



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emily Almhagen

Den EG-rättsliga bedömningen
av företagskoncentrationer ur ett
ekonomiskt perspektiv

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Konkurrensrätt

HT 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Ämnespresentation	3
1.2 Syfte	3
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Metod och material	4
1.5 Disposition	5
2 EFFEKTERNA AV FÖRETAGSKONCENTRATIONER UTIFRÅN EKONOMISK TEORI	6
2.1 Grundläggande konkurrensmodeller	6
2.1.1 Perfekt konkurrens och effektivitet	6
2.1.2 Monopol	8
2.1.3 Oligopol	8
2.1.3.1 Nash jämviktsteori	8
2.1.3.2 Cournots modell	9
2.2 Williamssons avvägningsmodell	10
2.2.1 Effekter som ryms inom modellen	11
2.2.2 Dynamiska effekter	12
2.3 Marknadsinflytande	12
2.4 Kommentarer	13
3 DEN RÄTTSLIGA RAMEN	14
3.1 Bakgrund	14
3.2 Koncentrationsförordningens tillämpningsområde	16
3.2.1 Koncentrationsbegreppet	17
3.2.2 Gemenskapsdimension	18
3.3 Bedömningskriterier	19
3.3.1 SIEC-Testet	19
3.3.1.1 Effektiv konkurrens	20
3.3.1.2 Väsentlig del av den gemensamma marknaden	21
3.3.1.3 Påtagligt hämmande	21
3.3.1.4 Dominerande ställning	21
3.3.1.5 Kommentarer	22

3.3.2	Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer	22
-------	----------------------------------------------------------	----

4 NÅGRA OLIKA BEDÖMNINGSFAKTORER 23

4.1 Konkurrenshämmande verkningar 23

4.1.1	Icke-samordnade effekter	23
4.1.1.1	Den ekonomiska aspekten	24
4.1.1.2	Kommissionens bedömning	25
4.1.1.2.1	Samgående företag är nära konkurrenter	26
4.1.1.2.2	Kundernas möjlighet att byta leverantörer	26
4.1.1.2.3	Konkurrenternas produktionskapacitet	27
4.1.1.2.4	Koncentrationen minskar konkurrenternas expansionsmöjligheter	27
4.1.1.2.5	Koncentrationen sätter en viktig konkurrensfaktor ur spel	27
4.1.1.3	Kommentarer	28
4.1.2	Samordnade effekter	28
4.1.2.1	Den ekonomiska aspekten	29
4.1.2.2	Kommissionens bedömning	30
4.1.2.2.1	Samförstånd om samordning	30
4.1.2.2.2	Övervakning av avvikelser	31
4.1.2.2.3	Avskräckningsmekanismer	31
4.1.2.2.4	Reaktioner från utomstående	32
4.1.2.3	Kommentarer	32

4.2 Marknadsandelar och koncentrationsnivåer 33

4.2.1	Den ekonomiska aspekten	33
4.2.2	Kommissionens bedömning	34
4.2.2.1	Marknadsandelar	34
4.2.2.1.1	Beräkning	34
4.2.2.1.2	Värdering	35
4.2.2.2	Koncentrationsgrad	36
4.2.2.2.1	Beräkning	36
4.2.2.2.1.1	Herfindahl-Hirschman Indexet	36
4.2.2.2.1.2	Koncentrationskvoter	37
4.2.2.2.2	Värdering	37
4.2.3	Kommentarer	38

4.3 Effektivitetsvinster 38

4.3.1	Den ekonomiska aspekten	39
4.3.2	Kommissionens bedömning	40
4.3.2.1	Koncentrations-specifika	40
4.3.2.2	Kontrollerbara	40
4.3.2.3	Nyttan för konsumenterna	40
4.3.3	Kommentarer	41

4.4 Konkurshotat företag 42

4.4.1	Den ekonomiska aspekten	42
4.4.2	Kommissionens bedömning	42
4.4.3	Kommentarer	43

4.5 Marknadsinträde 44

4.5.1	Den ekonomiska aspekten	44
4.5.2	Kommissionens bedömning	45
4.5.2.1	Sannolikheten för inträde	45
4.5.2.2	Inträdets omfattning och tidpunkt	46
4.5.3	Kommentarer	47

4.6	Motverkande köparmakt	48
4.6.1	Den ekonomiska aspekten	48
4.6.2	Kommissionens bedömning	48
4.6.3	Kommentarer	50
5	SAMMANFATTANDE REFLEKTIONER	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Sammanfattning

Enligt ekonomisk teori ökar det samhälleliga välbefindandet då det råder effektiv konkurrens på marknaden. Den EG-rättsliga kontrollen av företagskoncentrationer syftar till att skydda den effektiva konkurrensen så att inte konsumenterna berövas de fördelar som följer av en effektiv konkurrens i form av låga priser, produkter av hög kvalitet, ett brett utbud av varor och tjänster samt innovation.

I koncentrationsförordningens artikel 2(3) - SIEC-testet - stadgas att koncentrationer som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen på marknaden i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden. Begreppen effektiv konkurrens och dominerande ställning kan båda till viss del definieras utifrån ekonomisk teori, varvid den bedömning kommissionen genomför till stora delar vilar på ekonomisk analys.

Vid kommissionens bedömning av en koncentrations konkurrenshämmande effekter beaktar kommissionen en mängd olika faktorer. Kommissionen tar i sin bedömning hänsyn till sannolikheten för att samordnade eller icke-samordnade effekter kommer att uppkomma, storleken på de samgående företagens marknadsandelar samt förekomsten av motverkande faktorer såsom om ett av de samgående företagen är konkurshotat, förekomsten av effektivitetsvinster, motverkande köparmakt och sannolikheten för att nya företag skall träda in på marknaden. Denna framställning granskar de enskilda faktorerna var för sig för att identifiera de bedömningskriterier som kommissionen tar hänsyn till och vilka bedömningskriterier som utifrån ekonomisk teori är relevanta för en koncentrations konkurrenshämmande verkan. I den ekonomiska analysen spelar Cournots modell för oligopol, Nash jämviktsteori och Williamsons avvägningsmodell en särskilt stor roll.

Då den analys kommissionen genomför är beroende av de marknader som är involverade i den aktuella koncentrationen och vilka faktorer som på dessa marknader kan anses vara av störst vikt för konkurrensen, varierar kommissionens bedömning utifrån de specifika förutsättningarna i det enskilda fallet. Framställningen syftar således inte till att ge en fullständig helhetsbild av den analys kommissionen genomför utan analyserar bara de delar av bedömningen som i kommissionens beslutspraxis framträtt som särskilt betydelsefulla.

Förkortningar

CR	Concentration Ratios
ECLR	European Competition Law Review
FoU	Forskning och Utveckling
HG	Horisontal Guidelines
HHI	Herfindahl Hirschman Index
SCP	Structure Conduct Performance
SIEC	Significant Impediment of Effective Competition
SLC	Substantial Lessening of Competition

1 Inledning

1.1 Ämnespresentation

Enligt ekonomisk teori ökar det samhälleliga välbefindandet då det råder effektiv konkurrens på en marknad. En effektiv konkurrens ger konsumenterna fördelar i form av låga priser, produkter av hög kvalitet, ett brett utbud av varor och tjänster samt innovation. Det primära syftet med EG:s konkurrenslagstiftning är att skydda den effektiva konkurrensen så att konsumenterna inte berövas dessa fördelar. Konkurrensrätten är således inte en renodlad juridisk disciplin utan tvärtom vilar den till stora delar på ekonomisk teori. Den ekonomiska analysen har en viktig roll i mer eller mindre all tillämpning av materiell konkurrenslagstiftning. Den EG-rättsliga kontrollen av företagskoncentrationer utgör inget undantag.

I koncentrationsförordningen¹ stadgas att koncentrationer som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen på marknaden, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks skall förklaras oförenliga med den gemensamma marknaden. Begreppen effektiv konkurrens och dominans som båda kan sägas definieras utifrån ekonomisk teori är följaktligen mycket centrala vid bedömningen. Den analys kommissionen genomför vid sin bedömning kan således sägas omfatta två vetenskapliga discipliner, dels den juridiska och dels den ekonomiska. Svårigheten att sammanfoga två discipliner bör inte underskattas och den analys kommissionen genomför är oundvikligen mycket komplex. Vid prövningen av en koncentrations tillåtlighet genomför kommissionen en helhetsbedömning av de förutsebara effekterna av den aktuella koncentrationen. Det är denna helhetsbedömning, nedbruten i dess mindre beståndsdelar som denna uppsats syftar till att granska. De faktorer som kommissionen tar i beaktande vid sin bedömning skall analyseras, dels utifrån de kriterier som kommissionen själv ställer upp och dels utifrån ekonomisk teori.

1.2 Syfte

Syftet med den här uppsatsen är att granska den ekonomiska aspekten av den EG-rättsliga bedömningen av koncentrationer ur konkurrenssynpunkt, genom att applicera ekonomisk teori och ekonomiska modeller på de bedömningsfaktorer som kommissionen i enlighet med koncentrationsförordningen och åtföljande riktlinjer tar i beaktande vid sin bedömning. Annorlunda uttryckt kan uppsatsens syfte sägas vara att identifiera vilka faktorer kommissionen tar hänsyn till och därefter med hjälp av ekonomisk teori försöka förklara varför faktorerna är relevanta för

¹ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 024/22 2004)

bedömningen av koncentrationers konkurrenshämmande verkan och utgör således ett försök att förklara praktik genom teori.

1.3 Avgränsningar

Denna uppsats behandlar den EG-rättsliga kontrollen av koncentrationer mellan faktiska eller potentiella konkurrenter på samma relevanta marknad, så kallade horisontella koncentrationer. Vertikala koncentrationer och konglomerat omfattas således ej. Vidare omfattar framställningen enbart kommissionens bedömning av koncentrationer ur konkurrenssynpunkt. Definitionen av den relevanta marknaden som i regel föregår bedömningen ur konkurrenssynpunkt kommer således inte behandlas då en granskning av båda aspekterna av utrymmesskäl hade blivit förhållandevis ytlig.

Då ämnesområdet för denna uppsats är mycket vidsträckt kommer aspekter utav bedömningen såsom framförallt hur de granskade faktorerna påverkar varandra sinsemellan inte närmare behandlas. En sådan analys är i hög grad relevant men skulle inom ramen för denna uppsats vara alltför omfattande.

1.4 Metod och material

Då uppsatsen granskar de faktorer som kommissionen tar hänsyn till i sin bedömning, dels utifrån ett ekonomiskt perspektiv och dels utifrån de kriterier som kommissionen själv utgår ifrån i dess tillämpning, omfattar uppsatsen två vetenskapliga discipliner vilket har medfört att skilda metoder har nyttjats i de olika delarna.

Vid den ekonomiska analysen av de olika bedömningsfaktorerna har den ekonomiska teori och de ekonomiska modeller och begrepp som kan belysa hur en koncentration kan påverka konkurrensen på marknaden urskiljts varefter bedömningsfaktorerna så vitt det har varit möjligt har analyserats med dessa som mall. Materialet har således till stora delar bestått av litteratur som behandlar gränslandet mellan juridik och ekonomi.

Vad gäller den juridiska analysen är denna utarbetad mot bakgrund av sedvanlig juridisk metod vilket innefattar beskrivning och analys av de traditionella rättskällorna dvs. rättsregler, lagförarbeten, praxis och doktrin. Vid granskningen i kapitel fyra av de kriterier som kommissionen tar hänsyn till i sin tillämpning, utgör kommissionens beslutspraxis samt riktlinjerna² viktiga källor. I kapitel tre som beskriver den rättsliga ramen utgör istället rättsregler och doktrin de mest framträdande rättskällorna.

² Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 31/03 2004). Nedan ”riktlinjerna”.

1.5 Disposition

Den fortsatta framställningen består av tre huvudavsnitt. Först, i kapitel två, en teoretisk del där den ekonomiska teori och de ekonomiska modeller som är illustrativa för effekterna av företagskoncentrationer behandlas. Därefter följer i kapitel tre en granskning av den rättsliga ramen för kommissionens bedömning i form av koncentrationsförordningens tillämpningsområde och de bedömningskriterier som fastställs i konkurrenstestet samt åtföljande riktlinjer.

Den tredje delen, kapitel fyra, består av en analys av de faktorer kommissionen tar i beaktande vid sin bedömning utifrån ett ekonomiskt perspektiv. Kapitlet är uppbyggt så att bedömningsfaktorerna först granskas utifrån ett ekonomiskt perspektiv för att sedan granskas utifrån de kriterier kommissionen själv ställer upp. Granskningen av varje enskild faktor kommenteras därefter kortfattat avseende bland annat relevanta nyckelfaktorer i kommissionens analys eller eventuell problematik som är förknippad med en tillämpning av den aktuella bedömningsfaktorn.

Framställningen avslutas därefter med sammanfattande reflektioner.

2 Effekterna av företagskoncentrationer utifrån ekonomisk teori

Vid en analys av de effekter en koncentration kan resultera i finns en mängd ekonomiska modeller som kan anses illustrativa. I denna framställning kommer framförallt modeller för oligopol och Williamssons modell att tillämpas varvid den teoretiska bakgrunden till dessa modeller är av stor vikt. För att skapa en sammanhängande bild av den teoretiska bakgrunden kommer även modellerna för perfekt konkurrens och monopol att beskrivas. Slutligen kommer begreppet marknadsinflytande att närmare granskas.

Det bör framhävas att de modeller som nedan kommer att beskrivas förutsätter vissa antaganden som sällan är uppfyllda i realiteten varvid de aldrig kan anses utgöra fullständigt korrekta beskrivningar av verklighetens marknader. Däremot kan de fylla en viktig funktion vid analysen av koncentrationers effekter på dessa marknader.

2.1 Grundläggande konkurrensmodeller

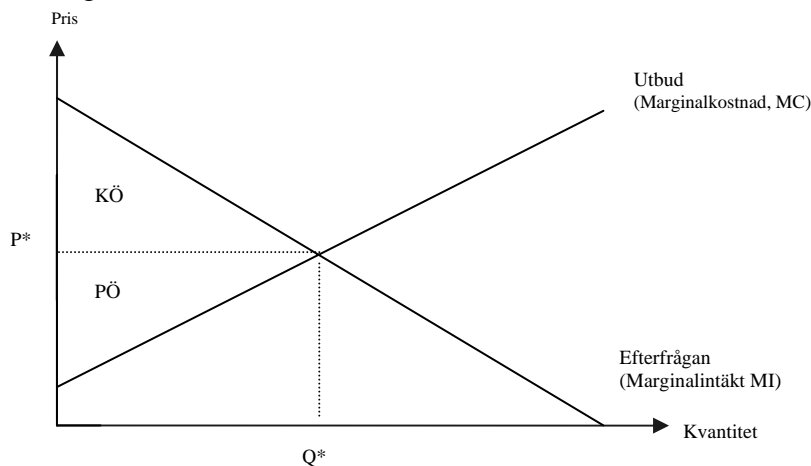
2.1.1 Perfekt konkurrens och effektivitet

Modellen med perfekt konkurrens kan fungera som en mall mot vilken man kan jämföra verkliga marknader. Den kan dock aldrig utgöra ett realistiskt mål för konkurrensrätten. Modellen förutsätter att alla köpare och säljare på en marknad har perfekt information om alla produkter, priser och kvaliteter och att alla agerar rationellt utifrån denna kunskap för att maximera sin egen nytta. Vidare får ingen köpare eller säljare ha marknadsinflytande i den mening att denna ensam kan påverka pris eller utbud på marknaden. Slutligen skall varorna på marknaden vara homogena och inträdet och utträdet på marknaden skall vara helt fritt. Av dessa antaganden följer först och främst att varans marknadspris kommer vara detsamma som varans marginalkostnad³. Om varans marknadspris är högre än dess marginalkostnad kommer ett vinstmaximerande företag vilja producera ytterligare enheter så länge marginalintäkten⁴ är större än marginalkostnaden då det ökar företagets överskott. Den optimala produktionsvolymen föreligger således då marginalintäkten är lika med marginalkostnaden. Då varan antas vara homogen är marknadspriset detsamma för alla producenter. Skulle producenten lägga sig över detta pris kommer ingen kund att köpa dennes varor utan kommer istället att gå till en

³ Marginalkostnad är den kostnad som är förknippad med att producera ytterligare en enhet av produkten.

⁴ Marginalintäkt är den intäkt som ytterligare en producerad och såld enhet ger.

konkurrent. Vidare följer av ovanstående antaganden att inget företag går med vinst. Om prisnivån ligger över marginalkostnaden skulle det medföra att företag som inte tidigare varit aktörer på marknaden skulle ge sig in i konkurrensen för att ta del av överskottet. Denna process skulle fortsätta fram till dess att alla potentiella vinster är uttömda och priset återigen är lika med marginalkostnaden.



I diagrammet illustreras en marknad med perfekt konkurrens och den marknadsjämvikt som uppstår i skärningspunkten mellan utbuds- och efterfrågekurvorna (punkten (P^*, Q^*)). När det råder perfekt konkurrens på en marknad föreligger allokativ effektivitet då alla potentiella vinster av handel är uttömda och produktiv effektivitet då företag med en ineffektiv produktion kommer att göra förluster och tvingas lämna marknaden. Vid detta tillstånd maximeras samhällets totala överskott, dvs. summan av konsumenternas och producenternas överskott. Konsumentöverskottet (KÖ) kan beskrivas som skillnaden mellan det pris konsumenterna maximalt är villiga att betala och det pris de faktiskt betalar. Producentöverskottet (PÖ) utgör skillnaden mellan marknadspriset och marginalkostnaden. Tillståndet då resurserna i samhället, vid en given tidpunkt och produktionsteknologi använd på ett optimalt sätt kallas för ett tillstånd av statisk effektivitet.⁵ Med dynamisk effektivitet avses den effektivitet som teknologisk utveckling, produktförbättringar och förbättrade produktionsprocesser ger upphov till. Sådan utveckling kan leda till kvalitetsförbättringar, nya produkter och minskade kostnader vilket kan medföra ett mer effektivt utnyttjande av samhällets resurser. Inom modellen för perfekt konkurrens ryms inte dynamiska effekter då den typ av fasta kostnader som investeringar i utveckling utgör inte täcks av marginalkostnadsprissättning. Höga vinster i modellen med perfekt konkurrens, som normalt sett skulle betraktas som övervinster, kan i vissa fall ses som en nödvändighet för att driva utvecklingen framåt då de kan skapa incitament till att ta innovativa risker.⁶

⁵ Dahlman/Glader/Reidhav 2002, s. 134f. Cooter/Ulen 2000 s. 18f.

⁶ Dahlman/Glader/Reidhav 2002 s. 39f. Dynamiska effekter kommer att behandlas mer utförligt i samband med Williamsons modell nedan och i kap. 4.3.

2.1.2 Monopol

På monopolmarknader, dvs. marknader där endast en producent verkar, kommer monopolisten att maximera sin vinst vid ett pris som överstiger jämviktspriset och en volym som understiger jämviktskvantiteten. Följden blir en omfördelning av konsumentöverskottet till producentöverskottet, samtidigt uppstår en effektivitetsförlust, en sk. dödviktsförlust, då det finns möjlighet till ömsesidigt gynnande avtal som inte realiseras.⁷

2.1.3 Oligopol

I de flesta fall genomförs inte koncentrationer på marknader där det råder perfekt konkurrens eller där koncentrationen skapar ett monopol, utan de flesta koncentrationer genomförs på oligopolistiska marknader. Oligopolistiska marknader kännetecknas av ett begränsat antal producenter som alla i begränsad omfattning har marknadsinflytande men där ingen har bestämmande inflytande över marknadspriset. Modeller för oligopol skiljer sig från modellerna för perfekt konkurrens och monopol på så vis att den tar hänsyn till interaktionen mellan företagen och hur denna interaktion påverkar konkurrensen på marknaden. Det finns ett antal olika modeller för oligopol.⁸ De som framförallt är användbara vid en analys av koncentrationers konkurrenshämmande effekter är Cournots modell samt Nash jämviktsteori.

