

Ulf Bernitz

Företagsförvärv inom EU:

Rättsliga problem för stora företag
med liten hemmamarknad

Ulf Bernitz

Företagsförvärv inom EU:

**Rättsliga problem för stora företag
med liten hemmamarknad**

Rapport nr 16
Juni 2003

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten kan beställas på
info@sieps.su.se

Den finns även tillgänglig på
www.sieps.su.se

Författaren står själv för analys och slutsatser.

Omslag: Svensk Information AB

Tryck: EO-print AB

Stockholm i juni 2003

ISBN 91-85129-15-1

ISSN 1651-8942

FÖRORD

Svenska institutet för europapolitiska studier, Sieps, har till uppgift att bedriva och främja forskning, utvärdering, analys och studier i europapolitiska frågor med inriktning främst på områdena statsvetenskap, juridik, ekonomi och handel.

Sieps ser som en av sina främsta uppgifter att fungera som en länk mellan den akademiska världen och beslutsfattare, *policy makers*. Förhoppningsvis skall denna rapport intressera de tänkta målgrupperna och stimulera till en ökad debatt kring frågor relaterade till den europeiska integrationen.

Bakgrunden till Ulf Bernitz rapport är den debatt som förts i Sverige under de senaste åren i samband att Europeiska kommissionen motsatt sig några uppmärksammade fusioner med svenska storföretag inblandade. De båda svenska och finländska statsministrarna samt framstående företagsledare har riktat kritik mot kommissionens tillämpning av det konkurrensrättsliga regelverket. Kritikerna har bl.a. hävdad att kommissionens tillämpning slår hårdare mot planerade fusioner i små medlemsstater. En annan vanligt förekommande kritik är att kommissionen i sin prövning inte väger in näringspolitiska hänsyn och att detta negativt påverkar europeiska bolags möjligheter att konkurrera på en global marknad.

Ligger det något i kritiken att kommissionens tillämpning av det nuvarande regelverket om fusionskontroll innebär att det är svårare att genomföra planerade företagsförvärv mellan två bolag i en mindre medlemsstat än i en stor medlemsstat?

Professor Ulf Bernitz har på uppdrag av Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps) skrivit en rapport i vilken han undersöker ovannämnda frågor. Ulf Bernitz har studerat den praxis som kommissionen och EG-domstolen utvecklat. Olika alternativ till förändring eller modernisering av det nuvarande regelverket belyses. Ulf Bernitz har bl.a. dragit den intressanta och även en smula kontroversiella slutsatsen att EU:s fusionskontroll har kommit att slå särskilt hårt mot svenska och andra nordiska företag. Detta genom att dessa har små hemmamarknader och den relevanta marknaden ofta har bedömts vara det

egna landet. Enligt Bernitz utgör detta ett reellt problem som på sikt har stor betydelse för möjligheterna att behålla stor-företag med bas i de nordiska länderna.

Att Bernitz slutsats inte kommer att stå oemotsagd framkom vid det seminarium som Sieps anordnade den 20 november 2002 för att diskutera ett preliminärt utkast till föreliggande rapport. Vid seminariet deltog i panelen förutom rapportförfattaren de tre referenspersonerna Jörgen Holgersson, f.d. generaldirektör, