

Referat från konferensen "More Pros and Cons of Merger Control" den 9 november 2012

Årets arrangemang av Pros and Cons var det elfte och nu återupptogs ämnet för den allra första konferensen 2002, nämligen Merger Control.

Först ut var *Doris Hildebrand* från bl.a. Vrije University of Brussels, som presenterade sitt bidrag "The European School of Thought in Merger Cases".

Hildebrands budskap var att det ekonomiska tänkande som praktiseras av den Europeiska kommissionen och den Europeiska unionens domstolar skiljer sig såväl från det amerikanska ekonomiska tänkandet inom antitrust som från ekonomi som vetenskap. Skälet är främst bakomliggande ideologiska skillnader som tar sig uttryck i olika mål med konkurrensrätten i Europa respektive USA. Vid tiden för EU:s grundande dominerades det ekonomiska tänkandet av Tyskland och av den s.k. ordoliberalismen, som bland annat förordade ett stabilt juridiskt ramverk för att förhindra att konkurrensen sattes ur spel genom att leda till karteller, oligopol eller monopol. Ordoliberalismen satte också upp humanistiska och sociala mål vid sidan av ekonomisk effektivitet. Dess påverkan var stor vid utformningen av Romfördraget 1958 och syns fortfarande i målen för EU om den inre marknaden och de fria. Under 1970-talet och framåt har anglosaxiskt och amerikanskt tänkande vunnit insteg i europeiska ekonomers sätt att analysera effekter på konkurrensen, bland annat av företagskoncentrationer. Detta har skapat en viss spänning mellan jurister och ekonomer. Den europeiska konkurrensrätten måste dock vägledas av fördragets överordnade mål som sätter gränser för den ekonomiska "kreativiteten" till förmån för stabilitet och förutsägbarhet i systemet. På samma sätt som juristerna, måste ekonomerna respektera EU-domstolens praxis och de juridiska kriterier som adresserar ekonomiska frågor. Europeisk konkurrensrättsekonomi är helt enkelt, enligt Hildebrand, en egen gren inom ramen för ett stabilt juridiskt ramverk. Som kontrast pekade Hildebrand på situationen i USA där de ekonomiska teorierna inom antitrust tillämpats och tolkats på olika sätt över tid och där också målen förändrats.

Införandet av den nya koncentrationsförordningen 139/2004 och SIEC-testet har inneburit ett mer effektbaserat synsätt, "the effects based approach". Ett samgående mellan två företag kan hota konkurrensen på flera sätt förutom att det sammanslagna företaget kan bli dominerande. Företag som inte omfattas av koncentrationen kommer också att reagera på koncentrationen och höja sina priser, vilket leder till ett nytt jämviktsläge på marknaden mellan pris och utbud. Det är det nya jämviktsläget som påverkar slutkunderna och som fångar effekterna av koncentrationen på konkurrensen. Dominanstestet, som var helt fokuserat på de samgående företagens marknadsstyrka, kunde inte fullt ut fånga in denna effekt. Samtidigt kan en företagskoncentration leda till effektivitetsvinster som motverkar de negativa effekterna. För att så ska bedömas vara fallet, måste effektivitetsvinsterna vara koncentrationsspecifika, verifierbara och komma konsumenterna till del.

När det gällde effektbaserad analys var Hildebrand emellertid kritisk mot och orolig för tolkningar utifrån Chicago-skolans synsätt som inte tog hänsyn till det ramverk inom vilket EU:s konkurrensregler verkar. Hon framhöll samtidigt att det inte fanns några tecken på att kommissionen slagit in på den vägen och inte heller EU:s domstolar. EU-domstolen har dessutom vid flera tillfällen genom uttalanden i sina domslut bidragit till att forma EU:s konkurrensrättsekonomiska tänkande, bland annat vad gäller kriterierna för att ta hänsyn till effektivitetsvinster.

Hildebrand menade att en "EU-ekonom" måste ha förmågan att tillämpa ekonomiskt tänkande och ekonomisk analys inom ramen för det legala ramverket och den praxis som vuxit fram hos kommissionen och EU:s domstolar. Europeisk konkurrensrätt är en blandning av både juridik och ekonomi, och liksom advokater och domare med tiden blivit mer intresserade av ekonomisk analys, måste ekonomerna också ta till sig det juridiska tänkandet. Detta integrerade synsätt är enligt Hildebrand manifesterat i "den europeiska skolan".

