet uppkom till följd av ett klagomål från en av kunderna, en sågverksförening. I juli 1996 ålade Konkurrensverket Södra att vid vite om 50 miljoner kronor upphöra med att fastställa priser på sågtimmer och massaved som producerades hos föreningens medlemmar där föreningen svarade för försäljning till tredje man.

Ärendet överklagades till TR som i november 1997 upphävde verkets beslut på grundval av att samarbetet inte kunde anses väsentligt hindra, begränsa, eller snedvrída konkurrensen. 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 resultat 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 samarbeten 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 konkurrensbegränsande. Om samarbetet dessutom uppkommit för att begränsa köpmarknad 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 §.⁴⁷ Av intresse för denna studie är främst frågan om samarbetet ledde till att konkurrensen hindrades, begränsande eller snedvreds 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 snedvrída konkurrensen i en väsentlig grad.

⁴⁷ Parterna hade olika syn på om avtalskriteriet var uppfyllt. Södra menade att man handlade för egen räkning och att det inte fanns ett avtal mellan medlemmarna som var bindande. Konkurrensverket menade att det fanns en konkurrens mellan medlemmarna om att sälja råvaran till tredje man, men att denna upphörde vid tillämpningen av den gemensamma prislistan. I denna sak dömde domstolarna till verkets fördel. Det förekom också olika syn på om de produkter som Södra sålde vidare till tredje man var att betrakta som producerade hos medlemmarna eller inte. Verket ansåg att produkterna skulle anses producerade hos medlemmarna, eftersom ingen förädling, alternativt mycket låg sådan, förekom, medan Södra menade att avverkning, transport och lagring skulle anses som ett betydande förädlade av skogen. Det skall dock poängteras att det var oklart vad som enligt förarbetena till KL skulle klassas som förädling eftersom det skulle bestämmas i varje enskilt fall. TR och MD dömde dock ändå till verkets fördel i denna sak.

5.3.3 AEA i ärendet

I ärendet förekom ett flertal expertutlåtanden 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 konkurrensbegränsande 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 samarbete om priser för massaved eftersom de externa köparna 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 konkurrensbegränsande 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.

Södra anlätade en egen ekonomisk expert, ekonomie dr Peter Nordmark, Handelshögskolan i Stockholm. I utlåtandet ”Konkurrensen på virkesmarknaden och den nya konkurrenslagen” drog Nordmark slutsatsen att en bedömning av Södras ställning på marknaden borde baseras på empiriska analyser. Han menade att det inte fanns något empiriskt eller teoretiskt belägg för att skogsföreningarna hade marknadsmakt.

Även Lars Lönnstedt, professor för institutionen i skogsekonomi,⁴⁸ anlätades av Södra för att kommentera Bergmans första rapport. I utlåtandet ”Konkurrensen 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 produkterna. Korrelationskoefficienterna i dennes rapport var över 0,9.⁴⁹

Konkurrensverket gjorde dock egna beräkningar av sambandet mellan råvarupriser och priserna på slutprodukterna. Statistiken visade enligt verket att prisökningarna på sågtimmer var större än priserna på de sågade trävarorna. Under 1994 och 1995 kunde kraftigt höjda priser på sågade trävaror noteras. Priskorrelationen mellan sågtimmer 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

Verket nyttjade i likhet med Sydvedärendet information som kommit fram i utredningen från motpartens sida. Bland annat återgav verket vad som kommit fram vid besök hos Södra, t.ex. att priserna på massaved var höga, till och med i lågkonjunkturer när den minskande efterfrågan borde pressa priserna. En konjunkturnedgång ledde t.ex. inte till lägre priser eftersom Södra uppmanade sina medlemmar inte avverka mera sågtimmer. Denna omständighet påtalades från Södras sida vid möte med verket. Likaså uppgav Södra att dess priser på massaved var normerande för resten av marknaden.

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

5.3.5 Vad står i domarna från TR och MD

Det material som TR hade till förfogande för sitt beslut i ärendet bestod främst av skriftligt material. De ekonomiska experterna hördes inte som vittnen, däremot stod Bergman för en del av verkets sakframställning. Representanter för två sågverk åberopades vidare som vittnen från verket sida. Slutligen hölls också syn på en avverkningsplats på begäran av Södra.

