



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Caroline Wikström

Den materiella bedömningen av
företagskoncentrationer i
gemenskapens
konkurrenslagstiftning

- Särskilt om joint ventures -

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Henrik Norinder

EG-rätt / konkurrensrätt

VT-03

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Introduktion	3
1.2 Historik	4
1.3 Syfte och avgränsning	5
1.4 Metod	6
1.5 Disposition	7
2 KORT PRESENTATION AV DEN NYA KONCENTRATIONSFÖRORDNINGEN	9
2.1 Förordningens uppbyggnad	9
2.2 Skäl för en ny koncentrationsförordning	10
2.3 De mest genomgripande förändringarna	12
2.3.1 Jurisdiktionen	12
2.3.1.1 Gemenskapsdimension	12
2.3.1.2 Definition av koncentration	13
2.3.2 De materiella frågorna	13
2.3.3 Förfarandefrågor	14
2.3.4 Andra förändringar i förordningen	15
3 JOINT VENTURES	17
3.1 Definitionen av joint venture	17
3.2 Skäl för bildandet av ett joint venture	18
3.3 Typer av joint ventures	19
3.3.1 Koncentrativa joint ventures	19
3.3.2 Kooperativa joint ventures	20
3.4 Den konkurrensrättsliga bedömningen	21
4 BEGREPPET KONCENTRATION	23
4.1 Inledande anmärkningar	23
4.2 Sammanslagning av tidigare oberoende företag	24

4.3	Förvärv av kontroll	25
4.3.1	Inledande anmärkningar	25
4.3.2	Ensam kontroll	26
4.3.3	Gemensam kontroll	26
4.3.3.1	Allmänt om kommissionens bedömning	26
4.3.3.2	Gemensam kontroll i joint ventures	28
4.3.4	Kontroll på grund av veto rätt	30
4.3.5	Ändringar i kontrollstrukturen	30
4.4	Flera transaktioner	30
4.5	Undantag från koncentrationsförordningen	32
5	DOMINERANDE STÄLLNING	34
5.1	Den relevanta marknaden	34
5.1.1	Inledande anmärkningar	34
5.1.2	Den relevanta geografiska marknaden	36
5.1.3	Den relevanta produktmarknaden	37
5.1.4	Oligopolistiska marknadsstrukturer	38
5.2	Substanstestet i konkurrensanalysen	39
5.2.1	Dominanstestet	39
5.2.2	Definition av dominerande ställning under den nya förordningen	42
6	SJÄLVSTÄNDIGT FUNGERANDE GEMENSAMMA FÖRETAG	49
6.1	Inledande anmärkningar	49
6.2	Kommissionens bedömning	50
6.3	Uppfyllande av kriterier under (nya) artikel 3.5	51
6.3.1	Gemensam kontroll	51
6.3.2	Strukturförändring av företag	52
6.3.2.1	Självständig ekonomisk enhet	52
6.3.2.2	Varaktig basis	54
6.4	Samordnat beteende under (nya) artikel 2.5	55
6.4.1	Inledande anmärkningar	55
6.4.2	Tillämpningsproblem	57
6.5	Telia/Telenor/Schibsted	60
6.6	Strategiska allianser	61
6.7	Partiellt fungerande gemensamma företag	63
7	ACCESSORISKA BEGRÄNSNINGAR	65
7.1	Kommissionens tolkning av accessoriska begränsningar	65
7.2	Accessoriska begränsningar i den nya förordningen	67
8	ANALYS	68

8.1	Inledande kommentarer	68
8.2	Substanstestet	68
8.3	Självständigt gemensamma företag	71
8.4	En framtida utveckling	72
LITTERATURFÖRTECKNING		75
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		79

Sammanfattning

Företagskoncentrationer anses som huvudregel vara till gagn för den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden. Trots detta kan det i vissa fall misstänkas att en koncentration medför en snedvridning av konkurrensen och kommissionen har då en möjlighet att förbjuda dessa företagskonstellationer i enlighet med förordning 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer. Förordningen har ett antal gånger varit föremål för översyn. Den senaste har resulterat i en helt ny förordning, vilken träder i kraft i maj 2004, där en mängd materiella och processuella bestämmelser ändrats för att effektivisera kommissionens kontrollerande verksamhet på detta område.

En företagskoncentration medför en varaktig förändring av kontroll i berörda företag och kan skapas antingen genom en sammanslagning, fusion och sammangående eller genom ett förvärv av kontroll. Avgörandet av ovanstående frågor utgör jurisdiktionsfrågor medan de materiella frågorna besvarar frågan om en koncentration över huvud är förenlig med den gemensamma marknaden och därmed godkänns av kommissionen. De materiella frågorna består i huvudsak av en identifiering av den relevanta marknaden och huruvida koncentrationen skapar alternativt förstärker en dominerande ställning på denna marknad. Begreppet dominerande ställning inom koncentrationsförordningen är särskilt intressant då man under senare år uppmärksammat dels behovet av en tydligare reglering av begreppet, dels en förskjutning mot det så kallade skaderekvisitet på i vissa fall dominansrekvisitets bekostnad.

En speciell typ av koncentration är joint ventures. Dessa bildas i första hand av företag som genom skapandet av det nya företaget tillsammans kan utnyttja fördelen av en resursallokering och de resultat det gemensamt ägda företaget uppnår. Koncentrationsförordningen tillämpas dock endast på självständigt fungerande gemensamma företag eftersom endast dessa anses uppfylla kravet på att en strukturell effekt på och att en förändring av marknadsstrukturen sker. Tillämpningen av förordningen i dessa fall karakteriseras av att joint ventures kan få som resultat ett samordnat beteende mellan moderbolagen, den kooperativa delen. Kommissionen använder sig här av konkurrensreglerna i EGF vid sidan av koncentrationsförordningens bestämmelser.

En sista fråga som nu besvarats i förslaget till den nya koncentrationsförordningen är kommissionens bedömning av en koncentrations eventuella accessoriska begränsningar. Dessa skall numera anses ingå i ett godkännande av ett ärende, utan en skyldighet för kommissionen att särskilt bedöma eller formellt behandla kontraktsklausuler av detta slag mellan parterna.

Förkortningar

CMLR	Common Market Law Review
ECLR	European Competition Law Review
EGD	Europeiska gemenskapernas Domstol
EGF	Fördraget om den Europeiska gemenskapen, (Romfördraget)
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning, ändras från och med den 1 februari 2003 till EUT (Europeiska Unionens officiella tidning)
EUF	Fördraget om den Europeiska Unionen, (Maastrichtfördraget)
FoU	Forskning och utveckling
MTF	Merger Task Force
OJ	Official Journal of the European Communities, ändras från och med den 1 februari 2003 till Official Journal of the European Union
RomF	Romfördraget av 1957
SLC	Testet för ”märkbar begränsning av konkurrensen” (substantial lessening of competition)

1 Inledning

1.1 Introduktion

”Enligt artikel 4.1 i fördraget (om den Europeiska gemenskapen) skall medlemsstaternas och gemenskapens verksamhet bedrivas enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens. Dessa principer är nödvändiga för den inre marknadens vidareutveckling. Fullbordandet av den inre marknaden och den ekonomiska och monetära unionen, utvidgningen av Europeiska Unionen samt allt lägre internationella hinder för handel och investeringar kommer även i fortsättningen att medföra betydande strukturförändringar, särskilt i form av koncentrationer. Sådana strukturförändringar måste välkomnas i den mån de tillgodoser kraven på en dynamisk konkurrens och kan öka den europeiska industrins konkurrenskraft, förbättra förutsättningarna för tillväxt och höja levnadsstandarden inom gemenskapen.”¹

En företagskoncentration kan definieras som ett skapande av en ny ekonomisk enhet av företag, vilka tidigare var separata och oberoende av varandra. Detta kan ske på en mängd olika sätt och resultatet kan även se olika ut. Samarbeten mellan företag på detta sätt kan motiveras genom att parterna kan förena och utnyttja sina tillgångar på ett mer effektivt sätt och att kapitalmarknaderna får möjlighet att bättre kontrollera de styrandes prestationer och ersätta dem med nya styrande organ vid misslyckande.² De fördelar en koncentration kan erbjuda de berörda företagen överstiger således i vissa fall de nackdelar och kostnader de kan medföra.

Enligt ovanstående citat betraktas företagskoncentrationer, som huvudregel, som en strukturförändring till gagn för den Europeiska gemenskapen och dess mål och syften. Endast i de fall då en koncentration skulle kunna resultera i en snedvridning av konkurrensen på den gemensamma marknaden träder kommissionen in och avslår ärendet. Den sekundärrätt kommissionen har till sitt förfogande är framför allt förordningen om kontroll av företagskoncentrationer från 1989.

Sedan 21 september, 1990 (det år då koncentrationsförordningen trädde i kraft) har 2231 företagskoncentrationer anmälts till kommissionen. Av dessa har hittills (31 mars 2003) 18 koncentrationer förbjudits i enlighet med artikel 8.3 förordningen.³

En variant av koncentrationer är ett joint venture (ett gemensamt företag), vilket utgör en speciell form av affärssamarbete. Under de senast årtiondena har dessa företag ökat på den gemensamma marknaden vilket har medfört en utveckling av kommissionens kontroll av dessa under

¹ Nya rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, skäl 2-4. (Hädanefter kallad Den nya förordningen).

² Neven, Nuttall, Seabright: *Merger in Daylight. The Economics and Politics of European Merger Control*, s. 12.

³ Se <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/stats.html>, 030414.

koncentrationsförordningen. Ett samarbete inom ramen för ett joint venture kan vara olika djupgående och ske inom olika verksamhetsområden. Kommissionen skiljer numera mellan självständigt fungerande gemensamma företag (eng. ”full-function joint ventures”) och icke självständigt fungerande gemensamma företag. Endast de förra omfattas av koncentrationsförordningens tillämpningsområde medan de senare bedöms uteslutande under EGF:s konkurrensregler och procedurreglerna i förordning 17/62^{4,5}.

De mest detaljerade analyserna av joint ventures under koncentrationsförordningen har gjorts inom telekommunikations- och Internetbranscherna.⁶ Slutsatsen av detta torde vara att dessa marknader även är de vanligast inom vilka joint ventures skapas. Anledningen är möjligtvis att dessa marknader lämpar sig väl för samarbetsformer av detta slag. Marknaderna karakteriseras av en snabb teknisk och ekonomisk utveckling, vilket dessutom borgar för ett uppsving av aktörer på just dessa marknader och därmed en ökad förekomst av konkurrenter. Även på marknader där avreglering och liberalisering pågår, till exempel inom flygtrafikmarknaden, sker en ständig ökning av koncentrationsärenden till kommissionen.

I skrivande stund har inte något fall av självständigt fungerande gemensamt företag befunnits vara oförenlig med den gemensamma marknaden enligt kommissionen.

1.2 Historik

Den Europeiska Gemenskapen har sedan dess inrättande varit fokuserad på kontrollen av en effektiv och fungerande konkurrens. Detta har varit ett av målen för att uppnå och efterleva principen om den fria rörligheten för varor på den gemensamma marknaden. En viktig del av kommissionens arbete för en effektiv konkurrens är kontrollen av företagskoncentrationer. Redan i Parisfördraget av 1952 (genom vilket den Europeiska kol- och stålgemenskapen upprättades) fanns regler om hur koncentrationer skulle behandlas och bedömas av kommissionen.⁷ När sedan Romfördraget av 1957 antogs hade dessa regler för koncentrationer helt försvunnit ur fördragstexten. Detta skulle kunna förklaras med att denna fråga inte var särskilt högt prioriterad av de europeiska ledarna under denna period.⁸ Kommissionen fick nu nöja sig med de konkurrensregler som fanns att tillgå i RomF, det vill säga dåvarande artikel 85 och 86 (nuvarande artikel 81 och

⁴ Rådets förordning (EEG) nr 17/62. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

⁵ Zonnekeyn, G. A.: *The Amendments to the E.C. Merger Regulation*, s. 419.

⁶ Kemp, John: *Recent Developments and Important Decisions*, s. 42.

⁷ Brittan, Leon: *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, s. 23.

⁸ Brittan, s. 24.

82 EGF). I det uppmärksammade *Continental Can* fallet⁹ från 1973 konstaterade EGD att (dåvarande) artikel 86 var tillämplig på koncentrationer. Man menade att ett företag med en redan dominerande ställning på marknaden kunde missbruka denna ställning genom att förvärva en konkurrent och på så sätt eliminera konkurrensen på en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

Trots EGD:s villighet att möjliggöra en kontroll av företagskoncentrationer under den redan existerande konkurrensregleringen i RomF var det uppenbart att detta system inte räckte för att komma åt alla de fall av företagskoncentrationer som kunde snedvrída konkurrensen inom gemenskapen.¹⁰ Behovet av en reglering av koncentrationers inverkan på konkurrensen ansågs nödvändig för att kunna hindra icke önskvärda koncentrationer mellan företag vilka var för sig inte uppfyllde EGD:s krav på dominans.¹¹

Den 21 december 1989 antogs rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer ("koncentrationsförordningen") där kommissionens önskemål om ett klart materiellt regelsystem blev relativt tillfredsställda. Förordningen innehöll bland annat kriterium för när en föränmäld koncentration skulle förbjudas alternativt godkännas, regler för den obligatoriska förhandsanmälan och ett klagörande av kompetensfördelningen mellan kommissionen och medlemsstaternas nationella myndigheter.¹² Förordningen trädde i kraft den 21 september 1990.

En genomgång av förordningen gjordes några år senare och resulterade i att vissa förändringar och tillägg gjordes genom rådets förordning (EG) nr 1310/97 ("ändringsförordningen").

Vi är nu efter det att den första förordningen använts i 12-13 år framme vid ännu en översyn av koncentrationsförordningen. Denna översyn har resulterat i ett förslag från kommissionen om en ny förordning vilken skall ersätta den tidigare förordning 4064/89 och bli tillämplig i maj 2004.

1.3 Syfte och avgränsning

Syftet med denna uppsats är att undersöka och analysera kommissionens materiella bedömning och kontroll av företagskoncentrationer under koncentrationsförordningen i allmänhet och den bedömning kommissionen gör av joint ventures i synnerhet. Floran av koncentrationer och då framför allt joint ventures innebär att en heltäckande presentation av rättsområdet

⁹ Mål 6/72, *Europemballage & Continental Can ./. Commission*, [1973] ECR 215.

¹⁰ Brittan, s. 24.

¹¹ Linder, Fredrik: *Joint ventures konkurrensrättsliga ställning enligt EG-rätten i jämförelse med svensk rätt*, s. 17.

¹² Brittan, s. 27.

inte är möjlig. Jag har därför valt att avgränsa uppsatsen till att först ge en kort beskrivning av koncentrationsförordningens definition av vad som utgör en koncentration och de materiella regler kommissionen utgår ifrån vid kontrollen av koncentrationer för att därefter närmare undersöka specialfallet joint ventures. Uppsatsen kommer som sagt att fokusera på de materiella frågorna i kommissionens bedömning men jag anser det vara nödvändigt för helhetsbilden att i några inledande kapitel även ge en presentation över vissa jurisdiktionsfrågor. Dessa kommer dock inte att diskuteras vidare i den avslutande analysen.

Således kommer förordningens regler angående proceduren för kommissionens handläggning och frågor om gemenskapsdimension inte att behandlas i denna uppsats. Jag tänker här framför allt på kompetensfördelningen mellan gemenskapen och de nationella myndigheterna och de tröskelvärden som måste uppnås för att ärenden skall omfattas av gemenskapens regleringar, kravet på gemenskapsdimension.

Vad gäller joint ventures har jag koncentrerat uppställningen på de fall av joint ventures som omfattas av förordningen, det vill säga endast självständigt fungerande gemensamma företag. Jag kommer således inte närmare beskriva den bedömning som görs under artikel 81 och 82 EGF eller de gruppundantag som medges under artikel 81.3 förutom i de fall då artikel 81 används av kommissionen vid kontrollen av de joint ventures vilka kan ge upphov till ett samordnat beteende mellan ägarna och härmed medföra en negativ effekt på konkurrensen.

Det förändringsarbete av koncentrationsförordningen som nu sker kommer naturligtvis att utgöra en central del av uppsatsen och jag kommer att undersöka och analysera den påverkan på kommissionens bedömning den nya förordningen eventuellt kan komma att medföra. Finns det anledning för företag att modifiera sina affärsmässiga rutiner i koncentrationssammanhang eller kommer de nya reglerna att spela en marginell roll vid de prognoser som görs i samband med en förhandsanmälan?

1.4 Metod

Eftersom det i slutet av år 2002 kom ett förslag från kommissionen om en ny förordning om kontroll av företagskoncentrationer skulle det vara märkligt om jag inte i uppsatsen använde mig av detta förslag. Jag kommer alltså att undersöka och analysera det förslag som nu ligger hos kommissionen och den motivering som föregått förordningen. Grönboken om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 från december 2002 med de synpunkter som efterfrågades har naturligtvis också varit av stor hjälp. Eftersom det ännu inte, av förklarliga skäl, finns någon litteratur på området har utgångspunkten varit det ännu rådande systemet och den litteratur som behandlar dessa regler. Jag kommer göra en komparativ analys av det

nuvarande systemet och de nya definitioner och tillägg som kommissionen vill använda sig av i den nya förordningen.

Utgångspunkten är en klassisk rättsanalytisk metod där som bekant avstamp sker i den lagstiftning som finns på området. I detta fall handlar det då om den EG-rättsliga regleringen och framför allt den sekundärrätt som utgörs av både den nuvarande koncentrationsförordningen och det förslag som kommer ersätta denna år 2004. Här ingår även rättspraxis från EG-domstolen och Förstainstansrätten och de kommissionsbeslut som finns på området. Litteratur (både svensk och engelsk) är en annan viktig rättskälla vilken jag flitigt använt mig av. Detta gäller inte endast litteratur i form av tidskriftsartiklar och böcker utan även diverse riktlinjer och tillkännagivanden från kommissionen. De senare har fyllt en mer praktisk funktion och är kanske inte av analyserande eller kritisk natur men är ändå viktig för att kunna undersöka hur kommissionen rent generellt och i praktiken behandlar anmälningar om företagskoncentrationer. Kommissionen har till exempel utformat ett tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning 4064/89 och ett tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag. Dessa borde vara användbara även under den nya förordningen.

1.5 Disposition

Uppsatsen är uppbyggd kring en disposition där jag först redogör för den förordning som reglerar kontrollen av företagskoncentrationer på den gemensamma marknaden. Avsnittet fokuserar på hur den nya förordningen kommer att se ut och de ändringar som kommer att genomföras på förslag från kommissionen. Informationen här är främst tagen från det förslag till koncentrationsförordning som ligger till grund för det slutliga dokumentet.

Det tredje kapitlet behandlar joint ventures och hur dessa definieras i gemenskapsrätten. Jag kommer här att redogöra för de vanligaste typerna av joint ventures för att sedan ge en analys av den konkurrensrättsliga bedömningen av dem.

De två efterföljande kapitlen fokuserar på den allmänna bedömningen av företagskoncentrationer och hur kommissionen går till väga för att avgöra huruvida en koncentration är förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden. Jag har för avsikt att i samband med dessa allmänna beskrivningar även göra en komparation med hur reglerna påverkar bedömningen av just joint ventures. Begreppen **joint ventures** och **gemensamma företag** kommer att användas som beteckning för samma typ av företagskonstruktion. I uppsatsen kommer de med andra ord användas som synonymer.

De två sista kapitlen i den allmänna delen behandlar specifikt de joint ventures vilka omfattas av koncentrationsförordningens

tillämpningsområde. Det sista av dessa kapitel ägnar jag åt en beskrivning av en mer avtalsrättslig del av ärendet, accessoriska begränsningar. Denna del hänger dock inte samman med den huvudsakliga materiella bedömningen. Den visar dock på ett representativt problem som kan uppstå i relationen mellan företag och hur viktigt det kan vara för berörda parter att i möjligaste mån redan på förhand reglera eventuella konflikter inom området för till exempel otillbörligt utnyttjande av erhållen information.

Avslutningsvis sammanställer jag det jag kommit fram till i uppsatsens olika delar och ger en samlad analys och slutsats över kommissionens de facto-bedömning av koncentrationer i allmänhet och av joint ventures i synnerhet under koncentrationsförordningen och huruvida den nya förordningen påverkar denna bedömning i sak.

2 Kort presentation av den nya koncentrationsförordningen

2.1 Förordningens uppbyggnad

Ett av koncentrationsförordningens syften är att ge kommissionen en möjlighet till kontroll och utredande av koncentrationer vilka genomförs inom och får konkurrens effekter på den gemensamma marknaden. Förordningen bygger på ett system av förhandskontroll där de berörda företagen skall anmäla ett förstående samgående och/eller samarbete på de sätt vilka beskrivs senare i uppsatsen. Tanken är att kommissionen skall kunna godkänna alternativt förbjuda koncentrationer inom Gemenskapen före själva koncentrationens genomförande. Den nu gällande koncentrationsförordningen är tillämplig på de koncentrationer som har en gemenskapsdimension, vilket bestäms med hänsyn till de berörda företagens årsomsättningar. Förordningen innehåller således regler för betydande företagskoncentrationer vilka antas få en icke önskvärd effekt på konkurrensen på den gemensamma marknaden.

De koncentrationer som anmäls till kommissionen bedöms enligt principen om dominerande ställning på marknaden. Koncentrationer som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning skall förklaras oförenliga med den gemensamma marknaden och följaktligen förbjudas.¹³ Bedömningen sker utifrån ett fastställande av de berörda företagens geografiska verksamhetsområden och dess produktmarknad. För att förordningen skall vara tillämplig måste företagen falla in under de i förordningen angivna kvantitativa tröskelvärden vilka bestäms med hänsyn till företagens beräknade årsomsättningar, det vill säga företagen måste ha en gemenskapsdimension. Kommissionen gör med andra ord en bedömning av den anmälda koncentrationens förväntade konkurrens effekter på den gemensamma marknaden.

Vid den initiala prövningen (artikel 6) avgör kommissionen huruvida koncentrationen omfattas av förordningen och huruvida tvivel föreligger angående förenlighet med den gemensamma marknaden. En koncentration med gemenskapsdimension får inte genomföras utan ett godkännande från kommissionen (artikel 7). Enligt artikel 8 kan kommissionen meddela beslut om att koncentrationen får genomföras under förutsättning att vissa villkor och åläggande, bestämda av kommissionen, uppfylls av de berörda företagen.

¹³ Kommissionens Grönbok om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, punkt 11. (Hädanefter kallad Grönboken).

Kommissionens beslutsgång består av två etapper där den första genomförs under en relativt snäv tidsram. Finner kommissionen att den anmälda koncentrationen ger upphov till allvarliga tvivel om hur konkurrensen kan påverkas övergår undersökningen i en andra etapp. Detta gäller främst för komplicerade ärenden.¹⁴

Kompetensfördelningen mellan gemenskapen och de nationella myndigheterna bestäms bland annat i artikel 9 där kommissionen ges möjlighet att hänskjuta ärenden till medlemsstaternas myndigheter under vissa där angivna förutsättningar.

I artikel 10 anges de tidsfrister inom vilka kommissionen måste inleda förfarandet och meddela sitt beslut. Artikel 11-15 gäller kommissionens befogenheter under undersökningen av ärenden och de regler som gäller för utdömmande av viten och böter. Därefter behandlar förordningen domstolens prövning (artikel 16) och vissa andra speciella regler kommissionen måste följa vid prövningen av ärendet (artikel 17 och 18). Som en följd av den generella principen inom gemenskapsrätten om enhetlig bedömning av ärenden har förordningen i artikel 19 stadgat en samverkan mellan medlemsstaternas myndigheter och gemenskapen.