Hildebrands arbete kommenterades av *Per Hellström* från DG COMP. Han anknöt till vad Hildebrand sagt om målen med konkurrenslagstiftningen genom en hänvisning till det arbete om Unilateral Conduct som bedrivits inom ICN och som avslöjat att det finns många olika mål i olika jurisdiktioner. Det nya SIEC-testet har för kontroll av företagskoncentrationer inneburit ett mer dynamiskt synsätt där höga marknadsandelar inte nödvändigtvis behöver innebära att en koncentration är skadlig, medan lägre marknadsandelar i vissa fall ändå kan resultera i en problematisk struktur på marknaden. Tillämpningen av EU:s koncentrationsregler ser inte likadan ut idag som för 10-20 år sedan. Hellström vände sig dock mot oron för att det bara skulle vara europeiskt tänkande som influerades av amerikanskt. Alla lär av och påverkar varandra. Och t.o.m. Tyskland håller nu på att gå över till SIEC-testet. Vad som pågår är i själva verket en konvergens.

Förmiddagen bjöd därefter på två bidrag med utvärderingar av tidigare beslut i företagskoncentrationer. Det första var "**A Decade of Ex-Post Merger Policy Evaluations: A Progress Report**", där *Tomaso Duso* från Dusseldorf Institute for Competition Economics presenterade ett antal olika metoder för ex-postutvärderingar.

Den första metoden, där samgående och konkurrerande företags aktiekurser används som indikatorer på om en företagskoncentration betraktas som positiv eller negativ för konkurrensen, presenterades av Damien Neven och Lars-Hendrik Röller vid Konkurrensverkets första Pros and Cons 2002. Duso har sedan fortsatt detta arbete och jämfört kommissionens beslut i alla fas 2-ärenden samt ett antal fas 1-ärenden (kontrollgrupp) med aktiekurserna den dag transaktionen blev känd, den dag beslut fattades om att gå in i fas 2 och den dag kommissionen fattade slutligt beslut. Teorin är (kort och förenklat) att en höjning av priset på konkurrenternas aktier återspeglar förväntningar om minskad konkurrens medan en sänkning återspeglar förväntningar om ökad konkurrens på marknaden. En jämförelse har sedan gjorts mellan kommissionens beslut – förbjöds koncentrationer där aktiekursen steg och placerarna således förväntade sig mindre konkurrens och högre vinster för företag på marknaden efter koncentrationen, och vice versa? I den förra studien fann författarna relativt få tillfällen av s.k. Typ 1-fel, dvs. där kommissionen hade förbjudit en koncentration som marknaden förväntade sig skulle få positiva effekter på konkurrensen. Däremot fanns det en hög frekvens av s.k. Typ 2-fel, dvs. där kommissionen inte hade stoppat en koncentration eller krävt åtaganden, men aktiekursen visade på förväntningar om negativa effekter på konkurrensen. Senare studier utförda av Duso m.fl. visar bl.a. att Typ 1-fel är vanligare i fas 1 och då marknaden är snävt avgränsad, medan Typ 2-fel blivit mindre vanliga i fas 2. Vidare hade försök gjorts att se om det fanns någon korrelation mellan "felbeslut" och olika utredningsvariabler (inträdeshinder, marknadsavgränsning etc).

Duso redogjorde även för en nyligen genomförd utvärdering av samgåendet mellan de brittiska bokhandelskedjorna Waterstone och Ottakar som godkändes av Competition Commission 2006. Ett urval av 200 boktitlar i olika genrer visade inga signifikanta prisskillnader före och efter samgåendet beroende på om de såldes i geografiska områden där parterna inte hade haft överlappande verksamhet eller i områden där båda parter haft verksamhet och där koncentrationen därför borde ha haft störst effekt.

Ytterligare ett sätt att utvärdera tidigare beslut i företagskoncentrationer är att genomföra förvärvssimuleringar, som annars används för att bedöma förväntade effekter. Först används ex-ante data för att skatta effekterna, därefter ex-post data för att analysera dem och sedan jämförs resultaten. Viss försiktighet krävs dock vid valet av kontrafaktiskt scenario i dessa jämförelser.

Dusos bidrag hade studerats av *John Davies* från OECD och tidigare vid Competition Commission. Davies hade vissa invändningar mot den första metoden och vilka slutsatser man egentligen kan dra av aktiemarknadens reaktioner. Vilken skadeteori hade t.ex. legat bakom kommissionens beslut? Aktiekurserna kanske kunde reflektera exploaterande effekter, som t.ex. prishöjningar, men antagligen inte exkluderande effekter, som utestängning av konkurrenter. Vidare kanske farhågorna om negativa effekter avser endast en mindre del av koncentrationen som helhet. Hur mycket reflekteras detta på aktiemarknaden? De redovisade undersökningresultaten gav möjligen gav vid handen att kommissionen hade lyckats lika bra genom att singla slant. Davies menade också att det i viss mån faktiskt går att förutse kommissionens beslut. Samtidigt kan det vara svårt att veta om aktiemarknaden reagerar på samgåendets förväntade effekter på konkurrensen eller om samgåendet t.ex. utlöser en oro i stort för den aktuella branschen.

