



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Donart Topalli

Kollektiv dominans och företagskoncentrationer

- *Problem och utmaningar ur rättssäkerhetssynpunkt*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Kacper Szkalej

Termin: HT 2022

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING.....	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING.....	4
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Metod och material	5
1.4 Avgränsningar.....	6
1.5 Disposition	6
2 ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER	8
2.1 Rättssäkerhet	8
2.2 Bakgrund till konkurrensrätten	10
2.2.1 Ekonomisk teori	10
2.2.2 Den inre marknaden och konkurrensrättens roll.....	12
2.3 Koncentrationsförordningen	13
2.3.1 Anmälningförfarandet.....	13
2.3.2 Prövningen.....	16
3 KOLLEKTIV DOMINANS.....	20
3.1 Bakgrund till konceptet.....	20
3.2 Konceptets närmare innebörd – utveckling i rättspraxis	21
3.3 Kollektiv dominans och rättssäkerhet	26
4 AVSLUTNING	29
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	31
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	33

Summary

In order to maintain the function within the European Union internal market it is required that there be a functioning competition. It is one of the many purposes behind the Union's competition law. In this regard, the merger regulation constitutes an ex ante control. Furthermore, it stipulates that concentrations between undertakings above a certain size must be notified in advance to the European Commission for review, with the possibility of being prohibited as the ultimate sanction if the concentration would significantly impede effective competition on the internal market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position. It has been determined by the Court of Justice of the European Union (CJEU) that a dominant position can be held by two or more, legally independent, undertakings jointly – often referred to as collective dominance.

The thesis investigates the problems and challenges from a legal certainty point of view that the concept of collective dominance when applying the merger regulation poses for undertakings. For this purpose, it is determined what is required for a collective dominance to exist within the framework of an application of the merger regulation. The meaning of legal certainty within an EU legal context is also clarified. This is done on the basis of an EU legal dogmatic method.

The thesis draws attention to a series of challenges and problems from a legal certainty point of view. Since it cannot be inferred from the wording of the concentration regulation that more than one undertaking can have dominance, it is required that one is familiar with the case law of the CJEU in order to be able to assess whether a concentration between undertakings may be affected by the concept of collective dominance. Case law in the field is, in turn, complex and often difficult to interpret. The limits of the concept are also not completely clear. Against this background, it is proposed that the Commission, in order to increase legal certainty, avoid applying the concept of collective dominance when examining merger notifications.

Sammanfattning

För att upprätthålla funktionen inom Europeiska unionens inre marknad erfordras att det råder en fungerande konkurrens. Det är ett av de många syftena bakom unionens konkurrensrätt. Koncentrationsförordningen utgör i sammanhanget en förhandskontroll, och föreskriver att företagskoncentrationer över en viss storlek måste förhandsanmälas till Europeiska kommissionen för granskning, med möjlighet att som yttersta sanktion förbjudas om koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks. EU-domstolen har fastslagit att en dominerande ställningen kan innehas av två eller flera, från varandra juridiskt sett oberoende, företag gemensamt – ofta benämnt kollektiv dominans.

I uppsatsen utreds vilka problem och utmaningar ur rättssäkerhetssynpunkt som konceptet kollektiv dominans vid tillämpning av koncentrationsförordningen utgör för företag. För ändamålet fastställs vad som krävs för att kollektiv dominans ska vara för handen inom ramen för en tillämpning av koncentrationsförordningen. Även innebörden av rättssäkerhet inom en EU-rättslig kontext klargörs. Detta görs med utgångspunkt i en EU-rättslig metod.

Uppsatsen uppmärksammar en rad utmaningar och problem ur rättssäkerhetssynpunkt. Med anledning av att det inte från ordalydelsen i koncentrationsförordningen kan utläsas att mer än ett företag kan besitta dominans, förutsätts det att man är insatt i EU-domstolens praxis för att kunna bedöma om en företagskoncentration kan komma att träffas av konceptet kollektiv dominans. Praxis på området är i sin tur snårigt och många gånger svårtolkad. Konceptets gränser är heller inte helt klarlagda. Mot den bakgrunden föreslås det att kommissionen, i syfte att främja rättssäkerheten, undviker att tillämpa konceptet kollektiv dominans när den prövar koncentrationsanmälningar.

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
Kommissionen	Europeiska kommissionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Koncentrationsförordningen	Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer
SIEC-testet	Significant impediment to effective competition-testet

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den inre marknaden är en av de mest grundläggande och centrala delarna inom EU. För att upprätthålla dess funktion erfordras att det råder en fungerande konkurrens inom den. Samtidigt präglas många näringsgrenar av en kontinuerligt ökad företagskoncentration – uppmärksammade nya företagsförvärv från de internationella företagens sida görs fortlöpande. Lagstiftaren har funnit det nödvändigt att kontrollera att strukturförändringar genomförs på ett sådant sätt att man bibehåller en fungerande konkurrens på marknaden. Ordningen som valts innebär att företagskoncentrationer över en viss storlek måste förhandsanmälas till Europeiska kommissionen för granskning, med möjlighet att som yttersta sanktion förbjudas om koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Regleringen återfinns i koncentrationsförordningen.¹

I normalfallet innehas en dominerande ställning av endast ett företag. EU-domstolen har dock fastslagit att en dominerande ställning även kan innehas av *två eller flera*, från varandra juridiskt sett oberoende, företag gemensamt – ofta benämnt kollektiv dominans.² Användning av konceptet vid tillämpning av koncentrationsförordningen kan tyckas utmanande och osäkert vilket väcker frågor, varav vissa avses att behandlas i denna uppsats.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka vilka problem och utmaningar ur rättssäkerhetssynpunkt som konceptet kollektiv dominans vid tillämpning av koncentrationsförordningen utgör för företag. Det centrala för undersökningen är därför att utreda dels vad som krävs för att två eller flera företag ska anses ha en kollektiv dominerande ställning inom ramen för en tillämpning

¹ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

² Benämns även kollektiv dominerande ställning, gemensam dominans, oligopolistisk dominans.

av koncentrationsförordningen, dels innebörden av rättssäkerhet i en EU-rättslig kontext.

1.3 Metod och material

Ett uppfyllande av uppsatsens syfte och besvarande av frågeställningarna förutsätter ett fastställande av gällande rätt. Det är mot den bakgrunden som en analys kan företas. Det finns härvidlag utrymme att inta ett kritiskt förhållningssätt.

Med anledning av det anförda utgör den EU-rättsliga metoden³ en utgångspunkt. Metoden går ut på att fastställa gällande rätt utifrån de allmänt vedertagna rättskällorna.⁴ I förevarande fall har FEU,⁵ FEUF⁶ och koncentrationsförordningen varit till användning; framför allt när det redogjorts för EU:s konkurrensrätt. I sammanhanget har även kommissionens riktlinjer och tillkännagivanden använts. Trots att dessa inte är bindande för EU-domstolen i dess dömande verksamhet,⁷ kan de i praktiken inneha en påtaglig normgivande verkan och utgöra en vägledning vid tolkning av unionsrätten.⁸ Så är särskilt fallet vad gäller tolkning av EU:s konkurrensrätt då det är kommissionen som i första hand övervakar och tillämpar den.⁹

EU-domstolen¹⁰ har enligt artikel 19 FEU ett generellt mandat att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av unionsrätten. Dess rättspraxis utgör följaktligen en central rättskälla.¹¹ EU-domstolens rättspraxis har därför intagit en viktig roll i arbetet, särskilt då konceptet kollektiv dominans utvecklats av domstolen. Härvid ska det tilläggas att vid tolkning av rättsakter, såsom förordningar, bör man noga beakta vad som framgår av ingressen (preambeln) till rättsakten – där preciseras rättsaktens syfte och vad som tagits

³ EU-rättslig metod kan likställas med rättsdogmatisk metod, med skillnaden att i den förstnämnda tas avstamp i EU:s rättsordning.

