

När information skadar konkurrensen
- en studie av horisontellt informationsutbyte i teori och praktik

Examensarbete i konkurrensrätt, 20 p

Författare: Michael Lindqvist
Handledare: Eva Edwardsson

VT 2006

Innehåll

1 Inledning.....	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Syfte och avgränsning	7
1.3 Metod.....	8
1.4 Disposition.....	8
2 Relevanta rättsregler	9
2.1 EG-rätt	9
2.1.1 Avtalskriteriet	9
2.1.2 Konkurrenshämmande syfte och resultat	10
2.1.3 Märkbarhet	11
2.2 Svensk rätt	11
2.3 Kommunikationens nödvändighet.....	12
3 Informationssamarbete	14
3.1 Juridiskt synsätt	14
3.1.1 Kommissionens syn.....	15
3.1.2 Konkurrensverkets syn	16
3.2 Informationsutbyte ur ekonomiskt perspektiv	17
4 Marknadsstrukturella faktorer	19
4.1 Samordning i ekonomisk och juridisk bemärkelse.....	19
4.2 Strukturella faktorer som underlättar kartellbildning	20
4.2.1 Produktens homogenitet	21
4.2.2 Stabil omsättning	22
4.2.3 Stabila marknadsledare.....	22
4.2.4 Marknadens transparens	23
4.2.4.1 Transparensökning genom utbyte av information	24
4.2.4.2 Informationsutbytet – en del av undersökningsmekanismen	24
4.2.4.3 Bättre investeringsbeslut marknadens organisation	25
4.2.4.4 Produktionsjusteringar.....	25

4.2.4.5 Underlättar valet av det mest effektiva företaget.....	25
4.2.4.6 Lindrar problemen med ”Winner’s curse”	25
4.2.4.7 Effektiv fördelning av varor	26
4.2.5 Marknadens koncentration	26
4.2.6 Inträdesbarriärer.....	26
4.2.7 Kapacitetsbegränsningar.....	27
4.2.8 Lönekostnader	27
5 Rättsfallsgenombgång	28
5.1 Woodpulp	28
5.1.1 Marknadsstrukturen	28
5.1.2 Informationsutbytet	28
5.1.3 Kommissionen	28
5.1.4 Domstolen.....	29
5.1.5 Woodpulp i doktrinen.....	30
5.1.6 Kommentar	31
5.2 COBELPA.....	32
5.2.1 Marknadsstrukturen	32
5.2.2 Informationsutbytet	32
5.2.3 Kommissionen	32
5.2.4 Kommentar	33
5.3 Fatty Acids.....	35
5.3.1 Marknadsstrukturen	35
5.3.2 Informationsutbytet	35
5.3.3 Kommissionen	35
5.3.4 Fatty Acids i doktrinen	36
5.3.5 Kommentar	37
5.4 EUDIM	37
5.4.1 Marknadsstrukturen	38
5.4.2 Informationsutbytet	38
5.4.3 Kommissionen	38
5.4.4 EUDIM i doktrinen.....	39
5.4.5 Kommentar	39
5.5 U.K. Tractor.....	40

5.5.1	Marknadsstrukturen	40
5.5.2	Informationsutbytet	41
5.5.3	Kommissionen	41
5.5.4	U.K. Tractor i doktrinen	43
5.5.5	Kommentar	44
5.6	SPI	45
5.6.1	Marknadsstrukturen	45
5.6.2	Informationsutbytet	46
5.6.3	Konkurrensverket	46
5.6.4	SPI	47
5.6.5	Marknadsdomstolen	47
5.6.6	SPI i doktrinen	48
5.6.7	Kommentar	48
6	Analys och avslutande kommentar	50
6.1	Inledning	50
6.2	Steg 1: Avtal eller samordnat förfarande.....	50
6.3	Steg 2: Informationsutbytets inverkan på marknaden	51
6.4	Steg 3: Skadliga verkningar av tillförd transparens.....	51
6.5	Konkurrensskadebedömningen vid transparensökning	52
6.5.1	Transparensökning allmänt	52
6.5.2	Informationens art till grund för bedömningen	52
6.5.3	Försäljningsinformation	53
6.5.4	Produktionsvolym	54
6.5.5	Prisinformation	54
6.5.6	Aggregerad information	55
6.5.7	Annan information.....	55
6.6	Marknadsstrukturens betydelse	56
6.7	Slutsatser gällande rätt.....	57
7	Källförteckning	59

1. Inledning

1.1 Introduktion

Människor inom samma ekonomiska verksamhet har i urminnes tider sökt varandra för att diskutera och dela med sig av gemensamma intressen och angelägenheter. Förekomsten av olika slags handelsorganisationer finns omnämnd redan i bibeln och källor daterade från romartiden.¹ Under medeltidens Europa växte skråväsendet fram där medlemmarna, oftast hantverkare, slöt sig samman för att värna om yrkets intressen, ofta med produktionsmonopol som målsättning.² Inom skråväsendet utbyttes information om t ex uppförandekoder och affärsstrategier. Skråväsendets verksamhet sågs i allmänhet som konkurrenshämmande trots att den också bidrog till viss teknisk utveckling inom yrket.³

Tillgången på information är en viktig faktor för ett företags verksamhet. God information om marknaden underlättar för företaget att göra kloka investeringar och utforma vinstgivande affärsstrategier. Insamlingen av information sker på olika sätt, varav informationssamarbeten är ett. Ett informationssamarbete mellan företag är en överenskommelse om att utbyta något slags information, ofta statistik över försäljning eller priser. Det kan exempelvis vara fördelaktigt för företag inom en viss bransch att utbyta prisinformation i syfte att säkerställa en viss prisnivå gentemot leverantörer eller att utbyta statistik över försäljningar i syfte att öka förståelsen för marknaden och därmed bespara företaget dyra undersökningskostnader. Informationssamarbeten sker antingen genom direktkontakt mellan de inblandade aktörerna eller genom en förmedlare, t ex en branschorganisation.

Informationssamarbeten väcker inte sällan konkurrensrättsliga frågor. Trots avsaknad av uttryckliga intentioner om att begränsa eller snedvräta konkurrensen kan sådana resultat uppkomma. Ju större kunskap företagen har om varandra, desto större är risken för att aktörerna baserar sina framtida affärsdrag på denna kunskap. Saknas därför vid planeringen av affärsdragen ett osäkerhetsmoment beträffande konkurrenternas agerande kan företagens agerande inte anses självständigt. Risken för att företagen samordnar

¹ Bissocoli, s. 79f

² Nationalencyklopedin, "branschföreningar"

³ Bissocoli, s. 80

sina verksamheter anses i sådana fall öka och konkurrensen blir lidande. Regelbundet informationsutbyte underlättar också upprätthållandet av olagliga karteller då informationen kan användas som ett verktyg för att spåra avvikelser från det överenskomna.

Trots att informationsutbyten numera är ett hett ämne inom konkurrensrättsliga kretsar är det förvånansvärt sparsamt behandlat. På det ekonomiska området finns visserligen en tilltagande diskussion, men ur juridisk synpunkt är anmärkningsvärt få sidor tillägnade ämnet. En av anledningarna härtill är antagligen att informationsutbytets väsen är svårbeskrivligt i juridiska termer. Den juridiska bedömningen är hänvisad till i förväg uppsatta regler vars tillämpning i sin tur är beroende av bevisfaktorer. Då konkurrensreglernas övergripande målsättning är att upprätthålla en effektiv konkurrens är en grundläggande frågeställning i min framställning hur det är möjligt att fånga ett informationsarbete inom det juridiska ramverket.

1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med uppsatsen är att identifiera de faktorer som har betydelse för konkurrenska-
debedömningen vid informationsutbyten. Jag utreder mekanismerna bakom hur dessa faktorer behandlas i gemenskapsrätten och, till viss del, inom svensk rätt.

Litteraturen på området domineras av nationalekonomiska framställningar. Med utgångspunkt i framför allt Kühns och Vives verk "Information Exchanges Among Firms and Their Impact on Competition" jämför jag de faktorer som ur nationalekonomiskt perspektiv anses skapa risker för konkurrensen med betydelsen de har i juridisk mening. Syftet med tillvägagångssättet är att undersöka om konkurrensreglernas utformning medger en effektiv bekämpning av konkurrensskadligt informationsutbyte.

Jag har begränsat framställningen till horisontella informationsutbyten under EGFördragets artikel 81(1) samt, gällande svensk rätt, 6 § konkurrenslagen. Jag bortser i min behandling av ämnet från sådana resultat som kan falla under artikel 81(3) respektive 8 § konkurrenslagen. Med informationsutbyten avses i uppsatsen primärt utbyte av statistik. Från samarbeten mellan företag där annan typ av information delas, exempelvis erfarenheter från forskning och utveckling, bortses i regel.

1.3 Metod

För att uppnå syftet med denna uppsats har jag använt en rättsdogmatisk metod. Jag har granskat ett urval av de i litteraturen flitigast diskuterade gemenskapsrättsliga fallen på området. Jag har även beaktat ett svenskt fall. Anledningen till det begränsade svenska urvalet är att Marknadsdomstolens praxis på området är mycket sparsam samt att de gemenskapsrättsliga fallen har betydelse även för svenskt vidkommande.

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds med en introduktion av de relevanta rättsreglerna i både gemenskapsrätt och svensk rätt. Härvid utreds de faktorer som krävs för att ett agerande skall fångas upp av det konkurrensrättsliga regelverket. Då informationsutbyte i sin striktaste mening inte är annat än kommunikation mellan företag ägnas en relativt ingående diskussion åt betydelsen härav.

I kapitel 3 får läsaren stifta bekantskap med den rådande synen på informationsutbyten i ekonomisk teori samt Kommissionens och Konkurrensverkets generella uppfattningar.

I påföljande kapitel 4 diskuteras marknadsstrukturella faktorer. Läsaren upplyses om vilka faktorer som gör en marknad mottaglig för konkurrenshämmande verksamhet samt hur informationsutbyten påverkar dessa faktorer.

Kapitel 5 är tillägnat en ingående rättsfallsgenomgång. Såväl referat, doktrin och egna kommentarer behandlas för att ge läsaren en förståelse för hur den juridiska systematiken är upplagd bakom behandlingen av informationsutbyten.

I det avslutande kapitel 6 sammanfattas det juridiska angreppssättet, vilken inverkan informationsutbyten har på marknaden samt vilka faktorer som beaktas vid konkurrens-skadebedömningen. En diskussion förs omkring vilken typ av informationsutbyten som i regel är förbjuden, på vilket sätt och varför den är det. Uppsatsens sista avsnitt innehåller den enligt min mening rådande synen på informationssamarbeten samt en jämförelse mellan denna och Kühns och Vives uppfattning.

2. Relevanta rättsregler

2.1 EG-rätt

Det är framför allt artikel 81 i EG-fördraget (EGF) som är tillämplig vid informationsutbyten. Utgångspunkten är att två eller flera företag tillsammans har utfört den konkurrensskadliga handlingen.

Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att...

2.1.1 Avtalskriteriet

Innebörden av det konkurrensrättsliga avtalskriteriet skall skiljas från den innebörd avtalsbegreppet har i allmän civilrätt, dvs i regel att samstämmiga viljeförklaringar leder till att rättigheter och förpliktelser uppstår. Det konkurrensrättsliga avtalet är ett betydligt vidare begrepp där innehållet inte nödvändigtvis måste fastställas i någon större detalj. I praxis har exempelvis sk ”gentlemen’s agreement”⁴ och obindande överenskommelser⁵ ansetts uppfylla avtalskriteriet.

Artikel 81 skiljer visserligen mellan ”avtal” och ”samordnade förfaranden”, men domstolarna är vid bestämmelsens tillämpningen inte bundna av att kategorisera ett visst handlande under något av de ovanstående. I fallet Dyestuffs uttalade domstolen att regleringens syfte var att omfatta sådant samarbete där konkurrensmässiga risker ersattes, detta även om samarbetet inte uppnått kriterierna för ett avtal.⁶ Artikelns utformning möjliggör att förbudet mot konkurrenshämmande verksamhet kan omfatta andra ageranden mellan företag med syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen, inte enbart explicita avtal. Företag som samarbetar i syfte att vinna fördelar på bekostnad av konkurrensen gör det vidare inte sällan genom olika åtgärder som kanske inte var och en för sig är tillräckliga för att skada konkurrensen men sammantaget har detta syfte eller resultat. Domstolen har konstaterat att företagens agerande i sådana

⁴ Mål 41/69 Chemifarma NV mot Kommissionen, p. 9

⁵ O.J. 1982, L 232 s. 1

⁶ Mål 48/69 Imperial Chemical Industries mot Kommissionen, p. 64

fall kan utgöra en enda stor, komplex överträdelse bestående av exempelvis dels ett avtal, dels ett samordnat förfarande.⁷

Genom att artikeln även inrymmer ”beslut av företagssammanslutningar” är det möjligt att fälla branschorganisationer under artikel 81. Besluten behöver i dessa sammanhang inte vara bindande, även rekommendationer kan finnas ha konkurrenshämmande effekter.

2.1.2 Konkurrenshämmande syfte och resultat

Syfte respektive resultat är alternativa rekvisit. Står det klart att ett samarbete mellan företag har ett konkurrenshämmande syfte behöver något resultat inte beaktas.⁸ Med syfte avses avtalets objektiva syfte, inte företagets subjektiva uppsåt. Syftet fastställs genom analys av tillämpningen av avtalet enligt dess objektiva lydelse. Leder tillämpningen av hela eller en del av avtalet till ett resultat som anses skada konkurrensen är syftesrekvisitet uppnått.

