



LUND UNIVERSITY

Ändrad konkurrensbedömning

Lidgard, Hans Henrik

Published in:
Konkurrensnytt

2003

Document Version:
Manuskriptversion, referentgranskad och korrigerad (även kallat post-print)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Lidgard, H. H. (2003). Ändrad konkurrensbedömning. *Konkurrensnytt*, (3).

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

KRÄVS BÅDE DOMINANS OCH KONKURRENSSKADA FÖR ATT STOPPA FÖRETAGSKONCENTRATIONER

KONKURRENSRÄTTSSEMINARIUM UPPSALA 6 FEBRUARI 2003

Hans Henrik Lidgard

Jag minns mycket väl gästföreläsaren in Lund som i slutet av 1971 redogjorde för Continental Cans övertagande av europeiska konkurrenter¹. Förpackningssektorn var redan hårt koncentrerad och Continental Cans uppköp förstärkte färden mot en oligopolistisk marknad med 4-5 bolag som kontrollerade kontinenten.

Kommissionen hade med stöd av artikel 82 EC gripit in i och förbjudit sammanslagningen. Föreläsaren kunde inte nog understryka vilken allvarlig överträdelse av gällande rätt tillvägagångssättet innebar. Gemenskapsrätten gav inte kommissionen något mandat att förhindra företagskoncentration. En alltför klåfingrig kommission skulle avstå från att försöka styra kommersiella transaktioner, som den ändå inte förstod sig på. Tilläts marknadskrafterna spelrum reglerade marknaden sig själv enligt traditionell liberal "laissez-faire" doktrin.

¹ EG-kommissionen, beslut 72/21/EEC, *Europe Emballage Corporation*, 9 december 1971, [1972] EGT L725.

Tyvärr fick jag aldrig höra samma karismatiske föreläsare kommentera EG-domstolens utslag i februari 1973². I princip höll domstolen med kommissionen. Fördraget syftade till att bevara konkurrensen och reglerna träffade såväl konkurrensvidriga beteenden som strukturella åtgärder, som innebar att det dominerande företaget förstärkte sin position. Att kommissionens beslut likväl annullerades berodde på att kommissionen inte avgränsat den relevanta marknaden på ett korrekt sätt.

Domen uppfattades som omvälvande³, men när jag trettio år senare läser om domsskälerna är det slående hur brett formulerade de är. I slutet av sitt principiella resonemang, som förklarar varför även strukturella förändringar kan bli föremål för ingrepp, uttalar EG-domstolen:

(27) ... for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 82 EC, regardless of the means and the procedure by which it is achieved, if it has the effects mentioned above.

Ska formuleringarna tolkas så företag kan brytas upp även när tillväxten är följden av företagets egna växtkraft och konkurrensförmåga? Resultatet blir då att systemet frammanar konkurrens mellan företag, men vänder sig mot vinnaren när denne agerat enligt kraven.

Allt sedan 1973 har bedömningen av koncentrationsärenden varit en prioriterad angelägenhet i gemenskapen. Under hösten 2002 har utvecklingen varit särdeles intensiv och det finns idag anledning att fundera över hur systemet ska reformeras.

Med detta inlägg vill jag med den gamla domen som utgångspunkt granska den allra senaste utvecklingen på koncentrationsområdet. Vilka kriterier gäller för att myndigheterna ska kunna gripa in mot företagssammanslagningar. Kan dessa eller andra regler inte bara

² EG-domstolen, mål 6/72, ("*Continental Can*") *Europe Emballage Corp & Continental Can Co. Inc. mot EG-kommissionen*, 21 februari 1973, [1973] REG 215.

³ Se t.ex. *Lidgard, H.H.*, Missbruk av dominerande marknadsställning i Sverige och EEC, TfSA 1976:7 s. 16 ff.

förhindra tillkomsten av dominerande företag, utan även utnyttjas för att bryta upp bestående enheter?