⁴ Nääv & Zamboni (2018), s. 21.

⁵ Fördraget om Europeiska unionen.

⁶ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

⁷ Jfr. artikel 288 FEUF; Bernitz & Kjellgren (2022), s. 211.

⁸ Nääv & Zamboni (2018), s. 128.

⁹ Jfr. Bernitz & Kjellgren (2022), s. 211 och 422.

¹⁰ Innefattande tribunalen.

¹¹ Se Bernitz & Kjellgren (2022), s. 196.

i beaktande vid dess utfärdande. Därför har ingressen till koncentrationsförordningen beaktats i arbetet.

Till hjälp för utredningen har även den omfattande konkurrensrättsliga doktrinen varit. Trots att EU-domstolen inte citerar juridisk doktrin i sina domar, utnyttjas det likväl i dess dömande arbete – varför jag ansett det berättigat att användas i uppsatsen.¹² Slutligen har doktrin också varit viktigt för att utreda vad rättssäkerhet inom en EU-rättslig kontext innebär.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen begränsas primärt genom att endast behandla EU:s konkurrensrätt. Vidare ämnar inte uppsatsen att undersöka de i många fall komplexa ekonomiska analyser som måste göras vid tillämpning av konkurrensrätten – uppsatsen är inriktad på de juridiska frågorna som uppkommer och ekonomiska aspekter redogörs för endast i den mån de är nödvändiga för att fastställa gällande rätt.

Vidare är rättssäkerhet ett vitt begrepp och det saknas tid och utrymme att företa en heltäckande redogörelse för dess innebörd. Därför har jag allmänt berört området och valt att i huvudsak ta upp aspekter som jag bedömt kan vara relevanta för att uppfylla uppsatsens syfte.

1.5 Disposition

Framställningen fortsätter med ett kapitel där det redogörs för några allmänna utgångspunkter. Mer specifikt redogörs det för begreppet rättssäkerhet, både allmänt och i en EU-rättslig kontext. Därefter följer en beskrivning av grundläggande ekonomiska marknadsformer. Vidare behandlas EU:s inre marknad och konkurrensrätten. I kapitlets sista del redogörs det för koncentrationsförordningens grunder. Härvid behandlas särskilt anmälningförfarandet och prövningen av en företagskoncentrations förenlighet med den inre marknaden. Sammantaget ämnar kapitlet till att lägga grunden för resterande del

¹² Bernitz & Kjellgren (2022), s. 219.

av uppsatsen. I det tredje kapitlet redogörs det för konceptet kollektiv dominans varvid problem och utmaningar ur rättssäkerhetssynpunkt identifieras och analyseras. I uppsatsens sista kapitel sammanfattas utredningen och personliga reflektioner presenteras.

2 Allmänna utgångspunkter

2.1 Rättssäkerhet

Rättssäkerhet är ett begrepp som har nära anknytning till rättsstatsideologin.¹³ Begreppet kan delas in i formell rättssäkerhet och materiell rättssäkerhet, varvid denna framställning fokuserar på den förstnämnda delen. Rättssäkerhetsbegreppet är omstritt och det saknas en given definition. Det grundläggande innehållet i begreppet anses ofta omfatta ett förutsebarhetskrav. Grundtanken är att rättskipning och myndighetsutövning i en demokratisk rättsstat måste vara förutsebar med stöd av rättsreglerna. Förutsebarheten är i sin tur större desto exaktare och generellare rättsreglerna är.¹⁴ Av det sagda följer att rättssäkerhetsbegreppet kan uttryckas som en förutsebarhetsprincip.¹⁵ Den formuleringen ska däremot inte betraktas som en handlingsregel utan en värdeprincip. Principen uppställer ett ideal, vilket kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre.¹⁶ En motivering till denna strävan är att en individ effektivare kan planera sitt liv desto lättare det är att förutse de rättsliga besluten. Något som i sin tur är väsentligt för ett samhälles fortskridande.¹⁷

Även inom EU-rätten återfinns rättssäkerhetsprincipen, och likaså saknas en exakt definition.¹⁸ Det som kan sägas är att det är en princip vars grundelement är att rättstillämpningen måste vara förutsägbar. Det ska så långt som möjligt gå att säkert bedöma rättsläget. EU-domstolen har flertalet gånger i sina avgöranden hänvisat till rättssäkerhetsprincipen.¹⁹ I *Intertanko*-målet uttalade domstolen att ”[r]ättssäkerhetsprincipen utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip som bland annat fordrar att bestämmelser ska vara klara och precisa, så att enskilda på ett otvetydigt sätt kan få kännedom om

¹³ Jfr. Wennerström, SvJT 2007 s. 28.

¹⁴ Peczenik (1995), s. 89 f.

¹⁵ Peczenik menar att det finns ett sammanjämningsbehov mellan förutsebarhetsprincipen och andra etiska värden, vilket kan tillgodoses genom att eftersträva ett ideal om materiell rättssäkerhet. Se Peczenik (1995), s. 95 ff.

¹⁶ Ibid. s. 92.

¹⁷ Bernitz, Groussot, & Schulyok (2013), s. 200.

¹⁸ Raitio (2010), s. 125.

¹⁹ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 175.

sina rättigheter och skyldigheter och vidta åtgärder i enlighet därmed”.²⁰ Det har vidare bekräftats av EU-domstolen att principen ska iaktas av unionens institutioner.²¹

Rättssäkerhetsprincipen inom EU-rätten utgör en övergripande princip. Ur principen har domstolen utvecklat vissa andra allmänna principer som utgör underprinciper till rättssäkerhetsprincipen. Bland dessa urskiljs principen om skydd för berättigade förväntningar och principen om skydd för retroaktiv lagstiftning. Även proportionalitetsprincipen fungerar som en rättssäkerhetsprincip.²²

Principen om skydd för berättigade förväntningar innebär att den enskilde ska kunna handla och bedriva näringsverksamhet i berättigad förväntning om att den rådande unionslagstiftningen ska fortsätta att gälla. Det gäller i synnerhet om försäkringar om detta getts av företrädare för en EU-institution. Förväntningen måste vara skälig och inte av en ekonomisk spekulativ karaktär. Principen har samband med principen om *res judicata* – lagkraftvunna domstolsavgöranden står kvar.²³ Vad gäller principen om skydd för retroaktiv lagstiftning är huvuddraget att det råder förbud mot lagstiftning av materiell karaktär som verkar till nackdel för enskilda rättssubjekt.²⁴ Det erfordras att alla faktiska omständigheter, om inget uttryckligen talar för motsatsen, bedöms mot bakgrund av de rättsregler som gällde när omständigheterna inträffade.²⁵ Vidare uttrycks proportionalitetsprincipen i artikel 5.4 FEU, och innebär att vidtagna åtgärder för att uppnå ett ändamål inte får vara mer betungande eller långtgående än som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade ändamålet. Störst betydelse har proportionalitetsprincipen som allmän rättsprincip inom ramen för rättstillämpningen, särskilt i EU-domstolens praxis, och utgör en slags rimlighetskontroll.²⁶

²⁰ Mål C-308/06, *Intertanko m.fl. mot Förenade kungariket*, p. 69.