Kan något konkurrenshämmande syfte inte fastställas måste domstolen bedöma om avtalets resultat varit konkurrenshämmande, d v s om avtalet faktiskt skadat konkurrensen. Bedömningen riskerar att bli komplicerad då rådande marknadssituation jämförs med fallet att avtalet aldrig existerat.⁹ Bedömningen förenklas emellertid något av att det är tillräckligt att avtalet har potential att skada konkurrensen. Någon faktiskt skada behöver i sådana fall inte styrkas om framtida konkurrenshämmande effekter av avtalet är tillräckligt märkbara.¹⁰

Mot bakgrund av det sagda kan den faktiska skillnaden mellan syfte och resultat te sig svårbegriplig. Enligt fallet *Société Technique Minière*¹¹ krävs ett test av följderna av avtalets tillämpning oavsett om det rör sig om dess syfte eller resultat. Enligt Richard Whish är syftet uppfyllt när avtalets objektiva tillämpning leder till en viss typ av följder som automatiskt anses konkurrenshämmande. Det krävs då inte någon vidare utred-

⁷ Se t.ex. mål C-49/92, Kommissionen mot Anic Partecipazione SpA, p. 117

⁸ 56/64 och 58/64 Consten och Grundig mot Kommissionen, p. 342

⁹ Se ang. tillämpningen av art 81(1) fall 56/65 *Société Technique Minière* mot *Maschinenbau Ulm GmbH*, s. 249f

¹⁰ O.J. L 68 1992, UK Agricultural Registration Exchange

¹¹ Mål 56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.)* mot Kommissionen

ning om avtalets konsekvenser faktiskt har skadat eller hotar skada konkurrensen.¹² Syftesrekvisitet anses i regel uppfyllt då något av de i artikel 81 exemplifierade effekterna, samt ytterligare några, omfattas av avtalet. Det försvar som parterna kan åberopa i en situation då syftesrekvisitet är uppfyllt är att något av rekvisiten i artikel 81(3) är uppfyllt. Enligt Whish är horisontella avtal i regel konkurrenshämmande om syftet är

- prisfixering,
- marknadsuppdelning,
- produktionsbegränsning,
- försäljningsbegränsning,
- utbyte av prisinformation eller
- kollektiva exklusivavtal.¹³

2.1.3 Märkbarhet

För tillämpning av konkurrensreglerna krävs att avtalet har en märkbar effekt på konkurrensen som helhet. Ett avtal är i regel inte konkurrensskadligt så länge de inblandade företagens närvaro på marknaden är obetydlig. Det krävs att de inblandade företagen besitter ett visst ekonomiskt inflytande för att bli föremål för regleringen.¹⁴ Vissa skatteavtal är särskilt reglerade. Enligt Commission's Notice on Agreements of Minor Importance¹⁵ utgör horisontella avtal mellan företag vars sammantagna marknadsandel inte överstiger 10 procent på marknaden inte en märkbar effekt på marknaden, p. 7(a). Procentspärren tillämpas dock inte på avtal där syftet är prisfixering, begränsning av försäljning eller produktion samt uppdelning av marknaden, p. 11(1). Stadgandet innebär inte att denna typ av avtal alltid medför märkbara effekter på konkurrensen. Kommissionen har alltså möjlighet att finna att så inte är fallet.¹⁶

2.2 Svensk rätt

Den svenska konkurrenslagen (1993:20) utformades med EG:s konkurrensregler som modell. Den europarättsliga praxisen är direkt vägledande vid tillämpningen av lagen. Avtalskriteriet framkommer i 6 § KL:

¹² Whish, s. 111

¹³ A a, s. 113 ff

¹⁴ Mål 5/69 Völk mot Vervaecke

¹⁵ O.J. 2001 C 368/13 Commission's notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1)

¹⁶ Whish, s. 135.

Om något annat inte följer av 8, 8 a, 18 c eller 18 e §, är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Den i realiteten största skillnaden vid tillämpningen av 6 § KL jämfört med artikel 81 EGF är att den förstnämnda kräver ett hämmande av konkurrensen på en marknad inom Sveriges gränser medan EG-fördraget kräver effekter på den mellanstatliga marknaden.

2.3 Kommunikationens nödvändighet

I en uppsats om informationsutbyten hamnar den självklara tyngdpunkten på vilken inverkan ett sådant utbyte har på konkurrensen. Kommunikation är en förutsättning för tillämpligheten av artikel 81. Problematiken kring informationsutbyten karaktäriseras därför av i vilken utsträckning det är tillåtet för företag att använda kommunikation som ett medel för att öka sin kunskap om marknaden.

I avtalskriteriets natur ligger att kommunikation har ägt rum mellan minst två företag. Trots begreppets i konkurrenshänseende vida innebörd är det knappast möjligt att konstatera ett avtal mellan parter som aldrig varit i kontakt med varandra. Konkurrensmyndighetens eller domstolens uppgift vid informationssamarbeten är att uppskatta om överenskommelsen att utbyta information har konkurrensskadlig syften eller sådana effekter. En bedömning av vad företagen kan göra med den utbytta informationen blir därför nödvändig. Vid bedömningen finns viss vägledning att hämta i den praxis som utvecklats omkring samordnade förfaranden, där kommunikation också är nödvändigt.

Den klassiska, juridiska definitionen av samordnat förfarande återfinns bland annat i fallet *Dyestuffs*:

Although every producer is free to change his prices, taking into account in so doing the present or foreseeable conduct of his competitors, nevertheless it is contrary to the rules on competition contained in the treaty for a producer to cooperate with his competitors, in any way whatsoever, in order to determine a coordinated course of action relating to a price increase and to ensure its success by prior elimination of all uncertainty as to each other's conduct regarding the essential elements of that action, such as the amount, subject-matter, date and place of the increases.¹⁷

I definitionen skiljs mellan marknadsanpassning genom observation av konkurrenter

¹⁷ Imperial Chemical Industries Ltd. Mot Kommissionen, fall 48/69, p. 118

och samarbete mellan konkurrenter. Det etablerades därmed ett krav på något slags kontakt mellan för att ett samordnat förfarande skall kunna ske. Genom kommunikationen ersätter aktörerna den osäkerhet om varandras strategier och beteenden som råder på en konkurrensutsatt marknad mot möjligheten att kunna ta ut högre priser. Den kortsiktiga vinsten av att genom priskonkurrens öka sitt marknadsinnehav får stå tillbaka för den långsiktiga vinsten av att kunna ta högre priser.

I fallet *Suiker Unie* vidareutvecklade domstolen definitionen av det samordnade förfarandet något:

The concept of a 'concerted practice' refers to a form of coordination between undertakings, which, without having been taken to the stage where an agreement properly so-called has been concluded, *knowingly* substitutes for the risks of competition, practical cooperation between them which leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the importance and number of the undertakings as well as the size and nature of the said market.¹⁸ (Författarens kursivering)

Även om det implicit framgick redan av *Dyestuffs* klargörs det i *Suiker Unie* att det skall vara fråga om ett medvetet agerande och inte något som stammar enbart från rådande marknadsförhållanden. Den situation som kommer att uppstå eller har uppstått, d v s syftet eller resultatet, skall skilja sig från den som hade rått på samma marknad utan samarbetet i fråga. Agerandet skall ha tillfört marknaden något skadligt, en visshet eller en kunskap hos företagen om varandras agerande, som i normala fall inte finns. Som nedan diskuteras anses vissa marknadsstrukturer underlätta för företag som vill samarbeta. Finns exempelvis endast två stora aktörer på en marknad (duopol) är sannolikheten hög att dessa automatiskt samordnar sina verksamheter. Det blir lockande att gemensamt höja priserna för att skörda högre vinster. Prishöjningen kan visserligen ske genom att företagen i hemlighet kommer överens om det men likaväl genom att det ena företaget höjer priset varpå det andra följer efter. I det senare fallet har en marknadsanpassning grundad på observation skett vilket gör att det oönskade resultatet knappast kan anses ha tillförts marknaden på grund av ett samordnat förfarande; det är snarare ett resultat av marknadens struktur. Produkts- och marknadsförhållanden begränsar alltså utrymmet av att finna samordnade förfaranden på marknader där konkurrenterna av naturliga skäl följer varandras beteenden.¹⁹

¹⁸ Mål 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73 *Suiker Unie* UA m.fl. mot Kommissionen, p. 26

¹⁹ Se målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85 till C-129/85 A. Ahlström *Osaakehtio* m.fl. mot Kommissionen (*Woodpulp*)

3. Informationssamarbete

3.1 Juridiskt synsätt

I de fall informationssamarbeten ansetts utgöra överträdelse av artikel 81 har det antingen setts som en del i ett avtal eller samordnat förfarande eller som en överträdelse i sig.²⁰ Fördelen med att direkt kunna angripa ett informationsutbyte är att det ur bevishänseende kan vara betydligt enklare att visa att två eller flera företag enbart utbytt information mellan varandra än att de faktiskt har ingått ett samarbete med syfte eller resultat att snedvrída konkurrensen. För att finna att lagstridigt samarbete ägt rum krävs i regel bevis i form av mötesprotokoll eller vittnesmål, vilket kan vara svårt att frambringa.²¹ Bevisningen vid styrkande av ett rent informationssamarbete är oftast mer lättillgänglig då den inte sällan sker relativt öppet i exempelvis branschorganisationer.

Som konstaterats anses kommunikation vara en förutsättning för att ett avtal eller samordnat förfarande i juridisk mening skall kunna ske. Det är därför möjligt att med hänvisning till kommunikationen som enda bevisning fälla aktörerna för konkurrensskadlig verksamhet. Ett sådant utslag är emellertid beroende av ett flertal andra faktorer. Grundläggande är alltså att rekvisiten i artikel 81 EGF respektive 6 § konkurrenslagen är uppfyllda, d v s att kontakten mellan företagen har till syfte eller resultat att skada konkurrensen. I regleringen ligger alltså ett krav på att företagen med hjälp av den vunna informationen kan uppnå konkurrensskadliga verkningar. Ett informationsutbyte torde därför inte vara olagligt i de fall den utbytta informationen inte möjliggör för konkurrenterna att samordna sina verksamheter på ett konkurrensskadligt sätt. Mot bakgrund av Suiker Unie krävs för konkurrensskadliga verkningar i regel att den ovisshet som råder om konkurrenternas agerande ersätts med en säkerhet om desamma. Som nedan kommer att visas är osäkerheten på marknaden till stor del beroende av marknadsstrukturen. Av detta följer att de kvalitativa krav som ställs på den utbytta informationen är relativa i förhållande till den aktuella marknaden.

Inrymt i kravet på att kommunikationen inte får eliminera ovissheten mellan företagen ligger att aktörernas agerande måste vara självständigt. Företagens självständighet måste

²⁰ Målen Dyestuffs (se not 16 ovan), Suiker Unie (se not 17 ovan) och Woodpulp (se not 18 ovan)

²¹ Mål T-2/89 Petrofina SA mot Kommissionen, p. 128

följaktligen ha påverkats av kommunikationen för att artikel 81 skall vara tillämplig. Fallet ”Suiker Unie” ger en första fingervisning om vilken typ av information som måste kommuniceras för att sådana effekter skall uppnås:

Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.²²

Stadgandet ”all direkt eller indirekt kontakt” är synnerligen vittomfattande och en ordagrann tolkning skulle i praktiken innebära ett totalförbud för all typ av kommunikation mellan konkurrerande företag. En sådan tolkning kan svårligen anpassas till en normalt fungerande marknad, stadgandet bör därför inte läsas för sig. I affärslivet sker dagligen kontakter mellan konkurrerande företag vilket ofrånkomligen har viss påverkan på hur företagen agerar. Företag kan också genom kommunikation söka förleda sina konkurrenter att ta beslut som är negativa för dem. Som tidigare konstaterats krävs att osäkerheten mellan företagen på en konkurrensutsatt marknad försvagas för att ett samordnat förfarande i strid med artikel 81 EGF skall föreligga. Kravet på självständighet bör ses som en del i denna konstruktion, varför det avgörande för ett intrång i självständigheten torde vara om informationsutbytet i tillräckligt stor utsträckning medger för aktörerna att förutse varandras framtida agerande.

3.1.1 Kommissionens syn

Kommissionens syn på informationssamarbeten ligger i linje med det synsätt på kommunikation som anammats i Suiker Unie. I en ”Cooperation Notice” från år 1968 uttalade Kommissionen att avtal om bl a statistikutbyte mellan konkurrerande företag där syftet enbart är att ta fram information som det enskilda företaget behöver för att självständigt och individuellt bestämma sitt framtida agerande på marknaden eller ger rätt för företagen att använda ett gemensamt rådgivningsorgan inte har något konkurrenshämmande syfte eller resultat.²³ I Cooperation Notice uttalades vidare svårigheten med att skilja mellan skadlig och oskadlig information. Det stadgades att det i regel inte går det att utgå ifrån att informationssamarbete inte strider mot artikel 81 EGF. I synnerhet på

²² Suiker Unie (se not 17 ovan), p. 174

²³ O.J. 1968 C 75

oligopolistiska marknader med homogena produkter kan konkurrenshämmande effekter inträda.

Nio år senare, i ”VIIth Report on Competition Policy” var synen något förfinad. Kommissionen gjorde nu åtskillnad mellan aggregerad information och information där enskilda företag kunde identifieras. Kommissionen sade sig inte ha något i princip att invända emot att företag jämförde statistiskt material. Inte heller att denna information bröts ned så att produkt, land eller tidsperiod kunde identifieras. Däremot var Kommissionen starkt kritisk emot utbytet av individuell information:

[T]he organized exchange of individual data from individual firms, such as figures on quantities produced and sold, prices and terms for discounts, higher and lower rates, credit notes and general terms of sale, delivery and payment, will generally be regarded by the Commission as practices which have as their object or effect the restriction or distortion of competition within the common market, and which are therefore prohibited.²⁴

Den på marknaden rådande strukturen uppgavs vidare spela en betydande roll. Riskerna för samordning ansågs särskilt stora på oligopolistiska marknader. Genom informationsutbyten ökade kunskapen om marknadsförhållandena, vilket ansågs stärka kopplingen mellan företagen. Det ansågs på så sätt möjligt för aktörerna att snabbt reagera på varandras beteenden, vilket minskade intensiteten i konkurrensen.²⁵

3.1.2 Konkurrensverkets syn

Konkurrensverket behandlar i ett numera upphävt allmänt råd²⁶ synen på informationsutbyten. Enligt rådet är det i allmänhet tillåtet att utbyta branschtäckande aggregerad statistik avseende förfluten tid, t ex uppgifter om produktionsvolym och priser. Det anses vidare tillåtet för branschorganisationer att samla in företagsspecifik statistik så länge denna statistik är nödvändig för att sammanställa branschtäckande aggregerad statistik förutsatt att statistiken endast görs tillgänglig i branschtäckande aggregerad form. Dessutom krävs, enligt Konkurrensverket, att branschstatistiken inte gör det möjligt att ta fram uppgifter om individuella företag. I rådet behandlas vidare utbytet av en rad andra typer av information än statistik såsom undersökningar av marknader, utbytet av kalkyleringsmodeller och information om forskning och utveckling. Sådana typer av

²⁴ 7th Report on Competition Policy, s. 19.

²⁵ A a s. 20

²⁶ KKVFS 1993:7

informationsutbyten anses i regel tillåtna, men kan vara konkurrenshämmande om de kombineras med avtal som inskränker företagets handlingsfrihet på marknaden.

