



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Pernilla Erlandsson

Utrymmet för *icke-*
konkurrensfaktorer i den europeiska
koncentrationskontrollen

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Katarina Olsson

Konkurrensrätt

VT 2001

Sammanfattning

Vid bedömningar enligt koncentrationsförordningen har kommissionen en mängd olika faktorer att ta hänsyn till då beslut om förenlighet eller oförenlighet ska fattas. För att en koncentration ska anses oförenlig med den gemensamma marknaden krävs att koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

När kommissionen bedömer en koncentrations effekter för konkurrensstrukturen på den berörda marknaden är det främst konkurrenskriterier som beaktas. Koncentrationsförordningens artikel 2(1)(b) listar en rad faktorer som är relevanta i bedömningsprocessen, vilka nästan uteslutande är konkurrenskriterier.

Emellertid ska enligt artikeln även hänsyn tas till de tekniska och ekonomiska framsteg koncentrationen kan ge upphov till. Detta under förutsättning att framstegen kommer konsumenterna till del och inte utgör hinder för konkurrensen. I ingressen till koncentrationsförordningen stadgas också att kommissionen vid sina bedömningar ska ta fasta på förveklighandet av de grundläggande syftena och målen med gemenskapen, däri inbegripet stärkandet av gemenskapens ekonomiska och sociala samhörighet.

Det är i hög grad de två sistnämnda stadgandena som givit upphov till debatten om vilket utrymme icke-konkurrensfaktorer kan få i den europeiska koncentrationskontrollen.

En genomgång av kommissionens praxis visar att kommissionen inte regelmässigt beaktat sådana faktorer som ökad effektivitet, tekniska framsteg eller sociala hänsynstaganden. Detta är faktorer som finns med i den totala bedömningen av en koncentrations effekter men som inte kan få någon överordnad betydelse då koncentrationen bedöms ge upphov till en dominerande ställning som medför att konkurrensen på marknaden hämmas.

Det yttersta försvaret för denna inställning är att det grundläggande syftet med koncentrationskontrollen är att bevara och förstärka en effektiv konkurrens på gemenskapsmarknaderna. Kommissionens beslut måste emellertid tas i samverkan med de övriga regler och principer som finns i gemenskapen.

Det finns emellertid några beslut från kommissionen som kan tolkas som om det funnits andra faktorer än de strikt konkurrensmässiga vilka fått inflytande vid bedömningen. Dessutom ställer exempelvis en snabb utveckling inom industrin ständigt nya krav på kommissionens kunskaper om vad som främjar konkurrensen mest.

Även om konkurrenskriterierna alltså i den övervägande delen av kommissionens beslut kan anses vara bestämmande finns en begränsad möjlighet för andra faktorer att spela roll i besluten. Kommissionen måste i framtiden lägga sig vinn om att i sina beslut tydligt redogöra för vilka effekter av en koncentration som den anser vara positiv vid bedömningen för att därigenom undvika onödiga spekulationer därom.

Förkortningar

C.M.L.R.	Common Market Law Reports
E.C.	European Community
E.C.L.R.	European Competition Law Review
E.C.R.	European Court Reports
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskapen
E.L.Rev.	European Law Review
FoU	Forskning och utveckling
Kommissionen	Europeiska gemenskapens kommission
MTF	Merger Task Force
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
O.J.	Official Journal of the European Communities

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
INNEHÅLL	4
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
2 KONCENTRATIONSFÖRORDNINGEN	11
2.1 Inledning	11
2.2 Den substantiva bedömningen	11
2.2.1 Tekniskt och ekonomiskt framåtskridande	12
2.2.2 Stärkandet av den europeiska industrins konkurrenskraft	13
2.2.3 De övriga målen med gemenskapen	14
2.2.3.1 Ekonomisk och social samhörighet	14
2.2.3.2 Miljöhänsyn	15
2.2.4 Nationella särintressen	15
2.3 Dominanskravet	15
2.3.1 Dominans av ett företag eller kollektiv dominans	16
2.3.2 Kausalsambandet	16
2.4 Slutsatser	17
3 KOSTNADSBESPARINGAR OCH EFFEKTIVITET	19
3.1 Inledning	19
3.2 Effektivitetsvinster	20
3.2.1 Argument <i>för</i> att effektivitetsvinster beaktas	21
3.2.1.1 Behovet av omstrukturering	22
3.2.1.2 Globaliseringsprocessen	23
3.2.1.3 Dynamiska marknader	24
3.2.2 Argument <i>mot</i> att effektivitetsvinster beaktas	24
3.2.2.1 Inga garantier för fortsatt effektivitet	24
3.2.2.2 Skydd för små och mellanstora företag	25
3.2.2.3 Koncentrationsförordningens dubbla spärrar	25

3.2.3	När behövs effektivitet återopas?	26
3.3	Effektivitet som som inte innebär tekniskt och ekonomiskt framåtskridande	27
3.3.1	Kravet på omfattning	27
3.3.2	Nödvändigt samband mellan koncentration och besparing	27
3.4	Effektivitet som innebär tekniskt och ekonomiskt framåtskridande – men ändå inte beaktas	29
3.4.1	Hinder för konkurrensen	29
3.4.2	Proportionalitetssynpunkter	30
3.5	Effektivitet bidragande till dominans	31
3.6	Förhållande till övriga konkurrensrätten	32
3.7	Överensstämmelse med amerikansk rätt	32
3.8	Slutsatser	34
4	FÖRETAG PÅ OBESTÅND	37
4.1	Inledning	37
4.2	Stöd för särbehandling	37
4.2.1	Kausaltvånget	39
4.2.2	Tillvaratagandet av tillgångar	39
4.3	Kali+Salz/Mdk/Treuhand	39
4.4	Bevisproblemen	41
4.4.1	Kommer företaget lämna?	41
4.4.2	Kommer marknadsandelarna att tillfalla det förvärvande företaget i vilket fall?42	42
4.4.3	Inga andra alternativ?	43
4.5	Överensstämmelse med amerikansk rätt	43
4.6	Slutsatser	44
5	SOCIALA HÄNSYNSTAGANDE	46
5.1	Inledning	46
5.2	Sysselsättningsfrågor	46
5.3	Slutsatser	47
6	INDUSTRI-POLICY KONTRA KONKURRENSPOLICY – ELLER?	49
6.1	Inledning	49
6.2	Definition av “industri-policy”	49
6.3	Konkurrens-policyn	51

6.4	Konkurrens policyn som en del av industripolicyn	52
6.5	Kommissionens möjlighet att beakta industripolicy	53
6.5.1	Kommissionen som politiskt instrument	53
6.5.2	Kommissionens handlingsutrymme	53
6.5.3	Ovidkommande faktorer	54
6.5.4	Vikten av transparens	54
6.6	Mannesmann/Vallourec/Ilva	55
6.7	Slutsatser	56
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	57
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I en alltmer integrerad värld växer i ökad utsträckning företagens behov av att effektivisera och omstrukturera sina verksamheter. De senaste tio åren har en våg av företagskoncentrationer sköljt över Europa och resten av världen och dessa har bidragit till strukturförändringar på många marknader.

En av de viktigaste uppgifterna en konkurrensmyndighet har, är att se till att marknaderna inom dess jurisdiktion har en fungerande struktur. Den ska arbeta för att det där råder effektiv konkurrens mellan företag, till förmån för framförallt konsumenterna. De största orosmomenten handlar ofta om företag som köper upp, eller på annat sätt går samman med tidigare konkurrenter, så att marknaderna blir mer koncentrerade. På marknader med ett eller några få företag med ledande ställning blir riskerna större för mindre utbud och högre priser än tidigare.

Förvärv och samgående har också många positiva följder. De möjliggör ofta stora effektivitetsvinster, t ex genom storskalighet, bättre samordnade av industrispecialisering och andra besparingar, som i sista hand kan sägas komma samhället till fördel genom att resurser tillvaratas på ett effektivare sätt.

Inom den europeiska gemenskapen kontrolleras de företagsfusioner och omstruktureringar som påverkar gemenskapsmarknadernas struktur. Kommissionen, som är gemenskapens konkurrensmyndighet, har åtskilliga faktorer att ta hänsyn till vid bedömningen av en koncentrations förenlighet med den gemensamma marknaden.

1.2 Syfte och frågeställningar

Ambitionen i uppsatsen är att klargöra *hur* och *i vilken utsträckning* faktorer som *inte* kan anses vara strikt konkurrensmässiga *beaktas* och *har beaktats* vid bedömningen av koncentrationer med gemenskapsdimension.¹ Detta kan t ex vara effektivitetsvinster, tekniskt framåtskridande, sociala hänsynstagande och i ett vidare perspektiv de skäl industrin anför för att kunna hävda sig på världsmarknaden. Att veta vilka faktorer som beaktas vid bedömningen och i vilken utsträckning det görs är naturligtvis av största intresse för företag som anmäler en planerad koncentration till kommissionen.

¹ Uppsatsen behandlar tidsperioden från och med ikraftträdandet av koncentrationsförordningen och framåt.

Förutom att redogöra för rättsläget med utgångspunkt i tvingande lag och kommissionens praxis syftar uppsatsen också till att *i förhållande till det avgränsade ämnet* ”besvara” en del av de bakomliggande policyfrågorna. Är det rimligt att kommissionen tar hänsyn till faktorer som inte är konkurrensmässiga och kan det finnas några faror med att *inte* göra det? Vilken skyldighet har kommissionen, i sin roll som konkurrensmyndighet, att verka för uppnåendet av den europeiska gemenskapens alla syften och mål? Hur skapas en bra balans mellan de krav näringslivet anför och de konkurrensförhållanden kommissionen är tänkta att skydda? Innebär globaliseringen och de nya ekonomiska teorierna att synsättet på området måste omprövas?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen utgår från ett europeiskt perspektiv. Det är EG:s lagstiftning och beslut fattade på gemenskapsnivå som utgör ramen. Det förutsätts också i uppsatsen att kommissionen har jurisdiktion över koncentrationerna, d v s inga frågor om gemenskapsdimension tas upp. Uppsatsen besvarar heller inte frågan om vad som utgör en koncentration och kommer således inte heller in på frågor om ändrade kontrollförhållande eller vad bestämmande inflytande innebär.

Vad gäller den reella bedömningen av koncentrationer behandlas frågan om marknadsdefinition inte i någon större utsträckning. Att besluta om vilken den relevanta marknaden är, utifrån vilken alla bedömningar om konkurrensen görs, är en grundläggande men svår uppgift. I uppsatsen utgås från de marknadsdefinitioner kommissionen gjort och de kommenteras bara i den utsträckning det är relevant för syftet och frågeställningarna i uppsatsen.

Kontroll av koncentrationer är föremål för en särskild processuell ordning med klara tidsgränser. Vissa koncentrationer blir godkända på ett tidigt stadium medan andra tvingas genomgå en fördjupad undersökning innan de tillåts eller förbjuds. I praktiken blir många gånger koncentrationer godkända efter det att parterna åtagit sig ”motverkande” åtgärder. Uppsatsen beaktar inte i någon större utsträckning den praxis som finns i detta hänseende eller den processuella ordningen i övrigt.

EG-rätten innehåller bestämmelser om statligt stöd vilka har en nära anslutning till konkurrensrätten. I uppsatsen behandlas inte den inverkan dessa regler kan ha för frågeställningarna.

1.4 Metod och material

Genom att studera och analysera lagstiftning, rättspraxis och litteratur som behandlar ämnet har en sammanställning av det gällande rättsläget gjorts. Mycket få beslut fattade av kommissionen beträffande koncentrationer har blivit föremål

för överprövning i någon av gemenskapens domstolar vilket gör rättsläget något osäkert.

De beslut av kommissionen som funnits tillgängliga på ämnesområdet är delvis tvetydiga och ibland har det varit svårt att utläsa vilka de bestämmande faktorerna varit. Det har därför stundtals varit nödvändigt att försöka ”se bakom” besluten för att förstå ställningstagandena, vilket innebär att en del av slutsatserna från min sida kan sägas utgöra spekulationer.

Det som drivit fram debatten om vilka hänsynstaganden som ska göras vid koncentrationsbedömningar är naturligtvis också de ekonomiska teorier som finns beträffande konsekvenserna av att marknader blir mer koncentrerade. Det råder här mycket delande meningar och därför har jag i uppsatsen lyft fram både hävdade fördelar och nackdelar med att beakta icke konkurrensmässiga kriterier, för att därefter själv kunna dra slutsatser. Uppsatsen gör emellertid inga anspråk på att förklara eller ifrågasätta de ekonomiska teorier som ligger till grund för de juridiska ställningstagandena.

I vissa avsnitt har paralleller dragits med det amerikanska sättet att reglera och bedöma de i uppsatsen behandlade ämnena. Därigenom har jag velat belysa att det finns andra sätt än det europeiska att reglera och behandla frågorna på. Det är dock *inte* fråga om några komparativa studier utan jämförelserna finns med bl a för att skapa underlag för den diskussion som kan föras beträffande icke konkurrensmässiga hänsynstaganden vid koncentrationsbedömningar.

Förutom domslut, koncentrationsförordningen, kommissionens beslut, övriga arbetsdokument från kommissionen och litteratur har jag i stor utsträckning använt mig av det enorma utbud av artiklar som går att hitta på ämnet.

Den svenska litteraturen beträffande europeisk koncentrationskontroll är sparsam och i stor utsträckning endast beskrivande. Jag har därför uteslutande använt mig av engelskspråkig litteratur.

1.5 Disposition

Kapitel 2 redogör för uppbyggnaden av koncentrationsförordningen i den utsträckning som behövs för att förstå de beslut som kommissionen fattat beträffande de i uppsatsen behandlade frågorna. En genomgång av de för uppsatsen relevanta grundläggande målen och syftena med gemenskapen, vilka ska beaktas även vid koncentrationskontroll, görs också i detta kapitel. De följande fyra kapitlen behandlar sedan de faktorer som jag valt att definiera som icke-konkurrensfaktorer.

Kapitel 3 redogör för den traditionella och ständigt aktuella debatten mellan effektivitet och dominans. Med hjälp av kommissionens beslut ges en bild av hur

stor inverkan koncentrationers genererande av ökad effektivitet och tekniska framsteg kan få i bedömningarna.

Kapitel 4 berör situationen då ett av företagen i koncentrationen har stora ekonomiska svårigheter. Detta är ett kapitel som belyser de svårigheter som genomförandet av konkurrenslagstiftningen kan få när den praktiska verkligheten är sådan att kommissionen kanske "tvingas" göra prioriteringar som inte har med konkurrens att göra.

Kapitel 5 redogör för om och hur sociala hänsynstagande kan förverkligas i den europeiska koncentrationskontrollen

Kapitel 6 söker redogöra för den bakomliggande policy som styr koncentrationskontrollen och om det egentligen finns något motsatsförhållande mellan konkurrenspolicy och industripolicy.

Det avslutande kapitlet innehåller några egna kommentarer vilka söker formulera "svar" på de i inledningen ställda frågorna.

2 Koncentrationsförordningen

2.1 Inledning

Förordning 4064/89² rörande kontroll av företagskoncentrationer trädde i kraft 1990. Många år av diskussioner och förslag hade föregått det slutliga antagandet av koncentrationsförordningen som ger den europeiska kommissionen möjlighet att på förhand kontrollera planerade koncentrationer med gemenskapsdimension.³ En av anledningarna till att det drog ut på tiden var att både Tyskland och England, två av de mest inflytelserika länderna i gemenskapen, var mycket angelägna om att endast strikt konkurrensmässiga faktorer skulle tillåtas ha inverkan vid den substantiva bedömningen av koncentrationer.⁴

Inga tvivel råder om att syftet med koncentrationsförordningen är att se till att effektiv konkurrens bevaras och förstärks inom gemenskapen.⁵ Koncentrationskontroll är en förebyggande åtgärd som är till för att bevara en struktur på marknaden där konkurrens är möjlig.

Endast två möjliga resultat av en koncentrationsbedömning är tänkbar. Antingen bedöms koncentrationen vara förenlig med den gemensamma marknaden och därmed tillåten, eller så bedöms den som oförenlig med den gemensamma marknaden och följaktligen otillåten.⁶ Koncentrationsförordningen ger inga möjligheter till undantag vid oförenlighet, såsom konkurrenshämmande avtal under vissa förutsättningar kan få under artikel 81(3) i fördraget.⁷ Observeras ska emellertid att många godkännande av koncentrationer sker under förutsättning att de inblandade företagen åtar sig åtgärder som bedöms minska riskerna för de konkurrenshämmande effekter som kan bli följden av koncentrationen.

2.2 Den substantiva bedömningen

För att en koncentration ska anses vara förenlig med den gemensamma marknaden krävs att den inte skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att konkurrensen påtagligt hämmas på de berörda marknaderna.⁸

² Rådets Förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, ("Koncentrationsförordningen").

³ Se koncentrationsförordningens artikel 1 för tröskelvärden.

⁴ Cook och Kerse, *E.C. Merger Control*, s.125.

⁵ Koncentrationsförordningen, artikel 2(1)(a) och stycke 13 i ingressen.

⁶ Koncentrationsförordningen, artikel 2(2) och 2(3).

⁷ Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen, konsoliderad version efter Amsterdampfördraget, ("Fördraget").

⁸ Koncentrationsförordningen artikel 2(2).