²¹ Mål C-376/02, *Stichting "Goed Wonen" mot Staatssecretaris van Financiën*, p. 32.

²² Bernitz & Kjellgren (2022), s. 173 och 175.

²³ *Ibid.* s. 177 f.

²⁴ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 176.

²⁵ Mål C-17/10, *Toshiba m.fl. mot Republiken Tjeckien*, p. 50.

²⁶ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 171 f.

2.2 Bakgrund till konkurrensrätten

2.2.1 Ekonomisk teori

Konkurrensrätten är ett område som är tätt sammankopplat med ekonomi. Det är därför relevant att redogöra för grundläggande ekonomiska marknadsformer. Framställningen tar upp tre olika marknadsformer, nämligen *perfekt konkurrens*, *monopol* och *oligopol*, och syftar till att stödja i förståelsen för konkurrensrätten, särskilt vad gäller konceptet kollektiv dominans.²⁷

För att en marknad ska vara präglad av *perfekt konkurrens* behöver vissa förutsättningar vara uppfyllda. Huvudsakligen krävs det att marknaden i fråga kännetecknas av ett stort antal säljare och köpare, inga in- och utträdes hinder, homogena produkter²⁸ och full transparens.²⁹ Producenterna ska vara medvetna om förändringarna i pris och efterfrågan och kvickt kunna reagera genom att öka eller minska produktionen – framför allt då det inte råder hinder för att beträda eller lämna marknaden. Detta förutsätter vidare att alla producenter är medvetna om de effektivaste produktionssätten och att inget företag är mer effektivt än de andra på marknaden.³⁰

Nämnda omständigheter medför ett främjande av produktutveckling och innovationer.³¹ Priset som marknaden sätter för en viss produkt är lägre än vad en konsument hade varit beredd att betala. Samtidigt är priset som producenten erhåller för sina produkter högre än den hade varit beredd på att acceptera. Vidare kan ingen producent påverka priset på egen hand. Ordningen med perfekt konkurrens renderar således i att maximera välbefindandet hos både producenter och konsumenter.³² Däremot är perfekt konkurrens en mycket ovanlig förekomst.³³

²⁷ Med anledning av ett begränsat utrymme måste detta avsnitt limiteras till grundläggande aspekter.

²⁸ Produkter med så pass lika egenskaper att de är utbytbara med varandra.

²⁹ Whish & Bailey (2021), s. 6.

³⁰ Faull & Nikpay (2014), s. 20.

³¹ Jfr. Bernitz (2019), s. 39.

³² Whish & Bailey (2021), s. 7 f.

³³ Ibid. s. 12.

Monopol är den motstående extremiteten till perfekt konkurrens och är också en ovanlig förekomst. Monopol föreligger på en marknad om det bl.a. för en viss produkt endast finns en producent men många köpare, och hinder som praktiskt taget förhindrar potentiella konkurrenter från att inträda på marknaden.³⁴

På en sådan marknad kan monopolisten ändra priset unilateralt. Genom att minska produktionen eller utbudet, vilket inte hade varit ekonomiskt rationellt under perfekt konkurrens, kan monopolisten öka sin vinst eftersom efterfrågan kvarstår. På grund av brist på konkurrens försvinner incitamentet till att exempelvis minska produktionskostnaderna eller vidareutveckla produkten. Det leder på det hela taget till en minskad ekonomisk effektivitet.³⁵

Medan perfekt konkurrens och monopol utgör två ytterligheter, kan man säga att *oligopol* är en mellanform. På en oligopolmarknad finns det ett fåtal producenter – dock minst två.³⁶ Marknaden kännetecknas huvudsakligen av att producenterna är införstådda med, eller åtminstone tror, att deras individuella agerande gällande produktionstakt, prissättning etc. har märkbar påverkan på marknaden och därav kan framkalla reaktioner från konkurrenter.³⁷

Oligopolmarknader är svåra att analysera och beteendet på marknaden kan vara oberäkneligt. Exempelvis kan marknadspriset för en produkt vara lika lågt som om det rådde perfekt konkurrens, lika högt som om det vore fråga om monopol, eller någonstans däremellan.³⁸ Ett fenomen som kan förekomma på en oligopolmarknad är samordnat förfarande mellan företag. Både explicit samordning, genom exempelvis avtal, och tyst samordning, genom att företagen undviker att konkurrera med varandra p.g.a. risken för motreaktioner från konkurrenterna.³⁹ Det kan under dessa omständigheter finnas

³⁴ Faull & Nikpay (2014), s. 21 f.

³⁵ Whish & Bailey (2021), s. 9.

³⁶ En marknad med enbart två aktörer kan även benämnas *duopol*.

³⁷ Faull & Nikpay (2014), s. 25.

³⁸ Ibid.

³⁹ Beteendet kan förklaras av spelteori, särskilt det s.k. *fångarnas dilemma*; se vidare Faull & Nikpay (2014), s. 28 ff.

risk för kollektiv dominans, vilket bl.a. träffas av unionsrättens regler om koncentrationskontroll (se kapitel 3).⁴⁰

2.2.2 Den inre marknaden och konkurrensrättens roll

Den inre marknaden är en av de mest grundläggande och centrala delarna av EU och har sin utgångspunkt i artikel 3.3 FEU. Det kan i artikel 26.2 FEUF utläsas en definition för den inre marknaden. Av artikeln framgår det att den inre marknaden är ett område utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital är säkerställt. Den kännetecknas alltså av ett avskaffande av handelshinder mellan medlemsstaterna och ett säkerställande av *de fyra friheterna*.⁴¹

Den inre marknaden syftar till att främja ekonomisk sammanhållning mellan medlemsstaterna och bygger på tanken att tillväxt och effektiv produktion, liksom en lämplig specialisering och fördelning av produktionsresurserna inom EU, ska uppnås genom att medlemsstaternas marknader transformeras till en gemensam marknad med samordnad ekonomisk politik – baserad på näringsfrihet och principen om en social marknadsekonomi med *hög konkurrenskraft*.⁴²

Medan avskaffande av handelshinder och säkerställande av de fyra friheterna rör näringsidkarens ställning på den inre marknaden i förhållande till olika begränsningar uppställda av stater och det offentliga i vid mening, handlar konkurrensrätten om begränsningar för marknadstillträde och konkurrens som härrör från privata aktörer – alltså av själva näringslivet. EU-domstolen har markerat konkurrensrättens centrala ställning inom EU genom att tala om dess nödvändighet för att den inre marknaden ska kunna fungera.⁴³

Utöver det anförda finns det olika syften bakom konkurrensreglerna. För det första syftar regelverket till att genom effektiv konkurrens främja låga priser,

⁴⁰ Jfr. Faull & Nikpay (2014), s. 35.

⁴¹ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 299.

⁴² Ibid. s. 296.

