



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ulrika Andersson

EU:s fusionskontroll

-bör den förändras och effektiviseras enligt amerikansk
förebild?

Examensarbete
20 poäng

Lars Gorton

Konkurrensrätt

VT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Frågeställningar och syfte	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod, material och disposition	6
2 KONTROLL AV FÖRETAGSKONCENTRATIONER	8
2.1 Varför kan företagskoncentrationer vara skadliga?	8
2.1.1 Allmänt	8
2.1.2 Argument emot företagskoncentrationer	8
2.2 Syftet med företagskoncentrationsförordningen	9
2.3 Koncentrationsdefinitionen	9
2.3.1 Allmänt	9
2.3.2 Kollektivt dominerande ställning	10
2.4 Kontroll av företag	11
2.4.1 Allmänt	11
2.4.2 Förhållandet mellan koncentrationsförordningen och Romfördraget	12
2.5 One stop shop	13
2.5.1 Allmänt	13
2.5.2 Hänskjutande till eller från nationell myndighet	15
2.5.2.1 Allmänt	15
2.5.2.2 Förslag på ändringar i regelverket	15
2.6 Kontrollförfarandet	16
2.6.1 Allmänt	16
2.6.2 Fusionen mellan SEB och Föreningssparbanken	17
2.6.3 Sanktioner	19
2.7 Fusionskontrollen i USA	20
3 PROBLEMOMRÅDEN	22
3.1 Allmänt	22
3.2 Åsikter från svenska praktiker	23

4	MÅLSÄTTNINGEN MED FUSIONSKONTROLLEN	25
4.1	Allmänt	25
4.2	Problem	25
4.3	Bör målsättningen med EU:s fusionskontroll ändras?	26
5	DOMINANSTESTET	28
5.1	Utgångsläge	28
5.2	Förändringsförslag	28
5.2.1	Allmänt	28
5.2.2	Fördelar	28
5.2.3	Nackdelar	29
5.3	Slutsats	30
6	PROBLEMEN FÖR EU:S SMÅ MEDLEMSLÄNDER	31
6.1	Allmänt	31
6.2	Förslag på lösningar	32
6.2.1	Allmänt	32
6.2.2	Effektivitetsvinst	32
6.2.3	Förändringar i avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden	34
6.3	Slutsats	35
7	FALLSTUDIER	36
7.1	Allmänt	36
7.2	Boeing/McDonnell Douglas	36
7.2.1	Bakgrund	36
7.2.2	Kommissionens bedömning	36
7.2.3	Amerikanska reaktioner på kommissionens beslut	37
7.3	General Electric/Honeywell	38
7.3.1	Bakgrund	38
7.3.2	Kommissionens bedömning	39
7.3.2.1	Parternas marknadspositioner	39
7.3.2.2	Effekterna på konkurrensen	39
7.3.3	Amerikanska bedömningen av den föreslagna fusionen	41
7.3.3.1	Allmänt	41
7.3.3.2	Kritiska synpunkter	42
7.4	Airtours/First Choice	44
7.4.1	Bakgrund	44
7.4.2	Kommissionens bedömning	44
7.4.2.1	Kollektivt dominerande ställning	44
7.4.2.2	Konkurrens effekterna	45
7.4.2.3	Airtours motargument	46
7.4.2.4	Slutsatser	47

7.4.3	Airtours överklagande till förstainstansrätten	47
7.4.3.1	Grunderna för överklagandet	47
7.4.3.2	Förstainstansrättens bedömning	48
7.5	Schneider Electric/Legrand	50
7.5.1	Allmänt om kommissionens bedömning	50
7.5.2	Förstainstansrättens bedömning av fallet	51
7.5.3	Slutsatser	52
7.6	Tetra Laval/Sidel	53
7.6.1	Bakgrund och kommissionens bedömning	53
7.6.2	Förstainstansrättens dom	53
8	SAMMANFATTANDE ANALYS	56
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64
	Källor	64
	EG-rätt	64
	USA	64
	Litteratur	64
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68
	EU	68

Sammanfattning

EU:s fusionskontroll hanteras till största delen av den Europeiska kommissionen, som är den myndighet som utreder och tar besluten om att godkänna eller förbjuda en koncentration. På senare år har EU:s fusionskontroll utsatts för omfattande kritik. Främst är det kommissionens beslut som har kritiserats, och kritiken har ofta kommit från förstainstansrätten. Kommissionens beslut har emellertid också skapat protester från amerikanska myndigheter, som haft bestämda åsikter om bristerna i kommissionens resonemang.

Bristerna i EU:s fusionskontroll har dock inte enbart visat sig i kommissionens beslut. Det finns även andra typer av problem i tillämpningen av koncentrationsförordningen. Ett exempel på denna problematik är förhållandet mellan förordningen och art. 81 och 82 i Romfördraget. Trots att koncentrationsförordningen är ämnad att vara det enda instrumentet för kontroll av fusioner av en viss storlek, finns det flera oklarheter i regelsystemen som behöver arbetas bort.

På flera av de områden där problem uppmärksammats skulle situationen eventuellt kunna förbättras genom att EU tog intryck av den amerikanska fusionskontrollen. Ett exempel på en sådan situation är när kommissionen gör sin konkurrensbedömning beträffande företag som går samman i någon av EU:s mindre medlemsstater. Eftersom den relevanta marknaden oftast bedöms nationellt är det lättare för företag i små länder att uppnå en dominerande ställning. Ett sätt att förbättra denna ojämna situation för de mindre länderna skulle bland annat kunna vara att, som i USA, väga in effektivitetsvinster i bedömningen. Fusioner som skapar konkurrenssvårigheter kan på detta sätt ändå godkännas om de skapar tillräckliga effektivitetsvinster, som i slutändan kan gynna konsumenterna. På detta sätt blir bedömningen mer individuell och fusioner som kanske annars skulle förbjudas kan godkännas, vilket öppnar en extra möjlighet för företag i de mindre medlemsländerna.

De mest uppmärksammade problemen har dock rört kommissionens beslutsfattande och kritiken har främst gällt kommissionens bristfälliga utredningar och godtyckliga bedömningar. Kritiken från amerikanska myndigheter har även gällt kommissionens inställning till vem det är som skall skyddas med kontrollen. Enligt koncentrationsförordningen är det alltid konsumenterna som skall gynnas med förvärven, men kommissionen har allt oftare verkat vara mer benägen att skydda konkurrenterna till den nya koncentrationen. I USA poängterar man istället att det är konkurrensen som skall skyddas inte konkurrenterna.

Det finns flera sätt att komma till rätta med bristerna i kommissionens bedömningar. Många av de föreslagna lösningarna är hämtade från den

amerikanska fusionskontrollen, och ett exempel som framförts är att kommissionen inte själv skall vara den beslutande instansen. Det innebär ett allvarligt hot mot rättssäkerheten att kommissionen både agerar utredare, åklagare och domare. I USA lämnas utredningen över till en beslutande instans, och detta system skulle för kommissionens del medföra att man skulle vara tvungen att utföra betydligt grundligare undersökningar för att kunna bevisa sin sak för en oberoende instans.

Att låta kommissionen lämna ifrån sig beslutsfattandet är bara ett av de alternativ som kan diskuteras för att komma till rätta med problemen i EU:s fusionskontroll. Jag skall i uppsatsen lyfta fram flera förslag på hur den europeiska fusionskontrollen skulle kunna förbättras genom att kommissionen tog lärdom av de amerikanska konkurrensmyndigheternas arbetsmetoder.

Förkortningar

DoJ	Department of Justice
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska unionen
FKF	Företagskoncentrationsförordningen
FTC	Federal Trade Commission
KL	Konkurrenslagen
Rådet	Europeiska Rådet

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När EG bildades var det en grundförutsättning för de ursprungliga sex medlemsstaterna att den gemensamma marknaden krävde rättvisa konkurrensvillkor, som kunde säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte skulle snedvridas.¹ En utvecklad och effektiv konkurrenspolitik är fortfarande en nödvändighet för att en marknadsekonomi skall fungera väl.

Prioriterade områden inom konkurrenspolitiken har under senare år varit bekämpandet av internationella karteller, motverkandet av missbruk av dominerande ställning och åtgärder för att bryta upp nationella offentliga monopol. Dessa områden regleras i Romfördragets artiklar 81 och 82.² Ett annat område som fått mer och mer uppmärksamhet är företagskoncentrationer. Redan på 1960-talet sökte kommissionen få kontroll över fusioner och företagsförvärv som kunde påverka konkurrensförhållandena på den gemensamma marknaden. EG-domstolen slog dock fast att artiklarna 85 och 86 (numera art. 81 och 82) i Romfördraget endast gav begränsade möjligheter att ingripa mot företagssammanslagningar, vilket innebar att en ny reglering var en nödvändighet.³ Det tog emellertid sexton år av misslyckade förhandlingar med varierande entusiasm och stundtals fientliga diskussioner, eftersom några av medlemsstaterna var mycket ovilliga att ge upp delar av sin kontroll, innan man slutligen lyckades enas i frågan, och Rådet i december 1989 kunde anta en förordning om kontroll av företagskoncentrationer⁴, rådsförordningen EEG/4064/89⁵. Förordningen trädde i kraft den 21 september 1990. Härigenom fick gemenskapen ett viktigt komplement till de redan befintliga konkurrensreglerna. Regelverket genomgick senare väsentliga förändringar som trädde i kraft den 1 mars 1998.⁶

Tanken bakom koncentrationsförordningen när den utarbetades var att upprättandet av en inre marknad skulle leda till betydande omorganiseringar av företagen över nationsgränserna inom EU. Det var därför nödvändigt med jämbördiga villkor för att säkerställa att sådana transaktioner inte skulle leda till bestående försämringar av konkurrensen. Jämbördiga villkor skulle innebära en tillämpning av samma anmälningskrav, förfaranden och rättsliga

¹ Romfördraget art. 3. 1. g

² Allgårdh, O., Norberg, S., *EU och EG-rätten*, 1999, s. 360-361.

³ Dhunér, K.-J., Hedström, J., *Förfarandet i konkurrensrätten*, 1995, s. 223.

⁴ Bishop, M., Kay, J., *European mergers & merger policy*, 1993, s. 294.

⁵ Företagskoncentrationsförordningen, FKF.

⁶ Allgårdh, O., Norberg, S., *EU och EG-rätten*, 1999, s. 387.

normer på alla koncentrationer med väsentliga gränsöverskridande verkningar.⁷

Kommissionen gavs för detta ändamål, genom koncentrationsförordningen, den exklusiva befogenheten att besluta om ”koncentrationer med gemenskaps-dimension”. Denna princip om en enda instans tjänar två syften. För det första bygger den i enlighet med subsidiaritetsprincipen, på insikten om att det är motiverat med en kontroll av koncentrationer på EU-nivå, eftersom ingen enskild medlemsstat har de förutsättningar som krävs för att hantera sådana transaktioner på grund av deras gränsöverskridande omfattning och verkningar. För det andra förenklas de administrativa förfarandena genom att endast en instans anges i förordningen, vilket gör det möjligt för såväl konkurrensmyndigheterna som företagen att minimera kostnaderna för koncentrationskontrollen.⁸

1.2 Frågeställningar och syfte

I uppsatsen kommer jag att undersöka hur kommissionen har förvalt sitt uppdrag som kontrollmyndighet. Kommissionens arbete har nämligen på senare tid utsatts för stark kritik från flera håll. Kritiken har främst kommit från förstainstansrätten, men det har även hörts kritiska röster från amerikanskt håll och från den europeiska debatten. Jag kommer därför att undersöka hur EU:s fusionskontroll verkligen har fungerat och även göra en jämförelse med särskilda delar av den amerikanska fusionskontrollen. För detta ändamål kommer följande frågeställningar att utredas. Hur är koncentrationsförordningen uppbyggd och vilka problem har uppkommit under tillämpningen av förordningen? Hur ser de amerikanska fusionsreglerna ut och hur resonerar de amerikanska myndigheterna när de gör sina bedömningar? Hur har kommissionen resonerat i sina beslut?

Jag kommer att lyfta fram den kritik som har riktats mot kommissionen och göra en övergripande utredning av den europeiska fusionskontrollen. Syftet med uppsatsen är att undersöka hur EU:s fusionskontroll fungerar men också om den bör förändras och effektiviseras, och om EU och kommissionen för detta ändamål bör ta lärdom av det amerikanska systemet och de amerikanska myndigheternas sätt att resonera.

1.3 Avgränsningar

Eftersom området för fusionskontrollen är stort, har jag tvingats göra en hel del avgränsningar i min uppsats. Jag kommer exempelvis främst att inrikta mig på den gemenskapsrättsliga kontrollen, vilket innebär att jag utelämnar det svenska regelverket från min uppsats. Jag kommer emellertid att göra en översiktlig redogörelse av det amerikanska systemet, detta i syfte att kunna göra en jämförelse med EG-rättens regler.

⁷ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p. 3.

⁸ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p. 4.

Det EG-rättsliga regelverket som jag fokuserar på är naturligtvis främst Företagskoncentrationsförordningen. Jag kommer att göra en kortare redogörelse för sambandet mellan förordningen och art. 81 och 82 i Romfördraget, men i övrigt utelämnas dessa artiklar och även andra bestämmelser, då det är förordningen och kommissionens tillämpning av den som är föremål för bedömning i uppsatsen.

I detta sammanhang bör också nämnas att jag i uppsatsen kommer att använda termen Romfördraget när jag behandlar fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, även kallat EG-fördraget. Det har tillkommit senare fördrag, såsom Maastrichtfördraget (1992) och Amsterdamfördraget (1997), men dessa har i allmänhet endast integrerats i existerande fördrag såsom kompletteringar eller ändringar.⁹ Jag kommer emellertid att använda mig av den nya artikelnumreringen.

Det faktum att jag inriktar mitt arbete på de gemenskapsrättsliga reglerna får också till följd att de fall jag studerar endast kommer att innehålla företag av en viss storlek som når upp till de tröskelvärden som kommissionen satt upp, vilket utelämnar mindre företag som måste bedömas enligt nationell rätt.

1.4 Metod, material och disposition

Uppsatsen kan metodmässigt sett anses innehålla fyra delar. Den första består av kapitel två där jag redogör för gällande rätt på fusionskontrollsområdet. Jag beskriver de regler som finns tillgängliga för kommissionen, och sambandet mellan dem. Jag tittar även på hur de nationella reglerna fungerar tillsammans med de gemenskapsrättsliga, och på hur de olika myndigheterna delar upp kompetensen mellan varandra. Den första delen är sålunda till stor del deskriptiv, och materialet är främst hämtat från svensk och utländsk doktrin, bland annat i form av litteratur och artiklar ur tidskrifter.

Den andra delen är av mer utredande karaktär och behandlar i kapitel tre till sex de olika problem som uppkommit i samband med tillämpningen av förordningen. Jag har i dessa kapitel använt mig av olika typer av material, även här främst doktrin, men en hel del av materialet kommer också från kommissionens skrifter. I dessa kapitel lyfter jag fram punkter i kontrollen, där det finns behov av förbättringar, men jag kommer också att presentera lösningar och förbättringsförslag i löpande kortfattade slutsatser.

Uppsatsens tredje del består av en fallstudie där allt material är hämtat från aktuella fall och artiklar som skrivits om fallen. Den behandlar först kommissionens beslut, för att sedan jämföra detta med andra instansers.

⁹ Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 1999, s. 32.

Exempelvis görs i två fall en jämförelse mellan kommissionens beslut och de amerikanska konkurrensmyndigheternas bedömning av samma fall. I andra fall jämförs förstainstansrättens avgörande med kommissionens beslut. Även i denna del lyfter jag fram områden där kommissionen skulle kunna göra förbättringar, bland annat genom att ta lärdom av andra instanser.

Avslutningsvis innehåller uppsatsens fjärde del en längre analys där jag sammanfattar vad jag kommit fram till och drar egna slutsatser av detta. Jag försöker här knyta samman mina synpunkter på koncentrationsförordningens utformning och praktiska tillämpning med de synpunkter jag haft på kommissionens arbete, för att sedan avslutningsvis redogöra för de förändringar jag anser behöver göras. Eftersom jag löpande i flera kapitel redogör för många av mina slutsatser, kommer den avslutande analysen att vara av kortare, mer sammanfattande karaktär.

2 Kontroll av företagskoncentrationer

2.1 Varför kan företagskoncentrationer vara skadliga?

2.1.1 Allmänt

Det finns tre typer av företagskoncentrationer. Horisontella sammanslagningar sker när företag som tillverkar samma produkter och agerar på samma nivå på marknaden slås samman. Motsatsen till denna typ är vertikala sammanslagningar, som innebär att de sammanslagna företagen arbetar på olika distributionsnivåer, på samma produktmarknad. Den tredje formen av koncentration är konglomeratkoncentrationen. Denna består av företag som inte har något samband med varandra inom någon produktmarknad.¹⁰

2.1.2 Argument emot företagskoncentrationer

Det är de horisontella företagskoncentrationerna som innebär den största konkurrensskaderisken. Dessa koncentrationer kan ibland tack vare sin nya sammansättning få möjligheten att bestämma priser och produktion på samma sätt som ett ensamt monopolföretag. Detta får i slutändan negativa konsekvenser för konsumenterna, och denna form kan således tveklöst skada konkurrensen på marknaden. De två andra koncentrationsformernas effekter på konkurrensen är desto mer omdiskuterade. Den vertikala koncentrationen kan exempelvis istället förbättra distributionen av vissa märkesprodukter och på så sätt främja konkurrensen mellan märkena, men oenighet råder och inget entydigt svar finns.

En ytterligare exempel på hur koncentrationer kan ge skadliga effekter är att fusionen kan leda till att existerande fabriker rationaliseras så mycket att arbetslöshet uppkommer, vilket även kan medverka till avfolkning i en bygd. Ett tredje skäl för att kontrollera fusionsaffärer är att de har använts för att tömma de köpta företagen på tillgångar, vilket kanske är till förmån för vissa aktieägare i ett kortare perspektiv, men vilket kan vara ofördelaktigt för allmänheten i ett längre perspektiv. Dessa argument har dessutom styrkts av empiriska studier som visat att fusioner ofta inte genererar den vinst som förväntas av dem.¹¹ Det finns alltså flera skäl som

¹⁰ Craig, P., De Búrca, G., *EU Law-text, cases, and materials*, 2003, s. 1035.

¹¹ Craig, P., De Búrca, G., *EU Law- text, cases, and materials*, 2003, s. 1035-1036.

talar för att det finns anledning att kontrollera påtänkta företagskoncentrationer.

2.2 Syftet med företagskoncentrationsförordningen

Syftet med förordningen är att ge gemenskapen möjlighet att ingripa mot koncentrationer som skapar eller förstärker en dominerande ställning och se till att den effektiva konkurrensen inom gemenskapen inte hämmas på ett väsentligt sätt. Kommissionen skall, när den gör sin bedömning, ta hänsyn till behovet av en effektiv konkurrens, de berörda företagens ställning på marknaden, deras ekonomiska och finansiella styrka samt leverantörernas och konsumenternas valmöjlighet och ett antal andra, i förordningens artikel 2, särskilt angivna kriterier. En förutsättning är dock att detta är till gagn för konsumenterna. Artikeln visar således tydligt att förordningen är ägnad att skydda konsumenterna, och att de måste tjäna på ett förvärv för att det skall tillåtas.

En koncentration som inte skapar eller förstärker en dominerande ställning till skada för en effektiv konkurrens skall godkännas av kommissionen. I det motsatta fallet skall den förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden.¹²

2.3 Koncentrationsdefinitionen

2.3.1 Allmänt

Enligt förordningens artikel 3 anses en koncentration föreligga om två eller flera tidigare självständiga företag slås samman eller om personer som kontrollerar minst ett företag får kontroll över ett annat företag. Det grundläggande för en koncentration är alltså förlusten av den individuella självständigheten, som blir följderna av att två eller fler företag kommer under gemensamt ägande eller gemensam kontroll.¹³ Genom senare ändringar i koncentrationsförordningen har den även utsträckts till att omfatta s.k. ”joint ventures”¹⁴ om syftet eller effekten är att samordna sitt konkurrensmässiga uppträdande. Verksamheterna berörs i dessa fall även om de fortsätter att agera som oberoende företag.¹⁵

Av intresse är också att koncentrationsförordningen kan tillämpas både på privata och offentliga företag. Regelverket kan tillämpas på statliga företag

¹² Allgårdh, O., Norberg, S., *EU och EG-rätten*, 1999, s. 389.

¹³ Cook, C.J., Kerse, C.S., *E.C. merger control*, 2000, s. 24.

¹⁴ Ett mer eller mindre formaliserat kompanjonskap mellan t.ex. företag, ofta genom att ett nytt företag bildas.