2.1.3.1 Nash jämviktsteori

Utifrån den klassiska spelteorin ”fångarnas dilemma” skapade Nash en jämviktsmodell⁹ som beskriver en marknad med två företag, A och B, som antingen kan sätta höga eller låga priser på sina produkter. Spelet åskådliggörs genom en tabell i vilken vinsterna av de två företagens beslut illustreras. De förväntade vinsterna vid olika prissättningsstrategier är såsom följer:

Företag A/Företag B	Högt pris	Lågt pris
Högt pris	A:s vinst: 10 B:s vinst: 10	A:s vinst: 0 B:s vinst: 30
Lågt pris	A:s vinst: 30 B:s vinst: 0	A:s vinst: 4 B:s vinst: 4

Som kan utläsas ur tabellen är den bästa strategin för *båda* företagen att ta ut ett högt pris, så att vinsten blir 10 för dem båda. Om företag A väljer ett högt pris är den bästa strategin för företag B att välja ett lågt pris, då vinsten för företag B då istället blir 30. I detta fall kommer vinsten för företag A att bli noll. Om företag A också väljer att sätta ett lågt pris blir vinsten istället 4

⁷ Dahlman/Glader/Reidhav 2002, s. 136f. Cooter/Ulen 2000 s. 40.

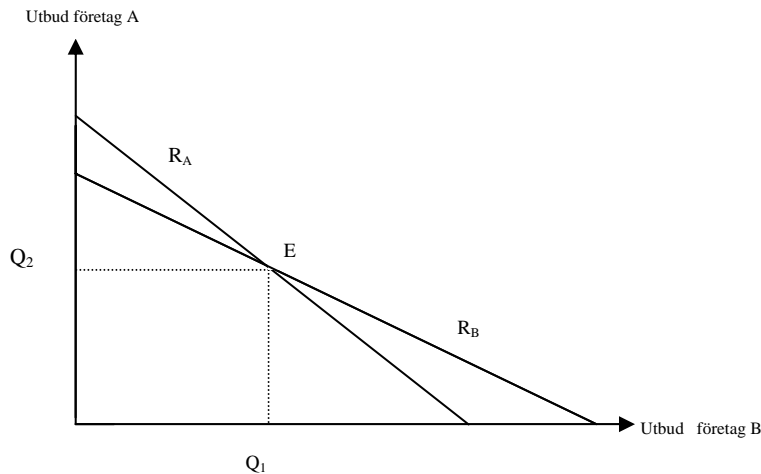
⁸ Bishop/Walker 2002 s. 27f.

⁹ Spelet är uppkallad efter Nash (1951). Spelet kallas även ”fångarnas dilemma” då spelet först behandlade valet hos två fångar att antingen erkänna ett brott eller att neka till det.

för båda företagen. Det utfall där båda företagen sätter ett lågt pris betecknas som Nashjämvikt. Det bästa handlingsalternativet för företagen i modellen när det andra företaget sänker sina priser är att göra detsamma för att inte stå utan vinst. Trots att utfallet är som bäst när båda företagen tar ut ett högt pris kommer incitamentet för det ena företaget att ta ut ett lågt pris när det andra företaget tar ut ett högt pris leda till att båda företagen tar ut ett lågt pris.¹⁰

2.1.3.2 Cournots modell

Cournots modell¹¹ för oligopol beskriver en marknad med två konkurrerande företag. Modellen utgår från förutsättningen att företagen konkurrerar genom att sätta utbudet så att vinsten maximeras givet det andra företags utbud. Vidare förutsätts företagen i modellen bara ha möjlighet att ta beslut om produktionskvantitet en gång och att det konkurrensmässiga utfallet på marknaden är Nashjämvikt. För varje volym som det ena företaget producerar förutsätts det finnas en vinstmaximerande produktionsvolym för det andra företaget. Grafiskt kan dessa volymer beskrivas med hjälp av två linjer, R_A för det ena företags produktionsvolym och R_B för det andra. Längs med linjen R_A finns de volymer som maximerar vinsten för företag A vid företag B:s olika produktionsvolym. Det omvända förhållandet gäller för linje R_B .



Där de båda linjerna korsar varandra maximerar båda företagen sin vinst givet det andra företags utbud. Denna punkt utgör Cournots ekvilibrium. Cournots modell kan tillämpas även när antalet konkurrerande företag är fler än två. Om antalet företag ökar kommer den nya jämvikten att hamna på en högre produktionsvolym och därmed ett lägre pris. Oavsett antalet konkurrerande företag på marknaden kommer priset alltid att vara högre än marginalkostnaden även om ett ökat antal företag kommer leda till att priset närmar sig marginalkostnaden.¹²

¹⁰ Bishop/Walker 2002 s. 29.

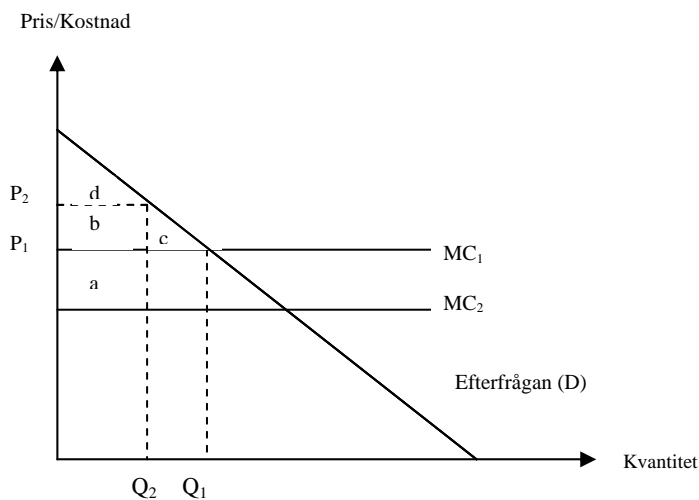
¹¹ Modellen är uppkallad efter matematikern Augustin Cournot (1838).

¹² Bishop/Walker 2002 s. 30f.

2.2 Williamssons avvägningmodell

Företagskoncentrationer ger upphov till en mängd olika effekter som kan påverka samhällsekonomin i både positiv och negativ riktning. En horisontell koncentration kan under vissa förutsättningar verka som ett monopolföretag och sätta prisnivå och reglera utbud efter eget gottfinnande.¹³

I Williamssons modell¹⁴, beskrivs hur en företagssammanslagning kan påverka olika grupper inom samhället. Modellen beskriver en marknadsstruktur bestående av två konkurrerande företag och en grupp konsumenter. På marknaden antas konkurrensen vara så intensiv att båda företagen saknar marknadsinflytande. Utfallet är således detsamma som på marknader där det råder perfekt konkurrens då företagen inte kan höja priset över marginalkostnaden. I modellen slås de två företagen samman och marknadsstrukturen förändras till ett monopol. I och med sammanslagningen ökar marknadsinflytandet och priset stiger över marginalkostnaden. Företagens vinster ökar därmed dels som ett resultat av det ökade marknadsinflytandet och de höjda priserna och dels som ett resultat av att företagen minskar sina kostnader genom sammanslagningen.



Den vertikala axeln anger prisnivån på en viss vara och den horisontella anger kvantiteten av varan. Den lutande linjen beskriver konsumenternas efterfrågan på den aktuella varan. De två horisontella linjerna anger marginalkostnaden (MC) före och efter sammanslagningen. Marginalkostnaden är konstant i modellen, dvs. den är densamma oavsett hur många enheter som produceras.

¹³ Även vertikala koncentrationer och konglomerat kan leda till sådana effekter. I en vertikal koncentration där det ena företaget tex. har en stark position inom produktion och det andra inom distribution kan tillsammans bli så starka att de slår ut andra konkurrenter. Konglomerat kan utnyttja sin dominerande ställning på en marknad till att skaffa sig en lika stark ställning på en annan.

¹⁴ Uppkallad efter Williamsson (1968).

Då företagen innan sammanslagningen saknar marknadsinflytande och därför inte kan höja priset över marginalkostnaden blir priset lika med marginalkostnaden ($P_1=MC_1$ och $D=Q_1$). Som en följd av sammanslagningen sjunker marginalkostnaden från MC_1 till MC_2 , varvid en effektivitetsvinst motsvarande ruta a uppstår. På grund av det ökade marknadsinflytandet, väljer monopolisten det nya högre priset P_2 varvid den efterfrågade kvantiteten sjunker till Q_2 .

Genom att beräkna förändringen i producent- och konsumentöverskottet kan sammanslagningens påverkan på producenter och konsumenter analyseras. Innan sammanslagningen är producentöverskottet noll då priset är lika med marginalkostnaden och konsumentöverskottet motsvaras av arean b, c och d. Efter sammanslagningen har producentöverskottet ökat till att omfatta hela arean a och b och konsumentöverskottet har minskat till arean d. Producentöverskottet har således ökat med arean b på bekostnad av konsumentöverskottet. Vidare uppstår en dödviktsförlust, som i modellen motsvaras av area c.¹⁵

2.2.1 Effekter som ryms inom modellen

Förändringen i totalöverskottet kan så som vi sett bestå av både en positiv och en negativ effekt. Den positiva effekten som motsvaras av ruta a består av besparingar som medför att resurser frigörs som kan användas till annan produktion. Dessa besparingar kan vara ett resultat av skalfördelar, dvs. ju mer som produceras desto lägre blir genomsnittskostnaden per produkt. Om effektivitetsvinster används till förbättringar av den aktuella produkten, kan de dock ej betraktas som kostnadsbesparingar. En sådan användning leder ju till kvalitetsförbättringar, vilka motiverar det högre priset. Den negativa effekten är ett resultat av det ökade marknadsinflytandet. Om koncentrationen upprätthåller ett pris som överstiger marginalkostnaden innebär det att konsumenternas betalningsvilja för att konsumera ytterligare en enhet överstiger marginalkostnaden för att producera enheten vilket är att betrakta som samhällsekonomiskt kostsamt. Producentöverskottet har således ökat dels på grund av de höjda priserna men även på grund av de minskade kostnaderna, och denna ökning sker till stor del på bekostnad av konsumenterna.¹⁶

Effekterna av en koncentration inom ramen för Williamssons modell är således att ett marknadsinflytande skapas eller förstärks och att effektivitetsvinster genereras. Williamsson menade att vid en avvägning mellan dessa effekter skall effektivitetsvinsterna överstiga dödviktförlusten för att en koncentration skall bedömas som tillåten.¹⁷

¹⁵ Ilzkowitz/Meiklejohn s 58 f. Fridolfsson 2002 s. 8f.

¹⁶ Ilzkowitz/Meiklejohn 2003 s. 60.

¹⁷ Ilzkowitz/Meiklejohn 2003 s. 59.

2.2.2 Dynamiska effekter

Williamssons modell utgör en statisk analys av effekterna av en koncentration, dvs. den utgör bara en ögonblicksbild av en marknad där det saknas både en framtid och en dåtid. Modellen tar således inte hänsyn till den dynamiska effektivitet som en koncentration kan generera.

En koncentration kan ge upphov till ökad dynamisk effektivitet genom att de sammanslagna företagen kan ta del av varandras know-how och därigenom påskynda den teknologiska utvecklingen och innovationshastigheten. Vidare ökar incitamentet till att göra investeringar i forskning och utveckling då de eventuella vinster som sådana investeringar leder till i större utsträckning internaliseras i verksamheten då koncentrationen leder till ökade marknadsandelar.¹⁸ Invändas kan dock att koncentrationer som leder till att konkurrensen begränsas i mycket hög omfattning kan medföra att företagen har mindre incitament till att investera i forskning och utveckling då sådana investeringar i avsaknad på en effektiv konkurrens kan anses onödiga. Förhållandet mellan forskning och utveckling och graden av konkurrens på en marknad kan således beskrivas med hjälp av en linje formad som ett upp och nedvänt U, där den vertikala axeln anger investeringar i FoU och den horisontella anger graden av koncentration. Om konkurrensen är hög på en marknad saknas i allmänhet incitament för ett företag att investera i forskning och utveckling då de eventuella vinster som tex. produktutveckling leder till inte i så stor utsträckning internaliseras i verksamheten. Den dynamiska effektiviteten är således förhållandevis låg medan den statiska effektiviteten är hög. Om konkurrensen minskar ökar incitamentet att investera i forskning och utveckling till en viss nivå där den dynamiska effektiviteten är som högst. Ju mer koncentrerad marknaden blir därefter desto lägre blir både den dynamiska och den statiska effektiviteten.¹⁹

2.3 Marknadsinflytande

Då koncentrationer kan resultera i ett ökat marknadsinflytande bör begreppets innebörd närmare analyseras. Marknadsinflytande definieras som förmågan hos ett eller flera företag att genom begränsningar av utbudet höja priserna över den nivå som hade rått under en effektiv konkurrens och därigenom öka sina vinster. Det finns således tre viktiga faktorer som måste vara uppfyllda för att marknadsinflytande skall föreligga. För det första skall utövandet av marknadsinflytande innebära att utbudet begränsas. Om ett företag vill höja priset på en produkt måste det också minska sitt utbud, vilket är en direkt följd av att efterfrågan på en vara minskar då priset ökar. Vidare måste prishöjningarna vara lönsamma för företagen. Detta kriterium är en nödvändig förutsättning för marknadsinflytande då vilket företag som helst kan höja priserna utan att det innebär att de har marknadsinflytande. Medför prishöjningarna inga vinster saknar företagen incitament till att höja

¹⁸ Stirati 2004 s. 265f.

¹⁹ Ilzkowitz/Meiklejohn 2003 s. 60.

prisnivåerna, varvid de saknar inflytande på marknaden. Slutligen skall marknadsinflytandet utövas med det konkurrensmässiga priset som måttstock. Utövandet av marknadsinflytande skall med andra ord leda till priser som relativt det konkurrensmässiga priset är höga och utbudsvolymer som relativt den konkurrensmässiga volymen är låga. Den relevanta måttstocken behöver således inte vara den rådande prisnivån innan prishöjningen utan skall istället vara den prisnivå som skulle ha gällt under en effektiv konkurrens.²⁰

Såsom har konstaterats leder prishöjningar i allmänhet till att efterfrågan på varan sjunker. Om förändringen i efterfrågan relativt prishöjningen är så liten att den vägs upp av det högre priset, har företaget marknadsinflytande. Avgörande är således i vilken omfattning efterfrågan på en vara påverkas av prishöjningar. Genom beräkning av efterfrågeelasticiteten kan denna omfattning kvantifieras i tämligen exakta termer. Ju högre elasticitet desto mer sjunker efterfrågan vid en prishöjning.²¹ Om en elasticitet är mindre än -1 är efterfrågan elastisk, vilket innebär att efterfrågan relativt sett minskar mer än priset förändras. Som exempel kan nämnas att en elasticitet på -2 innebär att en prishöjning på 1 % medför en minskad efterfrågan på 2 %. Om elasticiteten är större än -1 är efterfrågan oelastisk varvid situationen är den omvända. En elasticitet på -0.5 minskar efterfrågan med 0.5 % om priset höjs med 1 %. Om efterfrågan är oelastisk tjänar företaget på en prishöjning. Ett företags efterfrågeelasticitet är således relevant för huruvida ett företag kan sägas ha marknadsinflytande. Ju mer elastisk efterfrågan är på en produkt desto svårare är det för producenten att höja priserna över den konkurrensmässiga nivån.²²

2.4 Kommentarer

I detta kapitel har den teoretiska bakgrunden till de ekonomiska modeller som kan anses illustrativa vid en granskning av företagskoncentrationer samt begreppet marknadsinflytande behandlats. Då ekonomisk teori och ekonomiska modeller kommer att tillämpas i analysen nedan är den teoretiska bakgrunden nödvändig för förståelsen av den fortsatta framställningen.

Modellerna för perfekt konkurrens och monopol har såsom framhållits behandlats för att skapa en bättre helhetsbild av den teoretiska bakgrunden. I den fortsatta framställningen är det dock modellerna för oligopol och Williamssons modell som framförallt kommer att tillämpas.

²⁰ Bishop/Walker 2002 s. 50 f.

²¹ Med "högre" elasticitet avses här nivån på absolutalet, dvs. en elasticitet på -2 % är högre än en elasticitet på -1%.

²² Efterfrågans priselasticitet beräknas genom att den procentuella förändringen i efterfrågan delas med den procentuella förändringen i pris. Bishop/Walker 2002 s. 45f.

3 Den rättsliga ramen

Ovan har delar av relevant ekonomisk teori behandlats. I detta kapitel kommer ”den andra sidan av myntet” att granskas dvs. den rättsliga ram i form av koncentrationsförordningen och framförallt konkurrenstestet som kommissionen har att utgå ifrån i sin bedömning.

Då förändringar av konkurrenstestet har genomförts förhållandevis nyligen kommer detta avsnitt att inledas med en bakgrund till dessa förändringar och även en kort bakgrund till koncentrationsförordningen som helhet. Därefter kommer koncentrationsförordningens tillämpningsområde att behandlas och slutligen bedömningskriterierna enligt det nya konkurrenstestet.

3.1 Bakgrund

1990 antogs rådets förordning nr 4064/89²³ om kontroll av företagskoncentrationer, vilken gav EU-kommissionen en exklusiv behörighet att kontrollera koncentrationer med gemenskapsdimension. I och med antagandet infördes den så kallade ”one-stop-shop principen” med innebörd att det endast finns en kontroll av företagskoncentrationer med gemenskapsdimension inom EU och att alla koncentrationer som omfattas av koncentrationsförordningen skall anmälas till kommissionen innan de genomförs.

Sedan koncentrationsförordningens tillkomst har dess tillämpning utvecklats genom kommissionens beslut och EG-domstolens rättspraxis. Den ursprungliga koncentrationsförordningen har efter ikraftträdandet reviderats vid två tillfällen.²⁴ Den senaste ändringen genomfördes i maj 2004 mot bakgrund av kommissionens Grönbok²⁵ om översyn av koncentrationsförordningen som publicerades i december 2001. Syftet var att förenkla reglerna kring företagskoncentrationer och att verka för att koncentrationsförordningen även fortsättningsvis skulle fungera som ett effektivt instrument för kontroll av företagskoncentrationer.²⁶ Grönboken innehöll en mängd förslag på möjliga förändringar av koncentrationsförordningen i både materiellt och formellt hänseende. Bland de materiella frågeställningar som behandlades övervägdes om det gällande konkurrenstestet, det så kallade MD²⁷-testet eller dominantstestet, under vilket kommissionen endast kan förbjuda en koncentration om en dominerande ställning skapas eller förstärks, skulle bytas ut. Ett motiv till att byta test ansågs vara behovet av en harmoniserad bedömning då andra

²³ Rådets förordning (EG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 395, 30.12.1989).

²⁴ Den första ändringen genomfördes 1/3 1998. Se Rådets förordning 1310/97 av den 30 juni 1997 (EUT L 180, 9.7.1997).

²⁵ Grönboken om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, KOM (2001), 745.

²⁶ Larsson Haug 2002 s. 515.