3.2 Informationsutbyte ur ekonomiskt perspektiv

Det finns numera en tämligen rikhaltig ekonomisk diskussion om verkningarna av horisontella informationsutbyten. Ett av de mer framträdande verken på området är Kai-Uwe Kühns och Xavier Vives "Information Exchanges Among Firms and Their Impact on Competition". Rapporten är en nationalekonomisk studie av verkningarna av olika typer av informationsutbyte som utförts på uppdrag av den europeiska Kommissionen. Kühn och Vives har mot bakgrund av sina studier utarbetat rekommendationer för vilken typ av informations-samarbete som skall anses konkurrensbegränsande:

1. Utbytet av individualiserad information om pris och kvantitet är konkurrenshämmande i sig och således en överträdelse av artikel 81 i sig.
2. Utbytet av annan individualiserad information är inte konkurrenshämmande i sig, men skall leda till vidare undersökningar om möjliga överträdelser av artikel 81.
3. Utbytet av aggregerad information (genom branschorganisationer) är tillåtet om det inte finns självständigt bevis för samordning på marknaden.
4. Tillkännagivandet av avsedd framtida prissättning utan löfte om maxpris till konsument är konkurrenshämmande. Informationsutbyte genom offentliga prisannonseringar (i synnerhet i branschpressen) till kunder är tillåtet.²⁷

I centrum för rekommendationernas utformning ligger risken att informationen kan användas för samordning. Riskerna är beroende dels av typen av information dels hur pass individualiserad den är. Utbyte av uppgifter om exempelvis efterfrågan, där uppgifterna är grundade på marknadsundersökningar anser författarna ha mindre potential att skada konkurrensen än utbyte av information om priser och kvantiteter. Det är vidare av stor betydelse om informationen är sammantagen för en längre tidsperiod eller om det går att hänföra informationen till kortare tidsintervaller. Ju mer individualiserad informationen i den bemärkelsen är, desto större är riskerna för samordning. Information som går att hänföra till specifika företag anses betydligt mer skadlig än information sammantagen för hela marknaden. Företagsspecifik information underlättar upptäckten av kartellavvikelser då enskilda medlemmars agerande blir lättare att spåra. Av samma anledning kan individualiserade bestraffningsstrategier utformas som slår hårdare mot den avvikande medlemmen. Slutligen minskar individuellt informationsutbyte kostnaderna av att över-

²⁷ Kühn/Vives, s. VIII f

tala företagen att dela med sig av nödvändig information för att upprätthålla samordningen.²⁸

²⁸ Kühn/Vives, s. IV

4. Marknadsstrukturella faktorer

4.1 Samordning i ekonomisk och juridisk bemärkelse

Samordning eller kartellbildning i ekonomisk och juridisk mening är två litet skilda begrepp. Från ett ekonomiskt perspektiv ligger fokus på att förstå mekanismerna som gör det möjligt att försvaga de kortsiktiga incitamenten av ökad vinst genom konkurrens. Juridiken å sin sida söker finna beteenden som kan användas för att tillämpa juridiska regler; samordning blir endast intressant om det går att observera och därmed också bevisa.²⁹ För tillämpningen av konkurrensreglerna krävs bevis för att minst två företag medvetet agerat i syfte eller med resultat att skada konkurrensen. Ett sådant krav är inte nödvändigt för ekonomen, som kan konstatera att samordning skett utan direkt kommunikation eller endast till följd av ensidig kommunikation.³⁰ Angreppssätten är olika beroende på ur vilket perspektiv samordningen betraktas. För juristen är kommunikationen alltså central.

Ur ett nationalekonomiskt perspektiv krävs generellt fler faktorer för att upprätthålla ett konkurrensskadligt samarbete, en kartell. Syftet med kartellen kan vara att uppnå en överprissättning eller en uppdelning av marknaden, något som gör att avtalet faller under artikel 81 och blir ogiltigt. Av naturliga skäl saknas i dessa fall möjligheten att i en domstolsprocess utkräva fullgörelse eller skadestånd av ett företag som bryter mot kartellavtalet. De inblandade företagen måste därför ha möjlighet att övervaka att överenskommelsen följs och dela ut bestraffning mot avvikare. Löpande kommunikation blir därför nödvändig för att övervaka att kartellen efterföljs. Utbyte av försäljningssiffror kan vara ett sätt för företagen att kontrollera att avvikelser inte sker. För att avhålla varandra från att genom avvikelser skörda kortsiktiga vinster brukar hot om priskrig vara en del i kartellöverenskommelsen. För att priskriget skall utgöra ett reellt hot krävs att företagen har möjlighet att realisera det, d v s att de har den produktionskapacitet som krävs för att tillgodose den ökade efterfrågan som uppkommer då priserna sänks.

De nationalekonomiska teorierna spelar otvivelaktigt en roll vid utvärderingen om ett visst agerande uppfyller kraven för konkurrensskada. Betydelsen av marknadsstrukturen

²⁹ Kühn, *Fighting Collusion*, s. 174

³⁰ Kühn/Vives, s. 90

och förutsättningarna för att upprätthålla kartellsamarbete är något som också har anammats av Kommissionen. I Merger Guidelines stadgas följande:

Coordination is more likely to emerge in markets where it is relatively simple to reach a common understanding on the terms of coordination. In addition, three conditions are necessary for coordination to be sustainable. First, the coordinating firms must be able to monitor to a sufficient degree whether the terms of coordination are being adhered to. Second, discipline requires that there is some form of credible deterrent mechanism that can be activated if deviation is detected. Third, the reactions of outsiders, such as current and future competitors not participating in the coordination, as well as customers, should not be able to jeopardize the results expected from the coordination.³¹

4.2 Strukturella faktorer som underlättar kartellbildning

Grout och Sonderegger har i en rapport för den brittiska konkurrensmyndigheten Office of Fair Trading (OFT) sammanfattat de faktorer som utifrån nationalekonomisk litteratur och empirisk fallanalys anses nödvändiga eller underlätta för kartellbildning. Med en kartell avses en överenskommelse mellan företag där konkurrensen dem emellan reduceras i syfte att höja priserna och därmed öka vinsterna.³² Syftet med studien var att utifrån nationalekonomisk litteratur, rättsfall, ekonomisk data samt fallstudier skapa en modell för att uppskatta hur sannolik existensen av karteller är på en marknad.³³ Även Bishop och Walker har anfört faktorer som anses underlätta för kartellbildning eller tyst samordning.³⁴

Som ovan nämnts anses i den ekonomiska teorin risken för samordning vara anledningen till att förbjuda vissa typer av informationsutbyten. Anledningen till att jag behandlar de nedan angivna faktorerna är att många av dem har visat sig ha betydelse för den juridiska skadebedömningen vid informationsutbyten. I kapitel 6 nedan utreds vari konkurrensskadan består samt på vilket sätt den behandlas i juridisk mening.

Enligt Grout och Sonderegger är de tre första av följande faktorer i princip nödvändiga för att karteller skall kunna bildas medan de övriga är bidragande faktorer.³⁵

³¹ O.J. C 31 2004/5, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concertations between undertakings, p. 41

³² Grout/Sonderegger, s. 1

³³ A a, s. 1

³⁴ Bishop/Walker, s. 5.16 f

³⁵ A a, s. 84f

- Produktens homogenitet – på produktmarknader som är homogena, d v s där produkten är likvärdig oavsett producent, t ex olja, är det lättare att upprätthålla en kartell.
- Stabil omsättning – ju mindre fluktuationer i företagens omsättning desto sannolikare är kartellbildning.
- Stabila marknadsledare – ifall marknaden präglas av ett stort antal inträden och/eller utträde på marknaden är kartellbildning mindre sannolik.
- Marknadens transparens – ju högre transparens desto lättare att upprätthålla en kartell.
- Marknadens koncentration³⁶ – kartellbildning är mer sannolikt på en högkoncentrerad marknad.
- Inträdesbarriärer – är barriärerna höga underlättas kartellbildning.
- Kapacitet – finns överskottskapacitet bland aktörerna på marknaden är karteller mer sannolika än om företagen producerar för full kapacitet.
- Anställdas löner – ju högre löner anställda har desto högre är risken för samordning.

4.2.1 Produktens homogenitet

Den kanske viktigaste faktorn för att det över huvud skall vara möjligt att ha ett lönsamt horisontellt kartellsamarbete är att varan eller tjänsten som aktörerna producerar är tillräckligt homogen. Goda exempel är olja, kemiska substanser och frakttjänster. I sådana fall saknas kvalitetsmässig betydelse från vilken leverantör konsumenten köper sin produkt; priset är den dominerande konkurrensfaktorn.

Kartellens syfte är att minska konkurrensen och uppnå en prissättning som överstiger den på en konkurrensutsatt marknad. Genom att produktens kvalitet är densamma oavsett producent begränsas svårigheterna av att samordna verksamheterna. Prissamarbete, marknadsuppdelning och övervakning underlättas på en sådan marknad. Visar det sig att en producent plötsligt ökat sin marknadsandel utan att någon generell ökning i efterfrågan ägt rum beror det med största sannolikhet på att denne brutit mot överenskommelsen och sänkt priset. På en mer differentierad marknad spelar en rad andra faktorer

³⁶ Marknadskoncentrationen betecknar hur marknadsandelarna är fördelade. Är merparten av andelarna fördelade på ett mindre antal aktörer tenderar marknaden att vara koncentrerad.

såsom kvalitet, design och märkeslojalitet in. Sådana skillnader försvårar för producenterna att komma överens om vilka villkor som skall gälla i kartellen. Är produkten utrustad med individuella egenskaper är prissättningen mer komplex samtidigt som konkurrensen sker med andra medel än enbart priset.³⁷

4.2.2 Stabil omsättning

Som nämnts är en förutsättning för att framgångsrikt sammanhålla en kartell att de inblandade företagen har möjlighet att bekräfta att övriga medlemmar håller sig till det överenskomna. Ett sätt att kontrollera detta är för företagen att utbyta information om varandras omsättning. Är det normala på marknaden i fråga att företagens omsättning är förhållandevis stabil underlättar det kontroll av att kartellen efterföljs; visar det sig att något företag plötsligt redovisar en högre omsättning än förväntat som inte kan härledas till en motsvarande efterfråga på marknaden är det starka bevis för att detta företag har brutit mot kartellens regler genom att exempelvis ge hemliga rabatter. Är det vanliga däremot fluktuationer i aktörernas omsättning blir kartellen av samma skäl svårare att övervaka och därmed de ekonomiska incitamenten att hålla sig till överenskommelsen mindre.

Bishop och Walker påpekar att det ofta är svårt för företag att dela upp marknaden när efterfrågan växer starkt eller när osäkerheten om efterfrågan är stor. När efterfrågan ökar vill företag passa på att skörda vinster medan den höga efterfrågan håller i sig, vilket försvårar en marknadsuppdelning. När efterfrågan är osäker krävs att företagen kan enas om hur de ska agera vid oförväntade ökning eller minskningar i efterfrågan.³⁸ Ett upprättande av en kartell kräver under dessa förhållanden en mycket djupgående överenskommelse.

4.2.3 Stabila marknadsledare

Kartellsamarbeten underlättas av att samarbetet är varaktigt och att antalet medlemmarna är någorlunda konstant. På en marknad där aktörer kommer och går minskar incitamenten att hålla samman kartellen. Kortlivade företag söker kortsiktiga vinster vilket ges genom att vinna marknadsandelar på bekostnad av ett eventuellt kartellsamarbete. Under dessa förhållanden är det mycket svårt att upprätthålla en kartell.

³⁷ Bishop/Walker, s. 5.16

4.2.4 Marknadens transparens

En avgörande faktor för att företag skall kunna samordna sina verksamheter är att de kan iaktta varandra genom antingen kommunikation, observation eller både och. Begreppet ”transparens” används för att beteckna hur tillgänglig viss information är på en marknad, ju högre transparens desto bättre (och billigare) är tillgången på information. För alla företag är det viktigt att ha god kännedom om marknadens förhållanden, t ex hur efterfrågan ser ut, produktionskostnader m m. Fanns ingen möjlighet att avläsa marknaden vore det oerhört svårt att hålla ihop en samordning – under sådana förhållanden kan en nedgång i försäljningen likaväl bero av minskad efterfrågan som att konkurrenterna avviker från överenskommelsen. Transparensen är högre på marknader som präglas av homogena produkter. Under sådana förhållanden har såväl leverantörer som konsumenter god insikt i marknadsförhållanden som priser och marknadsandelar. Det är lättare för en aktör att avläsa om en försäljningsnedgång beror på att konkurrenterna har sänkt priset eller om efterfrågan har minskat. Transparensen möjliggör således för företag att upprätthålla en eventuell samordning samtidigt som det försvårar för konkurrensmyndigheter att bevisa att samordning skett; en misstänkt kartell kan ofta förklaras med att aktörerna agerar i enlighet med hur de tror marknaden kommer utvecklas. Har alla aktörer tillgång till samma information tenderar agerandet att bli likartat.³⁹

Transparens är emellertid inte något som i sig behöver vara negativt för konkurrensen; de negativa effekterna är framför allt beroende av marknadsstrukturen. En viss transparens är nödvändig för att konkurrens över huvud skall kunna råda. Skulle kunderna inte kunna jämföra företagens olika priser och produkter skulle hindra dem från att sätta monopolpriser på sina varor eller tjänster oavsett om det fanns många aktörer på marknaden.⁴⁰ Den härskande meningen tycks vara att transparens är positivt i de fall den inte ökar riskerna för kartellbildning eller tyst samordning. I vissa länder bygger konkurrenslagstiftningen t o m på att transparensen om konkurrensvillkor skall främjas, så var t ex fallet i Danmarks konkurrenslag från 1990.⁴¹

³⁸ Bishop/Walker, s. 5.18

³⁹ Se t ex fallet Woodpulp och avsnitt 5.2 nedan.

⁴⁰ Kühn/Vives, s. 92f

Det är inte ovanligt att det i praxis⁴² och den ekonomiska litteraturen görs en åtskillnad mellan symmetrisk och asymmetrisk transparens. När transparensen ökar asymmetriskt avses att endast den ena sidans, vanligtvis säljarsidans, kunskaper ökar. Symmetrisk transparens hänför sig istället till att kunskapen om marknaden ökar för såväl säljar- som kundsidan. Enligt en rapport från OECD⁴³ om pristransparens går det generellt att göra tre observationer om verkningarna av en asymmetrisk ökning av pristransparensen.

1. Aktiviteter som ökar transparensen enbart mellan företag är allvarigare än när transparensen ökar mellan företag och deras kunder.
2. Åtgärder av företag eller sammanslutningar som begränsar konsumenters tillgänglighet av prisinformation medan pristransparensen hos säljarna lämnas orörd ökar riskerna för konkurrensen.
3. Åtgärder som ökar konsumenternas tillgång till den transparens som redan finns mellan företag är generellt bra för konkurrensen.⁴⁴

Transparens är, som sagt, inte i alltid dåligt för konkurrensen. Det medför nämligen en rad fördelar såväl för aktörer som konsumenter. I fall det råder god kännedom om efterfrågan och priser minskar företagens kostnader för marknadsanalys och efterforskningar. Det bidrar även till att kostsamma felsatsningar kan undvikas. Vidare underlättar det för potentiella konkurrenter att komma in på marknaden eller utöva inflytande på aktörerna. Genom att kostnaderna är enklare att överskåda i en transparent marknad kan den potentiella konkurrenten lättare fatta beslut om ett eventuellt inträde.

4.2.4.1 Transparensökning genom utbyte av information

Ett informationsutbytes direkta inverkan är graden av marknadstransparens. I de fall strukturen på marknaden gör kartellbildning osannolik har det uppmärksamats att informationsutbyte kan medföra en rad positiva välfärdseffekter. Nitsche och von Hinten-Reed diskuterar några av dessa i artikeln ”Competitive Impacts of Information Exchange”.

4.2.4.2 Informationsutbytet – en del av undersökningsmekanismen

I ekonomisk litteratur är produktionen av information central för skapandet av ekonomiska fördelar. I en värld utan tillgång till information om efterfrågan och konkurrenters agerande måste företagen genom ”trial and error-processer” ständigt anpassa sig till

⁴¹ Se härom Albæk, m.fl., s. 1f

⁴² Se t ex O.J. L 242 1977 COBELPA och O.J. L 68 1992 UK Agricultural Registration Exchange

⁴³ OECD, Price Transparency, DAFPE/CLP(2001)22

⁴⁴ OECD, s. 10

förändrade marknadsvillkor. Informationsutbyten som leder till bättre kunskap om dessa förhållanden kan begränsa förlusten av tid och pengar som uppkommer vid dessa undersökningar.⁴⁵

4.2.4.3 Bättre investeringsbeslut och kännedom om marknadens organisation

Nitsche och von Hinten-Reed hänvisar till studier enligt vilka icke-bindande informationsutbyten kan bidra till att skapa miljöer där mer osäkra projekt utgår tillsammans med projekt som finansieras av ekonomiskt svaga företag. Genom att lösa den strategiska osäkerheten kring konkurrenternas investeringsbeslut kan den ekonomiska effektiviteten förbättras. Andra studier pekar på vinsten av att genom samordning undvika överproduktion och kostsam lagerackumulation. Enligt ytterligare studier kan informationsutbyten bland annat förbättra företagets distributionssystem och marknadsstrategier, något som kan leda till positiva marknadseffekter.⁴⁶

4.2.4.4 Produktionsjusteringar

Informationssamarbeten kan öka kännedomen om efterfrågan vilket gör det lättare för aktörerna att justera produktionen till efterfrågan. Beroende på marknadsförhållanden och typen av information kan emellertid olika effekter i detta hänseende uppkomma.⁴⁷

4.2.4.5 Underlättar valet av det mest effektiva företaget

Informationsutbyten kan ofta ge antydning om vilka företag inom en bransch som har de lägsta produktionskostnaderna. Dessa företag bör öka produktionen medan företag med höga produktionskostnader bör minska sin produktion. Resultatet kan bli att ineffektiva företag lämnar marknaden medan effektivare företag inträder. Genom att öka tillgängligheten av information kan således bästa möjliga resursanvändning uppnås, något som är positivt för konsumenten.⁴⁸

4.2.4.6 Lindrar problemen med ”winner’s curse”

I de flesta auktionsförfaranden finns viss osäkerhet om värdet på det utauktionerade. De i budgivningen deltagande företagen vill inte vinna genom ett bud som är högre än marknadsvärdet på varan. Om ett företags värdering är högre än alla andras är det san-

⁴⁵ Nitsche, von Hinten-Reed, s. 11

⁴⁶ A a, s. 11

⁴⁷ För närmare information hänvisas till artikeln, a a, s. 12ff

nolikt att företaget övervärderat varan. Genom att företagen tar denna s k ”winner’s curse” i beaktning vid budgivningen, och därmed sänker sin värdering, kan det leda till bud som är lägre än varans sanna värde. Ju större osäkerheten är desto större blir också de negativa effekterna. Informationsutbyten kan mildra dessa problem.⁴⁹

4.2.4.7 Effektiv fördelning av varor

Winner’s curse-problematiken bidrar också till att det inte finns någon garanti för att vinnaren av en auktion är den som värderar varan högst. Ett sådant resultat är inte förenligt med optimal resursfördelning och därmed negativt för samhället.⁵⁰

4.2.5 Marknadens koncentration

Karteller är lättare att uppnå på marknader där koncentrationen är hög, d v s där ett fåtal aktörer delar på den större delen av marknaden. På marknader med många aktörer är risken större att de inblandade företagens produktionskostnader skiljer sig åt. De företag som har låga produktionskostnader gör under sådana förhållanden större vinster än företag med högre kostnader, något som försvårar samordning. Med ett högt antal deltagare får kartellmedlemmarna dessutom en mindre del av kakan samtidigt som samarbetet blir svårövertakad. Avvikelser blir under sådana förhållanden mer frestande och bestraffningar mindre kostsamma.

Ibland representerar en kartells medlemmar endast en begränsad del av den totala marknaden. Enligt Grout och Sonderegger minskar i sådana fall den marknadsandel som samarbetet kan uppnå med instabilitet som följd.⁵¹ Författarna ger ingen direkt förklaring till det sistnämnda, men rimligt är att en betydande och växande del av marknaden i sådana fall utgörs av fri konkurrens där priserna är lägre. Vinsterna och därmed incitamenten att samarbeta minskar om kartellen omfattar en krympande del av marknaden.

4.2.6 Inträdesbarriärer

Som nämnts är syftet med en kartell att möjliggöra för de inblandade företagen att ta högre priser än under konkurrensförhållanden. En förutsättning för att upprätthålla samarbetet blir därför att nya aktörer kan hållas borta. I fall företag inom en bransch tar

⁴⁸ A a, s. 17

⁴⁹ A a, s. 18

⁵⁰ A a, s. 18

överpriser för sina produkter ser nya aktörer möjligheter att inträda på marknaden för att genom lägre priser vinna marknadsandelar. På marknader där detta lätt kan ske, dvs där de sk inträdesbarriärerna är låga, är de kalkylerade vinsterna av en kartell lägre. Därmed blir även kostnaderna för en bestraffad avvikelse lägre.⁵² Är inträdesbarriärerna däremot höga, t ex där det krävs omfattande investeringar i fabriker och produktionsnät, har de samarbetande företagen ett säkrare skydd mot konkurrens utifrån, vilket gör kartellen stabilare.

4.2.7 Kapacitetsbegränsningar

Synen på betydelsen av kapacitetsbegränsningar för företagens möjlighet att samordna sina verksamheter är tudelad. Å ena sidan är incitamentet att fuska litet för ett företag vars produktionskapacitet är begränsad; företaget har små möjligheter att tillgodose den ökade efterfrågan som ett sådant handlande skulle ge. Å andra sidan är möjligheten att slå tillbaka mot ett fuskande företag mindre om medlemmarna i en kartell har en begränsad produktionskapacitet. Låt säga att företagen i en kartell har producerat nära sin maximala kapacitet när ett priskrig utbryter – priserna sänks och efterfrågan ökar. Eftersom företagen redan producerar maximalt antal enheter kan den ökade efterfrågan inte tillgodoses och priserna pressas återigen upp. Besträffningen blir i sådana fall uddlös.⁵³

Enligt Grout och Sonderegger bildas karteller ofta när företag på en marknad har stor överskottskapacitet beroende på långvarig nedgång i efterfrågan. Om aktörerna i sådana fall inte samarbetar drivs priserna ned till väldigt låga nivåer. Skadorna kan emellertid begränsas om företagen samarbetar för att ”dela på bördan”.⁵⁴

4.2.8 Lönekostnader

Grout och Sonderegger menar att det finns ett positivt samband mellan anställdas löner och sannolikheten av kartellbildning. Till skillnad från aktieägarna bär de anställda många av juridiska riskerna med att bilda en kartell, risker som måste kompenseras.⁵⁵ Frågan torde dock sakna intresse ur juridisk synpunkt.

⁵¹ Grout/Sonderegger, s. 21

⁵² A a, s. 22.

⁵³ A a, s. 22f

⁵⁴ A a, s. 23

⁵⁵ A a, s. 6

5. Rättsfallsgenomgång

5.1 *Woodpulp*⁵⁶

Fallet Woodpulp från 1993 är ett bra exempel på både hur marknadsstrukturen och sättet för kommunikation, transparensökningen, får betydelse för skadebedömningen.

5.1.1 *Marknadsstrukturen*

På marknaden fanns vid tillfället för det anmälda förfarandet mer än 50 företag som sålde pappersmassa inom EG. De flesta av dessa fanns i Kanada, USA, Sverige och Finland. Den produkt som fallet berör är blekt sulfatmassa. Massan kan delas in i två huvudkategorier beroende på träslag. Huvudkategorierna kan i sin tur delas in i två undergrupper beroende på träets ursprung. Massan inom varje sådan undergrupp är i stort sett kvalitetsmässigt utbytbar oavsett producent. Köparna av massa är primärt pappersproducenter. Varje producent hade, med vissa undantag, cirka 50 kunder inom gemenskapen.

5.1.2 *Informationsutbytet*

Några veckor innan början på varje kvartal meddelade producenterna sina kunder de priser som de ville ha för det kommande kvartalet. Priserna, som vanligtvis publicerades i branschpressen, varierade beroende på om massan skulle levereras till norra Europa eller till medelhavsområdet.

5.1.3 *Kommissionen*

Enligt Kommissionen var de kvartalsvisa prisangivelserna en medveten strategi för att säkerställa en enhetlig prisnivå på marknaden. Genom att några producenter i god tid innan kvartalsskiftet offentliggjorde priserna fick övriga producenter tillräckligt med tid att sätta sina egna, överensstämmande priser. Enligt Kommissionen kunde den stabila prisnivån därför endast förklaras med hjälp av samordning. Resultatet av systemet ansågs skapa en artificiell transparens på marknaden, där producenterna snabbt fick en korrekt bild av konkurrenternas priser.

⁵⁶ A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommissionen, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85 till C-129/85

5.1.4 Domstolen

Domstolen fastslog att så länge samordning inte är den enda tänkbara förklaringen till ett parallellt beteende utgör sådant beteende inte tillräckligt bevis för samordning. I syfte att utreda om andra förklaringar än samordning fanns hade domstolen rådfrågat två experter.

Experterna fastslog att systemet med de kvartalsvisa prisangivelserna uppkommit på önskemål av producenternas kunder, papperstillverkarna. Varje papperstyp hade en särskild, svårföränderlig sammansättning av pappersmassa. Pappersmassan utgjorde mellan 50 och 70 procent av kostnaden för papper. Det var viktigt för tillverkarna att så snart som möjligt säkerställa vad pappersmassan skulle kosta för att gentemot sina köpare kunna fastställa priset på papper. Det fanns därför behov hos såväl köpare som säljare att minska den osäkerhet som fanns på marknaden. Systemet garanterade köparna att det fanns tillgång och säljarna att det fanns efterfrågan. Papperstillverkarna ville dock inte vara bundna av ett högt pris ifall marknaden skulle försvagas. Det uttalade priset var därför endast ett maximipris som kunde förhandlas ned.

Experterna förklarade att den pristransparens som fanns på marknaden var naturlig. Kontakterna mellan producenter och papperstillverkare och marknadsstrukturen förklarade den goda tillgången på prisinformation. Köparna stod i regel i kontakt med olika massaproducenter och avslöjade för producenterna vilka priser deras konkurrenter erbjudit. Det fanns dessutom endast ett fåtal större papperstillverkare, vilka sinsemellan utbytte information om massapriser. Vidare var många massaproducenter själva tillverkare av papper och köpte då massa från andra producenter. Pristransparens förstärktes ytterligare av att återförsäljare arbetade för flera producenter samtidigt och att en branschpress fanns.

Denna transparens och marknadsorganisation i övrigt förklarade varför priserna kunde hållas på en stabil nivå trots kraftigt fluktuerande marknadsförhållanden. Då efterfrågan på pappersmassa var stabil visste producenterna att en prishöjning inte skulle åtföljas av konkurrenterna och att marknadsdelar därmed skulle gå förlorade. På samma sätt visste producenterna att i fall de sänkte priserna skulle konkurrenterna följa efter vilket skulle leda till mindre vinster för hela branschen. Fluktuationer på marknaden hölls vidare tillbaka av att det fanns ersättningsprodukter, såsom brasiliansk massa eller massa

framställd på returpapper. Genom det tryck som producenter av sådan massa utgjorde på den aktuella marknaden begränsades de oligopolistiska tendenserna och priset stabiliserades. Transparensen kunde dessutom förklara vissa kortsiktiga prishöjningar när efterfrågan överskred tillgången. Tack vare producenternas goda kännedom om varandra visste producenterna när konkurrenternas lager var låga och produktionskapacitetsutnyttjandet högt. En prishöjning i en sådan situation skulle sannolikt åtföljas av konkurrenterna.

Mot bakgrund av experternas utlåtande fann domstolen att det inte var styrkt att samordning var den enda tänkbara förklaringen till det parallella beteendet. För det första var prisangivelserna ett rationellt svar på en marknad som byggde på långsiktiga förbindelser där både säljarna och köparna kände behov av att begränsa den kommersiella risken. För det andra berodde de samtidiga prisangivelserna på marknadens höga transparens, som inte kunde sägas ha uppkommit på konstgjord väg. Slutligen ansågs likheterna i pris bero av oligopolistiska marknadsstrukturer i kombination med vissa specifika omständigheter.

5.1.5 Woodpulp i doktrinen

I informationshänseende är Woodpulp tämligen sparsamt behandlat i doktrinen. Woodpulp anses framför allt ha vikt vid behandlingen av synen på samordnat förfarande. Enligt Whish betonar fallet att Kommissionens bevisbörda innefattar att motbevisa alla sannolika förklaringar för parallellt beteende.⁵⁷ Capobianco anser att domstolens mening att offentliga prisangivelser inte minskar aktörernas ovisshet om konkurrenternas framtida beteende ligger i linje med ekonomisk teori. Offentliga avslöjanden av känslig information gör efterfrågan mer elastisk, vilket minskar sannolikheten av samordning på producentsidan.⁵⁸ Kühn och Vives diskuterar svårigheten att göra skillnad mellan normal och konstgjord transparens. De i domen tillfrågade experterna argumenterade att transparensen inte var konstgjord då det var kunderna som tvingat producenterna att göra de offentliga prisuttalandena. Enligt Kühn och Vives förbiser ett sådant argument att avtalet mellan producenterna och kunderna samt marknadens vertikala struktur bestäms av aktörernas beteende. Effekterna uppkommer inte av externa marknadsfaktorer. Att göra affärer med många olika kunder kan alltså vara ett medvetet sätt för tillverkar-

⁵⁷ Whish, s. 516

⁵⁸ Capobianco, s. 1263

na att skaffa sig mer information om den rådande nivån på priset. Författarna menar att ekonomisk teori kan ge grund för analysen av effekterna av informationsavtal och vägledning av vilka som skall tillåtas. Teorin sägs dock knappast kunna utgöra någon grund till vad som avses med normal marknadstransparens.

5.1.6 Kommentar

Som tidigare konstaterats krävs för tillämpningen av artikel 81 att parterna har kommunicerat med varandra. Fallet öppnar för att denna kommunikation kan behandlas implicit utifrån observation av marknadsbeteende. Som Whish påpekar krävs för att detta skall vara möjligt att Kommissionen lyckats motbevisa alla förklaringar till beteendet.

Fallet belyser väl den rådande konkurrensrättsliga synen på aktörers beteende, kommunikation, marknadsstruktur och transparens. Utgångspunkten är att kommunikation mellan företag inte i sig är en överträdelse av artikel 81 EGF. Endast när kommunikationen leder till att de inblandade företagens förmåga att självständigt agera på marknaden påverkas anses det stå i strid med EG:s konkurrensregler. Eftersom varje företag har rätt att anpassa sitt beteende till hur de tror att konkurrenterna kommer att agera är domstolen nogga med att skilja mellan transparens beroende av marknadsförhållanden och transparens till följd av kommunikation (konstgjord transparens). I likhet med Kühn och Vives tycker jag att det är tämligen svårt att dra gränsen mellan naturlig och konstgjord transparens. I ekonomisk mening tycks det vara av mindre betydelse hur transparensen har uppkommit; det är effekterna av den som spelar roll. Domstolen diskuterar aldrig möjligheten att vertikala avtal kan ge upphov till konkurrensskadlig transparens. Det bör dock inte uteslutas att det kan uppstå fall där en sådan analys blir relevant även i juridisk mening, men den rådande uppfattningen tycks vara att transparensökning genom informationsutbyte sker horisontellt.

Av det sagda följer att en transparensökning verkar vara fullt laglig då den skapats av faktorer såsom antal aktörer, storlek och produkttyp. Är marknaden koncentrerad och produkten homogen underlättas förståelsen för marknaden och aktörernas agerande tenderar att bli mer likriktat. Konstgjord transparens uppkommer då den går att härleda till kommunikation mellan aktörer på det horisontella planet. Då aktörerna genom kommunikation tillfört marknaden en konstgjord transparens har de på ett aktivt sätt utmanat

”självständighetsrekvisitet” i Suiker Unie. Är det möjligt att med den nya informationen förutsäga varandras framtida agerande är konkurrensskadan ett faktum.