⁴³ Se mål C-126/97, *Eco Swiss mot Benetton*, p. 36; Bernitz & Kjellgren (2022), s. 419 f.

god resursfördelning och ytterst ökat välstånd samt att företagen på marknaden inte motverkar dessa syften genom konkurrensbegränsande åtgärder, exempelvis missbruk av marknadsdominans, priskarteller eller marknadsuppdelningar. För det andra syftar reglerna till att skydda konsumenterna mot framför allt höga priser och att främja en bra produktmarknad. För det tredje syftar reglerna till att motverka att den fria rörligheten på den inre marknaden försvåras genom, som nämnt, konkurrensbegränsade åtgärder från företagens sida.⁴⁴

Det är i första hand kommissionen, genom Generaldirektoratet för konkurrens, som har till uppgift att övervaka det konkurrensrättsliga regelsystemet. För ändamålet har kommissionen getts särskilt omfattande befogenheter att fatta beslut och tillgripa sanktioner. Kommissionen bedriver vidare arbetet i nära samarbete med de nationella konkurrensmyndigheterna.⁴⁵

Man kan förenklat säga att konkurrensrätten bygger på två förbud och en förhandskontroll. Förbuden utgörs av artikel 101 FEUF om konkurrensbegränsande samarbeten respektive artikel 102 om missbruk av dominerande ställning. Reglerna om förhandskontroll återfinns i koncentrationsförordningen (se underkapitel 2.3). Gemensamt för reglerna är att de anger handlingar som inte är förenliga med den inre marknaden och därav inte tillåtna.⁴⁶

2.3 Koncentrationsförordningen

2.3.1 Anmälningförfarandet

Regelverket gällande EU:s koncentrationskontroll återfinns som bekant i koncentrationsförordningen. Ordningen som valts innebär att företagskoncentrationer med en EU-dimension⁴⁷ måste förhandsanmälas till kommissionen för granskning, med möjlighet att som yttersta sanktion förbjudas om koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom

⁴⁴ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 420.

⁴⁵ Jfr. Bellamy & Child (2018) s. 16 f. och 31 f.

⁴⁶ Jfr. kriterierna i artikel 101 och 102 FEUF samt 2.1 koncentrationsförordningen.

⁴⁷ Även benämnt ”gemenskapsdimension”.

den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks.⁴⁸

I artikel 1.1 koncentrationsförordningen stadgas två kumulativa krav för att förordningen ska vara tillämplig. Det krävs både att det är fråga om en koncentration och att nämnda koncentration har en EU-dimension.

Koncentrationskriteriet definieras i artikel 3 och täcker olika typer av företagsförvärv. En koncentration skall anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att: 1) två eller flera tidigare självständiga företag slås samman,⁴⁹ 2) direkt eller indirekt kontroll över ett eller flera företag eller delar därav förvärvas⁵⁰ av en eller flera personer, som redan kontrollerar minst ett företag, alternativt av ett eller flera företag,⁵¹ eller 3) det bildas ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner.⁵² Med kontroll menas enligt artikel 3.2 möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag genom rättigheter, avtal eller på annat sätt.⁵³

Enligt huvudregeln i artikel 1.2 har en koncentration en EU-dimension om den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 5 miljarder euro.⁵⁴ Vidare måste den sammanlagda omsättningen inom EU för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner euro. Därutöver erfordras att inte mer än två tredjedelar av de inblandade företagens gemensamma omsättning inom EU härrör från endast ett medlemsland. Om inte tröskelvärdet är uppfyllt kan en koncentration under vissa i artikel 2.3 angivna förutsättningar ändå ha en EU-dimension om den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 2,5 miljarder euro.⁵⁵

⁴⁸ Jfr. artikel 1, 2, och 4 koncentrationsförordningen.

⁴⁹ Artikel 3.1 (a).

⁵⁰ Förvärvet sker genom exempelvis köp av värdepapper eller annat avtal.

⁵¹ Artikel 3.1 (b).

⁵² Artikel 3.4; jfr. även Gölstam (2013), s. 147.

⁵³ Se lagtexten för närmare beskrivning.

⁵⁴ Se artikel 5 för de komplicerade reglerna för beräkning av omsättning.

⁵⁵ Se kraven i artikel 2.3 (a-d).

Om koncentrationen har en EU-dimension uppstår en anmälningsplikt enligt artikel 4. Anmälningsplikten innebär att koncentrationen skall anmälas till kommissionen innan den genomförs och efter ingåendet av avtalet, tillkännagivandet av det offentliga budet eller förvärvet av en kontrollerande andel.⁵⁶ Det följer av artikel 7.1 att en koncentration som har en EU-dimension varken får genomföras före anmälan eller innan den har förklarats förenlig med den inre marknaden.⁵⁷ Överträdelser av nämnda regler (*gun jumping*) kan enligt artikel 14.2 medföra höga böter för företagen.⁵⁸

Så snart en fullständig anmälan inkommit ska kommissionen enligt artikel 6 pröva anmälan. I enlighet med på *One-stop-shop principen* får koncentrationen endast prövas mot bakgrund av förordningen – varken artikel 101, 102 FEUF eller de nationella konkurrenslagstiftningarna får tillämpas.⁵⁹ Under prövningen löper en *stand-still-period* under vilken parterna, som nämnt, inte får vidta åtgärder för att fullfölja förvärvet.⁶⁰ Förfarandet vid prövningen kan delas in i två faser. I den *första fasen* undersöker kommissionen om en särskild undersökning av förvärvet ska inledas. Om kommissionen finner att den anmälda koncentrationen inte omfattas av förordningen skall den fastslå detta genom beslut.⁶¹ Om kommissionen finner att den anmälda koncentrationen i och för sig omfattas av förordningen, men inte ger anledning till allvarliga tvivel angående dess förenlighet med den inre marknaden, ska kommissionen fatta ett beslut att inte invända mot koncentrationen.⁶² Om däremot kommissionens initiala utredning finner att den anmälda koncentrationen har en EU-dimension och ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den inre marknaden ska kommissionen inleda en särskild utredning av

⁵⁶ Artikel 4.1.

⁵⁷ Undantag till regeln återfinns i artikel 7.2–3.

⁵⁸ Ezrachi (2021), s. 447.

⁵⁹ Artikel 21 koncentrationsförordningen; se Ezrachi (2021), s. 448.

⁶⁰ Artikel 7 och 10.

⁶¹ Artikel 6.1 (a).

⁶² Artikel 6.1 (b).

förvärvat – den *andra fasen*.⁶³ Det innebär i princip att en fördjupad undersökning av koncentrationens effekter på den relevanta marknaden⁶⁴ genomförs.⁶⁵ Skulle kommissionen därvid finna att koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, ska koncentrationen förklaras oförenlig med den inre marknaden.⁶⁶ Motsatt slutsats medför att koncentrationen ska förklaras förenlig med den inre marknaden.⁶⁷

Den yttersta sanktionen utgörs alltså av att kommissionen stoppar koncentrationen. En mindre ingripande åtgärd är att kommissionen förenar ett godkännande av koncentrationen med villkor eller ålägganden, för att på så sätt komma till rätta med koncentrationens negativa effekter på konkurrensen.⁶⁸ Det kan exempelvis handla om att avyttra en viss del av rörelsen.⁶⁹ Det ska också nämnas att en koncentration som accepterats av kommissionen hindrar inte ett senare ingripande mot konkreta fall av missbruk av dominerande ställning eller konkurrensbegränsande samarbeten.⁷⁰

Slutligen kan berörd part föra ogiltighetstalan mot kommissionens beslut vid tribunalen, vars dom, såvitt gäller rättsfrågor, kan överklagas till EU-domstolen.⁷¹

2.3.2 Prövningen

Kommissionens prövning görs med utgångspunkt i artikel 2 koncentrationsförordningen och benämns *SIEC-testet*.⁷² Testet tar sikte på att bedöma vilken effekt som koncentrationen skulle ha framgent för konkurrensen på den relevanta marknaden.⁷³ Som nämnt stadgas i artikel 2.3 att en koncentration som

⁶³ Artikel 6.1 (c).