Kommissionen har givits en exklusiv behörighet att pröva de ärenden som anmälts. Koncentrationsförordningen bygger på den generella principen ”one-stop shop”, vilken innebär att koncentrationer som har en gemenskapsdimension endast skall prövas av en enda instans inom gemenskapen.¹⁵ Denna princip kan utläsas av artikel 21 (i den nya förordningen artikel 22) där kommissionens exklusiva behörighet att pröva ärenden stadgas. Det innebär även att då kommissionen behandlar och bedömer en koncentrations förenlighet med den gemensamma marknaden enligt förordningen, de nationella myndigheterna är förhindrade att pröva samma fall. Andra gemenskapsregler (till exempel artikel 81 och 82 EGF), vilka kan konkurrera med förordningen är inte heller tillämpliga.¹⁶

2.2 Skäl för en ny koncentrationsförordning

Enligt kommissionen har arbetet med den nu i nästan 14 år använda koncentrationsförordningen fungerat mycket väl.¹⁷ Den har fungerat som ett effektivt instrument för att pröva och kontrollera de koncentrationer som förhandsanmälts i enlighet med förordningens regelsystem. Den förändring av den nu gällande förordningen om kontroll av företagskoncentrationer som nu genomförs, bygger på de erfarenheter kommissionen erhållit under den period förordningen varit tillämplig. Man har identifierat de svagheter som förordningen ger upphov till men den allmänna åsikten är att

¹⁴ Craig, P., de Búrca, G.: *EU Law – Texts, Cases, and Materials*, s. 1038.

¹⁵ Craig, de Búrca, s. 1056.

¹⁶ Cook, Kerse: *E.C. Merger Control*, s. 16.

¹⁷ Grönboken, s. 4.

förordningen generellt sett fungerat effektivt och i enlighet med dess syfte.¹⁸

Översynen av koncentrationsförordningen är ett led i det arbete kommissionen lagt ner för att genomföra de allmänna förändringarna på det gemenskapsrättsliga konkurrensområdet. Man har tidigare gjort ändringar i den förordning som reglerar genomförandet av artikel 81 och 82 EGF (förordning 17/62). Skillnaden mellan dessa två förordningar är dock att den nya förordning 17 förstärker medlemsstaternas behörighet i förhållande till kommissionen, medan koncentrationsförordningen skall ge kommissionen exklusiv behörighet i fråga om koncentrationer med en gemenskapsdimension. Detta kommer att behandlas närmare nedan.

När det nu sker förändringar på den globala nivån som på europainivån, där bland annat en utvidgning med 10 nya medlemsländer från det forna Östeuropa inom de närmaste åren skall genomföras och där de flesta medlemsstater anslutit sig till den gemensamma valutan inom EMU-samarbetet, krävs lösningar på eventuella framtida problem inom området för företagskoncentrationer. Kommissionen har dock understrukit vikten av att även den nya förordningen skall bygga på de grundläggande principerna om effektivitet, ändamålsenlighet och rättvis och öppen kontroll av företagskoncentrationer enligt subsidiaritetsprincipen.¹⁹ Enligt subsidiaritetsprincipen skall *"åtgärder vidtas på den lämpligaste jurisdiktionsnivån med hänsyn till de mål som skall uppnås och de resurser gemenskapen och medlemsstaterna förfogar över"*.²⁰

Den nya förordningen kommer att bli tillämplig från och med den 1 maj 2004²¹ och kommer i enlighet med de riktlinjer som bestämdes på det Europeiska rådets möte i Edinburgh i december 1992 vara i form av en helt ny förordning, vilken i sin helhet ersätter den nuvarande förordningen 4064/89. Anledningen till att man valt detta datum är att den planerade utvidgningen av den Europeiska Unionen antas vara genomförd då och kommissionen har ansett det viktigt att de nya reglerna för kontrollen av företagskoncentrationer skall ha trätt i kraft senast vid detta datum.²²

¹⁸ Kommissionens förslag till rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 5. (Hädanefter kallad Förslaget).

¹⁹ Grönboken, s. 4.

²⁰ Grönboken, punkt 16.

²¹ Den nya förordningen, artikel 26.2. Förordning 4064/89 skall dock ha fortsatt tillämpning i de fall som anges i artikel 26.3.

²² Grönboken, s. 4.

2.3 De mest genomgripande förändringarna

2.3.1 Jurisdiktionen

2.3.1.1 Gemenskapsdimension

Ett av de viktigaste begreppen inom kontrollen av företagskoncentrationer är *gemenskapsdimensionen*. För att koncentrationsförordningen över huvud skall bli tillämplig måste de berörda företagen genom en koncentration ha en väsentlig gränsöverskridande verkan. I artikel 1.2 och 1.3 anges dessutom de tröskelvärden för omsättning som innebär att de berörda företagen fångas upp av det gemenskapsrättsliga regelsystemet. De förändringar som redogörs för i detta kapitel har främst gjorts för att åstadkomma en vidare jurisdiktion för gemenskapen eftersom många koncentrationer vilka har en effekt på den gemensamma marknaden inte uppnår de värden som anges i artikel 1.²³

I enlighet med subsidiaritetsprincipen har kommissionen ansett det viktigt att klargöra och optimera fördelningen av ärenden mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. Man har menat att medlemsstaterna endast skall handlägga de ärenden som har nationella eller regionala verkningar. Även näringslivet skulle vinna på ett sådant klargörande eftersom man minskar den rättsosäkerhet som tidigare kan ha förelegat och de kostnader som uppkommer när företagen "tvingas" förhandsanmäla sitt ärende till flera instanser.²⁴ Enligt det förslag som kommissionen lagt fram skall företagen endast behöva hänskjuta sitt ärende till en instans och de skall även inneha en exklusiv initiativrätt.

De två huvudmål kommissionen haft vid översynen av förordningen är dels att skapa en optimal fördelning av ärenden mellan kommissionen och de nationella myndigheterna och att minska antalet flerfaldiga anmälningar. Dessa mål uppnås enligt kommissionen bäst genom att förändra och förbättra reglerna för hänskjutande i artikel 9 och 22 koncentrationsförordningen.²⁵ Artikel 9 anger under vilka förutsättningar ett hänskjutande sker till de nationella myndigheterna och då de nationella konkurrensreglerna blir tillämpliga. Artikel 22 utgör motsvarande regel för gemenskapen och anger med andra ord de regler som gäller då ett hänskjutande sker till kommissionen. Den nya artikel 9.2a skall förbättras på så sätt att de nationella myndigheterna inte längre behöver göra grundliga undersökningar över eventuella konkurrens effekter av en koncentration eftersom det numera kommer att vara möjligt att hänskjuta ärenden till kommissionen redan på den grund att konkurrensen påtagligt skulle kunna påverka konkurrensen på en marknad.

²³ Förslaget, punkt 9.

²⁴ Ibid.

²⁵ Förslaget, punkt 18.

En klar förbättring för de berörda företagen är att de enligt den nya förordningen kan begära att kommissionen skall tillämpa artikel 9 och 22 före en anmälan formellt lämnats in. Detta sparar mycket tid och kostnader för företagen eftersom en mängd administrativa frågor kan lösas på ett tidigare stadium i processen.

I den nya förordningen har man även föreslagit en effektivisering av förfarandet enligt artikel 22.3. Kommissionen har här givits en exklusiv behörighet att handha ett ärende då alla eller minst tre berörda medlemsstater har begärt hänskjutande. Kommissionen har nu även fått möjlighet att begära att medlemsstater skall hänskjuta ärenden till gemenskapen.

2.3.1.2 Definition av koncentration

Definitionen av en koncentration hittas i koncentrationsförordningens artikel 3. I den nya förordningen kommer de kriterier som tidigare endast varit underförstådda och oskrivna nu uttryckligen anges. Man talar om att en koncentration, i förordningens mening, anses uppstå om det skett en *varaktig förändring av kontroll*. En djupare redogörelse för detta område kommer att göras senare i uppsatsen (kapitel 4). Kommissionen har ansett att det vore naturligt att införa alla de huvudkriterier som gäller för bedömningen av en koncentration i själva förordningen.²⁶

En ny artikel 3.4 utvidgar gemenskapens jurisdiktion ytterligare. Genom att uttryckligen ange under vilka förutsättningar flerfaldiga transaktioner skall bedömas som en enda transaktion har man fastställt kommissionens behörighet i dessa fall. Anledningen till detta klagörande är att man vill förhindra att företag kringgår koncentrationsförordningen genom att dela upp en koncentration i ett flertal transaktioner.²⁷

Den nya förordningen innehåller även andra förändringar vad gäller jurisdiktionsfrågor men dessa tas inte upp i denna uppsats.

2.3.2 De materiella frågorna

Vad gäller de materiella reglerna kommer dessa inte att djupare redovisas för i detta kapitel eftersom jag senare i uppsatsen har för avsikt att förklara och analysera dem var för sig.

Kommissionens bedömning av en koncentration består huvudsakligen av två delar, vilka båda är växelvis beroende av varandra:

- En definition av den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden.

²⁶ Förslaget, punkt 38.

²⁷ Förslaget, punkt 45.

- En bedömning av koncentrationen ur en konkurrenssynpunkt.²⁸

Vad gäller bedömningen av den relevanta marknaden enligt artikel 2 koncentrationsförordningen har kommissionen inte givit något förslag till ändring av den nuvarande regleringen. Däremot har man dels i kommissionens Grönbok om översynen av koncentrationsförordningen, dels i det förslag som ligger till grund för rådets nya förordning talat om att förändra och klargöra användandet av två viktiga frågor: det så kallade dominantestet och vilken betydelse argument om effektivitetsvinster av ett samgående skulle kunna få.

Fördelar och nackdelar med dominantestet respektive det så kallade ”SLC-testet” har debatterats. Kommissionen har kommit fram till att det dominantestet som redan nu används även i fortsättningen skall utgöra grunden för kommissionens bedömning av en koncentrations effekter på marknaden.²⁹ En ny artikel 2.2 införs där begreppet dominerande ställning klargörs, begreppet får följaktligen en autonom tolkning enligt denna förordning. Syftet med detta är att den praxis som finns bevaras och att man inte behöver vara orolig för att begreppet kan komma att få en annan innebörd vid en eventuell framtida praxisändring i EGD. Detta gäller främst risken för att begreppet kopplas för nära samman med hur begreppet tolkas under artikel 82 EGF.³⁰

I de svar som inkommit till kommissionen på den Grönbok vilken föregick förslaget till den nya förordningen har önskemål framförts om att uttryckligen i förordningen iföra en hänsyn till effektivitetsvinster. Kommissionen menar dock att detta redan har tillgodosetts i förordningen och i dominantestet.³¹

2.3.3 Förfarandefrågor

Först och främst har man i den nya förordningens artikel 4.1 strukit den tidsfrist på 1 vecka som tidigare var kravet för att få inkomma med en förhandsanmälan om en koncentration till kommissionen. Nu skall den utlösande händelsen för anmälan vara ingånget bindande avtal mellan de berörda företagen.³² I artikelns andra stycke har företagen dessutom givits möjligheten att förhandsanmäla en koncentration redan under den förutsättningen att det föreligger en ”*ärlig avsikt att ingå ett bindande avtal*”. Båda dessa nya regler medför en ökad flexibilitet av regelsystemet för anmälan.³³

²⁸ Kommissionens utkast till tillkännagivande om bedömningen av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 5.

²⁹ Förslaget, punkt 53-57.

³⁰ Förslaget, punkt 55-57.

³¹ Förslaget, punkt 59f.

³² Förslaget, punkt 61f.

³³ Förslaget, punkt 64.

De regler i artikel 7 i förordningen angående kommissionens möjlighet att tvinga företag att skjuta upp genomförandet av koncentrationen har framför allt ändrats genom att man utvidgat tillämpningsområdet för det automatiska undantaget till att även omfatta offentliga bud och alla förvärv via fondbörsen och de ärenden som handläggs enligt det förenklade förfarandet.³⁴ Vad gäller de tidsramar som gäller för komplicerade ärenden har dessa gjorts mer flexibla.³⁵ Tanken är att de generella tidsfristerna inom vilka kommissionen skall fatta ett slutligt beslut i vissa fall skall kunna förlängas. I den nya förordningen skall finnas möjlighet att ”*stanna klockan*”.³⁶ Jag tänker inte redovisa för dessa förändringar närmare eftersom det för långt utanför vad som är intressant för ämnet för denna uppsats.

Taket för de viten och böter som kan dömas ut av kommissionen då företag inte samarbetar på ett önskvärt sätt eller inte följer ett kommissionsbeslut skall enligt förslaget höjas. De nuvarande taken har inte längre någon avskräckande effekt och det anses nu vara läge att ändra de 14 år gamla vites- och bötesbeloppen.³⁷ Vad gäller kommissionens befogenheter under utredningen kommer man i och med det nya förslaget kunna intervjua fysiska personer, protokollföra dessa samtal och även ha möjlighet att använda dem som bevis i förfarandet (under förutsättning att den intervjuade samtycker till detta). Däremot har man inte infört de utvidgade befogenheterna om utredning av branscher och inspektioner i privata hem vilket gjorts i den förordning som skall ersätta förordning 17/62.³⁸

2.3.4 Andra förändringar i förordningen

Kommissionen har möjlighet att enligt artikel 8.4 i den nuvarande förordningen besluta om att en redan genomförd koncentration skall förbjudas. De sammanförda tillgångarna måste då åter delas upp och den gemensamma kontrollen upphöra. Problemet i denna artikel har tidigare varit att tillämpningsområdet varit något osäkert. Det har varit möjligt att tolka bestämmelsen så att endast koncentrationer, vilka har anmälts till kommissionen och andra etappen i förfarandet inletts, omfattas. Den nya artikel 8.4 har klargjorts på så sätt att den nu uttryckligen är tillämplig på koncentrationer som genomförts utan att först ha anmälts till kommissionen enligt förordningen. Enligt ”*status quo ante*”-principen skall de förhållanden som gällde före koncentrationens genomförande återställas då en koncentration förbjudits.³⁹

Enligt artikel 6.1b och 8.2 skall en godkänd koncentration även innefatta de accessoriska begränsningar som har direkt anknytning till koncentrationens

³⁴ Förslaget, punkt 66ff.

³⁵ Förslaget, punkt 70ff.

³⁶ Förslaget, punkt 74.

³⁷ Förslaget, punkt 82f.

³⁸ Förslaget, punkt 84f.

³⁹ Förslaget, punkt 90ff.

genomförande. Reglerna har dock inte givit någon rättslig klarhet och kommissionen har i sitt tillkännagivande om sådana begränsningar⁴⁰ övergivit sin tidigare praxis att alltid bedöma de accessoriska begränsningar individuellt. I den nya lydelsen *skall* accessoriska begränsningar *anses* vara omfattade av kommissionens beslut att godkänna en koncentration.⁴¹

⁴⁰ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration.

⁴¹ Förslaget, punkt 101ff.

3 Joint ventures

3.1 Definitionen av joint venture

Joint ventures representerar en kategori av företag, vilka under de senaste åren ständigt ökat. Inte endast i antal utan även de affärsområden inom vilka dessa företag vanligtvis förekommer har utökats till att numera omfatta de flesta industrier och produktionsnivåer.⁴²

Kommissionen har definierat ett joint venture som ett företag som kontrolleras gemensamt av två eller flera företag.⁴³ Denna definition är härmed den gällande inom gemenskapens konkurrensregler. Den säger dock inte mycket om vad som konstituerar ett joint venture varför ett mer djupgående klarläggande måste göras. Ett joint venture är ett samarbete mellan två eller flera företag i ett gemensamt projekt, till exempel inom forskning och utveckling (FoU).⁴⁴ Formen för och nivån av detta samarbete kan vara mycket varierande. Ett joint venture kan vara allt från ett företag som till strukturen liknar ett rent företagssamgående till samarbeten inom vissa speciella områden, såsom FoU, produktion eller distribution.⁴⁵ Strukturen för ett joint venture kan med andra ord sägas ligga någonstans mellan ett företagssamgående och ett vanligt avtal eller kontrakt. Eftersom det gemensamma företaget skapas av kännetecknande delar från ett flertal företagskonstruktioner är det svårt att ge en klar och heltäckande definition.⁴⁶ Ett joint venture utgör framför allt ett sätt för moderbolagen att erhålla en del av ägandet och den kontraktuella kontrollen av ett annat företag utan att ensamt behöva stå risken. I de flesta fall är också ett joint venture grundat på ett avtal mellan moderbolagen och detta avtal innehåller de villkor genom vilka ägarna tillförsäkras de rättigheter de skall inneha inom samarbetet och över kontrollen av det gemensamma företaget.⁴⁷

Ett joint venture utgör en ny ekonomisk och rättslig enhet. Ett partnerskap mellan två eller flera företag vilka bildar en sådan ny enhet för att utföra en eller flera aktiviteter kan skapas på vilken nivå i produktionsledet som helst. Vanligast är att de parter som ingår i samarbetet bidrar var för sig med en substantiell del av de investeringar som krävs. Det kan vara i form av reellt kapital, teknologi, know-how, arbetskraft eller andra för företaget viktiga

⁴² Rapporten: *Competition Policy and Joint Ventures*, s. 3.

⁴³ Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 3.

⁴⁴ Brittan, s. 28.

⁴⁵ Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 3.

⁴⁶ Rapporten: *Competition Policy and Joint Ventures*, s. 11.

⁴⁷ Goyder, D. G.: *EC Competition Law*, s. 425.

tillgångar.⁴⁸ Det kan sägas att vad som kategoriserar ett joint venture är denna förening av resurser och delning av den ekonomiska risken för att gemensamt åtnjuta de resultat det gemensamma företaget uppnår.

Det var tidigare viktigt att kunna skilja ett koncentrativt joint venture från ett joint venture som är kooperativt eftersom detta avgjorde vilket regelverk kommissionen skulle komma att använda sig av då man behandlade frågan om förenlighet med den gemensamma marknaden. Numera är den avgörande frågan huruvida man har ett självständigt fungerande gemensamt företag framför sig eller om det endast är ett partiellt fungerande gemensamt företag. Hur bedömningen sker av självständigt fungerande gemensamma företag behandlas i kapitel 6.

3.2 Skäl för bildandet av ett joint venture

Det finns naturligtvis många skäl till varför joint ventures skapas. Dessa skäl sammanfaller ofta med de skäl som finns för ett samgående mellan företag. Vilket sagts ovan delar ju joint ventures och företagssamgåenden också vissa strukturella egenskaper. En av anledningarna till att man väljer att skapa ett joint venture framför ett rent samgående mellan de berörda företagen är att man i stället för att ett eller flera företag på marknaden försvinner, ett helt nytt företag och därmed också en konkurrent skapas. Ett joint venture är ofta, i relation till sina moderbolag, ett mindre företag, vilket innebär att den risk för misslyckande skapandet av ett nytt företag medför, inte blir lika betydande som i fallet av ett samgående. Vidare skapas ett joint venture för ett visst syfte. När det syftet är uppnått kan moderbolagen avsluta samarbetet. Detta är svårare vad gäller till exempel en fusion.⁴⁹ Gemenskapens konkurrensregler ställer dock krav på att ett joint venture skall ha en varaktig närvaro på marknaden. Detta krav kommer att behandlas närmare i kapitel 6.

De främsta anledningarna till att ett gemensamt företag skapas är enligt den ekonomiska analysen:

- För att öka möjligheten till användandet av kompletterande teknologi och forskningstekniker. Företag inom olika industrier eller inom olika delar av samma industri skapar joint ventures som ett FoU-samarbete för att uppnå forskningsresultat de annars inte skulle haft tillgång till.
- Erhålla kapital. Små eller medelstora företag kan ha problem med finansiering av projekt eller aktiviteter av olika slag. Dessa problem kan ofta undanröjas vid ett samarbete mellan flera sådana företag eftersom de då kan lägga samman sina gemensamma resurser alternativt tillsammans ansöka om finansiering.

⁴⁸ Gualtieri, Guiseppina (red.): *The Impact of Joint Ventures on Competition – the Case of Petrochemical Industry on the EEC*, s. 20.

⁴⁹ Rapporten: *Competition Policy and Joint Ventures*, s. 23.

- För att sprida risker för till exempel nyetablering på en marknad eller produktion av nya produkter.
- För att vinna skalfördelar. Företag inom samma industri men på olika produktionsnivåer (vertikala joint ventures) kan genom att skapa ett joint venture öka den tekniska effektiviteten och på så sätt minska de kostnader vilka medföljer uppstartande av storskaliga projekt.
- För att överkomma hinder vid marknadstillträde. Det kan vara svårt för ett nytt företag att komma in på en annan produktmarknad än den inhemska. Bildar man ett gemensamt företag med ett redan existerande på den tänkta marknaden kan många hinder överkommas och man kan dra nytta av ett där redan inarbetat firmanamn.
- För att öka sina marknadsandelar. Genom att samarbeta på en horisontell nivå med andra företag kan man tillsammans skapa en nära oligopolistisk eller monopolistisk marknad och därmed stärka sin egen ställning på den berörda produkt- och geografiska marknaden. På detta sätt kan det gemensamma företaget även utestänga potentiella och faktiska konkurrenter. Det är främst detta område de konkurrensrättsliga problemen behandlar.⁵⁰ En mer djupgående analys av detta kommer att göras senare i uppsatsen.

Det rättsekonomiska perspektivet tar sin utgångspunkt i de problem som uppstår i samband med transaktionskostnader. Transaktionskostnader kan definieras som kostnader för det ekonomiska systemet och uppstår oftast som konsekvenser av icke perfekta marknader⁵¹. Genom att skapa ett joint venture kan dessa kostnader sänkas och man har i den ekonomiska litteraturen ofta menat att ett joint venture är ett medel för att lösa de problem som uppkommer vid, eller alternativt utnyttja, icke perfekta marknader, skalfördelar, marknadsdominans och riskattityder med mera.⁵²

3.3 Typer av joint ventures

3.3.1 Koncentrativa joint ventures

Indelningen av joint ventures i koncentrativa och kooperativa har kritiserats eftersom kategoriseringen i många fall får vittgående konsekvenser för de berörda företagen. Hur bedömningen av ett gemensamt företag görs kan manipuleras genom att man ändrar formen för transaktionen och på så sätt hamnar inom koncentrationsförordningens tillämpningsområde.⁵³ Problemet är dock inte längre lika aktuellt eftersom man numera har övergivit denna skarpa indelning av joint ventures för avgörandet av vilka gemenskapsregler som är tillämpliga. Numera använder man sig i stället av begreppen

⁵⁰ Rapporten: *Competition Policy and Joint Ventures*, s. 19ff.

⁵¹ Cooter, Ulen: *Law and Economics*, s. 87ff.

⁵² Gualtieri, s. 14.

⁵³ Neven, Nuttall, Seabright, s. 76f.

självständigt respektive icke självständigt fungerande gemensamma företag då tillämplig gemenskapsregel skall bestämmas.

Den generella definitionen av ett koncentrativt joint venture är att det gemensamma företaget dels utövar alla de funktioner som en självständig ekonomisk enhet gör under en varaktig tidsperiod (det positiva kriteriet) och dels att samarbetet inte leder till ett samordnat konkurrensbeteende mellan de berörda parterna (det negativa kriteriet).⁵⁴ Det skapade gemensamma företaget skall resultera i en bestående förändring av marknadsstrukturen och får inte heller verka restriktivt för konkurrensen mellan moderbolagen. Ett koncentrativt joint venture måste kunna agera på marknaden på ett verkligt sätt skilt från moderbolagen och inte endast utföra de för moderbolagen tillhörande uppgifterna. Det måste ha tillräckliga tillgångar, kapital och resurser för detta syfte.⁵⁵

3.3.2 Kooperativa joint ventures

Ett kooperativt joint venture är ett samarbete vilket har som mål eller får som effekt ett koordinerat beteende som påverkar konkurrensen samtidigt som företagen fortsätter att vara oberoende av varandra.⁵⁶ Ofta bildas ett kooperativt joint venture som ett samarbete mellan självständiga företag för en kort tidsperiod. Detta samarbete är inte lika samordnat med moderbolagens verksamhet som de koncentrativa joint ventures beskrivna ovan och de är dessutom lösare i sin konstruktion.⁵⁷

En ytterligare typ av ett joint venture är så kallade strukturella joint ventures. Dessa är samarbetsavtal mellan företag där genomgripande strukturförändringar i de deltagande företagen sker. Ett sådant joint venture övertar eller vidareutvecklar moderbolagens verksamheter eller startar upp nya verksamheter för moderbolagens räkning. Detta innebär ofta stora finansiella investeringar för de inblandade företagen och ett överförande av materiella och immateriella tillgångar görs mellan berörda parter.⁵⁸ Före den förändring av kommissionens behandlingen av joint ventures som skedde 1997, då uteslutande artikel 81 EGF tillämpades på kooperativa joint ventures kunde ett strukturellt joint venture få sin anmälan behandlad snabbare av kommissionen enligt reglerna för ett så kallat "accelerate procedure".⁵⁹

⁵⁴ Neven, Nuttall, Seabright, s. 84.

⁵⁵ Jones, González-Díaz: *The EEC Merger Regulation*, s. 55.