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 sågtimmer 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 första 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 uppdelning på sågtimmer 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 procentsatsen 25 därmed kunde överskridas för att motverka köparmakt 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 konkurrensen i väsentlig omfattning.⁵¹

Under domstolens skäl stod i övrigt inget om de konkurrensbegränsningar som verket ansåg finnas på marknaden, t.ex. den höga och jämna prisnivån till följd av Södras produktionsbegränsningar, hur detta spillde 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 sammanvävd 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 snedvrida konkurrensen 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.

⁵¹ TR slog också fast att försäljningspriserna fastställdes genom ett avtal som avsåg samverkan mellan Södras medlemmar eftersom medlemmarna överlätit en del av prissättningen till Södra. Dessutom är ett tvång att följa priserna inte ett krav enligt KL för att avtal skall föreligga. Vidare var varorna i fråga producerade hos medlemmarna och det rörde sig således inte om vidareförädlade produkter. Detta motiverades främst av det som framkom i Södras egen årsredovisning där det bland annat stod att föreningen bedrev industriell förädling av skogsvaran till sågade trävaror, pappersmassa och biobränsle. Eftersom skogsägarna dessutom fick betala för utförda tjänster till Södra, t.ex. avverkning och transport, var det inte fråga om förädling. TR hänvisar också till vad som i övrigt förekommit i ärendet utan att närmare specificera.

5.3.6 Slutsatser

I Södra-ärendet ger domstolarna, främst TR, ingen direkt fingervisning om AEA varit gångbar eller inte. Detta beror sannolikt på att man i 18 c § kan sägas ha slagit ihop motsvarande konkurrensbegränsningskriteriet och märkbarhetskriteriet i 6 § till ett enda rekvisit, nämligen om konkurrensen hindrades, begränsades eller snedvreds på ett väsentligt sätt. Det viktigaste kriteriet för detta rekvisits uppfyllande eller inte var marknadsandelens storlek. Även om gränsen på 25 % endast skulle anses som en tumregel var den mest betydelsefull för utgången i ärendet. Beroende på vilken syn man hade om internförsäljningen inkluderande eller inte hamnade man över respektive betydligt under gränsen. Övrig analys om konkurrensen på marknaden blev därför inte lika viktigt för utgången av ärendet och förklarar sannolikt till viss del varför den utförda AEA inte fick betydelse i ärendet. Det hade t.ex. varit intressant att veta vilken syn TR hade på Södras möjligheter att samarbeta. Den utredning som verket lade fram i den saken gick delvis emot de forskningsresultat som redovisades i Bergmans andra rapport, nämligen att samarbeten inom kooperativ ofta resulterade i en prisnivå liknade den som gällde på konkurrensutsatta marknader.

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

Den centrala frågeställningen i detta ärende var huruvida SAS tillämpning av EuroBonus skulle anses utgöra ett missbruk av en dominerande ställning, med andra ord, om bonusprogrammet skulle anses begränsa konkurrensen på den svenska marknaden för flygtransporter. Konkurrensverket ansåg att bonusprogrammet hade lojalitetsskapande effekter av särskilt stor betydelse med tanke på SAS dominans på den svenska marknaden. SAS menade dock att EuroBonusprogrammet inte hade så stora lojalitetsskapande effekter bland annat eftersom konkurrensen skedde mellan allianser och inte mellan flygbolag. I utredningen användes AEA främst i syfte att visa på de konkurrensbegränsande effekter som EuroBonussystemet skulle resultera i.

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.⁵² SAS överklagade verkets beslut.⁵³ MD ändrade i februari 2001 verkets beslut endast 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

De två viktigaste frågorna i ärendet var huruvida SAS skulle anses inneha en dominerande ställning och huruvida bonussystemet skulle anses utgöra ett missbruk. Som alltid när det gäller fastställande av dominerande ställning var avgränsningen av den relevanta marknaden en viktig fråga. Från Konkurrensverkets sida ansåg man att andra transportmedel inte skall ingå i samma relevanta marknad. Bland annat hänvisades från verkets sida till ett tidigare beslut av MD där dess bedömning var att den relevanta marknaden utgjordes av inrikes reguljär flygtrafik.⁵⁴ Verket argumenterade för att andra transportmedel endast i liten del kunde anses vara utbytbara, speciellt för affärsresenärer som utgjorde den viktigaste kundkategorin. Dessa efterfrågar den generella tjänsten flygtransporter i Sverige och företagen, som står för kostnaden för resorna, sluter ofta individuella avtal med SAS om dessa tjänster.