²⁷ Market Dominance

jurisdiktioner, såsom USA, Storbritannien, Kanada och Australien tillämpar det så kallade SLC²⁸-testet som sätter fokus på huruvida en koncentration påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen. Bland de argument som framfördes mot en övergång från dominantestet till SLC-testet var ett av de främsta att många års rättspraxis då inte längre skulle vara vägledande.²⁹

Något som ytterligare ansågs tala för att dominantestet behövde omformuleras eller bytas ut var den oklarhet som rådde gällande testets tillämpningsområde. Många koncentrationer uppstår på marknader som redan i hög grad är koncentrerade. Om de sammanslagna företagen ger upphov till en dominerande ställning på marknaden omfattas koncentrationen av dominantestet. En koncentration som inte ensam ger upphov till en sådan ställning men som minskar antalet konkurrerande företag på marknaden kan likväl leda till att konkurrensen på marknaden hämmas. Enda sättet att förhindra en sådan koncentration under dominantestet var att påvisa en kollektivt dominerande ställning.³⁰ I *Airtours mot Kommissionen*³¹ uttalade förstainstansrätten att kollektiv dominans endast uppstår då det föreligger samordnade effekter och satte därefter upp strikta kriterier för när sådana effekter skulle tänkas föreligga. En tolkning av slutsatserna i *Airtours* var således att i avsaknad av en dominerande ställning omfattas inte icke-samordnade effekter av en koncentration av förordningen. Koncentrationer som har en konkurrenshämmande verkan men som inte ger upphov till eller stärker en dominerande ställning omfattas med andra ord inte av dominantestet.³² Det tycktes således finnas en lucka i det aktuella konkurrenstestet på så vis att om det primära syftet³³ med konkurrenslagstiftningen är att skydda en effektiv konkurrens skulle testet inte alltid vara verkningsfullt.

Grönboken inbjöd även till kommentarer avseende vilken roll de effektivitetsvinster som uppkommer som resultat av en koncentration skall spela i bedömningen. Kommissionen hade i fallet *General Electric/Honeywell*³⁴ förbjudit en koncentration bland annat på den grunden att den genererade effektivitetsvinster. Kommissionens beslut kom att kritiserat av dem som menade att effektivitetsvinster snarare skall betraktas som en faktor som kan tala för en koncentrations tillåtlighet.³⁵

Kommissionen offentliggjorde 2002 ett förslag till ny koncentrationsförordning mot bakgrund av Grönboken och de synpunkter som inkommit på denna. Ministerrådet antog den nya

²⁸ Substantial Lessening of Competition

²⁹ Stirati 2004 s. 253.

³⁰ Weitbrecht 2005 s. 67.

³¹ T-342/99 *Airtours mot Kommissionen*, REG 2002, s. II-2585. Se även T-102/96 *Gencor mot kommissionen*, REG 1999, s. II-753.

³² Weitbrecht 2005 s. 68.

³³ Wetter/Karlsson/Rislund/Östman 2004 s. 8.

³⁴ IV/M. 2220 *General Electric/Honeywell*, EUT L 48/1, 03.07.2001.

³⁵ Luescher 2004 s. 72.

koncentrationsförordning³⁶ och därmed det nya konkurrenstestet, SIEC³⁷-testet, i januari 2004 och förordningen trädde i kraft 1 maj samma år. I och med ikraftträdandet publicerades även nya riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer.³⁸

Under det nya SIEC-testet kan kommissionen förklara en koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden om ”koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks [...]”.³⁹ Den nya formuleringen innebär att man löser den ovan beskrivna problematiken med MD-testet. Då frågan om koncentrationen ger upphov till eller stärker en dominerande ställning nu är underordnad frågan om koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen kan SIEC-testet sägas utgöra en kompromiss mellan det gamla dominanstestet och SLC-testet. Genom denna kompromiss har man lyckats formulera ett test som ligger nära SLC-testet, varvid en del av harmoniseringsproblematiken är löst utan att behöva göra avkall på den vägledning som framarbetats i rättspraxis under dominanstestet.⁴⁰

I och med antagandet av den nya koncentrationsförordningen och det nya SIEC-testet står det också klart att kommissionen skall beakta effektivitetsvinster som uppstår som en följd av koncentrationen som en faktor som kan motverka sammanslagningens negativa inverkan på konkurrensen och därmed som en faktor som talar för en koncentrations tillåtlighet.⁴¹

3.2 Koncentrationsförordningens tillämpningsområde

Koncentrationsförordningen innehåller två kriterier för kommissionens behörighet att pröva koncentrationer. För det första måste transaktionen utgöra en koncentration såsom den definieras i förordningens tredje artikel. För det andra måste koncentrationen ha gemenskapsdimension med innebörd att dess omsättning skall överstiga vissa tröskelvärden, detta för att identifiera de transaktioner som har effekter på gemenskapen och kan anses vara av ”gemenskapsintresse”.⁴² Koncentrationsförordningen är tillämplig på koncentrationer av gemenskapsdimension inom alla produkt- och

³⁶ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 024/22 2004). Nedan ”koncentrationsförordningen”.

³⁷ Significant Impediment of Effective Competition

³⁸ Se kap. 3.3.2 nedan.

³⁹ Koncentrationsförordningen art 2(3).

⁴⁰ Weitbrecht 2005 s. 68. Se även skäl 25 i ingressen till koncentrationsförordningen.

⁴¹ Se skäl 29 koncentrationsförordningen.

⁴² Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 3.

tjänsteområden.⁴³ Med förbehåll för EG-domstolens prövningsrätt har kommissionen ensam behörighet att pröva koncentrationer som omfattas av koncentrationsförordningen varvid inte heller medlemsstaterna får tillämpa nationell konkurrenslagstiftning på sådana koncentrationer.⁴⁴

3.2.1 Koncentrationsbegreppet

I artikel 3 i koncentrationsförordningen definieras begreppet koncentration och i dess första punkt stadgas att:

En koncentration skall anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att:

- a) två eller flera tidigare självständiga företag eller delar av företag slås samman, eller*
- b) en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt förvärvar kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag.*

Det kan således sägas finnas två typer av koncentrationer. Koncentrationer som uppstår till följd av att tidigare självständiga företag slås samman och koncentrationer som uppstår genom att kontroll över andra företag har förvärvats. Båda koncentrationsformerna kännetecknas av en varaktig förändring av kontroll. I kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration⁴⁵ understryks att kommissionen vid bedömningen av om en transaktion utgör en koncentration tillämpar kvalitativa kriterier snarare än kvantitativa genom betoning av begreppet kontroll och att koncentrationer därför kan förekomma i både faktisk och rättslig mening. Kontroll över ett annat företag kan uppstå rättsligt genom förvärv av äganderätt eller aktieägaravtal men den kan även uppkomma de facto genom att det uppstår ett ekonomiskt beroende företagen emellan genom till exempel långsiktiga leveransavtal eller krediter.⁴⁶

I artikel 3(4) stadgas att självständigt fungerande samriskföretag (full funktions joint ventures) omfattas av koncentrationsförordningen, det vill säga bildandet av ett gemensamt företag som varaktigt fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner utgör också en koncentration.

I artikel 3(5) undantas vissa transaktioner från koncentrationsförordningens tillämpningsområde. En koncentration skall enligt artikeln inte anses uppstå i vissa fall, såsom när finansinstitut, kreditinstitut eller försäkringsbolag, vilkas normala verksamhet omfattar transaktioner och handel med värdepapper för egen eller andras räkning, tillfälligt innehar värdepapper som de har förvärvat i ett företag i avsikt att vidareförsälja dem.

⁴³ Tidigare fanns särskilda bestämmelser för kontroll av företagskoncentrationer på kol- och stålområdet i EKSG-fördraget. Dessa bestämmelser upphörde att gälla 23 juli 2002.

⁴⁴ Koncentrationsförordningen art 21(2)(3).

⁴⁵ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 4.

⁴⁶ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 9.

3.2.2 Gemenskapsdimension

En koncentration har en gemenskapsdimension om de berörda parternas omsättning överstiger vissa angivna tröskelvärden. I första artikelns andra och tredje punkt stadgas:

2. En koncentration har en gemenskapsdimension om

- a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 5 miljarder euro, och
- b) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner euro,

om inte vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i en och samma medlemsstat.

3. En koncentration som inte uppnår de tröskelvärden som anges i punkt 2 har en gemenskapsdimension om

- a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 2.5 miljarder euro,
- b) den sammanlagda omsättningen för samtliga berörda företag i var och en av åtminstone tre medlemsstater överstiger 100 miljoner euro,
- c) i var och en av åtminstone tre medlemsstater enligt punkt b, den totala omsättningen för vart och ett av åtminstone två av företagen överstiger 25 miljarder euro, och
- d) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för vart och ett av åtminstone två av de berörda företagen överstiger 100 miljarder euro,

om inte vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen inom en och samma medlemsstat.

Artikel 1 innehåller två uppsättningar av tröskelvärden som är avgörande för om en koncentration är av gemenskapsintresse. Artikel 1(3) behöver endast tillämpas i de fall då de tröskelvärden som anges i artikel 1(2) inte är uppnådda. Tröskelvärden för den globala omsättningen är ägnade att mäta de berörda företagens storlek och tröskelvärdena för omsättningen inom gemenskapen skall fastställa huruvida transaktionen innefattar en viss minimiverksamhet inom gemenskapen. Två tredjedelsregeln syftar till att exkludera rent inhemska transaktioner från gemenskapsregelns tillämplighet.⁴⁷

Syftet med tröskelvärdena är att bedöma kommissionens behörighet och inte att bedöma marknadsställningen för parterna i koncentrationen eller effekterna av en koncentration.⁴⁸ Genom tröskelvärdena tillhandahålls en mekanism vars syfte är att förenkla för de företag som är involverade i en koncentration att fastställa om transaktionen är av gemenskapsdimension och därför bör anmälas. Tröskelvärdena är av denna anledning av

⁴⁷ Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 3.

⁴⁸ Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 4.

kvantitativ karaktär då de grundar sig på företagets omsättning och inte på andra bedömningsgrunder såsom marknadsandelar.⁴⁹

3.3 Bedömningskriterier

Kommissionens bedömning av koncentrationer omfattar i regel två aspekter, dels en definition av den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden, dels en bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt. Definitionen av den relevanta marknaden syftar till att identifiera det omedelbara konkurrenstryck som den samgående enheten möter och är således i hög grad en väsentlig del av bedömningen av företagskoncentrationer.⁵⁰ Såsom inledningsvis konstaterats kommer definitionen av den relevanta marknaden inte tas upp till behandling i denna uppsats även om det kommer att kunna konstateras att definitionen i vissa sammanhang är en viktig faktor även vid bedömningen av koncentrationer ur konkurrenssynpunkt. Koncentrationsförordningens artikel 2(3), SIEC-testet, utgör det ramverk utifrån vilket kommissionen bedömer koncentrationer ur konkurrenssynpunkt. Nedan kommer de kriterier som ställs upp i artikeln att granskas samt inledningsvis de faktorer som kommissionen enligt förordningens artikel 2(1) skall ta i beaktande vid denna bedömning.

3.3.1 SIEC-Testet

I koncentrationsförordningens artikel 2(1) stadgas att när kommissionen gör sin bedömning skall den beakta:

a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bland annat strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen.

b) de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenterna valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, konsumentintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen.

I den första paragrafen uttrycks det bakomliggande syftet med kontroll av företagskoncentrationer dvs. att bevara och utveckla en effektiv konkurrens på marknaden. I b) listas ett antal faktorer som kommissionen skall ta hänsyn till i sin bedömning utifall att de är relevanta i det aktuella fallet. Alla faktorer skall beaktas utifrån dess betydelse i konkurrenshänseende även om många andra aspekter kan tolkas in i de uppräknade faktorerna. Till exempel kan ett företags ”ekonomiska och finansiella styrka” inbegripa

⁴⁹ Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 5.

⁵⁰ Riktlinjerna p. 10.

faktorer som inte har någon relevans för företagets makt att höja priser eller på annat sätt påverka konkurrensen i negativ riktning.⁵¹

I koncentrationsförordningens artikel 2(3) stadgas att:

En koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

I artikeln fastställs de kriterier som måste vara uppfyllda för att en koncentration inte skall vara att anse som förenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen skall ta hänsyn till alla betydande hinder för en effektiv konkurrens som kan orsakas av en koncentration. Att en dominerande ställning skapas eller förstärks är en primär form av sådan negativ påverkan på konkurrensen och testet skall tolkas så att det, utöver begreppet dominerande ställning, endast sträcker sig till en koncentrationskonkurrenshämmande effekter till följd av ett icke-samordnat beteende hos företag som inte skulle resultera i en dominerande ställning.⁵²

Nedan kommer de i testet uppställda rekvisiten, ”effektiv konkurrens”, ”väsentlig del av den gemensamma marknaden”, ”påtagligt hämmande” och ”dominerande ställning” att granskas närmare.

3.3.1.1 Effektiv konkurrens

Koncentrationsförordningen definierar inte innebörden av effektiv konkurrens. I riktlinjerna⁵³ beskrivs endast följderna av en effektiv konkurrens i form av de positiva effekter som kommer konsumenterna till godo genom låga priser, hög produktkvalité och ett brett utbud. Vidare uttrycks att kommissionen genom sin kontroll av företagskoncentrationer hindrar koncentrationer som troligtvis skulle beröva kunderna dessa fördelar genom att avsevärt öka företagets marknadsinflytande. Effektiv konkurrens tycks således förutsätta frånvaron av marknadsinflytande, eller i vart fall ett ”ökat marknadsinflytande” såsom det uttrycks i riktlinjerna. I doktrin har effektiv konkurrens definierats som frånvaron av marknadsinflytande i den mening att marknadsinflytande medför förmågan att höja priserna över de konkurrensmässiga priserna. Denna definition kan dock kritiseras då i princip alla företag har marknadsinflytande i definitionens mening.⁵⁴

Vidare har i doktrin begreppet effektiv konkurrens beskrivits som det tillstånd som råder på en marknad där det inte råder perfekt konkurrens såsom den beskrivs i den ekonomiska modellen, men där konkurrensen på marknaden ändå hindrar producenter från att på ett oacceptabelt sätt skada konsumenternas välfärd. Med användandet av orden ”på ett oacceptabelt sätt” menar man, enligt Lindsay⁵⁵, att trycka på att definitionen av den effektiva konkurrensen innehåller en skönsässig bedömning avseende i

⁵¹ Korah 2004 s. 345.

⁵² Koncentrationsförordningen skäl 25.

⁵³ Riktlinjerna p. 8.

⁵⁴ Bishop/Walker 2002 s. 4.

⁵⁵ Lindsay 2003 s. 42.

vilken utsträckning konsumenternas välfärd skall sättas före den samhälleliga välfärden.

Det kan konstateras att det saknas en allmänt vedertagen definition av begreppet effektiv konkurrens. Marknadsinflytande är ett mycket centralt begrepp vid bedömningen av företagskoncentrationer men frånvaron utav marknadsinflytande kan inte ensamt definiera begreppet. Inte heller kan en effektiv konkurrens definieras utifrån modellen för en perfekt konkurrens. Begreppet tycks således inte vara en objektiv standard utan i kommissionens tillämpning av begreppet finns det sålunda ett visst mått av skön.⁵⁶

3.3.1.2 Väsentlig del av den gemensamma marknaden

Vid bedömningen av om de effekter en koncentration har på konkurrensen inträffar på ett område som utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden kan ekonomiska faktorer likväl som fysiska dimensioner av den geografiska marknaden tas i beaktande.⁵⁷ I fallet Exxon/Mobil⁵⁸ ansåg kommissionen att Gatwick flygplats utgjorde en väsentlig del av den gemensamma marknaden på bland annat den grunden att 25 % av den brittiska konsumtionen av den aktuella produkten (flygplansbränsle) konsumerades där.

3.3.1.3 Påtagligt hämmande

En koncentration kan bara förbjudas enligt koncentrationsförordningen om den medför en väsentlig ändring av konkurrensen⁵⁹ som är av sådan art att den effektiva konkurrensen på marknaden påtagligt och varaktigt hämmas.⁶⁰ Om ingen väsentlig förändring av den rådande konkurrensen sker skall således koncentrationen tillåtas oavsett om den skapar eller förstärker en dominerande ställning. Innebörden av ”väsentlig” i detta sammanhang har ännu inte klart definierats i kommissionens praxis.⁶¹

3.3.1.4 Dominerande ställning

Begreppet dominerande ställning har i praxis⁶² definierats som ”situationen där ett eller flera företag har sådan ekonomisk makt att de kan förhindra bibehållandet av en effektiv konkurrens på den ifrågavarande marknaden på grund av att de har möjlighet att i betydande omfattning uppträda utan att ta hänsyn till sina konkurrenter, kunder och slutligen konsumenter”. Definitionen har utvecklats vid tillämpning av Europafördragets artikel 82 som behandlar missbruk av dominerande ställning där företagens historiska agerande bedöms snarare än dess framtida såsom är fallet i bedömningen av koncentrationer enligt koncentrationsförordningen. Kommissionen skall i sin bedömning bedöma de *sannolika* effekterna av en koncentration och inte

⁵⁶ Hildebrand 2002 s. 90.

⁵⁷ Lindsay 2003 s. 44.

⁵⁸ IV/M.1383 *Exxon/Mobil*, EUT C102/29, 29.09.1999 p.813.

⁵⁹ Se T-102/96 *Gencor mot kommissionen*, REG 1999, s. II-753 p. 170,180 och 193.

⁶⁰ T-342/99 *Airtours mot Kommissionen*, REG 2002, s. II-2585 p. 58. Se även Lindsay 2003 s. 43.

⁶¹ Lindsay 2003 s. 43.

⁶² T-102/96 *Gencor mot kommissionen*, REG 1999, s. II-753.

enbart de *möjliga* effekterna, varvid det är en nödvändighet att ta hänsyn till de samgående företagens incitament till olika handlingsalternativ på marknaden.⁶³ De samgående företagen skall således både ha *förmåga och incitament* till att uppträda utan hänsyn till sina konkurrenter, kunder och konsumenter för att de skall anses ha en dominerande ställning.⁶⁴ Definitionen av dominerande ställning har stora likheter med den för marknadsinflytande och då förmågan att agera självständigt ofta följs av förmågan att höja priserna får de två begreppen anses ha ett mycket nära samband.⁶⁵

3.3.1.5 Kommentarer

I och med omformuleringen av konkurrenstestet har begreppet effektiv konkurrens hamnat i fokus även om det kan konstateras att dominansriteriet fortfarande är av stor vikt vid bedömningen. Då begreppet dominans står i nära relation till marknadsinflytande och även begreppet effektiv konkurrens till viss del kan definieras utifrån marknadsinflytande, eller rättare sagt frånvaro utav det, kan de två begreppen sägas stå i nära relation till varandra. Såsom framgått saknas det dock en allmänt vedertagen definition av begreppet effektiv konkurrens. I detta sammanhang kan dock påpekas att om syftet med kontroll av företagskoncentrationer är att upprätthålla de fördelar som följer av en effektiv konkurrens är det resultatet av en effektiv konkurrens såsom det tex. uttrycks i riktlinjerna som är intressant snarare än dess exakta definition.

3.3.2 Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer

Såsom SIEC-testet är formulerat lämnas ett stort tolkningsutrymme i frågan om vilka faktorer kommissionen skall ta i beaktande vid en bedömning av en koncentrations tillåtlighet. Artikel 2(1) ger en viss vägledning men framförallt har ett antal faktorer framträtt som särskilt betydelsefulla i kommissionens beslutspraxis. Dessa faktorer behandlas utförligt i *Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer* som kommissionen publicerade 2004 och som bygger på kommissionens erfarenheter av att bedöma koncentrationer mot bakgrund av den tidigare koncentrationsförordningen (4064/89) samt EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis. Riktlinjerna kan sägas utgöra en beskrivning av det analytiska tillvägagångssätt som kommissionen använder i sin bedömning och är därför att betrakta som flexibla då kommissionen med all säkerhet kommer att vidareutveckla och finlipa principerna för sin analys i enskilda ärenden.⁶⁶ I den analys som följer kommer de i riktlinjerna behandlade faktorerna att närmare granskas.

⁶³ Lindsay 2003 s. 31. Riktlinjerna p. 11.

⁶⁴ Lindsay 2003 s. 30. Se IV/M.1932 *BASF/American Cyanamid(AHP)* EUT C 354/38, 09.12.2000 p.46 till 48.

⁶⁵ Bishop/Walker 2002 s. 258.