¹⁵ Allgårdh, O., Norberg, S., *EU och EG-rätten*, 1999, s. 388.

oberoende av hur de är uppbyggda eller finansierade, dock med undantaget att tillämpningen inte får riskera att skada de offentliga serviceförpliktelserna. När det gäller statliga företag beräknas emellertid tröskelvärdena endast på ekonomiska enheter som har självständig bestämmanderätt.¹⁶

Det är värt att notera att det finns särskilda undantag i koncentrationsbegreppet för kreditinstitut och andra finansinstitut. En koncentration skall inte anses föreligga om något av dessa institut, 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. Detta gäller under förutsättning att de inte utövar de rösträttigheter som följer med dessa värdepapper i syfte att bestämma företagets konkurrensbeteende eller att de utövar dessa rösträttigheter endast i syfte att förbereda försäljningen av företaget, helt eller delvis, och att en sådan försäljning äger rum inom ett år efter tidpunkten för förvärvet. Denna tidsfrist kan på begäran förlängas av kommissionen om sådana institut eller bolag styrker att det inte fanns någon rimlig möjlighet att genomföra försäljningen inom tidsfristen.¹⁷

Vid tillämpningen av förordningen är de viktigaste begreppen kontroll och koncentration. Det som prövas är den uppkomna koncentrationen och inte transaktionen som sådan. Den enskilda transaktionstypen, en fusion, ett företagsförvärv eller bildandet av ett ”joint venture”, blir därmed av underordnad betydelse. Det som istället avgör om förordningen är tillämplig, är om det genom koncentrationen sker en förändring av kontroll, direkt eller indirekt, av ett annat företag. Denna kontroll behöver inte enbart uppkomma genom ägande utan kan även uppstå genom rättigheter och andra medel som ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag. Detta medför att även ett förvärv av en minoritetspost aktier i ett annat företag kan falla under förordningen.¹⁸

2.3.2 Kollektivt dominerande ställning

Det bör noteras att koncentrationsförordningen inte endast gäller koncentrationer som skapar eller förstärker *ett* företags dominerande ställning. Kommissionen har även slagit fast att flera företag tillsammans kan skapa en dominerande ställning, så kallad kollektivt dominerande ställning. Detta har bekräftats av förstainstansrätten, bland annat i Gencor/Lonrho-målet.¹⁹ I kommissionens beslut om Gencor/Lonrho sägs att en kollektivt dominerande ställning ”(...) kan uppstå helt enkelt genom att medlemmarna i oligopolet anpassar sig till marknadsläget och därigenom

¹⁶ Ritter, L., Braun, W.D., Rawlinson, F., *European competition law: A practitioner's guide*, 2000, s. 418.

¹⁷ FKF art. 3.5.a.

¹⁸ Dhunér, K-J., Hedström, J., *Förfarandet i konkurrensrätten*, 1995, s. 224.

¹⁹ Gencor mot Europeiska kommissionen, 1999.

skapar parallella konkurrensbegränsande beteenden, varigenom oligopolet får en dominerande ställning. Det krävs alltså inte en aktiv samordning för att medlemmarna i oligopolet skall få en dominerande ställning och i stor utsträckning kunna styra sitt beteende oberoende av sina återstående konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter”. Ett ytterligare fall vari frågan om kollektivt dominerande ställning tagits upp är Airtoursfallet.²⁰ I motivet till sitt beslut anförde kommissionen att en kollektivt dominerande ställning inte kräver att medlemmarna i ett oligopol beter sig som om de slutit ett eller flera uttryckliga avtal till exempel om priser eller kapacitet, eller om att dela upp marknaden mellan sig. Det räcker att medlemmarna i oligopolet genom företagskoncentrationen tvingas anpassa sig till marknadsvillkoren och individuellt bete sig på ett sätt som väsentligt minskar konkurrensen mellan dem och gör dem i stor utsträckning oberoende av konkurrenter, kunder och konsumenter.²¹

2.4 Kontroll av företag

2.4.1 Allmänt

Företagskoncentrationskontrollen utövas av Merger Task Force, vars beslut kan överklagas till förstainstansrätten. Merger Task Force består främst av personer som tidigare arbetat med andra områden av EU:s konkurrensrätt, men innehåller också tjänstemän från medlemsstaterna som tidigare arbetat inom andra delar av kommissionen och även en grupp ekonomer.²² För att kunna utöva en effektiv kontroll över företagskoncentrationer är det nödvändigt för kommissionen att bli informerad om eventuella förvärv. Detta regleras genom anmälningsplikten i artikel 4 i förordningen.²³ Anmälningsplikten är relaterad till en viss nivå på de berörda företagens omsättning, detta som måttstock på företagets ställning på marknaden. Genom denna kontroll skall prövas om den nya företagskoncentrationen skapar eller förstärker ett företags dominerande ställning. Om koncentrationen skulle resultera i att konkurrensen väsentligt begränsas på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, kan denna förbjudas. Anmälningsplikt enligt förordningen gäller för företagskoncentrationer som har vad som kallas för gemenskapsdimension. Denna föreligger när

- den sammanlagda globala omsättningen för de berörda företagen överstiger 5.000 miljoner EURO, och
- den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner EURO.

²⁰ Airtours/First Choice, 1999.

²¹ Airtours/First Choice, 1999.

²² Korah, V., *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 2000, s. 315.

²³ Craig, P., De Búrca, G., *EU Law-text, cases, and materials*, 2003, s. 1037.

Från och med mars 1998 genomfördes en utvidgning av begreppet gemenskapsdimension till att även omfatta koncentrationer om

- den sammanlagda globala omsättningen överstiger 2.500 miljoner EURO och den sammanlagda omsättningen i var och en av minst tre medlemsstater överstiger 100 miljoner EURO, och
- omsättningen i var och en av dessa tre medlemsstater hos minst två av de berörda företagen överstiger 25 miljoner EURO och den sammanlagda omsättningen i EU för vardera av de två företagen överstiger 100 miljoner EURO.²⁴

När man beräknar omsättningen skall för säljarens del endast medräknas den omsättning som är föremål för transaktionen. Denna begränsning gäller dock inte för beräkningen av köparens omsättning. För köparen skall omsättningen anses vara den sammanlagda omsättningen i det berörda företaget samt i företag som köparen äger direkt eller indirekt till större del än hälften. I beräkningen skall medtas alla sådana verksamheter där t.ex. köparen disponerar över fler än hälften av rösterna eller kan utse mer än hälften av styrelseledamöterna eller där köparen har ett managementansvar för verksamheten. Detta innebär även att omsättningen för dotterbolag, moderbolag och deras eventuella moderbolag och systerbolag också skall räknas med.²⁵ Omsättningen avser föregående räkenskapsår med avdrag för vissa skatter och koncerninterna transaktioner.²⁶

För banker och andra kreditinstitut finns särskilda beräkningsgrunder. I dessa fall är det inte omsättningen som beaktas utan institutets totala tillgångar. I fallen med en världsomsättning på mer än 5.000 miljoner EURO ersätts denna summa med en tiondel av institutets totala tillgångar. Vad beträffar de fall där omsättningen inom EU överstiger 250 miljoner EURO, skall omsättningen ersättas med en tiondel av de totala tillgångarna multiplicerad med förhållandet mellan utlåning till kreditinstitut och kunder bosatta inom Gemenskapen och den totala summan av sådana lån världen över.²⁷

2.4.2 Förhållandet mellan koncentrationsförordningen och Romfördraget

Uppmärksamhet bör också riktas mot det förhållande som föreligger mellan koncentrationsförordningen och artiklarna 81 och 82 i Romfördraget. Det är förmodligen inte någon tvekan om att kommissionen inte längre kommer att använda sig av artiklarna i sin kontroll av koncentrationer med gemenskapsdimension. Detta skulle gå emot syftet med förordningen, vilken var ämnad att vara det enda instrumentet för kontroll av fusioner med

²⁴ Allgårdh, O., Norberg, S., *EU och EG-rätten*, 1999, s. 388-389.

²⁵ FKF art. 5.4.

²⁶ FKF art. 5.

²⁷ Rose, V. (ed.), *Common market law of competition*, 1993, s. 334.

tillräcklig effekt på konkurrensen inom EU.²⁸ Koncentrationsförordningen utesluter dock inte en tillämpning av artiklarna 81 och 82 i vissa fall. I praktiken innebär detta att konkurrensstridiga effekter av koncentrationer som inte faller under förordningens tillämpningsområde, ändå kan komma att bedömas av kommissionen. Det är dock endast artikel 82 som får direkt tillämplighet på koncentrationer. Artikel 82 behandlar inte uttryckligen fusioner, men den förbjuder missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden och kommissionen har, i tidiga försök att upprätta en rättslig kontroll över fusioner, inkluderat dem i termen ”missbruk”.²⁹ Kommissionen skapade sig på detta sätt en kontrollmöjlighet över fusioner, som dock var ganska begränsad, redan innan koncentrations-förordningen trädde i kraft.³⁰

En effekt av artikel 82 tillämplighet på koncentrationsområdet är att artikeln kan användas i nationella domstolar för att angripa koncentrationer. Domstolen har slagit fast³¹ att privata parter kan utnyttja artikel 82 oavsett om artiklarna 81 och 82 har implementerats. Denna inställning skulle kunna ses som ett uttryck för kommissionens uppmuntran av en tillbakagång till nationella domstolar, för att underlätta sin egen tunga arbetsbörda.³² En annan följd av artikelns tillämplighet är att en nationell domstol skulle kunna förbjuda en koncentration med stöd av artikel 82, som kommissionen godkänt genom koncentrationsförordningen.³³

Det finns således även en del problematik inom detta område (även om den kanske inte uppkommer så ofta i praktiken) och kommissionen behöver arbeta fram lösningar för att förhindra sådana oklarheter inom rättstillämpningen. Det är aldrig lämpligt att ett rättssystem har flera delar som hanterar samma problem men som kan komma fram till olika svar. Denna rättsosäkerhet bör kommissionen försöka arbeta bort.

2.5 One stop shop

2.5.1 Allmänt

En av de ansträngningar som har gjorts inom detta område, bland annat för att öka rättssäkerheten, har resulterat i principen om ”One stop shop”. Det är som ovan nämnts en självklarhet att det är olämpligt att samma

²⁸ Verloop, P. (ed.), *Merger Control in the EU*, 1999, s. 13.

²⁹ Artikel 82 tillämpades för första gången av kommissionen och EG-domstolen, på en koncentration i fallet *Continental Can*, 1973.

³⁰ Weatherill, S., Beaumont, P., *EC Law-The essential guide to the legal workings of the European Community*, 1995, s. 807.

³¹ Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs e.V., 1989.

³² Fine, F.L., *Mergers and joint ventures in Europe*, 1994, s. 132.

³³ Kapteyn, P.J.G., VerLoren van Thematis, P., *Introduction to the law of the European communities*, 1998, s. 911.

koncentration är föremål för utredning både på gemenskapsnivå och på nationell nivå, bland annat på grund av de dubbla kostnaderna och på grund av att de skulle kunna använda sig av olika bedömningskriterier. Det är därför en central punkt i koncentrationsförordningen att fusioner med gemenskapsdimension endast skall bedömas av kommissionen: "One stop shop".³⁴ Förordningen förbjuder ett medlemsland att tillämpa sin lagstiftning på en koncentration med gemenskapsdimension.³⁵ Erfarenheterna har visat att kommissionen i allmänhet har bättre förutsättningar att behandla koncentrationer i de fall då de parter som går samman är aktiva på marknader som överskrider en medlemsstats territorium. När det gäller ärenden som berör internationella eller EU-omfattande marknader är kommissionens befogenheter i fråga om undersökning, korrigerande åtgärder och genomdrivande av beslut klart bättre anpassade till ärendenas karaktär än medlemsstaternas relativt begränsade resurser på området.³⁶ Reglerna om omsättning, koncentration och berörda företag i fusionsförordningen syftar därför endast till att fastställa kommissionens exklusiva jurisdiktion (förutom för EG-domstolen) att pröva företagskoncentrationer enligt förordningen. Om förvärvet inte skulle ha gemenskapsdimension kan detta innebära att förvärvet inte prövas särskilt, då vissa medlemsstater inte har någon särskild lagstiftning för företagsförvärv. Det kan också innebära att förvärvet kan komma att prövas av mer än ett lands konkurrensmyndigheter, om förvärvet gäller företag från olika medlemsländer.³⁷ Dessa frågor diskuterades vid framställningen av kommissionens Grönbok från 2001.³⁸

Sedan 1990 har många medlemsstater och även kandidatländer infört bestämmelser om koncentrationskontroll (eller ändrat tidigare gällande bestämmelser). Detta har medfört att många nationella system för koncentrationskontroll nu i stort följer principerna i koncentrationsförordningen. Trots denna "mjuka harmonisering" finns det fortfarande skiljaktigheter av olika slag och omfattning. Kommissionen anser därför att det är önskvärt att se över det övergripande systemet för koncentrationskontroll inom Europa, bland annat för att förhindra det dubbelarbete som sker bland medlemsstaterna eller minimera de tillfällen när brister i regleringarna leder till att ingen kontroll alls sker. En översyn bör därför ske så att kommissionen och de olika nationella myndigheterna tillsammans och var för sig kan utnyttja sina resurser optimalt för skyddet av konkurrensen inom gemenskapen och samtidigt minska alla onödiga påfrestningar på näringslivet när det gäller kostnaderna för att uppfylla kraven och öka klarheten om rättsläget. Detta gäller särskilt de medelstora företag som på grund av sin begränsade storlek inte når upp till

³⁴ Craig, P., De Búrca, G., *EU Law-text, cases, and materials*, 2003, s. 1056.

³⁵ FKF art. 21.2.

³⁶ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p.17.

³⁷ Dhunér, K.-J., Hedström, J., *Förfarandet i konkurrensrätten*, 1995, s. 227.

³⁸ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89.

tröskelvärdena i koncentrationsförordningen men ändå omfattas av det betungande kravet på anmälningar i flera medlemsstater.³⁹

2.5.2 Hänskjutande till eller från nationell myndighet

2.5.2.1 Allmänt

Trots de klara reglerna om kommissionens exklusiva jurisdiktion finns det regler som gör det möjligt att kringgå denna princip och andra bestämmelser som reglerar jurisdiktionen mellan EU och medlemsstaterna. Exempelvis om en medlemsstat inte har en egen lagstiftning om förvärvskontroll, kan den begära att kommissionen prövar ett förvärv som medför att den effektiva konkurrensen inom den staten skulle påtagligt hämmas och koncentrationen påverka handeln mellan medlemsstaterna. Sedan ändringar trädde i kraft 1998 kan även två eller flera medlemsstater lämna en gemensam begäran om hänskjutande till kommissionen om de anser att denna har bättre förutsättningar för behandlingen.⁴⁰

Enligt artikel 9 i förordningen kan kommissionen också gå det motsatta hållet och genom ett beslut, efter en begäran av medlemslandet, hänskjuta en anmäld koncentration till den berörda medlemsstatens behöriga myndigheter. Hänskjutande kan ske om koncentration hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning som påtagligt skulle påverka konkurrensen på en avgränsad marknad inom det landet. När en medlemsstat vill hänskjuta ett ärende, skall begäran framställas inom tre veckor från mottagandet av den kopia av anmälan, som kommissionen alltid har skyldighet att ge alla medlemsländer.⁴¹

2.5.2.2 Förslag på ändringar i regelverket

Bestämmelserna om hänskjutande till eller från en medlemsstat har tillämpats endast i ett fåtal fall. Kommissionen har varit mycket restriktiv med att hänskjuta prövningen till ett medlemsland. Bestämmelserna skapar dock en flexibilitet i tilldelningen av befogenheter inom EU:s kontroll av företagskoncentrationer. I kommissionens Grönbok behandlades även detta område inom förvärvskontrollen och en av kommissionen gjord undersökning har visat på en allmänt positiv inställning till en förenkling av det test som används när en begäran om hänskjutande skall formuleras enligt artikel 9, t.ex. genom att särskilja denna begäran från styrkandet av ett hot om att en dominerande ställning kan skapas eller förstärkas. En sådan ändring skulle göra det möjligt att snabbare hänskjuta ärenden vilkas verkningar inte sträcker sig utanför nationsgränserna och därigenom påskynda förfarandena. Det föreslås även att kommissionen skall ges möjlighet att på eget initiativ hänskjuta ärenden till medlemsstaterna när de fastställda kriterierna är uppfyllda. Vid ett sådant förfarande skulle först ett samråd ske mellan kommissionen och den berörda myndigheten i

³⁹ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p. 8-9.

⁴⁰ FKF art. 22.3.

⁴¹ Cook, C.J., Kerse, C.S., *E.C. Merger Control*, 2000, s. 234.

medlemsstaten, innan ärendet hänskjuts. Förändringen skulle innebära en förenkling för myndigheterna i medlemsstaten eftersom de inte behöver utarbeta en formell begäran.⁴²

Kommissionen föreslår också att bestämmelserna om hänskjutande av ärenden till den från medlemsstaterna skall ändras på liknande sätt.⁴³ En av anledningarna till att ändringar och förenklingar behövs är att även denna möjlighet till hänskjutande av ärenden fungerat dåligt. Kommissionen har exempelvis hittills⁴⁴ inte mottagit en enda gemensam begäran om att den skall behandla ett ärende. En undersökning gjord av kommissionen visar att företag med erfarenheter av anmälningar i flera länder har väldigt dålig kännedom om huruvida de berörda nationella konkurrensmyndigheterna har övervägt möjligheten av en gemensam begäran om att kommissionen skulle behandla ärendet. Endast i 6% av de ärenden som anmäldes till tre eller flera medlemsstater hade de anmälande parterna fått kännedom om att de nationella konkurrensmyndigheterna i fråga övervägde en gemensam begäran. Inget av de företag som lämnade in anmälan i två medlemsstater kände till något sådant övervägande.

Denna statistik ger naturligtvis en bild av ett förfarande som fungerar dåligt. Det är helt klart att den första förutsättningen för ett gemensamt hänskjutande, nämligen kontakter i god tid mellan berörda parter, inte har förelegat. Kommissionen anser därför att det är nödvändigt att utforma en mekanism för informationsutbyte mellan samtliga berörda, d.v.s. åtminstone de anmälande parterna, alla berörda medlemsstater och kommissionen. Att skapa ett bättre informationsutbyte är alltså en av de möjliga lösningar som kan förbättra systemet för hänskjutande av ärenden från medlemsstaterna till kommissionen. Kommissionen föreslår i Grönboken också andra alternativ för att göra denna del av koncentrationsförordningen effektivare, exempelvis preciseringar av tidsfrister.

2.6 Kontrollförfarandet

2.6.1 Allmänt

För att kunna kontrollera att reglerna efterföljs har kommissionen rätt att begära information från myndigheter och företag i medlemsstaterna. Om denna begäran inte följs, kan kommissionen besluta att mottagaren måste samarbeta och understryka kravet med ett vitesföreläggande. Kommissionen kan även be en nationell myndighet utföra undersökningar.⁴⁵

När en anmälan kommer in till kommissionen kan prövningen av koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden ske i två

⁴² GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p. 80.

⁴³ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, s. 4-5.

⁴⁴ December 2001

⁴⁵ Allgårdh, O., Norberg, S., *EU och EG-rätten*, 1999, s. 391.

faser. Innan den formella handläggningen kommer igång genom anmälningen är det dock vanligt förekommande att det sker informella kontakter mellan företagen och kommissionen. Detta är direkt föreskrivet i preambeln till tillämpnings-förordningen:

”Kommissionen skall lämna de berörda parterna, om de så begär, tillfälle att före anmälan diskutera den avsedda koncentrationen informellt och strängt konfidentiellt. Den skall dessutom efter anmälan upprätthålla nära kontakter med de berörda parterna i den utsträckning som är nödvändig för att diskutera sådana praktiska eller rättsliga problem med dem som den uppmärksammar vid en första prövning av ärendet och om möjligt undanröja sådana problem i samförstånd.”⁴⁶

Dessa underhandskontakter gör att företagen får tillfälle att diskutera om ett förvärv över huvud taget har en gemenskapsdimension och är anmälningspliktigt. Det anses dock ibland finnas en rädsla bland parterna att dessa underhandskontakter skall leda till att planerna på en fusion blir offentliga innan anmälan har gjorts. Denna rädsla anges ofta som en anledning till att parterna ibland avstår från dessa förhandskontakter med kommissionen. Rädslan är dock obefogad då det finns strikta sekretessregler för de europeiska konkurrensmyndigheterna som också följs, och kommissionen har ett oklanderligt register när det gäller att behålla konfidentiell information.⁴⁷

När anmälan väl har gjorts och det formella förfarandet har satts igång kan det som ovan nämnts innehålla två faser. I Fas I sker den grundläggande undersökningen som påbörjats i samband med inlämnandet av anmälningen till kommissionen. Denna pågår en månad. Om en medlemsstat begär att ärendet hänskjuts för nationell prövning av förvärvet skall tiden förlängas med sex veckor. Under tidsfristen måste kommissionen avgöra dels om koncentrationen eller förvärvet faller under förordningens tillämpningsområde, dels, om så är fallet, om koncentrationen ger anledning till tvekan om dess förenlighet med den gemensamma marknaden. Om det inte föreligger någon tvekan skall kommissionen godkänna förvärvet. Om det däremot föreligger tvekan måste kommissionen vidta åtgärder för att inleda förfarandet under Fas II. Fas II-undersökningen skall vara avslutad inom ytterligare fyra månader, förutom i särskilda fall. Denna avslutas med ett formellt beslut om godkännande eller icke godkännande. Om kommissionen ger sitt godkännande kan detta ändå förenas med vitessanktionerade villkor.⁴⁸

2.6.2 Fusionen mellan SEB och Föreningssparbanken

Ett bra exempel på problematiken med förfarandet hos kommissionen är fusionen mellan SEB och Föreningssparbanken. Det var i slutet av februari

⁴⁶ p. 8.