SAS å andra sidan menade att andra transportmedel skulle inkluderas i den relevanta marknaden, som t.ex. X2000 på sträckorna Göteborg-Stockholm, Malmö-Stockholm och Stockholm-Sundsvall, där SJ hade betydande marknadsandelar som gjorde att SAS inte skulle anses ha en dominerande ställning. Vidare ansåg SAS att verkets geografiska marknadsdefinition avvek från omfattande EG-praxis av vilken framkom att olika sträckor utgjorde olika relevanta marknader, på grund av att det för resenären inte existerade någon utbytbarhet mellan olika sträckor.

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 dominerade 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 konkurrensen och utgjorde därför ett sedvanligt och etablerat sätt att konkurrera om passagerarna på flygmarknaden.

Konkurrensverket ansåg att SAS bonussystem utgjorde ett missbruk. En viktig faktor 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.

del av resenärerna hade incitament att också samla bonuspoäng hos ett annat flygbolag. Det fanns också en progressivitet i bonussystemet eftersom man riskerade att förlora intjänade poäng efter ett antal år. Dessutom var det inte resenären utan oftast arbetsgivaren som stod för kostnaden för biljetten, vilket t.ex. kunde resultera i att resenären valde en dyrare biljett hos SAS. Bonusprogrammet kunde därmed inte ses som ett rimligt svar på konkurrenternas åtgärder. SAS medgav att bonusprogrammet var lojalitetsskapande men att effekterna inte var så stora som verket hävdade. Bonussystemet var t.ex. linjärt vilket inte gav de trohetsskapande incitament som progressiva rabattsystem tenderade att ge och som av EG-domstolarna funnits utgöra missbruk när de tillämpas av en dominant aktör. Vidare ledde bonussystemet inte till de prisökningar på 10 % som Konkurrensverket hävdade. Konkurrensen på marknaden hade heller inte påverkats av bonussystemet, eftersom t.ex. Malmö Aviation tack vare sin position på Bromma kunde ta ut 10-30 % högre priser. Malmö Aviations omsättning hade dessutom ökat under perioden efter införandet av Eurobonus på inrikesresor. SAS ansåg också att bonussystemen utgjorde ett vedertaget konkurrensmedel, något som de flesta flygbolagen tillämpade såväl för utrikes som inrikes resor.⁵⁵

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 anlätades 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

⁵⁵ Enligt SAS skulle ett förbud mot tillämpningen av bonussystemet försvaga dess ställning i Staralliansen och medföra en risk för att de positiva effekterna motverkades till nackdel för resenärerna. Bonussystemet gjorde det också möjligt för SAS att kartlägga sina kunders resvanor, vilket underlättade möjligheten att bedriva en fullgod produktutveckling.

⁵⁶ Bergman, M., 1996, Avregleringen av inrikesflyget, Konkurrensverkets rapportserie 1996:1.

ICA). Värdet av bonusresorna utgör också stora belopp, inte minst för affärsresenärer. Tredje part, arbetsgivaren, står för kostnaderna för flygresor vilket ger incitament för resenären att välja dyrare biljetter (affärsklass i stället för ekonomiklass) eftersom detta ger högre bonuspoäng. Bonusförmånerna kan ses som en muta eftersom avtal sluts mellan resenären och flygbolaget medan arbetsgivaren står för kostnaden för flygbiljetten.

- 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.
- Graden av marknadsdominans påverkar konsumenternas värdering av bonussystemet. Sannolikheten att nå upp till erforderliga poäng för bonusresor är större hos ett stort flygbolag som har många linjer. Diskonteringsfaktorn, dvs. hur viktigt det är att resa idag istället för i morgon, gör att större flygbolag har en fördel eftersom det är mer sannolikt att man kommer att få en bonusresa hos detta inom en snar framtid. Detta accentueras dessutom av att risken för att förlora poäng är mindre ju större flygbolagen är. Vikten av att vara stor som flygbolag är därmed uppenbar.
- Konkurrensen på marknaden påverkas också av bonusprogrammen. För det första kan högre priser tas ut eftersom kunderna blir mindre priskänsliga. Detta incitament förstärks om det redan finns en dominant på marknaden jämfört med om konkurrenterna är jämbördiga på marknaden. Vidare skapar bonusprogrammen en inträdesbarriär på grund av dess inlåsandande effekt speciellt om marknadsandelen för den som erbjuder bonusprogrammet är hög. Bonussystemet medför ombyteskostnader som gör att dominanten trovärdigt kan sätta låga priser (som dock är högre än för den som vill in på marknaden) och fortfarande göra vinster. Det lägre priset som inträdaren måste ge för att kompensera bonussystemet effekter kan vara tillräckligt för att inträde på marknaden inte skall anses lönsamt. Förekomsten av byteskostnader gör att det dominerande flygbolaget inte behöver använda sig av underprissättning för att trovärdigt hindra inträde på marknaden. Lojalitetsprogram har således en hindrande eller avskräckande effekt på inträde. Detta kan leda till högre priser på längre sikt.