Kommissionen har vid sin bedömning en rad olika faktorer att ta hänsyn till av vilka en del finns upptagna under artikel 2 i koncentrationsförordningen.⁹ Dessa faktorer är nästan uteslutande konkurrenskriterier, såsom t ex bedömning av de berörda parternas ekonomiska och finansiella styrka, bedömning av antal och konkurrenskraft hos konkurrenter, möjlighet till marknadsinträde och tillgång till alternativa produkter för kunder och konsumenter.¹⁰

Analysen är framåtblickande, d v s en prognos ska göras för hur de berörda marknaderna kommer påverkas av den planerade koncentrationen och vad utfallet av detta kan tänkas bli. Om koncentrationen bedöms skapa eller förstärka en dominerande ställning på den relevanta marknaden och detta bedöms medföra att konkurrensen på densamma skadas, ska koncentrationen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

2.2.1 Tekniskt och ekonomiskt framåtskridande

Förutom de strikt konkurrensmässiga faktorerna stadgas det i koncentrationsförordningens artikel 2 även att hänsyn ska tas till utvecklingen av *tekniskt och ekonomiskt framåtskridande*. Detta är dock under förutsättning att utvecklingen kommer konsumenterna till gagn och inte utgör ett hinder för konkurrensen.¹¹ Orden är desamma som i fördragets artikel 81(3) där avtal som innebär hinder för konkurrensen kan få undantag om de främjar tekniskt och ekonomiskt framåtskridande förutsatt att de uppfyller en del andra förutsättningar.

De förslag som föregick den slutligt antagna koncentrationsförordningen innehöll en ordning som liknade den i fördragets artikel 81. I de fall koncentrationen bedömdes såsom konkurrenshämmande skulle det ändå finnas utrymme, i en andra fas, för faktorer som inte var konkurrensmässiga att spela en avgörande roll i det slutgiltiga beslutet. Därmed gavs en chans att göra en helhetsbedömning av en koncentrations *alla* effekter och icke-konkurrenskriterier gavs en möjlighet att balansera ut de negativa effekterna för konkurrensen.¹²

Denna ordning slopades dock i den slutligt antagna förordningen, främst efter påtryckningar från Tyskland och England, som vid tiden hade de mest utvecklade systemen för koncentrationskontroll inom gemenskapen. I stället för en prövning i två led infördes ett absolut krav på att koncentrationen, för att anses som oförenlig, skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning. Något ologiskt, kan tyckas, behölls dock stadgandet om att hänsyn ska tas till tekniskt och

⁹ Ingen rangordning finns mellan faktorerna och artikeln innehåller heller ingen uttömmande uppräkningslista av relevanta faktorer.

¹⁰ Koncentrationsförordningen, artikel 2(1)(b).

¹¹ Koncentrationsförordningen, artikel 2(1)(b).

¹² Draft proposals, [1988] O.J. C130/4, [1989] O.J. C22/14.

ekonomiskt framåtskridande vid bedömningen, förutsatt att det inte utgör hinder för konkurrensen.¹³

Stadgandet om att hänsyn ska tas till tekniskt och ekonomiskt framåtskridande innebär alltså att FoU samt effektivitetsvinster måste beaktas vid bedömningen av koncentrationer.¹⁴ Konsekvenserna av dominanskravet samt tillägget om att framåtskridandena inte får hindra konkurrens urholkar dock stadgandet på ett avgörande sätt.¹⁵

2.2.2 Stärkandet av den europeiska industrins konkurrenskraft

I ingressen till koncentrationsförordningen upplyses om att den europeiska integrationen, medför och kommer att medföra omfattande strukturförändringar för näringslivet och att detta i hög grad kommer ske genom koncentrationer.¹⁶ Denna utveckling hälsas med tillfredsställelse av en rad olika anledningar, bl a anses den bidra till att öka den europeiska industrins konkurrenskraft, förbättra förutsättningarna för tillväxt och höja levnadsstandarden i gemenskapen.¹⁷

I koncentrationsförordningens artikel 2(1)(a) föreskrivs att kommissionen vid sin bedömning ska beakta den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag belägna både i och utanför gemenskapen.¹⁸ Detta stadgande om att hänsyn ska tas till förhållande även utanför gemenskapen kan användas som argument för att tillåta koncentrationer vilka i annat fall skulle bedömts såsom oförenliga med gemenskapen. En högre grad av koncentration inom gemenskapen ska alltså enligt argumentet accepteras om det finns stark konkurrens från andra delar av världen. Om sådana hänsynstagande ska göras har varit ämne för många diskussioner mellan medlemsstaterna. Debatten kan sägas sätta strålkastarljuset på de skillnader beträffande ekonomisk kultur som finns mellan de norra och södra medlemsländerna i gemenskapen. De södra länderna har i debatten varit mer positiva till framträdandet av europeiska industrigrupper som kan hävda sig bland amerikanska och japanska konkurrenter, medan de norra länderna starkt betonat värdet av principen om frihandel. Fram tills idag verkar det som om de som förespråkat en ”mjuk” koncentrationskontroll, där möjlighet för ”europeiska champions” att skapas, inte haft så stor framgång.¹⁹

¹³ Cook och Kerse, a.a. s.176.

¹⁴ Banks, *Non-Competition Factors and their Future Relevance under European Merger Law*, [1997] 3 E.C.L.R. s.182f.

¹⁵ Vidare resonemang kring detta förs i kapitel 3 i uppsatsen.

¹⁶ Koncentrationsförordningen, stycke 3 i ingressen.

¹⁷ Koncentrationsförordningen, stycke 4 i ingressen.

¹⁸ Koncentrationsförordningen, artikel 2(1)(a).

¹⁹ Noel, *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U.S. Antitrust Law*, [1997] 8 E.C.L.R. s.504.

I och med Maastrichtfördragets antagande tillkom det i fördraget en särskild paragraf om att gemenskapen och medlemsstaterna ska säkerställa de nödvändiga förutsättningarna för gemenskapsindustrins konkurrensförmåga.²⁰ Artikeln avslutas dock med tillägget att inga åtgärder i enlighet med artikeln får medföra att konkurrensen i gemenskapen snedvrids.²¹

2.2.3 De övriga målen med gemenskapen

Vid sin bedömning av om koncentrationer är förenliga med den gemensamma marknaden skall kommissionen enligt ingressen till koncentrationsförordningen även ta fasta på förverkligandet av de grundläggande mål som finns för gemenskapen. Dessa mål finns angivna i fördragets artikel 2²² och inbegriper stärkandet av gemenskapens ekonomiska och sociala samhörighet.²³

Kommissionens bedömningar av koncentrationerna måste alltså göras med beaktande av de fundamentala syfte och mål som den europeiska gemenskapen har. Ingresser som föregår den operativa delen av en förordning används ofta av domstolarna som hjälp vid tolkningen av gemenskapslagstiftningen. De kan emellertid inte åsidosätta de legala effekterna av otvetydigt tvingande regler.²⁴ EG-domstolen klargjorde i målet *French Republic v. Commission* (härefter *Kali och Salz*) att ingen övertygande vikt kunde fästas vid ingresser som inte på något sätt utvecklades eller reflekterades i den operativa delen av förordningen.²⁵

2.2.3.1 Ekonomisk och social samhörighet

Gemenskapen ska verka för att minska skillnaderna mellan de olika regionernas utvecklingsnivå och den eftersläpning som finns i de minst gynnade regionerna, däri inbegripet landsbygden.²⁶

Kommissionen har i kommentarer till koncentrationsförordningen uttalat att den kommer ta särskild hänsyn till företags konkurrenskraft i områden med långsam

²⁰ Fördraget, artikel 157(1).

²¹ Fördraget, artikel 157(3).

²² Fördragets artikel 2 stadgar: ”Gemenskapen ska ha till uppgift att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och genom att fullfölja den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4 främja en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet, en höjning av levnadstandaren och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.”

²³ Koncentrationsförordningen, stycke 14 i ingressen.

²⁴ Cook och Kerse, a.a. s.127.

²⁵ *French Republic v. Commission* (Joined Cases C-68/94 and C- 30/95) [1998] E.C.R. I-1375 (“Kali och Salz”) punkterna 176-177.

²⁶ Fördraget, artikel 158.

utveckling och där behovet av omstruktureringar är särskilt stort.²⁷ Detta synes öppna dörren för kommissionen att i områden med låg utveckling kunna bedöma koncentrationer på ett annorlunda sätt, om de verkar för uppfyllandet av något annat mål i gemenskapen.

2.2.3.2 Miljöhänsyn

Även om inte miljöhänsyn nämns uttryckligen i koncentrationsförordningen har kommissionen uttalat att miljöfrågor fått en större tyngd i och med fördragets artikel 174 där det stadgas att miljöhänsyn ska vara en av komponenterna i gemenskapens policys. I och med detta stadgande måste kommissionen även ta hänsyn till miljöfrågor vid sina bedömningar.²⁸

Även om så är fallet är det dock mycket tveksamt om faktorer relaterade till miljön har möjlighet att åsidosätta effekterna av att en koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning. Det troligaste är istället att miljöhänsyn, liksom andra icke-konkurrensmässiga faktorer, kommer betraktas som underordnade vid bedömningarna.²⁹

2.2.4 Nationella särintressen

Koncentrationsförordningen erkänner under 21(3) att det kan finnas nationella särintressen där bevarandet av konkurrensen inte kan upprätthållas i alla fall. Medlemsstaterna får genom artikeln möjlighet att skydda vissa legitima intressen från kommissionens jurisdiktion om de i övrigt är kompatibla med de generella föreskrifterna och syftena med gemenskapsrätten. Som exempel nämns offentlig säkerhet, mångfalden inom media samt övervakning av finansiella institutioner som legitima skäl.³⁰ Här ges alltså en möjlighet för medlemsländerna att inom snävt definierade områden låta andra hänsynstagande än konkurrens gå före vid bedömningarna av koncentrationer.

2.3 Dominanskravet

Ingen koncentration kan bedömas vara oförenlig med den gemensamma marknaden om den inte skapar eller förstärker en dominerande ställning. Ett företag betraktas som dominerande om det kan agera på marknaden oberoende av sina övriga konkurrenter.³¹

²⁷ Bulletin of the European Communities 2/90.

²⁸ E.C. 23rd Report on Competition policy, punkt 162.

²⁹ Banks, a.a. s.184.

³⁰ Koncentrationsförordningen, artikel 21(3).

³¹ Hoffman-La Roche & Co A.G. v. Commission(Case 85/76) [1979] E.C.R.461.

Vid en bedömning om dominans skapas eller förstärks är det konkurrenskriterierna som beaktas. Företagens marknadsandelarna utgör utgångspunkten för undersökningen vilken kompletteras med en rad kvalitativa faktorer av vilka möjlighet till snabbt inträde, verkliga och potentiella konkurrenter är några av de viktigaste. Dominans är i huvudsak ett ekonomiskt koncept som innebär att inga konkurrenter, verkliga eller potentiella, och inte heller kunder eller konsumenter har någon verklig makt att påverka det dominerande företags beteende.

Frågan om dominans på de berörda marknaderna uppstår eller förstärks av koncentrationen är alltså ett nyckelkoncept i bedömningen som det inte går att komma från. Det är också centralt vid besvarandet av frågeställningarna i uppsatsen eftersom de icke-konkurrensmässiga faktorerna antingen kan beaktas vid bedömningen om koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning eller är faktorer som får betydelse först efter det att dominans på marknaden konstaterats.

2.3.1 Dominans av ett företag eller kollektiv dominans

Hittills har den europeiska koncentrationskontrollen varit mest fokuserad på att undvika de skador för konkurrensen som kan uppstå på marknader med *ett* dominerande företag. Det är dock ett välkänt faktum att marknader som karakteriseras av endast ett fåtal företag med höga marknadsandelar kan innebära lika stora risker för konkurrensen som marknader med endast ett dominerande företag.³² När företagen på marknaden är fåtaliga, ökar incitamenten för samordnat beteende, genom vilket företagen får möjligheter att göra större vinster än annars skulle vara möjligt. De senaste åren har det i den europeiska koncentrationskontrollen blivit en ökad fokusering på farorna med kollektiv dominans.³³ Koncentrationsförordningens tillämplighet på fall av kollektiv dominans har, trots att inget uttryckligt stadgande finns därom, numera också ställts utom tvivel av gemenskapsdomstolarna.³⁴

2.3.2 Kausalsambandet

Bedömningen av om en koncentration är förenlig med gemenskapen består av två element.

- (i) skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning
- (ii) som medför att effektiv konkurrens påtagligt hämmas inom gemenskapen eller en väsentlig del av denna.

³² Cook och Kerse, a.a. s.131f.

³³ Hawk och Huser, *European Community Merger Control: A practitioner's guide*, s.267f.

³⁴ Kali och Salz och Gencor v. Commission (CaseT- 102/96)[1999]4 C.M.L.R.971.

Det har diskuterats om det vid bedömningarna måste finnas ett orsakssamband mellan dessa två element eller om det per automatik kan förutsättas att konkurrensen påtagligt hämmas vid konstaterandet av en dominerande ställning. Kommissionen har i sina beslut knappast använt sig av någon konsekvent tillämpning i frågan.³⁵ Under de senaste åren har kommissionsbesluten gått mot ett erkännande av att koncentrationen måste orsaka skada för konkurrensen på ett märkbart sätt. I ett beslut drog kommissionen slutsatsen att även om den planerade koncentrationen skulle förstärka en dominerande ställning skulle detta tillstånd vara under så pass kort tid att det inte kunde anses som skadligt för den effektiva konkurrensen.³⁶

Denna inställning har bekräftats av domstolen i *Kali och Salz* där den uttalade sig så här om det andra elementet av bedömningen:

”Införandet av detta kriterium avser nämligen att säkerställa att förekomsten av ett orsakssamband mellan koncentrationen och försämringen av konkurrensstrukturen på marknaden *endast kan uteslutas* (min kursivering) för det fall den försämring av konkurrensstrukturen som blir följden av en koncentration skulle uppkomma även utan en koncentration.”³⁷

Detta uttalande kan tolkas som att det krävs orsakssamband både mellan koncentration och dominans och mellan dominans och skada för konkurrensen.

2.4 Slutsatser

Att fastställa syftet och målen med gemenskapens koncentrationskontroll är en förutsättning för att kunna avgöra vilken status *ex händade* effektivitetsvinster och övriga icke konkurrensmässiga hänsynstaganden kan få i koncentrationsbedömningar.³⁸

Även om konkurrenspolitiken i Europa har en mängd olika syften tycks det finnas en generell samstämmighet om att det mest grundläggande syftet med konkurrenspolitiken är att se till att konkurrensen bevaras och förstärks. Man tror att detta är det effektivaste sättet att bäst tillvarata de resurser som finns vilket bidrar till lägre priser, högre kvalitet och större utbud.³⁹

I förhållande till koncentrationsförordningen innebär denna grundläggande filosofi att faktorer vilka inte är direkt kopplade till konkurrensen kan påverka bedömningen, men bara så länge konkurrensen trots detta kan bevaras. Detta var anledningen till att dominanskriteriet infördes som nyckelkoncept i förordningen.

³⁵ Cook och Kerse, a.a. s.128.

³⁶ Mannesmann/Hoesch [1993] O.J. L114/34.

³⁷ Kali och Salz punkt 115.

³⁸ Noel, a.a. s.503.

³⁹ OECD/GD(94)64, At Annex, Areas of Convergence in Competition Policy and Law, punkt 4.

Koncentrationsförordningen är alltså i första hand konstruerad för att möjliggöra för effektiv konkurrens att bevaras och förstärkas. Andra faktorer kan beaktas, men bara så länge konkurrensen inte skadas. Dessa kan med tanke på förordningens lydelse endast få en underordnad roll.

3 Kostnadsbesparingar och effektivitet

3.1 Inledning

Kostnadsbesparingar och ökad effektivitet är ofta bakgrunden till företags omstruktureringar. Trots att detta kan leda till konkurrensfördelar vilka kan generera fördelar för konsumenter är det svårt att hitta stöd, både i koncentrationsförordningen och i kommissionens praxis, för att dessa faktorer skulle vara ett försvar vid bedömningen av i övrigt konkurrenshämmande koncentrationer.⁴⁰ Stadgandet om att hänsyn ska tas till utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande har emellertid ibland tagits för intäkt för att sådana faktorer kan spela en roll vid bedömningen.

Vissa bedömare menar dock att hävdandet av effektivitet och kostnadsbesparingar kan vara till nackdel för parterna vid bedömningen av koncentrationens förenlighet, eftersom dessa kan vara bidragande skäl till att koncentrationen uppfattas som dominerande på den relevanta marknaden. Efter omstruktureringen blir företaget kanske *för* bra och effektivt så att konkurrenterna inte längre har någon chans att hävda sig, eller nyetableringar uteblir på grund av det svåra konkurrensläget. Istället för att vara en fördel och argument *för* omstruktureringen kan ökad effektivitet alltså bli till en nackdel och ett argument *mot* koncentrationens godkännande.⁴¹

Mycket av debatten kring effektivitetsvinsters betydelse och inverkan vid bedömningen har alltså sitt ursprung i förordningens stadgande om att hänsyn ska tas till tekniska och ekonomiska framsteg. Men debatten påverkas också av det faktum att frågor om effektivitetsvinster vid omstruktureringar behandlas på ett annorlunda sätt, eller åtminstone har ett uttryckligt stöd, i andra jurisdiktioner. I USA:s konkurrenslagstiftning finns t ex stadgande vari ökad effektivitet erkänds som en positiv faktor, som har potential att väga över negativa faktorer vid en bedömning av hur konkurrensen kommer påverkas av koncentrationen.⁴²

”Effektivitetsförsvaret” innebär *inte* ett införande av sociala och regionala policyfrågor under koncentrationsbedömningen, utan är ett ekonomiskt instrument och skäl för att tillåta en koncentration som skadar konkurrensen.⁴³

⁴⁰ Cook och Kerse, a.a. s.178.