Fusionsförordning

Det stod redan 1973 klart att en tillämpning av artikel 82 inte innebar ett effektivt instrument för att kontrollera företagssammanslagningar. Inte ens gemenskapen kan riskera att företag med tusentals anställda blir handlingsförlamade under den långa tid som den formella processen behöver för att nå ett slutligt avgörande. Därför följde kommissionen aldrig upp med fler ingrepp med stöd av artikel 82 EC.⁴

16 år efter Continental Can kompromissade sig medlemsstaterna i stället fram till 1989 års fusionsförordning.⁵ De ekonomiska tröskelvärdena var satta högt så att bara de 50 största företagssammanslagningarna i Europa skulle träffas. Ursprungligen föreslog kommissionen att bedömningen uteslutande skulle inriktas på om koncentrationen gav upphov till eller förstärkte en dominerande ställning och det var först efter protester i den ekonomiska och sociala kommittén som kravet på att den strukturella förändringen skulle medföra att den effektiva konkurrensen infördes.⁶

Kommissionen vannlade sig om ett ”realistiskt” agerande och invändningarna mot de tilltänkta sammanslagningarna var få och antalet förbjudna sammanslagningar närmast försumbart. Framförallt minns man kanske kommissionens beslut i *De Havilland*.⁷ Här satte kommissionen gränsen för det tillåtna och förklarade att sammanslagningen, trots vildsinta protester från såväl den franska som den italienska regeringen, var oförenlig med den gemensamma marknaden. Marknaden för små och

⁴ Även artikel 81 EC visade sig tillämpbar vid koncentrationer i EG-domstolen, mål 142/84 & 156/84, *British American Tobacco Company Limited and R.J. Reynolds Industries Inc. mot EG-kommissionen*, 17 november 1987, [1987] ECR 4487, vilket dock inte heller fått någon efterföljare.

⁵ Rådets förordning 4064/89/EEG av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, [1989] EGT L 395/1.

⁶ Se *Dechery, J-L.*, *, Rev. Trim. de droit européen 307, 315.

⁷ EG-kommissionen beslut 91/619/EEC, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, 2 oktober 1991, OJ 1991 L 334/42.

medelstora passagerarflygplan skulle monopoliseras på ett för prisbildningen negativt sätt om europeiska konkurrenter tilläts svälja den kanadensiske producenten.

1997 års förändringar av fusionsförordningen⁸ ökade i ett slag kommissionens kompetens genom att halvera de tidigare tröskelvärdena. Det märkliga var kanske denna gång att industrin stödde kommissionens ambitioner. Det var helt enkelt bättre med en kompetens samtalspartner i Bryssel än ett stort antal mindre kompetenta i medlemsstaterna.

Antalet anmälda ärenden har efter denna förändring rusat iväg till cirka 300 per år, samtidigt som inställningen blivit mer ”interventionistisk” och mindre realistisk enligt kritikerna. Det är förvisso fortfarande bara ett fåtal fall som förbjuds; hittills har 18 fall av cirka 2000 beslut lett till totalt avslag, vilket är mindre än 1%. Däremot är det många tilltänkta fusioner, som återkallas och i andra fall tvingar kommissionen fram långtgående åtaganden som en förutsättning för att godkännande ska kunna beviljas.

Skönsmässigt agerande

Kommissionens agerande upplevs ofta som skönsmässigt och rättssäkerheten testas när en myndighet som både är undersökande, anklagande och beslutande, driver frågor till sin spets. Företagen känner sig maktlösa och det hjälper inte att myndiga ministrar griper in till stöd för den strukturella omvandlingen.

Enligt förordningens artikel 2.3 ska en koncentration, som skapar eller förstärker en dominerande ställning och som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas, förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden. Till skillnad från bedömningen i *Continental Can* behöver det således inte föreligga en dominerande ställning för att ingrepp ska kunna ske, utan förordningen är också tillämplig när en sådan ställning följer av koncentrationen. Kommissionen har i sin rättspraxis helt fokuserat på dominanskriteriet och till skillnad från amerikansk

⁸ Rådets förordning 1310/1997/EG av den 30 juni 1997, [1997] EGT L 180/1.

rätt⁹ inte med någon större frenesi bedömt om koncentrationen får en ”substantial lessening of competition” till följd.

Artikel 2.3 föreskriver dock att konkurrensen påtagligt ska hämmas. Det betyder rimligen att en konkurrensskada ska uppstå, men är det ett separat rekvisit eller ingår det som en del av dominansbedömningen? I artikel 2.1 föreskrivs:

Artikel 2 bedömning av koncentrationer

1. ... När kommissionen gör sin bedömning skall den ta hänsyn till

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

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

Det är svepande och breda bedömningsgrunder för kommissionens prövning om man ska tillåta eller förbjuda en koncentration.

Splittrad praxis

I början av 90-talet ledde kommissionens beslut inte till överklaganden eftersom parterna i förhandlingar fann godtagbara lösningar. Kommissionen agerade ”realistiskt” i linje med väletablerad ekonomisk teori och kanske också ”strategiskt” för att uppnå det förutsedda målet att minska tröskelvärdena. 1997 erinrade förstainstansrätten om att

⁹ Clayton Act § 7.

kommissionen enligt bestämmelserna i artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 skall förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden då två villkor är uppfyllda, varav den första är att koncentrationen inte skapar eller förstärker en dominerande ställning och den andra är att konkurrensen på marknaden inte påtagligt hämmas genom att en sådan dominerande ställning skapas eller förstärks. Om en dominerande ställning inte skapas eller förstärks, skall koncentrationen således tillåtas utan att det är nödvändigt att undersöka vilken inverkan koncentrationen skulle ha på den effektiva konkurrensen (dom i det ovannämnda målet TAT, punkt 79).¹⁰

1998 års avgörande i *Kali&Saltz*¹¹ rörde centrala begrepp som ”failing company” och ”kollektiv dominans”. I domstolarna gick de överklagade ärendena kommissionens väg¹² och även om företagen understundom var kritiska mot kommissionen drog de sig för att ta strid. Det avbrutna samgåendet mellan Volvo och Scania är bara ett exempel¹³.

Från amerikanskt håll uttrycktes dock återkommande kritik mot den europeiska hållningen. Den första frontalkrocken skedde i *Boeing/McDonnell Douglas*.¹⁴ Trots att den europeiska myndigheten ställde sig kallsinnig till sammanslagningen fick dess åsikter inte genomslag. Oenigheten förstärktes i samband med kommissionens beslut att förklara *GE/Honeywell* sammanslagningen¹⁵ oförenlig med den gemensamma

¹⁰ Förstainstansrätten, mål T-290/94, *Kaysersberg SA, mot EG kommissionen*, 27 november 1997, [1997] ECR II-2137, premiss 151. Beslut om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden Hygienartiklar för kvinnor Talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 94/893/EG, 21 juni 1994 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende nr IV/M.430 - Procter & Gamble/VP Schickedanz II) på grundval av rådets förordning nr 4064/89 (EGT L 354, s. 32). Jfr. mål T-2/93 *Air France mot EG-kommissionen*, * 1994, [1994] ECR II-323, premiss 79.

¹¹ EG-kommissionen, beslut 94/449/EG, *Kali und Salz/MDK/Treuhand*, 14 december 1993, OJ 1994 L 186/38, [1994] 4 CMLR 526 och EG-domstolen, förenade mål C-68/94 and 30/95, ("*Kali und Salz*") *Frankrike mot EG-kommissionen*, 31 mars 1998, [1998] ECR I-1375, [1998] 4 CMLR 829.

¹² Mål C-68/94 and 30/95, *Kali und Salz*, fn. 11; Förstainstansrätten, mål T-102/96, *Gencor Ltd v EG kommissionen*, 25 mars 1999, *; mål T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV mot EG-kommissionen*, 28 april 1999, *; och mål T 22/97 *Kesko Oy mot EG-kommissionen*, 15 december 1999, *.

¹³ Se EG-kommissionen, förhandsanmälan av ärende nr IV/M.1672, *Volvo/Scania*, 22 september 1999, [1999] EGT C 277/4

¹⁴ EG-kommissionen, beslut 97/816/EC, *Boeing/McDonnell Douglas*, 30 juli 1997, [1997] EGT L 336/16.

¹⁵ EG-kommissionen, beslut COMP/M.2220. *General Electric/Honeywell*, 3 juli 2001 declaring a concentration to be incompatible with the common market and the EEA Agreement,

marknaden trots att den godkänts i USA.¹⁶ Wall Street Journal rapporterade syrligt att kommissionen föreföll besatt av att skydda konkurrenter medan amerikanska myndigheter snarare såg till effekter för konsumenterna.¹⁷ Den dåvarande amerikanska administrationen hotade med att blockera europeiska sammanslagningar med effekter i USA. Denna amerikanska kritik var dock bara en förpostfäktning till vad som skulle komma under hösten 2002.

Påståenden om kollektiv dominans kräver full bevisning

Förstainstansrättens dom i *Air Tours*¹⁸ var kommissionens första bakslag. Ytterst gällde frågan om en sammanslagning av engelska resebyråer kunde stoppas med stöd av fusionsförordningen och synen på kollektiv dominans på en oligopolistisk marknad. Förstainstansen gjorde en prospektiv analys och granskade om sammanslagningen medförde att konkurrensen hindrades. Framför allt gällde det om den kollektiv dominansen medförde risk för prishöjningar. Förstainstansrätten ställde upp tre kriterier för att kollektiv dominans skulle anses föreligga¹⁹:

INSYN I KONKURRENTERS AGERANDE

Först och främst fastställde domstolen att varje företag, som ingår i det dominerande oligopolet, måste ha insyn i de övriga företagens planer. Kommissionen kan inte nöja sig med att visa att inblandade företag allmänt har fördelar av ett visst agerande. Den måste styrka att företagen är medvetna om konkurrenternas planer och är säkra på att dessa kommer att genomföras.

pressrelease IP/01/939. Se *Giotakos, D., Petit, L., Garnier, G., & De Luyck, P.*, General Electric/Honeywell - An insight into the Commission's investigation and decision, Competition Policy Newsletter 2001:3.

¹⁶ Beslutet är överklagat till förstainstansrätten, mål T-210/01, *GE mot EG-kommissionen*, ännu ej avgjort.

¹⁷ Wall Street Journal 3 juli 2001

¹⁸ Förstainstansrätten, mål T-342/99, *Air Tours Plc mot EG kommissionen*, 6 juni 2002, * avseende kommissionens beslut 2000/276/EC, *Air Tours/First Choice*, 22 september 1999, [2000] EGT L 93/1.

¹⁹ Mål T-342/99, *Air Tours*, fotnot18, premises 62.

VARAKTIG SAMORDNING

Det andra kravet var att en samordning måste vara varaktig. Företagen måste ha incitament att inte frångå den gemensamma handlingslinjen, vilket förutsätter att det finns repressalier för avvikande beteenden. Varje företag i det dominerande oligopolet måste veta att konkurrerande åtgärder leder till motåtgärder, som eliminerar fördelarna²⁰.

INGA MOTÅTGÄRDER FRÅN 3:DJE MAN

Det tredje kravet enligt förstainstansen för att en kollektiv dominans ska kunna anses föreligga är att kommissionen kan visa att faktiska och potentiella konkurrenter eller konsumenterna inte kan motverka den gemensamma strategin.

Enligt förstainstansen vilar hela bevisbördan för att omständigheterna är uppfyllda på kommissionen och domen demonstrerar att fullödigt underlag saknas och kommissionen förlorade därför målet.

Påståenden om ”portföljmakt” ska också styrkas

*Schneider/Legrand*²¹ gällde en sammanslagning av två franska företag, som levererade elektroniska installationer och komponenter till byggindustrin. Det rör sig härvid om tusentals stark- och svagströmsprodukter och många identifierade produktmarknader. Trots att alltså såväl de relevanta geografiska marknaderna som de relevanta produktmarknaderna kan definieras kretsar beslutet kring den märkeslojalitet som finns i byggbranschen och företagets allmänt starka ställning i Europa. Enligt kommissionen ger det en betydande konkurrensfördel att kunna erbjuda ett komplett sortiment (”portföljmakt”). Inte heller i detta ärende hade kommissionen visat på konkurrensskada och beslutet var över huvud taget fyllt av ”errors, omissions and inconsistencies”²². Kommissionen hade enligt förstainstansen fog för sin bedömning att den förstärkta dominansen kunde leda till

²⁰ Jfr mål T-102/96, *Genkor mot EG-kommissionen*, fn.12, premiss 276.

²¹ Förstainstansrätten, mål T-310/01, *Schneider Electric S.A mot EG-kommissionen (S.A. Legrand intervenient)*, 22 oktober 2002, *.

²² Id., premiss 404.

konkurrensskada på den franska marknaden, men tappade även i denna del till följd av ett allvarligt procedurfel.

Påståenden om övervältringseffekter kräver full bevisning

Slutligen, i samma vecka kom dråpslaget när kommissionen förlorade det tredje ärendet i rad och nu mot TetraLaval, som kommissionen systematiskt motarbetat i mer än ett decennium.²³

När TetraLaval förvärvade plastflasktillverkaren Sidel över börsen menade kommissionen att Tetra's *dominerande* ställning på mjölkförpackningsmarknaden skulle "spilla över" på Sidels *starka* ställning på plastförpackningar²⁴. Förstainstansen accepterade i och för sig att teorin om "angränsande marknader"²⁵ också var tillämplig vid företagssammanslagningar. Däremot hade kommissionen inte styrkt sina påståenden. Förstainstansens dom är återigen en uppgörelse med kommissionens arbetssätt. Bevisbördan vilar hårt på myndigheten att visa att förutsättningarna i fusionsförordningen uppfyllts. Det förefaller inte bara vara en fråga om att visa att en dominerande ställning föreligger eller kan uppkomma, utan kommissionen förväntas också visa de samhällsskadliga konsekvenserna av denna dominans. Än en gång demonstrerar förstainstansen på punkt efter punkt att kommissionens bedömning inte håller för en granskning och beslutet annulleras.