5.2 COBELPA⁵⁹

Kommissionens beslut i fallet COBELPA från 1977 är ett av de tidigaste där informationsutbyte som sådant behandlades. Ett antal pappersproducenter i Belgien och Nederländerna hade utbytt prisuppgifter samt individualiserad produktions- och försäljningsstatistik.

5.2.1 Marknadsstrukturen

Informationsutbytet hänförde sig till information om skrivpapper. Papperet var indelat i två olika underkategorier, papper framställt av kemiskt behandlad pappersmassa och papper framställt av mekaniskt behandlad pappersmassa. Underkategorierna var i sin tur indelade i vaxade och ovaxade papper. Papperet var utbytbart oberoende av tillverkare.

På den belgiska och nederländska marknaden deltog åtta tillverkare i informationsutbytet. Tillverkarna stod tillsammans i varje land för 80-90 procent av pappersproduktionen.

5.2.2 Informationsutbytet

De inblandade papperstillverkarna sände in detaljerad information om sina produktions- och försäljningsförhållanden till ett sammanställande organ. Informationen fick sedan obehandlad spridas till andra företag som var villiga att dela med sig av motsvarande information.

5.2.3 Kommissionen

Kommissionen konstaterade att syftet med statistikutbytet var att begränsa och snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Firmorna i det aktuella fallet hade kommit överens om att dela med sig av statistik om månatlig produktion och försäljning. Informationsutbytet överskred vad som kunde anses lagligt då statistiken var så detaljerad att produktion och försäljning kunde härledas till speciella papperstyper och destinationsland. Sådan information var vanligtvis strikt konfidentiell. Statistiksamarbe-

⁵⁹ O.J. L 242 1977

tet ledde därför till att de normala konkurrensriskerna ersattes av ett förhållande mellan aktörerna som präglades av solidaritet och ömsesidig påverkan. Ett sådant förhållande ansågs avvika från vad som skulle råda på en ostörd marknad.

Företagen hade även utbytt information om priser och rabatter. Det fanns uttryckliga bevis om korrespondens mellan företagen där det framkommit att företagen avslöjat vilka priser som de hade eller tänkte sätta. Enligt Kommissionen hade de inblandade exportföretagen inrättat sina priser efter de priser som de i destinationslandet verksamma företagen hade satt. Det förklarade varför den utbytta informationen enbart omfattade priser på de olika företagens hemmamarknader och varför mottagarna av informationen var utländska exportörer som tänkte göra affärer där. Visserligen kunde företagen införskaffa dessa uppgifter på annat sätt än genom informationsutbyte, men det skulle ha varit mer komplicerat och tidsödande. Det kunde därför antas att tillkännagivandet av priserna ändrade konkurrensförhållandena på marknaden genom att ett förhållande mellan konkurrenter som byggde på solidaritet och ömsesidigt inflytande [snarare än på konkurrens] skapades. Prisutbytet utgjorde således ett avtal med syfte att begränsa och störa konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

5.2.4 Kommentar

Mig veterligen har COBELPA inte fått någon större uppmärksamhet i doktrinen. Jag tycker dock att fallet förtjänar att nämnas då det klargör vissa intressanta aspekter i det juridiska synsättet.

I COBELPA behandlas två olika överträdelser av artikel 81. Såväl statistiksamarbetet som utbytet av prisuppgifter ansågs i sig utgöra avtal där syftet var konkurrenshämmande. Det objektiva syftet fastslogs i båda fallen vara att skapa ett system som eliminerade de konkurrensmässiga riskerna. Synsättet har sin grund i Suiker Unie och torde överensstämma med den ”konstgjorda transparens” som omnämndes i Woodpulp.

Enligt min mening är Kommissionens bedömning något knapphändig. Det saknas förklaring till varför och på vilket sätt riskerna eliminerades. Kommissionen uttalade att den situation som hade uppkommit inte var förenlig med en ”normal marknadssituation” och att syftet med konkurrensreglerna var att uppnå en ”ostörd konkurrens”. Innebär detta att med en normal marknadssituation avses en marknad där konkurrensen är

ostörd? Resultatet av ett sådant resonemang leder bara till att ett vagt begrepp ersätter ett annat. Juridiska bedömningar kräver ofta en viss förenkling av verkligheten, men svårigheten med en reglering som är alltför generell är att den riskerar bli intetsägande. Mot bakgrund av hur artikel 81 är konstruerad är det emellertid svårt att undgå ett jämförande resonemang. Ett beteende måste konstateras skada konkurrensen och därmed krävs implicit något slags ”ursprungskonkurrens” att jämföra med. Bedömningen hade otvivelaktigt tjänat på en förklaring av hur information om produktions- och försäljningsvolymerna ledde till de fördelar företagen uppenbarligen skaffat sig. Senare rättsfall talar för att bedömningen har gått i den föreslagna riktningen.⁶⁰

Bedömningen är klarare avseende prisutbytet; det förklarades vilka avsikter företagen hade samt hur informationen användes. Bedömningen speglar också den stränghet som finns beträffande just prisutbyten – sådana utbyten tycks i det närmaste vara otillåtna per se.

Intressant att notera är hur Kommissionen lyfte in den asymmetriska transparensökningen som en faktor. Det är svårt att säga om det hade någon direkt inverkan på beslutet, men uppenbarligen ansågs det som extra graverande att enbart säljarsidans kunskap ökade. En intressant skiljelinje, som ännu inte är fullt utredd i praxis, är om det finns fall där en fullständig transparensökning är tillåten medan en asymmetrisk ökning till fördel för säljaren inte är det.

Avslutningsvis bör uppmärksammas att det saknade betydelse att företagen kunde tillgodogöra sig prisuppgifterna på annat sätt än genom direkt samarbete. Informationen fanns alltså i strikt bemärkelse tillgänglig för insamling redan från början; tillförde då samarbete marknaden någon transparens? Transparens är ett begrepp som beskriver tillgängligheten på information på marknaden. Som Kommissionen påpekade hade det varit betydligt mera kostsamt och tidsödande att införskaffa informationen på annat sätt än genom samarbetet. Till skillnad från normalfallet, där informationssamlandet skulle ha utgjort en dyr och utdragen process, är besparingar och snabbhet tillförda marknaden. Otvivelaktigt underlättas samordning av snabb och enkel tillgång till färsk uppgifter.

⁶⁰ Se diskussionen U.K Tractor avsnitt 5.5.5 nedan

5.3 Fatty Acids⁶¹

Fatty Acids var det första fallet där Kommissionen, oberoende av andra otillåtna ageranden, fann att informationsutbytet i sig utgjorde en överträdelse av artikel 81.⁶²

5.3.1 Marknadsstrukturen

Fettsyror används bland annat i kosmetika, tvål och färg. Marknaden för fettsyror var vid tiden för ärendets anmälan oligopolistisk. De tre största aktörerna hade på den europeiska marknaden tillsammans en marknadsandel på uppskattningsvis 60 procent. Marknaden karaktäriserades av en överkapacitet om ungefär 20 – 30 procent.

5.3.2 Informationsutbytet

De fyra största tillverkarna av fettsyror delade på kvartalsvis basis med sig av uppgifter om försäljningsvolymerna på den europeiska marknaden.

5.3.3 Kommissionen

Kommissionen konstaterade att det rörde sig om ett avtal enligt artikel 81 EGF samt att det både till syfte och resultat var konkurrenshämmande. Som bevis för detta ansågs att avtalet gjorde det möjligt för producenterna att identifiera varandras individuella verksamheter och därmed uppskatta varandras framtida agerande på marknaden. Informationsutbytet möjliggjorde för aktörerna att enkelt identifiera kunder och agera snabbare på förändringar i marknaden, något som inte var möjligt utan informationsutbytet i fråga. Avtalet eliminerade följaktligen aktörernas osäkerhet om varandras aktiviteter. Samarbetet ökade producenternas kunskap om marknaden på ett sätt som stärkte förhållandet mellan dem. Det blev möjligt att snabbare anpassa sig till varandras ageranden.

Som ytterligare bevis för avtalets skadlighet anfördes att samarbetet skapade ett klimat där marknadsuppdelning eller prifixering blev möjlig. Även om något sådant inte skedde direkt, skulle det kunna bli en indirekt följd av informationsutbytet. Det fanns inte något bevis för att marknadsuppdelning eller prifixering hade skett. Enligt Kommissionen saknade det betydelse då avtalets syfte starkt påminde om syftet med ett explicit avtal om marknadsuppdelning. Samarbetet var nämligen klart avsett för att avhålla

⁶¹ O.J. L 3, 1987, s. 17-26

⁶² Capobianco, s. 1251 not 13

parterna från aggressiv konkurrens med varandra samt att upprätthålla stabila marknadsandelar.

Hela det ekonomiska sammanhanget ansågs vidare tala för avtalets konkurrenshämmande syfte. Samarbetet påbörjades i en tillbakagående marknad där det fanns överskott av produktionskapacitet, sjunkande priser och marginaler. Eftersom Unichema, när avtalet föreslogs, annonserade att det inte tänkte minska sin närvaro på marknaden, måste syftet med uttalandet ha varit att förhållandena mellan producenterna inte skulle ändras. De andra skulle därför inte utnyttja tillfället att ta marknadsandelar på bekostnad av Unichema.

Även resultatet av avtalet ansågs av Kommissionen vara konkurrenshämmande. Då avtalet möjliggjorde för de inblandade producenterna att övervaka varandras framtida beteenden ansågs det automatiskt medföra skadliga effekter på konkurrensen. Dessa ansågs föreligga även om de inte är mätbara eller ens synliga för en observatör som inte känner till avtalets existens. Genom tillämpningen av avtalet skapades en konstgjord transparens mellan dem som fick tillgång till informationen. Enligt Kommissionen ledde det oundvikligen till att det konkurrensmässiga beteendet mellan aktörerna mattades. Det var under sådana förhållanden irrelevant att utvecklingen av marknaden visade på att det ändå fanns en viss konkurrens mellan de inblandade.

5.3.4 Fatty Acids i doktrinen

Även detta fall är sparsamt kommenterat. Det förekommer i diskussioner om informationsutbyten, men då oftast i notisform. Kühn och Vives refererar dock fallet tämligen ingående och drar slutsatsen att en ekonomisk analys av fallet skulle kunna visa att parternas avsikt varit att utesluta andra aktörer. Författarna menar dock att en sådan avsikt är svår att bevisa i avsaknad av klara bevis. Det anses därför av vikt att konkurrensen kan skyddas genom att utbyte av individuell information kan betraktas som en potentiell överträdelse av artikel 81.⁶³

⁶³ Kühn/Vives, s. 94ff

5.3.5 Kommentarer

Kommissionens beslut i *Fatty Acids* ligger i linje med det synsättet som antogs i ”VIIth Report on Competition Policy” från 1977. Enligt denna har Kommissionen inte något att invända mot utbytet av statistisk information genom branschorganisationer, inte ens när siffrorna är så specifika att ett visst land eller produkt går att urskilja. Informationsutbytet blir olagligt först när det möjliggör identifikationen av individuella företag. Normalt sett anses utbyte av individuell information om storleken på produktion och försäljning som konkurrensskadligt.

Kommissionen gjorde en syftesbedömning av informationsutbytet; syftet ansågs inte skilja sig mycket från ett explicit avtal om marknadsuppdelning. Då informationsutbytet skapade förutsättningar för sådan uppdelning verkar det ha ansetts otillåtet i sig. Det spelar under sådana förhållanden inte någon roll att uppdelning inte hade skett, enbart skapandet av förutsättningar härför verkade uppfylla syftesrekvisitet.

Som Kühn och Vives påpekar är det positivt att kunna fälla aktörer även i avsaknad av explicita bevis för konkurrenshämmande avsikter. Kommissionen öppnar i *Fatty Acids* dörren för syftesbedömningar av informationsutbyten, d v s att visst informationsflöde kan anses konkurrenshämmande i sig. Bedömningen ligger i linje med Kühn och Vives önskan om policy där individuellt informationsutbyte betraktas som en potentiell överträdelse. Ur juridiskt perspektiv går det enligt min mening inte att anknyta enbart arten av information till skadliga effekter. Resultatet av den i *Fatty Acids* inslagna vägen är visserligen att individuell information oftast uppfyller syfteskraven, men som nedan kommer att visas är skadan inte knuten till informationen i sig, utan till den av informationssamarbetets tillförda grad av marknads transparens.

5.4 *EUDIM*⁶⁴

Kommissionens beslut i fallet *EUDIM* karaktäriserar tydligt den avgörande betydelse som marknadens mottaglighet för kartellbildning har vid skadebedömningen i såväl syftes- som resultathänseende.

5.4.1 Marknadsstrukturen

European United Distributors of Installation Materials (EUDIM) var en sammanslutning för grossister inom branscherna rörarbeten, värmeanläggningar och sanitetsmaterial (härefter RVS-marknaden). Marknaden var mycket fragmentiserad, i Europa fanns omkring 3 000 olika grossister. Dessa sålde i huvudsak sina produkter till installatörer, vilka i sin tur sålde till slutkonsumenten. Beroende på skillnader i olika länders produktstandarder ansågs marknaden primärt vara nationell. Alla EUDIM-medlemmarna innehade framskjutna positioner på sina respektive hemmamarknader, även om deras andelar på den europeiska marknaden och de nationella marknaderna var förhållandevis små (mellan 1,3 och 12 procent).

5.4.2 Informationsutbytet

Medlemmarna i EUDIM utbytte hemlig information som relaterade till inköp av RVS-produkter, bl a inköspriser. Syftet var med utbytet var enligt EUDIM att sänka medlemmarnas materialkostnader, vilket skulle främja medlemmarnas konkurrensmöjligheter mot andra grossister och gör-det-själv-butiker.

Förutom information om inköspriser utbyttes information även om försäljning inom RVS-marknaden. Utbytet skedde under informella förhållanden. Under möten och seminarier presenterade medlemmarna sina företag för varandra. Vidare anordnades besök där ytterligare informationsutbyten ägde rum. Den information som utbyttes var know-how samt känslig individuell försäljningsinformation, såsom uppgifter om kostnader, vinst per enhet, lager, omsättning, försäljning per produktgrupp, trender och marknadsgenomslag.

5.4.3 Kommissionen

Kommissionen fastslog inledningsvis att det saknades bevis för att medlemmarna utbytt information om försäljningspriser. Det informationsutbyte som hänförde sig till inköspriser och andra kostnader gentemot tillverkarna konstaterades inte begränsa konkurren-

⁶⁴ O.J. 1996 C 111 s. 8

sen på grossistmarknaden, detta oavsett om informationen var generell eller individuell.⁶⁵

Beträffande informationsutbytet om försäljning på RVS-marknaden ansågs utbytet av information om åsikter och erfarenheter, marknadsforskning och delad statistik inte vara konkurrensskadligt. Sådan information som berör försäljningsvolymerna och marknadsandelarna, som normalt inte avslöjas till konkurrenter, ansågs däremot kunna begränsa konkurrensen, i synnerhet på oligopolistiska marknader. Även om medlemmarna intog framskjutna positioner ansågs dock marknaden för fragmenterad för att kunna kallas oligopolistisk. Marknaden omfattade vidare över en miljon olika produkter. Kommissionen kunde därför inte finna att utbytet av individuell, konfidentiell information mellan medlemmarna hade någon märkbar (*appreciable*) effekt på konkurrensen på grossistmarknaden i RVS-branschen.