⁴¹ Neven, Nuttal och Seabright, *Merger in daylight*, s.116f.

⁴² United States, Horizontal Merger Guidelines.

⁴³ Noel, a.a. s.503.

3.2 Effektivitetsvinster

Den konkurrenskraftiga marknadsekonomi är dynamisk och marknadsplatser undergår ständiga förändringar efterhand som företag lämnar eller tillträder desamma. Fusioner och andra omstruktureringar är ett av de verktyg som företagen har, för att snabbt kunna anpassa sig till förändringarna på marknaden. I integrerade ekonomier kan fusioner också vara ett verktyg för att rationalisera den struktur som uppstått p g a överlappande och eftersatta industrier.⁴⁴

Vilka är då de effektivitetsvinster som koncentrationer kan generera och som eventuellt kan tas upp som bidragande till *tekniskt och ekonomiskt framåtskridande* av parterna till en koncentration? Grovt sett kan man dela upp dem i fem olika grupper.

1. Produktionsrationaliseringar genom omflyttningar av produktionen mellan företagen utan att den tekniska kapaciteten ökas.
2. Stordriftsvinster d v s att produktionskostnad per enhet minskar vid en ökning av produktionen.
3. Tekniskt framåtskridande, t ex genom omfördelning av ”know-how” eller ökade incitament för FoU.
4. ”Inköpsfördelar”, t ex tillgång till fördelaktigare rabattsystem p g a större inköspartier.
5. Minskad ineffektivitet hos ledningen.⁴⁵

Ett annat sätt att dela upp effektivitetsvinster (besparingar) på är att skilja på besparingar för fasta respektive rörliga kostnader. En slutsats som erfarenhetsmässigt kunnat dras, är att besparingar på rörliga kostnader kan komma konsumenterna omedelbart till del, i nästan alla fall.⁴⁶

Det kan också skiljas mellan dynamiska och statiska effektivitetsvinster. Dynamiska effektivitetsvinster, t ex bättre service- och produktkvalité är svårare att mäta än de statiska vinsterna och blir därför mer problematiska att använda som ”försvar”. Vissa så kallade ”penningbesparingar”, exempelvis skattefördelar, räknas inte alls som relevanta för ett effektivitetsförsvar, eftersom de inte betraktas som riktiga besparingar av resurser.⁴⁷

De följande avsnitten (3.2.1-3.2.2) redogör för argument för och emot att effektivitetsvinster beaktas vid gemenskapens koncentrationskontroll. Vissa av

⁴⁴ Kassmali, Reyaz A, *From fiction to Fallacy: Reviewing the E.C. Merger Regulation's Community-Dimension Thresholds in the light of Economics and Experience in Merger Control*, E.L.Rev. 1996, Checklist No 2 CC/91.

⁴⁵Röller, Stennek och Verboven, *Efficiencygains from Mergers*, s.12, tillgängligt på: <http://www.iui.se>.

⁴⁶Röller, Stennek och Verboven, a.a. s.13.

⁴⁷ OECD-rapport 2.

argumenten har stöd i kommissionens praxis. I många fall är argumenten både för och emot ett effektivitetsförsvar ifrågasatta vilket också framgår av avsnitten.

Även om många försök gjorts av ekonomer finns det fortfarande inga allmänt vedertagna teoretiska modeller för utvärdering av effektivitet genom koncentrationer.⁴⁸

3.2.1 Argument för att effektivitetsvinster beaktas

Under förutsättning att effektivitetsvinsterna håller vissa mått, finns det ur ett ekonomiskt perspektiv överväldigande skäl till att betrakta dem på ett positivt sätt vid koncentrationsbedömningar. Många effektivitetsvinster leder till lägre pris för konsumenterna och förutsatt att konkurrensmyndigheterna ser konsumenternas intressen som de viktigaste bör omstruktureringar som möjliggör effektivitetsvinster alltså välkomnas.⁴⁹

Även om det dominerande företaget skulle börja debiterar monopolpriser kan besparingarna möjliggjorda genom koncentrationen vara så stora att priserna trots allt ligger lägre än innan koncentrationen, d v s när det fanns fler konkurrenter på marknaden.⁵⁰ Bortsett från priset på produkten kan det också hävdas att mycket färre resurser än tidigare behöver användas vid produktionen. Även om monopolpriser tas ut, kommer vinsterna för företaget i sinom tid återinvesteras vilket innebär att samhället som en helhet kommer uppbära en nettovinst. För att detta scenario ska vara möjligt krävs att konkurrenslagen i stort sett är neutral i förhållande till fördelningen av ”vinster” mellan olika sektioner i samhället och endast koncentrerar sig på att möjliggöra tillvaratagandet av effektivitetsvinster.

Ett annat argument är att även företag med dominerande ställning är intresserade av att göra så stora vinster som möjligt och att incitamenten för att fortsätta vara lika effektivt därför består, även efter det att koncentrationen genomförts. Effektivitetsvinster möjliggjorda genom en koncentration kommer därför bli långvariga oavsett den följande bristen på konkurrens.⁵¹

Anhängare till det fullfjädrade effektivitetsförsvaret menar att koncentrationer som leder till dominans i vissa fall ändå måste tillåtas, eftersom de är nödvändiga för att hålla igång incitamenten för innovation och utveckling, och därför att fördelarna av en märkbar utveckling på marknaden då snabbare än annars kan utnyttjas. Dessa bedömare menar att det alltför länge bortsetts från det faktum att effektivitetsvinster åstadkomna genom en koncentration ofta försöker efterliknas

⁴⁸ Noel, a.a. s.515.

⁴⁹ Bishop och Walker, *The Economics of E.C. Competition Law*, s.161.

⁵⁰ Jones och González-Diáz, *The EEC Merger Regulation*, s.154.

⁵¹ Jones och González-Diáz, a.a. s.154.

av konkurrenter och att koncentrationen därför bidrar till vinst för samhället som helhet, inklusive konsumenterna.⁵²

3.2.1.1 Behovet av omstrukturering

Det har hävdats att kommissionen ibland erkänt effektivitetsvinster (om än implicit) som en positiv faktor i fall då branschen eller industrin i fråga varit i stort behov av omstrukturering.⁵³ I kommissionsbeslutet *DuPont/ICI* gällde bedömningen en koncentration mellan gemenskapens ledande nylonfibertillverkare. Kommissionen uttalade att ett behov av omstrukturering fanns på den aktuella marknaden. Den europeiska nylonindustrin hade vid tiden för koncentrationen under en längre tid karakteriserats av överkapacitet vilket påverkade lönsamheten för de flesta av marknadsens företag.⁵⁴ De senaste tio åren hade inga aktörer av vikt gått in på den europeiska nylonindustrin eller på någon av marknaderna för nylonfiber. Under samma period har marknadsutträde och ökad konsolidation fortsatt inom industrin.⁵⁵ Efter förvärvet av *ICI* skulle *DuPont* bli det ledande företaget i gemenskapen på marknaden för nylonfibergolv (43%). Kommissionen tillstod att förstärkandet av *DuPont:s* ställning på gemenskapsmarknaden skulle leda till en avsevärd minskning av konkurrensen, speciellt i området för produktutveckling. Produktdifferentiering möjliggjord genom ständigt nyskapande bedömdes som en av de starkaste framåt drivande krafterna för den typ av industri parterna verkade i. Den tidigare konkurrensen mellan *DuPont* och *ICI* hade varit en viktig källa till utvecklingen av denna i gemenskapen. Som konsekvens var det därför rimligt att förutsätta att situationen skulle bli sådan att den nya konstellationen skulle kunna agera oberoende av sina konkurrenter och kunder.⁵⁶

Styrkan av *DuPont:s* ställning på marknaden för nylonfibergolv på gemenskapsmarknaden efter koncentrationen skulle dessutom enligt kommissionen sättas i samband med *DuPont:s* ställning på den globala nylonindustrimarknaden. *DuPont* var en av världens största kemiska industrier. Nylonfaciliteterna som *DuPont* ägde runt om i världen kunde förlita sig på företagets stora, USA-baserade forsknings- och utvecklingsverksamhet.⁵⁷

⁵² Noel, a.a. s.517.

⁵³ Cook och Kerse, a.a. s.178.

⁵⁴ *DuPont/ICI* [1993] O.J. L7/13 punkt 9.

⁵⁵ *DuPont/ICI* [1993] O.J. L7/13 punkt 30.

⁵⁶ *DuPont/ICI* [1993] O.J. L7/13 punkt 47.

⁵⁷ *DuPont/ICI* [1993] O.J. L7/13 punkt 36.

Trots detta godkände kommissionen förvärvet efter vissa åtagande av *DuPont* som skulle underlätta för konkurrenter att få del av forskning och utveckling, så att dessa kunde utöva konkurrens mot *DuPont* även på detta område.⁵⁸

3.2.1.2 Globaliseringsprocessen

Ibland hävdas det att fusioner är nödvändiga för att företag ska få tillräcklig storlek och därmed kunna nå framgång på världsmarknaden. Även om det är sant att några av världens största företag är de mest framgångsrika kan det emellertid i de flesta fall konstateras att de inte nått framgång på grund av storlek utan företagen har växt på sin globala framgång.⁵⁹

Europeiska företag kommer i allt större utsträckning framöver att konfronteras med aggressiva utländska företag på globala marknader där framgång kritiskt sett beror på företagets produktivitet och utveckling. Frågan som uppkommer är i vilken utsträckning kommissionen ska jämföra konkurrenskraften hos koncentrationen med företag på världsmarknaden. Ska koncentrationer tillåtas om de bidrar till att företagen blir mer effektiva och framgångsrika på internationella marknader även om konkurrensen på hemmamarknaden minskar?

Mot detta talar att kommissionen egentligen endast får bekymra sig om och verka för konkurrensförhållandena inom gemenskapen. När marknader bedöms som världsmarknader måste hänsyn dock tas till den inverkan utländska företag kan ha på den europeiska marknaden. Det finns emellertid ingen anledning att argumentera för ett rättfärdigande av en dominant position i gemenskapen endast för att världsmarknaden är konkurrenskraftig. Bakom detta ligger tron att företag endast kan vara konkurrenskraftiga "utomlands" om de är vana vid att konkurrera "hemma". Det finns inget utrymme för kompromisser mellan konkurrens i gemenskapen och konkurrenskraft någon annanstans. Det vore enligt argumentet ekonomiskt nonsens och tvivelaktig lag.⁶⁰

Vid 10-årsjubileet av koncentrationsförordningens ikraftträdande tog kommissionens nuvarande ordförande Romano Prodi tillfället i akt till att poängtera den vikt kommissionen sätter vid arbetet på att bevara effektiv konkurrens runt om på världsmarknaderna.⁶¹ Globaliseringen har väckt krav på en mer harmoniserad konkurrenslagstiftning världen över vilket på sikt är mer hanterbart, både för företagen och myndigheterna, än de avtal som finns idag.

⁵⁸ DuPont/ICI [1993] O.J. L7/13 punkt 48.

⁵⁹ Kassmali, a.a. CC/92.

⁶⁰ Brittain, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, s.34f.

⁶¹ Competition Policy Newsletter, [2000] Number 3 October.

3.2.1.3 Dynamiska marknader

Vissa marknader karakteriseras av snabb utveckling, tillväxt och hög grad av innovation. Dessa marknader innebär speciella bedömningssvårigheter, både då relevant marknad ska fastställas och dominans konstateras. Även frågan om huruvida effektivitetsvinster från dessa marknader kommer konsumenterna till fördel är svåranalyserad. De senare åren har det blivit en ökad uppmärksamhet på vad det är för krafter som styr denna typ av industri och hur den bäst kan utvecklas, sett ur ett helhetsperspektiv.⁶²

I en marknadsekonomi spelar förtjänstmöjligheter en nyckelroll då beslut om investeringar och innovativ utveckling tas. Det innebär då problem om offentliga myndigheter lägger sig i att ”onaturliga” vinster görs under en övergående tid av företag som vågat gå i täten för utvecklingen av en ny bransch.⁶³

3.2.2 Argument *mot* att effektivitetsvinster beaktas

Den negativa inställning till kostnadsbesparingar och ökad effektivitet som kommissionen haft härstammar bl a från det legitima skälet att företag ofta hävdar effektivitetsvinster, men sällan förverkligar dem efter genomförandet av koncentrationen.⁶⁴

Problemen med att acceptera ökad effektivitet som ett försvar vid bedömningen är först och främst svårigheten att bevisa och kvantifiera de besparingar som kan tänkas bli resultatet av ett uppköp eller en omstrukturering. Det ligger i sakens natur att detta i de flesta fall bara kan bli spekulationer och gissningar. Vid beaktande av effektivitetsvinster är det sedan denna spekulation som ska ställas mot risken för att det dominerande företaget börjar med monopolprissättning eller annat missbruk av sin ställning.⁶⁵

3.2.2.1 Inga garantier för fortsatt effektivitet

Även om effektivitetsvinster verkligen kan bevisas och fastställas är det tveksamt om de verkligen kan användas som försvar då dominerande ställning konstaterats. Om ett företag kan agera oberoende av sina konkurrenter kan det ifrågasättas om det har samma motivation att fortsätta vara lika effektivt som precis vid koncentrationen. Att företag *alltid* försöker vinstmaximera är ett argument som endast är giltigt på ett teoretiskt plan. För att kunna veta om ett dominerande företag kommer att fortsätta vara effektivt måste medvetenhet finnas om anledningarna till att ett företag verkligen är det. Kanske är det inte möjligheten

⁶² OECD-rapport 2.

⁶³ Bishop och Caffara, *Merger Control in "New Markets"* [2001]1 E.C.L.R. 2001.

⁶⁴ Bishop och Walker, a.a. s.161.

⁶⁵ Jones och González-Diáz, a.a. s.154.

för företagets styrelse att kunna besluta om rationella och ofelbara åtgärder gällande besparingar och vinstmaximering, utan det är konkurrensen i sig själv som är den drivande kraften.⁶⁶ Även om en fusion verkligen leder till ökad effektivitet kan fördelarna från denna snabbt försvinna om företaget väljer att nöja sig med en lägre vinst i utbyte mot att kunna ”leva ett stilla liv”.⁶⁷

3.2.2.2 Skydd för små och mellanstora företag

En tolkning av kommissionens negativa inställning till effektivitetsvinster kan vara att den vill skydda små och mellanstora företag. Existensen av dessa företag anses i sig själv vara bra för konkurrensen i stort och därför är det berättigat att skydda dem. Kostnadsbesparingar som tvingar små och mellanstora företag från marknaden måste då ses som en fara för konkurrensen. Problemet med detta synsätt är dock den signal det kan ge om att kostnadsbesparingar och ökad effektivitet kommer betraktas som en negativ faktor vid bedömningen av koncentrationer.⁶⁸ Om en koncentration bedöms endast efter vilken skada den kommer innebära för konkurrenter som är mindre effektiva, och detta blir utgångspunkten för ett förbud, är man åtminstone ur ett ekonomiskt perspektiv fel ute.⁶⁹

3.2.2.3 Koncentrationsförordningens dubbla spärrar

Kommissionen har uttalat att det finns inga verkligt legala möjligheter att rättfärdiga ett effektivitetsförsvar under koncentrationsförordningen. Med effektivitetsförsvar menas då att ökad effektivitet ska kunna användas som argument för att tillåta en koncentration som skapar och förstärker en dominerande ställning. Effektivitetsvinster är förmodade för alla koncentrationer upp till gränsen för dominans, den så kallade ”koncentrationsfördelen”. Varje effektivitetsfråga är övervägd i den övergripande bedömningen av bestämmandet om koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning. Däremot kan de inte användas för att rättfärdiga eller förmildra den dominans som bedöms uppstå för att på det sättet försöka få igenom en koncentration som i annat fall skulle förbjudas.⁷⁰

Sir Leon Brittain, tidigare ansvarig kommissionär för konkurrensfrågor, har uttalat att det inte finns något utrymme för koncentrationer att generera tekniskt och ekonomiskt framåtskridande av den sorten som en konkurrenspolicy kan godkänna om de samtidigt skapar eller förstärker en dominerande ställning vilken medför att konkurrensen skadas. De möjliga tekniska framstegen för en

⁶⁶ Jones och González-Díaz, a.a. s.154.

⁶⁷ Reyaz A. Kassmali, a.a. CC/89.

⁶⁸ Neven, Nutall och Seabright, a.a. s.117.

⁶⁹ Bishop och Walker, a.a. s.161.

⁷⁰ Remarks by Robert Pitofsky, EC Merger Control 10th Anniversary Conference, tillgängligt på <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pitintermergers.htm>

”monopolist” skulle vara kortvariga p g a de kända effekter en monopolställning har. De ekonomiska framstegen skulle i en sådan situation, enligt Brittain, endast kunna bestå i monopolvinster för företaget.⁷¹

Kraven på att de tekniska och ekonomiska framåtskridandena inte får hindra konkurrensen bedöms enligt min mening egentligen två gånger under koncentrationsförordningen. Först under konstaterandet om de alls ska beaktas och sedan, om de kommer förbi den spärren, vid bedömningen av om den dominerande ställningen kommer att hämma konkurrensen påtagligt. Skulle de tekniska eller ekonomiska framstegen *inte* hindra konkurrensen, är det dock inte heller särskilt troligt att koncentrationen kommer att konstateras skapa eller förstärka en dominerande ställning.

3.2.3 När behövs effektivitet åberopas?

I praktiken blir effektivitetsfrågor i koncentrationsbedömningar endast relevanta då koncentrationen i annat fall betraktas såsom skadlig för konkurrensen. Om de konkurrenshämmande effekterna av operationen förväntas utebli eller vara små finns ingen anledning att föra in bedömningen på ett djupare plan utan koncentrationen tillåts.⁷²

Bristen på beslut vari koncentrationer godkänts med hjälp av effektivitetsargument behöver inte nödvändigtvis vara ett tecken på att en massa koncentrationer med effektivitetsfördelar blivit förhindrade. Först och främst verkar tröskelvärdena för att endast koncentrationer med stora värden faller inom koncentrationsförordningens tillämpning. Kravet på att en dominerande ställning ska skapas eller förstärkas betyder också att fram till dess kan koncentrationen ha vilka effekter den vill. Dessutom kommer många koncentrationer bedömas som icke-konkurrenshämmande utan att kommissionen ens behöver gå in på faktorer såsom ökad effektivitet. Som en sista utväg brukar parterna till koncentrationen och kommissionen kunna komma överens om åtgärder som kan vidtas för att operationen inte ska få *för* negativt inflytande på konkurrensen men ändå möjliggör för effektivitetsvinsterna att förverkligas.⁷³

Om (eftersom) effektivitetsförsvaret bara kan bli aktuellt i det fall koncentration bedöms såsom konkurrenshämmande är det förstaeligt att det inte finns så många fall där effektivitet använts som försvar eftersom företagen är ovilliga att erkänna att operationen skulle bli till skada för konkurrensen. Dessutom kan ett konkurrensargument komma i konflikt med effektivitetsförsvaret eftersom det är svårt att argumentera t ex för att inträde på marknaden är lätt samtidigt som parterna hävdar att effektivitetsvinsterna inte kan åstadkommas genom intern

⁷¹ Brittain, a.a. s.47f.

⁷² OECD-rapport 2.

⁷³ OECD-rapport 2.

expansion eller genom en alternativ fusion.⁷⁴ Om fusioner *inte* medför några märkbara effektivitetsvinster är det dock enligt vissa bedömare mycket lättare att konstatera att koncentrationen kommer få negativa konsekvenser för konkurrensen på marknaden.

3.3 Effektivitet som som inte innebär tekniskt och ekonomiskt framåtskridande

3.3.1 Kravet på omfattning

I det allra första kommissionsbeslutet där en koncentration förklarades oförenlig med den gemensamma marknaden hävdade de berörda parterna kostnadsbesparingar som ett av skälen till koncentrationen. *ATR*, ett samriskföretag mellan flygplanstillverkningsbolagen *Aérospatiale* och *Aleina*, ville förvärva den nordamerikanska divisionen *de Havilland* från *Boeing*. Kostnadsbesparingarna skulle möjliggöras med hjälp av rationaliseringar inom områdena för marknadsföring, produktsupport och anskaffande av flygplansdelar. Besparingarna beräknades motsvara 0,5% av den totala årsomsättningen, räknat på den nya konstellationen. Kommissionen uttalade att även om den *inte ville utsluta* att kostnadsbesparingar av det ifrågavarande slaget kunde spela in vid bedömningar under artikel 2 i koncentrationsförordningen, var de i detta fallet av så *obetydlig* art att de inte kunde få någon inverkan på beslutet.⁷⁵

Parterna i fallet gjorde också gällande besparingar på grund av att riskerna med valutafluktuationer skulle kunna undvikas när tillverkningen efter koncentrationen kunde baseras i ett "dollar-land". Kommissionen menade att även om en viss fördel kunde erhållas av detta faktum, skulle det inte vara en nödvändighet för att kunna konkurrera på marknaden eftersom det bara var *de Havilland* av konkurrenterna som låg i ett "dollar-land". Dessutom bedömdes inte sannolikheten som särskilt stor för att produktionen i någon större utsträckning skulle förflyttas.⁷⁶

3.3.2 Nödvändigt samband mellan koncentration och besparing

Att kostnadsbesparingarna är en direkt följd av koncentrationen betraktas som ett absolut krav för att de ska tillmätas någon betydelse vid bedömningen. Eftersom kommissionens uppgift är att bedöma konsekvenserna av koncentrationen måste det finnas ett samband mellan koncentrationen och effektivitetsvinsterna.

⁷⁴ OECD-rapport 2.

⁷⁵ *Aérospatiale-Aleina/de Havilland*, [1991] O.J. L334/42 punkt 65.

⁷⁶ *Aérospatiale-Aleina/de Havilland*, [1991] O.J. L.334/42 punkt 68.

Parterna i *Aérospatiale-Aleina/de Havilland* hävdade effektivitetsvinster även på området för bättre interna möjligheter att driva den nya konstellationen effektivare, även om de inte kunde kvantifieras. Dessa besparingar, menade kommissionen, kunde dock inte ses som en följd av förvärvet *per se*, utan kunde lika väl genomförts av *de Havilland* självt, eller vilken annan förvärvare som helst.⁷⁷

Det ska alltså vara frågan om kostnadsbesparingar som kan förverkligas just på grund av den aktuella koncentrationen. Besparingar vilka kan göras ensidigt av parterna var för sig utgör inget argument för koncentrationen. Exempel på kostnadsbesparingar som kan tänkas vara en genuin följd av koncentrationen är om man därigenom kan flytta produktionen från en av parterna med hög produktionskostnad till en part med låg produktionskostnad. Även besparingar på grund av möjliggjord stordrift kan sägas utgöra en giltig effektivisering i detta hänseende.⁷⁸

Inga de av parterna i *Aérospatiale-Aleina/de Havilland* hävdade kostnadsbesparingarna bedömdes alltså såsom bidragande till tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande av kommissionen. Som om kommissionen ville gardera sig gjorde den dock ett tillägg med innebörden att även om kostnadsbesparingarna skulle kunna anses som bidragande till tekniska och ekonomiska framåtskridanden, så skulle de ändå inte komma till konsumenternas fördel.⁷⁹ Även om kommissionen gjort en annan bedömning beträffande effektivitetsvinsterna verkar det alltså osannolikt att detta skulle kunna förändra beslutet om oförenlighet.

Den nya konstellationen skulle få en dominerande ställning på marknaderna för mindre flygplan. Dessutom bedömdes detta bidra till att den nya konstellationen skulle få ett bättre utgångsläge på angränsande marknader (större flygplan) och därmed vara skadlig för konkurrensen även där.⁸⁰

Koncentrationen skulle minska utbudet märkbart och en hög risk för att den dominerande ställningen skulle förvandlas till en monopolställning inom en inte alltför lång framtid, förelåg enligt kommissionen.⁸¹

Beslutet kan enligt min mening användas för att tolka vad kommissionen anser *vara* ekonomiska och tekniska framsteg. Som kommer visas i det följande finns det emellertid fler hinder att ta sig igenom för koncentrationer, som kanske i och för sig bedöms ha effekter som kan klassificeras som tekniska och ekonomiska framåtskridande, men ändå inte kan godkännas.

⁷⁷ *Aérospatiale-Aleina/de Havilland*, [1991] O.J. L334/42 punkt 65.

⁷⁸ Bishop och Walker, a.a. s.161.

⁷⁹ *Aérospatiale-Aleina/de Havilland*, [1991] O.J. L334/42 punkt 69.

⁸⁰ *Aérospatiale-Aleina/de Havilland*, [1991] O.J. L334/42 punkt 71.

⁸¹ *Aérospatiale-Aleina/de Havilland* [1991] O.J. L334/42 punkt 69.

3.4 Effektivitet som innebär tekniskt och ekonomiskt framåtskridande – men ändå inte beaktas

3.4.1 Hinder för konkurrensen

I kommissionens beslut *MSG/Media Service*, vilket gällde bildandet av ett samriskföretag (*MSG*) bestående av tre tyska företag, anförde parterna att de tjänster som *MSG* skulle kunna utföra, kunde påskynda processen med att snabbt göra digital-TV accepterat och populärt på marknaden. Kommissionen tillstod att en förutsättning för att spridningen av digital-TV skulle bli framgångsrik, var att det fanns en digital infrastruktur, och att ett företag med *MSG:s* affärsidé därför kunde tänkas bidra till tekniska och ekonomiska framsteg. Med ett direkt åberopande av artikel 2 i koncentrationsförordningen deklarerade dock kommissionen att hänsyn till detta endast kunde tas om det inte innebar något hinder för konkurrensen. Med hänvisning till vad som tidigare framgått av utredningen bedömde kommissionen att samriskföretaget snabbt skulle få en dominerande ställning på området för tekniska och administrativa tjänster som skulle medföra att konkurrensen påtagligt hämmades på marknaden för betal-TV. Följaktligen kunde alltså ingen hänsyn tas till de ekonomiska och tekniska framstegen.⁸²

Dessutom ifrågasatte kommissionen om de tekniska och ekonomiska framstegen överhuvudtaget skulle kunna förverkligas för det fall att koncentrationen tilläts. Farhågor uttrycktes om att potentiella leverantörer av digital-TV inte skulle vara intresserade av inträde på marknaden i samma utsträckning som skulle vara möjligt med en serviceleverantör där aktieägarstrukturen i företaget garanterade en strikt neutralitet. Ett framgångsrikt spridande av digital-TV skulle alltså istället för att främjas, hindras av de effekter den planerade koncentrationen kunde få. Denna slutsats stöddes, enligt kommissionen av en undersökning där många företag i branschen uttalat tveksamhet om att gå in på marknaden under sådana förhållande.⁸³

Först klassificerar kommissionen alltså koncentrationen som potentiellt bidragande till ekonomiskt och tekniskt framåtskridande. Efter det ifrågasätter den dock om framåtskridandena skulle kunna förverkligas med tanke på de konkurrensförhållande som föreligger efter koncentrationen. Kommissionen godkänner alltså argumenten på ett teoretiskt plan men ser praktiskt ingen möjlighet till ett förverkligande.⁸⁴

⁸² *MSG/Media Service* [1994] O.J. L364/1 punkt 100.

⁸³ *MSG/Media Service* [1994] O.J. L364/1 punkt 101.

⁸⁴ Hawk och Huser, a.a. s.267.

3.4.2 Proportionalitetssynpunkter

Så länge nackdelarna för konkurrensen på grund av koncentrationen inte är nödvändiga för att uppnå de effektivitetsvinster som åberopas, har de ingen betydelse vid bedömningen av koncentrationen. Om effektivitetsvinster används som försvar för i övrigt konkurrenshämmande koncentrationer måste det visas att det inte går att åstadkomma dessa på något sätt som skulle innebära mindre skada för konkurrensen.

I kommissionens beslut beträffande bildandet av ett samriskföretag mellan tre nordiska TV- och mediaföretag (*Norsk Telekom, TeleDanmark* och *Kinnevik*), hävdade parterna att koncentrationen skulle leda till tekniska och ekonomiska framsteg. De hävdade att på kort sikt skulle bildandet av *Nordic Satellite Distribution (NSD)* leda till förbättrad distribution av satellit-TV i den nordiska regionen. Detta argument satte kommissionen ingen tilltro till eftersom *NSD* inte planerade någon ny transponderkapacitet. Därav drogs slutsatsen att antalet satellit-TV-kanaler erbjudna till nordiska tittare inte skulle komma att påverkas av koncentrationen på kort sikt. Kommissionen erkände visserligen att det var nödvändigt för en satellitoperatör att kunna föra fram sin satellitposition men att den vertikala integrationen inte var *nödvändig* för förverkligandet av detta syfte. Istället skulle koncentrationen påverka fördelningen av transponderkapacitet mellan "sändarna".⁸⁵

På längre sikt, efter det att digitaliseringen blivit genomförd, hävdade parterna att stora rationaliseringar skulle vara möjliga även på marknaden för kabel-TV-operatörer och SMATV-nätverk, vilket de ansåg skulle gynna konsumenterna. *NSD* skulle bidra till att integrera infrastrukturen för distributionen av satellit-TV och andra relaterade tjänster.⁸⁶

Även om marknadsandelarna inte var så höga bedömde kommissionen att i och med den vertikala integrationen skulle samriskföretaget förhindra att nya företag tog sig in på marknaden. Detta skulle minska utbudet på marknaden. Kommissionen fann att samriskföretaget skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning på (i) marknaden för transponderkapacitet för satellit-TV i Norden (ii) den danska marknaden för driften av kabel-TV-nätverk och (iii) marknaden för "direkthem i rutan" distribution av satellit-betal-TV och andra kodade TV-kanaler. Det skapade samriskföretaget skulle bli dominerande inte bara på de tekniska och administrativa "upstream"-marknaderna utan också förhindra konkurrens på "downstream"-marknaderna för digital-betal-TV.

⁸⁵ Nordic Satellite Distribution, [1996] O.J.L53/20 punkt 146.

⁸⁶ Nordic Satellite Distribution, [1996] O.J.L53/20 punkterna 145 och 147.

Kommissionen betonade att avregleringen av telekommunikationsindustrin och utvecklingen av nya tekniker och tjänster inte fick leda till att dessa marknader blev styrda av några få starka företag.⁸⁷ Integrationsfrågan kan alltså spelat en stor roll här, med tanke på kommissionens rädsla för ”stängda” marknader.

Även om kommissionen alltså erkände att den infrastruktur som *NSD* skulle utveckla kunde bli effektiv och mycket fördelaktig för konsumenterna betonade kommissionen vikten av en öppen infrastruktur, som skulle vara tillgänglig för alla intresserade parter.

Eftersom den vertikala integrationen inte var nödvändig för den nya tekniken och dessutom skulle minska utbudet för konsumenterna i norden ansåg kommissionen alltså att kriterierna för att tillämpa stadgandet om tekniskt och ekonomiskt framåtskridande i koncentrationsförordningens artikel 2 inte var uppfyllda.

3.5 Effektivitet bidragande till dominans

Det har också förekommit beslut från kommissionen där de synergier och effektivitetsvinster som koncentrationen skulle kunna ge upphov till, har bedömts kunna vara bidragande till att företaget kan få en dominerande ställning på marknaden. I *AT&T/NCR* ställde sig kommissionen frågande till om koncentrationen skulle förstärka *NCR:s* position på ”workstation”-marknaden genom ett överflöd av tekniska och marknadsföringsmässiga ”know-how”.⁸⁸ Fusionen mellan de två företagen skulle kunna åstadkomma synergier vilka kunde vara bidragande till utvecklingen för mer avancerade kommunikationsmönster till lägre kostnader. Kommissionen bedömde dock att situationen för tillfället var sådan att det inte var praktiskt möjligt att genomföra och menade att de synergier koncentrationen kunde åstadkomma endast kunde ses som teoretiska, innan de hade bevisats som framgångsrika på marknaden.⁸⁹

Kommissionen uttalade dock att potentiella fördelar, vilka är effekter av koncentrationer, kan bidra till att koncentrationer bedöms skapa eller förstärka en dominerande ställning.⁹⁰

Vid en bedömning av om koncentrationen kommer få en dominerande ställning är det fullt logiskt att besparingar och andra effektivitetsvinster kan bidra till att koncentrationen bedöms som dominerande. Denna fråga ska emellertid skiljas från frågan om koncentrationens effektivitetsvinster kan bidra till att balansera ut den ekonomiska styrka som koncentrationen ger upphov till.⁹¹ Istället för att fråga

⁸⁷ 1995 års rapport från kommissionen.

⁸⁸ *AT&T/NCR*, [1991]O.J. C16/20 punkt 28.

⁸⁹ *AT&T/NCR*, [1991]O.J. C16/20 punkterna 29-30.

⁹⁰ *AT&T/NCR*, [1991]O.J. C16/20 punkt 30.

⁹¹ Jones och González-Díaz, a.a. s.157.

om effektivitetsvinster beaktas är kanske den relevanta frågan *hur* och *när* de ska beaktas.

3.6 Förhållande till övriga konkurrensrätten

Effektivitetsfrågor har uppkommit under två områden inom den europeiska kommissionens praxis, dels under koncentrationsförordningen och dels under artikel 81 i fördraget. Under artikel 81(3) ges möjlighet till godkännande av annars konkurrenshämmande avtal om de bidrar till ekonomisk eller teknisk utveckling och denna kommer konsumenterna till del. Dessutom ska avtalen vara proportionerliga och inte sätta konkurrensen helt ur spel för de ifrågavarande produkterna.⁹² ”Effektivitetsförsvaret” i 81(3) har sin grund i förbudsprincipen under art 81(1).⁹³ Det finns dock en klar gräns för hur länge ökad effektivitet kan vägas mot den skada för konkurrensen som avtalet ger upphov till, nämligen att konkurrensen inte helt får elimineras. Innebär avtalet att företagen kan dominera hela marknaden med hjälp av avtalet kan det aldrig tillåtas oavsett hur mycket effektivitet det genererar.