Kommissionens reaktion

Mellan skål och vägg har kommissionsfunktionärer vittnat om sin besvikelse över förstainstansens bedömningar. Domarna grundas på ett felaktigt synsätt från domstolens sida; Eftersom

²³ Förstainstansrätten, mål T-5/02, ("*Tetra/Sidel*") *Tetra Laval BV mot EG kommissionen*, 25 oktober 2002, *.

²⁴ EG-kommissionen, beslut COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, 30 oktober 2001, C (2001) 3345 final.

²⁵ EG-domstolen, mål C-333/94P, ("*Tetra Pak II*") *Tetra Pak International mot EG-kommissionen*, 14 november 1996, [1996] ECR I-5951.

förordningen inte förbjuder företagskoncentration på samma sätt som konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning sätts beviskraven felaktigt högre – en uppfattning som i allt fall dessa informella källor värjde sig emot. Kommissionens officiella reaktion har varit mer nyanserad. Generaldirektören menade att kommissionen måste skärpa sin procedur och höja sin ekonomiska kompetens. Vid förnyad prövning har kommissionen godkänt sammanslagningen mellan Tetra och Sidel,²⁶ men samtidigt överklagat förstainstansens dom såvitt avser den hårde bevisbörda som domstolen lagt på kommissionen²⁷. Tetra Laval får således åter igen driva rättspraxis i konkurrensärenden och liksom tidigare²⁸ i ett ärende som enbart har principiell betydelse.

Mer pikant är att Schneider, som tvingades avbryta sitt samgående med Legrand nu meddelat att företaget avser att stämma kommissionen på ett skadestånd om 1 miljard Euro.²⁹

Av det nyligen framlagda förslaget till revision av fusionsförordningen framgår att kommissionen också skall öka sin ekonomiska expertis och säkra en skyndsam och noggrann handläggning av fusionsärenden.³⁰ Kommissionen har också utfärdat guidelines för hur den kommer att bedöma horisontell koncentration.³¹

²⁶ Se pressmeddelande IP/03/36, 14 januari 2003, Commission clears acquisition of Sidel by Tetra Laval Group.

²⁷ Se pressmeddelande IP/02/1952, 20 december 2002, Commission appeals CFI ruling on Tetra Laval/Sidel to the ECJ. Tetra Pak genomför således sammanslagningen med Sidel.

²⁸ Förstainstansrätten, mål T-51/89, (*Tetra Pak-BTG License*) *Tetra Pak Rausing SA mot EG-kommissionen*, 10 juli 1990, [1990] ECR II-309.

²⁹ Schneider meddelade i början av december att företaget ger upp sitt försök att förvärva Legrand trots att man förvärvat 98,5% av aktierna och att dessa kommer att säljas enligt Financial Times 3 december 2002. I januari meddelade Schneider att man i stället kommer att stämma kommissionen på skadestånd på runt 10 miljarder kronor (Financial Times 16 januari 2003. Med tanke på förstainstansens allvarliga anmärkningar i detta ärende finns det kanske skäl för kommissionen att oroa sig.

³⁰ EG-kommissionens förslag till rådets av den 20 januari 2003 av förordning om kontroll av företagskoncentrationer, KOM(2002) 711 slutlig, [2003] EGT C 20/4.

³¹ Utkast till EG-kommissionens tillkännagivande om bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, Bryssel den 11 december 2002, KOM(2002)*

Konklusion

Dominanskriteriet hänger enligt kommissionens nya förslag kvar som avgörande för om företagssammanslagningar skall tillåtas eller inte³². Naturligtvis är en välkänd skillnad i förhållande till *Continental Can* att kriteriet numera är uppfyllt även om det inte finns en tidigare dominans, men denna uppkommer som en följd av sammanslagningen. Kommissionen avvisar däremot tillämpning av det bredare amerikanska kriteriet om ”substantial lessening of competition”.