⁵⁶ Neven, Nuttall, Seabright, s. 84.

⁵⁷ Dhunér, Karl-Johan: *Förfarandet i konkurrensrätten – EGs och svensk konkurrenslagstiftning i praktisk tillämpning*, s. 228.

⁵⁸ Dhunér, s. 49.

⁵⁹ Cook, Kerse, s. 48.

3.4 Den konkurrensrättsliga bedömningen

Den breda definitionen av vad som utgör ett joint venture, vilket redogjorts för ovan, medför svårigheter i vilket konkurrensrättsligt system som helst. Skall ett joint venture behandlas som en kartell i enlighet med artikel 81 EGF och därmed ses som ett behavioristiskt problem eller skall man se detta samarbete mellan företag som ett strukturellt problem och bedöma dem under koncentrationsförordningen?⁶⁰

Horisontella joint ventures där ägarna och det gemensamma företaget befinner sig på samma nivå i produktionsledet har en benägenhet att verka hämmande på konkurrensen eftersom möjligheten för en minskning av konkurrensstrycket är större vid dessa nära samband mellan moderföretagen till det gemensamma företaget. Dessa joint ventures kan också medföra hinder för marknadstillträde för dess faktiska och potentiella konkurrenter.⁶¹ Ett horisontellt joint venture har en benägenhet att skapa eller förstärka en dominerande ställning på den marknad där ägarna av det gemensamma företaget agerar. Detta gäller både på den relevanta produktmarknaden som på den relevanta geografiska marknaden.⁶²

Även vertikala joint ventures kan medföra negativa konsekvenser för konkurrensen. Ett vertikalt joint venture uppstår då ägarna och det gemensamma företaget representerar olika aktörer i produktionsledet, till exempel köparledet och säljarledet i produktionen. Den faktiska och den potentiella konkurrensen kan påverkas under förutsättning att samarbetet medför att konkurrenter till det gemensamma företaget hindras att få tillgång till marknaden eller till de slutkunder som finns där. De negativa konsekvenser ett sådant samarbete får på konkurrensen är att hinder uppstår för marknadstillträde. Det vertikala samarbetet kan dock även medföra vissa positiva konsekvenser i form av en mer effektiv resursallokering eller en minskning av de transaktionskostnader som nämnts ovan.⁶³

En annan typ av joint venture som däremot som regel inte medför en snedvridning av konkurrensen är konglomerat. Här tillhandahåller ägarna det gemensamma företaget med produkter vilka inte kan sägas konkurrera med varandra. Potentiella konkurrenter kan dock påverkas negativt eftersom ägarna tillför finansiella resurser till det gemensamma företaget vilket i sin tur kan medföra hinder till marknadstillträde.⁶⁴

Gemenskapens kontroll av koncentrationer syftar till att kontrollera de strukturella förändringar vilka kan tänkas uppstå i produkt- eller tjänsteutbudet. Gemenskapens avsikt är att förhindra ett skapande eller ett

⁶⁰ Craig, de Búrca, s. 1040.

⁶¹ Gualtieri, s. 21f.

⁶² Rapporten: *Competition Policy and Joint Ventures*, s. 21.

⁶³ Gualtieri, s. 22.

⁶⁴ Ibid.

förstärkande av en dominerande ställning, vilken kan påverka den effektiva konkurrensen negativt på hela eller på en väsentlig del av den gemensamma marknaden. I detta avseende tar man hänsyn till en företagsgrupps möjlighet att agera på en marknad oberoende av sina konkurrenter, kunder eller slutkonsumenter. En analys görs av faktorer som inträdeshinder och kunders möjligheter att reagera på koncentrationens agerande.⁶⁵

Eftersom jag i kapitel 6 redogör för bedömningen av självständigt fungerande gemensamma företag under koncentrationsförordningen kommer jag här endast nämna hur gemenskapens konkurrensregler tillämpas generellt på gemensamma företag och när dessa anses vara en koncentration enligt förordningens mening. Enligt artikel 2.4 (förslagets artikel 2.5) skall ett joint ventures kooperativa del (ett samordnat beteende mellan moderbolagen) bedömas i enlighet med artikel 81.1 och 81.3 EGF om de utgör en koncentration enligt artikel 3 koncentrationsförordningen. Detta innebär att en analys under artikel 81 EGF görs av det gemensamma företagets förorsakade eventuella samordnade beteende medan dess strukturella uppbyggnad bedöms under förordningens regler. Kommissionen skall särskilt beakta hur den berörda marknadsstrukturen kan se ut efter samordnandet och huruvida konkurrensen på denna marknad väsentligen sätts ur spel. Ett dominantstest (se vidare kapitel 5.2) utförs men de samordnande effekterna bedöms alltså utifrån artikel 81 EGF.

För att ett joint venture skall omfattas av koncentrationsförordningen måste det uppfylla alla de kriterier som krävs för att anses vara en ekonomiskt oberoende enhet på en varaktig basis (förslagets artikel 3.5). Två nyckelfaktorer vid kommissionens bedömning i detta skede av processen är:

- Att det gemensamma företaget har en varaktig närvaro på marknaden oberoende av dennes moderbolag.
- Det gemensamma företaget skall ha en egen marknadsprofil och kunna "stå på egna ben" i förhållande till ägarna.⁶⁶

⁶⁵ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, punkt 10.

⁶⁶ Cook, Kerse, s. 49.

4 Begreppet koncentration

4.1 Inledande anmärkningar

För att göra koncentrationsförordningen tillämplig på ett förannmält samgående mellan två eller flera företag, är det av naturliga skäl nödvändigt att fastslå dels definitionen av en koncentration och dessutom avgöra huruvida samarbetet i fråga faller in under denna definition. I artikel 3.1 i den nya förordningen ges en generell definition av begreppet koncentration:

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

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

Det krävs enligt förordningen följaktligen dels att det har skett en *förändring av kontroll*, dels att denna kontroll dessutom är *varaktig*. Tidigare har dessa två kriterier endast tillämpats som oskrivna kriterier av kommissionen vid fastställandet av huruvida en koncentration enligt koncentrationsförordningen föreligger. De anges nu uttryckligen i förordningen. Man har haft för avsikt att ange alla de huvudkriterier kommissionen använder sig av vid en definition av en koncentration. Begreppet koncentration omfattar enligt förordningens vaga och vida definition både rena sammanslagningar och förvärv.⁶⁷ Kommissionen har vidare menat att en koncentration skall bedömas utifrån den varaktiga förändring den medför av marknadsstrukturen.⁶⁸ En bedömning sker av de kvalitativa kriterium, snarare än de kvantitativa genom en fokusering på begreppet kontroll.

Ett av huvudkriterierna är alltså att en förändring av kontroll har skett. Detta innefattar inte endast rena fusioner mellan företag, utan även ett eller flera företags, rättsliga eller i praktiken, förvärv av kontrollen av ett eller flera andra företag. I denna definition ingår till exempel också skapandet av självständigt fungerande gemensamma företag. En koncentration föreligger då inte i fall där företagen i fråga behåller sitt oberoende även efter ingånget avtal eller överenskommelse.⁶⁹ Artikel 81 EGF är tillämplig på avtal och överenskommelser mellan företag, vilka trots detta fortfarande är

⁶⁷ Förslaget, punkt 35ff.

⁶⁸ Den nya förordningen, skäl 15.

⁶⁹ Brittan, s. 30.

ekonomiskt oberoende av varandra. Koncentrationsförordningen gäller i första hand i fall då det sker varaktiga förändringar av marknadsstrukturen.⁷⁰

Artikel 3.5 (nya artikel 3.6) beskriver de situationer då en koncentration inte anses föreligga och då förordningen följaktligen inte är tillämplig. Denna artikel har inte ändrats i och med den nya förordningen. En helt ny artikel 3.4 har införts vilken anger de fall då ett flertal transaktioner skall bedömas som en enda och på så sätt föras in under förordningens tillämpningsområde.

Hur en koncentration skapas kan grovt delas in i två huvudkategorier:

- **Sammanslagning, fusion och samgående.** Två eller flera företag som tidigare varit oberoende går samman.
- **Förvärv av kontroll.** Ett eller flera företag, eller en eller flera individer som redan kontrollerar minst ett företag, förvärvar, antingen genom köp av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på något annat sätt, egen eller gemensam kontroll över ett annat företag. Detta inkluderar även självständigt fungerande gemensamma företag.⁷¹

Kommissionen har i sitt tillkännagivande om begreppet koncentration givit ledning till hur man tolkar artikel 3 koncentrationsförordningen och hur bedömningen av de berörda företagens transaktioner kommer att göras med utgångspunkt i huruvida dessa ses som en koncentration. Tillkännagivandet är inte endast ett verktyg för kommissionen i dess arbete, även företag kan med ledning av det lättare förutse den framtida bedömningen av deras handlande. Tillkännagivandet bygger på den erfarenhet kommissionen fått sedan den första koncentrationsförordningen trädde i kraft i december 1990.⁷² I stora delar av detta kapitel kommer jag att utgå ifrån detta tillkännagivande.

4.2 Sammanslagning av tidigare oberoende företag

Ett samgående enligt artikel 3.1a förutsätter ett samgående mellan två eller flera tidigare oberoende företag. Ett nytt företag uppstår medan de samgående parterna slutar att existera som enskilda oberoende ekonomiska enheter. Ett samgående kan även uppstå då ett företag upptas i ett annat företag. I dessa fall fortsätter det senare företaget sin funktion som tidigare medan det förra upphör att fungera som enskild juridisk person.

Även om en koncentration inte kan sägas uppstå i en juridisk mening finns det fall då kommissionen ändå bedömer transaktionen som ett samgående i

⁷⁰ Cook, Kerse, s. 2.

⁷¹ Rivas, José: *The EU Merger Regulation and the Anatomy of the Merger Task Force*, s. 3.

⁷² Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, punkt 2.

enlighet med koncentrationsförordningen. Detta kan särskilt ske då tidigare oberoende företag slår samman sina verksamheter, vilket får till följd att en ny ekonomisk enhet bildas. Exempel på dessa typer av ärenden kan vara då två eller flera företag vilka behåller sitt ekonomiska oberoende men tillsammans skapar en gemensam och permanent ekonomisk ledning. Man talar här om en *de facto* sammanslagning. Andra faktorer som tas med i bedömningen av huruvida en *de facto* sammanslagning föreligger är intern resultatutjämnning mellan de inblandade företagen och deras solidariska ansvar för eventuella förluster. Ett korsäggande mellan de företag som bildar den ekonomiska enheten kan även utgöra en faktor vilken talar för att en *de facto* sammanslagningen föreligger.⁷³

Begreppet sammanslagning är inte definierat i förordningen. För att inte göra bestämmelserna i förordningen överflödiga eller för vida applicerbara bör begreppet sammanslagning ges en nära definition. Detta innebär att man tolkar begreppet i enlighet med det tekniska begreppet fusion, vilket skulle följa begreppets innebörd i andra gemenskapsakter.⁷⁴ En sammanslagning inträffar då alla tillgångar och skulder i ett företag överförs till ett annat företag. Ägarna av det förvärvade företaget eller företagen erhåller aktieandelar i det förvärvade företaget eller företagen mot en kontantbetalning (kan även ske utan sådan ersättning). Efter att detta skett slutar som huvudregel det förvärvade företaget att existera.

4.3 Förvärv av kontroll

4.3.1 Inledande anmärkningar

I koncentrationsförordningen anges två sätt för när en koncentration anses ha uppstått. Förvärv av kontroll är det andra sätt på vilket en koncentration kan uppstå i förordningens mening. Denna kontroll kan förvärvas av antingen ett ensamt företag eller genom två eller flera företag som agerar tillsammans. I fall då en person redan kontrollerar ett eller flera företag kan en koncentration uppstå då denna person förvärvar kontrollen av ytterligare ett företag. Begreppet person i koncentrationsförordningens mening inkluderar offentligrättsliga och privaträttsliga juridiska personer samt fysiska personer. Vidare innebär kravet på kontrollförändringar i förordningen att en omstrukturering endast inom ett företag inte kan ses som en koncentration i denna bemärkelse.⁷⁵

Huruvida en förändring av kontroll har ägt rum är beroende av ett flertal faktorer, både rättsliga och faktiska. Trots den betydelse förvärv av äganderätter och aktieägaravtal ges, är de inte tillräckliga för att avgöra existensen av förändring av kontroll. Även endast ekonomiska förbindelser

⁷³ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 6f.

⁷⁴ Cook, Kerse, s. 27.

⁷⁵ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 8.

kan vara avgörande för bedömningen. I nya artikel 3.2 sägs att kontroll har uppnåtts då denna ”ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag”. Kontroll enligt förordningens mening behöver inte innebära en rättslig kontroll. Kommissionens undersökning av koncentrationer gäller som bekant transaktioner vilka får som innebörd och effekt att tidigare oberoende ekonomiska enheter numera gått samman på de sätt vilka anges i gemenskapsakten. Det behöver inte betyda att en koncern med urskiljbara dotter- och moderbolag finns.⁷⁶

Förvärv av kontroll kan både vara i form av ensam kontroll och gemensam kontroll.

4.3.2 Ensam kontroll

Ensam kontroll uppstår ofta genom att ett företag erhåller en majoritet av rösträtterna i ett annat företag. I dessa fall talar man om att detta som huvudregel är en rättslig kontroll.⁷⁷ Det är inte nödvändigt att det kontrollerande företaget innehar 50 % av aktiekapitalet plus en aktie eller att innehavet består av 100 % av aktiekapitalet. Vad som i de flesta fall är av intresse är det förvärvande företags innehav av rösträttigheter. Ensam kontroll kan även vara fallet vid ett kvalificerat minoritetsinnehav av till exempel preferensaktier.

4.3.3 Gemensam kontroll

4.3.3.1 Allmänt om kommissionens bedömning

Gemensam kontroll uppstår då moderbolagen till det gemensamt ägda företaget tillsammans måste ta de beslut vilka rör detta företags verksamhet. Förvärv av gemensam kontroll kan liksom i fall av ensam kontroll ske både på en rättslig och på en faktisk, *de facto*, grund.⁷⁸ Ett joint venture kan definieras som en koncentration som uppstått vid ett förvärv av gemensam kontroll. Dessa fall kommer dock att undersökas vidare i kapitel 4.3.3.2.

Definitionen av gemensam kontroll i koncentrationsförordningens mening är då ”två eller flera företag eller personer har möjligheten att utöva bestämmande inflytande på ett annat företag”.⁷⁹ Betydelsen av ett bestämmande inflytande är i dessa fall en möjlighet att blockera viktiga beslut för företagets strategiska och kommersiella verksamhet i det ägda företaget. De aktieägare vilka innehar denna bestämmande roll i företaget måste med andra ord kunna komma fram till gemensamma beslut för det gemensamt ägda företagets övergripande verksamhetspolicy.

⁷⁶ Cook, Kerse, s. 29.

⁷⁷ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 13.

⁷⁸ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 18.

⁷⁹ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 19.

Då två moderbolag tillsammans utöver en gemensam kontroll över ett företag kan det praktiska inflytandet och kunskapen vara uppdelad dem emellan med hänsyn till respektive specifika kunskaper. Det ena moderbolaget kan till exempel inneha direkt kunskap och erfarenhet gällande den marknad där det gemensamt kontrollerade företaget verkar och det andra moderbolaget å sin sida handhar de finansiella och strategiska frågorna för det gemensamt kontrollerade företaget. Situationen blir då att det förre företaget utövar den dagliga verksamheten av företaget medan det senare endast har ett näst intill obefintligt inflytande över denna del av verksamheten. För att ett företag skall anses utgöra en gemensamt kontrollerad koncentration i förordningens mening måste dock båda företag ha en möjlighet att blockera de beslut som skall tas. Är så inte fallet är koncentrationen ensamt kontrollerad.⁸⁰ I fall då den gemensamma kontrollen endast skall bestå under en begränsad period (inte mer än tre år⁸¹) och därefter endast utövas av en av de ursprungliga ägarna anses hela transaktionen vara ett förvärv av ensam kontroll.

Här följer endast exempel på de vanligaste formerna för när en gemensam kontroll föreligger enligt kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration:

- Fall då endast två moderbolag tillsammans äger ett annat företag (ett joint venture) och innehar lika rösträtter eller rätt att utnämna lika antal ledamöter i det ägda företags beslutsorgan.
- Fall då moderbolagen inte innehar denna jämlika fördelning av rösterna i det gemensamma företaget. Detta skulle bland annat vara fallet då en minoritetsaktieinnehavare har möjlighet att motsätta sig viktiga beslut för företags verksamhet genom olika typer av vetorättsinnehav.
- Fall då flera minoritetsaktieägare gemensamt kan utöva en kontroll över ett annat företag utan att de samtidigt innehar några specifika vetorätter.

Vilket ovan visats kan kommissionen komma fram till att en gemensam kontroll av ett företag föreligger trots att det egentligen inte är ett fall av en rättslig kontroll. Så har också skett i ett stort antal fall. Problem kan uppstå för fastställandet av de gränser av aktieinnehavet de olika ägarna har. Erfarenheten visar att kommissionen tar stor hänsyn till förekommande möjligheter till skifte av samarbetspartner mellan aktieägarna. För att en gemensam kontroll skall anses föreligga krävs att moderbolagen har ett starkt incitament för att inte byta eller bryta uppkomna aktieägarallianser. Det kan dock visa sig svårt för kommissionen att fastställa en gemensam kontroll i de fall där man inte kan påvisa att ett samarbetsavtal av något slag finns mellan parterna.⁸²

⁸⁰ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 36.

⁸¹ Ärende IV/M.425, *British Telecom/Banco Santander*, [1994], punkt 21.

⁸² Jones, González-Díaz, s. 10.

4.3.3.2 Gemensam kontroll i joint ventures

Det är viktigt att skilja mellan var i företagsstrukturen de viktiga besluten tas då man talar om ett joint venture. Då besluten tas inom det gemensamma företaget, det vill säga av det gemensamma företagens beslutande organ kan ett urskiljande göras av vem som de facto tar dessa beslut. Kravet på en gemensam kontroll tillgodoses då inflytandet och inblandningen från det gemensamma företagens ägare är tillräckligt stort.⁸³ Den gemensamma kontrollen av ett joint venture bygger ofta inte endast på ett aktieinnehav utan andra faktorer måste vägas in. Ett avtal kan till exempel innehålla en rätt för en minoritetsaktieägare att ta del av kontrollen av ett joint venture så att en gemensam kontroll uppstår mellan minoritetsägare och en majoritetsaktieägare.⁸⁴

Två nära relaterade ärenden i kommissionen är belysande för kommissionens bedömning av en gemensam kontroll och huruvida ett joint venture omfattas av koncentrationsförordningens tillämpningsområde.

Det första ärendet gällde ett joint venture skapat av företagen Ericsson, Nokia och Psion.⁸⁵ Psion försålde 60 % av sitt aktieinnehav i det ensamt kontrollerade bolaget Symbian till Ericsson (30 %) och till Nokia (30 %). Därmed förändrades kontrollen över Symbian från en ensam kontroll till en gemensam kontroll av de tre bolagen. Enligt avtalet mellan parterna skulle alla viktiga verksamhetsbeslut tas med ett speciellt majoritetsbeslut av 75 % av aktierna. Denna procentsats innebar att de strategiska besluten i företaget måste tas gemensamt av de tre aktieägarna och därmed kunde kommissionen sluta sig till att företaget kontrollerades gemensamt och föll i detta avseende under koncentrationsförordningens tillämpningsområde.⁸⁶ Avtalet mellan parterna reglerade röstningssystemet i det gemensamt ägda företaget och kontrollen var därmed rättsligt gemensam. Rättsligt gemensam kontroll kan uppnås antingen genom ett bildande av ett holdingbolag, vilket innehar rösträttigheterna för det gemensamt ägda företaget eller genom att parterna avtalar om hur de skall rösta i viktiga strategiska frågor för företaget, ett avtal om gemensam röstning.⁸⁷ I detta ärende var det alltså fråga om det senare fallet.

Senare samma år anmälde dessa företag en ytterligare förändring av kontrollen i det gemensamma företaget till kommissionen. En ytterligare aktieägare till det gemensamma företaget tillfördes, Motorola. Kommissionen hade att avgöra huruvida en gemensam kontroll av Symbian fortfarande var för handen.⁸⁸ Ägarstrukturen skulle enligt avtalet se ut på följande sätt: Ericsson 23,08 %, Nokia 23,08 %, Psion 30,77 % och Motorola 23,08 % av aktieinnehavet. Ericsson, Nokia och Motorola är

⁸³ Goyder, s. 425.

⁸⁴ Goyder, s. 442.

⁸⁵ Ärende IV/JV.6, *Ericsson/Nokia/Psion*, [1998].

⁸⁶ Ärende IV/JV.6, punkt 9.

⁸⁷ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 31.

⁸⁸ Ärende IV/JV.12, *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola*, [1998].

verksamma på marknaden för utveckling, tillverkning och marknadsföring av avancerade system och terminaler för fast och mobil telefoni medan Psion är aktiv på marknaden för utveckling, konstruktion, tillverkning och marknadsföring av mjukvaror och portabla datorer.

Kommissionen undersökte först frågan om det förelåg en rättslig gemensam kontroll av det gemensamma företaget. Enligt det nya avtalet mellan parterna måste röster från 67 % av aktierna rösta för bland annat tillsättning och avsättning av chefer, godkännande av verksamhetsplan och budget, tillsättning av VD och styrelseordförande och dessutom anslutning av ytterligare aktieägare. Genom tillkommandet av en ytterligare aktieägare förändrades kontrollstrukturen av det gemensamma företaget Symbian men eftersom ingen aktieägare ensamt hade makt att blockera viktiga verksamhetsbeslut förelåg inte längre en rättsligt gemensam kontroll av det gemensamma företaget. Den största aktieägaren Psion hade till exempel inte möjlighet att blockera beslut eftersom beslut kunde tas med 67 % majoritet ($100\% - 30,77\% > 67\%$). Då företagen inte ingått avtal enligt ovan nämnda struktur, ett så kallat avtal om gemensam röstning, kom kommissionen fram till att det inte förelåg en rättsligt gemensam kontroll av Symbian.⁸⁹

Kommissionen gick vidare och undersökte möjligheten till att det förelåg en *de facto* gemensam kontroll. I undantagsfall kan en sådan kontroll uppstå då ett starkt gemensamt intresse mellan moderbolagen medför att de inte skulle motarbeta varandra vid utövandet av sina rättigheter i det gemensamma företaget. Om det tidigare har förelegat ett starkt band mellan aktieägarna eller om förvärvet av aktieandelar sker genom ett samordnat handlande, tyder detta på att en *de facto* gemensam kontroll är för handen. Då ett sådant gemensamt intresse inte föreligger medför möjligheten till att växla allianser mellan minoritetsägarna att en gemensam kontroll inte anses vara aktuell.⁹⁰ Kommissionen kom dock fram till att så inte var fallet och inte heller en *de facto* gemensam kontroll förelåg. Det föreligger även enligt kommissionen en presumtion för att ju större antal aktieägare, desto mindre chans för att en *de facto* kontroll är möjlig.⁹¹

Dessa två beslut illustrerar väl kommissionens bedömning av när en gemensam kontroll i joint venture-ärenden är för handen och när så inte är fallet. Skillnaden dem emellan är att när en ny aktieägare tillkom både ägarstrukturen och reglerna för majoritetsbeslut ändrades. I och med att man i det andra ärendet sänkte procentsatsen för majoritetsbeslut kunde inte en aktieägare ensam blockera viktiga verksamhetsbeslut och man hade inte heller avtalat om hur parterna skulle rösta i olika situationer, vilket var fallet i det första ärendet. Detta tyder på att ägare till ett joint venture, vilka vill få sitt ärende prövat under koncentrationsförordningen måste se till att

⁸⁹ Ärende IV/JV.12, punkt 9.

⁹⁰ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 32, 35.

⁹¹ Ärende IV/JV.12, punkt 13.

ägarstrukturen i det gemensamma företaget innebär en rättslig eller en *de facto* gemensam kontroll för att det gemensamma företaget skall anses vara en koncentration i enlighet med förordningen. Detta görs lättast genom ett avtal där man föreskriver hur parterna skall rösta i de frågor som avgör företagets verksamhet eller genom att bilda ännu ett bolag, vilket innehar rösträttigheterna för alla eller majoriteten av aktieägarna.