Aditi Mehta presenterade sin undersökning "**Choosing the Appropriate Control Group in Merger Evaluations**".

Det fall hon och hennes medförfattare hade tittat på var samgåendet mellan Delta Airlines och Northwest Airlines i USA 2008, en koncentration som resulterade i världens största flygbolag. Som metod användes en vanlig "differences-and-differences-analysis", där bolagens priser på olika flyglinjer före och efter samgåendet jämfördes. Det har gjorts åtskilliga sådana analyser av samgåenden mellan flygbolag de senaste 15 åren, bl.a. beroende på att det finns gott om data att analysera. Normalt jämförs flygsträckor där konkurrensen minskade till följd av samgåendet med en kontrollgrupp av flygsträckor som är lika långa men som inte påverkades av koncentrationen. Det har dock inte kontrollerats för så mycket mer än just flygsträckan. Det som nu framför allt hade överraskat var den stora betydelse valet av kontrollgrupp hade för regressionsanalysen, när hänsyn togs till flera faktorer. En första analys tydde på att det aktuella samgåendet hade inneburit en signifikant prishöjning på ca 4 procent. Genom att ta hänsyn till olikheter mellan Delta/Northwests flygsträckor och kontrollgruppen kom resultaten dock att variera betydligt. En noggrann analys av antalet resande för varje rutt indikerade t.ex. att priseffekten var betydligt lägre för lågtrafikerade flygsträckor än för högtrafikerade. En annan faktor var att samgåendet ägde rum just när ekonomin gick in i en recession, något som kunde antas påverka vissa sträckor mer än andra beroende på förhållanden på destinationsorten. Det fanns också anledning att jämföra demografiska förhållanden på flygsträckornas destinationsorter. En möjlig fortsättning på arbetet skulle kunna vara att med hjälp av olika data skapa "syntetiska" rutter, viktade genomsnitt av alla kontrollrutter där vikterna i möjligaste mån skulle efterlikna de påverkade rutterna.

Mehtas arbete kommenterades av *Mateusz Blachucki* från den polska konkurrensmyndigheten. Inledningsvis förklarade han att den polska konkurrensmyndigheten

digheten ställde sig tveksam till att göra den här typen av ex post utvärderingar av sina beslut, eftersom man inte hade tillräcklig erfarenhet för att göra en ordentlig analys. En fråga var om man skulle göra det internt eller externt, där externt utförd utvärdering troligtvis skulle vara bättre men dyrare. Marknadsanalyser i form av enkäter var inte heller något perfekt verktyg, bättre att föra informella samtal med företag på marknaden för att få höra deras syn på hur den fungerade. Han fann dock Mehtas arbete intressant och ställde några metodfrågor.

Efter lunch startade *Michal Gal* från Universitetet i Haifa med "**Merger Policy for Small and Micro Jurisdictions**".

Kontroll av företagskoncentrationer fanns 1989 i 8 länder och 2009 i inte mindre än 110 länder världen över. Många länder tar helt enkelt över andra länders regler. Gal har undersökt om detta alltid är så lämpligt för små ekonomier och s.k. mikroekonomier. Relevanta faktorer att ta hänsyn till är bland andra möjligheten att bedriva tillsyn, vilken ekonomisk analys som kan utföras på alla nivåer i beslutsprocessen, vilka legala och praktiska verktyg som finns för att samla relevant information och risken för politisk påverkan på beslutsfattaren. Regler som främjar effektivitet i vissa länder kan i stället generera höga kostnader och minskad välfärd under mindre utvecklade institutionella förhållanden.

Små ekonomier brukar dela tre egenskaper: höga koncentrationsnivåer inom industrin, höga inträdeshinder och suboptimal produktionsnivå. Detta skapar en spänning mellan effektivitet i produktionen och konkurrensvillkor. Vidare karaktäriseras små ekonomier ofta av att ett fåtal stora företag kontrollerar en stor del av landets ekonomiska aktivitet och att den ekonomiska och politiska eliten är tätt sammanlänkad.