⁶⁴ Se avsnitt 2.3.2.

⁶⁵ Westin (2007), s. 204.

⁶⁶ Artikel 2.3.

⁶⁷ Artikel 2.2.

⁶⁸ Artikel 6.2.

⁶⁹ Gölstam (2013), s. 153.

⁷⁰ Bernitz (2019), s. 177.

⁷¹ Jfr. artikel 256.1 och 263 FEUF.

⁷² På engelska: The significant impediment to effective competition test.

⁷³ Bellamy & Child (2018), s. 702.

påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, skall förklaras oförenlig med den inre marknaden. Artikel 2.1 (a-b).⁷⁵

SIEC-testet genomförs i två steg. I första steget bestäms den relevanta marknaden. Utifrån den relevanta marknaden beräknas nuvarande marknadsandelar, de uppskattade marknadsandelarna efter genomförd koncentration, och förändring i marknadsandelar. I det andra steget bedöms de sannolika effekterna på konkurrensen av förändringarna i marknadskoncentrationen. Vid denna bedömning beaktas både de negativa effekterna på konkurrensen och motverkande effekter som lindrar de negativa effekterna.⁷⁶

Att ha den relevanta marknaden fastställd är således nödvändigt för prövningen. Den utgörs av dels relevant produktmarknad, dels relevant geografisk marknad. I första hand fastställts den relevanta produktmarknaden och det avgörande är produktens substituerbarhet. Därefter bestäms den relevanta geografiska marknaden, vilket omfattar det område inom vilket de berörda företagen huvudsakligen tillhandahåller de relevanta produkterna.⁷⁷ Till hjälp för bedömningen har kommissionen utfärdat ett tillkännagivande om definitionen av relevant marknad.⁷⁸

Bedömningen av koncentrationens effekt på konkurrensen skiljer sig åt beroende på om det är en horisontell koncentration, vertikal koncentration, eller konglomeratkoncentration.⁷⁹ Kommissionen har utfärdat riktlinjer om hur

⁷⁴ Ezrachi (2021), s. 449.

⁷⁵ Se lagtexten.

⁷⁶ Ezrachi (2021), s. 449; Gölstam (2013), s. 148 f.

⁷⁷ Se Bernitz (2019), s. 42 ff.

⁷⁸ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03). Se särskilt 7–9 p.

⁷⁹ Se Gölstam (2013), s. 149 ff.

den gör dessa bedömningar.⁸⁰ Det är horisontella koncentrationer – vilket innefattar företag som är verksamma inom samma produktions- eller distributionsled och på samma eller närliggande marknader – som i första hand aktualiserar en aktiv tillämpning av koncentrationsförordningen.⁸¹

De konkurrensbegränsade effekterna till följd av en företagskoncentration kan delas in i icke-samordnade effekter och samordnade effekter. De icke-samordnade effekterna består i att ett eller flera företag till följd av koncentrationen erhåller ett större marknadsinflytande med anledning av att konkurrensstrycket minskat. Samordnade effekter kan anses föreligga om företagskoncentrationen riskerar att ge upphov till kollektiv dominans (se nedan). I det fallet innebär koncentrationen att den minskade konkurrensen underlättar för de återstående företagen på marknaden att koordinera sitt agerande.⁸²

Det är enligt koncentrationsförordningens ordalydelse inte nödvändigt att koncentrationen leder till ett skapande eller förstärkande av en dominerande ställning för att kommissionen inte ska tillåta koncentrationen.⁸³ Däremot är det centralt för bedömningen och ska särskilt vägas in.⁸⁴ Att en effektiv konkurrens påtagligt hämmas beror i allmänhet på att en dominerande ställning skapas eller förstärks.⁸⁵ Enligt EU-domstolen anses en dominerande ställning föreligga när ett företag åtnjuter ekonomisk maktställning, som gör det möjligt för företaget att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att denna ställning tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenterna.⁸⁶ Vid denna bedömning är marknadsandelen efter genomförd koncentration särskilt betydelsefull och utgör en utgångspunkt.⁸⁷ EU-domstolen har uttalat att 50 % marknadsandel skapar en

⁸⁰ Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2004/C 31/03) och Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2008/C 265/07).

⁸¹ Ezrachi (2021), s. 450.

⁸² Gölstam (2013), s. 149 f.

⁸³ Jfr. artikel 2.3 koncentrationsförordningen.

⁸⁴ 2 p. i kommissionens riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer (2004/C 31/03); se även Westin (2007), s. 210.

⁸⁵ 26 p. i ingressen till koncentrationsförordningen.

⁸⁶ Jfr. mål 85/76, *Hoffmann-La Roche mot kommissionen*, p. 38.

⁸⁷ Bernitz (2019), s. 142 f.

presumtion för att en dominerande ställning föreligger (*AKZO-presumtionen*).⁸⁸ Är marknadsandelen lägre får i bedömningen även andra faktorer vägas in, såsom finansiell styrka, teknologisk eller annan kunskapsmässig överlägsenhet, konkurrenternas marknadsandelar och styrka m.m.⁸⁹ I sammanhanget ska det påpekas att i enlighet med principen om ekonomisk enhet betraktas en koncern inom konkurrensrätten som *en* ekonomisk enhet – ”ett företag”.⁹⁰ För att ett moderbolag och ett dotterbolag ska betraktas som en ekonomisk enhet erfordras att den förstnämnda har ett avgörande inflytande över den sistnämnda.⁹¹

Även om en företagskoncentration inte skulle leda till att *en* dominerande ställning skapas eller förstärks, kan det rendera att en *kollektiv* dominerande ställning skapas eller förstärks. Skillnaden är att i det första fallet skulle koncentrationen medföra att ställningen innehades av *ett* företag⁹², och i det andra fallet av *två eller flera*, från varandra juridiskt sett oberoende, företag gemensamt (se kapitel 3).⁹³

⁸⁸ Mål C-62/86, *AKZO mot kommissionen*, p. 60. Notera att fallet avsåg missbruk av dominerande ställning.

⁸⁹ Bernitz (2019), s. 143.

⁹⁰ Jfr. mål C-231/11 P, *kommission mot Siemens m.fl.* p. 43.

⁹¹ Whish & Bailey (2021), s. 96; jfr. även mål C-440/11 P, *kommissionen mot Stichting Administratiekantor Portielje mfl.* p. 40 f.

⁹² Eller företagsgrupp; jfr. den ekonomiska enhetens princip.

⁹³ Jfr. förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *CMB mot kommissionen*, p. 36; och förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Republiken Frankrike mfl. mot kommissionen*, p. 178.

3 Kollektiv dominans

Som framgått ovan kan en dominerande ställning innehas av två eller flera, från varandra juridiskt sett oberoende, företag gemensamt – även benämnt kollektiv dominans. I kapitlet utreds det först, med utgångspunkt i rättspraxis, vad som erfordras för att kollektiv dominans ska vara för handen. Härvid är den rättspraxis som utvecklats under den äldre koncentrationsförordningen⁹⁴ fortfarande vägledande.⁹⁵ Därefter analyseras vilka problem och utmaningar ur rättssäkerhetssynpunkt som konceptet kollektiv dominans vid tillämpning av koncentrationsförordningen utgör för företag.