4.3.4 Kontroll på grund av vetorätt

Ett förvärv av kontroll kan i vissa fall uppstå då en ensam aktieägare trots sitt minoritetsinnehav innehar möjlighet att blockera viktiga strategiska beslut för företagets verksamhet till följd av vetorätt. Det kontrollerande företaget har dock inte möjlighet att ensam fatta beslut i dessa ärenden.⁹² Dessa situationer skall skiljas från förvärv av ensam kontroll och förvärv av gemensam kontroll trots att det finns likheter med dessa båda fall av koncentrationer.

4.3.5 Ändringar i kontrollstrukturen

En koncentration kan även uppstå då en transaktion ger upphov till en förändring av ägarstrukturen. Detta gäller både fall då en förändring från gemensam kontroll till ensam kontroll äger rum som fall då antalet aktieägare vilka tillsammans utövar en gemensam kontroll ökar.⁹³

4.4 Flera transaktioner

Som bekant har kommissionen inte behörighet att kontrollera ärenden vilka inte uppnår den i förordningen stadgade gemenskapsdimensionen. Det har dock visat sig att trots att en transaktion inte når upp till de stadgade tröskelvärdena i förordningen, kommissionen ändå i vissa fall kan ha en behörighet att pröva ärendet under koncentrationsförordningen. Detta gäller främst fall då en koncentration består av fler än en transaktion.⁹⁴ I den nuvarande förordningen har detta fall uppmärksammats i artikel 3.1 där det stadgas att förvärv av kontroll kan ske både direkt och indirekt och explicit i artikel 5.2 som anger situationen där två eller flera transaktioner utgör endast en transaktion som ett fall av en koncentration i förordningens mening.

Anledningen till dessa bestämmelser är en önskan om att man vill undvika ett kringgående av koncentrationsförordningen genom att företag delar upp en förestående koncentration i ett flertal transaktioner, vilka var för sig inte uppnår gemenskapsdimension.⁹⁵ Gemenskapens mål om en effektiv

⁹² Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 39.

⁹³ Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration, punkt 40.

⁹⁴ Grönboken, punkt 126.

⁹⁵ Grönboken, punkt 127.

konkurrens kan bättre genomföras om kommissionens prövning av koncentrationer sker på ett enhetligt sätt. Behandlas flera transaktioner som en, upprätthålls principen om "one-stop shop" eftersom koncentrationen inte riskerar att bedömas i ett flertal instanser.

Koncentrationer, vilka består av flera transaktioner har ibland givit upphov till svåra tolkningsproblem och man har frågat sig under vilka omständigheter flera rättsligt separata transaktioner skall betraktas som endast en transaktion som då måste förhandsanmälas till kommissionen enligt koncentrationsförordningen.⁹⁶ Transaktioner som är ekonomiskt beroende av varandra och har en ekonomisk koppling skall behandlas som en transaktion. Enligt kommissionen skall detta kriterium om ekonomisk enhetlighet bedömas främst mot bakgrund av de ekonomiska mål de berörda parterna har.⁹⁷

I den nya förordningen har man förtydligat vad som gäller i fall då en koncentration har föregåtts av flerfaldiga transaktioner. Nya artikel 3.4 lyder:

"två eller flera transaktioner som är villkorade av varandra eller har så nära anknytning att deras ekonomiska grunder motiverar att de behandlas som en enda transaktion, skall anses utgöra endast en koncentration ..."

Man skall dock inte bortse från möjligheten att bedömningen av flera transaktioner som en enda transaktion kan medföra ett retroaktivt förbud av redan genomförda förvärv. Situationen skulle kunna uppkomma då företag köper upp delar av andra företag i olika aktieposter under en längre tidsperiod. Den eller de första posterna har kanske inte gemenskapsdimension men läggs dessa ihop med den senaste medför de tillsammans en transaktion med gemenskapsdimension enligt förordningens lydelse. Förutsebarheten för de uppköpande företagen riskerar att minskas dramatiskt och dess affärsmässiga verksamhetsstrategi kan allvarligt komma att bli beroende av kommissionens framtida bedömning av transaktionerna i fråga. Detta bäddar inte för en pålitlig analys av företags eventuella expanderings och vinstmöjligheter. Den tvåårsperiod (artikel 5.2 2 st.) inom vilken transaktionerna måste ha gjorts för att bedömas som en enda innebär dock en minskad risk för detta eftersom det blir lättare för företag att beräkna framtida effekter av sina handlingar. Kommissionens klagörande av hur den ser på problemet med flerfaldiga transaktioner bidrar även till att de strategiska besluten kan tas med kommissionens eventuella bedömning med i beräkningen. En möjlig effekt av detta är dock att företags benägenhet att utöka sina aktieinnehav i andra företag minskar. Bestämmelsens effekter på marknaden kan lättare undersökas och utvärderas då den nya förordningen varit i kraft under en längre period.

⁹⁶ Grönboken, punkt 103.

⁹⁷ Grönboken, punkt 129.

4.5 Undantag från koncentrationsförordningen

Jag skall kort här nedan redogöra för de undantag som uttryckligen är omnämnda i koncentrationsförordningen och för de fall kommissionen anser falla utanför förordningens tillämpningsområde. De senare är främst hämtade från den Grönbok kommissionen lade fram inför översynen av förordning 4064/89 i december 2002. En transaktion som inte medför någon förändring av kontroll och därmed inte heller utgör en koncentration i förordningens mening faller per definition helt utanför koncentrationsförordningens tillämpningsområde.

Den bestämmelse i förordningen som anger de fall då en koncentration inte skall anses föreligga är nya artikel 3.6 (nuvarande artikel 3.5). Dessa fall av förändring av kontroll som undantas från koncentrationens tillämpningsområde är främst finansiella institutioner som kreditinstitut och försäkringsbolag, kontroll som kan uppkomma i till exempel ett konkursförfarande och slutligen undantas vissa finansiella holdingbolag. Denna artikel kommer inte att förändras i och med den nya förordningen eftersom den ändring i artikel 3.1 som förslagits medför att en vidare ändring inte anses vara behövlig.⁹⁸

Kommissionen har ansett att avyttring eller förvärv av minoritetsinnehav i ett företag inte omfattas av koncentrationsförordningen. Detta beror på att en förändring av kontroll inte uppstår i dessa fall. Undantagsvis kan dock en koncentration uppstå om en rättslig eller en *de facto* kontroll förvärvas och förordningen blir då tillämplig. I de fall då marknadsvillkoren förändras genom att de berörda företagen samordnar konkurrensen kan artikel 81 och 82 EGF tillämpas för att fastställa huruvida ärendet medför konkurrensproblem.⁹⁹

Den påverkan en strategisk allians kan ha på konkurrensen och på den gemensamma marknaden kommer att undersökas och analyseras i kapitel 8 varför jag här kort skall presentera problemet under koncentrationsförordningens tillämpning.

Strategiska allianser innefattar en mängd olika överenskommelser mellan företag. Framför allt handlar dessa samarbeten om att de berörda företagen bygger upp länkar mellan sig antingen i en avtalsenlig form eller under mer lösa former. Anledningen till att strategiska allianser inte anses omfattas av koncentrationsförordningen är att de som huvudregel inte uppfyller kriteriet på en bestående förändring i de berörda företagens struktur i enlighet med definitionen i artikel 3.1 koncentrationsförordningen. Kommissionen har valt att bedöma dessa fall under artikel 81 EGF.¹⁰⁰

⁹⁸ Förslaget, punkt, 40.

⁹⁹ Grönboken, punkt 107.

¹⁰⁰ Grönboken, punkt 111ff.

Vad gäller partiellt fungerande gemensamma företag kommer jag även här ge en kortare presentation av problemet eftersom jag senare i uppsatsen har för avsikt att närmare behandla denna typ av joint ventures och dess effekt på marknaden i samband med analysen av självständigt fungerande gemensamma företag i kapitel 6.

Ett partiellt fungerande gemensamt företag verkar inte på en avgränsad marknad varför den bedömning som skulle ha kunnat göras under koncentrationsförordningen endast skulle utgöras av en bedömning av moderbolagens samordnade beteende. Detta sker under konkurrensreglerna i EGF (artikel 81) och medför därför inte någon egentlig skillnad i bedömningen mellan förordningen och EGF, varför det inte finns någon anledning till att utöka förordningens tillämpningsområdet till att även omfatta partiellt fungerande gemensamma företag.¹⁰¹

¹⁰¹ Grönboken, punkt 122.

5 Dominerande ställning

5.1 Den relevanta marknaden

5.1.1 Inledande anmärkningar

Ett av de grundläggande målen med den gemensamma marknaden är att uppnå en generell balans på marknaden. Enligt rättsekonomiska teorier kan detta endast uppnås på en marknad där det råder perfekt konkurrens. Detta innebär att en perfekt marknad är en förutsättning för en effektiv produktion av varor och tjänster. Inom gemenskapsrätten talar man om en *fungerande* eller en *effektiv* konkurrens eftersom det anses vara ett mer realistiskt mål än den *perfekta* konkurrens den ovan nämnda teorin förespråkar.¹⁰²

Det finns framför allt fyra anledningar till att en marknad inte fungerar perfekt då det föreligger ett marknadsmisslyckande inom ett visst område. Dessa är i) monopolistiska marknader alternativt marknadsdominans, ii) företags externa kostnader, iii) närvaron av statliga och offentliga varor och iv) allvarliga informationsasymmetrier.¹⁰³ Här skall jag endast ta upp problem med monopolistiska marknader och då företag har en alltför dominerande ställning på marknaden vilket i sin tur snedvrider konkurrensen. Ett monopol kan uppstå på olika delar av en marknad: monopol på säljarmarknaden, samgående av annars konkurrerande företag och leverantör- eller köparmonopol. I en monopolsituation kommer priserna på de varor och de tjänster som säljs att överstiga de marginalkostnader företaget har för sin produktion. Konsekvenserna blir att priserna är för höga och produktionen för låg för att anses vara effektiv. Den politiska policyn för att undvika dessa problem är att ersätta monopol med en fungerande konkurrens där det är möjligt, eller att reglera den marknad där monopolisten agerar. Konkurrensrätten försöker komma tillrätta med detta marknadsmisslyckande genom det första alternativet.¹⁰⁴ Ett monopol kan naturligtvis också vara önskvärt. Detta är fallet då till exempel det offentliga valt att reglera en marknad av en beaktansvärd anledning.

Innan kommissionen kan avgöra frågan huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden måste man definiera den eller de relevanta marknader, vilka kan komma att påverkas av koncentrationen. Syftet med att fastställa denna marknad är att fastställa vilka faktiska och potentiella konkurrenter som kan vara aktuella för de berörda företagen. Marknadsdefinitionen utgör emellertid inte den färdiga slutsatsen av kommissionens konkurrensanalys.

¹⁰² Craig, de Búrca, s. 936.

¹⁰³ Cooter, Ulen, s. 40ff.

¹⁰⁴ Cooter, Ulen, s. 40.

Kommissionen har utgivit ett tillkännagivande om definitionen av den relevanta marknaden i gemenskapens konkurrenslagstiftning. Denna gäller inte endast för koncentrationsförordningens tillämpning, utan används av kommissionen i alla de fall av verkställande av gemenskapens konkurrenslagstiftning. Vilket även påpekades vad gäller det tillkännagivande kommissionen utgett angående begreppet koncentration, är detta gemenskapsdokument även ett användbart verktyg för de företag som kan tänkas undergå kommissionens kontroll.

Begreppet relevant marknad används för att avgöra en misstänkt snedvridning av konkurrensen på den gemensamma marknaden. Tanken är att både den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden för de berörda företagen måste identifieras för att kunna besvara frågan om till exempel ett företags dominerande ställning. För företagen gäller det att försöka få en så vid identifiering som möjligt av den relevanta marknaden för att på så sätt minska betydelsen av den egna ställningen på denna marknad. I joint venture-ärenden måste kommissionen först identifiera moderbolagens och det gemensamma företags kombinerade marknadsandelar och de konkurrens fördelar det innebär för det gemensamma företaget i förhållande till dess konkurrenter då man har tillgång till de ägande företags resurser.¹⁰⁵ En av de nyckelfaktorer kommissionen använder sig av i analysen är i hur hög grad en marknad är öppen för konkurrens. Detta innebär att stor vikt läggs vid huruvida det vid en transaktion kan uppstå höga inträdeshinder, vilka bidrar till att konkurrensproblem uppstår på den marknaden.¹⁰⁶ Bedömningen av den relevanta marknaden som görs följer de bevekelsegrunder som används vid bedömningen under artikel 81 och 82 EGF.¹⁰⁷

I *Airtours* fallet från 2002 sade förstainstansrätten att

*”en riktig definition av den relevanta marknaden är en förutsättning som måste vara uppfylld innan en anmäld företagskoncentrations inverkan på konkurrensen bedöms med tillämpning av förordning nr 4064/89”.*¹⁰⁸

Fallet behandlade frågan om en företagskoncentration (förvärv av ensam kontroll) där företaget *Airtours* hade för avsikt att förvärva hela kapitalet i företaget *First Choice*. Enligt kommissionen var denna koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden eftersom förvärvet skulle medföra en dominerande ställning på den brittiska marknaden för paketresor till närliggande resmål utomlands. Man ansåg även att detta skulle hämma

¹⁰⁵ Art, Jean-Yves: *Developments in EC Competition Law in 1998: An Overview*, s. 992.

¹⁰⁶ XXXI:e Rapporten om konkurrenspolitiken 2001, s. 80.

¹⁰⁷ Cook, Kerse, s. 135.

¹⁰⁸ Mål T-342/99, *Airtours ./. Kommissionen*, [2002] ECR II-2585, para. 19.

Förstainstansrätten godtog dock inte kommissionens bedömning av koncentrationens påstådda kollektivt dominerande ställning och ogiltigförklarade således kommissionens beslut.

konkurrensen på den gemensamma marknaden. Fallet behandlar med andra ord frågorna om den relevanta marknaden och begreppet kollektivt dominerande ställning.

Ett exempel på marknader där kommissionens bedömning grundar sig på där specifika karaktärsdrag är dels marknader där det sker en relativt snabb utveckling, dels marknader som tidigare inte av olika skäl varit konkurrensutsatta. Under senare år har det globalt sett skett en avreglering och liberalisering av flygtrafikmarknaden, vilket lett till en markant ökning av samarbeten i olika former mellan internationella flygbolag. I huvudsak består dessa samarbeten av allianser, joint ventures och företagssamgåenden. Då kommissionen skall definiera den relevanta marknaden i dessa ärenden tas utgångspunkt i eventuella kunders perspektiv, en så kallad avfärds- och destinationsutgångspunkt (origin and destination approach). Kommissionen tar i dessa ärenden särskild hänsyn till de berörda företagens marknadsposition på den relevanta marknaden och till förekomsten av allvarliga marknadshinder för konkurrenterna (marknadsdominans). Kommissionen menar att samarbeten inom denna typ av marknader riskerar att leda till en eliminering av konkurrensen, varför man är särskilt intresserad av detta område. Det anses finnas en stark ekonomisk koppling mellan storleken på flygtrafikmarknaden och de där agerande företagen.¹⁰⁹

5.1.2 Den relevanta geografiska marknaden

I ett flertal gemenskapsakter vilka är knutna till de grundläggande konkurrensreglerna i EGF anges följande definition av den relevanta geografiska marknaden:

*”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från avgränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.”*¹¹⁰

När de berörda företagens respektive marknadsandelar skall beräknas måste den geografiska marknaden där företagen agerar först identifieras. Här skall alla de konkurrenter inkluderas i bedömningen vilka skulle kunna begränsa koncentrationens uppträdande på marknaden. Dessa konkurrenter kan finnas både inom och utanför den omedelbara marknaden där de deltagande företagen till koncentrationen agerar eller säljer sina produkter. Kommissionen skall i sin bedömning även ta hänsyn till både konkurrenters och konsumenters benägenhet och förmåga att förflytta sig från och till olika marknader. Den relevanta geografiska marknaden inkluderar således både faktiska och potentiella konkurrenter.

¹⁰⁹ Industry dialogue on air transport policy. Explanatory questionnaire on selected Airline alliances and merger competition assessment issues, s. 2.

http://www.europa.eu.int/comm/competition/general_info/airline/eu.pdf.

¹¹⁰ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, punkt 8.

Ett av många problem som uppstår vid en bestämning av den relevanta geografiska marknaden är frågan om möjlighet till inträde på den marknad där de berörda företagen agerar. Den geografiska marknaden bestäms på grundval av en analys av rimlig utbytbarhet av varor, vilket inkluderar de områden där konkurrenter finns som har möjlighet att producera utbytbara varor till de som produceras av de samgående företagen.¹¹¹

I praktiken finns två alternativa sätt att göra en uppskattning av den relevanta geografiska marknaden. För det första är det möjligt att utgå ifrån och särskilja de producenter vilka agerar på andra marknader än de samgående företagen. En undersökning görs av deras möjlighet att konkurrera med koncentrationen, på kort sikt, på den senares marknad. Den andra möjligheten är att utgå ifrån den marknad där de berörda företagen agerar och undersöka de marknadsstrukturer som finns där. Syftet är enligt detta alternativ att utreda huruvida dessa strukturer ger upphov till betydande hinder för marknadstillträde för producenter på mer avlägsna marknader. Kommissionen tenderar att använda sig av den senare av dessa metoder.¹¹²

Vid fastställandet av den relevanta geografiska marknaden för en företagskoncentration intar kommissionen ett framåtblickande tidsperspektiv. Utgångspunkten för identifieringen av den geografiska marknaden är kommissionens första uppskattning av de deltagande företagen till koncentrationens marknadsandelar i förhållande till deras konkurrenter. Man gör även en uppskattning av den existerande prissättningen och prisskillnaden på dels den nationella marknaden och den inom gemenskapen. Avgörande för hur den geografiska marknaden avgränsas är de berörda företagens kunders möjlighet och benägenhet att anlita konkurrerande företag inom ett annat geografiskt område till en inte alltför hög kostnad och dessutom inom en överskådlig framtid.¹¹³ Man talar här om en uppskattning av ett geografiskt område där producenter kan konkurrera effektivt.

5.1.3 Den relevanta produktmarknaden

Den relevanta produktmarknaden innefattar, enligt kommissionen, alla de varor och tjänster vilka kan anses substituerbara av konsumenter med hänsyn till produktens egenskaper, pris och användningsområde.¹¹⁴ Nyckelbegreppet då kommissionen skall definiera den relevanta produktmarknaden är således substituerbarhet. En viktig komponent i vissa fall är de egenskaper den aktuella branschen uppvisar. Detta innefattar de

¹¹¹ Jones, González-Díaz, s. 117f.

¹¹² Jones, González-Díaz, s. 118.

¹¹³ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, punkt 28f.

¹¹⁴ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, punkt 7.

produkter och tjänster som finns där men även hur väl avgränsad branschen är tas med i bedömningen.¹¹⁵

Svårigheten med att bestämma den relevanta produktmarknaden för ett företag är att avgöra vilka produkter som skall anses ingå på denna marknad. Det krävs först och främst en definition av de produkter som i tillräcklig mån skulle kunna ersätta de produkter de berörda företagen erbjuder på marknaden. Detta kräver att produkterna i fråga inte behöver vara utbytbara med andra produkter och att denna identifiering inte endast utgår ifrån produkternas egna egenskaper utan man tar även hänsyn till marknadens konkurrensvillkor och till utbuds- och efterfrågestrukturer. Kommissionen godtar inte en definition av produktmarknaden där man endast tar hänsyn till den potentiella utbytbarheten mellan två produkter i form av deras funktionella egenskaper. Fokuseringen ligger i stället på den benägenhet konsumenter i allmänhet har att byta produkt då en liten men betydelsefull höjning av priset på den ursprungliga produkten görs.¹¹⁶

Förstainstansrätten har fastställt att man vid identifieringen av den relevanta produktmarknaden måste ta hänsyn till och beakta hela det ekonomiska sammanhanget i fallet. En bedömning skall göras av de berörda företagens faktiska ekonomiska styrka.¹¹⁷

5.1.4 Oligopolistiska marknadsstrukturer¹¹⁸

Förstainstansrätten menade i ovan nämnda *Airtours* fallet att

*”om ingen betydande förändring på den rådande konkurrensen sker, skall koncentrationen tillåtas, eftersom den då inte medför några konkurrensbegränsande resultat. Den grad av konkurrens som råder på den relevanta marknaden vid tidpunkten för anmälan av koncentrationen är således en faktor som är avgörande för att vid tillämpning av förordning nr 4064/89 bedöma huruvida en kollektiv dominerande ställning skapas”.*¹¹⁹

Den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer kommer troligen inte påverka denna bedömning av kommissionens bedömning av anmälda koncentrationer.

I kommissionens beslut angående *Nordic Satellite Distribution*¹²⁰ skapades eller förstärktes en dominerande ställning på tre marknader av det anmälda joint venture-avtalet. Kommissionen försökte definiera framtida marknadsstrukturer på vad de ansåg en dynamisk marknad eftersom

¹¹⁵ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, punkt 25.

¹¹⁶ Cook, Kerse, s. 136.

¹¹⁷ Mål T-342/99, para. 20.

¹¹⁸ Med en oligopolistisk marknad avses en marknadsstruktur med ett fåtal stora företag. Eftersom ett företags beteende har en betydande inverkan på marknadsvillkoren som helhet, och därmed indirekt på situationen för de övriga företagen, är oligopolistiska företag beroende av varandra.

¹¹⁹ Mål T-342/99, para. 82.

¹²⁰ Ärende IV/M.490, *Nordic Satellite Distribution*, [1996].

liberalisering och avreglering var att vänta. Efter en djupare undersökning av ansökan kom kommissionen fram till att denna marknad troligen skulle tjäna på ett samarbete av detta slag, men det ansågs samtidigt att förslaget måste omarbetas och modifieras. Detta beslut stämmer väl överens med de slutsatser vilka hittas i kommissionens skäl till förslaget till den nya koncentrationsförordningen. En mängd oligopolistiska marknader ingår i en fungerande marknad där det råder en effektiv konkurrens genom att de företag som finns där utövar ett visst konkurrenstryck på varandra. Det förekommer dock att ett samgående mellan företag på en sådan marknad kan medföra att detta konkurrenstryck upphör, vilket i förlängningen skulle kunna innebära negativa konsekvenser för konsumenterna och kunder.

Kommissionen har nu fastställt att begreppet dominerande ställning i koncentrationsförordningen även skall innefatta de förändringar i form av en koncentration som sker på en oligopolistisk marknad såvida denna förändring innebär en negativ inverkan på konkurrensen.¹²¹ Detta följer även kommissionens beslut i ärendet *Nestlé/Perrier*¹²² där man fastslog att gemenskapens koncentrationskontroll även omfattar företag med en kollektiv dominerande ställning på en oligopolistisk marknad.

I enlighet med den ekonomiska teorin anser sig kommissionen ha en möjlighet att förbjuda en koncentration som förstärker en oligopolistisk karaktär på marknaden eftersom detta innebär att konkurrensen, under vissa villkor, inte fungerar tillräckligt tillfredsställande på en oligopolistisk marknad.¹²³

5.2 Substantestet i konkurrensanalysen

5.2.1 Dominanestet

Artikel 2 i koncentrationsförordningen anger de kriterier kommissionen använder sig av vid fastställandet av en koncentrations eventuella dominerande ställning på den relevanta marknaden och hur en bedömning av en koncentration skall göras. Sedan 1989 då koncentrationsförordningen antogs har denna bedömning byggts på principen om att en koncentration skall bedömas utifrån kriteriet *dominerande ställning* på marknaden. Förutom en identifiering av den relevanta marknaden för de berörda företagen och den eventuella bedömningen av en oligopolistisk marknadsstruktur, vilka redovisats för ovan, måste kommissionen påvisa en dominerande ställning på denna marknad. Vad gäller företagskoncentrationer under gemenskapens koncentrationsförordning måste kommissionen dessutom visa att denna dominerande ställning har förstärkts eller skapats genom koncentrationens skapande. Om det inte kan

¹²¹ Förslaget, skäl 21.

¹²² Ärende IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, [1992].

¹²³ Förenade mål C-68/94 & C-30/95, *Frankrike ./. Kommissionen*, [1998] REG I-1375, punkt 162.

visas att en betydande förändring av den rådande konkurrensen sker, skall den anmälda koncentrationen tillåtas. Naturligtvis räcker det inte med att en dominerande ställning kan konstateras, kommissionen måste även kunna visa att denna ställning medför att den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt hämmas, konkurrenstestet.