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 nyinträde 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 priseffekterna på varandra och därmed minskade problemet med s.k. dubbelmarginalisering.

5.4.4 Annan bevisning i ärendet

Från verkets sida gjordes en omfattande utredning i ärendet, framför allt om omständigheterna på den svenska marknaden. I utredningen fanns flera rapporter som visade på SAS dominerande ställning och de troliga effekterna av lojalitetsprogrammet. Flera av dessa fanns, som tidigare nämnts, tillgängliga sen tidigare, t.ex. Konkurrensverkets egen rapport om avregleringen av inrikesflyget. En annan viktig källa var Luftfartsverkets rapport "Flygets utveckling 1999" som visade att konkurrensen på inrikesmarknaden nästan försvunnit. Verket hänvisade också till konsultrapporten "Airport Capacity requirements in the Stockholm region",⁵⁹ för att visa på känsligheten av ett dominerande nav i Stockholm (dominerat av SAS) i förhållande till en internationell jämförelse. Av denna framkom vidare att Sverige är en liten marknad, att det fanns utrymme för inträde på vissa sträckor, att SAS ställning på in och utrikesmarknaderna var mycket stark samt att kopplingen mellan inrikes och utrikesresor var svag annat än via bonussystemet.

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 nämndes 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.

⁵⁷ Hanlon, P., 1996, Global Airlines: Competition in a transnational industry, University of Birmingham och Cairns, R., och J. Galbraith, 1990, Artificial compatibility, barriers to entry and frequent flyer programs, Canadian Journal of Economics, 23 (4).

⁵⁸ Brueckner, J.K., 2000. University of Illinois at Urbana – Champaign. En kortare version av rapporten som sammanfattade resultaten återopades också av SAS, The Benefits of Codesharing and Antitrust immunity for international passengers, with an application to the Star Alliance, 2002.

⁵⁹ LEK Partnership LTD, 1998, London.

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 lojalitetsskapande effekter, en enkätundersökning om tillämpningen av EuroBonus utförd av Svensk Affärsreseförening som visade på missbruk m.m.

SAS å sin sida använde konsultrapporten "Association of European Airlines – airlines alliances and competition in the transatlantic airline market"⁶¹ till stöd för att bonussystemet inte skulle anses utgöra ett missbruk. Skälet till detta var som tidigare nämnts att konkurrensen skedde mellan allianser. Man använde också två internationella passagerarundersökningar⁶² till stöd för att flygbolagens bonussystem inte hade sådana trohetskapande effekter som verket gjorde gällande. En av studierna visade t.ex. att bonussystemen kom på först tolft plats som viktigaste konkurrensmedel. Noteras kan att dessa studier tillfördes utredningen innan expertutlåtandet av Holm. Konkurrensverket kom sedan att mena att rangordning inte gällde om det saknades konkurrens mellan flygbolagen. Lojalitetsrabatter var enligt verket mindre trohetskapande om det rädde en effektiv konkurrens mellan flygbolagen eftersom det då tog längre tid att tjäna ihop bonuspoängen. Detta fanns också stöd för i Holms expertutlåtande.

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 inträdeshinder 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 företagen 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.

⁶¹ PriceWaterhouseCooper, 1998.

⁶² Air Track, Airtrack 1999, The annual survey of European business travellers och IATA Aviation Information & Research, Corporate air travel study 1998.

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 låter 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 bonusprogrammets lojalitetseffekter 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.