Den centrala frågan är på vilket sätt som förstainstansens bedömning skiljer sig från de avväganden kommissionen gör. I princip förefaller domstolen att ge kommissionen rätt i att den dominerande ställningen inte bara uppkommer vid innehav av en stark ställning på den relevanta marknaden, utan att bestämmelserna även kan fånga sådana företeelser som kollektiv dominans, portföljmakt och stark ställning på angränsande marknader. Problemet ligger på ett annat plan.

Den allmänna meningen tycks vara att domstolen främst invänder mot att kommissionen varit för snabb i vändningarna och inte utfört den ekonomiska analysen på ett tillfredsställande sätt. Det ligger nog mycket i den iakttagelsen och kommissionens reviderade förslag visar på att myndigheten uppfattat kritiken.

Det är intressant att domstolen återkommande bekräftar att kommissionen åtnjuter en betydande diskretion i sin prövning³³, men att den likväl gör en ingående sakprövning och finner att kommissionens bedömningar inte håller. Det förefaller som om domstolen menar att det helt enkelt inte räcker att visa att dominanskriteriet är uppfyllt, utan kommissionen måste också visa på adekvat konkurrensskada brister det i resonemanget.

³² Förslag, se fn 30 ovan.

³³ Mål T-342/99, *Air Tours*, fotnot 18, premises 64 : Rätten noterar vidare att kommissionen genom de materiella reglerna i förordning nr 4064/89, och i synnerhet artikel 2, har givits en viss befogenhet att företa skönmässig bedömning, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är av väsentlig betydelse för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som utgör grund för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna. Jfr. *Kali & Salz*, fn. 11, premisserna 223 och 224, och *Gencor mot kommissionen*, fn. 11, premisserna 164 och 165.

Är denna analys riktig har det andra kriteriet i artikel 2.3 – kravet på att den effektiva konkurrensen påtagligt ska hämmas – stor betydelse och styr utgången av de redovisade domarna. Domstolen förefaller söka tydligare parametrar för när en sådan konkurrensskada föreligger.

Lyfts kravet på att konkurrensskada fram och domstolarna i sin överprövande verksamhet precisera innebörden av begreppet är mycket vunnet. Om man till detta lägger att bär en tung bevisbörda för att en sådan skada föreligger blir den europeiska processen mer balanserad och förutsebar. Dessutom blir skillnaden mot det amerikanska synsättet liten. Det är bara att hoppas att överklagandet av *Tetra/Sidel* till EG-domstolen och förstainstansens kommande bedömning av *GE/Honeywell* kommer att ge tydligare signaler.

Ytterligare en reflektion är att *Continental Can's* antydning om att strukturella åtgärder kan vidtas, oavsett hur dominans tillkommit, idag upprepas i den nya tillämpningsförordningen till artikel 81³⁴. I preambeln³⁵ framhålls att kommissionen ska kunna rikta åtgärder mot företags agerande (beteendemässiga åtgärder) och mot dess struktur om det är nödvändigt för att få en överträdelse att upphöra. Tillämpning av proportionalitetsprincipen sägs dock medföra att förändring i ett företags struktur bara får ske vid risk för fortsatta överträdelser. Den operativa bestämmelsen har utformats i överensstämmelse härmed:

Artikel 7 - Konstaterande och upphörande av överträdelser

1. Om kommissionen till följd av ett klagomål eller på eget initiativ konstaterar att bestämmelserna i artikel 81 eller artikel 82 i fördraget har överträtts, får den genom beslut ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen. För detta ändamål får kommissionen ålägga dem alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelsen

34 Rådets förordning 1/2003/EG av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, [2003] EGT L 1/1.

35 Id., punkt 12.

och nödvändig för att få denna att upphöra. Strukturella åtgärder får endast åläggas om det antingen inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd eller om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara mer betungande för det berörda företaget än den strukturella åtgärden.

Här fångas de långtgående motiven i *Continental Can* upp; ett radikalt grepp, som kanske varit värt en djupare diskussion än den som förekom vid förordningens tillkomst. Ska kommissionen inte bara kunna förhindra sammanslagningar, utan även bryta upp existerande enheter där den anser att konkurrensvärden står på spel, finns det säkert många som har synpunkter. Dem lär vi få höra när Europa får sitt första "Microsoft-ärende".

Min inspirerande föreläsare – Sten Niklasson – hade säkert blivit bekymrad om han kunnat förutse hela denna utveckling vid sin gästföreläsning i Lund för lite drygt 30 år sedan.