⁶⁶ Korah 2004 s. 346. Riktlinjerna p. 6.

4 Några olika bedömningsfaktorer

I detta avsnitt kommer de faktorer som visat sig vara särskilt centrala i kommissionens beslutspraxis att granskas var för sig. Först behandlas de ekonomiska aspekterna, därefter granskas de bedömningskriterier som kommissionen själv utgår ifrån i dess prövning. De faktorer som nedan kommer att behandlas är inte att betrakta som en checklista för kommissionens bedömning utan konkurrensanalysen grundar sig på en helhetsbedömning av de förutsebara effekterna av en koncentration mot bakgrund av de nedan behandlade faktorerna men även andra relevanta omständigheter.

Inledningsvis kommer de olika sätt varpå en koncentration påtagligt kan hämma den effektiva konkurrensen att behandlas. Därefter kommer marknadsandelar och koncentrationsnivåer att granskas. Slutligen kommer de faktorer som kan motverka de konkurrenshämmande effekterna av en koncentration att undersökas.

4.1 Konkurrenshämmande verkningar

Det finns i huvudsak två olika sätt på vilka horisontella koncentrationer påtagligt kan hämma den effektiva konkurrensen. Dels kan koncentrationer leda till en eliminering av ett betydande konkurrenstryck, som ett eller flera företag utsätts för varpå dessa företags marknadsinflytande kan öka, utan att tillgripa ett samordnat agerande, så kallade icke-samordnade effekter. Dels kan koncentrationer ändra konkurrensens karaktär på ett sådant sätt att företag som inte tidigare samordnat sitt beteende nu med större sannolikhet kommer att samordna och höja sina priser eller på något annat sätt påtagligt hämma konkurrensen, så kallade samordnade effekter.⁶⁷

4.1.1 Icke-samordnade effekter

Såsom behandlats ovan rådde det under den tidigare koncentrationsförordningen och det gamla MD-testet, en viss oklarhet om huruvida en koncentration som inte orsakar samordnade effekter men som ändå ger upphov till konkurrenshämmande effekter utan att skapa en dominerande ställning skulle omfattas av testet. I den nya koncentrationsförordningen⁶⁸ förtydligas att alla koncentrationer som leder till konkurrenshämmande effekter till följd av ett icke-samordnat beteende omfattas av det nya konkurrenstestet.

⁶⁷ Bishop/Walker 2002 s. 263.

⁶⁸ Koncentrationsförordningen skäl 25.

4.1.1.1 Den ekonomiska aspekten

Horisontella koncentrationer påverkar normalt sätt marknadsstrukturen på så vis att antalet konkurrerande företag på marknaden minskar samtidigt som koncentrationsgraden ökar. Detta kan få till följd att konkurrenstrycket på de samgående företagen sjunker vilket i sin tur kan leda till att koncentrationen höjer sina priser och minskar sitt utbud.⁶⁹ Sådana prishöjningar är inte beroende av att koncentrationen och dess konkurrenter agerar samordnat och benämns därför som icke-samordnade effekter. Även resterande företag på marknaden kan dra nytta av det minskade konkurrenstrycket då de prishöjningar som de samgående företagen genomför leder till att en del av efterfrågan styrs över till de konkurrerande företagen som i sin tur kan finna det lönsamt att höja sina priser.

Icke-samordnade effekter uppstår framförallt på marknader där produkterna är differentierade⁷⁰. När produkterna inte är perfekta substitut, eller direkt utbytbara, innebär detta att ett företags prishöjningar inte medför att företaget kommer förlora hela sin försäljning till konkurrenter så som hade varit fallet om varorna hade varit perfekta substitut. När ett företag går samman med en konkurrent kan detta minska efterfrågans priselasticitet på företagets egna varor.⁷¹ Efterfrågan på företagets produkter påverkas i sådant fall i mindre utsträckning av en eventuell prishöjning än den skulle ha gjort innan sammanslagningen. Innan sammanslagningen hade en prishöjning medfört minskad försäljning varvid en prishöjning i de flesta fall inte hade varit motiverad. Efter sammanslagningen kan en del av den försäljning som annars hade förlorats tas upp av det andra företaget i koncentrationen, varvid den totala försäljningsförlusten inte blir lika stor.

Företag	Initial försäljning	Försäljning efter företag A:s prishöjning
A	200	150
B	200	240
C	200	205
D	200	205
Koncentration AB	400	390

Ovanstående tabell⁷² visar försäljningen hos fyra konkurrerande företag före och efter företag A höjer sina priser med 10 %. Innan prishöjningen säljer A 200 enheter, efter prishöjningen har försäljningen gått ned med 25 % till endast 150 enheter varvid en prishöjning troligtvis inte är motiverad.⁷³ Den förlorade försäljningen har tagits upp av resterande företag på marknaden, varutav B har tagit upp hela 80 % av företag A:s förlorade försäljning.

⁶⁹ Bishop/Walker 2002 s. 264.

⁷⁰ Produkter kan differentieras tex. i fråga om geografiskt läge, varumärkes-image, tekniska specifikationer, kvalitet eller servicenivå.

⁷¹ Bishop/Walker 2002 s. 265.

⁷² Idé till tabell är hämtad från Bishop/Walker 2002 s. 265.

⁷³ Om priset efter höjningen är lika med 1.1 (tidigare 1) innebär det att de totala intäkterna efter prishöjningen är 165, gentemot den intäkt på 200 som realiserades innan prishöjningen.

Detta indikerar att företag A och B säljer produkter som i hög grad är utbytbara och om de två företagen skulle gå samman skulle detta innebära en ökad risk för prishöjningar, då, som vi kan se i tabellen, endast 2,5 % av den gemensamma försäljningen går förlorad om företagen sammanslås. Vidare kan konstateras att de konkurrerande företagen C och D troligtvis inte säljer produkter som är närliggande substitut till A:s produkter. Detta konstaterande har också stor betydelse i sammanhanget då risken är betydligt mycket större att en koncentration höjer priserna om dess konkurrenter säljer produkter som inte är närliggande substitut. Desto högre graden av utbytbarhet är mellan de samgående företagens produkter, desto troligare är det med andra ord att de samgående företagen kommer att höja sina priser.⁷⁴ Detta påstående gäller framförallt om de konkurrerande företagen på marknaden inte erbjuder närliggande substitut.

Graden av utbytbarhet kan bedömas genom tex. beräkning av korspriselasticiteten för de berörda produkterna eller med hjälp av diversionskvoter. Korspriselasticiteten är ett mått på hur mycket efterfrågan på en produkt påverkas av en ändring i priset på en annan produkt. Om korspriselasticiteten är positiv, tyder detta på att produkterna är närliggande substitut då en prishöjning på den ena produkten leder till en ökad efterfrågan på den andra produkten.⁷⁵ Diversionskvoter mäter den andel av den förlorade försäljningen på en produkt som tas upp av en annan produkt då priset på den första produkten går upp.⁷⁶ I det ovanstående exemplet är diversionskvoten från produkt A till produkt B 80%.

4.1.1.2 Kommissionens bedömning

Som vi har sett av exemplet ovan kan faktorer såsom stora marknadsandelar⁷⁷ hos de samgående företagen och om de samgående företagen är nära konkurrenter ha betydelse för huruvida det är troligt att en koncentration orsakar icke-samordnade effekter. Kommissionen tar i sin bedömning hänsyn till båda dessa aspekter samt ytterligare ett antal faktorer, däribland om de samgående företagens kunder har begränsade möjligheter att byta leverantör, om konkurrenterna sannolikt inte ökar utbudet vid en prishöjning, om den sammanslagna enheten kan hindra konkurrenter från att expandera och om koncentrationen sätter en viktig konkurrensfaktor ur spel.⁷⁸

⁷⁴ Bishop/Walker 2002 s.266.

⁷⁵ När korspriselasticiteten är negativ tyder detta på att de två produkterna är komplement till varandra då en prishöjning på den ena produkten leder till en minskad efterfrågan på den andra. Se Bishop/Walker 2002 s. 48.

⁷⁶ Bishop/Walker 2002 s. 371.

⁷⁷ Ju större marknadsandelar de samgående företagen har och i desto större utsträckning den försäljningsbas som skall ligga till grund för större marginaler efter en prishöjning ökar vid en sammanslagning, desto mer sannolikt är det att de samgående företagen kommer att finna en sådan prishöjning lönsam trots minskning av produktionen. Betydelsen av stora marknadsandelar och kommissionens syn på dessa kommer att behandlas närmare nedan i kap. 4.2

⁷⁸ Riktlinjerna p. 27-38.

4.1.1.2.1 Samgående företag är nära konkurrenter

I Volvo/Scania⁷⁹ granskade kommissionen de berörda företagens marknadsandelar i de nordiska länderna under en tioårsperiod. Det konstaterades att de båda företagens marknadsandelar hade varit relativt stabila under perioden men också att flertalet av variationerna för ett av de båda företagen motsvarade en variation i motsatt riktning för det andra företaget. När det ena företagens marknadsandelar ökade gick det andra företagens marknadsandelar ner. Kommissionen påpekade att detta förhållande utgör en stark indikation på att Volvo och Scania är varandras främsta konkurrenter och att sammanslagningen skulle innebära att denna konkurrens försvinner och att Nya Volvos övertag över återstående konkurrenter skulle öka avsevärt.⁸⁰ I Boeing/McDonnell Douglas⁸¹ undersöktes istället om det ena av de samgående företagens närvaro på den anbudsmarknad som företagen verkade på hade haft en återhållande effekt på de andra av de samgående företagen lämnat för att bedöma graden av utbytbarhet mellan företagens produkter.

I riktlinjerna⁸² behandlas möjligheten för kommissionen att bedöma graden av utbytbarhet genom undersökningar av kundpreferenser och analyser av inköpsmönster men även genom elasticitetsmått och diversionskvoter. Kommissionen använder sig dock inte enbart av de i riktlinjerna angivna metoderna utan kan tex. såsom i Volvo/Scania titta på den negativa korrelation som existerar mellan de två företagens marknadsandelar.

4.1.1.2.2 Kundernas möjlighet att byta leverantörer

I riktlinjerna⁸³ påpekas att om de samgående företagens kunder har svårt att byta till andra leverantörer pga. att det finns få alternativa leverantörer eller därför att de skulle drabbas av betydande kostnader i samband med ett byte kan det ha betydelse för huruvida det är troligt att en koncentration kommer att ge upphov till icke-samordnade effekter. I Boeing/McDonnell Douglas⁸⁴ beaktades att den aktuella koncentrationen skulle leda till att koncentrationen skulle kunna erbjuda ett större urval av produkter och att detta faktum tillsammans med koncentrationens ökade ekonomiska resurser och kapacitet skulle göra det möjligt att uppfylla lufttrafikföretagens behov av leveranser med kort varsel och därför avsevärt öka de sammanslagna företagens möjligheter att ingå exklusivavtal med sina kunder, varvid kundernas möjlighet att byta leverantör skulle begränsas.

I riktlinjerna⁸⁵ konstateras att bevis på tidigare mönster när det gäller kundernas byte av leverantör och deras reaktioner på prisförändringar kan ge viktig information i detta sammanhang.

⁷⁹ IV/M.1672 *Volvo/Scania* EUT L 143/74, 29.5.2001.

⁸⁰ IV/M.1672 *Volvo/Scania* EUT L 143/74, 29.5.2001 p. 142.

⁸¹ IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas*, EUT L 336/16, 8.12.97

⁸² Riktlinjerna p. 29.

⁸³ Riktlinjerna p. 31.

⁸⁴ IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas*, EUT L 336/16, 8.12.97.

⁸⁵ Riktlinjerna p. 31.

4.1.1.2.3 Konkurrenternas produktionskapacitet

I CVC/Lenzig⁸⁶ konstaterade kommissionen att de två samgående företagen efter en sammanslagning skulle kontrollera en väsentlig andel av den totala produktionskapaciteten och därför också skulle ha incitament att hålla nere utbudet för att hålla priserna på en hög nivå. Kommissionen ansåg det osannolikt att konkurrenterna skulle öka sitt utbud i tillräckligt hög utsträckning för att kompensera för koncentrationens produktionsminskning då det bland annat bedömdes som för kostsamt för konkurrenterna att öka kapaciteten. Huruvida de samgående företagens konkurrenter har kapacitet att öka sitt utbud som svar på koncentrationens eventuella prishöjningar utgör således en faktor som kommissionen kan ta hänsyn till i sin bedömning. I riktlinjerna⁸⁷ påpekas att det är osannolikt att kommissionen skulle anse en koncentration som konkurrenshämmande när marknadsförhållanden är sådana att konkurrerande företag har tillräcklig produktionskapacitet för att möta en produktionsänkning hos de samgående företagen och en produktionsökning skulle vara lönsam.

4.1.1.2.4 Koncentrationen minskar konkurrenternas expansionsmöjligheter

I riktlinjerna⁸⁸ anges att vissa koncentrationer kan hämma den effektiva konkurrensen genom att den sammanslagna enheten intar en ställning där den har möjlighet och incitament att göra det svårare för mindre företag och potentiella konkurrenter att utvidga sin verksamhet eller i övrigt begränsa konkurrerande företags möjlighet att konkurrera. Konkurrenterna kan i sådana fall inte fungera återhållande på koncentrationens förmåga att höja priserna eller vidta andra åtgärder till skada för konkurrensen. I praxis har tex. en koncentration som har kontroll över vissa immateriella rättigheter såsom patent eller varumärken ansetts göra det svårare för konkurrenter att utvidga sin verksamhet eller komma in på marknaden.⁸⁹ Vidare har i förstainstansrättens praxis den sammanslagna enhetens inflytande över råvaruleveranserna⁹⁰ eller distributionsmöjligheter⁹¹ ansetts leda till att det blir kostsammare för konkurrerande företag att utvidga sin verksamhet eller att komma in på marknaden.

4.1.1.2.5 Koncentrationen sätter en viktig konkurrensfaktor ur spel

I kommissionens praxis⁹² har påpekats att vissa företag kan trots en förhållandevis liten marknadsandel ha ett stort inflytande över konkurrensen på marknaden och att en koncentration som inkluderar ett sådant företag kan verka konkurrensbegränsande särskilt på marknader som redan är

⁸⁶ IV/M.2187 *CVC/Lenzig*, EUT L 825/20, 17.10.2001 p. 162 till 173.

⁸⁷ Riktlinjerna p.32, 33.

⁸⁸ Riktlinjerna p. 36.

⁸⁹ IV/M.1671 *Dow Chemical/Union Carbide*, EUT L 245/1, 14.9.2001.

⁹⁰ T-221/95 *Endemol mot kommissionen*, REG 1999, s. II-1299.

⁹¹ T-22/97 *Kesko mot kommissionen*, REG 1999, s. II-3775.

⁹² Se tex. IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas*, EUT L 336/16, 8.12.97 p. 58 och IV/M.2568 *Haniel/Ytong*, EUT L 111/1, 06.05.2003 p. 126.

koncentrerade. I riktlinjerna⁹³ konstateras att på marknader där innovation är en viktig konkurrensfaktor kan en effektiv konkurrens hämmas avsevärt av en koncentration mellan två viktiga innovatörer. I fallet GlaxoWellcome/SmithKline Beecham⁹⁴ ställde sig kommissionen frågande till om en sammanslagning mellan två viktiga innovatörer på marknaden skulle verka konkurrenshämmande. Kommissionen bedömde att koncentrationen inte skulle minska innovationen på marknaden, då de samgående företagen hade olika inriktning på sin forskning och utveckling och att de av denna anledning troligtvis inte skulle komma att minska sina investeringar i FoU samt att marknaden i övrigt bestod av ett stort antal konkurrerande företag med konkurrenskraftiga produkter. Koncentrationen ansågs således inte sätta en viktig konkurrensfaktor ur spel.

4.1.1.3 Kommentarer

En av nyckelfaktorerna i kommissionens bedömning och som också identifierades i den ekonomiska analysen, är graden av utbytbarhet som genomsyrar flera aspekter av bedömningen. Det kan konstateras att ju närmare substitut de samgående företagens produkter är och ju mer differentierade de samgående företagens och deras konkurrenter produkter är desto mer sannolikt är det att icke-samordnade effekter uppkommer. Att de samgående företagens produkter skall vara differentierade i förhållande till sina konkurrenters, har ju sin förklaring i att kunderna då har begränsad valmöjlighet varvid efterfrågan på de samgående företagens produkt blir mindre priskänslig. Som vi har sett granskar kommissionen kundernas möjlighet att byta leverantör men även hur konkurrenternas produktionskapacitet och expansionsmöjligheter påverkas av en koncentration, faktorer som även de i förlängningen har betydelse för kundernas valmöjligheter.

Slutligen bör påpekas att även om icke-samordnade effekter vanligtvis uppkommer på differentierade produktmarknader kan de förekomma på homogena marknader. Kommissionen har dock i sin bedömning tagit hänsyn till denna möjlighet då den bland annat fäster avseende vid huruvida de samgående företagens konkurrenter har kapacitetsbegränsningar. En faktor som framförallt har betydelse på homogena marknader.⁹⁵

4.1.2 Samordnade effekter

På koncentrerade marknader kan en koncentration påtagligt hämma den effektiva konkurrensen genom att skapa eller förstärka en kollektivt dominerande ställning eftersom det ökar sannolikheten för att företag kan samordna sitt beteende och höja sina priser. Samordnandet behöver inte innebära att ett avtal ingås eller att parterna tillgriper ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 81 i Europafördraget.⁹⁶ Syftet med samordningen kan vara att hålla priserna på en hög nivå men det kan

⁹³ Riktlinjerna p. 38.

⁹⁴ IV/M.1846 *Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham*, EUT C 170/06, 20.6.2000 p. 188.

⁹⁵ Bishop/Walker 2002 s. 269.

⁹⁶ T-342/99 *Airtours mot Kommissionen*, REG 2002, s. II-2585 p. 61.

även vara att begränsa produktionen eller den mängd ny kapacitet som förs in på marknaden. Vidare kan företag bedriva samordning genom att dela upp marknader eller fördela kontrakt på anbudsmarknaderna.⁹⁷

4.1.2.1 Den ekonomiska aspekten

Det finns ingen allmän ekonomisk modell som beskriver hur samordnade effekter kan uppkomma såsom resultat av en koncentration, men generellt sett kan sägas att en minskning av antalet konkurrerande företag på en marknad i sig kan vara en faktor som underlättar samordning då aktörerna då lättare kan observera konkurrenternas handlande.⁹⁸ En koncentration kan även öka sannolikheten för samordning på andra sätt, genom att tex. omfatta ett företag som tidigare hindrat eller stört samordningen.⁹⁹

I kapitel 4.1.1.1 ovan beskrivs i ett exempel de icke-samordnade effekterna av en företagssammanslagning på en marknad med fyra konkurrerande företag. Om det i samma exempel istället antas att strukturen på marknaden är sådan att företagen skulle föredra att gå in för en hållbar marknadsstrategi med syftet att sälja till högre priser skulle resultatet kunna bli som följer. Vardera av de fyra konkurrerande företagen utnyttjar initialt sin fulla produktionskapacitet och producerar och säljer 200 enheter var. Vidare antas de fasta kostnaderna per företag uppgår till 80 kr och enhetskostnaden till 0.6 kr, vilket ger 0 kr i vinst om försäljningspriset är 1 kr per enhet.¹⁰⁰ Om företag A och B slås samman kan det medföra att det blir enklare för företagen på marknaden att samordna sitt beteende, på grund av den ökade koncentrationsgraden. Företagen kan tex. minska sin produktion så att inte hela produktionskapaciteten utnyttjas varvid prishöjningar blir möjliga. Om företagen väljer att minska sin produktion med 20 % och samtidigt höja priserna med samma procentsats skulle detta leda till ökade vinster för företagen. Företagen skulle producera och sälja 160 enheter var vilket skulle inbringa en intäkt på 192 kr vilket efter avdrag för fasta och rörliga kostnader skulle inbringa en vinst på 16 kr. Då varje företag i detta läge inte utnyttjar sin fulla produktionskapacitet har de alla incitament till att bryta sig ur samordningen, öka sin produktion och lägga prisnivån något under det överenskomna priset. Paralleller kan dras till Nash jämviktsteori¹⁰¹ där det bästa utfallet för de inblandade företagen uppkommer då alla tar ut ett högt pris. Trots det finns det enligt modellen incitament för de enskilda företagen att ta ut ett lägre pris varvid alla företag slutligen tvingas sänka sina priser och Nashjämvikt uppnås. Om en sådan jämvikt uppnås föreligger inte samordnade effekter på marknaden. En avgörande faktor för förekomsten av samordnade effekter är således huruvida företagen har

⁹⁷ Riktlinjerna p. 40.