5.4.4 EUDIM i doktrinen

Mig veterligen saknas ingående analys av fallet i litteraturen. Whish uttalar att Kommissionens inställning var avslappnad mot det detaljerade informationsutbytet. Att säljarsidan var starkt konkurrensutsatt tycks ha varit en orsak till Kommissionens hållning.⁶⁶

5.4.5 Kommentar

Kommissionen inledde sin bedömning med att fastslå att det saknades bevis för att medlemmarna utbytt prisinformation. Klargörandet indikerar en sträng syn på just informationsutbyte om individuella priser; enligt Whish är ett sådant samarbete något som uppfyller det syftesrekvisitet i artikel 81 och alltså utan vidare utredning är otillåtet. Som tidigare fall vittnar om kan även informationsutbyte om försäljnings- och produktionskvantiteter uppfylla syftesrekvisitet då det under vissa förhållanden är så närliggande ett explicit avtal om marknadsuppdelning. I EUDIM verkar förhållandena varit sådana att Kommissionen avstod från en sådan klassificering och företog en resultatbedömning i stället.

⁶⁵ Spannet för vad som är tillåtet beträffande information som hänför sig till vertikala förhållanden är till synes tämligen stort. Det ligger emellertid utanför ramarna för denna framställning att utreda i vilken mån vertikala informationsutbyten samt informationsutbyten med strikt vertikala effekter är tillåtna.

⁶⁶ Whish, 419

Som Grout och Sondereggers rapport visar krävs i första hand tre faktorer för att en kartell skall vara möjlig att upprätthålla – homogen produkt, stabil omsättning och stabila marknadsledare. Innebörden i kartellbegreppet tycks också vara att det finns inbyggda mekanismer att spåra och bestraffa avvikare.⁶⁷ Enligt t ex fallen *Fatty Acids* och *U.K. Tractor* (nedan) kan utbyte av produktions- och försäljningskvantiteter vara en tillräcklig åtgärd för att åstadkomma ett klimat där affärsbesluten inte tas självständigt. Kommissionen konstaterade i EUDIM att marknaden både var fragmenterad och produktdifferentierad. En viss konkurrenshämmande effekt verkar ha varit möjlig, men till följd av marknadsstrukturen var denna inte märkbar.⁶⁸

Fallet ger tyvärr lite vägledning om när en syftes- respektive resultatbedömning vid utbyte av individuell försäljningsstatistik kan eller skall företas. Eventuellt kan utslaget tolkas så att resultatbedömning sker då marknaden är fragmenterad medan syftesklassificering sker då marknaden är oligopolistisk. Detta förklarar dock inte varför Kommissionen fann det nödvändigt att kommentera att bevis för utbyte av försäljningsinformation inte fanns.

5.5 U.K. Tractor⁶⁹

Fallet *U.K. Tractor* gick hela vägen till EG-domstolen och var första gången domstolen ogiltigförklarade ett rent informationsutbyte om annan information än priser. Vad som gör fallet intressant är att utbytet skedde på en marknad där produkterna inte var homogena utan endast funktionsmässigt jämbördiga samt att synen på informationssamarbete som ett potentiellt hot mot konkurrensen utvecklades.

5.5.1 Marknadsstrukturen

Den brittiska traktormarknaden var mycket koncentrerad. Den dominerades av fyra aktörer som tillsammans hade en marknadsandel på 80 procent.

Marknaden kännetecknades av höga inträdesbarriärer. Det krävdes ett mycket tätt distributions- och försäljningsnätverk för att tillgodose kundernas höga krav på service. Då det var nödvändigt för jordbrukaren att kunna få sin traktor reparerad i princip omedel-

⁶⁷ Merger Guidelines, p 47

⁶⁸ O.J. 2001 C 368/13, Notice on Agreements of Minor Importance

⁶⁹ O.J. L 68 1992 s. 19 – 33.

bart fick avståndet mellan försäljare och kund inte överskrida 25 till 35 km. Ett sådant distributionsnätverk krävde avsevärda investeringar och innebar höga kommersiella risker. Märkeslojalitet var en annan faktor som bidrog till de höga inträdesbarriärerna. Jordbrukarna föredrog väletablerade märken, vilka sågs som en garanti för kvalitet och högt andrahandsvärde. Alla de företag som deltog i informationsutbytet var väletablerade och åtnjöt högt anseende. För en nykomling skulle det krävas stora investeringar och en avsevärd tidsåtgång att bygga upp ett liknande anseende. Effekterna av märkeslojaliteten förstärktes av att marknaden till största delen var en s k "förnyelsemarknad", d v s att traktorerna såldes som ersättningsprodukter för uttjänta traktorer.

Vid tidpunkten för beslutet var traktormarknaden på nedåtgående och präglades av överskottskapacitet vilket gjorde nya investeringar från tillverkare eller återförsäljare osannolika. I synnerhet återförsäljarna var tveksamma till investeringar i försäljningsställen då vinsterna var begränsade.

5.5.2 Informationsutbytet

I informationssamarbetet deltog de fyra största tillverkarna tillsammans med tre andra. Tillsammans besatt de en marknadsandel mellan 87-88 procent, varav de fyra största hade 80 procent. Medlemmarna utbytte mycket detaljerad information om försäljningsvolymer, bland annat omfattande informationen tillverkare, serienummer/chassinummer, ursprunglig försäljare, köparens försäljare, köparens postnummer, namn och adress. All information fanns tillgänglig på årlig, kvartalsvis, månatlig och daglig basis.

5.5.3 Kommissionen

Avtalets natur var sådant att konkurrenshämmande effekter inträdde på marknaden. Genom att detaljerad information utbyttes skapades en hög grad av transparens på en koncentrerad marknad avskärmd från konkurrens utifrån. För tillämpningen av artikel 81 ansågs det inte nödvändigt att faktiska effekter kunde styrkas. Såväl potentiella effekter som den omständigheten att avtalet kunde skapa en marknadsstruktur som kunde användas i konkurrenshämmande syfte skulle beaktas.

Den detaljerade informationen om tillverkarnas kundförsäljning bidrog enligt Kommissionen till att medlemmarna med exakthet kunde fastställa konkurrenternas marknads-

ställning och prestation samt övervaka eventuella förändringar i marknadsställningen. Medlemmarna kunde direkt upptäcka om en konkurrent ökat sin försäljning, i vilket område denna ökning skett, vilken modell som bidragit till ökningen samt kontrollera om och i vilken utsträckning prissättning eller andra marknadsstrategier varit framgångsrika. Därutöver tillät informationsutbytet medlemmarna att med större precision besvara affärsdrag från konkurrenterna. En prissänkning kunde av medlemmarna besvaras med minsta möjliga marginal, vilket begränsade priskonkurrensen. Slutligen kunde medlemmarna reagera mycket snabbare på förändringar i marknadspositionerna.

Det ansågs betydelselöst att informationen var historisk. På en marknad med stabil eller avtagande efterfrågan kunde företags framtida handlingar bestämmas med hjälp av information om tidigare transaktioner. Ju exaktare och färskare informationen om sålda kvantiteter och marknadsandelar var, desto större genomslag hade information på företagets framtida beteende. Viss information ansågs dock vara av rent historisk karaktär och saknade därmed betydelse för framtida agerande. I det aktuella fallet ansågs sådan individuell försäljningsinformation om modell och område som var äldre än ett år sakna konkurrenshämmande effekter.

Informationsutbytet ansågs inte bara bidra till att konkurrensen mellan medlemmarna hämmades, det bidrog dessutom till att stärka inträdesbarriärerna på marknaden. Trots att det stod varje aktör fritt att delta i utbytet motverkades konkurrensen mellan medlemmar och icke-medlemmar. Skulle en leverantör välja att inte bli medlem i utbytet var han missgynnad av att han inte hade tillgång till samma information som medlemmarna. Medlemmarna fick genom samarbetet en mycket god kännedom om marknaden vilket underlättade för dem att försvara sina marknadspositioner. Skulle leverantören däremot välja att bli medlem, var han tvungen att avslöja sina försäljningsplaner. De etablerade medlemmarna skulle på detta sätt få kännedom om den nya leverantören och omedelbart upptäcka vilket genomslag den nye medlemmen skulle få på marknaden. De etablerade medlemmarna skulle med hjälp av informationen kunna försvara sina positioner genom riktade ingripanden mot den nye. Nya aktörer missgynnades därmed oavsett om de valde att inträda i samarbetet eller om de stod utanför. I båda fallen gynnas de stora leverantörerna som redan var medlemmar.

Syftet med artikel 81 sades vara att upprätthålla en marknadsstruktur där konkurrens främjades. Ett informationsutbyte som skapade en transparens som både hindrade dold konkurrens och ökade inträdesbarriärerna kunde inte förenas med detta syfte. Det konkurrenshämmande resultatet utgjordes av att det med tillräcklig säkerhet kunde sägas att medlemmarnas marknadsdelar och marknadspositioner hade varit annorlunda om utbytet inte funnits samt att det var sannolikt att de skulle förändras om utbytet upphörde. Kommissionen stadgade dock att det var omöjligt att i praktiken bevisa faktiska skillnader.

Två av tillverkarna, John Deere och New Holland Ford, överklagade Kommissionens beslut. Förstainstansrättens dom⁷⁰ gav inte upphov till några ändringar. Inte heller det senare överklagandet till europadomstolen föranledde någon ändring.⁷¹

5.5.4 U.K. Tractor i doktrinen

Fallet U.K. Tractor är det fall som tveklöst diskuterats livligast i doktrinen. I en rapport från Wragge & Co⁷² dras mot bakgrund av bland annat U.K. Tractor långtgående slutsatser om vilken information som är otillåten. Enligt rapporten är bland annat ett informationsutbyte som har till syfte eller resultat att skapa artificiell transparens en s.k. ”hard-core breach” av artikel 81. Även Bissocoli tycks vara inne på en liknande linje. Han menar att Kommissionens beslut, antingen avsiktligt eller genom vårdslöshet, leder till att varje informationsutbyte är otillåtet per se när vissa ekonomiska omständigheter föreligger, detta oavsett om det finns bevis för faktiska konkurrenshämmande konsekvenser.⁷³

Kühn och Vives uppmärksammar skillnaden i bedömningen mellan Fatty Acids och U.K. Tractor. I det förra fallet koncentrerade sig Kommissionen enbart på potentiella konkurrenshämmande effekter av utbyte av individualiserad information. I det senare fallet var det nödvändigt med en noggrann analys av marknadsstrukturen. I U.K. Tractor lyfts exempelvis fram att den koncentrerade marknadsstrukturen är särskilt viktigt för argumentationen om informationsutbyten. I Fatty Acids nämns koncentrationen enbart i

⁷⁰ Mål T-35/92 John Deere Ltd mot Kommissionen

⁷¹ Mål C-7/95 John Deere Ltd mot Kommissionen

⁷² Wragge & Co, s. 3

⁷³ Bissocoli, s. 101

föribgående, och mer fokus ligger på att utbytet av individuell information i sig är ett brott mot artikel 81.⁷⁴

Kühn och Vives kritiserar också Kommissionen för påståendet att informationsutbytet stärkte de redan höga inträdesbarriärerna. Enligt författarna krävs för att ett informationsutbyte skall ha en negativ effekt på nyinträde att utbytet förenklar samordningen av underprissättning, d v s att de etablerade företagen utnyttjar sin storlek och genomslag på marknaden genom att ta ut oskäligt låga priser. Nya aktörer skulle på så sätt snabbt slås ut eller hindras från att etablera sig.⁷⁵

5.5.5 Kommentar

I motsats till Bissocoli och rapporten från Wragge & Co anser jag att U.K. Tractor snarare är ett steg bort ifrån en per se-bedömning av informationsutbyten. Det är helt klart att domstolen gick på en resultatbedömning av den utbytta informationen. Det är sedan en annan sak att det var det potentiella resultatet och inte det faktiska som beaktades. Ett sådant synsätt har ingenting att göra med en per se-behandling, då det i sådana fall krävs en syftesklassificering, d v s att utbytet till sin natur innehåller sådan effekt som anses konkurrensskadligt, exempelvis prifixering. I likhet med Kühn och Vives resonemang var bedömningen i Fatty Acids betydligt mer närliggande en per se-bedömning än i förevarande fall. Anledningen till varför Kommissionen inte nöjde sig med att konstatera ett konkurrenshämmande syfte är oklar. Möjligen ville man vara försäkra sig om framgång genom att tydligt visa vad parterna kunde göra med den utbytta informationen ställt i relation till marknadens struktur.

Enligt Kommissionen spelade det för resultatbedömningen inte någon roll att viss konkurrens hade förekommit. I Fatty Acids hade också viss konkurrens skett, vilket bedömdes betydelselöst till följd av det konstaterade syftet. Fallet tycks därför visa att skillnaderna mellan en syftesbedömning och en resultatbedömning är små. Kan det med tillräcklig sannolikhet konstateras att samarbetet tillfört marknaden ett klimat där konkurrenterna kan förutse varandras ageranden och att marknaden skulle se annorlunda i avsaknad av samarbetet är konkurrensskadan uppnådd oavsett vad som de facto sker mellan konkurrenterna.

⁷⁴ Kühn/Vives, s. 102

Avslutningsvis bör uppmärksammas att produkten inte, likt de andra fallen, var funktibel. Konkurrens skedde därmed inte bara med priset. Faktorer som kvalitet, design och funktion hade säkert en inte obetydlig inverkan på köparnas val. Avgörande var dock att priset var en viktig konkurrensfaktor samtidigt som samarbetet knöts till möjligheten att hålla priset på en hög nivå.

5.6 SPI⁷⁶

Det svenska petroleumfallet från 1999 är intressant att diskutera i samband med U.K. Tractor eftersom fallet behandlar när det kan anses visat att ett informationssamarbete påverkat konkurrensen på ett märkbart sätt (U.K. Tractor: *sufficiently appreciable*).

5.6.1 Marknadsstrukturen

Petroleummarknaden delades upp i åtminstone fyra undermarknader, motorbensin, dieselbrännolja, eldningsolja 1 (villaolja) och övriga eldningsoljor. Varje produkt var utbytbar oberoende av producent.

Marknaden var oligopolistisk, de fyra största leverantörerna stod för över 80 procent av marknaden. Marknaden präglades av höga inträdesbarriärer. Det skulle krävas ett väl utbyggt distributionsnät i form av t ex bränsledepåer och bensinstationer för en ny aktör att etablera sig. Att bygga upp ett sådan infrastruktur skulle både skulle ta lång tid och medföra kostnadsnackdelar gentemot redan etablerade företag. Marknaden kännetecknades dessutom av viss överkapacitet, vilket gjorde det än svårare för nya aktörer att komma in på marknaden.

I prishänseende var marknaden mycket transparent. Prisändringar kunde observeras av konkurrenter och andra eftersom priserna annonserades genom pressmeddelanden och på skyltar vid stationerna. Prisutvecklingen för bensin var dessutom bevakad av massmedia. Prisavvikelse kunde emellertid förekomma i form av rabatter till storkunder, då rabattens storlek inte annonserades på samma sätt som bensinpriset. Oljebolagen kunde dock få viss information om vilken rabatt som konkurrenterna erbjöd kunder genom uppgifter från kunderna vid rabattförhandlingarna. Priset på diesel annonserades i regel

⁷⁵ Kühn/Vives, s. 101

inte men fanns tillgängligt på pumpen. För övriga delar av petroleummarknaden stod inte informationskällor till buds på samma sätt.