3.1 Bakgrund till konceptet

Konceptet kollektiv dominans har utvecklats i rättspraxis baserat på både artikel 102 FEUF och koncentrationsförordningen.⁹⁶ Konceptet anses vara det samma under bägge regelverken, med anledning av att EU-domstolen i sina avgöranden rörande kollektiv dominans hänvisar till både fall som berör artikel 102 FEUF och koncentrationsförordningen.⁹⁷ Det ska noteras att tillämpning av artikel 102 FEUF utgör en analys *ex post* medan tillämpning av koncentrationsförordningen utgör en analys *ex ante*. Skillnaden ligger därmed i att kollektiv dominans i kontexten av koncentrationsförordningen, med anledning av den framåtsyftande bedömningen, främst berör att fastställa om marknadsstrukturen till följd av koncentrationen hade gett upphov till skapandet av en kollektiv dominerande ställning.⁹⁸

I *CMB-målet* angavs en tågorrdning för hur kollektiv dominans fastställs. Först måste man undersöka om de berörda företagen skulle utgöra en kollektiv enhet, efter genomförd koncentration, i förhållande till sina konkurrenter, sina handelspartner och konsumenterna på en viss marknad. Det är först om så är

⁹⁴ Rådets förordning (EEG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁹⁵ Jfr. 26 p. i ingressen till koncentrationsförordningen ((EG) nr 139/2004).

⁹⁶ Faull & Nikpay (2014), s. 377.

⁹⁷ Se förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *CMB mot kommissionen*, p. 41; se även Ezrachi (2021), s. 363.

⁹⁸ Ezrachi (2021), s. 357 f.

fallet som det skall undersökas om denna kollektiva enhet faktiskt har en dominerande ställning.⁹⁹

Det har i avsnitt 2.3.2 diskuterats vad som erfordras för att konstatera dominerande ställning hos ett företag. När det däremot kommer till huruvida en kollektiv enhet har en dominerande ställning kan utgångspunkt inte tas i AKZO-presumtionen om marknadsandelar.¹⁰⁰ Domstolen har däremot uttalat att en kollektiv enhets innehav av en stor marknadsandel i ett duopol utgör, i avsaknaden av uppgifter som talar för motsatsen, en mycket viktig indikation på att enheten besitter dominans.¹⁰¹ I följande underkapitel undersöks närmare vad som krävs för att kollektiv dominans ska föreligga.

3.2 Konceptets närmare innebörd – utveckling i rättspraxis

Konceptet kollektiv dominans bekräftades för första gången i målet *Italian Flat Glass* och gällde överträdelse av artikel 102 FEUF.¹⁰² Fallet avsåg tre italienska tillverkare av planglas, som enligt kommissionen hade missbrukat en dominerande ställning. Domstolen anförde:

Man kan i princip inte utesluta att två eller flera oberoende ekonomiska enheter på en viss marknad är förenade av sådana ekonomiska bindningar att de, på grund härav, tillsammans har en dominerande ställning i förhållande till övriga aktörer på samma marknad. Detta skulle till exempel kunna vara fallet om två eller flera oberoende företag tillsammans, genom avtal eller licenser, har ett teknologiskt försprång som tillåter dem att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter.¹⁰³

⁹⁹ Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *CMB mot kommissionen*, p. 39.

¹⁰⁰ Jfr. förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Republiken Frankrike mfl. mot kommissionen*, p. 226; se även Ezrachi (2021), s. 366.

¹⁰¹ Jfr. mål T-102/96 *Gencor Ltd mot kommissionen*, p. 206; se även Ezrachi (2021), s. 366.

¹⁰² Förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, *SIV mfl. mot kommissionen*; se Whish & Bailey (2021), s. 604.

¹⁰³ Förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, *SIV mfl. mot kommissionen*, p. 358.

Man kan tolka uttalandet som att domstolen menade att det krävdes ekonomiska bindningar mellan de berörda företagen för att konstatera kollektiv dominans. Kommissionen förmådde dock inte visa att en kollektiv dominerande ställning förelåg.¹⁰⁴ Avgörandet klargjorde inte vad konceptet närmare innebar.¹⁰⁵

Av ordalydelsen i artikel 2.3 koncentrationsförordningen kan det, till skillnad från artikel 102 FEUF, inte utläsas att en dominerande ställning kan innehas av en eller flera, från varandra juridiskt sett oberoende, företag gemensamt.¹⁰⁶ I *Kali und Salz-målet* fastställde EU-domstolen efter att ha gjort en ändamålsenlig och systematisk tolkning av koncentrationsförordningen att den omfattades av konceptet kollektiv dominans.¹⁰⁷ Vid bedömningen om kollektiv dominans skulle bildas menade domstolen att man utifrån en analys av referensmarknadens kommande utveckling ska bedöma om koncentrationen kan ge upphov till att den effektiva konkurrensen på den ifrågavarande marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bl.a. på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och konsumenter.¹⁰⁸

Av senare praxis framgår att de ekonomiska bindningarna som krävs för att kollektiv dominans ska uppkomma inte nödvändigtvis behöver bestå i strukturella bindningar¹⁰⁹ eller avtal. Bindningarna kan i stället vara ett resultat av marknadsstrukturer i form av oligopol.¹¹⁰ I *Gencor-målet* uttalade domstolen att:

¹⁰⁴ Förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, *SIV mfl. mot kommissionen*, p. 366.

¹⁰⁵ Whish & Bailey (2021), s. 604.

¹⁰⁶ *Ibid.* s. 603.

¹⁰⁷ Förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Republiken Frankrike mfl. mot kommissionen*, p.168 ff. och p. 178.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 221.

¹⁰⁹ Exempelvis ägandekopplingar, aktieägaravtal, gemensamt företag etc, jfr. mål T-102/96, *Gencor Ltd mot kommissionen*, p. 264 f.

¹¹⁰ Mål T-102/96, *Gencor Ltd mot kommissionen*, p. 277.

I juridiskt eller ekonomiskt hänseende finns det inte någon anledning att från begreppet ekonomiska bindningar utesluta ett ömsidigt beroendeförhållande mellan deltagarna i ett begränsat oligopol inom vilket de på en marknad med lämpliga egenskaper — bland annat i fråga om marknadskoncentration och produktens överblickbarhet och homogenitet — kan förutse varandras uppträdande och därför är starkt benägna att samordna sitt beteende på marknaden för att bland annat maximera sin gemensamma vinst genom att begränsa produktionen i syfte att höja priserna. I ett sådant sammanhang vet varje aktör att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från hans sida i syfte att öka hans marknadsandel (exempelvis en prissänkning) skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna, så att han inte skulle få någon fördel av sitt initiativ. Samtliga aktörer skulle drabbas av den sänkta prisnivån.¹¹¹

Kollektiv dominans kan således följa av andra förhållanden och bero på en ekonomisk bedömning och, i synnerhet, en bedömning av marknadsstrukturen – vilket EU-domstolen i *CMB-målet* också underströk.¹¹² I *Wouters-målet* uttalade dock EU-domstolen att kollektiv dominans inte kunde anses föreligga i avsaknaden av tillräckligt starka strukturella förbindelser mellan företag på en marknad som är starkt heterogen,¹¹³ och kännetecknas av en hög grad av konkurrens.¹¹⁴

I *Airtours-målet* uppställdes tre kriterier (*Airtours-kriterierna*) för att kollektiv dominans ska föreligga till följd av marknadsstrukturen i ett oligopol.¹¹⁵ För det första måste varje företag som ingår i det dominerande oligopolet veta exakt hur de andra ingående företagen agerar för att kunna fastställa om de antar samma strategi. Det räcker inte att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet är medvetet om att alla kan dra nytta av ett agerande på

¹¹¹ Mål T-102/96, *Gencor Ltd mot kommissionen*, p. 276.