SAS hade ingen rapport av motsvarande tyngd som Holms. Den fråga som SAS använde AEA till stöd för, nämligen att samarbeten mellan flygbolag sänkte priserna, utredde inte direkt frågan om missbruk. Dessutom baserade sig resultaten på en internationell studie och var därför inte direkt tillämplig på den svenska marknaden.⁶³ Detta pekar återigen på vikten av att utreda de faktiska omständigheterna på den svenska marknaden, trots att det rör sig om samma industri. I avgränsningen av relevant geografisk marknad, som i och för sig inte baserade sig på AEA, var detta särskilt tydligt. SAS hänvisade till EG-praxis av vilken framgick att den relevanta marknaden skulle utgöras av enskilda sträckor och inte hela den nationella marknaden som Konkurrensverket gjorde gällande. MD ansåg dock att de fall där enskilda sträckor bedömdes utgöra den relevanta geografiska marknaden inte var tillämpliga på det aktuella ärendet. Skälen till detta var enligt domstolen att EuroBonus var tillämpligt på alla inrikes sträckor, affärsresenärerna efterfrågade i allmänhet resor till olika orter inom hela landet och företagen, som oftast står för kostnaden, träffade kundavtal med SAS beträffande dessa resor. Det faktum att konkurrensen kunde variera mellan sträckor var därför inte tillräckligt för att man inte skulle tillämpa en vidare avgränsning än den som SAS gjorde gällande.

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 försvar kan man nog säga att det fanns en begränsad möjlighet för SAS att prestera 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 användes i detta ärende var hur den relevanta marknaden skulle avgränsas. Enligt Konkursverket skulle de olika typerna av fasadmateriäl som figurerade i utredningen utgöra separata produktmarknader eftersom det i princip inte förekom någon utbytbarhet mellan materialen. Optiroc ansåg dock att fasadmateriälerna 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 fasadmateriäl i form av tegel, puts, murbruk, trä, betong, plåt och glas. Efter en fördjupad undersökning beslutade Konkursverket 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 handläggningen 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 fasadmateriäl 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 materiäl blev intressant. Till följd av lågkonjunkturen 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 fasadmateriäl. Verkets inställning var därför att varje enskilt fasadmateriäl 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 betydande. 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 ledde förvärvet därmed inte till att en dominerande ställning skapades på marknaden.

Flera faktorer talade enligt verket för att förvärvet skulle vara skadligt för konkurrensen, t.ex. avsaknaden av faktiskt och potentiellt 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 hämmande av konkurrensen. Optiroc menade att denna bild av konkurrenssituationen var felaktig eftersom det fanns betydande konkurrenter 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 priserna 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 avgränsa relevanta marknader har vid ett flertal tillfällen utnyttjats av Kommissionen i förvärsärenden (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 fasadmaterialet var begränsade.⁶⁵ Under handläggningen i MD tillförde verket dessutom resultaten av en större enkätundersökning gällande utbytbarheten mellan de olika fasadmaterialet. Undersökningen baserades sig på svar från ett 80-tal fastighetsägare och arkitektkontor som var delaktiga i den process som ledde fram till val av fasadmateriäl. 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 fasadmaterialet.

Vittnesförhör var en viktig del av bevisningen för både verket och Optiroc. Från båda parter 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 talan 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 fasadmaterialet. Av vittnesmålen 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.

TR ansåg att det av utredningen framkommit att byggmaterialbranschen präglats av en ganska matt efterfrågan till följd av den svaga utvecklingen i byggbranschen. Vissa nedläggningar ansågs därför nödvändiga. Stråbruken visade på förlustsiffror medan Optiroc visade vinstresultat. Den potentiella konkurrensen från utlandet verkade vara stor eftersom det fanns goda möjligheter att etablera sig i landet t.ex. på grund av låga kostnader att starta upp egen produktion. På köparsidan gick dessutom utvecklingen mot stora butikskedjor, ofta med utländska intressen, vilket betydde att köparna hade stora möjligheter att utöva en stark priskontroll. Slutsatsen från TR:s sida var att man fann det tveksamt om det blivit visat att förvärvet ledde till påtagliga konkurrensbegränsande effekter eller att det var ägnat att skapa sådana effekter. Slutligen ansåg TR att förvärvet inte kunde anses skadligt från allmän synpunkt, speciellt med tanke på behovet av strukturrationaliseringar. Till följd av dessa skäl ogillade TR Konkurrensverkets talan.

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 nämndes det som tillkommit i ärendet, nämligen som Konkurrensverket hävdade, att utbytbarhet skulle anses föreligga i mer begränsad omfattning. Priskorrelationstestet nämndes, dvs. att verket ansåg att dessa visade på att fasadmateriellen skall utgöra separata relevanta marknader. Från Optirocs sida pekades på det faktum att populariteten mellan fasadmateriellen 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 strukturuomvandling 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 nyinträde på marknaden även från utländskt håll, de starka köparna 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. Intrycket 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 verkligen pekade på en osäkerhet. Såväl den skriftliga bevisningen som vittnesförhören i målet verkade ge uttryck för denna osäkerhet. När den relevanta marknaden med större säkerhet inte kunde fastställas blev sannolikt de andra faktorerna (strukturrationalisering, köparmakt, 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 anses. 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 hämma eller vara ägnat att hämma konkurrensen väsentligt på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.