⁹⁸ Dubow/Elliot/Morrison 2004 s. 114.

⁹⁹ Riktlinjerna p. 42.

¹⁰⁰ I exemplet blir intäkten 200 kr, de fasta kostnaderna 80 kr och de rörliga 120 kr, varvid vinsten blir noll.

¹⁰¹ Spelet beskriver en marknad med endast två företag varvid det kan tyckas missvisande att dra paralleller mellan spelet och verkliga marknader med fler konkurrerande företag. Spelet kan dock i sammanhanget anses illustrativt då det tydligt visar hur incitament för företag att bryta sig ur en överenskommelse kan uppkomma och dess betydelse för uppkomsten av samordnade effekter.

incitament till att bryta sig ur en eventuell samordning på marknaden. Först och främst krävs dock att strukturen på marknaden i övrigt är sådan att företagen kan samordna om priser. Det kan konstateras att ju mer koncentrerad en marknad är efter en koncentration och desto jämnare fördelningen är mellan de största företagens marknadsandelar, desto troligare är det att företagen kommer att samordna sitt beteende.¹⁰² Vidare ökar sannolikheten för samordning avseende priser uppkommer på homogena marknader då en gemensam prissättning förenklas om produkterna är jämförbara.¹⁰³ Om marknadsefterfrågan på en vara är oelastisk talar även detta för en ökad risk för samordnade effekter. Om alla företagen sänker sina priser på en sådan marknad kommer efterfrågan på varan öka förhållandevis lite, varvid sannolikheten att ett företag bryter sig ur är liten då en sänkning av priset troligtvis kulle leda till att lönsamheten för företaget minskar.¹⁰⁴

4.1.2.2 Kommissionens bedömning

I *Airtours mot kommissionen*¹⁰⁵ angav förstainstansrätten tre villkor som måste vara uppfyllda för att en samordning skall vara hållbar. Det krävs att de samordnande företagen i tillräcklig utsträckning skall kunna kontrollera om villkoren för samordningen uppfylls och att det finns något slag av trovärdig avskräckningsmekanism som kan aktiveras om en avvikelse upptäcks. Vidare bör reaktioner hos utomstående, såsom faktiska eller potentiella konkurrenter samt kunder, inte få riskera de förväntade resultaten av samordningen. Först och främst skall det dock vara möjligt att nå samförstånd om samordning.¹⁰⁶

4.1.2.2.1 Samförstånd om samordning

I riktlinjerna¹⁰⁷ konstateras att det är troligt att en samordning uppstår om konkurrenterna lätt kan komma till en gemensam uppfattning om hur samordningen bör fungera. Om företagen är relativt symmetriska kan de anse det vara lättare att ingå samförstånd om villkoren för samordning.¹⁰⁸ I *tex. Gencor mot kommissionen*¹⁰⁹ ansåg förstainstansrätten att man med hänsyn till likheten i de ifrågavarande företagens marknadsandelar, deras andelar av de globala reserverna och deras kostnadsstrukturer på goda grunder anse att företagen i högre grad skulle få ett gemensamt intresse av marknadsutvecklingen, vilket skulle öka riskerna för konkurrensbegränsande samordnat beteende till följd av koncentrationen, exempelvis i form av produktionsminskningar. Vidare påpekas i riktlinjerna¹¹⁰ att en prissamordning får anses enklare att genomföra när

¹⁰² Bishop/Walker 2002 s. 273 som refererar till Sleuwaegen, L. (1992) "The Relevant Antitrust Market" som är opublicerad.

¹⁰³ Lindsay 2003 s. 316.

¹⁰⁴ Lindsay 2003 s. 342.

¹⁰⁵ T-342/99 *Airtours mot Kommissionen*, REG 2002, s. II-2585 p. 62.

¹⁰⁶ Riktlinjerna p. 44.

¹⁰⁷ Riktlinjerna p. 44.

¹⁰⁸ Riktlinjerna p. 48.

¹⁰⁹ T-102/96 *Gencor mot kommissionen*, REG 1999, s. II-753 p. 222.

¹¹⁰ Riktlinjerna p. 45.

samordningen rör en enda homogen produkt och när villkoren för utbud och efterfrågan är relativt stabila samt endast ett fåtal aktörer är involverade.

4.1.2.2.2 Övervakning av avvikelser

Genom att avvika från villkoren för samordningen kan ett företag öka sina marknadsandelar, detta kan ske genom att tex. sänka priserna, erbjuda hemliga rabatter, höja produktkvalitén, öka kapaciteten eller erövra nya kunder.¹¹¹ I riktlinjerna¹¹² konstateras att det för att samordning skall komma till stånd krävs att marknaden är tillräckligt öppen för att samordnade företag skall ha möjlighet att kontrollera att andra företag inte avviker från villkoren för samordning. Hur transaktioner på en marknad genomförs är relevant för bedömningen av graden av öppenhet på en marknad. Den mest betydande faktorn vid denna bedömning är att identifiera vad företag kan dra för slutsatser om andra företags åtgärder utifrån den information som finns tillgänglig.¹¹³ I fallet ENZO/STORA¹¹⁴ bedömdes öppenheten på marknaden som begränsad då transaktioner på marknaden förhandlades fram bilateralt i hemlighet mellan säljare och köpare. I fallet Danish Crown/Vestjyske Slagterier¹¹⁵ bedömde kommissionen däremot graden av öppenhet på den aktuella marknaden som hög bland annat av den anledning att det inte ansågs vara möjligt att i någon större omfattning införa en hemlig rabattpolicy på den duopolmarknad som skulle uppstå efter koncentrationen, då det ansågs troligt att det skulle upptäckas av de sammanslagna företagen vid de veckovisa möten för prisnoteringar som grundade sig på de uppskattade försäljningsintäkterna. Ett ytterligare exempel på en marknad där öppenheten med all sannolikhet skulle bedömas som stor är marknader där transaktionerna äger rum via offentligt utbyte eller vid auktion med öppna anbud.¹¹⁶

4.1.2.2.3 Avskräckningsmekanismer

För att ett hot om framtida repressalier såsom tex. priskrig eller en betydligt ökad produktion, skall göra samordningen hållbar krävs det att sannolikheten att en avvikelse upptäcks är hög och att repressalierna gör sig gällande förhållandevis snabbt.¹¹⁷ I riktlinjerna¹¹⁸ påpekas att om det inte är säkert att repressalierna aktiveras eller om de gör sig gällande först efter ett betydande dröjsmål är det mindre troligt att det är tillräckligt för att motverka fördelarna med en avvikelse. Vidare fordras att repressalierna är möjliga och att de samordnade företagen kan vidta åtgärder som resulterar i att det avvikande företaget drabbas hårdare än det skulle ha gjort utan sitt

¹¹¹ Riktlinjerna p. 49.

¹¹² Riktlinjerna p. 49.

¹¹³ IV/M.1939 *Rexam (PLM)/American National Can*, EUT C 325, 21.11.2001 p. 24. Det bör dock vara rimligt att anta att mängden tillgänglig information på marknaden eller graden av öppenhet på denna i många fall står i proportion till företagets möjlighet att dra slutsatser om andra företags åtgärder.

¹¹⁴ IV/M.1225. *Enso/Stora*, EUT L 254/9, 29.9.1999.

¹¹⁵ IV/M.1313 *Danish CrownVestjyske Slagterier*, EUT L 20/1, 25.1.2000.

¹¹⁶ Riktlinjerna p. 50.

¹¹⁷ IV/M.1741 *MCI World Com/ Sprint*, EUT L 300/1, 18.11.2003 p. 280.

¹¹⁸ Riktlinjerna p. 53.

beslut att avvika från samordningen.¹¹⁹ Slutligen krävs det att hotet om repressalier är trovärdigt, dvs. att de samordnade företagen har incitament att genomföra repressalierna trots att de kan drabbas av en kortsiktig ekonomisk förlust på grund av dem.¹²⁰

4.1.2.2.4 Reaktionen från utomstående

Det sista av de tre villkor som förstainstansrätten ställde upp i Airtours mot kommissionen för att en samordning skall bedömas som hållbar, är att reaktioner hos utomstående, såsom faktiska eller potentiella konkurrenter samt kunder, inte får riskera de förväntade resultaten av samordningen. I riktlinjerna¹²¹ anges ett exempel på när reaktioner hos utomstående kan ha denna effekt. Om en samordning syftar till att minska den totala kapaciteten på marknaden kan icke-samordnade företag svara på denna minskning genom att öka sin egen kapacitet tillräckligt för att hindra en nettominskning av kapaciteten eller åtminstone göra den samordnade kapacitetsminskningen olönsam. En sådan samordning skadar bara konsumenterna om icke-samordnade företag saknar möjlighet eller incitament att svara på kapacitetsminskningen.

4.1.2.3 Kommentarer

Kommissionens bedömning av huruvida det är troligt att en koncentration kommer resultera i samordnade effekter kan sägas omfatta två aspekter. Dels en analys av den aktuella marknadens struktur, där det sammanfattningsvis kan sägas att ju mindre komplexa och desto mer stabila de ekonomiska betingelserna är på marknaden desto lättare anses det vara för företagen att nå samförstånd. Dels en analys av huruvida en samordning skall bedömas som hållbar i enlighet med de kriterier som fastställdes i Airtours mot kommissionen. Inledningsvis i detta avsnitt drogs paralleller till Nash jämviktsteori, där det konstaterades att samordning om priser inte kommer kvarstå så länge det finns incitament för enskilda företag att bryta sig ur samordningen. Genom att granska huruvida det är möjligt för företagen att sinsemellan övervaka avvikelser på marknaden, om det finns ett trovärdigt repressaliesystem och om reaktioner från utomstående skulle förhindra samordningen kan kommissionen bedöma huruvida sådana incitament existerar och därmed också huruvida ett samordnat beteende kan bedömas som hållbart.

¹¹⁹ IV/M.1313 *Danish CrownVestjyske Slagterier*, EUT L 20/1, 25.1.2000 p. 177

¹²⁰ IV/M.1939 *Rexam (PLM)/American National Can*, EUT C 325, 21.11.2001 p. 24. Se även Lindsay 2003 s. 351.

¹²¹ Riktlinjerna p. 56.

4.2 Marknadsandelar och koncentrationsnivåer

Marknadsandelar har historiskt sett¹²² utgjort en viktig faktor vid kommissionens bedömning av koncentrationer, då de har ansetts utgöra en indikation på strukturen på marknaden och den betydelse de samgående parterna och deras konkurrenter har i konkurrenshänseende.¹²³

4.2.1 Den ekonomiska aspekten

Betydelsen av marknadsandelar och koncentrationsgrad för konkurrensen på marknaden kan granskas utifrån bland annat Cournots modell som har behandlats ovan¹²⁴ men även utifrån den så kallade Structure-Conduct-Performance modellen (SCP-modellen)¹²⁵. Enligt Cournots modell går priserna upp när koncentrationen på en marknad ökar då en ny jämvikt skapas på en högre prisnivå. Även SCP:s konkurrensmodell kommer till denna slutsats. Enligt denna modell avgör strukturen (structure) på marknaden, närmare bestämt antal företag och koncentrationsgrad, hur företagen konkurrerar (conduct) och därmed också storleken på företagens vinster (performance). Enligt modellen så leder en ökad koncentrationsgrad till en minskad konkurrens varvid priserna går upp och företagen ökar sina vinster i större utsträckning än vad som skulle vara fallet på en marknad med en mer effektiv konkurrens. Enligt SCP-modellen medför en ökad koncentration även att det blir lättare för företagen på marknaden att komma överens om en högre prisnivå. En slutsats av både Cournots modell och SCP-modellen är således att ju mer koncentrerad en marknad är desto troligare är det att det inte råder effektiv konkurrens på marknaden och att ett företags marknadsinflytande kan sägas stå i proportion till dess marknadsandel.¹²⁶ Även det faktum att efterfrågan på ett företags varor i allmänhet blir mer elastisk när antalet konkurrenter på marknaden ökar, kan tolkas som att den konkurrens som ett företag möter står i relation till antalet konkurrenter på marknaden.¹²⁷

Cournots modell och SCP-modellen visar dock på ett resultat som inte alltid har sin motsvarighet i verklighetens marknader. Till exempel kan priserna ligga långt över den konkurrensmässiga nivån även om det finns ett stort antal konkurrerande företag på marknaden om omständigheterna är sådana att det är lätt att samarbeta om priser.¹²⁸ Vidare kan konkurrensen vara hård på en marknad där det bara finns ett fåtal konkurrerande företag av den

¹²² I kommissionens beslut tagna mellan 1/1-00 och 30/6-02 har marknadsandelar enligt ekonometriska studier visats vara av signifikant betydelse för beslutets utgång. Se Lindsay/Lecchi/Williams 2003 s. 679,681.

¹²³ Riktlinjerna p. 14.

¹²⁴ Se kap. 2.1.3.2.

¹²⁵ Modellen formulerades på 60-talet.

¹²⁶ Bishop/Walker 2002 s. 54.

¹²⁷ Bishop/Walker 2002 s. 52.

¹²⁸ Bishop/Walker 2002 s. 53. Se även ovan om samordnade effekter i kap. 4.1.2.

anledningen att det är lätt att träda in och ut på marknaden. Möjligheten för andra företag att träda in på marknaden kommer således att fungera som ett incitament för företagen på marknaden att hålla priserna på en konkurrensmässig nivå. På vissa marknader konkurrerar företag inte direkt om försäljning utan snarare om rätten att vara en utvald producent. Företagen konkurrerar således inte på marknaden utan snarare om marknaden. På denna typ av marknader ger marknadsandelarna en ännu sämre indikation på huruvida företagen besitter marknadsinflytande.¹²⁹

4.2.2 Kommissionens bedömning

Kommissionens bedömning kan i denna del sägas omfatta dels en beräkning av marknadsandelar och koncentrationskvoter, dels en värdering av dess betydelse för en koncentrations konkurrenshämmande verkan i det enskilda fallet. Nedan kommer dessa delar granskas var för sig.

4.2.2.1 Marknadsandelar

4.2.2.1.1 Beräkning

För att marknadsandelar skall kunna beräknas måste den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden ha definierats. Det är ju först då det är möjligt att bestämma vilka producenter som är aktiva inom den och hur stor försäljningen är för respektive företag inom marknaden. Ett företags försäljning är oftast den måttstock utifrån vilken marknadsandelar beräknas. Försäljningen kan dock både bedömas utifrån försäljningsvolym (antal sålda enheter) och utifrån värdet av försäljningen.¹³⁰ När produkterna på en marknad är differentierade anses i allmänhet beräkningar baserade på försäljningsvärde bättre reflektera företagets relativa styrka än beräkningar baserade på volym. I fallet Nestlé/Perrier¹³¹ konstaterade kommissionen att marknadsandelarna på den franska flaskvattenmarknaden bättre beräknas utifrån värdet på försäljningen snarare än på försäljningsvolym då marknaden kan delas upp i två produktkategorier som markant skiljer sig åt i pris; nationellt distribuerat mineralvatten och lokalt källvatten.

Marknadsandelar kan även beräknas utifrån företagets produktionskapacitet eller utifrån antalet konkurrerande företag på marknaden.¹³² Beräkningar av marknadsandelar utifrån produktionskapacitet kan göras på homogena marknader där konsumenter lätt kan byta leverantör men där producenterna har kapacitetsbegränsningar.¹³³ På marknader där företagen köpslår om kontrakt beräknas marknadsandelar utifrån antalet företag på marknader där produkterna är homogena och producenterna inte har kapacitetsbegränsningar. Under dessa omständigheter har konsumenterna möjlighet att enkelt byta leverantör varvid alla leverantörer har samma

¹²⁹ Bishop/Walker 2002 s. 54.

¹³⁰ Lindsay 2003 s. 153.

¹³¹ IV/M.190 *Nestlé/Perrier*, EUT L356/01, 5.12.1992 p. 40.

¹³² Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, (EUT C372/03 1997).

¹³³ Lindsay 2003 s. 155.

möjlighet att erhålla kontrakt, varvid tidigare försäljningssiffror är en mycket sämre indikator på ett företags marknadsandelar än antalet företag på marknaden.¹³⁴ På vissa marknader kan det för konsumenter vara förknippat med stora kostnader att nyttja flera leverantörer. Sådana marknader som oftast kännetecknas av dyra och varaktiga konsumtionsvaror såsom flygplan, lastbilar och liknande, är en producents marknadsinflytande till stora delar beroende av hur försäljningen inte bara i dagsläget ser ut men även hur den har sett ut i ett tidigare skede.¹³⁵

Kommissionen förlitar sig inte alltid på endast en beräkningsmetod, utan kan vid osäkerhet nyttja en kombination av beräkningsmetoder.¹³⁶ För att skapa en mer korrekt bild av koncentrationens marknadsandelar utelämnas vissa försäljningssiffror vid uträkningen tex. tas inte försäljning mellan de samgående företagen med i beräkningen.¹³⁷ Marknadsandelarna efter en koncentrations genomförande beräknas utifrån antagandet att de samgående parterna behåller sina marknadsandelar. Rådande marknadsandelar kan dock anpassas så att de i rimlig utsträckning återspeglar vissa kommande förändringar såsom att företag kommer in eller lämnar marknaden eller utvidgar sin verksamhet.¹³⁸ Vidare kan marknadsandelar anpassas för att beakta kontrollerande andelar i andra företag.¹³⁹

4.2.2.1.2 Värdering

I riktlinjerna¹⁴⁰ uttrycks att marknadsandelar och koncentrationsnivåer anger första indikationer på marknadsstrukturen och den betydelse de samgående parterna och deras konkurrenter har i konkurrenshänseende. I praxis¹⁴¹ har stora marknadsandelar på 50 % eller mer i sig ansetts vara bevis på en dominerande ställning. Kommissionen har vidare i flera fall ansett att koncentrationer som leder till att företag har marknadsandelar på 40-50 % leder till att en dominerande ställning skapas eller förstärks. I vissa fall har kommissionen bedömt att en koncentration som ger upphov till en marknadsandel på under 40 % kan medföra sådana effekter. När marknadsandelen inte överstiger 25 % torde den dock enligt koncentrationsförordningen¹⁴² anses vara så begränsad att en koncentration

¹³⁴ Lindsay 2003 s. 155.

¹³⁵ Se IV/M.53 *Aeospatiale/Alenia/De Havilland*, EUT L 334/42, 5.12.1991 p. 21-24 som behandlade en koncentration mellan flygplanstillverkare. I fallet beräknade kommissionen marknadsandelar utifrån det antal beställningar som gjorts på företagets produkter, i den utsträckning beställningarna gällde varor som vid sammanslagningen fortfarande producerades.

¹³⁶ Lindsay 2003 s. 163.

¹³⁷ IV/M.1978 *Telecom Italia /News Television /Stream*, EUT C 66/14, 29.06.2000 p. 17. Se Lindsay 2003 s. 161.

¹³⁸ Se tex. IV/M.1806 *Astra Zeneca/Novartis*, EUT C 143/5, 26.02.1999 p. 415.