Skalfördelar gör att marknaden kanske kan bära bara ett eller ett fåtal företag. En företagskoncentration kan därför påtagligt öka den inhemska marknadsmakten, samtidigt som den kan vara nödvändig för att företagen ska nå sådan effektivitet att de kan utvecklas och t.ex. konkurrera utomlands. Vidare kan kostnaderna för tillsynen vara relativt högre för såväl staten som de samgående företagen jämfört med i större ekonomier. Ytterligare ett speciellt fenomen i små ekonomier kan vara förekomsten av stora dominerande konglomerat – i t.ex. Hong Kong svarar de 16 största konglomeraten för 84 procent av landets BNP och i Israel står lika många konglomerat för nästan 50 procent. Konglomeraten får i sådana länder en särskild roll – de kan t.ex. internt kompensera för och övervinna inhemska problem som dåligt fungerande finansmarknader eller statliga institutioner. Samtidigt blir företag utanför konglomeraten mer sårbara. Vidare kan konglomeraten representera stora och viktiga framtida arbetsgivare också för dem som är satta att utöva tillsyn. De skapar också stora inträdesbarriärer samtidigt som de

sällan är mer effektiva än fristående företag, vilket resulterar i både sämre tillväxt och välfärd. Gal frågade sig därför om kontroll av företagskoncentrationer verkligen effektivt kan hantera alla problem som uppstår på en konglomeratdominerad marknad. I Israel hade t.ex. ny lagstiftning införts för att skapa en viss ägarseparation inom och mellan konglomeraten. Gal varnade också för att hamna i "marknadsandelssällan". I små ekonomier blir marknadsandelarna ofta höga vilket lätt kan leda till slutsatsen att koncentrationen i fråga är negativ för ekonomin – men i små ekonomier är det särskilt viktigt att beakta dynamiska aspekter på konkurrensen.

Kontroll av företagskoncentrationer skapar därför ofta dilemman i små ekonomier. Å ena sidan kan man förhindra koncentrationer som skapar långsiktiga negativa effekter på ekonomin som marknadens osynliga hand inte kan korrigera. Å andra sidan är priset för felaktiga beslut som förhindrar konkurrensfrämjande koncentrationer särskilt högt för små ekonomier, liksom de administrativa kostnaderna för att upprätthålla reglering och tillsyn. Det finns därför anledning att noga väga potentiella kostnader och fördelar mot varandra vid införandet av regler om företagskontroll i små ekonomier.

Gals arbete kommenterades av *Vincent Martenet* från den schweiziska konkurrensmyndigheten. Generellt ställde han sig skeptisk till att små ekonomier skulle använda sig av andra konkurrenstest eller marknadsdefinitioner än stora. Han menade t.ex. att EU:s SIEC-test var flexibelt nog också för små ekonomier. Han menade också att det kan finnas stora fördelar för små ekonomier att ta hjälp och stöd av större länder. Schweiz har t.ex. goda och nära kontakter med EU.

Det sista bidraget, "**Merger Screening in Markets with Differentiated Products**", presenterades av *Lars Sørgard* från universitetet i Bergen.

Han beskrev de nyare metoder som utvecklats i USA och UK under senare år, nämligen Upward Pricing Pressure (UPP) respektive Illustrative Price Rise (IPR). Dessa metoder har fått komplettera eller i vissa fall t.o.m. ersätta de traditionella marknadsavgränsningarna med beräkning av marknadsandelar som metod för att identifiera potentiellt problematiska företagskoncentrationer. Sørgard pekade på att en marknadsavgränsning med fokus på marknadsandelar kan vara problematisk särskilt på marknader med differentierade produkter. De nyare metoderna UPP och IPR är mer inriktade på att mäta unilaterala effekter av ett samgående.

UPP-metoden ger en möjlighet att mäta det direkta konkurrenstrycket mellan de samgående företagen. Om företagen är nära konkurrenter, dvs. kunderna till stor del har dem som sitt andraalternativ, ökar risken för prishöjningar efter samgåendet. UPP kan dock inte prognostisera hur stor prishöjningen kan tänka bli och lämpar sig därför enligt Sørgard framför allt som en tidig kontroll om för-