⁴⁷ Faull, J., Nikpay, A., *The EC law of competition*, 1999, s. 256-257.

⁴⁸ Dhunér, K.-J., Hedström, J., *Förfarandet i konkurrensrätten*, 1995, s. 240-246.

2001 som de båda bankerna offentliggjorde sina planer på att gå samman i en bank med namnet SEB Swedbank. Det stod snabbt klart att koncentrationen mellan bankerna hade gemenskapsdimension. Eftersom SEB har betydande verksamhet i Tyskland överskreds de omsättningsgränser som anges i koncentrations-förordningen. Innan anmälan gjordes till kommissionen förekom underhandskontakter mellan parterna och Merger Task Force. Detta bland annat för att klargöra omfattningen av de uppgifter som skulle behövas i anmälan om de många marknader som berördes av samgåendet.⁴⁹

Anmälan av fusionen inlämnades till kommissionen den 11 juni 2001. Kommissionens inledande undersökning under Fas I visade att koncentrationen skulle medföra konkurrensproblem på flera marknader där parterna skulle få höga marknadsandelar. Man ansåg att affären skulle leda till en dominerande ställning på ett antal bankmarknader vilket, om bekräftat, skulle ha gått emot svenska konsumentintressen. Den föreslagna affären skulle ha slagit samman två av de ledande svenska fullsortimentsbankerna och skapat den största tillhandahållaren av banktjänster till hushåll och medelstora företag. Man skulle ha fått marknadsandelar på 40-60%. Den sammanslagna bankens stora kundbas tillsammans med dess utbredda bankkontorsnät (över 1000 kontor) skulle ha placerat den sammanslagna banken långt framför dess närmsta konkurrenter på den svenska marknaden.⁵⁰ På grund av detta beslutade kommissionen den 12 juli att inleda Fas II, innebärande att ett fördjupat förfarande enligt koncentrationsförordningen skulle påbörjas och att man sedan hade fyra månader på sig att fatta ett slutligt beslut.

Kommissionen presenterade efter omfattande utredning och analys sina slutsatser, s.k. Statement of Objections, i september. Parterna skulle efter denna presentation ha rätt att kommentera invändningarna och att bli hörda vid ett muntligt förfarande. Parterna skulle också ha möjlighet att komma med förslag till åtaganden som skulle kunna undanröja kommissionens invändningar. Istället för att använda sig av dessa möjligheter återtog parterna sin anmälan sedan man tagit del av Statement of Objections och även en del inhemska invändningar. Parterna ansåg att det skulle krävas långt större eftergifter än vad bankerna förutsett och var beredda att göra för att fusionen skulle godkännas.⁵¹

Kommissionen har svarat på bankernas återtagande av sin anmälan. Man betonar att dess undersökning fortfarande var i ett tidigt skede och att det fortfarande hade varit möjligt att finna en lösning på de problem som affären ledde till. Parterna hade rätt att både bemöta kommissionens invändningar och att bli hörda vid ett muntligt förfarande innan kommissionen skulle fatta sitt beslut inom två månader. Kommissionen noterar att det är mycket

⁴⁹ Malmström, U., *Den avbrutna fusionen*, Konkurrensnytt 9/2001.

⁵⁰ http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1

⁵¹ Malmström, U., *Den avbrutna fusionen*, Konkurrensnytt 9/2001.

ovanligt att parter som tänkt fusionera drar tillbaka sin anmälan i ett så tidigt skede i processen. Bankerna hade haft gott om tid och möjligheter att bestrida de preliminära invändningarna både faktiskt och juridiskt samt reflektera över hur man bäst skulle bemöta kommissionens tvivel. Kommissionens tvivel över den sammanslagna bankens stora marknadsandelar i Sverige var varken en ovanlig eller en isolerad företeelse. I tidigare bankfusioner har kommissionen haft tvivel där marknadsandelarna var betydligt lägre (30-35%). Tidigare samma år beslutade de brittiska myndigheterna att förhindra en sammanslagning i samma bransch mellan Lloyds och Abbey National där marknadsandelarna var betydligt lägre.⁵² Kommissionens utredning fokuserades inte enbart på parternas existerande positioner på de relevanta marknaderna utan man tittade också på andra dynamiska konkurrensaspekter. Man tittade framför allt på hur konkurrensen på bankmarknaderna påverkades av Internet och nya teknologier samt möjligheten för utländska aktörer att etablera sig på dessa marknader i Sverige. Den preliminära bedömningen var att dessa faktorer inte skulle reducera de konkurrensbegränsningar som affären skulle ha lett till men kommissionen var redo att vidare utvärdera nya inlagor från parterna angående dessa frågor.⁵³

Den tänkta fusionen mellan SEB och Föreningssparbanken är ett bra exempel på hur bräckligt ett fusionsförfarande är. Det är många bitar som skall falla på plats och en hel affär kan gå i stöpet på grund av ett bakslag som detta. Det blir också tydligt att kontrollsystemet inte fungerar perfekt när parterna blir avskräckta redan innan bedömningen är färdig. Även om det fortfarande fanns möjligheter för bankerna i detta fall att förbättra sina chanser att få fusionen godkänd valde man att dra tillbaka anmälan. Kommissionen bör kanske se över systemet med de olika faserna och sina bedömningsgrunder, och försöka göra det mer lättöverskådligt för de involverade parterna. I det här fallet var parterna bevisligen inte beredda på att fusionen skulle skapa så mycket extraarbete för att bli godkänd av kommissionen. Hade man bättre kunnat överblicka kommissionens arbete och synpunkter i förväg, hade man kunnat spara mycket tid och pengar, vilket naturligtvis gäller för alla företag i samma situation.

2.6.3 Sanktioner

Kommissionen förfogar över flera möjligheter att sanktionera företag som inte lever upp till kraven. Om ett företag inte har anmält en vidtagen åtgärd som kan leda till en koncentration kan det få böta mellan 1.000 och 50.000 EURO. Om en koncentration har uppstått utan att företaget har anmält det kan bötesbeloppet uppgå till 10 procent av de berörda företagens totala årsomsättning. Om ett företag uppger felaktig information kan även detta leda till böter. Ett företag som vägrar att lämna ut information kan få betala

⁵² http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1

⁵³ http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1

upp till 25.000 EURO om dagen tills vägran upphör. Dessa beslut av kommissionen om böter och vite kan överklagas till EG-domstolen.⁵⁴

2.7 Fusionskontrollen i USA

Den amerikanska konkurrenslagstiftningen⁵⁵ har en betydligt äldre historia än den europeiska. Det grundläggande antitrustregelverket är Sherman Act från 1890, men sedan dess har kompletteringar skett med bland annat Clayton Act och Federal Commission Act, båda från 1914. Section 7 i Clayton Act tillkom just för att ge myndigheterna ett effektivare vapen i kampen mot oönskade företagskoncentrationer. De myndigheter som företag i USA skall anmäla sina förvärv till är Federal Trade Commission (FTC) eller Department of Justice (DoJ). Det är sålunda två myndigheter som är ansvariga för konkurrenspolitiken och tolkningen av lagstiftningen i USA, men ett stort ansvar ligger även på de domstolar som tar de slutliga besluten.⁵⁶

FTC och DoJ har publicerat riktlinjer som myndigheterna tillämpar för att bedöma horisontella förvärv, de s k Horizontal Merger Guidelines. Dessa riktlinjer är inte juridiskt bindande, men i praktiken är det många domstolar som finner dem användbara för att bedöma förvärv.⁵⁷

Området för företagskoncentrationskontrollen är i många avseenden det politiskt mest känsliga inom konkurrensrätten. Andra konkurrenshämmande beteenden förblir för det mesta ouppmärksammade, medan fusioner ofta skapar rubriker. Intresset för fusioner är stort bland konkurrenter, leverantörer, kunder och mindre samhällen, där dessa transaktioner kan få stor betydelse bland annat för arbetslöshetssituationen. Stora viktiga fusionsaffärer väcker snabbt konkurrenters, anställdas och vanliga medborgares uppmärksamhet.⁵⁸

Precis som i Europa delas fusionerna i USA upp i tre olika kategorier, beroende på det konkurrensmässiga förhållandet mellan de sammangående parterna. En horisontell fusion innebär att två företag som tillverkar eller säljer samma eller liknande produkter inom samma geografiska område går samman, och på grund därav eliminerar konkurrensen mellan dem. I en vertikal fusion övertar ett företag antingen en kund eller en leverantör, alltså ett företag i ett annat led i distributionskedjan. Den tredje koncentrationskategorin är den av konglomeratkaraktär, vilken i princip

⁵⁴ Allgårdh, O., Norberg, S., *EU och EG-rätten*, 1999, s. 391.

⁵⁵ Antitrustlagstiftningen

⁵⁶ Fridolfsson, S-O., *En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer*, s. 14.

⁵⁷ Fridolfsson, S-O., *En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer*, s. 14.

⁵⁸ Gellhorn, E., Kovacic, W. E., *Antitrust law and economics*, 1994, s.353.

innehåller alla andra möjliga former av sammanslagningar, bland annat de där de fusionerande företagen inte har något samband alls med varandra.⁵⁹

Kontrollen av fusioner är uppbyggd enligt principen att marknaden och konkurrensen skyddas bättre om man kan motarbeta skadliga koncentrationer innan de uppstår. I Clayton Act stadgas ett förbud mot uppköp av och samgående med andra företag om konkurrensen hämmas eller på annat sätt väsentligt påverkas. Faktorer som kan påverka bedömningen är exempelvis företagets marknadsandel, dess struktur och möjligheterna till nyetablering. Allt vägs sedan samman i en helhetsbedömning av marknadens konkurrenskraft före och efter en eventuell förändring. Av betydelse vid bedömningen är också den effektivitetsvinst som företaget skulle göra om fusionen genomfördes. Bland annat granskas om denna vinst inte skulle kunna åstadkommas på annat sätt än genom att överlåta ett helt eller en del av ett företag.⁶⁰

Längre fram i uppsatsen kommer jag att belysa fler likheter och skillnader i de europeiska och amerikanska fusionskontrollsystemen. Jag kommer bland annat att behandla de olika test som konkurrensmyndigheterna gör för att avgöra koncentrationernas inverkan på konkurrensen. I Europa använder kommissionen ett dominantstest för att avgöra om den nya koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning, medan myndigheterna i USA istället använder ett test som är mer inriktat på de förväntade ekonomiska effekter som koncentrationen kan leda till. För- och nackdelar med dessa två test kommer att utredas mer ingående i uppsatsens kapitel 5.

⁵⁹ Gellhorn, E., Kovacic, W. E., *Antitrust law and economics*, 1994, s. 354.

⁶⁰ Betydelsen av olika former av effektivitetsvinster inom den amerikanska koncentrationskontrollen kommer att behandlas mer ingående längre fram i uppsatsen.

3 Problemområden

3.1 Allmänt

Kontrollen av företagskoncentrationer med gemenskapsdimension skall som tidigare nämnts hanteras av kommissionen. Kontrollen har dock inte alltid fungerat helt problemfritt. Det finns flera områden där förändring behövs för att förbättra systemet. Europeiska kommissionen gav nyligen ut en Grönbok om översynen av förvärvsreglerna, som har remissbehandlats av uppemot ett hundratal intressenter. Bland dessa finns flera idéer om hur förvärvsreglerna kan förbättras. En central fråga är om det sedvanliga testet om företagets dominans som används idag skall bytas ut mot ett amerikanskt test som är mer inriktat på de förväntade ekonomiska effekter som en specifik företagskoncentration kan leda till (det s.k. SLC-testet - substantial lessening of competition, ungefär ”väsentlig försvagning av konkurrensen”). Andra viktiga områden är hur ärendena skall fördelas mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, hur effektivitetsaspekter skall vägas in i bedömningen, hur procedurreglerna skall utformas samt hur koncentrationsbegreppet skall se ut.⁶¹

Kritik har också ibland riktats mot kommissionens Merger Task Force i detta sammanhang. Den har kritiserats för att förlita sig på något spekulativa grunder, och det har hävdats att kommissionens bekymmer över konkurrenshämmande agerande saknar grund, speciellt när det gäller ekonomisk analys eller att det saknas tillräckligt empiriskt stöd för dess bekymmer. Detta visade sig nyligen i ett fall från förstainstansrätten.⁶² I sin dom kritiserar domstolen kommissionen för sin otillräckliga argumentation i analysen om kollektiv dominans, för att ha förlitat sig på otillräckliga bevis och för att den inte övervägt parternas bevisning tillräckligt.⁶³

Det finns även många andra frågetecken kring förvärvskontrollen. Bland annat har det diskuterats kring de tidsramar som kommissionen har till sitt förfogande för sin undersökning. I kommissionens Grönbok föreslås att tidsramen för Fas II-förfarandet förlängs, för att förbättra möjligheterna för en fullständig undersökning av alla fakta. Men det finns även andra som har uppmärksammat detta problem. Professorerna Damien Neven (University of Geneva) och Lars-Hendrik Röller (Humboldt University, Berlin) anser att tidsramarna för de inledande Fas I-undersökningarna bör förlängas så att

⁶¹ Lundvall, K., *För och emot kontroll av företagskoncentrationer*, Konkurrensnytt 8/2002.

⁶² Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002.

⁶³ Neven, D.J., Röller, L-H., *The Pros and Cons of Merger Control. 2. Discrepancies between markets and regulators: An analysis of the first ten years of EU merger control*, s. 14.

grundligare undersökningar kan göras, eller att de mer omfattande Fas II-undersökningarna bör utföras oftare än vad som görs idag.⁶⁴

Ett annat problemområde som ofta diskuteras är huruvida små länder missgynnas av EU:s förvärvsregler. Orsaken till detta är att den relevanta marknaden ofta är nationell. Detta gör det svårt att för företag i mindre länder att gå samman eftersom de fort når höga marknadsandelar och en dominerande ställning, även om de i jämförelse med internationella konkurrenter är relativt små aktörer. (Jag kommer att behandla denna problematik mer ingående längre fram.) En lösning som diskuterats är att tillåta företagskoncentrationer med negativa effekter för konsumenterna under förutsättning att de övervägs av de positiva effekter som en starkt internationell konkurrenskraft kan medföra.⁶⁵

Det finns även andra anledningar att se över skälen för EU:s förvärvskontroll. Inom den ekonomiska litteraturen brukar man skilja mellan två olika syften med förvärvskontrollen. Antingen vill man främja någon specifik grupps intressen, ofta konsumenternas, eller är syftet att främja en så kallad effektiv resursallokering.⁶⁶ Dessa två intressen, man brukar säga att förvärvskontrollen har ett fördelningsmål eller ett effektivitetsmål, har båda flera fördelar som jag närmare kommer att utvärdera längre fram.

3.2 Åsikter från svenska praktiker

Många praktiker har åsikter om kontrollen av företagsförvärv. Advokat Johan Coyet, Mannheimer Swartling Advokatbyrå, anser att det största problemet med kontrollen är att olika länder tillämpar olika regelverk och att det brister i samordningen mellan olika länders konkurrensmyndigheter. Allt fler förvärv måste anmälas till allt fler länder. Detta blir mycket tids- och kostnadskrävande bland annat på grund av den mycket omfattande information som måste tillhandahållas.⁶⁷

Kent Karlsson⁶⁸, Linklaters advokatbyrå, tycker att den generella anmälningsplikten är ett problem och att den borde avskaffas. Han säger att erfarenheterna visar att det i praktiken är kommissionen som får hantera de flesta koncentrationer med negativ inverkan på den svenska marknaden. Kvar finns sedan endast ett stort antal harmlösa koncentrationer för prövning enligt de svenska reglerna. Bland dessa är det endast någon enstaka som kan ge upphov till konkurrensproblem. Anmälningar som är onödiga ur

⁶⁴ Neven, D.J., Röller, L-H., *The Pros and Cons of Merger Control. 2. Discrepancies between markets and regulators: An analysis of the first ten years of EU merger control*, s.30.,

⁶⁵ Lundvall, K., *För och emot kontroll av företagskoncentrationer*, Konkurrensnytt 8/2002, s. 3.

⁶⁶ Fridolfsson, S-O., *En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer*, s. 5.

⁶⁷ *Fler röster om kontroll av företagskoncentrationer*, Konkurrensnytt 8/2002, s. 7.

⁶⁸ Tidigare anställd på Konkurrensverket

konkurrenssynpunkt är en stor belastning för företag. Kent Karlsson menar att denna situation bäst löses genom att återgå till ett system med efterkontroll, dvs. med en möjlighet för de svenska konkurrensmyndigheterna att väcka talan om förbud eller återgång av skadliga koncentrationer, med en möjlighet att anmäla frivilligt. Detta skulle befria företagen från onödig byråkrati och ge Konkurrensverket större möjlighet att koncentrera sin verksamhet på att mera effektivt ingripa mot ageranden som är allvarliga ur konkurrenssynpunkt.⁶⁹

Det finns alltså flera anmärkningar som kan göras på förordningen som sådan, och kommissionens tolkning av den. Jag skall i fortsättningen av uppsatsen lyfta fram och göra en mer djupgående undersökning av de problem jag finner mest påtagliga och intressanta, med särskild inriktning på de fall där lösningar kan sökas i den amerikanska fusionskontrollen.

⁶⁹ *Fler röster om kontroll av företagskoncentrationer*, Konkurrensnytt 8/2002, s. 7.

4 Målsättningen med fusionskontrollen

4.1 Allmänt

Det sägs ofta att en välfungerande ekonomi kräver en välfungerande effektiv konkurrens. Bland de olika konkurrensområdena är förmodligen fusionsområdet det politiskt mest känsliga. Stora fusioner kan lätt trycka på många politiskt laddade knappar, exempelvis massuppsägningar, nya viktiga investeringar och nationell stolthet. Politiker är väl medvetna om detta och det finns alltid en risk att även de främsta konkurrensförespråkarna faller för frestelsen att skapa ett nationellt storföretag. Fusionsområdet är därför en väldigt känslig del inom konkurrensrätten och det krävs klara riktlinjer och målsättningar för att förhindra att reglerna missbrukas.⁷⁰

Som tidigare nämnts kan fusionskontrollen ha flera syften. De två vanligaste brukar dock anses vara att främja en samhällsekonomiskt effektiv resursallokering eller att gynna en specifik grupps intressen. Denna grupp brukar ofta vara konsumenterna. Man brukar om dessa två fall säga att förvärvskontrollen har ett effektivitetsmål eller ett fördelningsmål.

4.2 Problem

Ett problem som ofta uppkommer i hanteringen av dessa frågor inom EU är att medlemsländernas lagstiftningar inte alltid anger målsättningen med förvärvskontrollen på ett tydligt sätt. Följden av detta blir att motiven bakom många beslut att tillåta eller förbjuda företagskoncentrationer blir oklara. Det kan finnas flera skäl till varför man inte anger målsättningen tydligare. Ett viktigt skäl är att förvärvskontrollen ofta har en funktion att uppfylla politiskt motiverade målsättningar. Ett problem med sådana målsättningar är att det ofta är oklart hur förvärvskontrollen kan utformas för att ta hänsyn till dem på ett systematiskt sätt. Denna omständighet får därför till följd att politiska målsättningar kan bidra till att förvärvskontrollen bli mindre förutsägbar. Slutligen bör också nämnas att det ibland är så att många lagstiftningar kan tolkas som att förvärvskontrollen skall uppfylla flera målsättningar, och att dessa målsättningar ibland kan vara svåra att uppfylla samtidigt.⁷¹

⁷⁰ Broberg, M.P., *The European Commission's Jurisdiction to Scrutinize Mergers*, 1998, s. 1.

⁷¹ Fridolfsson, S-O., *En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer*, s. 6.

Dessa otydliga lagstiftningar verkar tyda på en osäkerhet hos lagstiftare, som leder till en ovilja att verkligen precisera syftet med bestämmelserna. Enligt min mening hade det varit en stor fördel om lagstiftare i Europa hade kunnat enas om målsättningar och syfte med bestämmelserna och på så sätt harmonisera de europeiska reglerna, så att de i princip var likalydande. Tydligare målsättningar med reglerna hade minskat tolkningsutrymmet för domstolar och konkurrensmyndigheter. Den stora vinsten med detta skulle naturligtvis bli att förutsägbarheten ökar, vilket är högst önskvärt både för myndigheterna och för företagen. Det är aldrig lämpligt att samma regler tolkas olika beroende på vilken myndighet som behandlar ärendet.