Artikel 82 avser att reglera beteende för företag som redan innehar en dominerande ställning på marknaden. Om ett företag innehar en sådan position på marknaden innebär det att konkurrensen där redan är mycket nedsatt och bräcklig. Ett rättfärdigande av ett missbruk på marknaden på ökad effektivitet är därför inte möjligt utan ambitionen är att skydda den konkurrens som trots allt finns.⁹⁴ Till skillnad från koncentrationsförordningen där spekulationer om framtida förväntade situationer måste göras, tillämpas artikel 82 på situationer som redan har inträffat.

3.7 Överensstämmelse med amerikansk rätt

I rapporter från OECD har uttalande gjorts om att det funnits en stor överensstämmelse, beträffande utövandet av koncentrationskontroll, mellan de amerikanska och europeiska jurisdiktionerna de senaste tio åren. Detta för att man i stor utsträckning kommit att dela de ekonomiska premisser om vilka fördelar och vilka hot mot konkurrensen som fusioner skapar. Om förutsättningar bedöms på samma sätt blir det om inte säkert, så åtminstone mycket mer troligt, att man därmed också reglerar och närmar sig problemen på liknande sätt.⁹⁵

På ett område det funnits åtminstone en viss olikhet i betraktelsesättet gäller på vilket sätt effektivitetsfrågor behandlats. Åsikterna går dock isär om detta är

⁹² Fördraget, artikel 81(3).

⁹³ Jfr Rule-of-reason-metoden som finns i andra jurisdiktioner.

⁹⁴ OECD-rapport 1.

⁹⁵ Remarks by Robert Pitofsky, EC Merger Control 10th Anniversary Conference.

fundamentala skillnader eller endast en formell skillnad som inte har någon betydelse i praktiken.

I amerikansk rätt förbjuds de koncentrationer vilka bedöms minska konkurrensen väsentligt.⁹⁶ Den främsta rädslan består i den ökande risken för samordnat beteende när marknader blir mer koncentrerade, vilket kan resultera i att priserna höjs över konkurrensmässiga nivåer.⁹⁷ Koncentrationskontrollen i USA är, i förhållande till den europeiska, mer fokuserad på de skador koncentrationer kan åstadkomma på oligopolistiska marknader, snarare än på marknader med endast ett dominerande företag.

Koncentrationskontrollen i USA går kortfattat till så att den relevanta marknadens koncentration bestäms med hjälp av det så kallade HHI(Herfindahl-Hirschman Index). Under vissa värden finns en presumtion för att koncentrationen är laglig och över vissa värden en presumtion för olaglighet. Undersökningen fokuserar på den ökning av HHI som koncentrationen åstadkommer. Om ökningen är rejäl kommer det leda till att koncentrationen bedöms ge upphov till allvarliga betänkligheter. Parterna till koncentrationen måste då motbevisa den presumtion för olaglighet som koncentrationen orsakar.⁹⁸ Detta kan göras med olika kvalitativa åberopanden, som visar att koncentrationen inte kommer att kunna agera oberoende av sina konkurrenter på marknaden. Om det fortfarande finns betänkligheter kvar beträffande konkurrensförhållandena efter dessa kvalitativa analyser har parterna som ett sista argument möjligheten att hävda att koncentrationen kommer att vara nödvändig för att åstadkomma märkbara nettovinster.⁹⁹ Den amerikanska koncentrationskontrollen kan sägas utgå från perspektivet att det är de ”totala” effekterna som ska räknas och att det kan finnas situationer då en lägre grad av konkurrens måste accepteras eftersom effekterna av den ökande koncentrationen bidrar till större fördelar än vad de skadliga effekterna av den minskade konkurrensen kan åstadkomma. Det praktiska värdet av stadgandet har dock i praktiken inte visat sig särskilt stort.

Till skillnad från den europeiska koncentrationskontrollen förlitar sig konkurrensmyndigheterna i USA alltså mer på presumtioner än inom gemenskapen där varje bedömning av en koncentration utgår från dess specifika natur.¹⁰⁰ Till skillnad från USA är inte heller effektivitetsanalysen någon formell del av de standarbedömningar kommissionen gör.¹⁰¹ Eftersom en koncentration i USA mycket ”snabbare” blir bedömd som olaglig på grund av presumtioner, måste det finnas utrymme för balanserande effekter att motbevisa denna bild.

⁹⁶ Section 7 of the Clayton act.

⁹⁷ Camesasca, *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?* [1999] E.C.L.R. s.19.

⁹⁸ Noel, a.a. s.499.

⁹⁹ Section 4 of the Merger Guidelines.

¹⁰⁰ Noel, a.a. s.500.

¹⁰¹ Noel, a.a. s.500.

Eftersom MTF inte har några riktlinjer såsom USA:s konkurrensmyndigheter har till sin hjälp vid tillämpningen, måste kommissionens praxis studeras för att utreda vilka måttstockar den använder beträffande effektivitetsvinster.

I utövandet av analyser har man i de båda jurisdiktionerna använt sig av olika mönster vilket i sin tur skapat rollen och styrkan i effektivitetsargumentet. I den amerikanska analysen av koncentrationer läggs det stor vikt vid marknadsandelarna vid konstaterandet av oförenlighet. Denna analys måste vägas upp med hänsynstagandet av effektivitetsvinster i den utsträckning de har förmåga att bidra till minskandet av de skadliga effekterna för konkurrensen då marknaden blir mer koncentrerad. Den europeiska koncentrationskontrollen är mer flexibel och gör *ad hoc* bedömningar baserade på en översyn av alla de faktiska kriterier som kan påverka strukturen och därmed även konkurrensen på den relevanta marknaden.¹⁰²

3.8 Slutsatser

Från kommissionens beslut beträffande ”effektivitetsvinster” och i vilken utsträckning de kan användas som försvar kan den slutsatsen dras att de betraktats något inkonsekvent.

Även om beslutet av kommissionen *Aérospatiale-Aleina/de Havilland* har tolkats på olika sätt beträffande effektivitetsförsvarets status, kan följande slutsatserna dras från fallet. Om effektivitetsförsvaret *överhuvudtaget* ska få någon inverkan vid bedömningen måste vissa krav uppfyllas.

- Kostnadsbesparingarna måste vara *avsevärda*. De återopade besparingarna på 0,5% av årsomsättningen ansågs inte tillräckliga.
- *Bevisbördan* för kostnadsbesparingarna ligger på parterna. För att få någon betydelse måste de också kvantifieras och inte endast identifieras.
- Kostnadsbesparingarna måste vara *’koncentrationsspecifika’*. Besparingar som inte uppstår som en direkt följd av koncentrationen är oanvändbara som argument.
- Effektivitetsvinsterna måste komma *konsumenterna till gagn*.¹⁰³ Detta krav uttrycks i koncentrationsförordningen. Kommissionen bedömde i fallet att

¹⁰² Noel, a.a. s.515.

¹⁰³ Enligt Camesasca(a.a.s.25) lämnades dock dörren öppen för om effektivitetsvinsterna behöver komma konsumenterna till del. Ingen hänvisning till koncentrationsförordningens artikel 2 behöver enligt honom göras i detta hänseende eftersom beslutet avgjorde att effektivitetsvinsterna inte föll inom artikelns tillämpning.

koncentrationen skulle leda till en dominerande ställning vilket skulle resultera i mindre utbud för kunder och incitament till att höja priser.

Genom kommissionens beslut *Aérospatiale-Aleina/deHavilland* gavs alltså svar om vilka krav som ställs för att effektivitetsvinster ska betraktas såsom bidragande till tekniskt och ekonomiskt framåtskridande. Beslutet gav emellertid ingen ledning i frågan om i vilken utsträckning tekniskt och ekonomiskt framåtskridande beaktas vid i övrigt konkurrenshämmande koncentrationer, d v s när dominans kan konstateras. Ledning i den frågan gavs däremot i besluten *MSG Media* och *Nordic Satellite*, i vilka koncentrationerna bedömdes kunna ge upphov till tekniskt och ekonomiskt framåtskridande. Här innebar dock effekterna av att en dominerande ställning skapades att dessa framåtskridande inte kunde beaktas eftersom detta skulle vara till nackdel för konsumenterna.

Enligt mitt sätt att se det pekar besluten på att för det fall koncentrationen leder till en dominerande ställning finns det knappast några skäl att åberopa tekniskt och ekonomiskt framåtskridande. Samtidigt verkar det meningslöst att åberopa det om koncentrationen *inte* leder till dominerande ställning eftersom koncentrationen då i vilket fall inte kan förbjudas.

Återstår då möjligheten att åberopa tekniskt och ekonomiskt framåtskridande av den anledningen att konstaterandet av dem kan *motverka* att koncentrationen bedöms såsom dominerande. Att ett företag blir effektivare genom besparingar och tekniska innovationer torde göra det svårare för både verkliga konkurrenter att ta marknadsandelar och för potentiella konkurrenter att träda in på marknaden, åtminstone sett i ett kort perspektiv. Detta synsätt har åtminstone delvis bekräftats i kommissionsbeslutet *AT&T/NCR*. Att åberopa effektivitetsvinster i syftet att undvika att bedömas som dominerande verkar därför inte heller vara en särskilt genomtänkt strategi. Kanske talar de fåtaliga beslut av kommissionen, där parterna åberopat tekniskt och ekonomiskt framåtskridande för att detta är ett välkänt faktum. Hur det än är, sker många fusioner och samgåenden för att företagen ska nå ut till fler kunder och därmed bli lönsammare. Besparingar möjliggjorda genom lägre produktionskostnader, möjligheten att kunna utveckla och tillvarata nya tekniska lösningar, torde vara argument som är vanligare än det antal kommissionsbesluten pekar på. Kanske är de också så att effektivitetsvinster av pragmatiska skäl inte finns med i åberopandena och bedömningarna eftersom det är "omöjligt" att fastställa och bevisa dem.

Även om effektivitetsförsvaret inte kommer att spela någon avgörande eller bestämmande roll kan det i framtiden komma att fungera som ett potentiellt vapen då det föreligger starka bevis för avsevärda synergier som inte i annat fall kan förverkligas. Även vid konstaterandet av kollektiv dominans kan frågor om

effektivitet komma att behandlas på ett positivare sätt av kommissionen.¹⁰⁴ Då kommissionen finner att det föreligger behov av omstrukturering av en viss bransch kan försvaret också få större genomslagskraft.¹⁰⁵

Det mest fruktsamma sättet att behandla effektivitetsvinster och tekniska framåtskridande torde annars vara att betrakta dem som konkurrenskriterier. En förutsättning är då att det i konkurrensbedömningarna finns utrymme för att se den potential tekniska framsteg och ökad effektivitet kan ha för att stärka konkurrensen, och att detta i sinom tid kommer gynna konsumenter. De tekniska och ekonomiska framstegen måste kunna betraktas som en katalysator till konkurrens och som ifrågasättanden av de stabila och symmetriska marknadsförhållande som kanske råder. Nästa fråga blir då om koncentrationsförordningen behöver ändras för att detta synsätt ska kunna anläggas. Kommissionen har ju ett visst utrymme att beakta dessa faktorer både vid bestämmandet av den relevanta marknaden och vid bedömningen av om dominans skapas eller förstärks. För en vis typ av industri (snabbt växande, innovativ) kan ju högre grad av koncentration accepteras eller som sista utväg anföras att den dominerande ställningen inte kommer hämma konkurrensen påtagligt. Detta kan ju vara fallet när företag måste tillåtas tjäna stora pengar under en kortare tid, för att utveckling överhuvudtaget ska vara möjlig. Ett klargörande av kommissionen om hur och när effektivitetsvinster beaktas skulle emellertid vara ett önskvärt verktyg, så att ingen osäkerhet om hur de bedöms föreligger. Den praxis som finns på området är inte särskilt klargörande, och graden av inverkan effektivitetsvinster har, är mycket svår att utläsa.

Klart är åtminstone att koncentrationsförordningen inte uttryckligen ger någon möjlighet för effektivitetsvinster att balansera ut de skadliga effekterna för konkurrensen i de fall kommissionen kan konstatera att en dominerande ställning genom koncentrationen skapats eller förstärkts och detta bedöms skada konkurrensen. Detta har också konfirmerats genom kommissionens praxis. Osäkerheten föreligger istället beträffande i vilken utsträckning effektivitetsvinster beaktas *innan* en sådan situation bedöms föreligga.

¹⁰⁴ Noel, a.a. s.514.

¹⁰⁵ Noel, a.a. s.514.

4 Företag på obestånd

4.1 Inledning

När ett företag som står vid randen till konkurs, köps upp av ett annat företag kan det uppstå särskilda bedömningsvårigheter om det därmed innebär att den nya konstellationen blir dominerande eller förstärker en sådan ställning på marknaden.

Till sitt försvar kan parterna hävda att fusionen inte märkbart påverkar konkurrensen eftersom det uppköpta företaget inom snar framtid skulle försvunnit från marknaden i vilket fall. Strukturen på marknaden blir alltså densamma oavsett fusionen, åtminstone sett i ett längre perspektiv.¹⁰⁶ Dessutom kan resurser och tillgångar bättre tillvaratas genom uppköp än genom en konkursprocess.

Frågan är om detta kan vara argument vilka framgångsrikt kan användas under koncentrationskontrollen i gemenskapen. Klart är att det inte finns något uttryckligt stöd för det i koncentrationsförordningen och praxis på området är fåtalig och tvetydig.

Problemet med fusioner vari ett företag är i kris kan sägas sätta fokus på problemet med om konkurrensen under alla omständigheter kan och ska värnas, eller om det finns situationer då andra mål och värden bör prioriteras.

4.2 Stöd för särbehandling

I koncentrationsbedömningar görs enkelt uttryckt en jämförelse mellan hur marknaden såg ut *innan* koncentrationen och hur den kommer att se ut *efter* koncentrationen. När en av parterna till koncentrationen är ett företag i kris finns det inte längre något legitimt skäl till att jämföra med konkurrensförhållandena på marknaden *innan* koncentrationen kommer till stånd, eftersom detta är ett tillstånd som inte kan bevaras oavsett om koncentrationen genomförs eller ej.

Vilka är då argumenten för att en särbehandling kan bli aktuell vid bedömningen av koncentrationer, där en av parterna lider av stora ekonomiska problem?

1. Företag A:s uppköp av företag B leder till att en dominerande position skapas eller förstärks. Om inte uppköpet tillåts kommer företag B att lämna marknaden. Om detta inträffar kommer A överta B:s kunder och följden av detta blir att A kommer skapa eller förstärka en dominerande ställning. A måste emellertid för att kunna möta den ökande efterfrågan från dessa kunder göra nyinvesteringar. Detta kommer leda till ökade kostnader och dessa

¹⁰⁶ Bishop och Walker, a.a. s.162.

kostnader kommer överstiga de som skulle vara nödvändiga vid ett uppköp av B. I detta läge finns det 4 skäl till att det är bättre att tillåta koncentrationen än att förbjuda den.

- Uppköpet producerar effektivitet, åtminstone i jämförelse med alternativet.
 - Ett dominerande företag som producerar till lågkostnad kommer att skapa mer produktionsfördelar än ett dominerande företag med höga produktionskostnader.
 - Under perioden mellan företag B:s likvidation och den tid A behöver för att öka kapaciteten på den frigjorda efterfrågan, kommer priserna att öka på att efterfrågan kommer överstiga tillgången.
 - De sociala kostnaderna för t ex arbetslöshet kan genom ett uppköp minskas eller helt undvikas.
2. Den finansiella svagheten som företag B har kommer att förminska dess konkurrenskraft så att dess marknadsandelar som bidrar till att skapa eller förstärka en dominerande ställning i teorin kanske inte överensstämmer med den verkliga inverkan den har för konkurrensen.
3. Även om förvärvet innebär att en dominerande ställning skapas eller förstärks ska andra faktorer än de som i strikt mening är konkurrensmässiga tas i beaktande när målet för uppköpet är ett företag i kris. Dessa faktorer inkluderar sysselsättningsfrågor och regionalpolitik. Dessutom kan det skälet anföras att aktieägarna till företaget i kris ska tillåtas få så stor utdelning som är möjligt från företaget.¹⁰⁷

Under koncentrationsförordningen är det endast de skäl som anförs under första punkten som kan tänkas komma under beaktande. Den andra punkten är endast en faktor att ta med i beräkningen när vikten av marknadsandelar bedöms i uppskattandet av om dominans föreligger eller ej. Företaget som ska förvärvas måste bidra till att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Om det uppköpta företaget är försvagat på grund av ineffektivitet, gammal teknik, dålig likviditet, svaga märken etc, spelar ingen roll.¹⁰⁸ Den tredje punkten kan inte tas med i beaktande eftersom koncentrationsförordningen inte uttryckligen erkänner sådana faktorer, och beslut som grundas på liknande faktorer skulle troligtvis inte godkännas av domstolen.¹⁰⁹

Vad som i grunden kommissionen har att bedöma är alltså om det är bättre att uppköpet tillåts därför att det är bättre att tillgångarna finns kvar på marknaden än att de lämnar den. Tillståndet med en dominerande ställning på den relevanta

¹⁰⁷ Jones och González-Díaz, a.a. s.159f.

¹⁰⁸ Cook och Kerse, a.a. s.179.