värvet är potentiellt problematiskt. Med information om diversionskvoterna (kundströmmarna) mellan företagen och deras bruttomarginaler, är det emellertid möjligt att också skatta prisökningarnas storlek efter koncentrationens genomförande (IPR). Det finns en del metodproblem som man bör ta hänsyn till. Sørgard menade samtidigt att detta inte är så problematiskt, eftersom metoderna om de används som screeningverktyg i ett tidigt skede av utredningen snarast riskerar ge "falskt alarm". Detta kan åtgärdas eftersom myndigheten alltid kan släppa en koncentration i ett senare skede. Han varnade dock för att konkurrensmyndigheten inför sitt slutliga beslut måste vara försiktig och noggrann i analysen och väga in också andra aspekter som t.ex. inträdeshinder och ompositioneringar på marknaden. På det hela taget var Sørgard dock mycket positiv till de nya metoderna, som han ansåg i vissa fall vara en klar förbättring jämfört med den tidigare traditionella metoden med marknadsandelar. Han hänvisade bland annat till ett norskt fall inom dagligvaruhandeln, Norgesgruppen/Drageset från 2008, där höga marknadsandelar indikerade konkurrensproblem på en lokal marknad (Voss), men där en kundundersökning utanför butikerna snabbt visade på låga diversionskvoter mellan de samgående företagen och att kunderna hade flera högre rankade alternativ. Sørgard konstaterade också att en jämförelse mellan UPP, IPR och SSNIP visade att testerna delade vissa utmärkande drag – de resulterade i snäva marknadsavgränsningar och koncentrationer klassades som potentiellt problematiska om 1) diversionskvoterna mellan de samgående företagen var höga och 2) pris-kostnadsmarginalerna var höga. Detta visade att fokus i effektanalysen borde ligga på de två sistnämnda faktorerna.

Opponenten *Manuel Sebastião* från den portugisiska konkurrensmyndigheten var tveksam till om han vågade låta de nya metoderna ersätta traditionell marknadsavgränsning. Framför allt undrade han om domstolarna verkligen skulle godta fall utan marknadsavgränsning och påpekade att domarna inte alltid förstår den ekonomiska analysen.

Dagens sista programpunkt var en ovanligt livlig paneldebatt under rubriken **"New tools like UPP – just for screening or more?"**, ledd av *Dan Sjöblom*, generaldirektör för Konkurrensverket, och med flera inlägg också från publiken.

Inte många verkade beredda att lämna traditionella marknadsavgränsningar för nya metoder, möjligen kunde de användas som komplement eller som stöd i ett tidigt stadium för beslut om att gå in i fas 2. Vincent Martenet menade att eftersom Schweiz fortfarande har ett dominanstest, skulle det vara svårt att frånga den gamla ordningen. Per Hellström ansåg att förhandskontakter med förvärvsparterna var bättre än UPP för att identifiera de fall där kommissionen kunde tänkas vilja gå vidare. Manuel Sebastião tyckte att parterna själva borde utföra kundundersökningar innan de inledde förhandskontakter med konkurrensmyndigheten och tillhandahålla myndigheten sina diversionskvoter och marginaler. Lars Sörgard påpekade att traditionella marknadsavgränsningar inte alltid är perfekta de heller, och John Davies hakade på med att inga metoder egentligen är perfekta men att UK har goda erfarenheter av att använda IPR. Dan undrade om konkurrensmyndigheterna riskerade att gå för långt med alla nya metoder. Per H framhöll att det fortfarande måste finnas en god historia, dvs. en trovärdig skadeteori, att beskriva och visa stöd för. Domstolarna har i allmänhet inga ekonomiska experter och inga ekonomiska metoder är perfekta. Därför kommer myndigheterna i allt väsentligt att behöva göra samma utredningar som tidigare. Manuel S funderade över vad som händer om de olika ekonomiska analyserna motsäger varandra, t.ex. att koncentrationen borde godkännas trots höga marknadsandelar. John D menade att detta inte är helt ovanligt, t.ex. när parterna inte är nära konkurrenter och marginalerna är låga. Det viktiga är att först analysera varför resultaten blir olika. Vincent M såg inte heller något ovanligt i att utredningar i slutändan kan visa motsägelsefulla resultat och menade att han i sådana fall snarast såg skäl att godkänna koncentrationen i fråga. En slutlig fråga från Dan var om konkurrensmyndigheterna kan måla in sig i ett hörn med alla ekonomiska analyser, så att företagen till slut använder frånvaron av en viss typ av undersökningsmetod i ett ärende som ett argument mot myndighetens utredning. Per H trodde att det kan bli problematiskt om myndigheterna t.ex. i sina riktlinjer börjar presentera olika metoder som "the legal test", men alla var eniga i att det måste vara upp till myndigheten att avgöra vilken undersökningsmetod man använder i det enskilda fallet.

Avslutningsvis fick publiken traditionsenligt veta vilket som blir nästa tema, nämligen *"The Pros and Cons of Counterfactuals"*.

/Maria Ulfvensjö Baltatzis