¹¹² Jfr. förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *CMB mot kommissionen*, p. 45.

¹¹³ En marknad där de erbjudna produkterna har så pass olika egenskaper att de inte är utbytbara med varandra.

¹¹⁴ Mål C-309/99, *Wouters mfl. mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, p. 114; se Whish & Bailey (2021), s. 606.

¹¹⁵ Mål T-342/99, *Airtours plc mot kommissionen*, p. 61 f.

marknaden som är ömsesidigt beroende. Därför måste det finnas tillräcklig insyn på marknaden för att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet skall kunna få tillräckligt exakt och omedelbar kännedom om utvecklingen av vart och ett av de övriga ingående företagens beteende på marknaden.¹¹⁶

För det andra måste det finnas incitament för att inte avvika från det parallella agerandet – strategin måste varaktigt kunna bestå. Det är endast om samtliga företag som ingår i det dominerande oligopolet vidhåller ett parallellt agerande som de kan dra nytta av det. Villkoret förutsätter därför att det finns repressalier för beteenden som inte ligger i linje med den gemensamma strategin. Domstolen uttryckte det med att framföra att ”varje företag som ingår i det dominerande oligopolet måste veta att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från dess sida i syfte att öka sin marknadsandel skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna, så att företaget inte skulle få någon fördel av sitt initiativ”.¹¹⁷

För det tredje erfordras att det parallella agerandet kan fortgå oberoende av andra faktiska eller potentiella konkurrenter eller konsumenter. Dessa aktörers förutsedda reaktioner ska inte kunna motverka den gemensamma strategins förväntade verkningar.¹¹⁸

Domstolen fortsatte med att anföra att bedömningen som kommissionen ska göra förutsätter en noggrann undersökning av bl.a. de omständigheter som i varje enskilt fall visar sig relevanta för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen på referensmarknaden. Kommissionen har en ”tung bevisbörda” i fall där den anser att en koncentration ska förbjudas på grund av att den skulle skapa en kollektiv dominerande ställning.¹¹⁹

¹¹⁶ Mål T-342/99, *Airtours plc mot kommissionen*, p. 62.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.* p. 63.

I *Impala-målet* uppställde EU-domstolen fyra kriterier (*Impala-kriterierna*) som till sin formulering delvis skiljer sig från *Airtours-kriterierna*, men uttalade samtidigt att de inte var oförenliga med varandra.¹²⁰ Som första kriterium anfördes att de samordnade företagen måste kunna uppnå en gemensam syn på hur samordningen ska fungera, och särskilt på de parametrar som kan vara föremål för den planerade samordningen. Det andra kriteriet var att samordningen måste kunna vara varaktig. De samordnade företagen måste kunna kontrollera om villkoren för samordningen efterlevs. Således måste marknaden vara tillräckligt transparent för att varje berört företag ska kunna få tillräckligt exakt och omedelbar information om hur var och en av de övriga parternas beteende på marknaden utvecklas. Det tredje kriteriet var att genomförandet av den gemensamma strategin måste kunna vara varaktig, vilket förutsätter en avskräckningsmekanism som är tillräckligt allvarlig för att övertala berörda företag att det ligger i deras intresse att förhålla sig till den gemensamma strategin. Det fjärde kriteriet var att reaktionerna från utomstående inte får vara sådana att de motverkar den förväntade samordningens resultat.¹²¹

EU-domstolen anförde i *Impala-målet* att *Airtours-* eller *Impala-kriterierna* inte kan tillämpas mekaniskt på ett sätt som innebär att varje enskilt kriterium granskas separat, varvid den övergripande ekonomiska mekanismen för en sådan hypotetisk tyst samordning inte beaktas.¹²² Domstolen fortsatte med att bekräfta att kriterierna kan fastställas indirekt utifrån ett antal indicier och bevis – som kan vara mycket oenhetliga – som står i samband med tecken, yttringar och företeelser som utmärker en kollektiv dominerande ställning.¹²³

¹²⁰ Mål C-413/06 p, *Sony mot Impala*, p. 124.

¹²¹ *Ibid.* p. 123; se även Faull & Nikpay (2014), s. 383.

¹²² Mål C-413/06 p, *Sony mot Impala*, p. 125.

¹²³ *Ibid.* p. 127 f.

3.3 Kollektiv dominans och rättssäkerhet

Med anledning av det anförda märks en rad problem och utmaningar ur rättssäkerhetssynpunkt som konceptet kollektiv dominans vid tillämpning av koncentrationsförordningen utgör för företag. Dessa avses att analyseras ytterligare nedan.

Ordalydelsen i koncentrationsförordningen ger inte sken av att en dominerande ställning kan innehas kollektivt, av två eller flera juridiskt sett oberoende företag, vilket däremot har bekräftats i rättspraxis. Rättssäkerhetsprincipen fordrar att bestämmelser ska vara klara och precisa, så att enskilda på ett otvetydigt sätt kan få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter. Det uppstår härmed en utmaning för företag, då man behöver vara insatt i EU-domstolens praxis för att kunna bedöma om en företagskoncentration kan komma att träffas av konceptet kollektiv dominans.

De ekonomiska bindningarna som erfordras för att konstatera kollektiv dominans kan vara i formen av strukturella bindningar. Samtidigt medför den ekonomiska enhetens princip att en företagsgrupp, under vissa omständigheter, ska betraktas som ett företag. Bägge metoderna kan användas vid en tillämpning av koncentrationsförordningen fast med skilda utfall vad gäller hur analysen (SIEC-testet) företas. Utgår man från den ekonomiska enhetens princip går analysen ut på att bedöma om endast ett företag kommer att ha dominerande ställning. Därav behöver man exempelvis inte bedöma om det föreligger en kollektiv enhet. Dessutom kan AKZO-presumtionen användas. Sammantaget underlättar det bedömningen i jämförelse med om man hade utgått från att konstatera kollektiv dominans genom strukturella bindningar. Det finns således ett gränsdragningsproblem, vilket kan minska förutsebarheten.

När det kommer till att konstatera ekonomiska bindningar genom en ekonomisk bedömning av marknadsstrukturen (jfr. CMB-målet) så kan man utgå antingen från Airtours-kriterierna eller Impala-kriterierna. Kriterierna är visserligen snarlika och EU-domstolen har fastslagit att de inte är oförenliga med

varandra, men samtidigt finns det skillnader i formuleringen. Det kan därför finnas risk för att utfallet av en bedömning skiljer sig beroende på vilka kriterier man lägger till grund för analysen. Dessutom ger kriteriernas allmänt hållna formulering ett bedömningsutrymme för kommissionen. Det framstår som rättsosäkert och kan utgöra ett problem. Därtill måste det erinras om Wouters-målet där det framgick att kollektiv dominans inte kan följa av en ekonomisk bedömning av marknadsstrukturen om marknaden är starkt heterogen och kännetecknas av en hög grad av konkurrens. I den situationen krävs det enligt domstolen tillräckligt starka strukturella förbindelser mellan de berörda företagen för att kunna konstatera kollektiv dominans. Vid en jämförelse med Airtours- och Impala-kriterierna förefaller domstolens uttalande i Wouters-målet som naturlig. Det väcker dock frågan om kommersiella bindningar också kan vara tillräckligt i den marknadssituationen.