¹⁰⁹ Jones och González-Díaz, a.a. s.159f.

marknaden kommer oavsett kommissionens godkännande inom en snar framtid att vara ett faktum.¹¹⁰

4.2.1 Kausaltvånget

Bristen på ett uttryckligt stadgande i koncentrationsförordningen som ger stöd för att de fall som innefattar köp av ett företag i likvidationskris, ska behandlas annorlunda än andra fall, försvårar försvaret. Dock kan man ta stöd i den praxis från domstolen som säger att det måste finnas ett kausalsamband mellan dels koncentrationen och dominansen och dels mellan den uppkomna situationen av dominans och dess skadliga effekter för konkurrensen.¹¹¹ Tyder allting på att samma situationen skulle uppstå på marknaden i vilket fall kan man knappast klandra den berörda omstruktureringen för det. Det finns dock många fallgropar med detta resonemang eftersom det av naturliga skäl ställs mycket höga beviskrav för parter som vill försvara en koncentration på dessa grunder.

4.2.2 Tillvaratagandet av tillgångar

Ett av de tyngre skälen till att betrakta koncentrationer där ett företag i kris ingår på ett annorlunda sätt, är att de kan möjliggöra för produktiva tillgångar att fortsätta vara i drift. Det måste dock observeras att på de flesta marknader kommer företag som kontinuerligt gör förluster slutligen att lämna marknaden. Detta betyder inte nödvändigtvis att deras produktiva tillgångar kommer försvinna från densamma. Om andra företag kan tänkas köpa dessa tillgångar är situationen inte sådan att en särbehandling vid koncentrationsbedömningen kan anses skälig. Endast om de produktiva tillgångarna skulle lämna marknaden, för de fallet att koncentrationen inte kommer till stånd, är detta ett hållbart argument.¹¹²

På konkurrenskraftiga marknader kommer fusioner vari ett företag i kris är inblandat ofta leda till ett förstärkande av den allmänna välfärden, antingen genom effektivitetsvinster av existerande kapacitet, genom omplacering av den kapaciteten till mervärderade nyttigheter, eller genom att bevara jobb och andra sociala fördelar.

4.3 Kali+Salz/Mdk/Treuhand

Att uppköp av företag i kris kräver en särskild behandling har hävdats med framgång i ett av kommissionens beslut. I *Kali+Salz/Mdk/Treuhand* behandlades en koncentration mellan Tysklands två kaliumproducenter. På marknaden för kalium avgjorde kommissionen att det inom gemenskapen fanns

¹¹⁰ Jones och González-Díaz, a.a. s.160.

¹¹¹ Kali och Salz punkt 115.

¹¹² Bishop och Walker, a.a. s.162.

två marknader, en för Tyskland och en för gemenskapen förutom Tyskland. Detta berodde på de tyska kundernas preferens för magnesiumberikat kalium vilket endast producerades i Tyskland. Möjligheten för producenter utanför Tyskland att tillsätta magnesium undersöktes inte av kommissionen och detta blev föremål för kritik av domstolen.¹¹³

Koncentrationen ledde till monopolställning på den tyska marknaden och till ett duopol på den västeuropeiska marknaden.

Parterna hävdade att om fusionen inte kom till stånd skulle *Mdk* tvingas lämna marknaden inom snar framtid och att de marknadsandelar som då blev tillgängliga nästan uteslutande skulle tillfalla *K+S*.¹¹⁴ Kommissionen hade att ta ställning till om det kausaltvång mellan koncentration och dominans som krävs enligt koncentrationsförordningens artikel 2(2) förelåg. Kommissionen menade att om följande situation var ett faktum kunde den skapade dominansen generellt sett inte anses var en följd av koncentrationen:

- Den uppköpta enheten (parten) kommer inom mycket snar framtid tvingas lämna marknaden om den inte blir uppköpt.
- Den förvärvande enheten kommer överta marknadsandelarna från det uppköpta företaget om det senare lämnar marknaden.
- Det finns ingen annan förvärvare av företaget som skulle medföra mindre skador för konkurrensen på marknaden.¹¹⁵

I situationer som innebär att koncentrationen skapar en "de facto" monopolställning, som i detta fallet, menade kommissionen att det är särskilt viktigt att de tre förutsättningarna är uppfyllda.¹¹⁶

Bristen på kausalitet betydde, enligt kommissionen att det är *försvinnandet* av företaget i kris, och inte koncentrationen i sig själv som bidrar till att ett dominerande företag skapas eller förstärks. Under dessa förhållanden går det inte att tillämpa artikel 2(3) av koncentrationsförordningen och därmed är ett förbudande av koncentrationen inte möjligt. Kommissionen uttalade att situationer som dessa är mycket ovanliga och uppstår endast i undantagsfall. Det normala är, menade kommissionen, att det föreligger en presumtion för att en koncentration som resulterar i skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning är orsaken till skadan på konkurrensstrukturen. Följaktligen är det

¹¹³ Cook och Kerse, a.a. s.144.

¹¹⁴ Kali+Salz/Mdk/Treuhand, [1994] O.J. L186/38 punkt 70.

¹¹⁵ Kali+Salz/Mdk/Treuhand, [1994] O.J. L186/38 punkt 71.

¹¹⁶ Kali+Salz/Mdk/Treuhand, [1994] O.J. L186/38 punkt 71.

parterna som har bevisbördan för att det ingen kausalitet föreligger mellan koncentrationen och de skadliga konkurrensförhållandena.¹¹⁷

I fallet var det frågan om en privatisering av ett tidigare östtyskt företag vilket också skapade vägande sysselsättningsfrågor. Detta faktum kan ha "hjälpt till" vid bedömningen.

4.4 Bevisproblemen

Även om förutsättningarna verkar enkla kan det vara svårt att etablera ett försvar för uppköp av företag som är på obestånd.¹¹⁸ Minimikraven för att försvaret ska bli framgångsrikt presenteras i följande avsnitt.

4.4.1 Kommer företaget lämna?

Argumentet att ett företag går dåligt eller har tillfälliga ekonomiska svårigheter räcker knappast för att övertyga kommissionen om att företaget kommer tvingas lämna marknaden.

Parterna i *Aérospatiale-Aleina/de Havilland* hävdade att *de Havilland*, även om det inte i var i akut likvidationskris, gradvis skulle avvecklas av *Boeing*, innebärande att företaget i vilket fall inte skulle utgöra någon konkurrent på marknaden, åtminstone inte sett ur ett mellan- eller långsiktigt perspektiv. *Utän att utesluta* att sådana hänsynstagande kunde vara relevanta under artikel 2 i koncentrationsförordningen, bedömde kommissionen att det inte fanns fog för argumentet i detta fall. Med hänvisning till att *de Havilland* var ett välrenommerat företag med hög kvalité och den bevisning som förelagts kommissionen ansåg den inte att det förelåg någon sannolikhet för att *de Havilland* skulle avvecklas. *Boeing* hade visserligen uttryckt att de föredrog en försäljning av divisionen framför att fortsätta driva den på egen hand. Med tanke på att det fanns fler potentiella köpare av divisionen än *ATR*, bl a hade *British Aerospace* uttryckt vilja att köpa företaget, kunde denna preferens inte tas för intäkt för att företaget i annat fall skulle avvecklas.¹¹⁹

I *Kali+Salz/Mdk/Treuhand* producerade *Mdk* bara till 50 % av sin kapacitet och gjorde enorma förluster vid produktionen bl a på grund av åldriga produktionsenheter vilka gjorde produktionskostnaderna mycket höga. *Mdk* hade också problem med sina distributionskanaler. I grunden låg emellertid strukturella problem som främst hade att göra med kollapsen på den östeuropeiska marknaden. *Mdk* var ett statligt ägt bolag, bildat i forna

¹¹⁷ Kali+Salz/Mdk/Treuhand, [1994] O.J. L186/38 punkt 72.

¹¹⁸ Jones och González-Díaz, a.a. s.160.

¹¹⁹ Aérospatiale-Aleina/de Havilland, [1991] O.J. L334/42 punkt 31.

Östtyskland.¹²⁰ Kommissionen ansåg därför att det förelåg tillräckligt mycket bevis för att företaget skulle tvingas lämna marknaden om det inte blev förvärvat av ett privatägt företag.¹²¹

Det måste alltså bevisas att om koncentrationen uteblir kommer företaget med obestandsproblem att försvinna från marknaden. Det faktum att ett företag med en svag men hållbar finansiell ställning på marknaden är värt mer för aktieägarna om det köps upp än om det stannar kvar på marknaden och tvingas göra kostnadsnedskärningar är inte ett relevant skäl i detta hänseende.

Vad finns det då för indicier som visar på att företaget verkligen kommer att tvingas ut från marknaden? Parterna måste visa att företaget är på obestånd/i likvidationskris, eller kommer att bli det inom väldigt snar framtid. Detta är ett troligt scenario när skuldförbindelserna överstiger de realiserbara tillgångarna, eller när ett företag är oförmöget att betala sina skuldförbindelser efterhand som de förfaller till betalning. Det relevanta som ska analyseras är om företaget för det fall att koncentrationen inte kommer till stånd troligen skulle gå i konkurs eller om möjlighet finns för företaget att genom annan omorganisation fortsätta driften på ett mer fokuserat sätt.¹²²

4.4.2 Kommer marknadsandelarna att tillfalla det förvärvande företaget i vilket fall?

Den kritiska punkten är om det kan visas att det övertagande företaget kommer överta det lämnande företags marknadsandelar. Det måste alltså bevisas att den planerade förvärvaren kommer plocka upp den frigjorda efterfrågan även om koncentrationen inte tillåts. Detta är en mycket svår sak att bevisa, särskilt på en oligopolistisk marknad.¹²³ Paradoxalt nog är det lättare att bevisa om uppköpet resulterar i ett monopol och inga potentiella konkurrenter skulle kunna göra inträde på marknaden. Finns det kvar ett antal konkurrenter på marknaden är det svårare att bevisa att uppköparen i fråga i vilket fall kommer överta all ”överbliven” efterfrågan från företaget som försvinner.¹²⁴

Kommissionen ansåg i beslutet *Kali+Salz/Mdk/Treuhand* att det var rimligt att *K+S* skulle överta *Mdk:s* marknadsandelar bl a på grund av de strukturella skillnader som fanns mellan Tyskland och resten av gemenskapen.¹²⁵

¹²⁰ Kali+Salz/Mdk/Treuhand, [1994] O.J. L186/38 punkterna 74-75.

¹²¹ Kali+Salz/Mdk/Treuhand, [1994] O.J. L186/38 punkterna 76-77.

¹²² Jones och González-Díaz, a.a. s. 161.

¹²³ Cook och Kerse, a.a. s.179.

¹²⁴ Jones och González-Díaz, a.a. s.160.

¹²⁵ Kali+Salz/Mdk/Treuhand, [1994] O.J. L186/38 punkterna 78-80.

4.4.3 Inga andra alternativ?

Det måste bevisas att inga andra anbud föreligger på företaget i kris som innebär mindre skadlig verkan för konkurrensen. Föreligger det bud från andra företag vilka skulle resultera i mindre skada för konkurrensen håller inte försvaret. Beträffande förhållandena i *Kali+Salz/Mdk/Treuhand* fanns det ett bud på en mindre del av *Mdk* av en annan förvärvare än *K+S* men detta tillmättes ingen betydelse eftersom det var en så liten del av företaget. *Mdk* hade aktivt sökt andra förvärvare, men detta hade inte resulterat i mer än inledande förhandlingar med två övriga intressenter, varefter de inte längre visat något intresse. *Mdk:s* försök att nå ut till alternativa förvärvare var väl dokumenterat och därför fann kommissionen det vara bevisat att inget annat företag skulle köpa *Mdk* ifall koncentrationen inte tilläts.¹²⁶

Domstolen har uttalat att om en jämförelse mellan det alternativ som skulle bli fallet om *inte* koncentrationen kom till stånd och situationen som uppstår ifall koncentrationen *kommer* till stånd, skulle visa att konkurrensstrukturen på marknaden skulle försämrans i mindre utsträckning utan koncentrationen innebär detta inte att man kan utesluta ett orsakssamband mellan koncentrationen och försämringen av konkurrensstrukturen på marknaden.¹²⁷ Även om kriteriet avseende övertagandet av marknadsandelar inte i sig kan anses som tillräckligt för att utesluta att koncentrationen är skadlig för konkurrensen, bidrar det till att säkerställa att koncentrationen är neutral i förhållande till försämringen av konkurrensstrukturen på marknaden, vilket överensstämmer med det orsakssambandsbegrepp som anges i artikel 2(2) i koncentrationsförordningen.¹²⁸

4.5 Överensstämmelse med amerikansk rätt

Den amerikanska koncentrationskontrollen tillåter under strikta förhållanden att koncentrationer försvaras med hjälp av ”a failing firm defence”.

Kraven är:

- (i) mycket nära förestående konkurs.
- (ii) omöjlighet att i en konkursprocess sanera och omstrukturera verksamheten.
- (iii) inga alternativa uppköpare av tillgångarna till priser över tillgångarnas likvidationsvärde.
- (iv) försvinnande av tillgångarna från den relevanta marknaden om inte den planerade fusionen eller förvärvet kommer till stånd.¹²⁹

¹²⁶ *Kali+Salz/Mdk/Treuhand*, [1994] O.J. L186/38 punkterna 81-85.

¹²⁷ *Kali och Salz*, punkt 115.

¹²⁸ *Kali och Salz*, punkt 116.

¹²⁹ The 1992 U.S Merger Enforcement Guidelines §§5.1-5.2.

I kommissionens beslut *Kali+Salz/Mdk/Treuhand* använde sig kommissionen av en liknande analys som de amerikanska myndigheterna gör vid bedömningar av koncentrationen där en av parterna har ekonomiska svårigheter. I överklagandet av kommissionens beslut till domstolen, hävdade den franska regeringen emellertid att kommissionen inte iakttagit alla de komponenter som ingick i den amerikanska doktrinen beträffande företag på obestånd.

Domstolen uttalade då att det inte var grund nog för att förklara kommissionens beslut som ogiltigt, att ”de villkor som enligt kommissionen skall vara uppfyllda för att ett orsakssamband inte skall anses föreligga mellan koncentrationen och försämringen av konkurrensen, inte fullständigt överensstämmer med de villkor som ingår i den amerikanska teorin om failing company defence.”¹³⁰

4.6 Slutsatser

Under vissa omständigheter kan det sägas att kommissionen i sina bedömningar ”tvingas” beakta andra faktorer än konkurrensen. Mer korrekt är kanske emellertid istället att hävda att det är det legala verktyget, i det här fallet koncentrationsförordningen, som inte kan anses vara tillämpligt. Det finns helt enkelt inget lagligt sätt för kommissionen att stoppa den ökade koncentrationen på, hur skadlig för konkurrensen den än kan tänkas bli, när verkligheten är sådan att denna situation kommer uppstå i vilket fall. Att få kommissionen att erkänna att godkännandet beror på att resurser kan tillvaratas och arbetslöshet undvikas är därför inte särskilt troligt. Kommissionen har också uttalat att försvaret *inte* behöver *upphöjas till en speciell status*. Kommissionen måste alltid fastställa att ett företags förvärv av ett annat företag *leder till* eller förstärker dominans.¹³¹ Kausalitetstvångets betydelse ska kanske inte överdrivas men det ger kommissionen en möjlighet till ökad flexibilitet vid beslutsfattandet och en möjlighet att förena teori med de verkliga förhållanden som härskar på marknaden.

Men även om försvaret synes kunnat användas i teorin är det svårt att genomföra i praktiken eftersom höga beviskrav uppställs för framgång. I beslutet *Aérospatiale–Aleina/de Havilland* förelåg t ex enligt kommissionen inga bevis för att företaget verkligen var på väg ut från marknaden och dessutom fanns det bättre köpare sett ur ett konkurrensperspektiv.¹³²

Det har anförts att ett klarläggande om hur dessa situationer ska behandlas vore ett användbart instrument. Detta skulle till exempel kunna göras med hjälp av

¹³⁰ Kali och Salz, punkt 112.

¹³¹ Cook och Kerse, a.a. s.179.

¹³² Hawk och Huser, a.a. s.270.

tolkande riktlinjer.¹³³ Mot detta talar att koncentrationsförordningen redan är så tydlig om vad som gäller att denna situation inte behöver särbehandlas. Ökad tydlighet och mindre osäkerhet är dock alltid positivt även om det aldrig går att reglera varje enskild situation som kan tänkas uppkomma.

¹³³ E.C .Green Paper on the Review of the Merger Regulation, COM(96)19Final punkt 91.

5 Sociala hänsynstagande

5.1 Inledning

Eftersom framgångsrika kommersiella företag ur ett ekonomiskt perspektiv är grunden för hela samhällets välstånd och dessutom arbetsplats för många, påverkar deras verksamhet och beteende människors vardag i mycket stor utsträckning. När företag köps upp eller går samman innebär det ofta förändringar för arbetstagarna inom företagen och för människorna som i sin tur är beroende av dem. Inom vissa regioner i gemenskapen kan omstruktureringar bland företagen orsaka större skada för arbetstagarna än i andra, beroende på den ekonomiska utveckling som finns i regionen.

Frågan är om koncentrationsförordningen ger något utrymme för sociala hänsynstagande, exempelvis sysselsättningsfrågor, vid koncentrationsbedömningar. Förutom allmänna uttalande finns det endast ett fall från förstainstansrätten där sociala hänsynstaganden diskuterats.