5.6.2 Informationsutbytet

De inblandade företagen var alla medlemmar i branschföreningen Sveriges Petroleuminstitut (SPI). Genom föreningen utbyttes individuell information om månatlig försäljning och marknadsandelar på marknaden för bensin, diesel och eldningsolja.

5.6.3 Konkurrensverket

Enligt Konkurrensverket fanns stöd för verkets slutsats i fallet U.K. Tractor. Förhållandena i SPI-målet ansågs till stor del överensstämma med omständigheterna på den brittiska traktormarknaden.

Konkurrensverket fann att statistikutbytet hade en potentiellt negativ effekt på konkurrensen. Slutsatsen baserades på att ett tyst samarbete förutsatte att företagen hade möjlighet att övervaka varandra i syfte att upptäcka om någon avvek från det överenskomna. Utbytet ansågs begränsa konkurrensen och användas för att övervaka en tyst kartell då det skapade transparens på en redan koncentrerad marknad. Konkurrensverket fastslog att petroleummarknaden uppvisade de förutsättningar som normalt möjliggör implicita överenskommelser, d v s hög koncentration, höga och stabila marknadsandelar, höga inträdesbarriärer, dåliga substitutionsmöjligheter och homogena produkter. Utbyte av försäljningsstatistik kunde enligt verket vara en förutsättning för att lyckat samarbete.

Informationsutbytet påverkade i synnerhet de delar av petroleummarknaden som inte var lika välövervakade som bensinmarknaden. Genom statistikutbytet kunde marknadsåtgärder som ändringar i rabattpolitiken och marknadsåtgärder på marknader där prisinformationen var sämre snabbt följas upp av konkurrenterna. Följden ansågs bli att inget bolag skulle komma att vidta offensiva åtgärder då reaktionen från konkurrenterna, t ex hot om priskrig, var tillräckligt för att avskräcka. En eventuell offensiv prissänkning från något av bolagen i syfte att öka företagets marknadsandelar skulle genast följas av konkurrenterna då priset var lätt att observera.

⁷⁶ MD 1999:20

5.6.4 SPI

Enligt SPI hade Konkurrensverket inte visat att statistiksamarbetets potentiella effekter på konkurrensen varit märkbara. Prissättningen på petroleumprodukter var offentlig och bevakades av massmedia vilket innebar att statistiken inte hade någon större effekt på oljebolagens marknadsagerande. Företagens prissänkningar i syfte att öka sina marknadsandelar blev snabbt offentliga, snabbare än genom statistiksamarbetet. Den månatliga statistiken över oljebolagens marknadsandelar och försäljning tillförde således inget i detta avseende.

5.6.5 Marknadsdomstolen

Enligt marknadsdomstolen får ett förfarande anses ha en potentiellt konkurrenshämmande effekt om sådana omständigheter föreligger att förfarande objektivt sett kan leda till att konkurrensen märkbart hämmas.

Marknadsdomstolen inledde med att pröva om det aktuella fallet var jämförbart med situationen i U.K. Tractor. Information som utbyttes i U.K. Tractor avsevärt mer detaljerad, då den omfattade bl a försäljningsvolymen för varje enskild modell på årlig, kvartalsvis, månatlig och i viss mån daglig basis. Informationen omfattade också försäljningssiffror för företagets återförsäljare vilket innebar att parallellimport kunde förhindras. I det aktuella fallet avsåg informationen enbart varje oljebolags månatliga försäljningsvolym på den svenska marknaden i dess helhet. Marknadsdomstolen fann därför att förhållandena i U.K. Tractor inte var direkt jämförbara med situationen på petroleummarknaden.

Marknadsdomstolen prövade därefter om faktiska eller märkbart potentiella effekter uppkommit av informationsutbytet. Av utredningen framgick att oljebolagen fick kännedom om priserna snabbare på andra sätt än genom statistiksamarbetet. Även andra marknadsåtgärder än prissättningen kunde antas bli kända för konkurrenterna tämligen omgående. Domstolen fann därför att de konkurrensmedel som normalt användes upptäcktes av övriga medlemsföretag innan förändringar i försäljningsvolymerna visade sig i statistiken. Statistiken kunde emellertid ge företagen ledning när det gällde att bedöma verkningarna av olika marknadsföringsåtgärder. En sådan kunskap skulle kunna påverka konkurrensen negativt t ex genom att konkurrenterna minimerade sina motåtgärder på

ett sätt som inte hade kunnat göras ifall informationen inte fanns tillgänglig. Uppgifterna om försäljningsvolymen avsåg dock Sverige som helhet och det förekom skillnader mellan olika regioner vilket kunde minska risken för sådana negativa konkurrens effekter. Mot bakgrund av detta fann marknadsdomstolen att statistiksamarbetet inte kunde bedömas påverka konkurrensen på ett märkbart sätt.

5.6.6 SPI i doktrinen

Mats Nilsson behandlar SPI-målet i en artikel i Europarättslig tidskrift.⁷⁷ Enligt Nilsson berodde utslaget i domstolen på en missräkning av Konkurrensverket. Fokus borde ha legat på vilken effekt informationsutbytet hade på den del av marknaden som var mindre transparent, d v s den försäljningsandel där prissättningen bestämdes av hemliga rabatter. Vidare saknade Konkurrensverkets utredning en beskrivning av hur den utbytta informationen om marknadsandelar kunde användas för att upptäcka aggressiva marknadsbeteenden. Nilsson menar att utbyte av viss privat individuell information är skadlig, men i SPI-målet var det inte visat vilken reell effekt informationsutbytet hade på konkurrensen.

5.6.7 Kommentar

I likhet med Nilsson anser jag att Konkurrensverkets misslyckades med att få SPI och dess medlemsföretag fällda på grund av en otillräcklig utredning om samarbetets faktiska eller potentiella effekter. Konkurrensverkets argumentation bygger i princip på att likställa fallet med situationen i U.K. Tractor. En sådan argumentation blir känslig då domstolens bedömning begränsas till att fastslå huruvida situationen i tillräcklig bemärkelse överensstämmer med den i U.K. Tractor.

Det verkar som att Konkurrensverket har utgått från att så fort en viss typ av informationsutbyte förekommer på ett visst slags marknad är resultatet att utbytet är olagligt jämte 6 § KL. Av denna anledning ansågs uppenbarligen inte någon djuplodad utredning krävas i det aktuella fallet. Konkurrensverket nöjde sig med att i generella termer diskutera hur en kartell kan upprätthållas med viss information. Enligt min mening är ett sådant synsätt inte förenligt med EG-rätten. Förstainstansrätten har uttalat att informationsutbytesavtal inte i sig är otillåtna. En analys av ett samarbets syfte eller effekter i

⁷⁷ Nilsson, Mats, "When is transparency good for competition", Europarättslig tidskrift, nr 2, 2004.

det specifika fallet krävs alltid, detta oavsett om dessa effekter är faktiska eller enbart potentiella. Implicit i både KL:s och EG-fördragets reglering kan läsas in att den effekt på konkurrensen som följer av ett avtal eller samordnat förfarande måste knytas an till marknaden i fråga. Det är Konkurrensverket som har bevisbördan att visa att en sådan faktisk eller potentiell effekt har uppkommit.⁷⁸

Som tidigare konstaterats är enbart parallellt beteende inte tillräckligt för en fällande dom under artikel 81; med så mycket naturligt samstämmig information som fanns på petroleummarknaden är det ofrånkomligt att aktörerna, om de så önskar, i hög grad kan samordna sina beteenden på ett fullt lagligt sätt. Om en sådan implicit kartell föreligger är det egentliga konkurrensutrymmet begränsat till den dolda konkurrensen, d v s den del av marknaden som inte belyses av transparens. Enligt praxis tycks det tillräckligt för att konkurrensbegränsande resultat skall uppstå att kommunikationen mellan företagen skapar ett klimat, en artificiell transparens, med ett innehåll som inte skulle kunna existera utan samarbetet ifråga.⁷⁹ Med gängse syn på naturlig transparens (se avsnitt 5.1.6 ovan) kunde i SPI-målet artificiell transparens endast uppkomma beträffande produkter som prissattes genom hemliga rabatter. Endast i detta marknadssegment hade det således varit möjligt att konstatera att informationsutbytet inskränkt aktörernas självständighet, d v s skadat konkurrensen.

⁷⁸ Se Woodpulp

⁷⁹ Se t.ex. COBELPA, p. 27, Fatty Acids, p. 39

6. Analys och avslutande kommentar

6.1 Inledning

Mot bakgrund av fallanalysen diskuterar jag i följande avsnitt det juridiska angreppssättet vid informationsutbyten. Jag identifierar tre nödvändiga steg för att finna att överträdelse av artikel 81 EGF respektive 6 § KL har skett. Därefter knyter jag an praktiska omständigheter till den identifierade metodiken.

I syfte att utreda konkurrensreglernas användbarhet för att effektivt stävja konkurrenskadligt informationssamarbete sammanställer jag avslutningsvis mina slutsatser om gällande rätt och jämför dessa med den policy som förordats av Kühn och Vives.

6.2 Steg 1: Avtal eller samordnat förfarande

Som jag redovisat i avsnitt 2.3 ovan är kommunikation en nödvändighet för att avtalskriteriet i artikel 81 skall vara uppfyllt. I Woodpulp tänjer domstolen något på detta krav. Enligt domstolen kan parallellt beteende vara tillräckligt bevis för att parterna kommunicerat om kommunikation är den enda sannolika förklaringen till beteendet. Det finns sålunda ett visst utrymme för att konstatera avtal även i avsaknad av konkreta bevis för direkt eller indirekt kontakt företagen emellan. Av Woodpulp följer också att information kan hanteras såväl som ett avtal eller samordnat förfarande i sig eller som bevis härför. Då kommunikation ofta är enklare att styrka än rena överenskommelser underlättas Kommissionens uppgift samtidigt som konkurrensreglernas effektivitet ökar.

Avtalskravet sätter emellertid upp vissa hinder för en ur ekonomisk synvinkel optimal tillämpning. Kühn menar i sin artikel "Fighting Collusion" att all kommunikation mellan företag om framtida beteende bör vara förbjudet enligt artikel 81, även ensidig kommunikation.⁸⁰ Han stödjer sitt påstående på att även sådan kommunikation kan skapa förhållanden på marknaden som underlättar för samordning. Ur ett juridiskt perspektiv är det emellertid svårt att förena ett sådant synsätt med utformning av artikel 81 eftersom det enligt denna krävs minst två aktörer; det är inte förbjudet att anpassa sitt handlande med hjälp av information som redan finns tillgänglig på marknaden.

⁸⁰ Kühn, "Fighting Collusion", s. 186

Här tycks finnas en inneboende svaghet i regelverket som kan utnyttjas i konkurrens-hämmande syften. Bortsett från fallet med ensidig kommunikation torde avtalskriteriet inte heller vara uppfyllt om informationen samlas in, sammanställs och förmedlas till företagen av ett oberoende organ som inte är en branschförening.

6.3 Steg 2: Informationsutbytets inverkan på marknaden

För att konkurrensskada genom informationsutbyten skall kunna uppstå krävs att samarbetet haft en inverkan på marknaden. Informationens enda direkta inverkan är graden av tillgänglig information, marknads transparens. Huruvida inverkan har skett är därför beroende av redan tillgänglig transparens, också benämnd naturlig transparens. Naturlig transparens är i hög grad beroende av marknads sammansättning, produktens art, antalet aktörer etc. Värt att notera är att naturlig transparens verkar kunna skapas genom kontakter mellan företag på det vertikala planet. I Woodpulp, liksom i SPI, hade aktörerna god kännedom om prissättningen genom information från sina kunder.

En viktig lärdom av fallet SPI är att informationsutbytet verkligen bidragit till skapandet av ny transparens på marknaden. Härav följer att ett informationsutbyte inte kan vara olagligt på en marknad där transparensen är 100-procentig. Utbyte av redan tillgänglig kunskap är därför fullt laglig. Dock bör i samband med detta uppmärksammas att en transparensökning kan ske om åtkomsten av tillgänglig information förenklas genom samarbetet såsom i COBELPA.

6.4 Steg 3: Skadliga verkningar av tillförd transparens

Den genom informationsutbytet skapade transparensen benämns i de genomgångna rättsfallen ”konstgjord transparens” eller ”skapat klimat”. För att konkurrensskada skall kunna uppstå krävs emellertid att skadliga verkningar går att hänföra till transparensökningen. Den avgörande frågan blir således om företagen till följd av kunskapen som informationen bidragit till kan anses ha inskränkt sitt självständiga handlingsutrymme genom en visshet om konkurrenternas framtida agerande. Informationssamarbetet som kommunikationsform kan mot bakgrund av det sagda gestaltas som skapandet av en plattform utifrån vilken det är möjligt för konkurrenterna att identifiera varandras ageranden och agera på ett visst sätt.

6.5 Konkurrensskadebedömningen vid transparensökning

6.5.1 *Transparensökning allmänt*

Bedömningen av skadeverkningarna försvåras av faktumet att transparens generellt sett ses som något positivt. En perfekt konkurrens förutsätter nämligen perfekt information. Det kan verka något motsägelsefullt att härleda konkurrensskadliga verkningar ur något som i grund och botten är bra för konkurrensen. I U.K. Tractor uttalade Kommissionen att konsumenternas möjligheter att få det bästa erbjudandet underlättas av kännedom om olika alternativ. I Woodpulp ansågs prisangivelserna inte öka företagets osäkerhet om konkurrenternas agerande eftersom priserna meddelades kunderna. Mycket talar därför för att skadeverkningarna anses mindre då transparensökningen av informationsutbytet sker symmetriskt. I den ekonomiska teorin har Kühn uppmärksammat att kommunikation mellan företag som görs offentlig och innebär någon form av löfte till konsumenten kan innebära effektivitetsvinster.⁸¹

I U.K. Tractor uppmärksammades att informationen endast kom säljarna till del. Enligt Whish talar detta för att ensidig transparensökning ger upphov till större konkurrensrättsliga bekymmer än offentlig transparensökning.⁸² Konkurrensskada verkar således vara mer sannolik vid asymmetrisk transparensökning till fördel för säljaren än vid symmetrisk sådan. Hur stor vikt som fästs vid denna faktor är naturligtvis beroende av övriga omständigheter i fallet. Här kan säkerligen den ekonomiska teorin vara till stor nytta. Det skulle dock vara önskvärt med ett principiellt uttalande i praxis.

En del faktorer talar för att viss information bör ses som skadlig även om den tillkommer båda sidor, åtminstone på en marknad mottaglig för kartellbildning. Kommissionens resonemang om prisinformation i COBELPA och EUDIM stödjer ett sådant synsätt, liksom Whish, som menar att utbyte av prisinformation bedöms som prisfixering.⁸³

6.5.2 *Informationens art till grund för bedömningen*

Enligt Suiker Unie är all direkt eller indirekt kontakt mellan företag som inverkar på denna självständighet förbjuden. Lagligheten av informationsutbyten blir därför till stor

⁸¹ Kühn, *Fighting Collusion*, s. 196

⁸² Whish, s. 493

⁸³ Whish, s. 113

del beroende av vilken sorts transparens som tillförs marknaden, d v s vilken information som utbytt.