¹³⁹ Se tex. IV/M.1383 *Exxon/Mobil*, EUT C102/29, 29.09.1999 p. 457, i fallet tog kommissionen hänsyn till att Mobil skapat en joint venture med BP en konkurrerande marknadsaktör, vid bedömningen av koncentrationens marknadsandelar då Mobil ansågs ha ett betydande och djupgående inflytande över alla relevanta konkurrenspåverkande beslut som gäller BP/Mobils bränsleverksamhet.

¹⁴⁰ Riktlinjerna p. 14.

¹⁴¹ Se bla T-102/96 *Gencor mot kommissionen*, REG 1999, s. II-753 p. 205.

¹⁴² Koncentrationsförordningen skäl 32.

inte riskerar att hämma den effektiva konkurrensen. Några formella tröskelvärden för när en koncentration skall anses eller inte anses hämma den effektiva konkurrensen finns således inte.¹⁴³

4.2.2.2 Koncentrationsgrad

4.2.2.2.1 Beräkning

Genom marknadsandelarna kan koncentrationsgraden beräknas på en marknad genom framförallt två metoder; Herfindahl-Hirschman Indexet och koncentrationskvoter.¹⁴⁴ Beräkning av koncentrationsgraden syftar till att ge en bild av i vilken utsträckning produktionen på en marknad är koncentrerad till ett fåtal stora företag. Sådan information kan vara användbar vid en analys av de samgående företagens marknadsandelar och hur dessa förhåller sig till marknadsandelarna hos koncentrationens närmsta konkurrenter.¹⁴⁵

4.2.2.2.1.1 Herfindahl-Hirschman Indexet

Herfindahl-Hirschman Indexet (HHI) beräknas genom att de enskilda marknadsandelarna för alla företag på marknaden kvadreras och sedan summeras.

Tex. kan en marknad som omfattar sex företag med marknadsandelarna; 40%, 20%, 15%, 15%, 9%, 1% ge ett HHI-värde på $40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 9^2 + 1^2 = 2532$.

HHI-värdet ger som vi ser de större företagens marknadsandelar en relativt sett större vikt och kan ge en antydning om hur stort konkurrensstycket är på en marknad. Vid monopol är HHI-värdet 10000 (100^2) och om marknaden är atomistisk, dvs. mycket splittrad i ett stort antal företag med mycket små marknadsandelar, närmar sig HHI värdet noll. I allmänhet blir alltså resultatet att ett större antal företag på en marknad ger upphov till ett lägre HHI och tvärtom.

Den förändring av HHI som är ett resultat av en koncentration, det så kallade deltat, är ett användbart mått på den förändring av koncentrationsgraden som är en direkt följd av koncentrationen. Deltat kan beräknas oberoende av den totala koncentrationen på marknaden genom att produkten av de samgående företagens marknadsandelar multipliceras med två.¹⁴⁶

¹⁴³ Lindsay 2003 s. 174. Se tex. kap. 4.5.2.1 om IV/M.1075 *Nordic Capital/Mönlycke Clinical/Kolmi*, EUT C 39/19, 20.01 där en koncentration ansågs förenlig med den gemensamma marknaden trots att den skulle ge upphov till en marknadsandel på över 50 %.

¹⁴⁴ Det finns ytterligare en metod; Lerner's Index som utgörs av priset minus marginalkostnaden delat med priset ((P-MC)/P). Lerner's Index används i mycket liten utsträckning i kontrollen av företagskoncentrationer då tillförlitlig information avseende marginalkostnader är svår att finna. Se Lindsay 2003 s. 217.

¹⁴⁵ Lindsay 2003 s. 215.

¹⁴⁶ Före koncentrationen bidrar de två företagens marknadsandelar till HHI med sina kvadrater individuellt, dvs. ($a^2 + b^2$). Efter koncentrationen är bidraget kvadraten av

4.2.2.2.1.2 Koncentrationskvoter

Koncentrationskvoter (Concentration Ratios, CR) kan sägas utgöra summan av marknadsandelarna hos de största företagen på en marknad. CR2 och CR4 representerar summan av marknadsandelarna hos de två största företagen respektive de fyra största.¹⁴⁷ Koncentrationskvoter skiljer sig således från HHI på så vis att den ej tar hänsyn till alla företag på marknaden utan endast de mest dominerande.

4.2.2.2.2 Värdering

I riktlinjerna¹⁴⁸ uttalas att om det absoluta HHI-värdet understiger 1000 föreligger normalt sett inga horisontella konkurrensproblem. Vidare påpekas att det är osannolikt att konkurrensproblem konstateras om HHI-värdet ligger mellan 1000 och 2000 och deltat är mindre än 250 efter koncentrationens genomförande eller i samband med en koncentration där HHI är högre än 2000 (men mindre än 2500) och deltat är lägre än 150. I det ovanstående exemplet hade det således varit möjligt för ett företag med en marknadsandel på 40 % att gå samman med företaget med 1 % marknadsandel och fortfarande hålla sig inom de nämnda ramarna men inte med företaget med en marknadsandel på 9 %. I riktlinjerna¹⁴⁹ påpekas också att HHI-värden inte föranleder en presumtion om huruvida konkurrensproblem föreligger eller ej men att de kan användas som en första indikation på att sådana problem *inte* föreligger.

Koncentrationskvoter tas regelmässigt i bruk av kommissionen. I tex. Alcoa/Reynolds¹⁵⁰ konstaterade kommissionen att C3 på den marknad som koncentrationen skulle verka på så skulle uppgå till 65 % och ansåg den därmed vara starkt koncentrerad. I TotalFina/Elf¹⁵¹ ansåg kommissionen ett C4 värde på 88% och ett HHI index på 2444 visa på en mycket koncentrerad marknad.

Några klara gränsvärden för när en marknad skall anses som tillräckligt koncentrerad för att en koncentration skall anses ge upphov till konkurrenshämmande effekter står dock ej att finna i praxis då HHI och koncentrationskvoter framförallt skall användas för att ge en bild av graden av koncentration på en marknad.¹⁵²

summan av dessa andelar $(a + b)^2$ vilket motsvaras av $(a^2 + b^2 + 2ab)$ vilket innebär en ökning på $2ab$.

¹⁴⁷ Bishop/Walker 2002 s. 56. Lindsay 2003 s. 215.

¹⁴⁸ Riktlinjerna p. 19.

¹⁴⁹ Riktlinjerna p. 21.

¹⁵⁰ IV/M.1693 Alcoa/Reynolds, EUT L 58/25, 28.2.2002.

¹⁵¹ IV/M.1628 TotalFina/Elf, EUT L 143/1 09.02.2000 p. 199.

¹⁵² Det finns dock undersökningar som tyder på att en koncentration sannolikt inte kommer påverka prisnivåerna på marknaden i någon nämnvärd utsträckning om CR4 är under 50 %. Se Lindsay 2003 s. 215.

4.2.3 Kommentarer

Det finns två grundläggande problem med ett beaktande av marknadsandelar och koncentrationsnivåer vid bedömningen av koncentrationers konkurrenshämmande verkningar. Det första problemet är att beräkningen av marknadsandelar baseras på definitionen av den relevanta marknaden. Om inte den relevanta marknaden är korrekt definierad innebär det även att de beräknade marknadsandelarna skickar fel signaler avseende de samgående företagens marknadsinflytande. Det andra problemet är, som även tagits upp ovan, att antalet konkurrerande företag på en marknad inte alltid utgör en så bra indikation på graden av konkurrens på marknaden som Cournots modell visar på. Ett företags marknadsandelar behöver inte alls stå i proportion till dess marknadsinflytande. I praktiken behöver denna omständighet inte innebära några problem då kommissionen endast skall betrakta marknadsandelar och koncentrationsnivåer som första indikationer på marknadsstrukturen och den betydelse de samgående parterna och deras konkurrenter har i konkurrenshänseende. Såsom har konstaterats ovan har dock marknadsandelar historiskt sett tilldelats en förhållandevis stor vikt vid bedömningen av en koncentrationers inverkan på konkurrensen, varvid det är av avgörande betydelse för utfallet av kommissionens beslut hur bedömningen av marknadsandelar hanteras.

Vad gäller de olika måtten för beräkning av koncentrationsgrad kan konstateras att användandet av HHI i bedömningen står väl i samklang med Cournots modell som påvisar ett direkt samband mellan koncentrationsgrad såsom den mäts genom HHI och prisnivån på marknaden.¹⁵³ Koncentrationskvoter kan kritiseras först och främst på den grunden att de inte tar hänsyn till alla företag på marknaden såsom HHI gör. Vidare har koncentrationers kvoter den svagheten att de inte ger någon antydning om den relativa storleken hos de ledande företagen.¹⁵⁴ Samma koncentrationskvot kan således beskriva vitt skilda marknadsstrukturer, varvid även konkurrensen på de olika marknaderna kan se helt olika ut. HHI kan således tyckas ge en mer rättvisande bild av marknadsstrukturen.

4.3 Effektivitetsvinster

Hur bedömningen av effektivitetsvinster skall behandlas har såsom även ovan konstaterats, tidigare utgjort ett omdebatterat ämne. Diskussionen har rört huruvida effektivitetsvinster som uppkommer som ett resultat av en koncentration skall betraktas som en försvårande eller förmildrande omständighet vid bedömningen av en transaktions tillåtlighet. Under dominanstestet har effektivitetsvinster i fall betraktats av kommissionen snarare som en försvårande omständighet då det har ansetts att minskade kostnader eller en bättre produkt leder till att en dominerande ställning

¹⁵³ Bishop/Walker 2002 s. 57.

¹⁵⁴ Ett C4 värde på 70 % kan t ex motsvara marknadsandelar hos de fyra ledande företagen på 50 %, 10 %, 6 % och 4 % men det kan även tex. motsvara marknadsandelar på 20 %, 20 %, 20 % och 10 %.

lättare skapas eller förstärks.¹⁵⁵ I och med antagandet av den nya koncentrationsförordningen står det dock klart att kommissionen skall beakta effektivitetsvinster som en faktor som talar för en koncentrations tillåtlighet.¹⁵⁶

4.3.1 Den ekonomiska aspekten

Koncentrationer kan ge upphov till effektivitetsvinster av olika slag som kan leda till lägre priser eller andra fördelar för konsumenterna. Effektivitetsvinster kan såsom vi har sett uppkomma som ett resultat av skalfördelar som på kort sikt framförallt innebär att fasta kostnader slås ut på en större produktionsvolym och på lång sikt att de samgående företagens realkapital slås samman och integreras i produktion, FoU och marknadsföring. Vidare kan effektivitetsvinster uppkomma som ett resultat av stordriftsfördelar genom att summan av produktionen av två olika produkter gemensamt är lägre än summan av kostnaden att producera dem var för sig. Effektivitetsvinster kan vidare uppkomma genom att den teknologiska utvecklingen påskyndas genom synergieffekter och att incitamenten att investera i FoU ökar.¹⁵⁷

I Williamsons modell har vi sett att koncentrationer dels resulterar i effektivitetsvinster men även att de kan leda till ett ökat eller förstärkt marknadsinflytande som i sin tur kan leda till ett minskat utbud och höjda priser. Det kan generellt sett sägas finnas en avvägning - en trade-off - vid bedömningen av en koncentrations inverkan på konkurrensen mellan de båda effekterna. Hur avvägningen görs är beroende av vilket syfte lagstiftningen har. Det finns framförallt två möjliga mål med kontroll av företagskoncentrationer; effektivitetsmål och fördelningsmål.¹⁵⁸ Om koncentrationskontrollen har som syfte att uppnå ett effektivitetsmål innebär det att beslutet att tillåta en koncentration grundar sig på en så kallad totalöverskottsstandard. En sådan bedömning tar hänsyn till alla grupper av individer som berörs av sammanslagningen och effekterna av förvärvet skall vägas lika oavsett vilka grupper som berörs.¹⁵⁹ Bedömningen kan även göras utifrån förutsättningen att vissa gruppers intressen skall skyddas och därmed värderas högre än andra gruppers intressen i avvägningen, ett så kallat fördelningsmål. Om man vid bedömningen endast lägger vikt vid konsumenternas intressen, en så kallad konsumentöverskottsstandard, tillåts ett förvärv endast om konsumentöverskottet ökar eller förblir opåverkat av koncentrationen.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Korah 2004 s. 352.

¹⁵⁶ Koncentrationsförordningen skäl 29.

¹⁵⁷ Se Luescher 2004 s. 76. Craig/De Burca 2003 Craig, Paul s. 981. Hildebrand 2002 s. 332.

¹⁵⁸ Fridolfsson 2002 s. 10f.

¹⁵⁹ Williamsson själv förespråkade denna bedömning, han menade att en koncentration skall tillåtas om effektivitetsvinsterna som ökar producentöverskottet överstiger dödviktsförlusten (area c i Williamsons modell, se kap. 2.2).

¹⁶⁰ Det kan i sammanhanget vara intressant att notera att fördelningshänsyn kan leda till att en koncentration förbjuds trots att förändringen i totalöverskottet är positiv och stor. Med andra ord kan relativt omfattande samhällsekonomiska kostnader kopplas till sådana hänsyn

4.3.2 Kommissionens bedömning

I koncentrationsförordningen¹⁶¹ konstateras att det är möjligt att de effektivitetsvinster som en koncentration ger upphov till motverkar dess negativa påverkan på konkurrensen och särskilt den skada den annars hade kunnat åsamka konsumenterna. För att fastställa en koncentrations påverkan på konkurrensen skall därför alla välgrundade och sannolika effektivitetsvinster som de berörda företagen framför beaktas. I riktlinjerna¹⁶² uttrycks detta som att kommissionen skall beakta sannolikheten för att effektivitetsvinster kan vara en faktor som motverkar de skadliga effekter på konkurrensen som en koncentration annars skulle ge upphov till. För att effektivitetsvinster skall tas i beaktande måste dock de samgående parterna visa att effektivitetsvinsterna är koncentrationsspecifika, kontrollerbara och till nytta för konsumenterna.¹⁶³

4.3.2.1 Koncentrationsspecifika

Effektivitetsvinsterna skall vara specifika för koncentrationen, vilket innebär att de skall vara en direkt följd utav den och att vinsterna inte kan uppnås genom mindre konkurrensbegränsande alternativ.¹⁶⁴ Om effektivitetsvinsterna kan åstadkommas av de två företagen var för sig kan de således inte anses vara specifika för koncentrationen.¹⁶⁵

4.3.2.2 Kontrollerbara

Vidare skall vinsterna vara kontrollerbara, dvs. kommissionen skall kunna värdera de påstådda vinsterna. I riktlinjerna¹⁶⁶ anges att så vitt det är möjligt bör effektivitetsvinsterna identifieras och kvantifieras då det blir enklare för kommissionen att ta ställning till huruvida det är troligt att de kommer förverkligas och om de är tillräckligt betydande för att motverka de eventuella skadliga verkningarna av en koncentration för konsumenterna. Saknas sådana uppgifter som är nödvändiga för en exakt kvantitativ analys, måste det vara möjligt att förutse en klart identifierbar effekt för konsumenterna och inte en marginell effekt.

4.3.2.3 Nyttan för konsumenterna

Den relevanta måttstocken vid bedömningen av påstådda effektivitetsvinster är enligt riktlinjerna¹⁶⁷ att konsumenterna inte kommer att få det sämre som en följd av koncentrationen. Effektivitetsvinsterna bör i princip gagna konsumenterna på de relevanta marknaderna där det annars är troligt att konkurrensproblem skulle uppstå och vinsterna bör vara betydande och

vid bedömningen. Ett mindre omfattande konsumentskydd kan dock åstadkommas genom att man lägger en förhållandevis lägre vikt vid producenternas intressen, men att dessa intressen fortfarande vägs in i bedömningen. Se Fridolfsson 2002 s. 12. Lindsay 2003 s. 428.

¹⁶¹ Koncentrationsförordningen skäl 29.

¹⁶² Riktlinjerna p. 11 e.

¹⁶³ Riktlinjerna p. 78.

¹⁶⁴ Riktlinjerna p. 85.

¹⁶⁵ Bishop/Walker 2002 s. 301.

¹⁶⁶ Riktlinjerna p. 86.

¹⁶⁷ Riktlinjerna p. 79.

förverkligas snabbt. Att effektivitetsvinsterna skall komma konsumenterna till godo innebär dock inte att alla vinster som följer av koncentrationen måste överföras på konsumenterna.¹⁶⁸ I riktlinjerna framgår att både resultat i form av lägre pris¹⁶⁹ och förbättrade produkter¹⁷⁰ skall betraktas som till nytta för konsumenterna. Vid bedömningen av om effektivitetsvinster kommer leda till lägre priser skall kostnadsfördelar som leder till minskningar av rörliga kostnader eller marginalkostnader i allmänhet väga tyngre än minskning av fasta kostnader, då de förstnämnda med större sannolikhet leder till lägre priser för konsumenterna. Då även produktförbättringar anses vara till nytta för konsumenterna innebär det att även dynamiska effekter såsom effektivitetsvinster på området för FoU och innovation skall tas i beaktande av kommissionen.

4.3.3 Kommentarer

Att enbart beskriva den analys som kommissionen ställs inför vid bedömningen utav effektivitetsvinster utifrån den ovan beskrivna trade-off analysen är en aning missvisande. Trade-off analysen enligt Williamssons modell är tilltalande då den kvantifierar effekterna av en koncentration för att sedan göra en avvägning dem emellan, i praktiken är dock bedömningen inte lika enkel. I kommissionens prövning finns en viss trade-off mellan de effektivitetsvinster en koncentration genererar och dess negativa påverkan på konkurrensen. Vi har sett att kommissionen bedömer effektivitetsvinster utifrån dess nytta för konsumenter varvid den standard som kan sägas ligga närmast till hands vid kommissionens avvägning är konsumentöverskottsstandarden.¹⁷¹ Effektivitetsvinster som kan härledas till en koncentration men som inte kommer konsumenterna till godo skall således ej vägas in i bedömningen. Kommissionen analys innefattar dock även andra aspekter än vad som omfattas av trade-off analysen. Williamssons modell är statisk vilket innebär att effekter som uppkommer på längre sikt eller dynamiska effekter inte beaktas vid en trade-off bedömning enligt denna. Effekter som beräknas uppkomma på längre sikt fäster kommissionen i allmänhet liten vikt vid då det kan anses mindre troligt att effektivitetsvinsterna kommer förverkligas. Däremot skall kommissionen såsom vi sett beakta dynamiska effekter i sin bedömning. I detta sammanhang bör omnämnas den svårighet som ligger i att identifiera och kvantifiera den dynamiska effektiviteten i exakta termer. Det är förhållandevis lätt att härleda vinster till en koncentration om de beror på tex. minskade produktionskostnader men det är betydligt svårare avseende den effektivitet som uppkommer genom tex. ökade satsningar på forskning.¹⁷² Kommissionen tar även hänsyn till hur marknaden i övrigt ser ut tex. rådande konkurrenstryck på marknaden, en aspekt som Williamssons modell inte innefattar. Trade-off analysen kan således sägas ge en något

¹⁶⁸ Se Lindsay 2003 s. 444 för diskussion.

¹⁶⁹ Riktlinjerna p. 80.

¹⁷⁰ Riktlinjerna p. 81.

¹⁷¹ Se även Fridolfsson 2002 s. 18 för ytterligare diskussion.

¹⁷² Korah 2004 s. 352.

förenklad bild av den bedömning kommissionen ställs inför och torde därför vara av mer teoretisk betydelse än av praktisk.

4.4 Konkursshotat företag

Koncentrationsförordningen innehåller ingen uttrycklig hänvisning till att en koncentration som involverar ett konkursshotat företag kan bedömas som förenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen har dock i sin bedömning under en lång period tagit hänsyn till denna aspekt, även om den har varit försiktig med att tillåta koncentrationer på denna grund.¹⁷³ I och med införandet av den nya koncentrationsförordningen har dock möjligheten till ett så kallat "failing firm defence" kommit att behandlas i riktlinjerna¹⁷⁴.