Innebörden av kravet på att det ska föreligga ekonomiska bindningar är i övrigt inte helt klarlagt. Utöver den exemplifieringen som framgår av praxis är det osäkert hur långt de yttre gränserna sträcker sig. Som EU-domstolen uttalade kan det även bero på *andra förhållanden* (jfr. CMB-målet). Det saknas rättspraxis som förtydligar rättsläget. Osäkerheten kan medföra utmaningar för företag att planera inför företagskoncentrationer. Vidare, att endast förekomsten av ekonomiska band föreligger inte är tillräckligt för att konstatera en kollektiv enhet, utan att det också krävs att banden i sin tur medför att företagen tillämpar en gemensam strategi kan också utgöra ett problem vad gäller förutsebarheten, med anledning av den framåtsyftande bedömningen som måste göras vid tillämpning av koncentrationsförordningen.

Mot det anförda måste vägas att kommissionen har en tung bevisbörda för att kollektiv dominans föreligger och att det finns en tydlig tågordning i CMB-målet om hur bedömningen ska göras. Dessutom är inte kollektiv dominans en vanlig företeelse och förekommer i första hand på oligopolmarknader. Det kan däremot diskuteras hur stor betydelse det har att kommissionen besitter en tung bevisbörda. Det är först vid en domstolsprövning som kommissionens faktiskt har att leva upp till sin tunga bevisbörda. Vidare är tågordningen i

CMB-målet inte i sig till mycket hjälp för bedömningen. Det hade varit främjande för rättssäkerheten om kommissionen därtill hade utfärdat ett tillkännagivande om hur den gör bedömningen. De problem som påpekats kan därför fortfarande utgöra utmaningar för företag som står inför en företagskoncentration att bedöma om de kan komma att träffas av konceptet kollektiv dominans.

4 Avslutning

EU-domstolen har i sin praxis bekräftat rättssäkerhetsprincipen som en övergripande princip inom EU-rätten vilken ska iakttas av unionens institutioner. Principen saknar en given definition, men det som kan sägas är att det är en princip vars grundelement är att rättstillämpningen måste vara förutsägbar – det ska så långt som möjligt gå att säkert bedöma rättsläget. Idealet motiveras med att en förutsägbar rättstillämpning underlättar för enskilda att planera inför framtiden, något som i sin tur är väsentligt av flera anledningar.

Trots att ett skapande eller förstärkande av en dominerande ställning inte utgör en materiell förutsättning för att förbjuda en företagskoncentration, är det centralt för bedömningen och ska särskilt vägas in. Kollektiv dominans inom ramen för koncentrationsförordningen innebär att ställningen innehas gemensamt av företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen och som är juridiskt sett oberoende till parterna i koncentrationen. För att kollektiv dominans ska vara för handen erfordras ekonomiska bindningar mellan företagen som i sin tur leder till att de kan inta samma hållning på marknaden och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och konsumenter. De ekonomiska bindningarna kan ta formen av strukturella bindningar, kommersiella bindningar eller följa av andra förhållanden och bero på en ekonomisk bedömning och, i synnerhet, en bedömning av marknadsstrukturen. Risk för att en kollektiv dominerande ställning uppstår föreligger särskilt i oligopolmarknader.

I utredningen har det uppmärksammats vissa problem och utmaningar ur rättssäkerhetssynpunkt som konceptet kollektiv dominans vid tillämpning av koncentrationsförordningen utgör för företag. Det kan inte utläsas från ordalydelsen i koncentrationsförordningen att mer än ett företag kan besitta dominans. En bedömning av om en företagskoncentration kan komma att träffas av konceptet förutsätter att man är insatt i EU-domstolens praxis. Praxis på området är snårigt och många gånger svårtolkad. Komplicerade bedömningar måste göras, såväl juridiska som ekonomiska. Konceptets gränser är inte helt

klarlagda och i de fall domstolen har förtydligat rättsläget med sina avgöranden uppkommer nya frågetecken.

Sammantaget framstår en tillämpning av konceptet kollektiv dominans som både utmanande och problematiskt ur rättssäkerhetssynpunkt för företag. I syfte att främja rättssäkerheten bör enligt min mening konceptet därför undvikas när kommissionen prövar koncentrationsanmälningar. SIEC-testet bör i stället göras mot bakgrund av andra relevanta omständigheter – alternativt att man låter den konkurrensrelaterade problematiken till följd av företagskoncentrationen fångas upp av konkurrensrättens ex post-regler.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck från EU-kommissionen

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03).

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

Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2008/C 265/07).

Litteratur

Bellamy, Christopher W, Child, Graham D., Bailey, David, John, Laura Elizabeth, *Bellamy & Child: European Union law of competition*, åttonde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, sjunde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2022.

Bernitz, Ulf, Groussot, Xavier & Schulyok, Felix (red.), *General principles of EU law and European private law*, Kluwer Law, Alphen aan den Rijn, 2013.

Ezrachi, Ariel, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*, sjunde upplagan, Hart, Oxford, 2021.

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali & Taylor, Deirdre (red.), *Faull & Nikpay: the EU law of competition*, tredje upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Gölstam, Carl Martin, *Konkurrensrättens grunder*, Iustus, Uppsala, 2013.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm, 1995.

Raitio, Juha, *The principle of legal certainty in EC law*, Kluwer Academic, Dordrecht, 2010.

Westin, Jacob, *Europeisk konkurrensrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2007.

Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, tionde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2021.

Wennerström, Erik, *Rättsstat och rättssäkerhet i EU*, SvJT 2007 s. 27–37.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolens avgöranden

Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche mot kommissionen*, EU:C:1979:36.

Mål C-62/86, *AKZO mot kommissionen*, EU:C:1991:286.

Förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Republiken Frankrike mfl. mot kommissionen*, EU:C:1998:148.

Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *CMB mot kommissionen*, EU:C:2000:132.

Mål C-126/97, *Eco Swiss mot Benetton*, EU:C:1999:269.

Mål C-309/99, *Wouters mfl. mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, EU:C:2002:98.

Mål C-376/02, *Stichting "Goed Wonen" mot Staatssecretaris van Financiën*, EU:C:2005:251.

Mål C-413/06 p, *Sony mot Impala*, EU:C:2008:392.

Mål C-308/06, *Intertanko mfl. mot Förenade kungariket*, EU:C:2008:312.

Mål C-17/10, *Toshiba m.fl. mot Tjeckien*, EU:C:2012:72.

Mål C-231/11 P, *kommissionen mot Siemens m.fl.*, EU:C:2014:256.

Mål C-440/11 P, *kommissionen mot Stichting Administratiekantor Portielje mfl.*, EU:C:2013:514.

Tribunalens avgöranden

Förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, *SIV mfl. mot kommissionen*, EU:T:1992:38.

Mål T-102/96, *Gencor Ltd mot kommissionen*, EU:T:1999:65.

Mål T-342/99, *Airtours plc mot kommissionen*, EU:T:2002:146.