Fördelen med större förutsägbarhet är något som visar sig både för företag som går samman inom sitt eget lands gränser, och för företag som skapar internationella koncentrationer. Företag inom nationella koncentrationer bör kunna lita på att reglernas målsättningar inte skall ändras alltför ofta av politiska skäl, och vid fusioner mellan olika länder är det en stor fördel om ländernas regelsystem är harmoniserade och anpassade till EU:s fusionsregler. Förutsägbarheten i systemet skulle spara både tid och pengar, men även öka myndigheternas precision i sina bedömningar.

4.3 Bör målsättningen med EU:s fusionskontroll ändras?

Inom EU råder som tidigare nämnts uppfattningen att ett förvärv bara godkänns om det gynnar konsumenterna. Det finns dock anledning att undersöka om denna uppfattning fortfarande är allennarådande. Det är inte bara när det handlar om problemet med behandlingen av små länder inom EU:s förvärvskontroll, som det finns skäl att titta på andra målsättningar för förvärvskontrollen. Också när förordningen tillämpas i andra typer av ärenden finns flera skäl att beakta ett effektivitetsresonemang i bedömningen istället för att begränsa sig till vad som gynnar konsumenter som grupp.

Många ekonomer menar att även om det främsta målet är att uppnå en viss fördelning av resurserna i samhället, bör den önskade fördelningen åstadkommas till lägsta möjliga samhällsekonomiska kostnad. Man kritiserar också det faktum att förvärvskontrollen skall ta fördelningshänsyn, då man anser att det är ett ineffektivt medel jämfört med andra ekonomiskpolitiska instrument. Exempelvis anges skatter och bidrag som bättre sätt att fördela välfärden. Enligt denna uppfattning bör alltså förvärvskontrollen endast ha ett effektivitetsmål. Genom detta bidrar den till att maximera den totala välfärden som sedan kan fördelas på bästa sätt genom effektivare ekonomiskpolitiska medel.⁷²

⁷² Fridolfsson, S-O., *En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer*, s. 20.

Motståndarna till denna teori och anhängarna till en mer fördelningsinriktad förvärvskontroll anser istället att förvärvskontrollens fördelningsinriktade målsättning, genom att påverka konkurrensmyndigheters benägenhet att tillåta förvärv, kommer att påverka vilka förvärv som företagen föreslår. Konkurrensmyndigheternas bedömning kommer att bli strängare gentemot förvärv som främst motiveras av ökad marknadsmakt, eftersom större vikt läggs på konsumentintressen. Detta kommer att leda till att företagen istället föreslår förvärv som är mer önskvärda ur ett samhällsekonomiskt perspektiv, vilket exempelvis kan vara förvärv motiverade av kostnadsbesparingar. Slutsatsen av denna teori är att den större vikten på konsumenternas intressen motiveras av att den positivt påverkar vilka förvärv som företagen föreslår.⁷³

Det finns fall där kommissionen har övervägt fördelarna med effektivitetsvinster, men dessa är få och oklarheten är ofta stor i kommissionens bedömningar och uttalanden. Enligt min mening bör konsumentskyddet behållas i förordningen. Det är en bra aspekt att väga in i bedömningen och får dessutom följder som är mer generellt samhällsekonomiskt positiva för medlemsstaterna. Det som däremot kan förbättras är medlemsländernas harmoniseringar av sina målsättningar. Länderna bör se till att deras lagstiftningar har samma målsättningar som EU:s regler, vilket naturligtvis får till följd att man även harmoniserar sina lagstiftningar med övriga medlemsländer. Ett bra exempel på förbättringar som har skett på detta område står Sverige för. Sverige har genom ändringar i KL tagit ett viktigt steg på vägen genom att föra in ett särskilt konsumentskydd i lagen.

⁷³ Fridolfsson, S-O., *En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer*, s. 36-37.

5 Dominanstestet

5.1 Utgångsläge

När kommissionen gör sin bedömning om huruvida en otillåten koncentration föreligger använder den sig av ett s. k. dominanstest. Detta innebär att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden om den skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas.⁷⁴

5.2 Förändringsförslag

5.2.1 Allmänt

Många anser att systemet med ett dominanstest, som EU tillämpar i sin förvärvskontroll för att bedöma om en koncentration föreligger, bör anpassas till de system som används i andra viktiga jurisdiktioner, exempelvis i USA, Kanada och Australien. I dessa länder använder man sig av bedömningskriterier som baseras på begreppet *märkbar begränsning av konkurrensen*, det så kallade SLC-testet (substantive lessening of competition). Detta test är som tidigare nämnts inte inriktat på att avgöra om en dominerande ställning uppkommer eller förstärks, utan inriktar sig istället på de förväntade ekonomiska effekterna av en koncentration.

Det skall dock noteras att det finns många likheter mellan dominanskriteriet och kriteriet om märkbar begränsning av konkurrensen, det så kallade SLC-testet. Tillämpningen av de båda kriterierna innebär exempelvis i båda fallen en undersökning av omfattningen av den relevanta marknaden samt en bedömning av hur marknaden eller marknaderna kommer att påverkas av den föreslagna koncentrationen och av vilka konkurrensbegränsningar den sammanslagna enheten kommer att möta. Det bör också noteras att trots den nu rådande skillnaden i de rättsliga kriterierna, kan man konstatera en betydande grad av samstämmighet i sättet att analysera koncentrationen i det stora flertalet ärenden som har behandlats av kommissionen och de andra stora jurisdiktioner som tillämpar SLC-testet.⁷⁵

5.2.2 Fördelar

En anpassning av EU:s regler till en global norm skulle dock medföra flera fördelar. Det skulle bland annat göra det lättare för parterna att företa en

⁷⁴ FKF art. 2.3.

⁷⁵ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p.162.

övergripande bedömning av möjliga konkurrensproblem som den övervägda transaktionen kan ge upphov till. Detta skulle vara möjligt eftersom man inte längre behöver argumentera för sin transaktion på grundval av skiljaktigt utformade kriterier. En annan fördel är att det skulle ge konkurrensmyndigheterna ett bättre utgångsläge för ett effektivt samarbete i ärenden som anmäls i flera jurisdiktioner.⁷⁶

En ytterligare fördel med att tillämpa samma kriterier är att man då oftare lägger tonvikten på den faktiska tillämpningen av kriterierna snarare än på kriterierna i sig. Detta borde kunna skapa bättre möjligheter till inbördes jämförelser av konkurrensmyndigheters och domstolars verksamhet, samtidigt som det underlättar utvecklingen av konkurrensrelaterad forskning.

5.2.3 Nackdelar

Ett förslag om förnyelse som detta innehåller naturligtvis inte bara fördelar, utan kan också medföra eventuella problem. Det mest påtagliga berör kanske främst inledningsskedet efter en reform av denna omfattning, men reformen torde medföra att det under en period kan bli svårare för berörda parter att förutse utfallet av kontrollförfaranden i Europa. Efter en ändring av bedömningskriterierna blir den praxis som tidigare skapats genom kommissionens beslut och domstolarnas avgöranden, åtminstone under ett inledningsskede, betydligt svårare att hämta ledning ifrån, då den är grundad på förordningens dominanskriterium. Detta skadar alltså förutsägbarheten i rättssystemet, men torde som ovan nämnts främst skapa problem i ett inledningsstadium.⁷⁷

Ett annat problem är att de flesta medlemsstater (samt kandidatländerna) har anpassat sina regler för kontroll av företagskoncentrationer efter det gällande dominanskriteriet.⁷⁸ Detta innebär att om inte nationella regler också ändras kommer en ändring av koncentrationsförordningens konkurrenskriterier att leda till att samtidigt som en bättre internationell samordning skapas, kommer vi att få större olikheter inom gemenskapen, vilket naturligtvis inte är en önskvärd följd.

I debatten om de två kriterierna hänvisas ibland till konkreta situationer där en av de två kan komma till korta. Ett exempel som det ofta hänvisas till gäller ett samgående mellan den näst största och den tredje största aktören på en marknad där dessa båda företag utgör de närmaste substituten till varandra. I en sådan situation är det möjligt att det sammanslagna företaget även efter sammanslagningen är mindre än det befintliga marknadsledande

⁷⁶ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p. 160.

⁷⁷ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p. 161.

⁷⁸ Det kan dock noteras att Storbritannien och Irland för närvarande överväger reformer i syfte att införa ett SLC-test. Det finns även andra medlemsstater som är intresserade av att utvärdera de eventuella fördelarna med att övergå till ett sådant test.

företaget. Resonemanget i denna situation går alltså ut på att SLC-testet skulle vara bättre ägnat att hantera denna situation, särskilt om det med hänvisning till marknadens särdrag inte går att påvisa att det är fråga om en gemensamt dominerande ställning. Kommissionen har dock hittills inte stött på en situation av detta slag, så diskussionen är än så länge enbart hypotetisk.

5.3 Slutsats

Erfarenheterna av tillämpningen av dominanstestet visar hittills inte upp några större brister i testets räckvidd, men även om man inte är direkt missnöjd med testet kan det ändå finnas anledning att se över systemet. En översyn är lämplig särskilt med hänsyn till företagskoncentrationernas ökande internationella räckvidd. Med tanke på hur företag mer och mer går samman över de nationella gränserna, anser jag det förmodligen vara värt de övergångsproblem som kan uppkomma, att synkronisera de europeiska reglerna med USA:s och de andra stora jurisdiktionernas regelverk. Som uppsatsen längre fram kommer att belysa har det i praktiken uppkommit problem i hanteringen av fusioner som berört både USA:s och Europas konkurrensmyndigheter. Det är därför viktigt för alla parter, att så långt det är möjligt harmonisera regelsystemen, för att undvika onödiga konflikter. En viktig förutsättning om EU inför SLC-testet är dock att det också är möjligt för medlemsstaterna att ändra sin nationella lagstiftning i enlighet med gemenskapens, så att reformen inte skapar nya olikheter.

6 Problemen för EU:s små medlemsländer

6.1 Allmänt

Det finns som ovan nämnts många problemområden när det gäller kontrollen av företagskoncentrationer. Ett av de, enligt min uppfattning, intressantaste är problematiken med EU:s små medlemsländer. Denna problematik innebär som tidigare nämnts att det är lättare för företag i små länder att uppnå en dominerande ställning i sitt hemland, än för företag från större länder med en större hemmamarknad. Detta gör i sin tur att företagen i de små länderna får svårare att få fusioner godkända än företag i större länder, eftersom den relevanta marknaden i bedömningen ofta avgränsas vid nationella gränser. Representanter från EU:s mindre länder har hävdad att EU:s regler på förvärvskontrollområdet gör det omöjligt för företag i små länder att gå samman och uppnå en internationellt sett ledande position. Från EU:s håll har man till sitt försvar hävdad att företag i mindre länder kan expandera genom att gå samman med företag i andra länder. Det finns även andra alternativ att ta till för att undgå förbud. Ett företag kan exempelvis etablera sig i andra länder för att på så sätt öka sin marknad. Det kan också sälja av delar av sina tillgångar för att minska riskerna för att det ska finnas synpunkter på dess konkurrensposition.⁷⁹

Ett praktiskt exempel på hur dessa alternativ skulle kunna bli verklighet kan hämtas från den svenska bankmarknaden. Både bank- och försäkringsmarknaderna i Sverige kännetecknas av hög koncentration. De fyra storbankerna⁸⁰ hade i slutet av 90-talet en gemensam marknadsandel på drygt 85 procent på den svenska bankmarknaden i stort.⁸¹ Dessa höga marknadsandelar innebär att det är svårt för bankerna att gå samman utan att det anses drabba konkurrensen negativt. Ett exempel på detta är det tidigare nämnda planerade sammangåendet mellan SEB och Föreningssparbanken. Ett annat exempel på planerade banksamarbeten som ansetts kunna leda till negativa konsekvenser för konkurrensen är fallet där Svenska Girot, ägt av de fyra storbankerna, planerade att förvärva Postgirot Bank. Affären genomfördes inte sedan Konkurrensverket riktat allvarliga invändningar mot förvärvet, som skulle ha lett till ett monopol avseende betalningsförmedling i Sverige.⁸²

⁷⁹ Horn, H., Stennek, J., *The Pros and Cons of Merger Control. 5. EU merger control and small member state interest*, s. 83.

⁸⁰ Föreningssparbanken, Nordea, SEB och Svenska Handelsbanken.

⁸¹ Storbankernas samlade marknadsandelar har dock minskat något på flera områden sedan dess, främst till förmån för utländska banker och nischbanker.

⁸² Postgirot Bank har sedan dess förvärvats av Nordea efter godkännande av Kommissionen. Detta förvärv innebär dock inte så allvarliga effekter på konkurrensen som i fallet Svenska Girot.

Att kommissionen såg betydande konkurrensproblem med samgåendet mellan SEB och Föreningssparbanken, och att Konkurrensverket invände mot Svenska Girots förvärv, kan alltså sägas utgöra en signal med innebörden att koncentrationen på den svenska bankmarknaden redan gått så långt att samgåenden mellan de fyra stora bankerna kan bli svåra att genomföra av konkurrensskäl.⁸³ Vill de svenska storbankerna förvärva eller gå samman med andra stora banker blir de förmodligen tvungna att vända sig till banker utanför Sverige för att undgå invändningar och förbud. Ett troligt resultat är att vi får se fler fusioner mellan svenska banker och banker i de nordiska länderna. Bankerna kan även etablera sig i exempelvis de nordiska länderna för att öka sin marknad och på så sätt öka sina möjligheter att få fusioner godkända.

6.2 Förslag på lösningar

6.2.1 Allmänt

De ovanstående förslagen är endast förslag på vad ett företag själv kan göra för att minska risken för att en planerad fusion skall förbjudas. Jag skall nu redogöra för de diskuterade lösningar som innebär ändringar på EU-nivå.

Det är en självklarhet att om hela den gemensamma marknaden ansågs vara den relevanta marknaden skulle det vara oväsentligt om fusionen skedde i ett litet eller ett stort land. Oftast är det däremot så att den relevanta marknaden avgränsas nationellt. Sålunda blir alltså den relevanta marknaden ofta mindre för företaget i mindre länder. Det kan dock finnas skäl att tillåta fusionen även om företaget får en dominerande ställning på marknaden.

6.2.2 Effektivitetsvinst

Många menar att kommissionen i vissa fall borde bortse från att en företagsammanslagning skapar konkurrenssvårigheter om den istället skapar en tillräcklig effektivitetsvinst. En sådan effektivitetsvinst skulle kunna gynna konsumenterna mer och vara viktigare för dem än en eventuell konkurrensminskning. Denna vinst kan exempelvis leda till lägre kostnader för företagen och lägre priser för konsumenterna i slutändan.

Den effektivitetsvinst som ett företag kan göra genom en sammanslagning med ett annat företag kan visa sig på många olika områden. Ett företag kan exempelvis rationalisera sin produktion med hjälp av det andra företaget och på så sätt spara pengar. Andra förbättringar som kan göras kan bestå i att göra större tekniska framsteg genom dubbel företagskapacitet eller spara

⁸³ Konkurrensen i Sverige 2002, Konkurrensverkets rapportserie 2002:4, s. 326-327.

pengar genom att andra distributörer ger förmånligare erbjudanden då det är billigare för dem att handla med ett företag än två. Dessa vinster för företagen skulle alltså i slutändan kunna komma konsumenterna till godo genom lägre priser.

Det är dock inte bevisat att dessa vinster verkligen gynnar konsumenterna. Det finns väldigt få praktiska undersökningar på hur en fusion påverkar priserna i slutändan. En av anledningarna till detta är att det är svårt att göra exakta mätningar av en fusions effekter, eftersom även andra förutsättningar kan ha ändrats efter fusionen.⁸⁴

Effektivitetsvinstaspekten skulle dock kunna minska den ojämlikhet som uppstår för företag i olika stora länder.⁸⁵ Om kommissionen gjorde som konkurrensmyndigheterna i USA och Kanada skulle dess bedömning bli betydligt mer individuell. I dessa länder går man ett steg längre än den vanliga konkurrensbedömningen. I dessa jurisdiktioner finns explicita bestämmelser om att inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer beakta en företagskoncentrations specifika effektivitetsfrämjande verkningar.⁸⁶ Följden blir att även om sammanslagningen minskar konkurrensen tittar myndigheterna också på om effektivitetsvinsterna i det speciella fallet är tillräckligt stora för att överväga de negativa konkurrens effekterna. Frågan är nu om det är möjligt för Europa att ta efter. Regleringen av företagskoncentrationer är oklar på denna punkt, och den har tolkats åt båda riktningarna. En del anser att reglerna tillåter att man överväger effektivitetsfrågan, medan kommissionen har gjort uttalanden som pekar på motsatsen. Dess beslut är dock oklara och det är helt klart att det behövs tydligare regler. Ett alternativ är då att ta efter den amerikanska modellen. Enligt denna slipper man risken att göra misstag genom att förbjuda sammanslagningar som faktiskt hade kunnat få positiva effekter.

Det finns dock flera motargument till varför kommissionen inte borde göra dessa extra bedömningar. Det vanligaste är att kommissionen skulle få ta in och gå igenom så mycket mer information, vilket både skulle kräva mer resurser och ta mer tid. Detta kan dock lindras av att företagen har bevisbördan för effektivitetsvinsten. Ett annat förslag för att minska kommissionens arbetsbörda är att öka antalet utredande i Merger Task Force. I USA har man ett större antal ekonomer till sin hjälp, och detta skulle förmodligen vara lämpligt även i Europa. Ett ytterligare argument mot en effektivitetsvinstbedömning är att det kan bli svårare att få bra insyn i systemet om besluten är grundade på fler faktorer. Mot detta argument kan hävdas att kommissionen redan tar hänsyn i vissa fall. Alltså skulle ett

⁸⁴ Horn, H., Stennek, J., *The Pros and Cons of Merger Control. 5. EU merger control and small member state interest*, s. 91.

⁸⁵ Det skall dock påpekas att naturligtvis inte alla fusioner förbjuds, utan bara de som leder till väldigt höga marknadsandelar. Andra fusioner anses skapa positiva effekter för marknaden. Detta betyder att EU i viss mån faktiskt tar hänsyn till effektivitetsvinstaspekter.

⁸⁶ Se exempelvis de amerikanska "Horizontal Merger Guidelines".

formellt beslut att använda sig av detta argument istället klargöra situationen och förbättra insynen.⁸⁷

Det finns alltså flera skäl som talar för att det amerikanska systemet bör införas i Europa vid kontroller av företagsammanslagningar. Problem kan dock uppstå när man ska kontrollera den faktiska effektivitetsvinst som görs och att den kommer konsumenterna till godo. Dessutom kan det vara svårt att avgöra om vinsten uppkommit endast på grund av sammanslagningen.

Även om det teoretiskt är en mycket bra förbättring av situationen för de mindre länderna inom EU på företagskoncentrationsområdet, är det alltså i praktiken ingen helt fullständig lösning att väga in en effektivitetsaspekt i bedömningen. Det kan sålunda även behövas ytterligare lösningar för att göra de små ländernas situation mindre ofördelaktig gentemot de stora.

6.2.3 Förändringar i avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden

Det har diskuterats och argumenterats att den metod som används för att avgränsa den geografiska marknaden är orsaken till att små medlemsländer förfördelas jämfört med större medlemsländer. Kommissionen gör sin avgränsning så snäv som det behövs för att kunna uppskatta koncentrationens effekter på alla olika områden.⁸⁸ Denna snäva bedömning är förmodligen nödvändig för att kunna fastställa fusionens påverkan på konkurrensen och konsumenterna. Det är alltså tveksamt om det är en möjlig lösning på de små ländernas problematik att göra hela den gemensamma marknaden till en relevant marknad. Det skulle nog göra kommissionens bedömningen av olika påverkansfaktorer näst intill omöjlig.

Det har dock på senare tid iakttagits ett särskilt fenomen på vissa marknader. Upprättandet av den inre marknaden inom EU har lett till att flera marknader kan anses befinna sig i ett övergångsskede. *Pirelli-fallet*⁸⁹ visar på resultatet av en process där avregleringen och harmoniseringen inom EU faktiskt har lett till att de relevanta marknaderna i konkurrensärenden har vidgats. I detta fall bekräftades det nämligen att marknaden omfattade hela EES på grund av att kunderna i ökande omfattning söker leverantörer av kraftkabel inom hela Europa, vilket bland annat beror på de förfaranden som föreskrivs i gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling. *Pirelli-fallet* avviker från tidigare ärenden som gäller samma bransch: 1992 ansågs fortfarande samma produktmarknader vara nationella till sin geografiska omfattning.⁹⁰ Det finns alltså en möjlighet att synen på den relevanta marknaden kommer att ändras

⁸⁷ Horn, H., Stennek, J., *The Pros and Cons of Merger Control. 5. EU merger control and small member state interests*, s. 93-94.