Denna slutkläm 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 strukturuomvandling var dock tillräckligt för att inte bifalla verkets överklagan. Med andra ord, det faktum att MD särskilt ägnar utrymme i domen åt behovet av strukturrationaliseringar – dessa fanns ju även dokumenterade i handläggningen 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 konkurrensen man kunde förvänta sig vid förekomsten av en dominerande aktör på marknaden. Dessa faktorer var speciellt lämpade att förklaras med hjälp av ekonomisk teori.
- Särskilt gångbar är AEA om den kompletteras med ordentliga utredningar av de faktiska omständigheterna på de relevanta marknaderna. Den som har bevisbördan har krav på sig att ekonomiska teorier och ekonometriska analyser överensstämmer med faktiska omständigheter på marknaden. Här räcker det inte med generella teorier eller ekonometriska analyser från andra produkt- eller geografiska marknader. Det är förhållandena på den relevanta marknaden i det specifika ärendet som är av betydelse. Kompletterande bevisning är därför viktigt. Sådan utredning fanns från verkets sida i SAS Eurobonus ärendet, men inte alls i samma utsträckning i SPI-ärendet. I båda ärendena hade Konkurrensverket bevisbördan och i båda ärendena fanns inga krav på att de faktiska effekterna skulle utredas eftersom det var tillräckligt att visa på potentiella effekter. Man kan inte utesluta att skillnaderna i utredningsinsats haft betydelse för skillnaden i utgången av målen.⁶⁷
- Kompetensen hos de ekonomer som anlitas som experter eller som företräder 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 företräder verket. I detta sammanhang kan nämnas skogsärendena och SAS EuroBonusärendet, där verkets företrädare tidigare antingen forskat om (skogsmarknaden) eller utrett (inrikesflyg) konkurrensen 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 konkurrensen på bensinmarknaden som verket upparbetade i den senare utredningen av bensinkartellen hade varit till nytta i SPI-ärendet. Detta gäller speciellt den kännedom som verket fick om rabatternas betydelse som konkurrensmedel 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.

- Det förefaller rimligt att anta att den ekonomiska analysen hos parternas olika ekonomer kan komma att ta ut varandra. Ekonomisk forskning är sällan så entydig att generaliseringar kan göras. Nyttjandet av AEA kan därmed göra att det skapas en så stor osäkerhet i en fråga att domstolen inte anser sig kunna basera sitt beslut på vad som framkommit av utredningen. Något sådant har dock inte kunnat observeras i de ärenden som denna studie bygger på. Oftast har det varit så att någon av parterna presenterat en inte oväsentligt bättre utredning som gjort att ekonomerna därför inte kan sägas ha tagit ut varandra. Men det hänger sannolikt också ihop med hur starkt "case" respektive part haft. Visserligen går det att bevisa olika saker med AEA och därmed skapa osäkerhet, men bristen på trovärdigheten avslöjar sig i uppenbara fall. Givet den omfattande utredning som gjordes av Konkurrensverket i SAS EuroBonus ärendet var det sannolikt mycket svårt att med någon ytterligare typ av AEA från SAS sida ändra utgången av ärendet. I ett ärende där utgången däremot är mer osäker och där parterna gjort en likvärdig och omfattande utredning, inklusive användandet av AEA, är det säkert så att ekonomerna kan ta ut varandra.
- 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 komplettera analysen med intervjuer med domstolsledamöter. Avsikten med intervjuerna är att skapa en översiktlig bild av domstolarnas syn på den avancerade ekonomiska analysens gångbarhet, inte minst hur stor vikt domstolarna lagt vid denna. Analysen i detta avsnitt baserar sig på intervjuer med fem domstolsledamöter, varav fyra från Marknadsdomstolen⁶⁸ och en från Stockholms Tingsrätt⁶⁹. Intervjuerna har hållits på en övergripande nivå i den meningen att bedömningen i enskilda ärenden inte diskuterats. 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 gångbarheten hos AEA. Variationer förekommer mellan juristerna och ekonomerna, kanske främst när det gäller hur stor vikt AEA skall tillmätas och hur mycket mer 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 viktigt. 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

⁶⁸ Jonas Häckner (ekonom) 2003-11-10, Staffan Laurell (jurist) 2003-11-10, Lars-Gunnar Mattsson (ekonom) 2003-11-25 samt Anders Stenlund (jurist) 2003-11-17.