Enligt Förstainstansrätten i *Gencor* fallet definieras dominerande ställning som

*”en situation där en eller flera företag har sådan ekonomisk makt att de kan förhindra bibehållandet av en effektiv konkurrens på den ifrågavarande marknaden på grund av att de har möjlighet att i betydande omfattning uppträda utan att ta hänsyn till sina konkurrenter, kunder och slutligen konsumenter.”*¹²⁴

Kommissionen använder sig således av det så kallade *dominanstestet*, vilket i princip sammanfaller med den definition som hänvisats till ovan, för att avgöra en koncentrations dominerande ställning på marknaden under artikel 2.3 (nya artikel 2.4). Det dominanstest som görs under koncentrationsförordningen innebär i praktiken ett kumulativt tvåstegstest där kommissionen undersöker förekomsten av ett skapande eller en förstärkning av en dominerande ställning. Därefter följer en kontroll av huruvida denna dominans medför att den effektiva konkurrensen snedvrids på den gemensamma marknaden eller på en väsentlig del av den. Betydelsen av detta är att då potentiella negativa konkurrenseffekter på marknaden befaras, det även måste ha förelegat en förstärkning eller ett skapande av en dominerande ställning för att koncentrationen skall förbjudas. En annan innebörd är vidare att ett skapande eller en förstärkning av en dominerande ställning är en nödvändig men inte en tillräcklig förutsättning för att den effektiva konkurrensen skall anses ha satts ur spel.

I ett nyligen avgjort ärende gällande ett joint ventures förenlighet med den gemensamma marknaden utförde kommissionen endast ett dominanstest. Eftersom det visade sig att det gemensamma företaget inte skulle få en dominerande ställning på marknaden fanns ingen anledning att även undersöka en eventuell snedvridning av konkurrensen. Ärendet gällde ett joint venture på marknaden för IT-lösningar för container terminaler. Företagen Maersk Data och Eurogate IT hade för avsikt att skapa det gemensamma företaget Global Transport Solutions. Kommissionen förklarade företaget förenlig med den gemensamma marknaden eftersom man ansåg att det fanns tillräckligt många etablerade konkurrenter på samma marknad och att produktens potentiella kunder även kunde agera som konkurrenter på den vertikala marknaden. Det var dessutom troligt att dessa kunde söka sig till andra oberoende konkurrenter. Kommissionen ansåg det även möjligt för kunderna att själva verka inom vissa delar av produktionsledet eller alternativt vända sig till andra tillverkare på marknaden. Slutsatsen blev att det gemensamma företaget inte skapade eller

¹²⁴ Mål T-102/96, *Gencor ./. Kommissionen*, [1999] REG II-753, punkt 200.

förstärkte en dominerande ställning och att det inte heller förelåg ett samordnat beteende (se vidare om detta begrepp i kapitel 6.4) mellan moderbolagen.¹²⁵

Dominansen utgör ett strukturellt kriterium vilket inte ensamt kan utgöra grunden för ett kommissionsbeslut över en önskad eller icke-önskad sammanslagning. En dominerande ställning innebär inte *per definition* en snedvridning av konkurrensen. För att en koncentration skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden krävs en identifiering av koncentrationens negativa effekter på konkurrensen, en behavioristisk analys. Generellt kan dock sägas att en dominerande ställning ofta leder till en snedvridning av konkurrensen. Kommissionen har nämligen menat att det endast är i undantagsfall som en sådan snedvridning inte nödvändigtvis sker då en dominerande ställning uppstår.¹²⁶ Det skall dock påpekas att kommissionen i regel utgår ifrån, presumerar, att en koncentrations dominerande ställning medför en snedvridning av konkurrensen.¹²⁷

EGD har i det så kallade *Kali und Salz* fallet¹²⁸ fastslagit att även *kollektiv* dominerande ställning skall omfattas av koncentrationsförordningen. Detta fall fastställer det tidigare nämnda *Nestlé/Perrier* beslutet från kommissionen. En kollektiv dominerande ställning uppkommer då en koncentration inom en viss sektor hotar att förstärka eller skapa en dominerande ställning på en oligopolistisk marknad. Till skillnad från fall där en dominerande ställning innehas av ett ensamt företag, är det här fråga om att alla de berörda företagen till koncentrationen och dessutom de företag som ingår i den identifierade oligopolistiska marknadsstrukturen tillsammans skapar en dominerande ställning.¹²⁹

Kommer kommissionen fram till att en koncentration leder till ett skapande eller en förstärkning av en dominerande ställning kan den ändå godkännas, enligt artikel 6.2, under förutsättning att de berörda företagen tillgodoser av kommissionen beslutade villkor eller ålägganden för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.¹³⁰

I rättspraxis har man fastslagit tre villkor vilka måste vara uppfyllda för att en kollektiv dominerande ställning skall anses vara för handen:

1. De företag som ingår i det dominerande oligopolet måste på ett realistiskt sätt kunna få kännedom om de övriga berörda företagens

¹²⁵ Ärende IV/M.3097, *Maersk Data/Eurogate IT/Global Transport Solutions*.

Pressmeddelande IP/03/369, 13.03.2003. Se <http://www.europa.eu.int>.

¹²⁶ Ärende IV/M.53, *Aerospetiale-Alenia/De Havilland*, [1992], punkt 72. Kommissionen menade att dessa undantagsfall kan vara att den dominerande ställningen endast är tillfällig och dessutom kan försvagas genom att konkurrenter har möjlighet till marknadstillträde.

¹²⁷ Bergman, M., Carlsson, K., Holgersson, J.: *EU-kommissionens förslag till "Horizontal Merger Guidelines*, s. 6.

¹²⁸ Mål C-68/94 & C-30/95.

¹²⁹ Cook, Kerse, s. 168.

¹³⁰ Se t.ex. Ärende COMP/JV.56, *Hutchison/ECT* [2001].

agerande. Detta är en förutsättning för att företagen skall ha möjlighet att kontrollera huruvida varje företags strategi följer den gemensamma linjen.

2. Vidare måste det föreligga en tyst samordning på en varaktig basis mellan de inblandade företagen. Det måste finnas incitament för företagen att inte frångå den gemensamma handlingslinjen på den marknad där man agerar, ett parallellt beteende. De incitament som vanligen förekommer är i form av sanktionsmekanismer inbyggda i den "avtalade" samordningen.
3. Avslutningsvis ankommer det på kommissionen att visa att de faktiska och potentiella konkurrenternas och konsumenternas förutsedda reaktioner inte skulle motverka den gemensamma strategins emotsedda verkningar.¹³¹

Samtidigt som kommissionen har en stark bevisbörda för att en koncentration skall förbjudas på grund av att den skulle skapa en kollektiv dominerande ställning godkänns en skönmässig bedömningen av de ekonomiska aspekterna i enlighet med artikel 2.1b.¹³²

5.2.2 Definition av dominerande ställning under den nya förordningen

Koncentrationsförordningens materiella regler i artikel 2 föreskriver att ett dominantest först skall utföras av kommissionen vid bedömningen av huruvida den anmälda koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden. I kommissionens Grönbok om översynen av koncentrationsförordningen efterlystes en debatt om för- och nackdelarna med detta test för att avgöra en koncentrationens dominerande ställning. Tanken var att en jämförelse av användandet av dominantestet och det så kallade "SLC-testet" ("substantive lessening of competition"), vilket används i andra jurisdiktioner, skulle göras. Det senare testet grundar sig på begreppet märkbar begränsning av konkurrensen.¹³³ Man är följaktligen inte beroende av att identifiera en koncentrationens eventuella dominerande ställning på marknaden. Vilket av de två substanstester som skall användas i kommissionens kontroll av företagskoncentrationer är av naturliga skäl ett ämne för debatt.

Begreppet dominerande ställning inom gemenskapsrätten inbegriper både kollektiv dominerande ställning, det vill säga då ett flertal företag agerar som ett enda på en marknad genom ett samordnat beteende, och ensam dominerande ställning. Frågan nu är dock om begreppet även omfattar fall där företag, oberoende av varandra, allvarligt snedvrider konkurrensen trots att en dominerande ställning inte kan konstateras.

¹³¹ Mål T-342/99, para. 62.

¹³² Mål T-342/99, para. 64.

¹³³ Grönboken, punkt 159f.

De olika ståndpunkterna i debatten kan sammanfattas enligt följande. För det första skulle ett användande av SLC-testet inom gemenskapen innebära en anpassning till en global norm och det skulle då vara lättare för parterna till koncentrationen att redan på förhand kunna bedöma de eventuella konkurrensproblem som uppstår i och med transaktionen eftersom man inte behöver ta hänsyn till olika bevekelsegrunder inom olika jurisdiktioner. För det andra har det hävdats att SLC-testet bättre överrensstämmer med den ekonomiska teorin och att det dessutom är mer flexibelt än dominanstestet.

Dominanstestet har dock använts under en längre tidsperiod och den rättspraxis som vuxit fram genom åren innebär att en övergång till SLC-testet medför vissa rättsosäkerhetsproblem för de berörda företagen. Det har även från kommissionens håll påpekats att dominanstestet fungerat väl och kunnat anpassas till den utveckling som skett på koncentrationsområdet. Det har dessutom visat sig att det finns många materiella likheter mellan de två testen. Vid tillämpningen av dem sker analysen av en koncentration i princip på samma sätt. De innehåller båda en bedömning av den relevanta marknaden samt hur den anmälda koncentrationen kan komma att påverka denna marknad och vilka konkurrensbegränsningar som kan väntas.¹³⁴

Man har dock frågat sig huruvida det nuvarande dominanstestet har möjlighet att upprätthålla en effektiv kontroll av specifika oligopolsituationer. Problem kan särskilt uppstå i de fall då de samgående företagen har möjlighet att höja priserna och därmed utöva ett stort marknadsinflytande utan en samordning av beteenden och utan att nödvändigtvis ha den största marknadsandelen. SLC-testet kan ge en mer effektiv kontroll i dess situationer.¹³⁵ Detta beror på att gemenskapens dominanstest fokuserar på en koncentrations dominerande ställning, medan SLC-testet i stället lägger större vikt vid de samgående företagens eventuella begränsning av konkurrensen på den relevanta marknaden. Innebörden av denna skillnad är främst att en dominerande ställning inte är en förutsättning för att en snedvridning av konkurrensen anses vara för handen enligt SLC-testet. Kommissionen måste dock enligt förordningen först visa att en dominerande ställning skapas eller förstärks innan man kan fastställa en koncentrations oförenlighet med den gemensamma marknaden. EGD har dock inte uteslutit en användning av dominanstestet vid oligopolsituationer där inget företag innehar en sådan dominerande ställning.¹³⁶

Kommissionens slutsats är att det nu tillämpade dominanskriteriet trots allt även skall användas i framtiden. De krav som har ställts på en större internationell överrensstämmelse har tillgodosetts utan att en harmonisering av reglerna har varit nödvändig. Sedan 1989, då koncentrationsförordningen antogs, har kommissionen använt sig av dominanstestet och det har visat sig effektivt när det gäller att undvika potentiella konkurrensproblem. EGD har

¹³⁴ Grönboken, punkt 160ff.

¹³⁵ Förslaget, punkt 53.

¹³⁶ Förslaget, punkt 54.

dessutom visat en benägenhet att tolka dominanstestet teleologiskt (enligt dess ändamål) under koncentrationsförordningen. I det så kallade *Kali und Salz* fallet menade domstolen att koncentrationsförordningen, till skillnad från artikel 81 och 82 EGF, är tillämplig på

”samtliga koncentrationer med en gemenskapsdimension för det fall dessa, med avseende på sina verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen, kan visa sig vara oförenliga med den ordning som i enlighet med fördraget skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. ... Om det skulle godtas att förordningen enbart var tillämplig på koncentrationer som skapar eller förstärker en dominerande ställning som intas av parterna i koncentrationen, skulle därför ändamålet med förordningen ... delvis motverkas. Förordningen skulle i så fall förlora en icke obetydlig del av sin ändamålsenliga verkan, utan att detta är nödvändigt med hänsyn till den allmänna systematiken i gemenskapens bestämmelser om kontroll av företagskoncentrationer.”¹³⁷

Domstolens uttalande i fallet torde innebära att gemenskapens dominanstest inte utesluter en tillämpning av det på situationer där en dominerande ställning inte kan påvisas. Enligt domstolen ligger fokus på den eventuella snedvridningen av konkurrensen inom gemenskapen som en koncentration kan ge upphov till. Vidare innebär detta att domstolens tolkning av förordningen ger vid handen att för att dess ändamål skall efterlevas, det ibland kan krävas ett kringgående av kravet på ett skapande eller ett förstärkande av en dominerande ställning. Kommissionen har tagit fasta på EGD:s uttalande i fallet och menar att man därmed funnit en lösning på de problem som annars kan uppkomma vid ett strikt användande av dominanstestet.¹³⁸ Fallet gällde, vilket påpekats ovan, frågan om en kollektiv dominerande ställning. Domstolen menade att då förordningen inte klart föreskriver att den inte är tillämplig på dessa fall, en tolkning måste göras utifrån ändamålen med förordningen tillsammans med de övergripande målen i gemenskapens fördrag. Eftersom domstolen härmed öppnat för en teleologisk och friare tolkning av koncentrationsförordningen är det inte omöjligt att man även i framtiden kommer att förhålla sig mer liberal gällande nya, icke reglerade, situationer på området.

Enligt kommissionen kan horisontella koncentrationer medföra en snedvridning av konkurrensen i framför allt tre typer av situationer. Genom att skapa eller förstärka en överlägsen marknadsposition kan en koncentration agera på den relevanta marknaden oberoende av kunder och faktiska eller potentiella konkurrenter. På en oligopolistisk marknad kan konkurrensen hämmas genom att det tidigare existerande konkurrenstrycket minskas markant. Slutligen kan en koncentration medföra en ökad risk för ett samordnat beteende¹³⁹ mellan företagen i ett monopol.¹⁴⁰

¹³⁷ Mål C-68/94, punkt 170f.

¹³⁸ Förslaget, punkt 53f.

¹³⁹ Se vidare om detta begrepp i kapitel 6.4.

¹⁴⁰ Kommissionens utkast till tillkännagivande om bedömningen av horisontella koncentrationer, punkt 11.

Syftet med denna uppräkningslista tycks vara att dels ge uttryck för då en dominerande ställning ofta är aktuell, dels att närmare ge en förklaring till hur kommissionen bedömer problematiken kring begreppet dominerande ställning vad gäller företagskoncentrationer. Jag kommer i det avslutande analyskapitlet närmare undersöka huruvida kommissionen verkligen lyckats i sitt uppsåt och då framför allt i jämförelse med SLC-testet.

Kommissionen har i förslaget till ny koncentrationsförordning menat att ett klagorande av definitionen av dominerande ställning är nödvändigt.¹⁴¹ Man inför därför en ny artikel 2.2:

”Vid tillämpning av denna förordning skall ett eller flera företag anses ha en dominerande ställning om de med eller utan samordning har ekonomisk styrka att märkbart och varaktigt påverka konkurrensparametrarna, särskilt priser, produktion, produktionskvalitet, distribution eller innovation eller att märkbart avskärma konkurrensen.”

Genom införandet av denna artikel har man givit begreppet dominerande ställning en autonom tolkning i koncentrationsförordningen, skild från begreppets definition under artikel 82 EGF. Man undviker därmed möjligheten för en framtida omdefiniering av begreppet i EGD, inte endast i fråga om tolkningen under koncentrationsförordningen. EGD:s tolkning av begreppet i enlighet med EGF kommer inte heller att påverka definitionen av begreppet under förordningen. Definitionen i förordningen följer således den rätts- och beslutspraxis som vuxit fram under åren. Avsikten med detta klagorande är att öka fokuseringen på de ekonomiska verkningarna av en koncentration.¹⁴²

Eftersom kommissionen följt den praxis som finns på området för kontrollen av koncentrationer vid införandet av definitionen av dominerande ställning i den nya förordningen, är konsekvenserna för tillämpningen av förordningen begränsad. För de berörda företagen är klagorandet naturligtvis en fördel. Vid en prognos över den anmälda koncentrationens potentiella verkningar på konkurrensen kan man numera lättare förutse kommissionens bedömning av just detta kriterium. En kodifiering av praxis är som huvudregel alltid att föredra. Rättsäkerheten för de berörda parterna ökar och utrymmet för en godtycklig tillämpning av dominanskriteriet minskar markant.

Genom att behålla dominanstestet för gemenskapens kontroll av företagskoncentrationer har man i stort följt tidigare nämnda praxis och på så sätt underlättat för de stater och företag vilka redan inordnat sitt kontrollsystem respektive sin verksamhet mot denna praxis. För de anslutande medlemsstaterna som redan harmoniserat sin lagstiftning vad gäller kontrollen av företagskoncentrationer är det även lämpligt att behålla det nuvarande testet. Det skulle inte heller vara helt friktionsfritt att införa SLC-testet i gemenskapsrätten eftersom det senare bygger på en annan

¹⁴¹ Förslaget, punkt 55.

¹⁴² Förslaget, not 18.

rättslig kultur och begreppsanvändning. Det skulle dessutom kunna medföra en rättslig osäkerhet under en längre övergångsperiod. På grund av de stora ekonomiska belopp som är i omlopp vid dessa transaktioner och den risk en koncentration innebär för de inblandade företagen är en sådan osäkerhet särskilt påtalande. Kommissionens förslag att behålla den nuvarande ordningen hindrar dock inte att man gör en mer dynamisk tolkning av dominantestet och av konkurrensanalysen i koncentrationsärenden. Det borgar även för en möjlighet för företagen att i större mån bygga sitt försvar på hänvisning till de förväntade effektivitetsvinster koncentrationen kan komma att medföra.

I den debatt som följt kommissionens förslag till ny koncentrationsförordning och då särskilt den debatt gällande för- och nackdelar med de huvudsakliga två substanstestet som används inom konkurrensrätten har det påpekats att kommissionen visat på en omvändning i fråga om vilka kriterier man tar fasta vid i analysen i koncentrationsärenden. Det har hävdats, att trots bevarandet av dominantestet, en tydlig policyförändring gjorts mot en mer utpräglat fokusering på konkurrens effekterna på bekostnad av dominantestet.¹⁴³ Man menar att kommissionen tenderar att i koncentrationsärenden lägga störst vikt vid huruvida koncentrationen kan komma att medföra en snedvridning av konkurrensen. Innebörden av detta är således en övergång till en mer liberal inställning till vikten av dominerande ställning i konkurrensanalyserna och därmed en större hänsynstagande till koncentrationens faktiska påverkan på konkurrensen i enlighet med SLC-testet.

Andra menar dock att kommissionen faktiskt förstärkt betydelsen av dominans kriteriet genom att man i den nya förordningen infört den ovan nämnda definitionen i artikel 2.2.¹⁴⁴ I denna definition ingår inte endast en renodlad hänvisning till vad som utgör en dominerande ställning, även det så kallade skaderekvisitet, vilket används under SLC-testet, har uttryckligen angivits som en del av den bedömning kommissionen gör i sin konkurrensanalys av koncentrationsärenden. Det är framför allt angivandet av detta kriterium som utgör skillnaden mellan dominansbegreppet under koncentrationsförordningen och den dominerande ställning som används vid tillämpningen av artikel 82 EGF. Definitionen i den nya förordningen följer av ett nödvändigt särskiljande mellan primärrätten och den sekundärrätt som utgörs av koncentrationsförordningen i detta fall. Här märks även en markant skillnad mellan de två regelsystemen där koncentrationsförordningen bygger på en framtida analys av eventuella konkurrens effekter medan EGF:s konkurrensregler utgår ifrån en "historisk" analys av en redan inträffad och konstaterad snedvridning av konkurrensen.

¹⁴³ Bergman m.fl., s. 7.

¹⁴⁴ Lidgard, Hans Henrik: *Dominans- eller skaderekvisit*, s. 7.

Då koncentrationsförordningen sätter fokus på en framtida dominerande ställning och en potentiell konkurrensskada kan berörda parter i vissa fall visa på koncentrationens positiva effekter för konsumenterna i form av rejäla effektivitetsvinster. Frågan om vilken hänsyn kommissionen tar till just effektivitetsfrämjande effekter av en koncentration är aktuell vid tillämpningen av dominanstestet. Dominanstestet ger inte samma möjlighet till sådana hänsyn som SLC-testet skulle göra.

Eftersom man önskar behålla dominanstestet vid bedömningen av en koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, krävs möjligen en uttrycklig hänvisning till effektivitetsvinster i förordningen. Kommissionen menar dock att effektivitetsvinster redan rättsligt kan bedömas under dominanstestet och att det dessutom kan utläsas ur artikel 2.1b koncentrationsförordningen där det sägs att kommissionen skall beakta *”utvecklingen av tekniska och ekonomiska framåtskridanden, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör hinder för konkurrensen”*. Kommissionen har möjlighet att, på grund av uppvisade effektivitetsvinster, förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden och att den således inte skapar eller förstärker en dominerande ställning vilken skulle snedvrída konkurrensen. Man menar att dessa effektivitetsvinster ger incitament för koncentrationen att verka konkurrensfrämjande.¹⁴⁵

Kritik mot ett större hänsynstagande till företagskoncentrationers potentiella effektivitetsvinster är att man på detta sätt öppnar för en mer industrivänlig policy vad gäller kontrollen av koncentrationer.¹⁴⁶ Den bakomliggande tanken med gemenskapens konkurrenslagstiftning och här den kontroll som sker av företagskoncentrationer är att öka välfärden för konsumenterna. Det är främst de som drabbas av en icke fungerande marknad och en snedvrída konkurrens i form av bland annat prishöjningar och sämre produktutbud. Genom att medge en större hänsyn till effektivitetsvinster kan kanske konsumenters och andra intressenters intressen hamna längre ner på prioriteringslistan. Kommissionen har dock menat att påstådda effektivitetsvinster måste vara till direkt nytta för konsumenterna för att godtas och att berörda företag dessutom måste bifoga en förklaring till hur koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden. Fördelarna måste vara betydande och snabbt kunna förverkligas.¹⁴⁷

Ett joint venture är ett bra exempel på ett samarbete som skulle kunna rättfärdigas genom hänsyn till uppkommande effektivitetsvinster. Genom ett bildande av ett nytt företag för utveckling av till exempel en ny produkt får konsumenterna tillgång till nya varor och tjänster på marknaden. Även samarbeten inom FoU kommer sannolikt konsumenterna till godo i form av förädlade produkter och framsteg inom olika delar av industrin.

¹⁴⁵ Kommissionens utkast till tillkännagivande om bedömningen av horisontella koncentrationer, punkt 88.

¹⁴⁶ Rivas, s.12.

¹⁴⁷ Kommissionens utkast till tillkännagivande om bedömningen av horisontella koncentrationer, punkt 89.

Problemet vad gäller bedömningen av påståenden om effektivitetsvinster är framför allt svårigheten att genomföra en tillräckligt trovärdig prognos om framtida utfall av en koncentration. Det är naturligtvis parterna till koncentrationen som måste kunna visa att dessa effektivitetsvinster kan förväntas och att den aktuella koncentrationen ger upphov till dessa.

Inom en snar framtid kommer kommissionens särskilda avdelning för kontrollen av koncentrationsärenden (MTF) att försvinna.¹⁴⁸ Tanken är att även företagskoncentrationer skall bedömas av de personer inom organisationens generaldirektorat som i nuläget endast handhar ärenden under EGF:s konkurrensregler (antitrust). Nuvarande MTF kommer att integreras i organisationen men en mindre enhet för företagskoncentrationer kommer dock att behållas eftersom man anser att detta bidrar till en mer effektiv och samordnad kontroll. Hela omorganisationen planeras vara genomförd i maj 2004 då koncentrationer kommer att handläggas av fem sektorspecifika direktorat.

Bedömningen som görs av koncentrationer kan möjligtvis komma att förändras något då de begrepp som används inom de olika regelsystemen inte definieras på samma sätt. Redan nu har ordningen i koncentrationsärenden kritiserats för den processuella obalansen mellan berörda parter å ena sidan och kommissionen å den andra. Denna obalans har skapats genom att kommissionen intar en roll dels som utredare, dels som beslutsfattare.¹⁴⁹ Problematiken runt detta och kommissionens tillämpning av dominantestet i förhållande till det alternativa SLC-testet kommer att behandlas ytterligare i det avslutande analyskapitlet nedan.