⁸⁸ Horn, H., Stennek, J., *The Pros and Cons of Merger Control. 5. EU merger control and small member state interest*, s. 98.

⁸⁹ *Pirelli/Bicc*, 2000.

⁹⁰ GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, p. 18.

allt eftersom den inre marknaden förbättras. Det är dock osäkert hur utvecklingen kommer att se ut och vilka marknader som kommer att påverkas, men det öppnar ändå en liten möjlighet till bättre förutsättningar för små länder inom vissa produktområden.

6.3 Slutsats

Jag har redovisat flera argument och lösningar som skulle kunna förbättra situationen för de små länderna inom EU, däribland Sverige, som fått flera fusioner förbjudna. Det bör dock påpekas att det inte finns några bevis för exakt hur stort problemet faktiskt är och att asymmetrin i bedömningen verkligen utgör en reell orättvisa. I teorin torde dock den viktigaste av dessa lösningar vara att ta efter den amerikanska metoden och väga in den effektivitetsvinst som görs vid en sammanslagning, och som även i slutändan gynnar konsumenterna, i kommissionens bedömning. På detta sätt ges företag verkande i små medlemsländer en mer rättvis bedömning, på samma villkor som företag i de stora länderna. Det är emellertid förmodligen ingen rimlig lösning att göra ändringar i den relevanta marknadsdefinitionen.

7 Fallstudier

7.1 Allmänt

Jag har fram till nu främst redovisat en del av de teoretiska problem som uppkommit i kommissionens tillämpning av koncentrationskontrollen. Jag skall i det följande titta närmare på den praxis som finns på området för att undersöka hur kommissionen resonerat i sina bedömningar. Vilka faktorer har varit viktiga för det slutliga beslutet? Jag kommer sedan även att jämföra dessa faktorer med de som förstainstansrätten har fört fram. I fallet GE/Honeywell kommer jag också att lyfta fram några av de amerikanska synpunkter som fanns på kommissionens bedömning. Innan jag behandlar GE/Honeywell skall jag dock titta på ett annat fall som också rör förhållandet mellan EU:s och USA:s fusionskontrollsystem, Boeing/McDonnell Douglas.

7.2 Boeing/McDonnell Douglas

7.2.1 Bakgrund

De två amerikanska företagen Boeing och McDonnell Douglas sluter den 14 december 1996 ett avtal om att McDonnell Douglas skall bli ett helägt dotterbolag till Boeing. Båda företagen tillverkar flygplan och Boeing är världens största tillverkare medan McDonnell är den tredje största. Båda företagen uppfyller de ekonomiska kraven för att transaktionen skall anses ha en gemenskapsdimension. Kommissionen anser också att transaktionen kommer att få en betydande inverkan på den europeiska flygplansmarknaden.⁹¹ Kommissionen har senare även förklarat sin involvering i fallet med att EU:s fusionsregler kan appliceras på alla transaktioner som innebär att en dominerande ställning förstärks.⁹²

7.2.2 Kommissionens bedömning

Kommissionens konkurrensbedömning inleds med en undersökning av koncentrationens konkurrenter. Den enda konkurrent som kan mäta sig med de två parterna är europeiska Airbus, som är världens andra största flygplanstillverkare. Boeing anses dock av kommissionen vara så stort att företaget redan innan transaktionen innehar en dominerande ställning på marknaden för flygplanstillverkning. Kommissionen motiverar sin bedömning med bland annat det faktum att tre av världens största flygbolag, (American Airlines, Delta Airlines och Continental Airlines), nyligen slutit

⁹¹ Boeing/McDonnell Douglas, 1997, p. 3-8.

⁹² <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0299/ijee/boeing.htm>

ett exklusivt 20-årigt leveransavtal med Boeing. Andra faktorer som haft betydelse för bedömningen är den svåra situationen för nya konkurrenter som vill ta sig in på flygplansmarknaden. Boeing anser att det finns nya potentiella konkurrenter bland annat i Ryssland, Kina och Indien, men medger att barriärerna är enorma för att ta sig in på marknaden. Höga utvecklings- och investeringskostnader och strikta säkerhetsregler är några av de hinder som skapar etableringsproblem.⁹³

Efter att kommissionen konstaterat att Boeing innehar en dominerande ställning undersöker kommissionen om denna ställning kommer att förstärkas av den planerade transaktionen. I sin utredning behandlar kommissionen bland annat Boeings förstärkta köpkraft, och kommissionen hävdar att denna kommer att leda till en försämring av Airbus konkurrenssituation. Boeings styrka kommer att kunna sätta press på leverantörerna att handla med Boeing, istället för dess ende konkurrent Airbus. Den förstärkta köpkraften tillsammans med andra konkurrensfördelar som Boeing kommer att få i och med den nya koncentrationen, exempelvis större möjligheter att utveckla sina immaterialrättsliga tillgångar, medför att kommissionens slutsats blir att Boeing genom affären kommer att förstärka sin dominerande ställning på flygplansmarknaden, vilket allvarligt kommer att skada konkurrensen på den gemensamma marknaden.⁹⁴

Boeing har emellertid en möjlighet att ändå få fusionen godkänd genom att åta sig att göra vissa eftergifter för att förbättra konkurrenssituationen. I detta fall åtar sig Boeing bland annat att säga upp avtalet med de tre flygbolagen och att inte ingå något nytt liknande avtal innan år 2007. Det är sålunda långtgående eftergifter som Boeing tvingas göra för att få fusionen godkänd, men de får önskad effekt och kommissionen godkänner fusionen och förklarar den förenlig med den gemensamma marknaden, under förutsättning att Boeing följer sina åtaganden.⁹⁵

7.2.3 Amerikanska reaktioner på kommissionens beslut

De amerikanska konkurrensmyndigheterna hade redan godkänt fusionen mellan Boeing och McDonnell Douglas när kommissionen tog sitt beslut i juli 1997. Kommissionens motstånd och hårda krav på eftergifter för att godkänna fusionen skapade snabbt irritation hos de amerikanska myndigheterna, som inte hade krävt motsvarande eftergifter i sitt beslut. Representanthuset varnade till och med européerna för att involvera sig i amerikanska affärstransaktioner.⁹⁶ EU hotade i sin tur med att begränsa Boeings affärsmöjligheter med europeiska flygbolag, vilket USA:s

⁹³ Boeing/McDonnell Douglas, 1997, p. 6-9.

⁹⁴ Boeing/McDonnell Douglas, 1997, p. 102, 113.

⁹⁵ Boeing/McDonnell Douglas, 1997, p. 124.

⁹⁶ <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0299/ijee/boeing.htm>

dåvarande president Clinton besvarade med hot om handelssanktioner. Amerikanska medier beskrev kommissionens godkännande som ett sista minuten beslut för att förhindra ett handelskrig mellan USA och Europa.⁹⁷

Oenigheten mellan de amerikanska myndigheterna och kommissionen skapar naturligtvis ett allvarligt hinder mot upprättandet av ett effektivt samarbete för kontroll av företagskoncentrationer. Företagssammanslagningar som berör både amerikanska och europeiska jurisdiktionsområden kommer förmodligen att bli allt vanligare och det är därför av största vikt att myndigheterna på båda sidor Atlanten hittar sätt att komma överens och hitta effektiva samarbetsformer. En så stark oenighet som Boeing-fallet visar prov på, trots att båda myndigheter till slut godkände fusionen, minskar förtroendet för kontrollverksamheten. Det är sålunda nödvändigt att de amerikanska konkurrensmyndigheterna och kommissionen anstränger sig för att försöka harmonisera sina lagstiftningar men kanske framför allt sina grundinställningar till vad kontrollen skall uppnå och varför.

7.3 General Electric/Honeywell

7.3.1 Bakgrund

Ett annat fall som också väl belyser problematiken med olika inställningar hos de amerikanska konkurrensmyndigheterna och kommissionen är fallet GE/Honeywell. Jag kommer även här att först redogöra för kommissionens beslut innan jag behandlar den amerikanska bedömningen av fallet. Fallet visar hur viktigt det är att enighet uppnås och att samarbetet mellan myndigheterna förstärks.

Den 22 oktober 2000 sluts ett avtal mellan de båda amerikanska företagen General Electric och Honeywell, som innehåller en överenskommelse om att General Electric skall köpa alla aktier i Honeywell. Avtalet får till följd att Honeywell blir ett helägt dotterbolag till General Electric. Båda företagen har flera olika sysselsättningsgrenar, men en gemensam nämnare är flygplanstillbehör.

Sedan kommissionen fått in anmälan om den föreslagna koncentrationen i februari 2001 beslutas knappt en månad senare att ett Fas II-förfarande är nödvändigt att inleda, för att kommissionen till fullo skall kunna avgöra den påtänkta koncentrationens påverkan på konkurrensen. Kommissionen är främst bekymrad över tillhandahållandet av flygplanstillbehör, såsom exempelvis jetmotorer. Den fortsatta utredningen kommer nu att fokusera på om huruvida kombinationen av General Electrics starka marknadsposition på området för motorer, tillsammans med Honeywells också starka

⁹⁷ http://www.pbs.org/newshour/bb/transportation/july-dec97/merger_7-23a.html

marknadspositioner på områden för flygplansdelar, kommer att skapa eller förstärka en dominerande ställning på någon av dessa marknader.⁹⁸

7.3.2 Kommissionens bedömning

7.3.2.1 Parternas marknadspositioner

Kommissionen börjar sin utredning med att fastställa General Electrics ställning på de olika aktuella marknaderna. Man kommer fram till att företaget har en dominerande ställning på området för jetmotorer, bland annat på grund av marknadens karaktär med stora svårigheter för nyetablering och expansion, General Electrics starka position hos många flygbolag, den begränsade motvägande kraften hos konsumenter och marginaliseringen av konkurrenterna. Kommissionen menar att General Electric befinner sig i en position där de kan agera oberoende av konkurrenter, kunder och i slutändan också konsumenter.⁹⁹

När det gäller Honeywell gör kommissionen en liknande bedömning och tittar på företagets ställning på marknaden. Den geografiska marknaden anses vara hela världen och Honeywell bedöms vara den i särklass största leverantören av olika typer av flygplansutrustning, undantaget motorer. Honeywell har också, till skillnad från sina konkurrenter, möjligheten att erbjuda ett fullständigt utbud av flygplansutrustning.¹⁰⁰

Kommissionen gör också en bedömning av Honeywells konkurrenter och deras marknadspositioner. Slutsatsen blir densamma som ovan; att ingen konkurrent ensam kan återskapa Honeywells vida produktutbud.

7.3.2.2 Effekterna på konkurrensen

Kommissionen anser att den föreslagna fusionen kommer att få konkurrenshämmande effekter, bland annat på grund av den horisontella överlappningen som sker mellan företagens olika aktivitetsområden. General Electric har dominerande positioner på flera marknader för flygplansmotorer, och transaktionen kommer att förstärka dessa positioner, men också skapa en dominerande ställning på ytterligare marknader. Detsamma gäller för Honeywell som redan har ledande positioner på marknader för flygplansutrustning. Genom transaktionen skulle Honeywell komma att utöka dessa och skapa sig en dominerande ställning på flertalet marknader.¹⁰¹

För att korrekt kunna utröna effekten på konkurrensen gör kommissionen en bedömning av de olika produktområdena där företagen är aktiva. Ett av kommissionens genomgående orosmoment är kombinationen av Honeywells produkter med General Electrics finansiella styrka och vertikala integration

⁹⁸ http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/2

⁹⁹ General Electric/Honeywell, 2001, p. 229

¹⁰⁰ General Electric/Honeywell, 2001, p. 240, 241, 276.

¹⁰¹ General Electric/Honeywell, 2001, p. 341.

inom flertalet produktområden. Kommissionen anser att Honeywells konkurrenter inte har någon möjlighet att leva upp till nivån av General Electrics finansiella kapacitet. Deras begränsade storlek och ekonomiska möjligheter kommer förmodligen att leda till att deras konkurrenskraft kommer att minska inom de områden där de fusionerade företagen agerar, och sålunda också deras chanser att i framtiden vinna kunder.

Ett annat av kommissionens bekymmer är Honeywells och General Electrics möjligheter att efter den påtänkta fusionen kunna erbjuda speciella produktpaket till sina kunder. Den nya koncentrationen kommer att kunna erbjuda ett produktpaket som aldrig före fusionen har varit möjligt på marknaden, och som inte kan utmanas av någon annan ensam konkurrent. Tack vare sin ekonomiska styrka kommer man även att kunna erbjuda förmånliga rabatter på de olika produkterna. Resultatet av den föreslagna fusionen blir alltså, enligt kommissionen, att koncentrationen kommer att kunna prissätta sina paketerbjudande på ett sådant sätt att man förmår kunderna att köpa General Electrics motorer och Honeywells produkter före konkurrenternas.¹⁰² Detta kommer även att ytterligare utöka de båda företagens kombinerade andelar på marknaderna.¹⁰³

General Electric och Honeywell har en annan uppfattning än kommissionen och menar bland annat att man inte är dominerande på sina respektive marknader, och att man således inte har någon möjlighet att erbjuda sina kunder speciella produktpaket. Ett annat argument som företagen anför för att motbevisa att de kommer att kunna koppla samman produkter för paketförsäljning, är att kunderna har en motvägande makt. Parterna menar att stora kunder såsom flygplanstillverkare inte kommer att tolerera att produkter kopplas samman. Kommissionen delar dock inte parternas uppfattning. Kommissionen anser istället att kunder, vare sig det rör sig om flygplanstillverkare eller flygbolag, inte har något incitament att utöva en motvägande makt gentemot General Electric. Historien har istället visat att kunder som köpt produkter på detta sätt ofta har ansett det vara mycket fördelaktigt. Det kan heller inte bli aktuellt att tala om någon sorts motvägande makt när det rör sig om paketerbjudande, eftersom det skulle innebära att kunder vägrade acceptera lägre priser.¹⁰⁴

Som ett ytterligare argument för varför kunder skall anses ha en motvägande makt lyfter parterna fram att kommissionen faktiskt i tidigare fall¹⁰⁵ ansett att en sådan förelåg, och att en annan åsikt i detta fall är motstridigt med de tidigare fallen. Kommissionen anser att det inte går att jämföra de två tidigare fallen med det nuvarande. När kommissionen bedömde fallet Allied Signal/Honeywell värderade man bara förhållandet mellan kunder och en koncentration som var aktiv inom området för flygplansdelar. I det

¹⁰² Kommissionens marknadsundersökning har visat att både flygplanstillverkare och flygbolag är priskänsliga kunder.

¹⁰³ General Electric/Honeywell, 2001, p. 350, 353.

¹⁰⁴ General Electric/Honeywell, 2001, p. 445, 446.

¹⁰⁵ Allied Signal/Honeywell, 1999 och Engine Alliance, 1999.

nuvarande förhållandet måste man även ta hänsyn till General Electrics alla produkter, tjänster och finansiella styrka för att kunna bedöma den nya enheten. Kunderna är inte i samma förhandlingssituation gentemot den nya koncentrationen som man var tidigare, innan den påtänkta fusionen. Inte heller i fallet Engine Alliance kan man jämföra den koncentration som där skapades med den som skapas mellan General Electric och Honeywell. Därför, menar kommissionen, står inte den nuvarande bedömningen att det inte föreligger någon motvägande makt hos kunderna, i strid med uppfattningen från de tidigare fallen.¹⁰⁶

Kommissionens slutsats i det här fallet blir alltså, på grund av ovan redovisade skäl och med dominstestens hjälp, att den föreslagna fusionen kommer att leda till att skapa eller förstärka en dominerande ställning på flertalet marknader inom området för flygplansprodukter, vilket i sin tur kommer att leda till att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden väsentligen hämmas. Den föreslagna fusionen där General Electric tar kontrollen över Honeywell förklaras därför oförenlig med den gemensamma marknaden enligt Artikel 8 (3) i koncentrationsförordningen.¹⁰⁷

7.3.3 Amerikanska bedömningen av den föreslagna fusionen

7.3.3.1 Allmänt

De amerikanska myndigheterna gjorde en annorlunda bedömning, och kom fram till ett annat beslut än de som kommissionen gjort. Man godkände således fusionen sedan en del justeringar i företagsstrukturen gjorts. När sedan kommissionens beslut att blockera fusionen offentliggjordes drygt två månader senare, skapade detta stark kritik från många håll, inte bara från amerikanska konkurrensmyndigheter utan också bland annat från affärsvärlden och ledande ekonomer.

Skillnaden i de två besluten grundar sig främst på de skilda marknadsbedömningar de båda myndigheterna gjort. Kommissionen har i sitt beslut utgått från att General Electric redan har en dominerande ställning på området för stora jetmotorer, och att fusionen skulle stärka denna position. De amerikanska myndigheterna håller inte med om denna bedömning, utan hävdar att General Electric inte alls har någon dominerande ställning. En annan viktig skillnad i bedömningen är att kommissionen ansett att fusionen, med hjälp av GE:s enorma finansiella styrka, skulle ge Honeywell en dominerande ställning på området för bland annat flygplansprodukter. De amerikanska konkurrensmyndigheterna, som använder SLC-testet i sin bedömning, är betydligt mer optimistiska inför marknadens egen kraft och anser istället att andra företag på marknaden kommer att klara av konkurrensen från den nya koncentrationen. Man anser

¹⁰⁶ General Electric/Honeywell, 2001, p. 457.

¹⁰⁷ General Electric/Honeywell, 2001, p. 567.

att Honeywells konkurrenter består av stora finansiellt välmående företag, som alla har egna viktiga konkurrensfördelar, och som också är kapabla till gemensamma eller egna motstrategier. De amerikanska myndigheterna tror alltså inte att Honeywell kommer att skapa sig en ekonomisk särställning gentemot konkurrerande företag och på så sätt bli dominerande. Denna inställning vittnar således om en betydligt mer positiv attityd gentemot marknadskraften än den kommissionens beslut vittnar om.¹⁰⁸

7.3.3.2 Kritiska synpunkter

Som ovan nämnts blev kommissionens beslut kritiserat från många håll. Detta bland annat från de amerikanska konkurrensexperterna som analyserade varför man kommit till så olika slutsatser. En ofta förekommande slutsats var att den amerikanska synen på fusionskontroll i grunden är annorlunda än den europeiska. Medan kommissionen i Europa lägger stor vikt vid konkurrenternas välmående är man i USA mer benägna att premiera effektivitetsvinster som i slutändan kan gynna konsumenterna. Det är en välkänd princip inom den amerikanska konkurrensrätten att man inte skyddar konkurrenter från fusioner som kommer att göra den nya koncentrationen mer effektiv, inte ens om konkurrenterna fruktar att de kommer att köras bort från marknaden.¹⁰⁹ Ett bra exempel på detta är ett uttalande från ”the Supreme Court” i fallet *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*. I fallet förklarade domstolen att det inte är lagstiftningens syfte att skydda rörelser från marknadens krafter utan att skydda allmänheten från marknadens misslyckande.¹¹⁰ I ett annat fall uttryckte man sig ännu klarare genom att säga att antitrustlagstiftningen är till för att skydda konkurrensen, inte konkurrenterna.¹¹¹ Det är alltså en fundamental skillnad som märks mellan de två jurisdiktionerna, där man i USA bryr sig mer om konsumenterna, medan man i Europa är mer intresserad av att skydda konkurrenterna till de fusionerande företagen.¹¹²

Som tidigare nämnts har man i USA mer förtroende för den självläkande kraften hos marknader. Denna övertygelse är speciellt stark när marknaderna innehåller starka konkurrenter och starka köpare, som oftast hittar sätt att skydda sig mot en uppåtsträvande monopolist. Detta förtroende för marknaderna tillsammans med en försiktighet när det gäller att förutspå framtida marknadssituationer, leder till att man är mycket skeptisk till konkurrenters uttalanden om att en fusion kommer att leda företagets undergång och därför kräver starka empiriska bevis innan hänsyn tas till sådana uttalanden.¹¹³ Denna hårda inställning gentemot konkurrenter har dock kritiserats av EU som anser att den är för ”darwinistisk”.

¹⁰⁸ <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9893.htm>

¹⁰⁹ <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9893.htm>

¹¹⁰ <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.htm>

¹¹¹ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320, 344 (1962).

¹¹² http://money.cnn.com/2001/07/03/europe/ge_eu/index.htm

¹¹³ <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9893.htm>

Slutsatserna i flera amerikanska analyser innehåller funderingar över varför det spelar någon roll om olika myndigheter bedömer fall olika. Man har funnit flera anledningar till varför det spelar så stor roll, bland annat anses det vara ett stort problem när en myndighet blockerar en fusion, som en annan myndighet godkänd, med hjälp av teorier som förhindrar viktiga effektivitetsvinster på grund av spekulativa teorier om framtida konkurrensskador. Man anser i detta fall att konsumenter världen över går miste om viktiga fördelar som fusionen kunde ha skapat. Ett annat problem som uppstår när Europa och USA inte delar samma åsikter i sin fusionskontroll är att transaktionskostnaderna i samband med processen att få fusionen godkänd ökar, vilket naturligtvis inte är önskvärt för några parter. Slutligen så är det oundvikligt att en så stark oenighet underminerar den politiska enigheten som krävs för att upprätthålla en kraftfull konkurrenspolitik.