5.2 Sysselsättningsfrågor

Förstainstansens dom *Comité Central d'entreprise de la Société Anonyme Vittel v. Commission* handlade bl a om arbetstagarnas rätt att genom sitt fackförbund föra talan mot ett beslut som kommissionen tagit enligt koncentrationsförordningen.

För detta krävs enligt artikel 230 (dåvarande artikel 173) i fördraget att sökandena ska vara direkt och personligen berörda. Kommissionen hävdade att stycke 13 i ingressen till koncentrationsförordningen inte kunde påtvinga den att göra detaljerade analyser av t ex arbetslöshetskonsekvenserna inom ett *speciellt* företag i sin bedömningar. Stycke 13 i ingressen ansågs endast ge anledning att beakta en koncentrationsåtgärds förutsebara effekter på *anställningssituationen inom gemenskapen* eller en del av denna. Kommissionen hävdade också att för att fackföreningens åberopande skulle vara tillåtet krävdes det att de kunde visa att de hade ett intresse som stämde överens med det grundläggande syftet i koncentrationsförordningen, d v s att bevara och förstärka den effektiva konkurrensen i gemenskapen.

Kommissionen vitsordade visserligen att dess bedömning av en koncentrations effekter måste falla inom ramen för förverkligandet av de fundamentala mål som stadgas i fördragets artikel 2, men ansåg inte att det var deras sak att *visa* att detta hade gjorts, utan menade istället att det är den åberopande parten som

måste visa att en koncentrationsåtgärd som godkänts av kommissionen är av sådant slag att den kränker de sociala ändamål som stadgas i fördraget.¹³⁴

Förstainstansrätten konstaterade emellertid i sin dom att den prövning kommissionen gör enligt koncentrationsförordningen, i vilken konkurrens givits företräde, kan förenas med att man även beaktar koncentrationens sociala verkningar, när dessa verkningar har karaktären av att kunna kränka de sociala ändamål som anges i fördragets artikel 2. Domstolen menade att kommissionen kan föränsas att kontrollera om koncentrationsåtgärden kommer få några återverkningar, däri också inbegripet indirekta, på arbetstagarna i företagen, om det kan påverka anställningsnivån eller villkoren inom gemenskapen eller en betydande del av denna.¹³⁵ Detta menade domstolen var en följd av koncentrationsförordningens artikel 2(1)(b) som föreskriver att andra aspekter än de strikt konkurrensmässiga ska övervägas och som domstolen menade bekräftas i ingressens artikel 13. Som stöd för att arbetstagarnas situation ska beaktas inom ramen för koncentrationsförordningen tog domstolen också upp artikel 18(4), där det stadgas att arbetstagarna, under det administrativa förfarandet, har rätt att yttra sig över en åtgärd som påverkar dem.¹³⁶

Domen, som kan anses ge kommissionen vissa positiva skyldigheter har inte lett till att kommissionen i sina beslut inkluderat något formellt bekräftande av att den i sina beslut övervägt konsekvenserna av koncentrationen ur perspektivet att den inte står i strid med artikel 2 i fördraget.¹³⁷

Uttalandena av domstolen torde emellertid ge, om än i mycket begränsad omfattning, möjlighet att åberopa sysselsättningsfrågor vid ett ifrågasättande av kommissionens beslut. Med tanke på att det åtminstone måste beröra anställningssituationen i en del av gemenskapen, måste regionen i fråga emellertid vara mycket eftersatt för att det i praktiken ska kunna beaktas.

5.3 Slutsatser

I grunden för kommissionens ovilja att beakta t ex sysselsättningsfrågor i koncentrationsbedömningar ligger tron att även om det kommissionen beslutar på kort sikt kan leda till arbetslöshet, menar kommissionen att värnandet om konkurrensen i de långa loppet kommer ha en positiv inverkan på sysselsättningsgraden.¹³⁸ Kommissionens roll i detta hänseende är att se till att

¹³⁴ Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel v. Commission (Case T-1293) [1995] E.C.R. II-1247 punkt 12.

¹³⁵ Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel v. Commission (Case T-1293) [1995] E.C.R. II-1247 punkt 38.

¹³⁶ Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel v. Commission (Case T-1293) [1995] E.C.R. II-1247 punkt 39.

¹³⁷ Cook och Kerse, a.a s.180.

¹³⁸ Presentation of 25th Report on Competition Policy.

dessa långsiktiga positiva effekter kan förverkligas. Därför är det viktigt att fusioner och förvärv som leder till dominerande ställningar förhindras så att de inte skadar andra industrier eller konsumenternas intresse.¹³⁹

Det är heller ingen hemlighet att när kompromisser görs i gemenskapen mellan ökad tillväxt och skapandet av sysselsättning ges ekonomisk stabilitet högre prioritet än ökad sysselsättningsgrad.¹⁴⁰

¹³⁹ Presentation of 25th Report on Competition Policy.

¹⁴⁰ Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, s. 101.

6 Industripolicy kontra konkurrenspolicy – eller?

6.1 Inledning

Ibland hävdas det att ett motsatsförhållande skulle råda mellan å ena sidan industripolicy och å andra sidan konkurrenspolicy. Dessa två skulle enligt teorin vara två motstående krafter med olika syften och mål.

I förhållande till koncentrationskontrollen där konkurrenspolicyen strävar efter att bevara förhållande på marknaden där konkurrens är möjlig, skulle industripolicyen då stå för policies och åtgärder som strävar efter strukturer vilka är fördelaktiga för industrins syfte och mål, men kanske inte alltid främjar konkurrensen.

Motsatsförhållandet har centrerats på stadgandet om tekniska och ekonomiska framsteg i koncentrationsförordningens artikel 2 som enligt vissa bedömare ger möjlighet för industripolicy att ”komma in bakvägen” i koncentrationsbedömningar.

6.2 Definition av “industripolicy”

Det finns ingen obestridbar definition av uttrycket industripolicy vare sig inom politiken eller inom lagstiftningen. Dessutom har uttrycket använts för skiftande behov och med olika fokus. Det finns därför ingen allmänt vedertagen uppfattning om vad industripolicy innefattar.¹⁴¹ Den vidaste definitionen innefattar alla handlingar och policies av staten i förhållande till industrin.

Industripolicy kan alltså tolkas på en mängd olika sätt beroende på vilket sammanhang som avses och vem som svarar.

- (1) ”Industripolicy” i gemenskapen baseras på principen om att de fria marknadsmekanismerna ger de bästa förutsättningarna för resursanvändning och maximerar konsumentvälfärden. Vad beträffar koncentrationsförordningen i detta hänseende innebär detta att kommissionen ska ingripa i minsta möjliga mån vid koncentrationer och endast när den effektiva utövandet av marknadsmekanismerna hindras.
- (2) Det är väldigt ovanligt att en dominerande ställning på marknaden varar för evigt och även branscher med mycket stora inträdeshinder får slutligen nya aktörer. Sett ur ett längre perspektiv kommer de flesta, om inte alla, företag

¹⁴¹ Sauter, a.a. s.59.

med dominerande ställning att undergrävas och kanske till och med försvinna. Problemet är att under mellantiden kommer kanske monopolpriser utnyttjas och innovation begränsas, vilka båda innebär skada för konsumenterna. Vissa dominerande ställningar som skapas kommer endast vara kortvariga, p g a att nya aktörer gör inträde på marknaden eller för att existerande konkurrenter expanderar. Frågan blir alltså *hur länge* en dominerande ställning kan accepteras och i vilken utsträckning som en osäker sannolikhet för inträde ska kunna balansera ut de skadliga effekterna för konsumenterna. Denna fråga syftar ofta till att besvara i vilken omfattning en styrande myndighet ska ta hänsyn till den dynamiska naturen eller konkurrenskraften på marknaden. Konkurrenskraften på marknaden är enligt detta synsätt i själva verket en fråga om konkurrenspolicy och inte industripolicy.

- (3) Industripolicy kan också tolkas som ett sätt för staten att blanda sig i vad som ska produceras och vem som ska göra det. Detta kan inträffa när industrier bedöms som mycket viktiga för det långsiktiga ekonomiska väståndet i särskilda regioner. Staten kan då på olika sätt subventionera denna industri för att på de sättet garantera dess överlevnad. För att skydda denna industri mot mer effektiva konkurrenter, belägna i andra länder, kan staten införa tullar och kvoter. Dessa kan även åtföljas av en policy som gör det möjligt för industrin att erövra dominerande ställning så att den därmed kan ta ut monopolpriser. På detta sätt kan företaget nå tillräcklig storlek för att möjliggöra vinster av stordrift. Detta fenomen brukar kallas skapandet av en "europeisk" eller "nationell champion".¹⁴²

Av dessa tre tolkningar av begreppet "industripolicy" verkar det som om endast de två första har spelat en roll vid implementeringen av koncentrationsförordningen.¹⁴³

Oavsett diskrepansen mellan de olika definitionerna av industripolicy kan två slutsatser dras. För det första berör de olika former av statliga åtgärder i ekonomin med förhoppningen att dessa ska bidra till att uppfylla skilda ekonomiska och sociala mål. För det andra fokuserar de på att förbättra det ramverk inom vilka industriella företag verkar.¹⁴⁴

Om industripolicy har den innebörd som utmålas i punkt 3 finns det numera en allmän uppfattning om att detta är ett "bankrutt" koncept, först och främst därför att storlek aldrig är någon garanti för framgång, varken på en global eller lokal nivå. Dessutom anses inte konkurrensmyndigheterna och dess genomdrivande av reglerna de rätta för att tillhandahålla lösningar för bättre handelsbalans eller sysselsättningsfrågor.¹⁴⁵

¹⁴² Jones och González-Diáz, a.a s.162f.

¹⁴³ Jones och González-Diáz, a.a s.163.

¹⁴⁴ Sauter, a.a. s.60.

¹⁴⁵ Remarks by Robert Pitofsky, EC Merger Control 10th Anniversary Conference, s.3f.

6.3 Konkurrenspolicyn

Konkurrenspolicyn i gemenskapen har två överlägsna syften, vilka till stor del är kompletterande, nämligen å ena sidan *konkurrenskraft och utveckling av den europeiska ekonomin*, och å andra sidan *konsumentskydd*. Behovet av att bevara och förstärka konkurrensen i den europeiska industrin kräver att marknader är sådana att inträde är möjligt för företag som vill försöka exploatera de möjligheter den gemensamma marknaden ger.¹⁴⁶

Anledningen till att bevarandet och förstärkandet av konkurrensen är så viktig är att den bidrar till att främja ett *effektivt utnyttjande av resurser*. Effektivitetsmålet kan delas upp i

1. Statisk effektivitet, d v s optimal fördelning av resurser under en given period.
2. Dynamisk effektivitet, d v s förmågan hos ekonomin att anpassa sig över tiden och generera innovationer. Begreppet innefattar (att konkurrensen ska främja) en flexibel anpassning av produktionsanläggningar, produktionsprocesser, produktionskapacitet liksom tekniskt framåtskridande.

Konkurrenspolitiken kan emellertid användas för att nå andra mål och än ett effektivt utnyttjande av resurser. Den kan t ex användas vid skydd av små och medelstora företag, vid sysselsättningsfrågor, för att förstärka rättvisa och moral i näringslivet, för uppnåendet av pluralism, av regionalpolitiska skäl, etc. Detta kan leda till konflikter och inkonsekvens vid tillämpningen, vilket kan bidra till att skada konkurrensens främsta positiva effekter, nämligen att resurser användes på ett effektivt sätt. I konkurrenspolicyn kan det finnas andra syften än konkurrensen men dessa kan endast få en underordnad roll vid tillämpningen.

Det finns en generell samstämmighet om att det grundläggande syftet med konkurrenspolicy är att skydda och förstärka konkurrensen eftersom det är det bästa sättet att se till att försäkra sig om en effektiv tilldelning av resurser och därmed effektiva marknadsresultat i fria marknadsekonomier. Även om olika länder har olika uppfattningar om vad effektiva marknadsresultat innebär finns en generell samstämmighet om att de manifesteras av lägre priser, högre kvalitet samt större utbud och valmöjlighet för konsumenterna.¹⁴⁷

Kommissionen är medveten om att dagens ekonomiska miljö är karakteriserad av dynamiska marknader, innovation och globalisering. Följden av detta blir att företagen försöker hitta olika former för samarbete, för att förbättra sin FoU, minska kostnader och utveckla nya produkter, och därigenom förbli konkurrenskraftiga på marknaderna. Kommissionen har uttalat att den i princip har en positiv syn på den typen av samarbete, så länge det inte förhindrar ”en

¹⁴⁶ Presentation of 25th Report on Competition Policy.

¹⁴⁷ OECD-rapport 2.

tredje part” från att komma in på marknaden. Bara genom att garantera konkurrensmässiga marknader och tillväxtorienterade marknadsstrukturer, kan den pågående struktureringsprocessen i branscher (som t ex telekommunikation) generera nya tjänster till konkurrensmässiga priser, minska kostnaderna för industrin, samt öka investeringarna och sysselsättningsgraden.¹⁴⁸

Fusioner och förvärv ses inte som skadliga *per se*, utan koncentrationskontrollen är tänkt att skydda marknadsstrukturer. Detta är positivt även ur industrins perspektiv.

6.4 Konkurrenspolicyn som en del av industripolicyn

Konkurrenspolitiken är fokuserad på att främja strukturella justeringar vilket ligger helt i linje med industripolitiken. Rationaliseringar genomförda med hjälp av koncentrationer blir visserligen kontrollerade men är trots allt sedda med positiva ögon av kommissionen.¹⁴⁹

På temat huruvida konkurrenspolicyn och industripolicyn kompletterar varandra kan det uttryckas på det sättet att konkurrenspolicyn är ett instrument för industripolicyn. Industripolicyn i gemenskapen har från början betonat konkurrensens stora betydelse för en framgångsrik industri. Båda är delar av gemenskapens mer övergripande ekonomiska politik, vilken är ämnad att främja marknadsintegration. Dessutom ser industripolitiken konkurrensprocessen som en nödvändig förutsättning för effektiva strukturella justeringar.¹⁵⁰

Beträffande sambandet mellan industripolicy och konkurrenspolicy har det från kommissionens sida betonats, vilken fundamental roll konkurrenspolicyn måste spela. För gemenskapen, behöver industripolicyn emellertid inte vara en intervenerande policy. Industripolicyn måste låta företagen ta initiativen och dessutom är det så att de offentliga myndigheterna är begränsade till att skapa en dynamisk miljö som är fördelaktig för industrins utveckling. Om det är detta som menas med industripolicy finns det därför inget motsatsförhållande mellan de två. Tvärtom, p g a de skyldigheter som industrin har, är konkurrenspolicyn som tidigare nämnt ett grundläggande verktyg för industripolicyn.¹⁵¹

¹⁴⁸ Presentation of 25th Report on Competition Policy.

¹⁴⁹ Sauter, a.a. s.159.

¹⁵⁰ Sauter, a.a. s.159.

¹⁵¹ Commission Competition Report 1995, s.343f.

6.5 Kommissionens möjlighet att beakta industripolicy

I kommissionens bedömningsprocess finns ett begränsat utrymme för att ta hänsyn till faktorer som inte är direkt relaterade till konkurrensen.¹⁵² Huruvida detta innebär möjligheter att i bedömningarna beakta industripolicy är kontroversiellt, särskilt om man med detta menar en policy vilken kan motverka konkurrensen.

6.5.1 Kommissionen som politiskt instrument

När koncentrationer reser allvarliga betänksamheter för konkurrensförhållandena vilket leder till fördjupade undersökningar är det hela kommissionärskollegiet (kommissionen) som tar det slutgiltiga beslutet. Detta organ är politiskt vilket spelar roll, även om besluten naturligtvis måste tas inom ramen för koncentrationsförordningen och möjlighet till juridisk överprövning finns.¹⁵³ Efter det att MTF har utrett ärendet och den rådgivande kommittén yttrat sig, går förslaget till beslut alltså till kommissionen för slutligt beslut. I praktiken är det mycket sällan kommissionen går emot de förslag till beslut som MTF förberett. Det finns emellertid många som anser att koncentrationskontroll bäst utövas av en politiskt oberoende institution eller om det är omöjligt åtminstone karakteriseras av en stor transparens.¹⁵⁴ Det har funnits förslag på att göra MTF till en oberoende myndighet, men detta har av skilda politiska anledningar inte hörtsammats.¹⁵⁵

6.5.2 Kommissionens handlingsutrymme

Kommissionen har när den fattar sina beslut en stor administrativ diskretion. Detta har även domstolen konstaterat i *Kali och Salz*, då den uttalade att koncentrationsförordningens materiella regler och i synnerhet artikel 2 tillerkänner kommissionen ett visst handlingsutrymme, t ex då det gäller ekonomiska bedömningar.¹⁵⁶ Domstolen menade att detta faktum innebär att då domstolen prövar de bedömningar som kommissionen gjort, måste detta bedömningsutrymme beaktas. Domstolen uttalade att detta bedömningsutrymme är en förutsättning för att koncentrationskontroll överhuvudtaget ska kunna existera.¹⁵⁷

¹⁵² Cook och Kerse, a.a. s.126.

¹⁵³ Cook och Kerse, a.a. s.126.

¹⁵⁴ Sauter, a.a. s.139.

¹⁵⁵ Banks, a.a. s.186.

¹⁵⁶ Kali och Salz, punkt 223.

¹⁵⁷ Kali och Salz, punkt 224.