Några av de genomgångna fallen indikerar att informationstypen har betydelse för om utbytet är förbjudet i sig eller om illegaliteten inträder först efter en utredning om dess verkningar på den aktuella marknaden. I fallet *Wirtschaftsvereinigung Stahl*⁸⁴ berörde förstainstansrätten den gällande synen på informationsutbyten:

Information exchange agreements are not generally prohibited automatically by Article 65 of ECSC Treaty but only if they have certain characteristics relating, in particular, to the sensitive and accurate nature of recent data exchanged at short intervals".⁸⁵

Utgångspunkten verkar vara att en utredning om effekterna krävs innan det går att fastslå om informationssamarbete är tillåtet eller inte. Under vissa förhållanden tycks dock informationsutbyten vara förbjudna per se. Utredningen nedan visar bland annat när detta kan inträffa.

6.5.3 *Försäljningsinformation*

Kühn och Vives menar att informationsutbyten som rör försäljningskvantiteter bör vara en överträdelse av artikel 81 i sig.⁸⁶ I praxis verkar finnas visst utrymme för att behandla ett avtal om sådant informationsutbyte som konkurrenshämmande till syftet.

Kommissionen fann i *Fatty Acids* att syftet med ett avtal om utbyte av försäljningsvolym var närliggande syftet med ett explicit avtal om produktionsbegränsning. I *U.K. Tractor*, där liknande information utbyttes, grundade Kommissionen istället sin bedömning på att utbytet skapade potentiellt skadliga effekter på konkurrensen. Även om *Fatty Acids* stannade vid ett kommissionsbeslut medan *U.K. Tractor* gick till domstolsprövning behöver inte utslaget i det förra fallet vara felaktigt. Kommissionen ansåg möjligen enbart att en resultatbedömning hade större framgång i *U.K. Tractor*.

Skulle ett utbyte av försäljningsvolym likställas med ett avtal om produktionsbegränsning torde det konkurrenshämmande syftet vara oberoende av de inblandade före-

⁸⁴ Mål T-16/98, *Wirtschaftsvereinigung Stahl m.fl. mot Kommissionen*

⁸⁵ Stadgandet rör visserligen tillämpningen av art 65 ECSC, men den skall tillämpas på samma sätt som artikel 81 EGF. Se härom fall T-141/94 *Thyssen Stahl AG mot Kommissionen*, p. 7, 9.

⁸⁶ Kühn/Vives, s. VII

tagens marknadsandelar. Det skulle nämligen i så fall röra sig om ett s k ”hard core restraint”.⁸⁷ Häremot talar emellertid Kommissionens bedömning i EUDIM, där utbyte av mycket specifik försäljningsinformation skett. Kommissionen fann i det fallet att företagens marknadsnärvaro var alltför ringa för att konkurrensskadliga effekter skulle kunna uppstå. Som poängterats finns emellertid inget hinder för att godkänna ett ”hard core restraint” om genomslaget på konkurrensen bedöms som obetydligt. Fallet EUDIM talar därför heller inte emot möjligheten att syftesklassificera utbyten av individuell försäljningsinformation som konkurrensskadlig marknadsuppdelning. Något klart svar är dock svårt att ge. Oavsett hur sådana samarbeten klassificeras står det klart att det är agerande som är starkt ifrågasatt ur konkurrensperspektiv. Tillgång till sådan information är i princip allt som behövs för att upprätthålla ett avtal om marknadsuppdelning eller produktionsbegränsning.

6.5.4 Produktionsvolym

Kühn och Vives hänför utbytet av produktionsvolym till samma riskgrupp som försäljningsinformation. Mot bakgrund av det i föregående stycke sagda torde det inte finnas någon anledning att betrakta produktionsvolym annorlunda än försäljningsvolym. I COBELPA hade information om produktionsvolym utbytts. Kommissionens bedömning var i fallet något oklar, även om det mesta tyder på en syftesklassificering.

6.5.5 Prisinformation

Utbyte av individuell prisinformation är ännu ett slag av information som enligt Kühn och Vives bör bedömas såsom konkurrensskadligt i sig. Uppfattningen delas av Whish, som menar att det finns stöd för ett sådant antagande i praxis.⁸⁸

Även i de fall som är behandlas i denna framställning finns tecken som tyder på ett sådant synsätt. I EUDIM inledde Kommissionen med att konstatera att det saknades bevis för att prisuppgifter utbytts, något som skulle kunna tyda på att ett sådant agerande är förbjudet per se. I likhet med försäljningsinformations betydelse för marknadsuppdelning är individuella prisuppgifter allt som krävs för att övervaka och upprätthålla en implicit priskartell om marknaden är den rätta. I COBELPA fastslogs att ett utbyte av på

⁸⁷ Se Notice on Agreements of Minor importance, p. 11

⁸⁸ Whish, s. 113

marknaden redan tillgänglig prisinformation hade konkurrensskadligt syfte, dock fanns här också annan bevisning som tydde på prifixering.

Det sagda tyder på att utbyte av prisinformation är sådant agerande som till sitt syfte går att jämföra med prifixering. De allra flesta författare som behandlat frågan om informationsutbyten tycks också vara överens om att det är svårt att finna några andra motiv till ett utbyte av prisinformation.⁸⁹

6.5.6 Aggregerad information

Inget av de analyserade fallen behandlar utbytet av aggregerad information. Anledningen till detta är med största sannolikhet att sådant informationsutbyte vanligtvis inte ger upphov till konkurrensrättsliga spörsmål, varför ett ingripande aldrig blir aktuellt. Kommissionen uttalade t o m i ”VIIth Report on Competition Policy” att ingripanden i regel inte skulle ske mot sådant informationsutbyte. Kühn och Vives anser tillika att aggregerad information inte bör angripas om det inte finns andra självständiga bevis för samordning.⁹⁰ Synsättet torde stämma väl överens med gällande rätt. Som ovan konstaterats krävs för konkurrensskada att företagen, till följd av informationsutbytet, får möjlighet att förutse varandras framtida agerande. Det torde knappast vara möjligt att förutse ett enskilds företags agerande enbart mot bakgrund av den transparensökning som aggregerad branschstatistik generellt ger.

6.5.7 Annan information

Bland de refererade fallen var det endast i EUDIM som annan information än pris-, försäljnings- och produktionsvolym hade utbytts. Sådant information som endast berör åsikter om utveckling, marknadsundersökningar etc anses inte kunna medföra skadliga verkningar; det förtar inte i tillräcklig utsträckning konkurrenternas osäkerhet om varandras framtida agerande. Det kan tvärtom leda till utveckling av branschen till fördel för konsumenten. Samarbete om forskning etc finns reglerat i “Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement”.⁹¹

⁸⁹ Se t.ex. Nilsson, s. 196.

⁹⁰ Kühn/Vives, s. VIII

⁹¹ O.J. 2001 C 3/2

6.6 Marknadsstrukturens betydelse

Det ovan sagda bör inte ses isolerat. Värdet av den vunna transparensen är nämligen till stor del beroende av marknadsstrukturen i övrigt. Ett utbyte av information om försäljningsvolym på exempelvis en differentierad och fragmenterad marknad torde ha betydligt mindre värde för aktörerna än på en högkoncentrerad marknad med homogena produkter. Ju färre konkurrensparametrarna är, desto enklare är det för aktörerna att samordna sina verksamheter.

Tyvär är det svårt att göra något generellt gällande uttalande om vikten av marknadsstrukturen vid den juridiska skadebedömningen. I samtliga refererade fall, förutom EUDIM, hade marknaden många av de karaktärsdrag som enligt Grout och Sonderegger gör marknaden mottaglig för kartellbildning. Produkten var oftast homogen, marknaden koncentrerad och stabil, viss överkapacitet fanns och efterfrågan stagnerade. I Fatty Acids ansågs exempelvis hela den ekonomiska situationen i vilken avtalet ingicks tala för avtalets konkurrenshämmande syfte. Att marknadsstrukturen i fallen är så överensstämmande talar för att denna faktor framför allt spelar roll för när Kommissionen väljer att göra ett ingripande. På en marknad som saknar dessa typiska karaktärsdrag bedöms säkerligen ingripande i regel sällan nödvändigt.

Fallet EUDIM ger en viss indikation på marknadsstrukturens betydelse. Som Grout och Sonderegger uppmärksammat är homogena produkter i regel en förutsättning för samordning. Även om vikten av produktens beskaffenhet sällan framgår explicit i domstolarnas eller Kommissionens bedömning, har den direkt betydelse för de skadeverkningar som informationsutbytet uppges orsaka. Marknadsuppdelning och prisöverenskommelser torde nämligen förutsätta att produkten är tämligen homogen. På en differentierad marknad är det betydligt svårare att finna att informationsutbytet genererat märkbara skador på konkurrensen, vilket illustreras av Kommissionens bedömning i EUDIM.

En bidragande orsak till att informationsutbytet i EUDIM inte skapade någon märkbar konkurrensskada var antagligen att marknaden var alltför fragmenterad. Verkningarna av informationsutbytet tycks således vara implicit knutna till vilka som deltar i samarbetet, vilket framför allt får betydelse då informationsutbytet såsom i U.K. Tractor resultatklassificeras. Det framgår inte klart av EUDIM vilken bedömning som låg till grund

för Kommissionens synsätt. Det kan antas att Kommissionen ansåg att samarbetet skapade möjligheter för marknadsuppdelning eller produktionsbegränsning men att en sådan effekt inte fick något märkbart genomslag då det fanns många andra aktörer. Grout och Sonderegger lyfter fram en annan aspekt av situationen. Författarna menar att det under sådana förhållanden inte är sannolikt att en kartell kan upprätthållas eftersom incitamenten att hålla sig till överenskommelsen blir för svaga. Från det juridiska perspektivet torde under ”märkbara potentiella effekter” utrymme finnas även för ett sådant synsätt.

Marknadens inträdesbarriärer diskuterades i både U.K. Tractor och SPI. Inträdesbarriärer är till sin natur konkurrensbegränsande. När ett informationsutbytet bidrar till att upprätthålla eller förstärka sådana barriärer faller det därför sannolikt inom tillämpningen för artikel 81.

6.7 Slutsatser gällande rätt

Mot bakgrund av den juridiska analys jag företagit har jag funnit att de nedan angivna slutsatserna torde överensstämma med gällande rätt. Dock bör uppmärksammas att skadeanalysen alltid måste utgå från det konkreta fallet. Varje marknad, företag, informationsutbyte samt bevisläge är unikt varför inget resultat kan tagas för givet.

- Visst informationsutbyte anses mer konkurrensskadligt än annat. Utbyte av pris- och försäljningsvolym kan t o m vara konkurrenshämmande i sig då syftet är närliggande ett explicit avtal om prifixering respektive marknadsuppdelning. Detsamma torde gälla utbyte av information om produktionsvolym.
- Utbyte av aggregerad information är i regel tillåtet om det inte kan brytas ned till företagsspecifik nivå. Sådan information anses sällan kunna förta konkurrenternas ovisshet om varandra.
- Utbyte av information om efterfrågan, marknadsundersökningar, know-how etc anses i regel inte kunna förta ovissheten om framtida agerande och är därmed tillåtet.

- Offentliggörandet av framtida priser är inte otillåtet. Det kan säkert användas i konkurrenshämmande syfte men utgör samtidigt en maxprisgaranti till kunden. Det juridiska avtalskravet sätter i regel stopp för ingrepp mot ensidig kommunikation.
- Tidsfaktorn är av betydelse. Information äldre än ett år, även individuell sådan, har ansetts historisk och därmed oförmögen att skapa konkurrensskadliga verkningar på marknaden.
- Aktörernas genomslag är av betydelse. Vid utbyte av individuell pris- och försäljningsinformation spelar storleken mindre roll. För annan information krävs i regel ett betydande inflytande.

Mina slutsatser om skadlig information speglar väl de rekommendationer som Kühn och Vives utarbetat på ekonomisk basis. Resultatet tyder på att det finns utrymme inom ramen för det juridiska regelverket och tillvägagångssättet att uppnå samma resultat som genom ekonomisk analys, vilket bör ses som bevis för en effektiv konkurrenslagstiftnings utformning.

Avslutningsvis bör dock uppmärksammas att effektiva konkurrensregler inte behöver vara detsamma som en effektiv konkurrens. Resurser för övervakning och kännbara sanktioner är också ett måste. Men detta är en helt annan fråga.

7. Källförteckning

7.1 Litteratur

Bishop, Simon, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2002

Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, 2nd Edition, Oxford, 2002

Kühn, Kai-Uwe, Vives, Xavier, *Information Exchanges Among Firms and Their Impact on Competition*, Kommissionen, Bryssel, 1995

Whish, Richard, *Competition Law*, 5th Edition, 2003

7.2 Artiklar

Albæk, Svend, Møllgaard, Peter, Overgaard, Per B., *Government-Assisted Oligopoly Coordination? A Concrete Case*, *The Journal of Industrial Economics*, Volume XLV, december 1997

Bissocoli, Eugenio F., *Trade Associations and Information Exchange under US Anti-trust and EC Competition Law*, *World Competition* 23(1): 79-106, 2000

Capobianco, Antonio, *Information Exchange Under EC Competition Law*, *Common Market Law Review* 41: 1247-1276, 2004

Grout, Paul A, Sonderegger, Silvia, *Predicting Cartels*, Office of Fair Trading, March 2005

Kühn, Kai-Uwe, *Fighting collusion – Regulation of communication between firms*, *Economic Policy*, April 2001

Nilsson, Mats, *When is Transparency Good for Competition?* *Europarättslig tidsskrift*, nr 2, 2004

Nitsche, Rainer, von Hinten-Reed, Nils, Competitive Impacts of Information Exchange, June 2004, Charles River Associates

OECD, Price Transparency, 11 September 2001, DAFPE/CLP(2001)22

Wragge & Co. 'Co-dependent' Schools – when is an information exchange permissible? November 2005 Briefing Note, [www.wragge.com]

7.3 Offentligt tryck

Official Journal C 75/3 1968, Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises

Europeiska Kommissionen, VIIth Report on Competition Policy, 1977

Official Journal C 31/5 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings

Official Journal C 368/13 2001, Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1)

7.4 Rättsfall och kommissionsbeslut

56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH

5/69 Völk mot Vervaecke

41/69 Chemifarma NV mot Kommissionen

48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. mot Kommissionen (Dyestuffs)

40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m fl mot Kommissionen

Official Journal L 242/10 1977, COBELPA/VNP

Official Journal L 3/17 1987, Fatty Acids

C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85 till C-129/85 Ahlström Osakeyhtiö m fl mot Kommissionen (Woodpulp)

T-2/89 Atochem SA mot Kommissionen

Official Journal L 68/19 1992, UK Agricultural Registration Exchange

T-35/92 John Deere Ltd mot Kommissionen

C-49/92 Kommissionen mot Anic Partecipazione SpA

C-7/95 John Deere Ltd mot Kommissionen

Official Journal C 111/8 1996, EUDIM

T-16/98 Wirtschaftvereinigung Stahl m.fl. mot Kommissionen

MD 1999:20, Konkurrensverket mot Svenska Petroleuminstitutet och medlemsföretagen i Svenska Petroleuminstitutet