Det finns flera förklaringar till varför det finns en annorlunda syn inom den amerikanska koncentrationskontrollen. I USA finns bland annat en mycket större arbetsstyrka som arbetar med fallen, men även fler hjälpmedel i utredningen. Detta är dock något som EU uppmärksammat och det finns moderniseringsförslag med bland annat funderingar på att anställa fler personer till Merger Task Force. En annan viktig förklaring är den som tidigare nämnts att myndigheterna i USA har större förtroende för marknaden än för lagstiftare. Kritik har riktats mot den europeiska inställningen att man i motsats till USA sätter stor tilltro till regeringsstyrda interventioner i marknaderna.

En tredje viktig förklaring till skillnaderna är den juridiska kontrollmekanismen. När konkurrensmyndigheterna i USA bestämmer sig för att blockera en fusion måste de vara beredda på att de kanske måste övertyga en federal domare om sitt beslut. I denna process granskas bevisen noga för att ta reda på om fusionen kan komma att allvarligt skada konkurrensen. Det faktum att man inom den amerikanska processen ställs inför en oberoende part innebär en stor skillnad gentemot det europeiska systemet.¹¹⁴ I Europa är det ofta kommissionen som både utreder, invänder och beslutar. Denna ställning, som kommissionen har, är så stark att rättssäkerheten sätts i fara. För att komma till rätta med detta problem skulle ett förslag kunna vara att kommissionen inte själv fick fatta beslut, utan på amerikanskt manér var tvungen att hänskjuta ärendet till en fristående, dömande instans.¹¹⁵

¹¹⁴ <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9893.htm>

¹¹⁵ Lidgaard, H.H., *Ändrad koncentrationsbedömning*, Konkurrensnytt 1/2003, s. 6.

7.4 Airtours/First Choice

7.4.1 Bakgrund

Den 29 april 1999 får kommissionen en anmälan om ett förslag till företagskoncentration. Enligt förslaget skall det brittiska företaget Airtours efter offentligt anbud förvärva fullständig kontroll över First Choice, även det ett brittiskt bolag. Båda företagen är aktiva i resebranschen med bland annat researrangemang, charter och resebyråverksamhet som sina specialiteter. Airtours har för avsikt att förvärva hela aktiekapitalet i First Choice, vilket får till följd att transaktionen utgör en sådan företagskoncentration som avses i artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen.¹¹⁶

7.4.2 Kommissionens bedömning

7.4.2.1 Kollektivt dominerande ställning

Innan kommissionen kan göra sin konkurrensbedömning skall den relevanta marknaden bestämmas. När det gäller den relevanta produktmarknaden är kommissionen inte överens med Airtours. Airtours anser att olika typer av resor, exempelvis badresor, skidresor eller storstadsresor, är så utbytbara både när det gäller tillgång och efterfrågan att ingen ytterligare indelning av produktmarknaden för paketresor behövs. Kommissionen vill dock ha en betydligt smalare definition, och skiljer sålunda paketresor med långdistansflyg från paketresor med kortdistansflyg. De relevanta produktmarknaderna anser man för researrangemang vara paketresor till utlandet med kortdistansflyg, och att förse researrangörer med flygstolar på charterflyg till destinationer med kortdistansflyg, medan den relevanta geografiska marknaden anses vara Storbritannien och Irland.

Kommissionen inleder sin konkurrensbedömning med att redogöra för begreppet kollektivt dominerande ställning. Kommissionen anser att deras konkurrensanalys visar att den anmälda företagskoncentrationen kommer att leda till en kollektivt dominerande ställning på marknaden för paketresor med kortdistansflyg i Förenade kungariket för Airtours/First Choice och de båda andra ledande researrangörerna Thomson Travel Group och Thomas Cook Group.¹¹⁷

Airtours håller inte med kommissionen utan anför att en kollektivt dominerande ställning är en sorts kartell utan egentliga kartellavtal, kartellmöten eller liknande. Man framhåller sedan att sådana tysta karteller på den brittiska marknaden för paketresor till utlandet med kortdistansflyg inte skulle fungera, eftersom det inte finns några repressaliesystem som

¹¹⁶ Airtours/First Choice, 1999, p. 1.

¹¹⁷ Airtours/First Choice, 1999, p. 51.

hindrar deltagarna från att fuska.¹¹⁸ Kommissionen menar emellertid att en kollektivt dominerande ställning kan föreligga även utan sådana repressaliesystem.

Som tidigare nämnts anser kommissionen inte att en kollektivt dominerande ställning kräver att medlemmarna i ett oligopol beter sig som om de slutit ett eller flera uttryckliga avtal till exempel om priser eller kapacitet, eller om att dela upp marknaden mellan sig. Man anser alltså att det räcker att medlemmarna i oligopolet genom företagskoncentrationen tvingas anpassa sig till marknadsvillkoren och individuellt bete sig på ett sätt som väsentligt minskar konkurrensen mellan dem och gör dem i stor utsträckning oberoende av konkurrenter, kunder och konsumenter.¹¹⁹

7.4.2.2 Konkurrens effekterna

För att komma fram till om en kollektivt dominerande ställning föreligger eller ej har kommissionen gjort en omfattande marknadsundersökning. En av slutsatserna av denna är att den planerade koncentrationen kommer att minska antalet stora, integrerade leverantörer från fyra till tre. Att First Choice elimineras som oberoende konkurrent anses särskilt allvarligt eftersom de är den enda återstående medelstora aktören. Koncentrationen ökar därför gapet mellan de stora aktörerna och de små ”perifera” företagen. Det finns redan ett stort avstånd mellan de fyra stora researrangörerna och övriga, delvis på grund av den koncentrationsprocess som pågår i branschen genom sammanslagningar och förvärv, en utveckling som varit särskilt tydlig sedan den brittiska konkurrensmyndighetens rapport färdigställdes 1997. En nackdel med detta är att de kvarvarande små företagen bland annat inte får de stora företagens stordriftsfördelar. De kan inte som de större bolagen boka ett helt flygplan för charterflyg, vilket minskar flygbolagets risk att behöva genomföra flygningar utan att planet är fullsatt. Därför tar flygbolagen sannolikt ut ett högre pris av de små researrangörerna än av de stora för att kompensera sig för den större risken.¹²⁰

De små företagen drabbas också av konkurrenshinder jämfört med de stora företagen i distributionsledet. Eftersom de flesta semesterpaket inte säljs direkt utan via resebyråer behöver de mindre researrangörerna få tillgång till resebyråer för att kunna sälja sina produkter.¹²¹ De flesta resebyråkontor och alla de stora rikstäckande kedjorna kontrolleras dock av de fyra stora researrangörerna, vilket gör att de kan diskriminera de mindre på olika sätt, bland annat genom att begära avsevärt högre provision från mindre aktörer.¹²² De kan också genom sin starka ställning främja de egna

¹¹⁸ Airtours/First Choice, 1999, p. 52.

¹¹⁹ Airtours/First Choice, 1999, p. 54.

¹²⁰ Airtours/First Choice, 1999, p. 78.

¹²¹ Kommissionen tar i sin utredning inte upp hur stor försäljning som sker över Internet, men denna typ av försäljning torde med tiden uppta en allt större del av den totala reseförsäljningen.

¹²² Ett beteende som den brittiska konkurrensmyndigheten konstaterade i 1997 års rapport och som enligt kommissionens undersökningar fortsätter och till och med ökar.

produkterna genom riktad försäljning. Detta innebär alltså att de kontrollerar en viktig distributionsväg för paketresor, och så snart det är rationellt för dem kan diskriminera produkter som säljs av en växande konkurrent till förmån för de egna produkterna. Kommissionens slutsats i detta avseende blir alltså att alla dessa faktorer gör att de små leverantörerna inte kan konkurrera effektivt med de fyra stora.¹²³

Andra faktorer som också har betydelse för bedömningen av om en kollektivt dominerande ställning uppkommer på resemarknaden är enligt kommissionen låg priskänslighet i efterfrågan, likartade kostnadsstrukturer hos de största leverantörerna, stor insyn på marknaden, omfattande affärsförbindelser mellan de största leverantörerna, stora inträdeshinder på marknaden och obetydligt konsumentinflytande. Kommissionen anser att den planerade koncentrationen skulle förstärka alla dessa drag.¹²⁴ Särskilt kan noteras de problem som finns för företag som vill träda in eller expandera på resemarknaden. Det största hindren i dessa fall är tillgången på flygstolar och distribution på rimliga villkor via resebyråer. Som kommissionen tidigare uppgivit kontrolleras dessa allt mer av de stora researrangörerna och företagskoncentrationen skulle påskynda processen avsevärt. Kommissionen anser därför att hindren för tillträde till och expansion på de relevanta marknaderna redan är betydande och att de kommer att öka som en effekt av den anmälda transaktionen.¹²⁵

7.4.2.3 Airtours motargument

För att bemöta kommissionens invändningar har Airtours bland annat lagt fram argument som visar den påtänkta koncentrationens positiva effekter. Ett av argumenten innehåller en empirisk analys kallad Eckbo-Stillmann-testet. Testets grundläggande princip är att analysera hur aktiekurserna reagerar på nya stora förändringar. Som exempel anges om en koncentration ur aktiemarknadens synvinkel såg ut att främst öka de samgående företagens effektivitet, så skulle det förväntas att konkurrenternas aktiekurser skulle falla när koncentrationen offentliggjordes. Detta på grund av att koncentrationen skulle skapa en effektivare konkurrent. Om å andra sidan koncentrationen skulle leda till kollektiv dominans så skulle det förväntas att aktiekurserna i alla företagen skulle stiga till följd av koncentrationen. En analys enligt detta mönster gjordes av Airtours ekonomiska konsult. Vid analysen användes utvecklingen av Thomsons aktiekurs. Undersökningen visade särskilt att Thomsons aktiekurs föll betydligt när Airtours bud på First Choice offentliggjordes. I analysen drogs slutsatsen att detta styrker att aktiemarknaden såg Airtours bud som främjande för konkurrensen. Om budet istället skulle ha ansetts leda till svagare konkurrens skulle offentliggörandet av budet ha lett till en höjning av aktiekursen i Thomson.¹²⁶

¹²³ Airtours/First Choice, 1999, p. 86.

¹²⁴ Airtours/First Choice, 1999, p. 87.

¹²⁵ Airtours/First Choice, 1999, p. 116, 122.

¹²⁶ Airtours/First Choice, 1999, p. 154-155.

Kommissionen låter sig dock inte övertygas av Airtours argument utan avfärdar det ganska snabbt. Man anser att förändringar i aktiekurserna bara är indirekta bevis eftersom uppgifterna inte är direkt relaterade till den berörda marknaden, och att aktiekursinformationen ofta omgärdas av ”brus” från många andra händelser som kanske inte har med den aktuella marknaden att göra. Dessutom kan detta ”brus” förväntas vara högre under perioder då en mängd rykten om möjliga sammanslagningar cirkulerar. Kommissionen menar därför att det inte kan uteslutas att det kan finnas andra sannolika förklaringar till förändringarna i Thomsons aktiekurser än de som lagts fram i undersökningen, då denna inte kan förklara alla de större rörelserna i Airtours, First Choices och Thomsons aktiekurser. Slutsatsen blir följaktligen att det inte går att dra några trovärdiga slutsatser från analysen av Thomsons aktiekurs.¹²⁷

7.4.2.4 Slutsatser

Slutsatsen kommissionen drar av sin undersökning av marknaden och marknadsstrukturen före och efter företagskoncentrationen är att den anmälda transaktionen skulle hämma konkurrensen mellan de största researrangörerna ytterligare och att mindre bolag och nya marknadsaktörer inte skulle vara tillräckligt konkurrenskraftiga för att återupprätta balansen. Kommissionen anser också att företagskoncentrationen skulle ge en mer koncentrerad marknadsstruktur som skulle motivera de största leverantörerna ännu mer att undvika konkurrens. Resultatet av detta skulle bli prisökningar och vinstmaximering. Efter koncentrationen skulle Airtours/First Choice, Thomson och Thomas Cook få en kollektivt dominerande ställning på den brittiska resemarknaden. Inte heller skulle de åtaganden som Airtours lämnat in för att avhjälpa den kollektivt dominerande ställningen hindra att en sådan uppkommer.

Kommissionens besked till Airtours angående den föreslagna transaktionen blir följaktligen att den inte är förenlig med den gemensamma marknaden, då den skulle skapa en dominerande ställning på den brittiska marknaden för paketresor till utlandet med kortdistansflyg, och därigenom påtagligt hämma konkurrensen.¹²⁸

7.4.3 Airtours överklagande till förstainstansrätten

7.4.3.1 Grunderna för överklagandet

Airtours är inte nöjda med det beslut man får av kommissionen utan överklagar till förstainstansrätten, där företaget yrkar att förstainstansrätten skall ogiltigförklara det omtvistade beslutet och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Airtours åberopar fyra grunder till stöd för sin talan. I den första grunden anser man att kommissionen använt sig av

¹²⁷ Airtours/First Choice, 1999, p. 156-157.

¹²⁸ Airtours/First Choice, 1999, p. 158, 194.

uppenbart oriktiga bedömningar när den relevanta produktmarknaden definierades. Den andra grunden avser överträdelse av artikel 2 i koncentrationsförordningen och åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen, eftersom Airtours anser att kommissionen vid bedömningen av fallet tillämpat begreppet kollektivt dominerande ställning på ett nytt och felaktigt sätt. Även den tredje grunden avser överträdelse av artikel 2 då kommissionen konstaterade att den anmälda företagskoncentrationen skulle skapa en kollektivt dominerande ställning. Den fjärde grunden gäller överträdelse av artikel 8.2 i koncentrationsförordningen.¹²⁹

Vad beträffar den första grunden som gäller den relevanta produktmarknaden håller förstainstansrätten inte med Airtours om att kommissionens definition av denna varit bristfälligt motiverad. Man anser därför inte att talan kan vinna bifall på den första grunden.¹³⁰

När de gäller Airtours andra grund är förstainstansrätten mer medgörlig. Rätten anser dock att den andra och tredje grunden hör samman så pass, att uttalanden om huruvida kommissionens bedömningar av den anmälda företagskoncentrationens inverkan på konkurrensen var välgrundade eller ej, bör göras inom ramen för den tredje grunden. Airtours avser inom den tredje grunden att visa att kommissionen gjort en oriktig bedömning när den beslutade att koncentrationen i fråga skulle förbjudas. Företaget anför för detta syfte att det inte har styrkts i det omtvistade beslutet att koncentrationen skulle leda till att det skapades en kollektivt dominerande ställning som påtagligt skulle kunna hämma konkurrensen på den relevanta marknaden. Airtours anser därför att kommissionen genom att förbjuda koncentrationen överträdde artikel 2 i koncentrationsförordningen.¹³¹

7.4.3.2 Förstainstansrättens bedömning

Förstainstansrätten börjar med att konstatera att tre villkor måste vara uppfyllda för att en kollektivt dominerande ställning skall kunna uppkomma. För det första måste varje företag som ingår i oligopolet kunna få kännedom om de övriga företagens agerande för att kunna kontrollera huruvida de antar samma strategi. Det måste således finnas tillräcklig insyn på marknaden för att varje företag som ingår i oligopolet skall kunna få tillräckligt exakt och omedelbar kännedom om utvecklingen av vart och ett av de övriga företagens beteende på marknaden. För det andra måste den tysta samordningen varaktigt kunna bestå. Detta innebär att det måste finnas ett incitament för att inte frångå den gemensamma handlingslinjen på marknaden. För det tredje måste kommissionen för att styrka att en kollektivt dominerande ställning är för handen även visa att de faktiska och potentiella konkurrenternas och konsumenternas förutsedda reaktion inte skulle motverka den gemensamma strategins förväntade verkningar. Enligt

¹²⁹ Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 16.

¹³⁰ Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 46, 48.

¹³¹ Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 54-55.

förstainstansrätten åligger det kommissionen en tung bevisbörda i dessa fall.¹³²

Förstainstansrätten går sedan in och gör en närmare prövning av kommissionens beslut. I många avseende anser man att kommissionen har gjort felaktiga bedömningar. Bland annat tycker förstainstansrätten att kommissionen gjort en felaktig bedömning vid sin analys av den befintliga konkurrensen på den relevanta marknaden före anmälan. Detta anser domstolen eftersom kommissionen inte styrkt sin bedömning att det redan fanns en tendens till kollektiv dominans. Förstainstansrätten anser även att kommissionen missuppfattat delar av de uppgifter som lämnats in till kommissionen under det administrativa förfarandet, bland annat uppgifter om den årliga tillväxten på den brittiska marknaden för semesterresor. I sitt beslut skriver rätten att kommissionen har bortsett från det inlämnade utdragets författares betoning av den kraftiga ökningen av försäljningen av semesterresor till utlandet under de senaste 20 åren. Istället har kommissionen tolkat dokumentet på ett godtyckligt sätt, trots att den bestämde sig för att använda det som ett viktigt dokument för sin bedömning att marknaden hade vuxit måttligt under 90-talet och skulle fortsätta att göra det.¹³³

Ytterligare exempel på kritik som förstainstansrätten anfört mot kommissionens beslut är bland annat att kommissionen inte har gjort en adekvat undersökning av den befintliga konkurrensen mellan de största researrangörerna vid tidpunkten för anmälan samt att kommissionen gjort felaktiga bedömningar av efterfrågans utveckling och förutsägbarhet, samt av graden av insyn på marknaden. Förstainstansrätten anser även att kommissionen felaktigt bedömt att nämnda egenskaper i förevarande fall gjorde det lättare att skapa en dominerande ställning.¹³⁴ Vidare menar domstolen också att kommissionen har missbedömt situationen för de små företagen i branschen, när man ansåg att de små researrangörerna inte skulle ha en sådan tillfredsställande tillgång till flygstolar och till distribution av sina produkter till konsumenterna, att de skulle kunna öka sin kapacitet i syfte att dra nytta av den brist på produkter som enligt kommissionen skulle uppstå om koncentrationen tilläts. Förstainstansrätten tycker därför att kommissionen underskattade de små researrangörernas möjligheter att öka sin kapacitet, för att dra nytta av den situation med underkapacitet totalt sett som de stora researrangörerna skulle ge upphov till. Därigenom skulle de små researrangörerna, enligt förstainstansrätten, ha kunnat motverka att en kollektivt dominerande ställning skapades till följd av den anmälda koncentrationen.

Slutligen anser förstainstansrätten också att kommissionen haft fel när den ansåg att konsumenterna inte haft något betydande konsumentinflytande på

¹³² Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 62.

¹³³ Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 130.

¹³⁴ Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 181.

marknaden för paketresor. Det är ostridigt att konsumenterna gör jämförelser innan de köper semesterresor. Förstainstansrätten anser därför att kommissionen har underskattat den roll som de brittiska konsumenterna skulle kunna spela genom att försöka skaffa sig bättre priser av de små researrangörerna.¹³⁵ En sammanfattande slutsats blir alltså att rätten finner att kommissionen inte har gjort en riktig bedömning av de små researrangörernas, de potentiella konkurrenternas och konsumenternas förutsägbara reaktioner och att den har underskattat nämnda reaktioner som möjlig motvikt för att förhindra att en kollektiv dominerande ställning skapas. Detta leder till att förstainstansrätten slutligen finner att kommissionen inte har styrkt att koncentrationen skulle förändra den relevanta marknads struktur på så sätt att de största aktörerna skulle upphöra att agera som de tidigare gjort och en kollektiv dominerande ställning skulle skapas. Airtours talan bifalles således på den tredje grunden och kommissionens beslut ogiltigförklaras.¹³⁶

Förstainstansrätten nöjer sig dock inte med att bara ogiltigförklara kommissionens beslut. Man riktar också skarp kritik mot kommissionens sätt att bedöma fallet. Rätten anser exempelvis att prognoserna i beslutet är långt ifrån grundade på säkra bevis och att en rad oriktiga bedömningar har gjorts avseende faktorer som är väsentliga vid bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning skapas. Detta innebär enligt förstainstansrätten att kommissionen har förbjudit koncentrationen utan att ha styrkt att den skulle ha lett till att de tre stora researrangörerna fick en kollektiv dominerande ställning som skulle kunna medföra att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmades. Det är sålunda en svidande kritik som riktas mot kommissionens sätt att hantera och bedöma fallet.