¹⁴⁸ Pressmeddelande IP/03/603: *Kommissionen omorganiserar konkurrensavdelningen inför utvidgningen*, Bryssel den 30 april 2003. Se <http://www.europa.eu.int>.

¹⁴⁹ Lidgard, Hans Henrik: *Ändrad koncentrationsbedömning*, s. 6.

6 Självtändigt fungerande gemensamma företag

6.1 Inledande anmärkningar

I den första koncentrationsförordningen från 1989 föll en mängd gemensamma företag utanför dess tillämpningsområde. Kommissionen använde sig då av (nuvarande) artikel 81 och 82 EGF för att komma åt joint ventures vilka kunde skapa eller förstärka en dominerande ställning på marknaden. Detta tillvägagångssätt hade fastslagits av EGD i fallet *Continental Can*. Man lade vikt vid huruvida ett joint venture var koncentrativt eller kooperativt. Ett koncentrativt joint venture bedömdes under koncentrationsförordningen medan kommissionen tillämpade konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 EGF på kooperativa joint ventures.¹⁵⁰

Efter de ändringar av förordningen som gjordes 1998 utvidgades koncentrationsförordningen till att omfatta alla de typer av gemensamma företag som kunde betecknas som självtändigt fungerande.¹⁵¹ Definitionen av ett självtändigt fungerande gemensamt företag är att företaget i fråga har finansiella resurser, arbetskraft och nödvändiga tillgångar för att kunna operera på marknaden under en inte alltför kort, överskådlig tid. Vidare måste företaget ha möjlighet att fungera som en självtändig ekonomisk enhet.

Anledningen till att man ändrat reglerna för joint ventures på detta sätt är att ett självtändigt fungerande gemensamt företag har en liknande strukturell effekt på marknaden som ett företagssamgående, oavsett om moderbolagen finns kvar på samma eller på en närliggande marknad.¹⁵² Den vanligaste typen av självtändigt fungerande gemensamma företag finns inom telekommunikations- och den civila flygplanssektorn. På senare tid har dock denna typ av samarbetsform ökat inom andra sektorer och marknader, till exempel inom den traditionella tillverkningsindustrin.

Ett självtändigt fungerande gemensamt företag skall förhandsanmälas till kommissionen enligt koncentrationsförordningen på samma sätt som andra koncentrationer och kommer då också behandlas enligt förordningens procedurregler. Den eventuella kooperativa delen av företaget behandlas dock enligt EGF:s konkurrensregler, men de processuella reglerna i förordning 17/62 är inte tillämpliga.

¹⁵⁰ Cook, Kerse, s. 5.

¹⁵¹ Grönboken, punkt 114.

¹⁵² Cook, Kerse, s. 6.

Vidare anges i (nya) artikel 3.5 att ett gemensamt företag, vilket på en ”varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner” skall vara att anse som en koncentration i enlighet med artikel 3.1b. Detta innebär att de joint ventures som faller in under förordningens tillämpningsområde utgörs av koncentrationer, vilka uppstått genom ett förvärv av gemensam kontroll. I kommissionens förslag till den nya koncentrationsförordningen har inte mycket ändrats vad gäller denna del. Det krävs ytterligare erfarenhet på området för att man skall kunna göra en relevant och detaljerad utvärdering av bestämmelsen.¹⁵³

I kommissionens tillkännagivande om definitionen av vad som utgör ett självständigt fungerande gemensamt företag ges viss vägledning om hur kommissionen kan komma att bedöma ett joint venture. Detta är inte endast till hjälp för MTF och andra utredningsavdelningar inom kommissionen. Även berörda företag har ett intresse av att på förhand kunna göra en meningsfull analys av hur deras ärende kan komma att bedömas av kommissionen efter en anmälan. Det skall dock understrykas att kommissionens tillkännagivanden inte är bindande,¹⁵⁴ men är ändå viktig som indikator för kommissionens inställning i denna typ av ärenden.

6.2 Kommissionens bedömning

I samband med att koncentrationsförordningen uppdaterades genom rådets förordning (EG) nr 1310/97 utgav kommissionen även ett tillkännagivande om hur begreppet självständigt fungerande gemensamma företag (eng. ”full-function joint ventures”) skall tolkas i enlighet med koncentrationsförordningen artikel 3. I och med denna förändring övergav man den tidigare ovan nämnda indelningen av joint ventures i kooperativa och koncentrativa för avgörande av vilka gemenskapsregler som var tillämpliga.

För att ett joint venture skall falla in under koncentrationsförordningens tillämpningsområde krävs att de uppfyller de krav artikel 3.1 uppställer för definitionen av en koncentration. Följaktligen gäller samma kriterier för joint ventures som för vilken annan koncentration som helst under förordningen. En koncentration uppstår då en eller flera transaktioner medför en varaktig strukturförändring i de berörda företagen. Detta medför ofta en förändring på den marknad där de agerar. En omstrukturering av de relevanta marknaderna är förenlig med den gemensamma marknaden så länge den inte skapar eller förstärker en dominerande ställning. Koncentrationsförordningens (nya) artikel 3.5 angående (självständigt fungerande) gemensamma företag lyder:

”Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner skall utgöra en koncentration”

¹⁵³ Grönboken, punkt 119.

¹⁵⁴ Craig, de Búrca, s. 1042.

Enligt artikeln uppställs krav på att det gemensamma företaget dels måste bildas för att befinna sig på marknaden under inte en alltför kort tidsperiod, dels att företaget skall kunna verka självständigt i relation till sina moderbolag. Dessa kriterier skall nedan analyseras djupare var för sig.

Två kriterier måste vara uppfyllda för att kommissionen, enligt tillkännagivandet, skall bedöma ett joint venture som ett självständigt fungerande gemensamt företag: i) de berörda företagen skall utöva en gemensam kontroll av det gemensamma företaget och ii) skapandet av företaget måste medföra en förändring av de berörda företagens struktur. De två nyckelfaktorer kommissionen främst undersöker är således att det gemensamma företaget har en varaktig närvaro på marknaden oberoende av moderbolagen och att det har en markandsprofil för att kunna ”stå på egna ben”.

Svaren på den Grönbok som föregick översynen av koncentrationsförordningen visade att remissinstanserna generellt var nöjda med att självständigt fungerande gemensamma företag inkluderats i förordningens tillämpningsområde och kommissionens bedömning av dem.¹⁵⁵

6.3 Uppfyllande av kriterier under (nya) artikel 3.5

6.3.1 Gemensam kontroll

Det gemensamma företaget skall kontrolleras gemensamt av två eller flera moderbolag i enlighet med artikel 3.1b koncentrationsförordningen. Hur denna gemensamma kontroll uppstår har jag redogjort för i kapitel 4.3.3. Sammanfattningsvis kan upprepas att denna kontroll är grundad på möjligheten för moderbolagen att utöva ett bestämmande inflytande över det gemensamma företaget, vilket bestäms både av rättsliga och faktiska faktorer.

För att ett joint venture skall bedömas som ett självständigt fungerande gemensamt företag och därmed falla in under koncentrationsförordningens tillämpningsområde krävs att en strukturförändring av de berörda företagen sker. Genom att det gemensamma företaget fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner på en varaktig basis med en sådan strukturförändring som följd är det därmed ett självständigt fungerande gemensamt företag.

¹⁵⁵ Greenpaper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 (“Merger Review”), Summary of the Replies Received, punkt 64.
http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments/summary_publication.pdf

6.3.2 Strukturförändring av företag

6.3.2.1 Självständig ekonomisk enhet

Förordningen kräver att det gemensamma företaget skall agera som en självständig ekonomisk enhet. Detta betyder att det gemensamma företaget måste agera på marknaden, utövandes de funktioner som normalt utövas av företag som agerar på samma marknad. En av de hänsyn som tas i normalfallet är att det gemensamma företaget har en styrelse som kan utöva den dagliga förvaltningen av företaget. I detta ingår även krav på att företaget har tillgång till nödvändiga resurser för att kunna bedriva en meningsfull verksamhet inom ramen för joint venture-avtalet. Som exempel på sådana resurser har kommissionen i sitt tillkännagivande räknat upp kapital, arbetskraft, materiella och immateriella tillgångar.¹⁵⁶ De resurser och tillgångar som tillförs av moderbolagen behöver dock enligt koncentrationsförordningen inte vara i det gemensamma företagens ägo. Det räcker således att företaget har tillgång till alla de resurser som är nödvändiga.¹⁵⁷

I ärendet *ENW/Eastern*¹⁵⁸ konstaterade kommissionen att skapandet av enheten Compass inte var en koncentration i förordningens mening. Eftersom Compass inte skulle förfoga över tillräckliga resurser, de anställda skulle endast utgöras av medarbetare från ägarna och parterna dessutom enligt avtalet skulle förse Compass med en mängd tjänster menade kommissionen att det inte var fråga om ett självständigt fungerande gemensamt företag och enheten föll således utanför koncentrationsförordningens tillämpningsområde. Denna slutsats inkluderade även omständigheten att ägarna skulle stå som garant för enhetens framtida betalningsskyldigheter.

Kommissionens beslut innehåller ofta en analys av det gemensamma företagens resurser och hur väl de överensstämmer med de krav som ställs på företagets självständiga funktion. Analysen består av kontroller av huruvida de resurser som krävs för produktionen och försäljningen av varor är överförda till det gemensamma företaget och huruvida konstruktionen av det gemensamma företagens eventuella nya faciliteter kan påbörjas strax därefter. Vidare undersöks förekomsten av överförda immateriella tillgångar och möjligheten för det gemensamma företaget att ha egna forsknings- och utvecklingsfaciliteter och distributionsnät.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 12.

¹⁵⁷ Se t.ex. Ärende COMP/JV.19, punkt 16. Detta kommissionsbeslut kommer att redogöras för närmare i kapitel 6.6.

¹⁵⁸ Ärende IV/M.1315, *ENW/Eastern*, [1998].

¹⁵⁹ Cook, Kerse, s. 50.

I kommissionens beslut angående British Gas och Group 4:s gemensamma kontroll av företaget AccuRead ansågs den omständighet att det gemensamma företaget hyrde alla de nödvändiga resurserna (som kontorslokal, personal och nödvändig utrustning) indirekt av sina moderbolag inte påverka bedömningen av det gemensamma företags självständighet negativt.¹⁶⁰ Förhållande mellan de uttyrande företagen och moderbolagen ansågs inte vara för nära för att det gemensamma bolaget inte skulle kunna anses tillräckligt självständigt i relation till moderbolagen. I jämförelse med det ovan nämnda antagandet att det gemensamma företaget inte måste ha nödvändiga tillgångar och resurser i sin direkta ägo och att det till och med godtagits att moderbolagen innehar äganderätten, skjuter möjligtvis detta fall över mål då kommissionen visat en relativt liberal linje i frågan om kravet på överförda resurser och tillgångar till det gemensamma företaget.

Ett självständigt fungerande gemensamt företag får inte utföra endast en specifik funktion inom moderbolagens affärsverksamhet utan att själv kunna agera på marknaden. Exempel på denna typ av joint ventures är de som är begränsade till forskning och utveckling, produktion av moderbolagens varor och försäljningsagenturer. Dessa utgör endast ett led i moderbolagens egna verksamheter och kan därmed inte ses som självständigt fungerande i förordningens mening. Kommissionens beslut i *British Telecom/MCI* gällde just frågan om ett förannmält joint ventures självständiga funktion i förhållande till moderbolagen. Det gemensamt kontrollerade företaget Newco hade som uppgift att sälja produkter exklusivt till sina moderbolag och därmed hade det gemensamma företaget inte någon direkt kontakt med slutkunderna. Moderbolagen skulle bestämma priser och andra produktparametrar. Kommissionen hade därför allvarliga tvivel angående det gemensamma företags självständighet i relation till moderbolagen och beslutade således att det gemensamma företaget inte föll in under koncentrationsförordningens tillämpningsområde.¹⁶¹ Detta är ett relativt klart fall där det gemensamma företaget inte kan anses fungera självständigt på grund av moderbolagens starka kontroll och eftersom det enligt joint venture-avtalet framgår att företaget inte skall ha en egen funktion på marknaden. Trots att detta ärende gäller ett fall före kommissionens uppdatering av reglerna gällande joint ventures under koncentrationsförordningen är det fortfarande aktuellt i denna del eftersom det gemensamma företags självständighet är en av de huvudsakliga kriterierna för förordningens tillämpbarhet.

Gemensamma företag som använder sig av moderbolagens distributionsnät eller försäljningsställen utesluter inte att det är frågan om ett självständigt fungerande företag. Kravet är dock att moderbolagen endast fungerar som

¹⁶⁰ Ärende IV/M.791, *British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd*, [1996], punkt 9. Joint venture-avtalet mellan företagen hade en livslängd på 15 år, vilket ansågs utgöra en tillräckligt lång tidsperiod för att uppfylla kriteriet "varaktig basis".

¹⁶¹ Ärende IV/M.353, *British Telecom/MCI Communications Corporation*, [1993], punkt 6f.

agent till det gemensamma företaget, vilket befinner sig på marknaden som en egen juridisk person.¹⁶²

I *British Telecom/MCI* fallet fanns inte heller ett slutdatum för när det nära samarbetet skulle avslutas.¹⁶³ Kommissionen kan annars godta att moderbolagen "hjälp" det gemensamt kontrollerade företaget under en övergångsperiod. Syftet måste dock vara att det gemensamma företaget i framtiden skall fungera självständigt på en varaktig basis.¹⁶⁴ En tidsperiod av ungefär tre år har accepterats av kommissionen för en sådan "uppstartningsperiod".¹⁶⁵

Kommissionen har även angett att joint ventures som köper sina produkter endast från moderbolagen skall undergå en mer djupgående undersökning av hur de kommersiella arrangemangen mellan företagen ser ut. Man tar stor hänsyn till det gemensamma företags egna bidrag till dessa produkters lönsamhet, är de av en marginell betydelse tyder det på att det gemensamma företaget inte är tillräckligt självständigt. Kan det dock visas att det gemensamma företaget ingår i en specifik handelsmarknad där de verkande företagen säljer och distribuerar varor utan att själva vara inblandade i produktionen, kan karaktären av ett självständigt fungerande gemensamt företag inte uteslutas. Det gemensamma företaget får dock inte vara beroende av eller tvingad att köpa sina produkter av moderbolagen.¹⁶⁶

Sammanfattningsvis tar kommissionen stor hänsyn till moderbolagens närvaro på den marknad där det gemensamma företaget verkar för att avgöra huruvida det är fråga om ett självständigt fungerande gemensamt företag. Detta särskilt i de fall då försäljning och köp av produkter mellan moderbolagen och de gemensamma företaget är frekventa.

6.3.2.2 Varaktig basis

Förutom kravet på att det gemensamma företaget måste fylla en självständig ekonomisk enhets alla funktioner för att anses vara ett självständigt fungerande gemensamt företag enligt koncentrationsförordningen måste det uppfylla kriteriet att verka på marknaden under en varaktig basis. Om alla de ovan nämnda resurser tillförs företaget av moderbolagen, presumerar kommissionen att så är fallet.¹⁶⁷ Varaktig basis är en förutsättning för att det gemensamma företaget skall uppfylla kriteriet om en reell förändring av marknadsstrukturen under definitionen av en koncentration. Ett joint venture som endast agerar på marknaden under en kortare tidsperiod får inte en

¹⁶² Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 13.

¹⁶³ Ärende IV/M.353, punkt 5.

¹⁶⁴ Cook, Kerse, s. 51.

¹⁶⁵ Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 14.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 15.

sådan effekt på marknaden att det kan anses att en strukturförändring har, eller kommer att ske.

I joint venture-avtalet kan ofta utläsas under hur lång tid och under vilka förutsättningar det gemensamma företaget skall bestå.

Förekomsten av avtalsklausuler vilka anger en specifik tidsperiod under vilken det gemensamma företaget skall fortleva hindrar inte att det ändå anses verka på en varaktig basis under förutsättning att denna period är tillräckligt lång för att en strukturförändring i företagen skall ske. Om avtalet, däremot, föreskriver en kort begränsad tid anses det inte vara fråga om ett självständigt fungerande gemensamt företag. Ett exempel på det senare är ett joint venture som endast bildats för att genomföra ett specifikt projekt.¹⁶⁸ Då kommissionen bedömer företagets beständighet, tar man stor hänsyn till hur marknaden ser ut i det specifika fallet. Normalt anses en varaktighet mellan fem och tio år vara tillräcklig.¹⁶⁹ I ärendet *British Airways/TAT* ansåg kommissionen att en avtalad tidsperiod på mellan sex och sju år uppfyllde kravet på varaktig basis. Godkännandet av denna relativt korta tidsperiod berodde på att marknaden för flygtransporter där parterna agerade karakteriserades av snabba och viktiga rättsliga och ekonomiska förändringar.¹⁷⁰

Parterna till avtalet kan även ange de förutsättningar vilka gäller för ett fortgående samarbete. Det är ofta förekommande att moderbolagen avtalar att det gemensamma företaget skall upplösas om vissa oförutsedda händelser inträffar, till exempel konkurs eller allvarliga meningsskiljaktigheter mellan moderbolagen. Förutsättningarna för att det är fråga om ett självständigt fungerande gemensamt företag påverkas i regel inte av liknande överenskommelser mellan moderbolagen.¹⁷¹

6.4 Samordnat beteende under (nya) artikel 2.5

6.4.1 Inledanden anmärkningar

Ett kooperativt joint ventures relation till sina moderbolag och den makt transaktionens berörda företag erhåller på marknaden kan påverka andra företag negativt ur en konkurrensrättslig synvinkel, oavsett om moderbolagen är faktiska eller potentiella konkurrenter på samma marknad som det gemensamma företaget. Den konkurrensrättsliga effekten av samarbetet kan leda till att konkurrenter till det gemensamma företaget slås ut på grund av att moderbolagen favoriserar det gemensamt ägda företaget

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Cook, Kerse, s. 52.

¹⁷⁰ Ärende IV/M.259, *British Airways/TAT*, [1992], punkt 10.

¹⁷¹ Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 15.

vid till exempel köp av varor och tjänster. Dessutom kan konsumenter och kunder till koncentrationens berörda företag påverkas menligt i form av sämre varu- och tjänsteutbud på marknaden eftersom den förenade ekonomiska makten bidrar till att marknaden stängs för potentiella konkurrenter och de faktiska konkurrenternas utveckling avstannar.¹⁷²

En ny artikel i förordningen skapades (artikel 2.4, förslagets artikel 2.5), vilken angav att om ett bildande av ett gemensamt företag utgjorde en koncentration enligt förordningen och dessutom fick som resultat eller hade som syfte att samordna ett konkurrensbeteende, den kooperativa delen, mellan de fortsatt självständiga moderbolagen, denna samordning skulle bedömas utifrån kriterierna i artikel 81.1 och 81.3 EGF. Joint ventures med denna effekt kallas självständigt fungerande kooperativa gemensamma företag. Användandet av både EGF och förordning 4064 syftar till att ge kommissionen en större möjlighet till att avgöra huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.

Ett joint venture skall i likhet med rena konkurrensärenden under EGF, även bedömas under de undantagsregler angivna i artikel 81.3. Kommissionen måste göra en avvägning mellan de positiva aspekter ett joint venture kan ha på marknaden och de negativa aspekterna vilka uppkommer som resultat av ett samordnat beteende mellan moderbolagen.¹⁷³ Kommissionen har även sagt att för att ett hämmande av konkurrensen skall kunna fastställas enligt artikel 81.1 det är nödvändigt att samordningen mellan moderbolagens konkurrensbeteenden är trolig och uppskattbar och att den är ett resultat av skapandet av det gemensamma företaget, oavsett om det är syftet eller effekten av det gemensamma företaget.¹⁷⁴

Bedömningen av ett samordnat beteende görs alltså inte av den aktuella koncentrationen utan det är moderbolagen till denna, vilka undersöks på detta stadium. Det samordnade beteendet mellan ägarna skall dock kopplas samman med skapandet av koncentrationen, det gemensamma företaget, och vara ett direkt resultat av denna.

Vidare anges i förordningen att kommissionen i sin bedömning särskilt skall beakta hur den relevanta marknaden ser ut och hur den kan komma att se ut efter den anmälda koncentrationen:

- Agerar moderbolagen på samma marknad som det gemensamma företaget eller agerar de på en angränsande marknad som har en nära anknytning till denna marknad?
- Kommer det bildade gemensamma företaget att som ett direkt resultat av samordningen snedvrider konkurrensen eller sätta den ur spel för en väsentlig del av varorna eller tjänsterna i fråga på denna marknad?

¹⁷² Goyder, s. 451.

¹⁷³ Zonnekeyn, s. 420.

¹⁷⁴ Ärende IV/JV.3, *BT/Airtouch/Group Acciona/Airtel*, [1998], punkt 23.

Detta förfarande gäller endast de fall där skapandet av det gemensamma företaget får som effekt eller har som syfte att samordna moderbolagens beteenden på så sätt att konkurrensen kan komma att snedvridas. Artikel 1 i koncentrationsförordningen pekar ut fall där ägarna och det gemensamma företaget är faktiska eller potentiella konkurrenter på marknaden. Parterna är potentiella konkurrenter då de ännu inte är verksamma på samma marknad som det gemensamma företaget, men mycket väl kan bli. Sannolikheten för att koncentrationen godkänns är dock övervägande i dessa situationer under förutsättning att parternas samarbete är konkurrensbefrämjande och de accessoriska begränsningarna¹⁷⁵ i avtalet mellan parterna uppfyller de krav som gäller för restriktioner.¹⁷⁶

Förutom substansstestet undergår koncentrationen således en bedömning under konkurrensreglerna i EGF. Uppstår inte ett sådant samordnat beteende som följd av det gemensamma företaget tillämpas endast substansstestet och de andra processuella reglerna i koncentrationsförordningen i den undersökning som utförs av kommissionens MTF.¹⁷⁷

Den förändring av koncentrationsförordningen som gjorts innebär att ett joint venture som har kooperativa effekter kan vara förenlig med den gemensamma marknaden enligt förordningen då dess koncentrativa effekter inte i sig ger upphov till en snedvridning av konkurrensen, men ändå förbjudas av kommissionen eftersom dess samordnade, kooperativa beteende anses hämma konkurrensen på den gemensamma marknaden enligt artikel 81.1 EGF.

6.4.2 Tillämpningsproblem

Då koncentrationsförordningen ändrades genom förordning 1310 gavs uttryck för problem vid tillämpning av artikel 2.4 koncentrationsförordningen i jämförelse med kriterierna i artikel 81.1 EGF. Enligt förordningen räcker det med att transaktionen *"har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga"*. Artikel 81.1, däremot, anger att det samordnade beteendet redan är för handen och detta beteende i stället *"kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden"*.

Detta betyder att det kan visa sig lättare att uppfylla kriteriet på samordnat beteende under förordningen än under EGF.¹⁷⁸ Kan kommissionen genom MTF visa att ett sådant beteende *riskerar* att uppkomma som en effekt av

¹⁷⁵ Se vidare om detta begrepp kapitel 7, nedan.

¹⁷⁶ Elmstedt, Johanna: *Faktisk eller potentiell konkurrens vid bedömning av joint ventures*, s. 15.

¹⁷⁷ Rivas, s. 14.

¹⁷⁸ Ahlborn, C., Turner, V.: *Expanding Success? Reform of the E.C. Merger Regulation*, s. 252.

skapandet av det gemensamma företaget skall kriterierna i artikel 81.1 och 81.3 uppfyllas, vilket kan visa sig svårt då det samordnade beteendet redan är konstaterat enligt denna artikel. Å andra sidan är det svårt att ge exempel på självständigt fungerande kooperativa gemensamma företag som inte uppfyller kriterierna under artikel 81.1. Genom ändringsförordningen och kriteriet för ett samordnat beteende introducerades en behavioristisk analys av joint ventures som en del av den strukturella kontrollen av koncentrationer enligt koncentrationsförordningen. Den behavioristiska analysen liknar den som görs under artikel 82 EGF (missbruk av dominerande ställning). Tillämpningen av dessa två skilda regelsystem kan medföra en mängd komplexa juridiska problem.