⁶⁹ Hans Björkegren (jurist) 2003-11-26. Svar på vissa frågor har också förmedlats skriftligen av Magnus Åkerdahl (jurist).

analys är central för att uppskatta ekonomiska effekter. Beviskraven beror också på allvarligheten i överträdelsen. Ju högre böter, desto högre blir beviskraven.

AEA är definitivt gångbar i svenska domstolar både när det gäller teoretiska och ekonometriska studier. Av detta följer därmed inte automatiskt att domstolen fäster stor vikt vid AEA. Vikten av AEA är dock större än vad som oftast framgår av domstolens beslut och det kan bero på att det finns annan bevisning i ärendet som är angelägen att framhäva. Den ekonomiska analysen kan ha pekat på någon faktor, vars relevans därför framstår som självklar. Klart är dock att AEA kan tillföra domstolen kunskap eftersom frågorna ofta behöver en teoretisk belysning när verkligheten är svårtolkad. Likaså kan AEA öka känslan för hur stor betydelsen är av ett konkurrensbegränsande förfarande på en marknad, dvs. framhäva de kvalitativa aspekterna. Dessutom blir besluten ofta bättre ju mer AEA som tillförs utredningen.

Teoretiska och empiriska analyser är lika gångbara. Frågeställningarna är ofta teoretiska varför sådan analys är naturlig. Även om tänkbara effekter skall presenteras, efterfrågas mer empiriska utredningar för att utröna de kvalitativa aspekterna av ärendet. Särskilt gångbart är det om man kan knyta teorin till marknaden. De grundläggande förutsättningarna för teorin skall finnas på marknaden. Vidare är det viktigt att framhäva de delar av den AEA som är av betydelse för ärendet. Teorin har inget direkt värde i sig om den inte kan tillämpas på det konkreta fallet. Det är inte gångbart att bygga sin sak på enbart teoretiska resonemang eftersom domstolen inte får uttala sig i hypotetiska fall. Det är inte domstolens uppgift att knäcka på vilken teori som är den rätta. Det är viktigt att den teoretiska analysen leder fram till ett resultat som är relevant för det aktuella fallet. Den konkreta frågan skall belysas och teorin kan användas som ett hjälpmedel. Domstolen är inget forum för akademiska diskussioner.

Hur stor vikt domstolen fäster vid AEA beror mycket på hur den framställs, både skriftligt och muntligt i domstol. Det är ytterst viktigt att den skriftliga och muntliga framställningen vid vittnesförhör är konkret och lättförståelig, inte minst så att domstolens jurister skall finna analysen viktig i konkurrens med all annan bevisning som kan finnas i ärendena. Avgörande är att de centrala mekanismerna beskrivs kort och koncist och på ett lättförståeligt sätt. En bättre struktur när det gäller den utförda ekonomiska analysen är ofta önskvärd. Det är framför allt viktigt att tala om hur man från parternas sida vill använda analysen. Det måste göras en avvägning i analysen, den får inte bli oöverskådligt. Det bör inte tas upp ett för stort utrymme med att förklara modeller. Det är ingen bra strategi att häva in en massa material om det inte talas om vad man skall ha materialet till. Bevisteman är en för grov sållningsmekanism. Argumenteringen är viktigt, vilket gäller generellt och inte bara i frågor där AEA används.

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

betyder dock inte att domstolen har misstankar om att analysen förvridits. Den plattform ekonomen har, dvs. kompetens (både allmän⁷⁰ och specialkompetens), kvaliteten på analysen och framställningen i domstol – kort sagt vad ekonomen säger - är avgörande för trovärdigheten. Detta gäller även kvaliteten på den övriga ekonomiska utredningen som inte kan sägas utgöra AEA. Konkurrensverkets ekonomer kan med andra ord ha minst lika stor vikt som de externa experterna. Konkurrensverket borde dessutom ha en fördel eftersom dess ekonomer kan lägga ner mer tid på ärendet och upparbeta en helhetsbild jämfört med motpartens expertekonomer.

Specialkompetens i den meningen att ekonomen forskat på marknaden är särskilt värdefullt. Det ligger i expertrollen att den sakkunnige skall ha särskild kunskap på området. En professor kan vara expert inom ett ämnesfält och därför ha trovärdighet. Om han/hon däremot uttalar sig i frågor inom ett annat ämnesfält där han/hon inte alls på samma sätt har kompetens blir trovärdigheten mindre. Det brukar dessutom snabbt komma fram om expertkompetens saknas hos vederbörande, särskilt om denne förekommer i flera ärenden. Domstolen gör ingen särskild undersökning av ekonomernas kompetens. Trovärdigheten hänger ändå samman med den kompetens som ekonomen visar upp.