7.5 Schneider Electric/Legrand

7.5.1 Allmänt om kommissionens bedömning

Schneider Electric SA är ett företag, registrerat i Frankrike, som tillverkar och säljer elektriska produkter och system. Den 16 februari 2001 anmäler man till kommissionen att man planerar köpa en större mängd aktier i företaget Legrand SA, även det ett företag med specialisering på elektrisk utrustning. Kommissionen konstaterar snabbt att koncentrationen har gemenskapsdimension och att dess förenlighet med den gemensamma marknaden måste ifrågasättas. Den 30 mars 2001 beslutar kommissionen därför att inleda ett Fas II-förfarande. Efter flera turer fram och tillbaka där de båda företagen besvarar ett flertal frågor och lägger fram förslag på hur man skulle kunna komma överens, kommer slutligen beslutet från kommissionen den 10 oktober 2001. I beslutet förklarar kommissionen att

¹³⁵ Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 275.

¹³⁶ Airtours plc mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 293.

den föreslagna koncentrationen där Schneider skulle få ensam kontroll över Legrand är oförenlig med den gemensamma marknaden.¹³⁷ Beslutet grundas på antagandet att fusionen skulle skapa en dominerande ställning för den nya koncentrationen på flertalet marknader runt om i Europa, men även förstärka en redan dominerande ställning på andra marknader, vilket skulle skada konkurrensen. Kommissionen konstaterar också att de förslag som Schneider lagt fram för att försöka lösa konkurrensproblemen inte är tillräckliga för ett godkännande av fusionen.¹³⁸

7.5.2 Förstainstansrättens bedömning av fallet

Förstainstansrättens inställning i sin analys av kommissionens beslut är starkt kritisk till kommissionens resonemang. Schneider Electric SA har i sitt överklagande av kommissionens beslut lyft fram flera punkter där man anser att kommissionen brustit i sitt resonemang eller inte haft tillräckligt stöd för sina slutsatser. Förstainstansrätten håller med Schneider på de flesta punkterna, som i stort går ut på att företaget inte anser att kommissionen tillräckligt bevisat att den påtänkta koncentrationen verkligen kommer att få en sådan styrka som kommissionen påstått. För att bevisa detta hävdar Schneider bland annat att kommissionen gjort fel när den gjort sina marknadsbedömningar och därför överskattat koncentrationens styrka. Kommissionen har exempelvis varit slarvig när den bedömt koncentrationens finansiella styrka genom att titta på alla dess produkter och märken runt om i Europa tillsammans, istället för att titta på varje nationell marknad för sig. Förstainstansrätten går i detta fall på Schneiders linje och ger företaget rätt i att kommissionen på grund av slarviga och felaktiga bedömningar har överskattat koncentrationens styrka på de nationella marknaderna.¹³⁹

Ett ytterligare exempel på kommissionens slarviga bedömningar lyfter förstainstansrätten fram genom att hävda att kommissionen gjort fel när den vid bedömningen av koncentrationens inverkan på nationella marknader för en särskild produkt, inte tog hänsyn till ABB:s och Siemens försäljningssiffror, och därför underskattade dessa företags marknadsandelar. Genom att underskatta dessa stora företag blev följden att kommissionen överskattade koncentrationens makt på flertalet europeiska marknader.¹⁴⁰

Förstainstansrätten riktar alltså stark kritik mot kommissionens sätt att bedöma företagens marknadspositioner. Flertalet gånger skriver man i sin dom att kommissionen misslyckats med att bevisa sina slutsatser och uppfylla sin bevisbörda. Man anser också att de fel och brister man funnit i kommissionens beslut är allvarliga och tillräckliga för att skada

¹³⁷ Schneider Electric SA/Legrand SA, 2001, p. 1.

¹³⁸ Schneider Electric SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 57-59.

¹³⁹ Schneider Electric SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 232, 255-256, 262.

¹⁴⁰ Schneider Electric SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 269, 292, 296.

trovärdigheten i konkurrensbedömningen. Schneider har dessutom ytterligare ett skäl till varför man anser att beslutet bör ogiltigförklaras. Schneider anser sig av kommissionen ha blivit fråntagen rätten att försvara sig på ett korrekt sätt. I de påpekanden som kommissionen sände parterna innan beslutet fattades fanns det inte möjlighet för Schneider att kommentera alla de punkter som kommissionen senare hävdade skulle skapa konkurrensproblem på den franska marknaden för en viss typ av produkter. Detta innebär att Schneiders rätt till försvar gentemot kommissionens argument har blivit kränkt i olika avseenden. Bland annat har Schneider inte fått möjlighet att ge förslag som skulle ha kunnat lösa de konkurrensproblem kommissionen hävdade skulle uppstå på den relevanta franska marknaden. Effekten av detta blir extra allvarlig, när man har i åtanke att kommissionen själv sagt att det enda som kan hindra att en koncentration som faller under förordningen¹⁴¹ förklaras oförenlig, är hjälpåtgärder från företagen. Följaktligen har beslutet i detta fall blivit ogiltigt på grund av denna kränkning av ena partens rättigheter, och förstainstansrätten ogiltigförklarar sålunda kommissionens beslut redan på denna grund, utan att behöva använda de andra grunderna.

7.5.3 Slutsatser

Vid en summering av förstainstansrättens analys ser man att det är allvarlig kritik som riktas mot kommissionens agerande. I flertalet avseenden anser förstainstansrätten att kommissionen brustit i uppfyllandet av sin bevisbörda och på så sätt dragit felaktiga slutsatser. Flera gånger har kommissionen dragit den felaktiga slutsatsen att koncentrationen skulle få en dominerande ställning på olika marknader, och sålunda även skada sina konkurrenter, när det sedan visat sig att man dragit förhastade, otillräckliga slutsatser i frågan. Denna brist kan naturligtvis bero på slarv och stress, men troligt är också att denna effekt uppstår på grund av den marknadssyn kommissionen har. Det faktum att konkurrenternas styrka underskattas och koncentrationens överskattas, kan grunda sig i det som de amerikanska myndigheterna hävdade, nämligen att kommissionen har för litet förtroende för marknadens egen kraft. I USA är man mindre benägen att genom myndighetsbeslut gå in och blockera koncentrationer på marknaden, och mer benägen att lita till konkurrentföretagens egen förmåga att överleva på marknaden, allt för att i slutändan skapa effektivitet och göra det bättre för kunderna. Det finns en möjlighet att kommissionen faktiskt generellt har en inställning som underskattar konkurrenternas kraft och kanske försöker skydda dem för mycket. Kanske är detta en bidragande faktor till att kommissionen omedvetet överskattar de påtänkta fusionernas framtida styrka.

Den sista delen i förstainstansrättens kritik är naturligtvis också mycket allvarlig. Här har kommissionen brustit i sitt processuella förfarande och inte låtit motparten få sin sak rättvist prövad. Det är naturligtvis viktigt för fusionerande företag att de får rätt till en fullständig prövning av alla de

¹⁴¹ Artikel 2 (3)

möjliga lösningsförslag de kan ha till kommissionens invändningar. Som kommissionen själv påpekat är det oftast den enda möjligheten de företag har, som faller under förordningen, att göra omorganiseringar i sin företagsstruktur för att få sina påtänkta fusioner godkända. Får man då inte i förväg veta vilka invändningar kommissionen har mot fusionen är det naturligtvis mycket svårare att förbereda avhjälpningsförslag. Det är sålunda nödvändigt för kommissionen att ta till sig av förstainstansrätten kritik för att i fortsättningen kunna förbättra sin beslutsprocess.

7.6 Tetra Laval/Sidel

7.6.1 Bakgrund och kommissionens bedömning

Den 27 mars 2001 presenterar Tetra Laval SA ett bud, enligt vilket man vill köpa aktier i det franska företaget Sidel SA. Båda företagen är aktiva inom paketeringsbranschen, där Tetra bland annat sysslar med kartong- och plastpaketering av flytande föda, medan Sidel bland annat är aktivt inom design och produktion av paketeringsutrustning. Tetra Laval köper en stor del av aktierna i Sidel och den 18 maj 2001 anmäls innehavet till kommissionen.¹⁴² Kommissionen inser snabbt att den föreslagna fusionen skapar tveksamhet om dess förenlighet med den gemensamma marknaden, och den 5 juli 2001 beslutar man att inleda ett Fas II-förfarande.¹⁴³

Drygt två månader senare sänder kommissionen parterna sina invändningar, där det klargörs varför man är tveksam beträffande fusionens förenlighet med den gemensamma marknaden. Samma månad sänds även ytterligare invändningar till parterna. För att komma till rätta med kommissionens invändningar föreslår parterna en stor mängd lösningar och åtagande. Dessa är dock inte tillräckliga för att dämpa kommissionens oro över fusionens skadliga påverkan på konkurrensen, för den 30 oktober 2001 beslutar kommissionen¹⁴⁴ att förklara den påtänkta koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden.¹⁴⁵

7.6.2 Förstainstansrättens dom

Förstainstansrätten är även i detta fall mycket kritisk mot resonemangen och slutsatserna i kommissionens beslut, och kritiken är väldigt lik den som framförts i tidigare fall. I detta fall har Tetra Laval bett rätten att göra sin bedömning med utgångspunkt i hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut om man fullföljt de åtaganden man erbjudit kommissionen att göra, för att minska konkurrens-skadorna. Tetra Laval yrkar att förstainstansrätten skall ogiltigförklara kommissionens beslut, och dess första grund för detta är av

¹⁴² Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 9-14.

¹⁴³ Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 16.

¹⁴⁴ Tetra Laval SA/Sidel, 2001.

¹⁴⁵ Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 17-24.

processrättslig karaktär. Företaget anser att kommissionen inte respekterat dess rätt att ta del av det material som rör fallet, innan det omtvistade beslutet togs. Kommissionen har när man tog sitt beslut förlitat sig på dokument, som man aldrig förmedlade till parterna. Förstainstansrätten är dock inte överens med Tetra Laval på denna punkt, utan anser att företagets rätt till ett rättvist försvar inte kränktes när de bara fick tillgång till icke-konfidentiellt material.¹⁴⁶

I sin andra grund för överklagandet anser Tetra Laval att kommissionen brutit mot Artikel 2 i koncentrationsförordningen när man gjorde sin konkurrensbedömning. Tetra Laval menar att de åtaganden man erbjöd kommissionen eliminerade alla eventuella negativa horisontella och vertikala effekter på konkurrensen, som kommissionen identifierat. Invändningarna från kommissionen gentemot fusionen är sålunda ogrundade när man talar om den modifierade fusionen. Förstainstansrätten gör en analys av kommissionens bedömning och kommer återigen fram till att kommissionen inte uppfyllt sin bevisbörda. Man anser i detta fall att kommissionen inte lyckats visa att fusionen verkligen skulle skapa negativa effekter på konkurrensen. Rätten skriver att de negativa horisontella effekterna på de olika marknaderna är näst intill obefintliga för den modifierade fusionen. Kommissionen har således gjort ett uppenbart fel i sin värdering när den förlitade sig på de horisontella effekterna av den modifierade fusionen för att stödja sin slutsats att en dominerande position skulle skapas på vissa marknader.

När det gäller de vertikala effekterna är förstainstansrätten lika negativ gentemot kommissionens bedömning, och framhåller att kommissionen inte lyckats visa att den modifierade fusionen skulle skapa vertikala effekter på de berörda marknaderna. Även i detta fall har alltså kommissionen gjort ett tydligt fel i sin värdering när man förlitade sig på dessa effekter för att stödja sin slutsats att en dominerande ställning skulle skapas för den nya koncentrationen. Förstainstansrätten framhåller dock att dessa fel inte är tillräckliga för att ogiltigförklara kommissionens beslut, eftersom den samlade effekten som kommissionen framhållit kan vara tillräckligt för att rättfärdiga dess beslut.¹⁴⁷ Domstolen måste därför slutligen göra en samlad analys av effekterna på de olika produktområdena.

En generell slutsats som kan dras av det som förstainstansrätten kommit fram till i denna samlade analys är att man, precis som i tidigare mål, är mycket kritisk till hur kommissionen har hanterat fallet och sin egen utredning. Förstainstansrätten påpekar på flera ställen i domen att kommissionen misslyckats med att bevisa sina ståndpunkter eftersom den inte lagt fram tillräckligt övertygande bevis. Detta har också lett till att kommissionen på flera ställen gjort felaktiga värderingar och dragit felaktiga slutsatser. En annan synpunkt som också känns igen från tidigare domar är

¹⁴⁶ Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 82-118.

¹⁴⁷ Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 140-141.

att kommissionen underskattat parternas konkurrenter. Domstolen menar att kommissionens beslut saknar en adekvat analys av konkurrensen på flera av företagets produktmarknader, och man har således underskattat den starka konkurrens som faktiskt finns och fortfarande växer. Beslutet borde ha innehållit en mer noggrann undersökning av hur konkurrenssituationen faktiskt såg ut och hur den skulle komma att utvecklas.¹⁴⁸ Kritiken mot kommissionen är dessutom väldigt allvarlig i ett av dessa fall då domstolen anser att kommissionen var väl medveten om en konkurrents stora kapacitet, men inte förklarat varför man ansett detta vara irrelevant för beslutet.¹⁴⁹

Förstainstansrättens slutsats blir således att kommissionen inte lyckats visa att den nya koncentrationen skulle få så negativa konkurrens effekter som man hävdade, och att kommissionen därför begått ett uppenbart misstag när den förbjöd den modifierade fusionen på de i beslutet angivna grunderna. Tetra Laval talan bifalls alltså, då det saknas både horisontell, vertikal och samlad negativ konkurrens effekt, och kommissionens beslut ogiltigförklaras.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 294, 331.

¹⁴⁹ Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 331.

¹⁵⁰ Tetra Laval SA mot Europeiska kommissionen, 2002, p. 336-338.

8 Sammanfattande analys

EU:s fusionskontroll innehåller flera problemområden. Det finns i många avseenden brister som behöver åtgärdas. Jag har i uppsatsen försökt lyfta fram de områden jag ansett vara de mest intressanta. De flesta problemen rör kommissionens sätt att utföra sina utredningar, men det finns även en del problematik avseende koncentrationsförordningen som sådan. Ett exempel på detta är de oklarheter som förhållandet mellan förordningen och artiklarna 81 och 82 i Romfördraget skapar. Det är olämpligt att det i ett rättssystem som det europeiska, där man hela tiden arbetar för att harmonisera de nationella lagstiftningarna med de gemenskapsrättsliga, fortfarande finns så stora otydligheter. Det faktum att det finns flera olika sätt att bedöma samma fall beroende på vilken lagstiftning man väljer, innebär en allvarlig rättsosäkerhet. Företag och myndigheter måste kunna lita på att liknande fall bedöms på samma sätt och med hjälp av samma lagstiftning. Denna förutsebarhet är en förutsättning för att företag som planerar att gå samman skall kunna förbereda sig på bästa möjliga sätt inför den kommande kontrollen.

Det är också viktigt att kommissionens bedömningsgrunder i viss mån går att förutse. Detta visade sig tydligt i fallet med SEB och Föreningssparbanken. De båda bankerna hade redan lagt ner mycket tid och pengar på att förbereda sammanslagningen när det visade sig att kommissionen hade alltför omfattande invändningar för att fusionen skulle vara lönsam för bankerna att genomföra. Bankernas ansökan återtogs sålunda, även om kommissionen hävdade att det fortfarande fanns mycket som skulle kunna göras för att avhjälpa problemen. Skadan var emellertid redan skedd och bankerna ansåg att det var bäst att lägga ner projektet. Hade man däremot istället haft klarare direktiv från början om vad som skulle krävas av parterna hade man kunnat göra en bättre kostnadsbedömning innan processen sattes igång, och därmed i förväg kunna bedöma vilka uppostringar som skulle krävas för att få fusionen godkänd av kommissionen, och om den var värd besväret.

Behovet av information och klara direktiv är stort inte bara före, utan även under processen, och företagen måste sålunda även under processens gång få snabb vetskap om kommissionens invändningar för att kunna anpassa sina företagsstrukturer. Kommissionen har i uttalanden sagt att företag som skapar koncentrationer med gemenskapsdimension har som enda chans att få koncentrationerna godkända, att anpassa sig och göra ändringar i företagsstrukturerna. Därför är det naturligtvis även här väldigt viktigt att kommissionen upplyser företagen direkt om vilka invändningar den har så att företagen kan anpassa sig efter dem. Kommissionen har inte alltid skött sig på denna punkt och i fallet Schneider Electric fick kommissionen stark kritik av förstainstansrätten för att den inte låtit Schneider Electric ta del av alla de invändningar som sedan hänvisats till i beslutet att förbjuda

koncentrationen. Kritiken är mycket allvarlig och kommissionen behöver se över sina rutiner i detta avseende.

Ett annat problem som behöver lösas inom den europeiska fusionskontrollen är behandlingen av EU:s mindre medlemsländer. Som tidigare nämnts är det lättare för företag i små länder att nå en dominerande ställning på den relevanta marknaden, eftersom denna ofta avgränsas nationellt. Detta gör det därmed svårt för företag i små länder att gå samman och uppnå en internationellt sett ledande position. EU har försvarat sig med att hävda att företag i mindre länder kan lösa detta problem själva genom att gå samman med företag i andra länder istället för med företag i det egna landet. Ett annat alternativ skulle även kunna vara att etablera sig i andra länder och på så sätt öka sin relevanta marknad. Dessa förslag kan säkert lösa problemen i vissa fall, men det finns ändå anledning att försöka komma till rätta med grundproblemet.

Ett alternativ skulle kunna vara att även i detta fall väga in effektivitetsvinster i konkurrensbedömningen. Detta praktiseras redan i USA och Kanada, och gör bedömningen betydligt mer individuell eftersom man i varje enskilt fall går in och undersöker om koncentrationen, trots att den minskar konkurrensen något, ändå kan ha övervägande positiva effekter. Dessa positiva effekter skall förhoppningsvis i slutändan sedan visa sig för konsumenterna. För att kommissionen skall kunna väga in dessa aspekter krävs det dock klarhet i regelsystemet. En del anser att fusionsreglerna tillåter att effektivitetsvinster övervägs i bedömningen. Kommissionen har emellertid gjort uttalanden som tyder på motsatsen, så det är tveklöst att klarhet krävs. Ett förslag är här att i koncentrationsförordningen, enligt amerikansk modell, införa riktlinjer för bedömningen, i vilka kommissionen uppmanas att även beakta effektivitetsvinster. På så sätt undgår man risken att förbjuda fusioner som i slutändan skulle fått positiva effekter.

Det finns dock de som hävdar att kommissionen skulle få ta in och bearbeta en alldeles för stor mängd material och information, om detta genomfördes. Detta är säkert riktigt, men det finns flera sätt att lindra eller lösa problemet på. Ett av de enklaste är att företagen får bevisbördan för effektivitetsvinsten. På så sätt minskar kommissionens arbetsbörda. Ett annat sätt att minska kommissionens tunga arbetsbörda är att utöka antalet utredare i Merger Task Force. I USA har man en större arbetsstyrka med ekonomer som jobbar med att utreda påtänkta koncentrationer, vilket naturligtvis ger större möjligheter till grundlig behandling av varje fall. Ett ytterligare argument som använts mot att man borde överväga effektivitetsvinster är det faktum att systemet då blir mer svåröverskådligt eftersom det vägs in fler grunder i beslutet. Detta torde dock inte bli den verkliga effekten eftersom det redan i vissa fall anses att reglerna tillåter att hänsyn tas till effektivitetsvinster. En tydlig formulering skulle istället endast klargöra situationen och förbättra insynen för utomstående parter. Det finns alltså stor anledning att ta efter det amerikanska systemet och väga in effektivitetsvinster i bedömningen, och på så sätt göra

konkurrensbedömningen av företag i små medlemsländer mer jämlik den av företag från större länder. Detta trots att man inte helt kan bedöma hur stor del av dessa vinster som i verkligheten kommer konsumenterna tillgodo, eftersom de positiva effekterna ändå torde bli större än de negativa.

Ett annat område inom den europeiska fusionskontrollen där kommissionen också har en del att lära av det amerikanska systemet är processen för att bestämma om koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning. I Europa använder kommissionen ett dominantest för att avgöra om den blivande koncentrationen kommer att påtagligt hämma konkurrensen på den gemensamma marknaden. I exempelvis USA och Kanada används istället SLC-testet, som innebär att man undersöker om koncentrationen skapar en märkbar begränsning av konkurrensen. Det föreligger flera likheter mellan systemen, men det finns ändå anledning att ytterligare harmonisera reglerna. En fullständig harmonisering skulle skapa en global norm vilket skulle förbättra möjligheterna till ett effektivt samarbete mellan EU och Amerika, när ärenden anmäls i flera jurisdiktioner. Detta skulle även öka förutsebarheten för de inblandade företagen eftersom det blir lättare för dem att göra bedömningar av möjliga konkurrensproblem, då de endast behöver koncentrera sig på ett regelsystem. De slipper också förbereda sig för att argumentera för sin transaktion på olika sätt beroende på var den är anmäld, vilket även minskar parternas kostnader för transaktionen. En ytterligare vinst med att myndigheterna tillämpar samma kriterier är att man inte behöver lägga så mycket tid och kraft på att argumentera för kriterierna i sig och istället kan koncentrera sig på den materiella bedömningen. På så sätt blir det också lättare att jämföra olika länders myndigheters arbete och bedömningar, och även i fortsättningen utveckla samarbeten för harmoniseringar.