En fråga som uppkommit är hur kommissionen, genom MTF, tolkar kriteriet *risk* för samordnat beteende. MTF hade under den period som föregick ändringsförordningen, det vill säga då kommissionen skiljde mellan kooperativa och koncentrativa joint ventures, använt sig av en mer restriktiv tolkning av detta kriterium. Man flyttade fokus mot att endast se joint ventures som en risk för samordnat beteende i de fall då moderbolagen fanns kvar och var aktiva på samma marknad som det gemensamma företaget.¹⁷⁹ Det har visat sig att kommissionen vid bedömningen av joint ventures under (nya) artikel 2.5 särskilt har beaktat vikten av hur marknaden som bedöms under artikel 2.5 ser ut och hur den marknad ser ut där det gemensamma företaget verkar. Denna bedömning har varit viktig i avgörandet av risken för ett samordnat beteende. Man har tagit stor hänsyn till den definierade relevanta marknadens specifika karaktär och struktur och moderbolagens redan etablerade och befintliga länkar.¹⁸⁰ Kommissionens beslut i joint venture-ärenden har visat att risken för ett samordnat beteende mellan moderbolagen är mindre då det gemensamma företags marknad är betydligt mindre än den marknad som beskrivs under artikel 2.5. Detta kan dock inte ses som ett tillräckligt villkor för att inte finna ett samordnat beteende mellan moderbolagen.¹⁸¹

Då moderbolagen agerar på närliggande marknader till den där det gemensamma företaget finns, krävs ofta ytterligare omständigheter för att MTF skall se en risk för ett samordnat beteende mellan moderbolagen. Detta innebär att benägenheten för kommissionen att bedöma ett självständigt fungerande kooperativt gemensamt företag under EGF minskar. Det kan även medföra att två föranmälda joint ventures som till strukturen är näst intill identiska kan komma att bedömas under olika bevekelsegrunder. Den förutsebarhet och den likartade bedömning av koncentrationer kommissionen vill åstadkomma med de nya reglerna och tillkännagivandet om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag kan delvis komma att försvinna.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Denness, Jonathan: *Application of the New Article 2(4) of the Merger Regulation – a Review of the First Ten Cases*, s. 32.

¹⁸¹ Kemp, s. 43.

Enligt koncentrationsförordningen och kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag är utgångspunkten att bedömningen av moderbolagens samordnade beteende under artikel 81 EGF görs på samma sätt som de fall vilka faller direkt under tillämpningen av konkurrensreglerna i EGF.¹⁸² Problemet här är att dominans- och konkurrenstesten som görs i enlighet med koncentrationsförordningen kan skilja sig från kriteriet "*hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden*" under artikel 81.1 EGF. Är något av kriterierna mer restriktivt än det andra kan det uppstå tolkningssvårigheter i tillämpningen.

Koncentrationsförordningen har dock medgivit ett visst hänsynstagande till effektivitetsvinster liknande de undantag som anges i artikel 81.3. Bidrar det samordnade beteendet mellan moderbolagen till att "*förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja teknisk eller ekonomisk framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås ...*" kan det gemensamma företaget förklaras förenlig med den gemensamma marknaden. Jämför man detta kriterium med de krav som ställs på företag då de skall visa att de effektivitetsvinster som uppstår vid en koncentration är tillräckliga för att kommissionen skall godkänna koncentrationen, finner man klara likheter i hänsynsaspekterna. Framför allt kan två aspekter urskiljas. För det första skall koncentrationen eller det kooperativa gemensamma företaget medföra tekniska eller ekonomiska framåtskridanden och för det andra finns ett krav på att konsumenterna inte endast gynnas av samgåendet, utan också av de framåtskridanden som görs. Förhoppningsvis är detta tillräckligt för en likartad bedömning och kontroll av joint ventures.

En sista aspekt på bedömningen av joint ventures under EGF gäller kommissionens möjlighet att återkalla godkännande av joint ventures.¹⁸³ Enligt artikel 8 koncentrationsförordningen har kommissionen möjlighet att under vissa förutsättningar kräva att en redan genomförd koncentration upplöses. Kommissionen gör en strukturell analys av de förändringar som gjorts. Under EGF görs dock en beteendeanalys av det gemensamma företaget. Det kan vara svårt att få dessa två typer av analyser att fungera tillsammans. Skall ett kommissionsbeslut gällande en upplösning ske utifrån en bedömning under koncentrationsförordningen eller efter en analys av det samordnade beteendet under EGF? Eftersom det inte finns en direkt hänvisning till EGF i artikel 8 koncentrationsförordningen kan det tänkas att den allmänna principen *lex specialis*¹⁸⁴ får avgöra frågan. Slutsatsen blir då att ett joint venture som godkänts av kommissionen kan få beslutet återkallat, men bedömningen sker under koncentrationsförordningen i egenskap av speciallag.

¹⁸² Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag, punkt 16.

¹⁸³ Ahlborn, Turner, s. 258.

¹⁸⁴ Vid lagkonflikt har den speciella lagen företräde framför den allmänna.

6.5 Telia/Telenor/Schibsted¹⁸⁵

Kommissionens beslut i ärendet *Telia/Telenor/Schibsted* var det första fall där de nya reglerna för joint ventures i koncentrationsförordningen tillämpades. Kommissionens tillvägagångssätt gällande anmälda joint ventures har sedan dess i princip följt det upplägg, vilket gjordes i detta fall.¹⁸⁶

Telia, Telenor och Schibsted bildade tillsammans det gemensamma företaget NewCol för att tillhandahålla vissa Internettjänster till konsumenter och företagskunder på företrädesvis den svenska marknaden. Telia och Schibsted skulle var för sig inneha 40 % av aktierna och Telenor 20 % i det nybildade bolaget.

Kommissionen slog först fast att det gemensamma företaget var gemensamt kontrollerat då de viktiga verksamhetsbesluten skulle fattas enhälligt av parterna enligt avtal dem emellan. Det gemensamma företaget uppfyllde vidare kriteriet självständigt fungerande då moderbolagen skulle tillföra det gemensamma företaget tillgångar, det skulle ha en egen organisation och anställda och efter en första period skulle NewCol själv finansiera sin verksamhet. Man kom även fram till att det gemensamma företaget skulle verka på marknaden på en varaktig basis.¹⁸⁷ Så långt kom kommissionen alltså fram till slutsatsen att NewCol var ett självständigt fungerande gemensamt företag, vilket skulle bedömas under koncentrationsförordningen.

Eftersom kommissionen kom fram till att det gemensamma företaget inte gav upphov till ett skapande eller en förstärkning av en dominerande ställning på den relevanta marknaden undersöktes huruvida det kunde konstateras en risk för ett samordnat beteende mellan moderbolagen och om man i denna del skulle göra en konkurrensrättslig bedömning utifrån artikel 85 (nuvarande artikel 81) EGF. Ett samordnat beteende kan särskilt märkas då minst två av moderbolagen och det gemensamma företaget är aktiva på samma marknad eller då minst två moderbolag är verksamma på en nära relaterad marknad till den där det gemensamma företaget är aktiv. I detta fall verkade alla berörda företag på dessa båda typer av marknader.¹⁸⁸ Det skall dock i detta sammanhang påminnas om MTF:s policy att endast uppfatta joint ventures som en risk för ett samordnat beteende mellan moderbolagen om de senare befinner sig på samma marknad som det gemensamma företaget.

Kommissionen ansåg att transaktionen inte gav upphov till ett skapande eller en förstärkning av en dominerande ställning på den relevanta

¹⁸⁵ Ärende IV/JV.1, *Telia/Telenor/Schibsted*, [1998].

¹⁸⁶ Denness, s. 30.

¹⁸⁷ Ärende IV/JV.1, punkt 8-10.

¹⁸⁸ Ärende IV/JV.1, punkt 29.

produktmarknaden. Den marknad där moderbolagen och det gemensamma företaget verkade var en snabbt växande marknad och marknadsstrukturen kännetecknades av priskänsliga kunder och att det var relativt lätt för potentiella konkurrenter att komma in på marknaden. Kommissionen kom även fram till att koncentrationen inte medförde en snedvridning av konkurrensen på den delen av den relevanta produktmarknaden där moderbolagen kunde samordna sitt beteende (marknaden för produktion av hemsidor) på grund av företagets relativt låga marknadsandel. Den relevanta geografiska marknaden bestod i princip endast av Sverige men kommissionen kunde här inte se några tekniska problem för aktörer utanför Sveriges gränser att komma in på den svenska marknaden. Detta sammantaget drog kommissionen slutsatsen att skapandet av det gemensamma företaget inte gav upphov till ett skapande eller en förstärkning av en dominerande ställning och inte heller ett samordnat beteende mellan moderbolagen. Den föranmälda koncentrationen godkändes.¹⁸⁹ Då dominanstestet visade att en dominerande ställning inte var för handen, fanns ingen anledning till att även utföra ett konkurrenstest inom ramen för koncentrationsförordningen.

6.6 Strategiska allianser

En strategisk allians är på många sätt lik ett joint venture. Kommissionen har definierat en strategisk allians som:

*”överenskommelser om samarbete av olika omfattning där ett flertal länkar upprättas vilka vanligtvis är kontraktssenliga men som även kan ha strukturella aspekter. Begreppet täcker in allt från upprättandet av ett gemensamt företag (samriskföretag) till specialisering inom vissa marknader, gemensam FoU, teknologiöverföring, korsvisa leveransavtal, åtagande om samarbete på andra områden i framtiden samt till och med förvärv av aktieposter”.*¹⁹⁰

Definitionen visar svårigheten att göra en generell bedömning av strategiska allianser. Med en reglering genom konkurrenslagstiftningen av dessa samarbeten vill man åstadkomma en fungerande och effektiv konkurrens även på detta område. Allianser av detta slag finner man ofta på nyligen avreglerade marknader eftersom det där är viktigt för företagen att stärka sina konkurrensfördelar gentemot andra företag på den globala marknaden. Det händer även att tidigare konkurrenter bildar en allians för att lättare kunna behålla sina marknadspositioner i relation till andra allianser.¹⁹¹

Strategiska allianser bedöms i regel under artikel 81 EGF eftersom de generellt sett inte tillgodoser kriteriet om transaktioner som leder till en varaktig förändring av kontroll enligt artikel 3.1 koncentrationsförordningen. De kan således inte heller betraktas som en enskild ekonomisk enhet, vilket är ett krav för självständigt fungerande

¹⁸⁹ Ärende IV/JV.1, punkt 48.

¹⁹⁰ Grönboken, punkt 111.

¹⁹¹ Ibid.

gemensamma företag. Kommissionen har dock i beslutet angående KLM och Alitalia¹⁹² för första gången bedömt en strategisk allians, tillika ett kontraktensligt joint venture, under koncentrationsförordningen.

KLM och Alitalia verkade båda på marknaden för nationell och internationell flygtransport och chartertrafik. De tillhandahöll även andra flygtrafiksrelaterade tjänster. Den anmälda transaktionen gällde en långsiktig allians mellan de två företagen. Alliansen skulle överta delar av företagets verksamhet som försäljning, förvaltning av inkomster och lastningsverksamhet. Alliansen skulle bestå av två separata företag, vilka dock inte kunde ses som enskilda juridiska personliga enheter. KLM och Alitalia skulle ha gemensam kontroll över det gemensamma företaget på så sätt att det enligt joint venture-avtalet krävdes enhällighet för alla beslut rörande alliansen och då det var de enskilda moderbolagens styrelser som i sista hand fattade dessa beslut. Den dagliga verksamheten bedrevs av en särskilt inrättat nätverksorganisatör. Kommissionen menade att detta kunde jämföras med en *de facto* ömsesidig vetorätt för moderbolagen.¹⁹³

Kommissionen konstaterade således att KLM och Alitalia hade gemensam kontroll över alliansen och att transaktionen innebar en varaktig förändring av moderbolagens verksamhetsstruktur. Man tog fasta på att de två ägarföretagen skulle lämna den marknad där alliansen skulle ha sin verksamhet och att denna skulle ha en ovillkorlig tillgång till alla de nödvändiga resurser och tillgångar vilka krävdes för verksamheten. Man kunde därmed sluta sig till att alliansen skulle komma att bedrivas som en vinstmaximerande enhet.

Då de ovanstående omständigheterna gjorde att kriterierna enligt artikel 3.2 (nya artikel 3.5) koncentrationsförordningen uppfylldes ansåg kommissionen att den anmälda transaktionen och inrättandet av alliansen utgjorde ett självständigt fungerande gemensamt företag.

Beslutet har dock kritiserats då man ansett det märkligt att kommissionen tillämpade koncentrationsförordningen på den anmälda transaktionen. Det var här varken fråga om ett samgående mellan parterna eller en allians som utgjorde ett joint venture i egenskap av en separat rättslig enhet. Kritikerna menar att kommissionen i och med detta beslut skapat ett prejudikat angående vilka transaktioner som kan komma att omfattas av koncentrationsförordningen.¹⁹⁴

I korthet skall här endast nämnas de problem vad gäller kommissionens avgörande av en koncentrations dominerande ställning på marknader, vilka kan karakteriseras som starkt utvecklingsbenägna. Det förekommer att stora företag vilka har sin huvudsakliga verksamhet på den ”traditionella” tjänste-

¹⁹² Ärende COMP/JV.19.

¹⁹³ Ärende COMP/JV.19, punkt 10.

¹⁹⁴ Armani, Enrico Maria: *Alitalia-KLM: A new trend in assessing airline alliances?*, s. 19.

och varumarknaden utvidgar sin verksamhet och sitt samarbete till att även omfatta vissa tjänster vilka tillhandahålls över Internet. Som regel förenar företag sina resurser i allianser i form av ett joint venture, vilka får till uppgift att handha sina ägares intressen på marknaden för näthandeln.¹⁹⁵ Kommissionens svåra uppgift blir att definiera en relevant marknad för dessa koncentrationer där moderbolagen och det gemensamma företaget inte agerar på samma marknad men trots detta har en nära koppling och därmed kan leda till att potentiella konkurrenter möter höga hinder för marknadstillträde. Jag kommer att utveckla denna problematik i det avslutande analyskapitlet.

6.7 Partiellt fungerande gemensamma företag

Detta kapitel skall avslutas med en kort beskrivning av en typ av joint venture som inte helt kan skiljas från de ovan beskrivna självständigt fungerande gemensamma företag, men som ändå inte omfattas av koncentrationsförordningen. Syftet med denna del är att ge ett exempel på den hårfina gräns som går mellan de joint ventures som på grund av sin karaktär faller under koncentrationsförordningen och de som inte gör det.

Vilket ovan sagts tar koncentrationsförordningen sikte på självständigt fungerande gemensamma företag. Kommissionen har inte funnit några skäl till att man även skulle tillämpa förordningen på partiellt fungerande gemensamma produktionsföretag.¹⁹⁶ I det nuvarande systemet, vilket också i den nya förordningen kommer att bestå, faller denna typ av joint ventures under artikel 81 och 82 EGF. De omfattas där av de gruppundantagsförordningar¹⁹⁷ vilka gäller för till exempel gemensam forskning och utveckling.

Man har pekat på det faktum att det är svårt att ge en tydlig legaldefinition av ett partiellt fungerande gemensamt produktionsföretag. Eftersom dessa företag inte agerar på en avgränsad marknad skulle kommissionen undersöka den samordning som sker mellan ägarna till det gemensamma produktionsföretaget i fråga och man är härmed tillbaka till ett användande av samma test som ändå skulle ha använts under artikel 81. En utvidgning av koncentrationsförordningen till att även omfatta denna typ av joint ventures skulle således vara ett slag i luften.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Joergensen, C., Marshall, N.: *Internet Joint Ventures and the Quest for Exclusive Content: The T-Online Cases*, s. 57.

¹⁹⁶ Grönboken, punkt 124.

¹⁹⁷ T.ex. gruppundantag enligt förordning nr 2658/2000 om tillämpning av artikel 81.3 på grupper av specialiseringsavtal EGT 2000 L304 s. 3 och gruppundantag enligt förordning nr 2659/2000 om tillämpning av artikel 81.3 på grupper av avtal om forskning och utveckling EGT 2000 L304 s. 7.

¹⁹⁸ Grönboken, punkt 122.

Partiellt fungerande gemensamma företag lämpar sig inte heller för en obligatorisk förhandsanmälan enligt förordningen mer än andra transaktioner vilka innebär stora investeringar. Det har dock påpekats att även dessa joint ventures kan innebära strukturella förändringar hos ett företag och att dessa transaktioner dessutom innefattar stora investeringar för parterna. Ett behov av en rättslig säkerhet för dessa samarbeten har uttalats och man är rädd att den moderniseringsprocess som pågår inom hela det gemenskapsrättsliga konkurrensområdet kan medföra en investeringsnedgång. Remissinstanserna till Grönboken ville därför införa en rätt att förhandsanmäla dessa joint ventures till kommissionen enligt koncentrationsförordningens system.¹⁹⁹ Kommissionen har dock inte ansett dessa argument tillräckliga för en ytterligare utvidgning av koncentrationsförordnings tillämpningsområde.

Eftersom uppsatsen är begränsad till joint ventures vilka omfattas av koncentrationsförordningen kommer jag inte närmare behandla denna typ av joint ventures.

¹⁹⁹ Greenpaper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 ("Merger Review"), Summary of the Replies Received, punkt 66-68.

7 Accessoriska begränsningar

7.1 Kommissionens tolkning av accessoriska begränsningar

Det är inte alltid lätt att avgöra huruvida ett tillfogat villkor till ett avtal är något som kan anses vara tillhörande huvudavtalet och därmed accessoriskt eller om det går utanför denna gräns.²⁰⁰ Rent generellt kan sägas att en accessorisk begränsning har en direkt anknytning till koncentrationen och är ofta nödvändig för dess genomförande. Kommissionen accepterar i allmänhet en sådan begränsning i samband med att en koncentration godkänns. En ytterligare förutsättning är att begränsningen är av underordnad vikt i jämförelse med huvudavtalet. Under till exempel ett joint venture-avtal om samarbete inom forskning och utveckling skulle det vara naturligt för parterna att också komma överens om att inte konkurrera med varandra eller utföra egen forskning på området för samarbetet. En sådan överenskommelse kan ses som en accessorisk begränsning. Om företagen däremot skulle avtala om en liknande begränsning men på ett område som ligger utanför joint venture-avtalets omedelbara gränser, är begränsningens karaktär inte lika självklar. Är en begränsning inte direkt anknuten till eller nödvändig för koncentrationens genomförande kommer denna del av avtalet bedömas enligt artikel 81 och 82 EGF.²⁰¹

Kommissionen har utgivit ett tillkännagivande om hur accessoriska begränsningar i samband med koncentrationsärenden kan komma att bedömas. I detta kapitel kommer den bedömning kommissionen särskilt gör av överenskomna begränsningar i ärenden gällande företagsförvärv inte redovisas eftersom uppsatsen är koncentrerad till de regler som gäller för joint ventures.

En accessorisk begränsning är en avtalad eller överenskommen inskränkning av de berörda parternas handlingsutrymme utan vilken, koncentrationen inte skulle vara möjlig att genomföra. En begränsning kan även godkännas om den innebär att koncentrationen annars svårigen kan genomföras. Kommissionen har underkänt avtalade begränsningar då koncentrationen kunde ha genomförts utan denna utan att medföra för parterna otydliga villkorsförhållanden, betydligt högre kostnader, en väsentligt längre tidsperiod för genomförandet av koncentrationen eller andra påtagliga svårigheter.²⁰²

²⁰⁰ Hildebrand, Doris: *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, s. 222.

²⁰¹ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration, punkt 6.

²⁰² Se t.ex. Ärende COMP/M.1863, *Vodafone/BT/Airtel JV*, [2000], punkt 19f.

Exempel på accessoriska begränsningar är då moderbolagen avtalar om att överförda tillgångar skall skyddas inom koncentration, leveranskontinuiteten skall bevaras även efter upphörandet av en ekonomisk enhet och möjligheten att starta upp den nya enheten. Godkännandet av accessoriska begränsningar bygger på de gemenskapsrättsliga principerna om objektivitet och proportionalitet. En begränsning får följaktligen inte överskrida vad som är nödvändigt för koncentrationens genomförande och finns effektiva men mindre ingripande åtgärder skall dessa väljas i första hand av de berörda företagen.²⁰³

Vad gäller joint ventures är framför allt konkurrensklausuler och olika varianter av licensavtal vanligt förekommande.

Konkurrensklausuler används främst för att undvika konkurrens mellan de berörda företagen men det är även en metod för att skapa ett fungerande samarbete mellan parterna. Kommissionens beslut i ärendet *Stora Enso/AssiDomän/JV* är ett belysande exempel där parterna överenskommit om en konkurrensklausul. Moderbolagen fick, enligt avtalet, inte konkurrera med det gemensamma företaget inom dennes produktområde under den tidsperiod då joint venture-avtalet var i kraft samt 12 månader därefter. Moderbolagen skulle successivt försvinna från det gemensamma företagens marknad. Parterna menade att konkurrensklausulen hade till syfte att garantera genomförbarheten av det gemensamma företaget och att bibehålla de tillförda tillgångarnas värde. Dessutom ville man undvika att tillförd och det gemensamma företags egna know-how skulle kunna användas som konkurrensmedel av enskilda moderbolag. Tidsperioden syftade till att moderbolagen inte skulle kunna använda sig av den konkurrensfördel det innebar att ha fri tillgång till viktig information i det gemensamma företaget. Kommissionen ansåg att dessa konkurrensklausuler var nödvändiga för koncentrationens genomförande och dessutom en förutsättning för att det gemensamma företaget skulle få tillträde till marknaden.²⁰⁴

Enligt kommissionen kan en konkurrensklausul gällande joint ventures vara berättigad endast under en period av fem år och då endast gälla den geografiska marknad där moderbolagen verkade före inrättande av det gemensamma företaget. Kommissionen menade här att den begränsning som avtalats mellan moderbolagen i detta ärende endast var tillåtet under just en femårsperiod och den tidrymd parterna bestämt kunde således inte accepteras.²⁰⁵ Överstiger varaktigheten tre år krävs dock ofta att parterna kan visa särskilda skäl för detta. En begränsningen som varar längre än själva varaktigheten av det gemensamma företaget godkänns dock aldrig.²⁰⁶

²⁰³ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen, punkt 8-9, 11.

²⁰⁴ Ärende COMP/M.2243, *Stora Enso/AssiDomän/JV*, [2000], punkt 47ff.

²⁰⁵ Ärende COMP/M.2243, punkt 49.

²⁰⁶ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen, punkt 36.

Vad gäller licensavtal anses dessa vara accessoriska oberoende av varaktighet och exklusivitet. Ett licensavtal ges ofta ett gemensamt företag för att användas inom dennes verksamhet, men även det omvända kan vara aktuellt. Däremot är licensavtal mellan endast moderbolagen inte att anse som en begränsning som har direkt samband med eller är nödvändig för koncentrationens genomförande.²⁰⁷

7.2 Accessoriska begränsningar i den nya förordningen

Kommissionen menade redan i sitt tillkännagivande att man inte ansåg sig har någon skyldighet att bedöma och formellt behandla begränsningar som har ett direkt samband med och är nödvändiga för koncentrationens genomförande. En eventuell sådan bedömning är endast av en förklarande natur. Då kommissionen godkänner en koncentration anses dessa begränsningar ingå i godkännandet och kommissionen behöver således inte bedöma dem separat.²⁰⁸

Anledningen till att man nu inför ett klarläggande i frågan är att förstainstansrätten kommit fram till att kommissionen enligt den nuvarande lydelsen (i förordning 4064/89) inte har möjlighet att på begäran undslippa att göra en bedömning av de accessoriska begränsningarna.²⁰⁹ Följaktligen sägs i nya artikel 6.1b att ett beslut om förenlighet med den gemensamma marknaden även *skall* anses omfatta accessoriska begränsningar. Liknande ändringar har gjorts i artikel 8.1 och 8.2 angående kommissionens befogenhet att fatta beslut.

Det kommer i den nya förordningen om kontroll av företagskoncentrationer att klart framgå att kommissionens godkännande av en anmäld koncentration även skall omfatta accessoriska begränsningar och att kommissionen inte är

"skyldig att bedöma sådana begränsningar i enskilda ärenden när den tillämpar" koncentrationsförordningen. "Bedömningen av i vilken utsträckning begränsningar har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen bör göras av behörig domstol eller annan myndighet efter det att koncentrationen förklarats förenlig med den gemensamma marknaden".²¹⁰

Den ändrade ordalydelsen i koncentrationsförordningen följer således kommissionens tillkännagivande i frågan.

²⁰⁷ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen, punkt 42f.