4.4.1 Den ekonomiska aspekten

En koncentration som involverar ett konkursshotat företag behöver inte medföra en förändring av konkurrensstrukturen på marknaden då det konkursshotade företaget i vilket fall skulle komma att lämna marknaden. En koncentration påverkar ju i sådant fall inte antalet konkurrenter på marknaden, varvid inte heller prisnivån på marknaden behöver påverkas.¹⁷⁵ Om koncentrationen möjliggör att produktionsanläggningarna i det konkursshotade företaget kan fortsätta vara i bruk och så annars inte hade varit fallet kan det medföra att de konkurrenshämmande effekterna av en koncentration är mer begränsade än effekterna av att inte tillåta en koncentration. Om produktionstillgångarna tvingas lämna marknaden kan ju det innebära utbudsbegränsningar varvid prisnivån kan komma att stiga, vilket inte skulle vara fallet om företaget ingår i en koncentration eller om tillgångarna efter en eventuell konkurs skulle köpas upp och sättas i bruk av ett annat företag.¹⁷⁶ Ett försvar av en koncentration med hänvisning till att ett av företagen är konkursshotat bör således bara vara rimligt om företagets produktionsanläggningar annars skulle lämna marknaden.¹⁷⁷

4.4.2 Kommissionens bedömning

Det finns framförallt två vägledande fall vid tillämpning av kriteriet om ett konkursshotat företag. I *Kali & Salz*¹⁷⁸ bedömdes en koncentration som förenlig med den gemensamma marknaden då den involverade ett konkursshotat företag. I fallet fastställdes ett grundläggande krav för kriteriet om ett konkursshotat företags tillämplighet. För att en annars problematisk koncentration skall anses som förenlig med den gemensamma marknaden vid kriteriets tillämpning skall en försämring av konkurrensstrukturen efter

¹⁷³ Vincenzo 2004 s. 11.

¹⁷⁴ Riktlinjerna p. 89-91.

¹⁷⁵ Se Cournots modell i kap. 2.1.3.2.

¹⁷⁶ Se modellen för perfekt konkurrens i kap. 2.1.1.

¹⁷⁷ Bishop/Walker 2002 s. 307.

¹⁷⁸ Förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Kali & Salz* REG 1998, s. I-1375 p. 110.

koncentrationen inte ha orsakats av koncentrationen.¹⁷⁹ I fallet konstaterade kommissionen att skapandet av en dominerande ställning inte var följden av koncentrationen eftersom det förvärvande företaget skulle uppnå en dominerande ställning även utan en sammanslagning till följd av att det konkurshotade företaget annars skulle försvinna från marknaden.

I *BASF/Eurodiol/Pantochim*¹⁸⁰ ansåg kommissionen ett antal bedömningsgrunder vara särskilt relevanta för tillämpning av kriteriet. För det första att det konkurshotade företaget inom en nära framtid skulle tvingas lämna marknaden på grund av ekonomiska svårigheter om det inte tas över av ett annat företag. För det andra att det inte finns något köpalternativ som är mindre konkurrenshämmande än den anmälda koncentrationen. För det tredje att det konkurshotade företags tillgångar oundvikligen skulle försvinna från marknaden om de inte övertas av den anmälda koncentrationen.¹⁸¹

4.4.3 Kommentarer

Som vi har sett ovan behöver en koncentration som involverar ett konkurshotat företag i teorin inte hämma den effektiva konkurrensen på marknaden, utan tvärtom kan konsekvenserna av att ett företags produktionstillgångar försvinner från marknaden vara mer konkurrenshämmande. I praxis har vi sett att kommissionen har fokuserat på att en försämring av konkurrensstrukturen efter en koncentration inte skall ha orsakats av koncentrationen. Det får således inte finnas ett orsakssamband mellan koncentrationen och den konkurrenshämmande verkan som följer därpå för att koncentrationen skall bedömas som förenlig med den gemensamma marknaden på basis av kriteriet. Vidare har kommissionen i bedömningen fokuserat på att de tillgångar som tillhör de förvärvade företaget oundvikligen skulle försvinna från marknaden om inte koncentrationen genomförs. Bedömningen handlar således till stor del om en jämförelse av effekterna utav en koncentration och effekterna på marknaden om koncentrationen inte genomförs. Om konkurrensstrukturen på marknaden skulle försämrans i minst lika stor omfattning om en koncentration inte genomförs som skulle vara fallet om den genomförs är detta en faktor som torde tala för en koncentrations tillåtlighet.

¹⁷⁹ En sådan situation uppstår t ex om konkurrensstrukturen på marknaden skulle försämrans i minst lika stor omfattning om koncentrationen inte genomfördes. Se Riktlinjerna p. 89.

¹⁸⁰ IV/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, EUT L 132/45, 17.5.2002 p. 142 och 143.

¹⁸¹ De två första kriterierna fastställdes redan i, *Kali & Salz* (Förenade målen C-68/94 och C-30/95).

4.5 Marknadsinträde

I koncentrationsförordningen¹⁸² föreskrifts att kommissionen skall beakta rättsliga eller andra hinder för inträde i sin bedömning. En analys av förutsättningarna för marknadsinträde har visat sig vara en viktig faktor i den övergripande bedömningen och kommissionen har i praxis fäst stor vikt vid möjligheten att ett nytt inträde på marknaden kan eliminera den eventuella konkurrenshämmande effekten av en koncentration.¹⁸³

4.5.1 Den ekonomiska aspekten

På en marknad där en koncentration antas ge upphov till konkurrensbegränsande effekter kan möjligheten för nya företag att träda in på marknaden verka som en motverkande faktor. Företagens förmåga att utöva marknadsinflytande påverkas således av förutsättningarna för marknadsinträde. Såsom vi har sett ovan i Cournots modell kan ett minskat antal konkurrerande aktörer på en marknad leda till ett ökat marknadsinflytande och ökade prisnivåer. Sådana prishöjningar kan komma att påverka nya företag till att träda in på marknaden varvid de tidigare företagens förmåga att utöva marknadsinflytande återigen kan komma att begränsas.

Enligt SCP-modellen kommer en marknad där företagen går med vinst att på lång sikt uppnå en ny jämvikt på en lägre prisnivå på grund av att nya aktörer träder in på marknaden. Om så inte är fallet, utan prisnivån fortsatt ligger på en hög nivå tolkas detta enligt modellen som en indikation på att det finns inträdeshinder på marknaden. Kritik har dock riktats mot modellen då den ignorerar interaktionen mellan faktorer som dels påverkar marknadsstrukturen och dels resultatet på marknaden, tex. relationen mellan företagens beslut att träda in på marknaden och den förväntade lönsamheten på densamma. Det finns framförallt två faktorer som är väsentliga för företags beslut att träda in på marknaden, dels storleken på de kostnader i samband med ett inträde som inte kan återvinnas om inträdet misslyckas och dels den förväntade lönsamheten av ett inträde. Ju högre de icke-återvinningsbara kostnaderna är i förhållande till graden av priskonkurrens på marknaden desto lägre är sannolikheten att nya aktörer kommer träda in på marknaden. Låga icke-återvinningsbara kostnader på en marknad innebär dock inte med automatik att inträde kommer ske då priskonkurrensen på marknaden kan vara så hög att den förväntade lönsamheten inte är tillräcklig för att täcka kostnaderna i samband med ett inträde.¹⁸⁴ Det finns således en relation mellan de investeringskostnader som måste återvinnas för att motivera ett inträde och graden av priskonkurrens på marknaden efter inträdet. Ju fler företag som träder in på marknaden desto lägre priser, men lägre priser gör marknadsinträde mindre attraktivt. Detta implicerar att på

¹⁸² Koncentrationsförordningen art 2(1)b.

¹⁸³ Lindsay/Lecchi/Williams 2003 s. 679,681.

¹⁸⁴ Bishop/Walker 2002 s. 59.

marknader där priskonkurrensen är hög kommer förhållandevis få företag träda in på marknaden även om inträdeshindren är låga.¹⁸⁵

Huruvida inträdeshindren är höga eller låga är således inte ensamt avgörande för om marknadsinträde kommer ske. Inte heller säger det något om huruvida ett inträde kommer verka som en motverkande faktor utan för detta krävs också att den nya aktören snabbt kan påverka prisnivån på marknaden och att denna påverkan är tillräckligt omfattande.¹⁸⁶

4.5.2 Kommissionens bedömning

I riktlinjerna¹⁸⁷ anges att ett marknadsinträde skall anses utsätta de samgående företagen för ett tillräckligt konkurrenstryck måste det visas att inträdet är sannolikt, snabbt och tillräckligt omfattande för att hindra eller omintetgöra eventuella konkurrenshämmande verkningar av koncentrationen.

4.5.2.1 Sannolikheten för inträde

Vid kommissionens bedömning läggs stor vikt vid granskningen av sannolikheten för nytt inträde på marknaden. Vid denna bedömning tar kommissionen först och främst hänsyn till förekomsten av aktörer som erbjuder eller har kapacitet att erbjuda den i fallet aktuella produkttypen eller substitut till denna.¹⁸⁸ I fallet Nestlé/Perrier¹⁸⁹ godtog tex. inte kommissionen producenter av läskedryck som potentiellt nya konkurrenter på marknaden då det inte ansågs visat att de skulle starta upp produktion av källvatten på flaska eller att denna produkt skulle vara ett substitut till mineralvatten på flaska.

Kommissionen beaktar vidare faktorer som visar på huruvida det föreligger en intention hos potentiella konkurrenter att träda in på marknaden. Uppgifter lämnade av konsumenter och potentiella konkurrenter som visar på en sådan intention anses i regel vara av mycket stor vikt och de samgående företagen måste framställa mycket starka bevis för att kunna vederlägga dem.¹⁹⁰

Vidare tar kommissionen hänsyn till de inträdeshinder som finns på marknaden och den förväntade lönsamheten på densamma vid bedömningen av sannolikheten att konkurrerande företag träder in på marknaden.¹⁹¹ Kommissionen har identifierat en mängd olika former av inträdeshinder i dess beslut, vilka kan delas upp i absoluta, strategiska och exklusionära inträdeshinder. Till de absoluta hör hinder som skapas av lagstiftning genom

¹⁸⁵ Bishop/Walker 2002 s. 60.

¹⁸⁶ Bishop/Walker 2002 s. 299f.

¹⁸⁷ Riktlinjerna p. 68.

¹⁸⁸ Navarro/Font/Folguera/Briones 2002 s. 254.

¹⁸⁹ IV/M.190 *Nestlé/Perrier*, EUT L356/01, 5.12.1992.

¹⁹⁰ Se tex. IV/M.774 *Saint Gobain /Wacker-Chemie/NOM*, EUT L 247/1, 10.9.1997 p.

¹⁹¹ Navarro/Font/Folguera/Briones 2002 s. 254.

¹⁹¹ Riktlinjerna p. 69, 70. Navarro/Font/Folguera/Briones 2002 s. 254.

att tex. antalet licenser begränsas¹⁹² och tekniska fördelar såsom företräde till naturresurser¹⁹³ eller immateriella rättigheter¹⁹⁴. Strategiska inträdeshinder uppkommer på grund av de etablerade företagens inarbetade ställning på marknaden, såsom stordriftsfördelar, goodwill och varumärkeslojalitet.¹⁹⁵ Exklusionära inträdeshindren är de hinder som de redan etablerade företagen på marknaden kan orsaka, genom att tex. erbjuda långfristiga kontrakt eller genom att i förebyggande syfte ge rabatter till de kunder som de nya aktörerna försöker värva.¹⁹⁶ Gemensamt för alla de ovannämnda inträdeshindren är att de ger etablerade företag fördelar gentemot potentiella konkurrenter och att de i praxis har ansetts påverka huruvida de samgående företagens eventuella prishöjningar kommer hindras av att nya aktörer kommer in på marknaden. Om inträdeshindren är låga har de ansetts vara mer troligt att de samgående företagens verksamhet begränsas av att nya företag kommer in på marknaden.¹⁹⁷

Sannolikheten att nya företag träder in på marknaden har av kommissionen även bedömts vara beroende utav den förväntade lönsamheten på densamma. I riktlinjerna¹⁹⁸ konstateras att det för att ett inträde skall vara troligt krävs att det är tillräckligt lönsamt med hänsyn till hur priserna påverkas av en produktionsökning på marknaden och hur de redan etablerade företagen reagerar. Vidare påpekas att ett inträde är mindre sannolikt om risken för att inträdet misslyckas är stor och de icke-återvinningsbara kostnaderna i samband med ett inträde är höga.¹⁹⁹ Kommissionen lägger även vikt vid tidigare inträde eller utträde inom branschen. I *Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi*²⁰⁰ tillät kommissionen en koncentration som gav upphov till en marknadsandel på 50 % på den grunden att ett stort antal konkurrerande företag trätt in på den aktuella marknaden under de fem år som föregått koncentrationen och att konkurrensen på marknaden ansågs utvecklas i rätt riktning.

4.5.2.2 Inträdets omfattning och tidpunkt

För att ett inträde på marknaden skall kunna hindra eller omintetgöra en koncentrations konkurrenshämmande effekter skall det vara tillräckligt omfattande. I *Tetra Pak/Alfa Laval*²⁰¹ kunde kommissionen endast identifiera ett företag som en potentiell ny aktör på marknaden efter koncentrationens genomförande. Anledningen till det begränsade inträdet ansåg kommissionen vara ett antal olika faktorer, såsom det faktum att Tetra Pak var innehavare av för branschen väsentliga immateriella rättigheter, varvid nya aktörer skulle få svårt att hävda sig på marknaden, samt

¹⁹² IV/M.1430 *Vodafone/Airtouch*, EUT 295/2, 21.05.1999 p. 27.

¹⁹³ IV/M.754 *Anglo American Corp./Lonrho*, EUT L 149/21, 20.5.1998 p. 118 och 119.

¹⁹⁴ IV/M.269 *Shell/Montecatini*, EUT L 332/48, 22.12.1994 p. 32.

¹⁹⁵ IV/M.833 *Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*, EUT L 145/41, 15.5.1998 p. 72 och 73. Cook/Kerse 2000 s. 159.

¹⁹⁶ Riktlinjerna p. 69.

¹⁹⁷ Riktlinjerna p. 70.

¹⁹⁸ Riktlinjerna p. 69.

¹⁹⁹ Riktlinjerna p. 69.

²⁰⁰ IV/M.1075 *Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi*, EUT C 39/19, 20.01.1998 p. 21.

²⁰¹ IV/M.68 *Tetra Pak/Alfa Laval*, EUT L 290/35, 22.10.1991 p. 3.4.

bedömningen att ett inträde skulle vara förenat med en stor risk att det investerade kapitalet i samband med inträde inte skulle återvinnas på grund av branschens höga mognad. Kommissionen fann således, med undantag för ett enskilda företag, det otroligt att nya företag skulle ta sig in på marknaden och bedömde att inträdets omfattning skulle vara för begränsat för att hindra eventuella konkurrenshämmande verkningar av koncentrationen.

Hur snabbt ett inträde på marknaden måste ske har i praxis ansetts vara beroende av marknadens kännetecken och dynamik samt de potentiella nya aktörernas specifika utvecklingsmöjligheter.²⁰² Ett inträde anses dock i regel behöva äga rum inom två år för att det skall ha denna effekt.²⁰³

4.5.3 Kommentarer

Som vi har sett bedömer kommissionen huruvida inträdet är sannolikt, snabbt och tillräckligt. Bedömningen av huruvida ett inträde är sannolikt kan sägas utgöra en incitamentsbedömning, på så vis att kommissionen granskar de faktorer som är avgörande för huruvida ett företag har incitament att träda in på marknaden, såsom inträdeshinder och den förväntade lönsamheten på densamma. Vid bedömningen av huruvida inträdet sker tillräckligt snabbt och om det är tillräckligt omfattande, undersöker kommissionen de potentiella effekterna av ett inträde och om det kommer att utgöra en motverkande faktor. Vid granskningen av huruvida marknadsinträde kan motverka de konkurrenshämmande effekterna av en koncentration är det således inte tillräckligt att enbart undersöka huruvida inträdeshindren är höga eller låga. Huvudfrågan är om marknadsinträde kan förhindra de prishöjningar som annars kan vara resultatet av en koncentration och om så är fallet om företagen i sådant fall finner det lönsamt att träda in på marknaden.²⁰⁴

Vidare kan påpekas att det vid granskningen av denna bedömningsfaktor är viktigt att inte gå ”bakvägen” och dra slutsatsen att en koncentration kommer att ge upphov till konkurrenshämmande effekter enbart på den grunden att marknadsinträdet är begränsat eller marknadshindren är höga då det är fullt möjligt att det råder effektiv konkurrens på en marknad där inträdeshindren är höga. Bedömningen av huruvida marknadsinträde kan motverka en eventuell prishöjning bör således först genomföras när de konkurrenshämmande effekterna av en koncentration redan har analyserats.

²⁰² Se IV/M.1693 *Alcoa/Reynolds*, EUT L 58/25, 28.2.2002 p 31,32 och 38. Riktlinjerna p. 74.

²⁰³ I Riktlinjerna p. 74 anges två år som den tid som det maximalt får ta innan ett inträde äger rum. I doktrin har dock argumenterats för att inträdet även skall hinna påverka prisnivåerna på marknaden inom denna period. Se Bishop/Walker 2002 s. 299.

²⁰⁴ I ekonomiska studier (se Lindsay/Lecchi/Williams 2003 s. 679 och 681) har visats att kommissionen har haft en benägenhet att tillåta koncentrationer med stora marknadsandelar om inträdeshindren på marknaden är låga. Studien säger dock inget om koncentrationerna har tillåtits enbart på denna grund eller om andra faktorer såsom företagets incitament att träda in på marknaden och huruvida effekterna av inträdet kommer att ske snabbt nog och vara tillräckligt omfattande för att motverka prishöjningen också ligger till grund för besluten. Se även Bishop/Walker 2002 s. 300.

4.6 Motverkande köparmakt

Motverkande köparmakt är en faktor som regelbundet tas i beaktande av kommissionen även om den sällan har utgjort en avgörande faktor i bedömningen.²⁰⁵

4.6.1 Den ekonomiska aspekten

Den förhandlingsstyrka de sammanslagna företagens kunder har vid affärsförhandlingar kan utgöra en faktor som motverkar koncentrationens konkurrenshämmande verkan. Om kunderna har en stark förhandlingsposition kan det leda till att koncentrationens möjlighet att utöva marknadsinflytande begränsas. En stark förhandlingsposition uppkommer genom att kunderna på ett trovärdigt sätt kan hota med att tex. övergå till en alternativ leverantör eller på något annat sätt ge upphov till fördelar i förhandlingen med den aktuella leverantören. Huruvida ett sådant hot är trovärdigt är beroende av vilka möjligheter kunderna har att göra alternativa leveranskällor tillgängliga genom att tex. vända sig till nya leverantörer, utöka sina inköp från tidigare leverantör, starta upp en egen produktion, skjuta upp inköpet eller att ingå kortsiktiga kontrakt med leverantörer etc.²⁰⁶ Det är tillgängligheten av dessa möjligheter som är avgörande för om det föreligger en motverkande köparmakt och inte enbart köparens storlek. Det är dock mer troligt att stora kunder besitter denna typ av motverkande köparmakt än att den finns hos mindre företag i en fragmenterad bransch. Om de sammanslagna företagen ger upphov till en koncentration med stora marknadsandelar minskar det sannolikheten för att dess kunder besitter en motverkande köparmakt, då det blir svårare för dem att uppnå den förhandlingsstyrka som krävs.²⁰⁷

Köparmakt som en motverkande faktor är således framförallt intressant på marknader där koncentrationen på köparsidan är förhållandevis hög eller på marknader där det finns andra faktorer som tillsammans med köparmakt kan ha en motverkande effekt.²⁰⁸

4.6.2 Kommissionens bedömning

I riktlinjerna²⁰⁹ konstateras att om det är relevant skall kommissionen undersöka i vilken utsträckning kunderna kan motverka det ökade marknadsinflytande som en koncentration annars skulle ge upphov till. I Coca-Cola Company Carlsberg A/S²¹⁰ uttryckte kommissionen det som att vid bedömningen av huruvida dominans föreligger är frågan om det finns

²⁰⁵ Cook/Kerse 2000 s. 160. Se även Lindsay/Lecchi/Williams 2003 s. 679 och 681.