Alla förändringar för naturligtvis även med sig en del övergångsproblem och så även i detta fall. Förändring av en rättstillämpning innebär att gammal praxis inte längre är lika aktuell och pålitlig. För Europas del måste man även ta hänsyn till de olika ländernas lagstiftningar. Många av dem har anpassat sina regler för fusionskontroll efter det gällande dominanskriteriet. Om inte dessa ändras i enlighet med det nya kriteriet kommer vi samtidigt som vi får en bättre internationell samordning, få större olikheter inom gemenskapen. Detta är naturligtvis inte önskvärt så det krävs att medlemsländerna är villiga att göra ytterligare anpassningar, för att det skall bli någon verklig förbättring av samarbetet med hjälp av SLC-testet. Personligen tror jag dock att det kan vara värt de övergångsbesvär som kan uppkomma av att göra förändringar i systemet och harmonisera det europeiska konkurrenskriteriet i enlighet med det amerikanska, om detta medför att vi får ett internationellt fungerande konkurrenskriterium. Fallet Boeing/Mc Donnell Douglas visar hur viktigt det är att olika länders myndigheter, speciellt USA:s och Europas, lyckas skapa klara regler för hur fusionskontrollen skall skötas. Företag i dagens samhälle får allt större möjligheter att expandera över nationella gränser och det är därför viktigt att lagstiftningen hänger med och försöker förenkla både för de involverade

företagen att göra lönsamma sammanslagningar, men också för konkurrensmyndigheterna att sköta en effektiv kontroll av koncentrationerna. Det är ingen tvekan om att fusionskontrollen förlorar mycket av sin effektivitet och handlingskraft när de beslutande myndigheterna inte kan hålla sams.

Ett annat bra exempel på problematik som kan uppstå när olika myndigheter bedömer samma fall med hjälp av olika grundkriterier ger fallet General Electric/Honeywell. Koncentrationen kom att bedömas av både kommissionen och amerikanska konkurrensmyndigheter, men med olika resultat. Kommissionen blev efter sitt negativa beslut starkt kritiserad från flera håll. Mycket av kritiken kom från amerikanska konkurrensexperter och det är värt att titta närmare på denna för att se om kommissionen behöver ta åt sig av denna kritik för att förändra sitt eget sätt att resonera.

En ofta återkommande slutsats i de amerikanska kommentarerna var att den amerikanska fusionskontrollen i grunden är annorlunda än den europeiska. Trots att det i koncentrationsförordningen är angivet att ett förvärv skall gynna konsumenterna för att det skall tillåtas, verkar kommissionen i flera av sina beslut ha tagit större hänsyn till andra faktorer, främst konkurrenternas välmående, medan man i USA premierar effektivitetsvinster som kan gynna konsumenterna. I USA är myndigheterna inte alls lika benägna att skydda konkurrenter från fusioner som kommer att skapa starka, effektiva koncentrationer, inte ens om de riskerar att köra bort eventuella konkurrenter från marknaden. En förklaring till detta har ansetts vara att man har större förtroende för den självläkande kraften hos marknaden, speciellt när den innehåller starka konkurrenter som själv hittar sätt att skydda sig mot uppåtsträvande monopolister, än för effekten av regeringsstyrda interventioner på olika marknader. Denna syn visade sig särskilt i Honeywell-fallet där man i USA hade större förtroende för Honeywells konkurrenters möjligheter att klara konkurrensen från den nya koncentrationen, och sålunda var mer optimistiska inför marknads egen kraft, än kommissionen var. Detta förtroende för marknaden gör också att man inte gärna lägger för stor vikt vid konkurrenters uttalande att om att en påtänkt fusion kommer att innebära deras undergång. Det krävs starka empiriska bevis innan hänsyn tas till liknande uttalanden. Kommissionen har försvarat sitt eget sätt att resonera genom att hävda att det amerikanska synsättet är alltför ”darwinistiskt”.

Vad är det då som ligger bakom de faktum att man kommer till så olika slutsatser i sina beslut och att man verkar ha en så olik syn på hur fusionskontrollen skall skötas och vem den skall skydda? Varför är det så viktigt att man försöker enas och harmonisera sina målsättningar med kontrollen? Som svar på den första frågan kan anges flera faktorer. Främst handlar det om att man helt enkelt har en annorlunda grundsyn på marknads egna möjligheter. Att konkurrensmyndigheterna i USA sätter en så liten tilltro till regeringsstyrda interventioner i marknaderna medför att myndigheterna blir ovilliga att styra och ställa i onödan, medan

kommissionen i Europa ser det mer som en nödvändighet för att marknaden och konkurrensen skall fungera effektivt.

En annan förklaring till varför besluten får olika utgång är att man i USA har en betydligt större arbetsstyrka som jobbar med att utreda fallen, vilket naturligtvis medför större möjlighet att utföra grundliga, individuella undersökningar om koncentrationens framtida konkurrenspåverkan och även hur konkurrens-situationen ser ut på marknaden vid tiden för beslutet. Detta medför samtidigt att man även i efterhand bättre kan följa upp hur koncentrationer och de effektivitetsvinster som de skapar verkligen påverkar marknaden och i slutändan konsumenterna. I flera av kommissionens beslut rörande koncentrationer har kommissionen kritiserats för att den inte tillräckligt utrett hur konkurrens-situationen verkligen såg ut på de relevanta marknaderna, och vilka effekter koncentrationen i fråga skulle få. Kanske är det en lösning för kommissionen att anställa fler personer till Merger Task Force för att förbättra denna dåliga statistik. Moderniseringsförslag finns inom detta område men än så länge är denna underbemanning förmodligen en av anledningarna till varför bristfälliga utredningar ibland görs och besluten ofta blir mer negativa än nödvändigt.

En tredje förklaring till varför det kan finnas skillnader i den europeiska och den amerikanska bedömningen är att de juridiska kontrollapparaterna är uppbyggda på olika sätt. I Europa är det oftast kommissionen som sköter alla delar av processen, det vill säga både utreder, invänder och beslutar. I USA måste konkurrensmyndigheterna istället vara beredda på att försvara sitt beslut inför en federal domare, när de bestämmer sig för att blockera en fusion. De faktum att konkurrensmyndigheterna i USA ställs inför en oberoende part är en viktig skillnad gentemot det europeiska systemet, eftersom det kräver en större arbetsinsats när det gäller att bevisa sin sak. Den starka ställningen som kommissionen har kan ibland sätta rättssäkerheten i fara, eftersom den oftast inte behöver svara inför någon annan instans, utan endast ensam besluta i fallet. En lösning på detta problem skulle kunna vara att kommissionen, som myndigheterna i USA, var tvungen att hänskjuta ärendet till en oberoende, dömande instans.

Det finns sålunda flera anledningar till varför de två konkurrensmyndigheterna kommer fram till olika slutsatser i sina beslut. Men varför är det då så viktigt att man försöker enas om riktlinjerna för koncentrationskontrollen? Det mest självklara är naturligtvis att denna oenighet ökar transaktionskostnaderna för de inblandade parterna när de måste lägga upp sina fall på olika sätt beroende på var de är i världen. Processen tar längre tid och kostar mer, men detta problem skulle alltså enkelt kunna åtgärdas genom en harmonisering av myndigheternas beslutsprocess. Det största problemet med oeniga beslut hos de två myndigheterna är dock inte av ekonomisk art, utan av betydligt mer generell karaktär. För att kunna upprätthålla en stark konkurrenspolitik världen över krävs det att man inte underminerar varandras beslut genom all kritik och pajkastning. Detta skapar en oreda och osäkerhet som ingen

konkurrensmyndighet drar nytta av. Därför är det så viktigt att man lyckas enas om riktlinjer för hur koncentrationskontrollen skall skötas, och i detta fall har kommissionen mycket att lära av de amerikanska myndigheterna.

Kritiken mot kommissionen har dock inte bara kommit från USA, utan även från andra organ inom EU. Det är främst förstainstansrätten som i flera domar starkt kritiserat kommissionens beslut. I fallet *Airtours/First Choice* behandlades frågan om kollektiv dominans skulle skapas på resemarknaden. Kommissionen hade i sitt beslut ansett att så var fallet men förstainstansrätten ändrade detta beslut med besked, och riktade stark kritik mot kommissionens sätt att undersöka situationen. Man ansåg att kommissionen i flera fall gjort felaktiga bedömningar vilket lett till felaktiga slutsatser. Kommissionen hade också gjort en felaktig bedömning av konkurrensen på den relevanta marknaden före beslutet, och misstolkat uppgifter i dokument som lämnats in till kommissionen under det administrativa förfarandet. En återkommande åsikt i denna och flera andra av förstainstansrättens domar är också att kommissionen underskattat konkurrenternas och konsumenternas möjlighet till motvikt mot den nya koncentrationen. Ofta överskattar kommissionen koncentrationens styrka samtidigt som den verkar ovillig att till fullo uppskatta konkurrenternas kapacitet. Denna tendens grundar sig möjligtvis i en omedveten vilja att skydda konkurrenterna från koncentrationens framtida verkningar. Förstainstansrättens slutsats innebär en hård dom mot kommissionens sätt att sköta fallet. Kommissionen har grundat sitt beslut på osäkra bevis och gjort en rad förhastade, felaktiga bedömningar.

I flera andra fall riktar förstainstansrätten liknande kritik mot kommissionens beslut. Det rör sig främst om att kommissionen underskattat konkurrenterna på marknaden och gjort bristfälliga undersökningar om hur konkurrensen såg ut på marknaden vid tillfället för anmälan, vilket i slutändan lett till felaktiga beslut. I fallet *Tetra Laval/Sidel* har kommissionen dessutom varit medveten om en konkurrents stora kapacitet, men i beslutet inte redovisat varför man ansett detta var irrelevant för beslutet.

Det är sålunda allvarlig kritik som har riktats mot kommissionens sätt att sköta den europeiska fusionskontrollen. Kommissionen behöver se över sina rutiner för att undersöka var förbättringar kan göras. Personligen tror jag att man i Europa har mycket att lära av det amerikanska synsättet, främst när det gäller kommissionens arbete. Koncentrationsförordningen fungerar bra i de flesta avseenden, även om några få områden behöver förtydligas och göras klarare, exempelvis förhållandet till Romfördragets artikel 81 och 82. De flesta problemen med EU:s fusionskontroll ligger dock i kommissionens beslutsfattande och arbetssätt. För att förbättra kontrollens effektivitet krävs det främst att kommissionen ändrar på en del av sina synsätt och öppnar upp för andra resonemang.

En generell slutsats som kan dras, innan jag går närmare in på hur kommissionen bör förändra sina arbetsmetoder, är att samarbetet mellan kommissionen och USA:s konkurrensmyndigheter måste förbättras. Det är först en nödvändighet att man klargör vem som har jurisdiktion, när och varför. Situationen som uppstod i fallen Boeing och Honeywell är oacceptabel. Det är ingen tvekan om att det uppstod irritation från amerikanskt håll över kommissionens inblandning, främst i Boeing-fallet. De båda fallen ledde till debatter där merparten av tiden ödslades på att kritisera varandra istället för att lösa problematiken kring fusionerna. Denna osäkerhet över vem som har jurisdiktion måste arbetas bort genom tydligare regler. Först då kan ett samarbete för att harmonisera övriga regler fungera riktigt effektivt. När väl jurisdiktionsproblemet är löst kan arbetet med att harmonisera reglerna påbörjas, förslagsvis genom att införa SLC-testet i den europeiska bedömningen eller lagstadgad hänsyn till effektivitetsvinster. Kommissionen har som tidigare redovisats för mycket att lära av de amerikanska konkurrensmyndigheterna.

En lämplig grundläggande förändring är dock att kommissionen förstärker sin målsättning att skydda konsumenterna. Denna är angiven i koncentrationsförordningen som en förutsättning för att godkänna en koncentration, men detta syfte verkar ha hamnat vid sidan om andra intressen i de senaste besluten. Det är främst konkurrensskyddet som tagit stor plats i kommissionens resonemang och man bör undersöka närmare varför man är så mån om att skydda koncentrationernas konkurrenter, istället för att lita på marknadens egna krafter. Ett sätt att öka konsumentenskyddet skulle kunna vara att tydligt ansluta sig till det amerikanska synsättet att lagstiftningen är till för att skydda konkurrensen, inte konkurrenterna. På detta sätt stirrar kommissionen sig inte blind på konkurrenterna utan riktar in sig på att skydda allmänheten från marknadens misslyckande. Så länge marknaden fungerar bra, gynnas konsumenterna av att de effektivaste företagen klarar sig kvar, och kommissionen behöver endast ingripa när marknaden misslyckas och det därför blir absolut nödvändigt att intervensera.

Det kanske allra viktigaste momentet i arbetet för att göra fusionskontrollen mer effektiv är dock att försöka minska godtyckligheten i kommissionens konkurrensbedömningar. Kritiken som riktats mot kommissionen i detta avseende är inte obefogad och det krävs en förbättring. Det är ett problematiskt område eftersom en stor del av bedömningen går ut på att avgöra hur den framtida marknaden kommer att se ut, och det är naturligtvis omöjligt att avgöra säkert, men kommissionen har mycket att förbättra. Främst skulle man behöva förbättra grundligheten i sina utredningar då dessa flera gånger visat prov på slarvighet som sedan lett till felaktiga slutsatser. Ett förhållandevis enkelt sätt att förbättra möjligheterna för grundligare utredda bedömningar är att, som enligt amerikansk modell, anställa mer folk till Merger Task Force, vilket också är ett aktuellt förslag på kommissionens agenda. Grundligare utredningar kompletterat med en annan inställning till vem det är som kommissionen skall skydda med

kontrollen skulle sålunda kunna innebära en väsentlig förbättring i den europeiska fusionskontrollen.

Ett ytterligare steg för att minska godtyckligheten och öka grundligheten i kommissionens arbete skulle även kunna vara att som i USA införa ett beslutsförfarande, där den utredande instansen inte själv tar beslutet. Det nuvarande europeiska systemet är inte särskilt bra eftersom kommissionen själv innehar alla roller i beslutsprocessen. Kommissionen skulle enligt det amerikanska systemet tvingas överlämna beslutsfattandet till en oberoende dömande instans, vilket skulle leda till att kommissionen tvingades utföra mer noggranna utredningar för att kunna övertyga beslutsfattaren. Det åligger trots allt kommissionen en väldigt tung bevisbörda för att visa att en koncentration kommer att få så negativa följder att den bör förbjudas, så det är mer än rimligt att det i varje enskilt fall verkligen prövas om kommissionen lyckats bevisa sin sak.

Avslutningsvis kan sålunda sägas att det finns flera sätt att försöka komma till rätta med den kritik som riktats mot kommissionen. EU:s fusionskontroll behöver effektiviseras, och det är främst kommissionen som skulle behöva göra förändringar i sitt arbetssätt, men det torde inte vara någon omöjlighet att komma till rätta med problemen. En viss osäkerhet kommer alltid att finnas i dessa sammanhang när det handlar om att bedöma framtida situationer, men kommissionen kan göra flera förändringar, många enligt amerikansk förebild, för att förbättra och effektivisera fusionskontrollen.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

EG-rätt

Romfördraget

Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer

GRÖNBOK om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, 2001.

Konkurrensverkets dokument

Konkurrensen i Sverige 2002, Konkurrensverkets rapportserie 2002:4

Fler röster om kontroll av företagskoncentrationer, Konkurrensnytt 8/2002, s. 6-7.

USA

Horizontal Merger Guidelines

Litteratur

- | | |
|--|---|
| Allgårdh, Olof | <i>EU och EG-rätten</i> , tredje upplagan, |
| Norberg, Sven | Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999. |
| Bernitz, Ulf
Kjellgren, Anders | <i>Europarättens grunder</i> , Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999. |
| Bishop, Matthew (ed.)
Kay, John (ed.) | <i>European mergers & merger policy</i> , Oxford University Press, Oxford, 1993. |
| Broberg, Morten P. | <i>The European Commission's Jurisdiction to Scrutinize Mergers</i> , Kluwer Law International, Haag, 1998. |
| Cook, John | <i>E.C. merger control</i> , tredje |

- Kerse, Christopher
upplagan, Sweet & Maxwell,
London, 2000.
- Craig, Paul
De Búrca, Gráinne
EU law-text, cases, and materials,
andra upplagan, Oxford University
Press, Oxford, 2003.
- Dhunér, Karl-Johan
Hedström, Jens
Förfarandet i konkurrensrätten,
Iustus Förlag AB, Uppsala, 1995.
- Faull, Jonathan (ed.)
Nikpay, Ali (ed.)
The EC law of competition,
Oxford University Press,
Oxford, 1999.
- Fine, Frank L.
*Mergers and joint ventures in
Europe*, andra upplagan, Kluwer
Law International, London, 1994.
- Gellhorn, Ernest
Antitrust law and economics, fjärde
upplagan, West Publishing Co.,
St. Paul, 1994.
- Kapteyn, P.J.G.
VerLoren van Themaat, P.
*Introduction to the law of the
European Communities*, tredje
upplagan, Kluwer Law Inter-
national, London, 1998.
- Korah, Valentine
*An introductory guide to
EC Competition Law and
Practice*, sjunde upplagan,
Hart Publishing, Portland,
2000.
- Ritter, Lennart
Braun, W. David
Rawlinson, Francis
*European competition law:A
practitioner's guide*, andra
upplagan, Kluwer Law Inter-
National, Haag, 2000.
- Rose, Vivien (ed.)
Common market law of competition
fjärde upplagan, Sweet & Maxwell,
London, 1993.
- Verloop, Peter (ed.)
*Merger Control in the EU.
A survey of European Competition
Laws*, tredje upplagan, Kluwer Law
International, Haag, 1999.

Weatherill, Stephen
Beaumont, Paul

EC Law-the essential guide to the legal workings of the European Community, andra upplagan, Penguin Books, London, 1995.

Artiklar

Fridolfsson, Sven-Olof

En ekonomisk analys av olika målsättningar för kontroll av företagskoncentrationer, Konkurrensverkets A4-serie, juli 2002, s. 1-39.

Horn, Henrik
Stennek, Johan

The Pros and Cons of Merger Control: 5. EU merger control and small member state interest., Konkurrensverket, 2002, s. 83-119.

Lidgaard, Hans Henrik

Ändrad koncentrationsbedömning, Konkurrensnytt, 1/2003, s. 6.

Lundvall, Karl

För och emot kontroll av företagskoncentrationer, Konkurrensnytt, 8/2002, s. 1-3.

Malmström, Ulf

Den avbrutna fusionen, Konkurrensnytt, 9/2001, s. 6.

Neven, Damien
Röller, Lars-Hendrik

The Pros and Cons of Merger Control: 2. Discrepancies between markets and regulators: An analysis of the first ten years of EU merger control, Konkurrensverket, 2002, s. 13-38.

Elektroniska källor

http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/1 den 16/1-03

http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/2 den 16/1-03

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.htm> den 9/3-03

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9893.htm> den 9/3-03

http://money.cnn.com/2001/07/03/europe/ge_eu/index.htm den 9/3-03

http://www.pbs.org/newshour/bb/transportation/july-dec97/merger_7-23a.html den 14/5-03

<http://usinfo.state.gov/journals/ites/0299/ijee/boeing.htm> den 14/5-03

Rättsfallsförteckning

EU

Domstolens dom den 11 april 1989, mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs e.V.

Kommissionens beslut av den 22 september 1999, ärende IV/M.1524 - Airtours/First Choice

Förstainstansrättens beslut av den 6 juni 2002, mål T-342/99, Airtours plc mot Europeiska kommissionen

Kommissionens beslut av den 1 december 1999, ärende COMP/M.1601, Allied Signal/Honeywell

Commission Decision of 30 July 1997, case IV/M.877, Boeing/McDonnell Douglas

Judgment of the Court of 21 February 1973, case 6-72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities

Kommissionens beslut av den 14 september 1999, ärende IV/36.213/F2, GEAE/P & W, (Engine Alliance)

Förstainstansrättens beslut av den 25 mars 1999, ärende T-102/96, Gencor mot Europeiska kommissionen

Kommissionens beslut av den 3 juli 2001, ärende COMP/M.2220, General Electric/Honeywell

Kommissionens beslut av den 19 juli 2000, ärende COMP/M.1882, Pirelli/Bicc

Commission Decision C(2001)3014, case COMP/M.2283, Schneider Electric SA/Legrand SA

Judgment of the Court of First Instance of 22 October 2002, case T-310/01, Schneider Electric SA v Commission of the European Communities

Commission Decision C(2001)3345, case COMP/M.2416, Tetra Laval SA/Sidel

Judgment of the Court of First Instance of 25 October 2002, case T-5/02,
Tetra Laval BV v Commission of the European Communities

USA

Brown Shoe Co. v. United States (1962)