Teoretiskt kan det säkert vara så att ekonomer tar ut varandra. Det har dock inte varit domstolens erfarenhet. Ofta har den ena sidan presterat en betydligt mer omfattande utredning, kanske just beroende på att effekterna av själva förfarandet är så pass klara och att detta väger över till ena partens sida. Den andra parten får då svårt att framställa en analys som kan skapa tillräckliga tvivel, dock inte nödvändigtvis i alla frågor. Men svagheterna i de ekonomiska analyserna kan framkomma om ekonomer anlitas på båda sidor. I det fall osäkerhet eller tvivel uppstår, kan frågan om vem som har bevisbördan bli avgörande.

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.

Det är inte säkert att det är en fördel för den enskilda parten att åberopa en ekonomisk expert som vittne. Det är alltid riskabelt eftersom man inte vet hur personen kommer att agera (t.ex. under stress) och vilka frågor som kommer att ställas från främst motparten. Från domstolens sida kan vittnesförhör vara bra eftersom det ger möjlighet att ställa frågor även från motpartens sida. Domstolen har en skyldighet att ställa frågor i indispositiva mål och skall leda processen.

⁷⁰ Doktorsexamen i ekonomi.

Men experternas deltagande under förhandlingen är inte nödvändig, speciellt om det skriftliga utlåtandet redan bra skrivet.

Motiveringarna under domstolens skäl är ofta kortfattade, kanske för kortfattade ibland. Det är dock inget självändamål 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.

Domstolarna tar givetvis hänsyn till EG-praxis, men det finns begränsningar i tillämpningen. Om omständigheterna är lika i EG-rättsfallen är de tillämpliga på de svenska fallen. Detta torde främst gälla de juridiska frågorna. Däremot är EG-praxis mindre tillämpligt i frågor som rör marknadens funktionssätt och effekterna av olika konkurrensbegränsande förfaranden. Omständigheterna på marknaderna är oftast olika, även om det rör sig om samma produktmarknader. Då är det bättre med AEA tillämpad på den svenska marknaden, eftersom man vill veta hur det faktiskt ser ut på just den marknaden. Besluten blir dessutom riktigare då.

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 checklistor 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 konkurrensrättsliga 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.

Resultatet av denna studie visar att ekonomisk analys är gångbar och viktig, ofta mer än vad som framgår av själva domsluten. Ekonomisk teori underlättar förståelsen när frågeställningarna är svårtolkade och empirisk analys är vägledande när det gäller de kvantitativa effekterna av konkurrensbegränsande förfaranden. Det finns dock ett antal faktorer som påverkar betydelsen av avancerad ekonomisk analys. Den viktigaste faktorn är att den ekonomiska analysen är relevant och att den tillämpas på ett sätt som gör att den tillför ärendet något. Särskilt viktigt är det att teoretiska analyser tillämpas på de faktiska omständigheter på den relevanta marknaden som studeras. Ordentliga utredningar av det senare är därför essentiella. Vidare är det mycket betydelsefullt att den ekonomiska analysen både skriftligt och muntligt presenteras på ett kort, koncist och lättförståeligt sätt.

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.

Avancerad ekonomisk analys är ofta mer gångbar än EG-rättspraxis i frågor som rör förhållandena på den relevanta marknaden. Oftast är omständigheterna olika på marknaderna, även i de fall som behandlar samma relevanta produktmarknader, varför tillämpbarheten av EG-rättspraxis är begränsad. En intressant fråga för framtiden är om detta kommer att ändras när Konkurrensverket tillämpar EU:s konkurrensregler. Prognosen, baserat på vad som framkommit av denna studie, är dock att utrymmet för eller betydelsen av avancerad ekonomisk analys inte kommer att minska. Snarare går utvecklingen inom EU mot ett ökat inslag av avancerad ekonomisk analys.

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 gångbar. Trovärdigheten har oftast med kompetens och framställning att göra - lyssna på Thomas di Levas låt.⁷² Den är himla bra!

⁷² Låten "Vem skall jag tro på?" finns bland annat på Thomas Di Levas skiva, För Sverige i rymden – Di Levas bästa, utgivningsår 1999.