6.5.3 Ovidkommande faktorer

Många av nyckelfaktorerna i kommissionens bedömningar är omöjliga att säkert mäta och fastställa. Inom bedömningsprocessen finns det dessutom många olika faktorer att väga mot varandra. Även om kommissionen i de flesta beslut utgår endast från konkurrensfaktorer innebär omöjligheten att göra exakta bedömningar att chansen ökar för icke-konkurrensmässiga faktorer att spela roll i de avgörande besluten. Om det inte står fullständigt klart att totalt irrelevanta hänsynstagande gjorts, eller att mycket viktiga faktorer blivit utelämnade, är det dessutom mycket svårt att med framgång bestrida kommissionens beslut.¹⁵⁸

Det slutgiltiga beslutet kan också påverkas av yttre faktorer såsom t ex trovärdigheten hos de berörda parterna, styrkan hos de klagande, konsumentreaktioner och bevis framlagda av konkurrenter. Även om tyngdpunkten ligger på marknadsstrukturen och konkurrensförhållandena kan alltså även andra faktorer beaktas, åtminstone om fallet ”står och väger”.

Om bevisen för vad resultatet av koncentrationen kommer bli är osäkra, kan mycket väl företags återopanden om tekniska framsteg, omstruktureringsbehov och annan utveckling ses som en positiv faktor, speciellt om det kan visas att de kommer gynna konsumenterna. Om parterna kan visa att det finns *kommersiella skäl* till koncentrationen, innebär det också att de kan visa att koncentrationen inte genomförs med syfte att hämma konkurrensen. Den psykologiska effekten av sådana återopande kan innebära att kommissionen betraktar koncentrationen med positivare ögon än vad annars skulle bli fallet.¹⁵⁹ När företagen anmäler en planerad koncentration till kommissionen efterfrågas också i anmälningsformulären denna typ av information.

6.5.4 Vikten av transparens

Kommissionen har fått kritik för att det ibland är otydligt i besluten vilka som varit de avgörande faktorerna. Den begränsade juridiska överprövningen och bristen på insyn har lett till spekulationer om vilken roll effektivitetsfrågor och andra icke-konkurrensfaktorer har i kommissionens beslut.¹⁶⁰

I beslutet *Aérospatiale–Aleina/de Havilland* gjorde kommissionen allmänna uttalande om *ATR*:s läge på marknaden och menade att förvärvet under inga omständigheter var en nödvändighet för att företagen skulle kunna hävda sig eller ha långsiktig framgång på världsmarknaden.¹⁶¹ Sådana uttalanden kan tolkas som om att kommissionen tar stor hänsyn till att parterna ska kunna hävda sig på

¹⁵⁸ Cook och Kerse, a.a. s.175.

¹⁵⁹ Cook och Kerse, a.a. s.176.

¹⁶⁰ Camesasca, a.a. s.27.

¹⁶¹ *Aérospatiale–Aleina/de Havilland*, [1991] O.J. L334/42 punkt 67.

världsmarknaden och om de inte bedöms kunna göra det, kanske en positivare inställning till koncentrationen anläggs. Uttalanden om parternas konkurrenskraft och vilka åtgärder som är nödvändiga för att förbli konkurrenskraftiga, kan skapa misstankar om bakomliggande politiska ställningstaganden.

I en del av besluten har kommissionen också använt sig av uttryck som ”utan att utesluta”....., vilket alltid reser frågor om det kan vara så att faktorerna bedömts annorlunda i en annan situation och vad som i så fall krävs för att de ska beaktas.

Genom att hantera frågor ”mellan raderna” blir det svårt för kommissionen att försvara sig mot beskyllningar om att större hänsyn tas till industrins önskemål än till värmandet om konkurrensen.¹⁶²

6.6 Mannesmann/Vallourec/Ilva

Kommissionens beslut *Mannesmann/Vallourec/Ilva* är ett av de mest kända fallen där industripolicy anses fått ett avgörande inflytande. MTF hade redan kommit överens med den rådgivande kommittén om ett förbud av koncentrationen, men kommissionen beslöt sig efter jämn strid mellan kommissionärerna att tillåta koncentrationen.

Det föreslagna bildandet av ett samriskföretag (*DMV*) för produktion av rostfria stålrör skulle förstärka graden av koncentration på en redan starkt koncentrerad marknad. Den gemensamma marknadsandelen för *DMV* och *Sandvik* skulle bli ungefär 70%, att jämföra med övriga existerande konkurrenter där ingen skulle nå över en marknadsandel på 13 %.¹⁶³ Det begränsade antalet konkurrenter på marknaden samt graden av pristransparens bedömdes tillåta *Sandvik* och *DMV* att snabbt få kontroll över marknaden och involvera sig i parallellt beteende. Dessutom skulle det som kännetecknade marknaden, bl a en låg grad av innovation göra att pristransparensen på marknaden inte skulle gagna effektiv konkurrens utan företagen skulle tjäna på konkurrenshämmande parallellt beteende.¹⁶⁴

Kommissionen avfärdade de europeiska konkurrenterna som kapabla till att påverka koncentrationens beteende på marknaden men ansåg däremot att japanska konkurrenterna kunde ha denna möjlighet. Om priset i gemenskapen höjdes lite men märkbart (”small but significant price increase”) bedömdes detta leda till att de japanska företagen skulle ge sig in på den västeuropeiska marknaden. Detta faktum skulle vara tillräckligt för att förhindra de negativa effekter för konkurrensen som annars skulle kunna uppstå.¹⁶⁵

¹⁶² Camesasca, a.a. s.25.

¹⁶³ Mannesmann/Vallourec/Ilva, [1994] O.J. L102/15 punkt 127.

¹⁶⁴ Mannesmann/Vallourec/Ilva, [1994] O.J. L102/15 punkt 129.

¹⁶⁵ Mannesmann/Vallourec/Ilva, [1994] O.J. L102/15 punkterna 130-134.

Ett av de anmärkningsvärda dragen i beslutet var alltså den oerhörda tyngd som fästes vid möjligheten för japanska konkurrenter att gå in på marknaden om priserna skulle höjas till följd av att en dominerande ställning skapas.

I beslutet gav kommissionen också uttryck för att koncentrationen kunde bidra till att parterna skulle kunna komma till rätta med sin överkapacitet i produktionen och även kunna uppnå industrispecialisering. Detta uttalande kan ses som ”överflödigt information” och lämnar misstankar om att kommissionen låter andra faktorer än konkurrensen få inflytande i besluten.¹⁶⁶ Beslutet kan sägas avslöja de möjligheter som trots allt finns för industripolicy och andra politiska synpunkter att få en avgörande betydelse även om det sällan har utnyttjats. Det vore emellertid fel att inte påstå att detta var ett högst ovanligt beslut.¹⁶⁷

6.7 Slutsatser

I förhållande till koncentrationskontrollen har kommissionen lyckats ganska bra med att förena konkurrenspolicy och industripolicy, även om det finns en potential för dessa att vara motstridiga. Kommissionen har generellt sett en positiv inställning till de strukturförändringar som industrin behöver använda sig av och industrin är medveten om den betydelse konkurrensen har för en framgångsrik industri. För att så är fallet talar också det faktum att den övervägande delen koncentrationer blir godkända.

Det går emellertid inte att helt bortse från det bedömningsutrymme kommissionen har i sina beslut. Det finns därför, trots betoningen på strikt konkurrensmässiga faktorer, en möjlighet för parterna att genom att beskriva de skäl som ligger bakom den planerade koncentrationen, lyckas övertyga kommissionen. Genom att lyfta fram de fördelar som koncentrationen kan ge, speciellt för konsumenter i gemenskapen, kan de bidra till att kommissionen ser med positivare ögon på de övriga följderna.

Det är därför mycket viktigt att kommissionen tydligt markerar vilka faktorer som varit av betydelse, så att spekulationer om ovidkommande hänsynstaganden kan undvikas.

¹⁶⁶ Noel, a.a. s.514.

¹⁶⁷ Cook och Kerse, a.a. s.175.

7 Avslutande kommentarer

Genomgången av kommissionens beslut visar att det i den europeiska koncentrationskontrollen har varit svårt för andra faktorer än de strikt konkurrensmässiga att beaktas i någon större utsträckning. Åtminstone finns ingenting som tyder på att de spelat någon avgörande roll i bedömningarna. Koncentrationsförordningen är också konstruerad på ett sådant sätt att det på legal väg är svårt att rättfärdiga andra hänsynstaganden när väl dominans bedömts bli resultatet av en koncentration, d v s att konkurrensstrukturen bedöms skadas. Andra hänsynstagande än konkurrens har i den europeiska koncentrationskontrollen en underordnad betydelse.

Kravet på att dominans måste skapas eller förstärkas, för att en koncentration ska kunna förklaras oförenlig, innebär emellertid att ”ribban lagts högt” och att de positiva effekter som koncentrationer kan generera, både för industrin och samhället som helhet, i mycket stor utsträckning kan tillvaratas under rådande förhållande. Det finns under det nuvarande systemet utrymme att göra avvägningar mellan de positiva effekter koncentrationer kan generera och de skador för konkurrensen desamma kan ge upphov till.

Om kommissionen skulle tillåta *all* konkurrens att försvinna, så länge koncentrationen genererar effektivitet, innovation och sysselsättning innebär det att hela den grundtro om vad konkurrens åstadkommer skulle ifrågasättas. Konkurrens är ju önskvärt just för att den skapar effektivitet, innovation och sysselsättning. Upp till den gräns där konkurrensen elimineras måste emellertid kommissionen beakta de positiva följder (effektivitetsvinster) som kan bli följden av en koncentration, och de negativa följder (arbetslöshet) som kan bli följden av ett koncentrationsbeslut av kommissionen.

I denna bedömning måste kommissionen behålla sin ödmjukhet för att ingen marknad är den andra lik. Alla marknader har olika förutsättningar och drivkrafter och det pågår en ständig utveckling inom industrin som påverkar företagens existens, och därför även måste påverka kommissionens ställningstaganden. Det finns inga skäl att beakta icke-konkurrensfaktorer, då konkurrensstrukturen skadas, om de *är* just sådana faktorer. Innebär ekonomiskt och tekniskt framåtskridande emellertid att konkurrensen ökar, däri inbegripet i ett längre perspektiv, kan det undergräva viss typ av industri från att utvecklas om detta inte beaktas. En öppen dialog med industrin och medvetenhet om de verkliga förhållandena är vad som krävs för att de bästa resultaten för både industrin och konsumenterna ska kunna förverkligas. De nya ekonomiska teorierna och globaliseringen är just två ”nya” fenomen som kommissionen måste ta hänsyn till och utreda effekterna av.

Beträffande uppnåendet av gemenskapens syfte och mål är konkurrenspolicyn, i vilken koncentrationskontrollen ingår, ett av de viktigaste verktygen för att uppnå dessa. Därför kan koncentrationskontrollen inte implementeras som ett mål utan referens till dess legala, ekonomiska och sociala kontext. Det kan emellertid inte rättfärdigas att andra syften eller mål tar över koncentrationskontrollen eftersom detta skulle undergräva hela dess syfte.

Fusioner och förvärv har stor inverkan på investeringar och sysselsättningsfrågor. I praktiken bidrar konkurrenspolicyn i gemenskapen till att skapa ett genuint område utan interna gränser, och till social och ekonomisk sammanhållning. Konkurrenspolicyn bidrar därför till en förbättring av den europeiska ekonomin, den är en källa till tillväxt och större tillfredsställelse för konsumenterna. Konkurrenspolicyn ska tillämpas i samverkan med andra gemenskapspolicies så att de kan ses som sammanhängande verktyg, vilka alla behövs för att förverkliga de fundamentala målen med gemenskapen.

Det vore emellertid fel att hävda att icke-konkurrensfaktorer inte spelat någon roll alls i kommissionens koncentrationsbedömningar. I svårbedömda fall har de säkert haft en större betydelse än i solklara fall. Icke-konkurrensmässiga faktorer är ofta viktiga, även om det inte alltid syns så tydligt, i bedömningar beträffande en koncentrations dominerande ställning. Vissa analytiker anser att det är uppenbart att kommissionen i många fall tagit hänsyn till bredare sociala och ekonomiska frågor, såsom t ex sysselsättningsfrågor, ”nationella champions”, och andra policyfrågor för industrin. Det är dock svårt att avgöra i vilken omfattning sådana faktorer har haft en avgörande betydelse för utfallet i bedömningarna.

Det har föreslagits att riktlinjer ska utarbetas för hur kommissionen t ex ska beakta tekniska och ekonomiska framsteg. Även för situationen då en av parterna till koncentrationen är på obestånd har sådana verktyg för kommissionen föreslagits. Problemen är dock att hitta modeller som kan användas trovärdigt och effektivt på alla situationer. Om det är möjligt att arbeta fram ett sådant verktyg skulle det emellertid vara positivt eftersom osäkerhet och spekulationer om hur saker och ting kommer beaktas alltid är hämmande och kostsamt, både för företagen, kommissionen och konsumenterna.

Käll- och Litteraturförteckning

EG Primär- och sekundärrätt:

Fördraget om upprättande av Europeiska Gemenskapen, konsoliderad version efter Amsterdamfördraget ("Fördraget").

Rådets Förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, [1990]O.J. L257/13 ("Koncentrationsförordningen").

Amerikansk lagstiftning:

Clayton Act, 1914.

Sherman Act.

The 1992 U.S. Merger Enforcement Guidelines.

Böcker och artiklar:

Banks, David, *Non-Competition Factors and their Future Relevance under European Merger Law*, [1997]3 E.L.C.R. s.182-186.

Bishop, Simon och **Walker**, Mike, *The Economics of EC Competition Law*, London 1999.

Bishop och **Caffara**, *Merger Control in New Markets*, [2001] E.C.L.R.

Brittain, Sir Leon, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Grotius Publications Ltd., Cambridge 1991.

Camesasca, Peter D, *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it make the Difference?* [1999] E.C.L.R. s.14-28.

Cook, C.J. och **Kerse**, C.S., *E.C. Merger Control*, tredje upplagan, Sweet & Maxwell, London 2000.

Hawk, B och **Huser**, H, *European Community Merger Control: A practitioner's Guide*, Kluwer International Publisher, London 1996.

Jones, C och **González-Díaz**, G *The EEC Merger Regulation*, Sweet & Maxwell, London 1992.

Kassmali, Reyaz A., *From fiction to Fallacy: Reviewing the E.C. Merger Regulation's Community- Dimension Tresholds in the light of Economics and Experience in Merger Control*, E.L.Rev. 1996, Checklist No 2, s.89-114.

Neven, D, Nutall, R och Seabright, P, *Merger in daylight*, London 1993.

Noel, Pierre-Emmanuel, *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U. S Antitrust Law*, [1997]8 E.C.L.R. s.498-519.

Röller, L-H, Stennek, J, och Verboven, F, *Efficiencygains from Mergers*, 2000. Tillgängligt på <http://www.iui.se> (2001-05-20)

Sauter, Wolf, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Clarendon Press, Oxford 1997.

Övriga källor:

Bulletin of the European Communities, 2/90.

Competition Policy Newsletter, [2000] Number 3 October.

Draft proposals[1988] O.J. C130/4, [1989] O.J. C22/14.

E.C. 23rd Report on Competition policy.

Green Paper on the Review of the Merger Regulation COM(96)19.

OECD/GD(94)64, At Annex, Areas of Convergence in Competition Policy and Law.

OECD-OCDE/GD(96)65, *Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements*, CONTRIBUTION FROM THE COMMISSION OF THE EUROPEAN UNION (OECD-Rapport 1).

Tillgängligt på: <http://www.oecd.org/daf/clp/roundtables/effc09.htm> (2001-03-22)

OECD-OCDE/HD(96)65, *Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements*, BACKGROUND NOTE(by the Secretariat)(OECD-rapport 2).

Tillgängligt på: <http://www.oecd.org/daf/clp/roundtables/effc01.htm> (2001-03-22)

Pitofsky, Robert, EU and U.S. Approaches to International Mergers - Views from the U.S. Federal Trade Commission, EC Merger Control 10th Anniversary Conference, 14-15 September, 2000.

Tillgängligt på: <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pitinermergers.htm> (2001-04-12)

Presentation of 25th Report on Competition Policy, by Karel van Miert, Bryssel 30/05/96.

Rättsfallsförteckning

Domar från EG-domstolen och förstainstansrätten:

Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel v. Commission (Case T-1293) [1995] E.C.R. II-1247.

French Republic v. Commission (Joined Cases C-68/94 and C- 30/95) [1998] E.C.R. I-1375 ("Kali och Salz").

Gencor v. Commission (Case T- 102/96)[1999]4 C.M.L.R.971.

Hoffman-La Roche & Co A.G. v. Commission(Case 85/76) [1979] E.C.R.461.

Kommissionens beslut:

AT&T/NCR [1992] O.J. C16/20, C.M.L.R. M41.

Aérospatiale-Aleina/de Havilland [1991] O.J. L334/42.

DuPont/ICI [1993] O.J. L7/13.

Kali+Salz/Mdk/Treuhand [1994] O.J. L186/38.

MSG/Media Service [1994] O.J. L364/1.

Mannesmann/Hoesch [1993] O.J.L114/34.

Mannesmann/Vallourec/Ilva [1994] O.J. L102/15.

Nordic Satellite Distribution [1996] O.J. L53/20.