²⁰⁸ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen, punkt 2.

²⁰⁹ Mål T-251/00, *Lagerdère m.fl. /.* Kommissionen, dom avgiven 2002.11.20.

²¹⁰ Den nya förordningen, skäl 17.

8 Analys

8.1 Inledande kommentarer

Jag har löpande i uppsatsens olika kapitel dels beskrivit kommissionens bedömning av företagskoncentrationers förenlighet med den gemensamma marknaden och de bevekelsegrunder kommissionen tar fasta på i denna bedömning, dels analyserat den problematik som kan uppstå i vissa rättstillämpningsfall. I detta avslutande kapitel fokuserar jag därför min analys på framför allt den materiella delen av kommissionens konkurrensanalyser. Detta innebär i praktiken att de jurisdiktionsfrågor, vilka kan vara nog så intressanta och ge upphov till en mängd frågeställningar inte närmare kommer att behandlas här. Tyngdpunkten kommer således ligga på i första hand den i vissa fall tvetydiga användningen av dominantestet i förhållande till en koncentrations konkurrenseffekter på den relevanta marknaden. Jag kommer vidare applicera dessa spörsmål och andra för joint ventures specifika frågor på den särskilda form av koncentrationer som dessa utgör.

I de fall då en analys redan gjorts i den löpande texten kommer dessa endast här behandlas i ett sammanställande syfte, medan en mer djupgående analys kommer att göras i de fall där problematiken endast tidigare nämnts.

Den nya förordningen har inte inneburit några direkta förändringar vad gäller joint ventures och, vilket nämnts i det inledande kapitlet, kommissionen har ännu inte förbjudit ett anmält självständigt fungerande gemensamt företag på den grund att det ansetts vara oförenligt med den gemensamma marknaden. Detta innebär att de förändringar vilka genomförts generellt för alla koncentrationer i sin tur måste appliceras på joint ventures för att man skall ha möjlighet att kunna utläsa en eventuell förändring på detta rättsområde.

8.2 Substantestet

Vid avgörande av en företagskoncentrations förenlighet med den gemensamma marknaden använder sig kommissionen av det så kallade dominantestet där den avgörande faktorn i bedömningen är huruvida en koncentration har en dominerande ställning på den relevanta marknaden eller om de berörda parterna innehar en kollektiv dominerande ställning. Detta test kommer även i fortsättningen användas trots att den debatt som föregått kommissionens förslag till den nya koncentrationsförordningen visat ett starkt intresse för en förskjutning mot det så kallade ”SLC-testet”. Det senare fokuserar på ett skaderekvisit vilket innebär att en koncentrations eventuella dominans på marknaden inte är avgörande för frågan om en

snedvridning av konkurrensen kommer att ske. Tyngdpunkten ligger här i stället på huruvida en snedvridning av konkurrensen de facto föreligger.

Ett användande av SLC-testet borgar för en logisk och realistisk analys av de konkurrensproblem en koncentration kan ge upphov till, vilket inte alltid är fallet vid dominantstestet. Anledningen till detta är det förra testets avdramatisering av begreppet dominerande ställning. Enligt koncentrationsförordningen skall en analys av frågan om en eventuell dominerande ställning alltid göras i första hand. Först därefter avgörs frågan om denna får som konsekvens att konkurrensen snedvrids på den relevanta marknaden.

De problem som uppstår i fall där en dominerande ställning inte kan förväntas skapas alternativt förstärkas men där man trots detta kan befara förekomsten av negativa konkurrens effekter är uppenbara. Detta aktualiseras i synnerhet på oligopolistiska marknader då de verkande företagen inte har en dominerande marknadsställning men som ändå kan agera relativt oberoende av sina faktiska och potentiella konkurrenter. Delar av detta problem har lösts av EGD genom dels ett införande av begreppet kollektiv dominerande ställning, dels visat tendenser av en liberal och ändamålsenlig tolkning av koncentrationsförordningen. Enligt kommissionen räcker detta som argument för ett bevarande av dominans kriteriet. Man tycks från kommissionens sida utgå ifrån att domstolen i takt med den ekonomiska och företagsvänliga utvecklingen gör en extensiv tolkning av begreppet dominerande ställning inom detta område. Från näringslivets sida utgör detta troligen inte en positiv utveckling då förutsägbarheten för effekterna av ett företags handlingar försämras och därmed även de incitament för en sund ekonomisk utveckling, vilka kommissionen och den Europeiska Unionen faktiskt vill främja och arbeta för.

Efter EGD:s dom i *Airtours* fallet då begreppet kollektiv dominerande ställning etablerades kan två olika slutsatser dras. I enligt med ett liberalt synsätt medför domen att frågan ännu inte ställts på sin spets och att en vidare utveckling och tolkning av substans testet kommer att göras. Detta innebär att ytterligare erfarenhet och kommissionsärenden kan medföra ett avståndstagande och en policyförändring vad gäller den vikt man lägger vid dominans kriteriet. En annan tolkning av domen innebär att man nu lagt fast gränsen för då en dominerande ställning är för handen. Detta innebär att dagens dominantstest inte täcker in de situationer då en snedvridning av konkurrensen inte följer av en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Eftersom EGD har en benägenhet att i sin allmänna dömande verksamhet hemfalla åt en extensiv och ändamålsorienterad tolkning i sina avgöranden kan det i framtiden visa sig att man följer den första slutsatsen och därmed minskar betydelsen av dominans kriteriet. Huruvida domstolen verkligen kommer att göra detta får naturligtvis framtiden utvisa.

Ett alternativ till både dominans- och SLC-testet är att följa kommissionens begrepp ”överlägsen marknadsposition”, vilket introducerades i

kommissionens utkast till tillkännagivandet för bedömningen av horisontella koncentrationer. Frågan uppkommer om man menat att detta begrepp i sammanhanget skall komma att ersätta dominerande ställning eller om kommissionen helt enkelt velat visa att andra parametrar inom koncentrationskontrollen kan komma att utvecklas. I oligopolsituationer där varken en marknadsdominans eller ett samordnat beteende kan påvisas kan möjligtvis en tillämpning av begreppet överlägsen marknadsposition accepteras. I förlängningen kan dock detta inte användas som alternativ då ett rättfärdigande av ett förbud mot en anmäld koncentration inte kan finnas annorstädes. Genom ett liknande förfarande kan kommissionen dessutom åtnjuta klara fördelar i sin administration och kontroll av koncentrationsärenden då de berörda parterna lastas med en bevisbörda, vilken i vissa fall kan bli mycket betungande.

Då kommissionen i de flesta fall presumerar en snedvridning av konkurrensen vid ett skapande eller en förstärkning av en dominerande ställning kan det tänkas att denna ”strategi” även används då en överlägsen marknadsposition konstateras. Den enda möjligheten för berörda företag att erhålla ett godkännande av den aktuella koncentrationen är då att argumentera för att de effektivitetsvinster som kan uppnås överstiger de konkurrensnackdelar koncentrationen eventuellt kan ge upphov till. Kommissionens bevisbörda sänks i praktiken kraftigt och näringslivet som kollektiv förlorar både rent ekonomiskt och tidsmässigt. Dominanskriteriet urgröps och kravet på rättssäkerhet uppfylls därmed inte tillfredsställande.

Har kommissionen för avsikt att övergå till en tillämpning av ett rent skaderekvisit, liknande det som används i SLC-testet, bör detta klart anges. Genom definitionen av dominerande ställning i förslaget till den nya koncentrationsförordningen anser jag att man kommit en bra bit på väg mot ett klagörande av rättsläget. Vad som ytterligare eftersträvas är dock en klar och tydlig linje av hur dominerande ställning definieras och tillämpas i kommissionens koncentrationskontrollerande verksamhet. Det skall dock hållas i åtanke att den mängd koncentrationsärenden och den skillnad i karaktär dessa uppvisar sinsemellan innebär att en heltäckande definition av dominerande ställning svårligen kan uppställas.

Kommissionen har genom sina tillkännagivanden över vissa för den europeiska konkurrensrätten viktiga områden medverkat till ett klagörande av rättsområdet och en för näringslivet viktig indikation över hur ärenden kan komma att behandlas och bedömas. Varför inte även producera och sammanställa de bevekelsegrunder kommissionen och gemenskapens domstolar använder sig av vid dominantestet i ett ytterligare tillkännagivande? Viktigt att ha i åtanke är dock att dessa dokument inte är rättsligt bindande, vare sig för kommissionen eller för domstolarna, men de bygger på en värdefull erfarenhet, vilken byggts upp under en relativt lång tidsperiod.

8.3 Självständigt gemensamma företag

Efter det att även självständigt fungerande gemensamma företag inkluderats i koncentrationsförordningens tillämpningsområde har antalet joint ventures, vilka har kunnat förhandsanmälas till kommissionen ökat. Den nuvarande ordningen innebär för de berörda företagen en klar fördel utifrån ett företagsekonomiskt perspektiv. Man har på detta sätt fått en möjlighet att planera och göra en relativt trovärdig analys av framtida effekter av investeringar och utvidgningar av sin verksamhet. Detta eftersom många av de joint ventures vilka tidigare kunde förbjudas i efterhand under EGF, numera kontrolleras av kommissionen i en förhandsgranskning enligt koncentrationsförordningen. Genom den ytterligare förändring som nu görs i förslaget till ny koncentrationsförordning, varigenom ett mer flexibelt system för förhandsanmälningar införs, kan joint ventures (liksom andra företagskoncentrationer) dessutom dra vidare fördelar av en mer liberal initial handläggningsadministration.

En av de anledningar som anfördes för utvidgningen av koncentrationsförordningen 1997 var att behovet av en klar och översiktlig reglering av detta område var nödvändig. Den efterhandskontroll som gjordes av kooperativa joint ventures under konkurrensreglerna i EGF var inte tillräcklig och indelningen av joint ventures i kooperativa och koncentrativa ansågs inte tillfredsställande. Den bedömning som nu görs av självständigt fungerande gemensamma företag följer generellt den bedömning som görs av koncentrationer i allmänhet. På grund av ett joint ventures specifika karaktär finns dock viktiga skillnader.

Ett joint venture kan ibland få som effekt ett samordnat beteende mellan moderbolagen, den kooperativa delen. Kan kommissionen anta att en risk för ett sådant beteende uppkommer görs en bedömning i denna del utifrån en tillämpning av artikel 81 EGF. Denna bedömning är dock inte helt problemfri, vilket har redogjorts för i uppsatsen. Detta gäller framför allt de olika begreppsdefinitioner och den tillämpningsdiskrepans som föreligger mellan EGF:s regler å ena sidan och koncentrationsförordningen å den andra. Återknyter man detta resonemang till frågan om definitionen av begreppet dominerande ställning i förordningen blir resultatet att ett joint ventures eventuella dominerande ställning avgörs under koncentrationsförordningen medan risken för ett samordnat beteende mellan moderbolagen bedöms under EGF och de begreppsdefinitioner som används där.

En ytterligare juridisk fråga, vilken uppkommer i samband med det dubbla regelsystemet som tillämpas av kommissionen vid kontrollen av föransmällda joint ventures, är hur det konkurrensrättsliga systemet i EGF hänger samman med koncentrationsförordningen.

Koncentrationsförordningen bygger som bekant på den grundläggande principen om förhandsanmälan, vilket innebär att kommissionen fokuserar sin bedömning på framtida konkurrensproblem som kan förväntas uppkomma som resultat av en koncentration. Bedömningen under EGF, däremot, görs i allmänhet av redan uppkomna konkurrensproblem på den gemensamma marknaden. Frågan man ställer sig i denna del är huruvida detta kan komma att medföra tillämpningsproblem i den konkurrensrättsliga analysen av joint ventures. Målet inom gemenskapsrätten är ett icke-diskriminerande beslutsförfarande och att de rättsliga begreppen i möjligaste mån definieras enhetligt. Den allmänna tendensen inom gemenskapens konkurrensområde är att förenkla administrationen och, i enlighet med subsidiaritetsprincipen, föra ner beslut och regleringar på en nationell nivå då det är möjligt. Inom området för koncentrationskontrollen har dock denna trend inte följts. Tvärtom, kommissionen tycks ha för avsikt att skilja kriterierna under koncentrationsförordningen från de under EGF samtidigt som man klart angivit att samma bedömningskriterier skall gälla för samordnat beteende mellan ägarna till ett självständigt fungerande gemensamt företag som för de fall som faller in under artikel 81 EGF direkt.

Vad gäller kommissionens (MTF:s) policy att som regel främst intressera sig för risk för ett samordnat beteende i fall där moderbolagen fortsätter att verka på samma marknad som det gemensamt ägda företaget hänvisar jag till kapitel 6.4.2 ovan för en mer utförlig analys.

8.4 En framtida utveckling

På grund av politiska beslut har en mängd marknader inom gemenskapen avreglerats och kraftigt liberaliserats. Detta har inneburit att en mängd företag fått möjlighet att utveckla sin verksamhet här och på ett helt nytt sätt kunna fungera på en relativt konkurrensutsatt marknad. Detsamma gäller även för marknader med stark utvecklingspotential, som till exempel tjänste- och varuförsäljning över Internet. Den ökning som skett av koncentrationsärenden till kommissionen representeras främst av företag från dessa marknader. En företagskoncentration här kan i framtiden se mycket olika ut i jämförelse med hur det ser ut i dag. Stora företag som redan verkar på till exempel den "traditionella" tjänste- och varumarknaden utvecklar sina verksamhetsområden till att även omfatta den växande "online-marknaden". Företag inom samma eller liknande sektorer samarbetar för att vinna fördelar av resursallokeringar och forskningsresultat, vilket kan leda till en utestängning av potentiella, alternativt resursfattiga, konkurrenter på samma marknad. Det har dock visat sig att kommissionen i sin kontroll av företagskoncentrationer på till exempel telekommunikationsmarknaden har kunnat använda sig av nuvarande konkurrensregler trots detta relativt nya område. Det är dock inte lika självklart att samma resultat uppnås då nya typer av företagskonstellationer uppstår. Kommissionen har redan visat att man i takt

med marknadsutvecklingen kan tänka sig att förändra de existerande reglerna. Jag tänker här främst på 1997 års ändringsförordning där man beslöt att utvidga förordningens tillämpningsområde till att även omfatta vissa kooperativa joint ventures vilka var självständigt fungerande. Kan man vänta sig en ytterligare utvidgning i nästa översyn av förordningen?

Då kommissionens avdelning för företagskoncentrationsärenden, MTF, inom en snar framtid kommer att försvinna ur organisationen uppkommer ännu en fråga om hur koncentrationer kan komma att bedömas. MTF:s uppgifter övertas av de reguljära avdelningarna inom kommissionen vilka i dagsläget i huvudsak handhar antitrustfrågor under EGF. Hur kan detta komma att påverka den materiella bedömningen av koncentrationer i allmänhet och joint ventures i synnerhet? De personer som är vana vid dels en efterhandskontroll av konkurrensärenden, dels vid en annan begreppsdefinition befinner sig då i en situation där andra regler skall tillämpas och där utgångspunkten är något annorlunda.

Låt mig börja med problematiken kring substansstestet. Definitionen av dominerande ställning under koncentrationsförordningen har i och med förordningsförslaget skiljts från den definition av begreppet som används vid tillämpningen av artikel 82 EGF. Dominansprövningen under förordningen innefattar även en prövning av konkurrensskaderisken vilket innebär att det dominanskriterium som används i fördraget inte är intressant. Man hade med andra ord inte varit nödgad att skilja dem åt om skaderekvisitet inte använts. Antitrustreglerna bygger på en i efterhand gjord dominansprövning av berörda företags ställning på marknaden. MTF har av naturliga skäl en erfarenhet och vana av att i stället använda sig av en prognosfokuserad bedömning där både dominans- och skaderekvisiten används.

Kommissionen har dessutom som skäl för den autonoma tolkningen av dominerande ställning i förordningen angett att man vill undvika att en eventuell framtida omtolkning av begreppet i artikel 82 kan komma att påverka begreppets användning i koncentrationsförordningen. Detta innebär att samma personer inom kommissionens kontrollerande verksamhet måste ha förmåga att kunna förhålla sig till två olika definitioner av samma begrepp beroende av vilken typ av ärende de skall besluta i. En möjlig utgång av detta kan vara att den dominansprövning som görs av företagskoncentrationer i framtiden kan komma att närma sig den prövning som görs under EGF.

Vidare kan omorganisationen inom kommissionen enligt min mening även komma att påverka bedömningen av risken för ett samordnat beteende mellan ägarna till ett joint venture. Den omedelbara risken är att fokuseringen på reglerna i förordningen som MTF intar i koncentrationsärenden kan komma att övergå till en nära direkt applicering av EGF:s regelverk då en kooperativ del av ett joint venture misstänks. Anledningen till att detta kan uppstå är att omorganisationen innebär att

kontrollen av företagskoncentrationer inte längre koncentreras till en avdelning inom kommissionen utan slås ut över ett flertal direktorat. Arbetet inom dessa inriktas främst på specifika marknader och syftar till att specialkompetens uppnås. MTF:s utvecklade praxis och policy i joint venture-ärenden riskerar härmed att gå förlorad. Ett exempel på detta är att MTF som huvudregel endast beaktar situationer där moderbolagen finns kvar på samma marknad där det gemensamma företaget verkar, vid bedömningen av risken för ett samordnat beteende dem emellan. Det finns således en risk för att den kontrollerande verksamheten av joint ventures (och naturligtvis koncentrationer i allmänhet) kan komma att förändras mot en mer antitrustliknande tillämpning av EGF:s konkurrensregler och begrepp.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Brittan, Leon *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Cambridge Grotius Publications, Cambridge 1991.
- Cook, C.J.
Kerse, C.S. *E.C. Merger Control*, Sweet & Maxwell 3:e uppl., London 2000.
- Cooter, Robert
Ulen, Thomas *Law & Economics*, Addison Wesley Longman 3:e uppl., 2000.
- Craig, Paul
de Búrca, Gráinne *EU Law – Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press 3:e uppl., Oxford 2003.
- Dhunér, Karl-Johan *Förfarandet i konkurrensrätten – EGs och svensk konkurrenslagstiftning i praktisk tillämpning*, Iustus Förlag, Uppsala 1995.
- Goyder, D.G. *EC Competition Law*, Oxford EC Law Library 3:e uppl., Oxford 1998.
- Gualtieri, Guiseppina
(red) *The Impact of Joint Ventures on Competition – the Case of Petrochemical Industry on the EEC*, final report, Office for Official Publications of the European Communities, Bryssel-Luxemburg 1991.
- Hildebrand, Doris *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International 2:a uppl., Haag 2002.
- Jones, Christopher
González-Díaz, Enrique *The EEC Merger Regulation*, Sweet & Maxwell, London 1992.
- Linder, Fredrik *Joint ventures konkurrensrättsliga ställning enligt EG-rätten i jämförelse med svensk rätt*, Institutet för Europeisk Rätt vid Stockholms Universitet, Stockholm 1995.
- Neven, Damien
Nuttall, Robin
Seabright, Paul *Merger in Daylight. The Economics and Politics of European Merger Control*, Centre for Economic Policy Research 1993.

Rapporten: *Competition Policy and Joint Ventures*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris 1986.

Rivas, José

The EU Merger Regulation and the Anatomy of the Merger Task Force, Kluwer Law International, London 1999.

Periodika

Ahlborn, Christian
Turner, Vanessa

Expanding Success? Reform of the E.C. Merger Regulation, ECLR 1998, s. 249.

Armani, Enrico Maria

Alitalia-KLM: A new trend in assessing airline alliances?, Competition Policy Newsletter No 3, October 1999, s. 19.

Art, Jean-Yves

Developments in EC Competition Law in 1998: An Overview, CMLR 1999, s. 971.

Bergman, Mats
Carlsson, Kenny
Hogersson, Jörgen

EU-kommissionens förslag till "Horizontal Merger Guidelines", Konkurrensnytt 2:2003.

Denness, Jonathan

Application of the New Article 2(4) of the Merger Regulation – a Review of the First Ten Cases, Competition Policy Newsletter No 3, October 1998, s. 30.

Elmstedt, Johanna

Faktisk eller potentiell konkurrens vid bedömning av joint ventures, Konkurrens 1999 nr 4, s. 15.

Joergensen, Carina
Marshall, Neil

Internet Joint Ventures and the Quest for Exclusive Content: The T-Online Cases, Competition Policy Newsletter No 2, June 2002, s. 57.

Kemp, John

Recent Developments and Important Decisions, Competition Policy Newsletter No 1, February 1999, s. 40.

Lidgard, Hans Henrik

Dominans- eller skaderekvisit, Konkurrensnytt 3:2003.

Lidgard, Hans Henrik

Ändrad koncentrationsbedömning, Konkurrensnytt 1:2003.

Zonnekeyn, G. A. *The Amendments to the E.C. Merger Regulation*,
ECLR 1998, s. 414.

Offentligt tryck från kommissionen

Kommissionens förslag till rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, *KOM (2002) 711, EGT C20, 28.01.2003, s. 4-57.*

Utkast till kommissionens tillkännagivande om bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, *KOM (2002), 11.12.2002.*

XXXI:e Rapporten om konkurrenspolitiken 2001, Bryssel-Luxemburg 2002.

Kommissionens Grönbok om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89, *KOM (2001) 745 slutlig, 11.12.2001.*

Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration, *EGT C188, 4.7.2001, s. 5.*

Kommissionens tillkännagivande om begreppet självständigt fungerande gemensamma företag enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, *EGT C66, 2.3.1998, s. 1.*

Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, *EGT C66, 2.3.1998, s. 5.*

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, *EGT C372, 9.12.1997, s. 5.*

Gemenskapens rättsakter

Rådets förordning (EG) nr 1310/97, EGT L180, 9.7.1997, s.1; rättelse i EGT L40, 13.2.1998, s. 17. ("Ändringsförordningen").

Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT L395, 30.12.1989, s. 1; rättelse i EGT L257, 21.9.1990, s. 13. ("Koncentrationsförordningen").

Övrigt

Pressmeddelande IP/03/603: *Kommissionen omorganiserar konkurrensavdelningen inför utvidgningen*, Bryssel den 30 april 2003.
<http://www.europa.eu.int>.

Greenpaper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 ("Merger Review"), Summary of the Replies Received,
http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments/summary_publication.pdf

Industry dialogue on air transport competition policy. Explanatory questionnaire on selected airline alliances and merger competition assessment issues.
http://www.europa.eu.int/comm/competition/general_info/airline/eu.pdf.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EG-domstolen

Förenade mål C-68/94 & C-30/95, *Frankrike ./. Kommissionen*, [1998] REG I-1375.

Mål 6/72, *Europemballage & Continental Can ./. Commission*, [1973] ECR 215.

Rättsfall från Förstainstansrätten

Mål T-251/00, *Lagerdère m.fl. ./. Kommissionen*, dom avgiven 2002.11.20.

Mål T-342/99, *Airtours ./. Kommissionen*, [2002] ECR II-2585.

Mål T-102/96, *Gencor ./. Kommissionen*, [1999] REG II-753.

Kommissionens beslut

Ärende IV/M.3097, *Maersk Data/Eurogate IT/Global Transport Solutions*, [2003]. Pressmeddelande IP/03/369, 13.03.2003.
Se <http://www.europa.eu.int>.

Ärende COMP/JV.56, *Hutchison/ECT*, [2001].

Ärende COMP/M.2243, *Stora Enso/AssiDomän/JV*, [2000].

Ärende COMP/M.1863, *Vodafone/BT/Airtel JV*, [2000].

Ärende COMP/JV.19, *KLM/Alitalia*, [1999].

Ärende IV/JV.12, *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola*, [1998].

Ärende IV/JV.6, *Ericsson/Nokia/Psion*, [1998].

Ärende IV/JV.3, *BT/Airtouch/Group Acciona/Airtel*, [1998].

Ärende IV/JV.1, *Telia/Telenor/Schibsted*, [1998].

Ärende IV/M.1315, *ENW/Eastern*, [1998].

Ärende IV/M.791, *British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd*, [1996].

Ärende IV/M.490, *Nordic Satellite Distribution*, [1996].

Ärende IV/M.425, *British Telecom/Banco Santander*, [1994].

Ärende IV/M.353, *British Telecom/MCI Communications Corporation*, [1993].

Ärende IV/M.259, *British Airways/TAT*, [1992].

Ärende IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, [1992].

Ärende IV/M.53, *Aerospetiale-Alenia/De Havilland*, [1992].