²⁰⁶ Lindsay 2003 s. 252f.

²⁰⁷ Lindsay 2003 s. 250.

²⁰⁸ Lindsay/Lecchi/Williams 2003 s. 675 och 681. Se även NERA 1999 s. 51.

²⁰⁹ Riktlinjerna p. 65.

²¹⁰ IV/M.833 *Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*, EUT L 145/41, 15.5.1998, p. 81.

tillräcklig mycket köparmakt med uppvägande effekt för att neutralisera parternas makt på marknaden.

I kommissionens beslutspraxis kan framförallt fyra faktorer urskiljas som kommissionen fäst särskild vikt vid i sin bedömning.²¹¹ För det första krävs att de påtryckningsmedel kunden använder är trovärdiga, och att de alternativ som kunden kan hota med är genomförbara. Vid bedömningen av om en köpare har alternativa leverantörer och om ett hot från köparen att övergå till dessa är trovärdigt, tar kommissionen hänsyn till tex. huruvida kunderna har information om andra leverantörer²¹² och tillgängligheten av nära substitut²¹³. I riktlinjerna²¹⁴ påpekas att om köparen omedelbart skulle kunna byta till andra leverantörer får hotet bedömas som trovärdigt.

För det andra fästs vikt vid köparens incitament att utnyttja sin förhandlingsposition. Om köparen i sin tur kan höja sina egna försäljningspriser som ett resultat av prishöjningen är det möjligt att köparen saknar incitament att försöka utöva motverkande köparmakt.²¹⁵ I riktlinjerna²¹⁶ behandlas köparens möjlighet att övertala en potentiellt ny aktör att gå in på marknaden genom att lägga stora beställningar hos det företaget, som en källa till motverkande köparmakt. Det påpekas dock att ett företag i ett senare marknadsled kanske inte vill göra en investering för att hjälpa nya företag att komma in på marknaden, om också dess konkurrenter kan dra nytta av fördelarna med ett sådant inträde i form av lägre produktionskostnader.²¹⁷

För det tredje undersöker kommissionen om koncentrationsgraden på köparsidan är symmetrisk med den på leverantörsidan. I denna undersökning tittar kommissionen på beroendeförhållandet mellan säljare och köpare. I tex. *Danish Crown / Vestjyske Slagterier*²¹⁸ ansåg kommissionen att den danska livsmedelshandeln var beroende av leveranser av den aktuella varan (färskt danskt griskött) som är en produkt som en dansk livsmedelsbutik måste ha på lager, medan leverantörerna (slakterierna) hade möjligheten att exportera. Därför ansåg kommissionen leverantörerna inte på långt när lika beroende av de danska livsmedelskedjorna som dessa livsmedelskedjor var av leverantörerna.

Slutligen tar kommissionen hänsyn till ställningen hos alla enskilda köpare och inte bara majoriteten av köparna eller de med starkast position. Om bara ett visst segment av kunder med särskild förhandlingsstyrka skyddas mot högre priser eller försämrade villkor anses inte denna köparmakt väga upp

²¹¹ Lindsay 2003 s. 251.

²¹² IV/M.1524 *Airtours /First Choice*, EUT L 93/1, 22.09.1999 Case IV/M p. 124.

²¹³ IV/M.2097 *SCA/Metsä Tissue*, EUT L 57/1, 27.2.2002 p. 89.

²¹⁴ Riktlinjerna p. 65.

²¹⁵ Se tex IV/M.430 *Procter & Gamble/ VP Schickedanz (II)*, EUT L354/32, 31.12.1994 p. 170.

²¹⁶ Riktlinjerna p. 65.

²¹⁷ Riktlinjerna p. 66.

²¹⁸ IV/M.1313 *Danish Crown Vestjyske Slagterier*, EUT L 20/1, 25.1.2000 p. 173.

de negativa effekterna av en koncentration.²¹⁹ I SCA/Metsä Tissue²²⁰ ansåg kommissionen att den köparmakt som de stora kunderna skulle komma att utöva på koncentrationen inte skulle skydda de mindre köparna och att koncentrationen därför fortfarande skulle ha möjlighet att höja priserna över den prisnivå som rådde innan koncentrationen.

4.6.3 Kommentarer

Som vi har sett yttrar sig köparmakt genom att köparen har möjlighet att välja bort den aktuella leverantören eller på annat sätt påverka leverantörens försäljning i negativ riktning. Att köparen har denna möjlighet är avgörande för trovärdigheten av ett hot. Om hotet är trovärdigt skulle man något förenklat kunna säga att företagen tvingas välja mellan att antingen minska sin försäljning och ha kvar de höjda priserna eller att lägga prisnivån på den ursprungliga nivån. Vilket alternativ företagen väljer är med stor sannolikhet beroende av i vilken utsträckning företagets försäljningssiffror går ned. Som vi har sett ovan²²¹ leder prishöjningar generellt sett till att efterfrågan på varan sjunker. Om förändringen i efterfrågan relativt prishöjningen är så liten att den vägs upp av det högre priset, har företaget marknadsinflytande. För att köparmakten skall bedömas som en tillräckligt motverkande faktor krävs såsom konstaterats i praxis att allt marknadsinflytande neutraliseras. Det krävs således också att köparmakten *är tillräcklig*. Som vi har sett tar kommissionen hänsyn till denna aspekt i bedömningen framförallt genom att titta på beroendeförhållandet mellan köpare och leverantörer.²²² Även den aspekt att kommissionen tar hänsyn till ställningen hos alla enskilda köpare på marknaden kan anses vara ett uttryck för att köparmakten skall vara tillräcklig, då köparmakten i praxis inte har ansetts väga upp de negativa effekterna av en koncentration om bara ett visst segment av kunder skyddas mot högre priser.

²¹⁹ Riktlinjerna p. 67.

²²⁰ IV/M.2097 SCA/Metsä Tissue, EUT L 57/1, 27.2.2002.

²²¹ Se kap. 2.3 om marknadsinflytande.

²²² Se Cook/Kerse 2000 s. 161.

5 Sammanfattande reflektioner

Det primära syftet med EG:s konkurrenslagstiftning och kontrollen av företagskoncentrationer är att skydda den effektiva konkurrensen. Genom kontrollen kan kommissionen tillåta, eller inte tillåta koncentrationer allt utifrån huruvida de bedöms påtagligt hämma den effektiva konkurrensen.

I och med införandet av det nya SIEC-testet har konkurrensrättens mål att bevara den effektiva konkurrensen ytterligare förtydligats inom kontrollen för företagskoncentrationer. Det står nu också klart att icke-samordnade effekter som inte ger upphov till en dominerande ställning omfattas av konkurrenstestet samt att effektivitetsvinster skall betraktas som en faktor som talar för en koncentrations tillåtlighet.

Ur ett ekonomiskt perspektiv har den analys kommissionen genomför inte förändrats i någon större utsträckning, då begreppet ”påtagligt hinder för effektiv konkurrens” skall tolkas så att det utöver begreppet dominerande ställning endast sträcker sig till en koncentrations konkurrenshämmande effekter till följd av ett icke-samordnat beteende hos företag som inte skulle uppnå en dominerande ställning. Dominansbegreppet är således fortfarande centralt och det är endast i fall omfattande icke-samordnade effekter som inte ger upphov till en dominerande ställning som begreppet ”påtagligt hinder för effektiv konkurrens” i praktiken torde bli tillämpligt.

Begreppen dominans och effektiv konkurrens står vidare i stark relation till varandra då dominans mer eller mindre är ekvivalent med marknadsinflytande och effektiv konkurrens i viss utsträckning kan definieras som frånvaro av marknadsinflytande. Oavsett vilket begrepp kommissionen tillämpar torde det centrala i bedömningen vara huruvida koncentrationen kommer ge upphov till ett ökat marknadsinflytande och om denna ökning är tillräcklig för att förhindra en effektiv konkurrens, varvid den ekonomiska analys kommissionen genomför under de båda testen är mycket likartad.

Kommissionens analys kan sägas vara av framåtblickande karaktär då den till stora delar handlar om hur konkurrensen på marknaden kommer påverkas om koncentrationen genomförs. Då ekonomisk teori beskriver hur marknader utifrån vissa förutsättningar kan påverkas av en koncentration utgör den ett mycket användbart verktyg i analysen. Kommissionens analys kan således sägas bestå av att identifiera förutsättningarna på marknaden genom konkreta observerbara fakta och utifrån dessa dra slutsatser om hur en koncentration kommer att påverka konkurrensen på marknaden. Denna uppsats har identifierat en del av de observerbara fakta som kommissionen granskar. Kommissionen tittar tex. på huruvida produktmarknaden är differentierad och om de samgående företagen är nära konkurrenter vid bedömningen av om det är sannolikt att icke-samordnade effekter kommer att uppkomma. På liknande sätt granskar kommissionen tex. graden av öppenhet på marknaden och stabiliteten i de ekonomiska betingelserna på marknaden för att avgöra sannolikheten för samordnade effekter. Även

marknadsandelar och koncentrationsnivåer utgör sådana observerbara fakta som man med hjälp av ekonomisk teori i viss mån kan dra slutsatser utav. Vad gället motverkande faktorer tittar kommissionen tex. på i vilken omfattning inträdeshinder föreligger på marknaden för att bedöma sannolikheten för att nya företag skall träda in på marknaden eller tillgängligheten av nära substitut till de samgående företagens produkter, vid bedömningen av huruvida den köparmakt kunderna innehar kan anses som trovärdig. Då förutsättningarna på marknaden är avgörande för den bedömning kommissionen genomför är tillgängligheten av information om marknaden och de företag som verkar på den oundvikligen av stor vikt. Det torde tex. vara enklare för kommissionen att bedöma förutsättningarna för marknadsinträde än att tex. bedöma sanningshalten i påstådda effektivitetsvinster till följd av en koncentration i vart fall om dessa är av dynamisk karaktär. Vissa av de motverkande faktorer kommissionen tar hänsyn till är således till sin natur svårare att bedöma förutsättningarna för, vilket torde kunna utgöra en del av förklaringen till varför vissa faktorer i mindre utsträckning än andra utgör en avgörande faktor i kommissionens beslutspraxis.

Denna uppsats har syftat till att beskriva de faktorer som kommissionen tar hänsyn till i sin bedömning utifrån ett ekonomiskt perspektiv. Det kan konstateras att den analys kommissionen genomför i det konkreta fallet är beroende av de marknader som är involverade i den aktuella koncentrationen och vilka faktorer som på dessa marknader kan anses vara av störst vikt för konkurrensen. Kommissionens bedömning av en koncentrations konkurrenshämmande verkan varierar således utifrån de specifika förutsättningarna i det enskilda fallet. Det bör också framhållas att de olika faktorerna påverkar varandra sinsemellan varvid en faktors närvaro eller frånvaro på en marknad inte skall granskas isolerat. Att sammanfatta den analys kommissionen genomför i en strikt hierarki av bedömningskriterier är därför en omöjlighet och inte heller önskvärt då kommissionens analys såsom framhållits utgör en helhetsbedömning av de förutsebara effekterna av en koncentration.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Bishop, Simon
Walker, Mike
The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 2:a utgåvan, Sweet & Maxwell, London 2002
[cit. Bishop/Walker 2002]
- Cook, C.J
Kerse, C.S
EC Merger Control, 3:e utgåvan, Sweet & Maxwell, London 2000
[cit. Cook/Kerse 2000]
- Cooter, Robert
Ulen, Thomas
Law & Economics, 3:e utgåvan Addison-Wesley Longman, Reading 2000
[cit. Cooter/Ulen 2000]
- Craig, Paul
De Burca, Gráinne
EU Law, Text, Cases and materials 2:a utgåvan, Oxford University Press, New York 2003 [cit. Craig/De Burca 2003]
- Dahlman, Christian
Glader, Marcus
Reidhav, David
Rättsekonomi - En introduktion, Studentlitteratur, Lund 2002
[cit. Dahlman/Glader/Reidhav 2002]
- Hildebrand, Doris
The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, 2:a utgåvan, Haag 2002
[cit. Hildebrand 2002]
- Korah, Valentine
An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 8:e utgåvan, Hart Publishing, 2004
[cit. Korah 2004]
- Lindsay, Alistair
The EC Merger Regulation: Substantive Issues, Thomson Sweet & Maxwell, London 2003
[cit. Lindsay 2003]

- Navarro, Eduerne
Font, Andrés
Folguera, Jaime
Briones, Juan
- Merger Control in the European Union, Law, Economics and Practice*, Oxford University press, New York 2002
[cit. Navarro/Font/
Folguera/Briones 2002]
- Wetter, Carl
Karlsson, Johan
Rislund, Olle
Östman, Marie
- Konkurrensrätt, en handbok*, 3:e utgåvan,
Thomson fakta: Advokatfirman Vinge, Stockholm 2004
[cit. Wetter/Karlsson/
Rislund/Östman 2004]
- Whish, Richard
- Competition Law*, 4:e utgåvan,
Butterworth, London 2001
[cit. Whish 2001]

Artiklar

- Dubow, Ben
Elliott, David
Morrison, Eric
- Unilateral effects and merger simulation models*,
European Competition Law Review, 2004
s 114 [cit. Dubow/Elliott/Morrison 2004]
- Fridolfsson, Sven-Olof
- En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer*,
Konkurrenverkets A4-serie, 2002
[cit. Fridolfsson 2002]
- Ilzkovitz, Fabienne,
Meiklejohn, Roderick
- European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?*, Journal of Industry Competition and Trade, 3:1/2, 2003, s 58
[cit. Ilzkowitz/Meiklejohn 2003]
- Larsson Haug, Helena
- Kommissionens grönbok om översynen av koncentrationsförordningen- sammanfattning av inkomna yttranden och reflektioner*,
Europarättslig tidskrift 2002 häfte 3 s 514
[cit. Larsson Haug 2002]
- Lindsay, Alistair
Lecchi, Emanuela
Williams, Geoffrey
- Econometrics Study into European Commission Merger Decisions Since 2000*, European Competition Law Review, 2003 s 673
[cit. Lindsay/Lecchi/Williams 2003]

- Luescher, Christoph *Efficiency Considerations in European Merger Control – Just another Battle ground for the European Commission , Economists and Competition Lawyers*, European Competition Law Review, 2004, s 72
[cit. Luescher 2004]
- Stirati, Gabriele *The Appraisal of Collective Dominance and Efficiency Gains under the Substantive Test of the New EU Merger Regulation*, Erasmus Law and Economics Review 1, nr. 3 2004, s 249
[cit. Stirati 2004]
- Vincenzo, Baccaro *Failing Firm Defence and Lack of Casualty: Doctrine and Practice in Europe on two closely related Subjects*, European Competition Law Review, 2004, s 11
[cit. Vincenzo 2004]
- Voelcker, Sven *Mind the gap: Unilateral effects Analysis arrives in EC Merger Control*, European Competition Law Review, 2004, s 395
[cit. Voelcker 2004]
- Weitbrecht, Andreas *EU Merger Control in 2004 - An Overview*, European Competition Law Review, 2005, nr. 26, s. 67.
[cit. Weitbrecht 2005]

Förordningar

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 024/22 2004)
[cit. Koncentrationsförordningen]

Rådets förordning 1310/97 av den 30 juni 1997 (EUT L 180, 9.7.1997)

Rådets förordning (EG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 395, 30.12.1989)

Riktlinjer

Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 31/03 2004)
[cit. Riktlinjerna]

Tillkännagivanden

Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, (EUT C66/04 1998)

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, (EUT C372/03 1997)

Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C66/02 1998)

Övrigt

Grönboken om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, KOM (2001), 745.[cit.Grönboken]

Merger Appraisal in Oligopolistic Markets

Prepared for the office of fair trading by National Economic Research Associates (NERA) November 1999 Research Paper 19
[cit. NERA 1999]

Rättsfallsförteckning

Förstainstansrätten

T-102/96 *Gencor mot kommissionen*, REG 1999, s. II-753
T-221/95 *Endemol mot kommissionen*, REG 1999, s. II-1299
T-22/97 *Kesko mot kommissionen*, REG 1999, s. II-3775
T-342/99 *Airtours mot Kommissionen*, REG 2002, s. II-2585
Förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Kali & Salz* REG 1998, s. I-1375

Kommissionens beslut

IV/M.53 *Aeospatiale/Alenia/De Havilland*, EUT L 334/42, 5.12.1991
IV/M.1524 *Airtours /First Choice*, EUT L 93/1, 22.09.1999
IV/M.1693 *Alcoa/Reynolds*, EUT L 58/25, 28.2.2002
IV/M.754 *Anglo American Corp./Lonrho*, EUT L 149/21, 20.5.1998
IV/M.1806 *Astra Zeneca/Novartis*, EUT C 143/5, 26.02.1999.

IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas*, EUT L 336/16, 8.12.97
IV/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, EUT L 132/45, 17.5.2002
IV/M.1932 *BASF/American Cyanamid(AHP)* EUT C 354/38, 09.12.2000

IV/M.833 *Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*, EUT L 145/41, 15.5.1998
IV/M.2187 *CVC/Lenzig*, EUT L 825/20, 17.10.2001

IV/M.1313 *Danish CrownVestjyske Slagterier*, EUT L 20/1, 25.1.2000
IV/M.1671 *Dow Chemical/Union Carbide*, EUT L 245/1, 14.9.2001

IV/M.1225. *Enso/Stora*, EUT L 254/9, 29.9.1999
IV/M.1383 *Exxon/Mobil*, EUT C102/29, 29.09.1999

IV/M. 2220 *General Electric/Honeywell*, EUT L 48/1, 03.07.2001
IV/M.1846 *Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham*, EUT C 170/06, 20.6.2000

IV/M.2568 *Haniel/Ytong*, EUT L 111/1, 06.05.2003

IV/M.1741 *MCI World Com/ Sprint*, EUT L 300/1, 18.11.2003

IV/M.190 *Nestlé/Perrier*, EUT L356/01, 5.12.1992
IV/M.1075 *Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi*, EUT C 39/19, 20.01.1998

IV/M.582, *Orkla/Volvo*, EUT L66/17, 20.09.1995

IV/M.430 *Procter &Gamble/ VP Schickedanz (II)*, EUT L354/32, 31.12.1994

IV/M.1939 *Rexam (PLM)/American National Can*, EUT C 325, 21.11.2001

IV/M.774 *Saint Gobain /Wacker-Chemie/NOM*, EUT L 247/1, 10.9.1997

IV/M.2097 *SCA/Metsä Tissue*, EUT L 57/1, 27.2.2002

IV/M.269 *Shell/Montecatini*, EUT L 332/48, 22.12.1994

IV/M.1978 *Telecom Italia /News Television /Stream*, EUT C 66/14,
29.06.2000

IV/M.68 *Tetra Pak/ Alfa Laval*, EUT L 290/35, 22.10.1991

IV/M.970 *TKS /ITW Signode/ Titan*, EUT L1316/33, 06.05.1998

IV/M.1628 *TotalFina/Elf*, EUT L 143/1 09.02.2000

IV/M.1430 *Vodafone/Airtouch*, EUT 295/2, 21.05.1999

IV/M.1672 *Volvo/Scania* EUT L 143/74, 29.5.2001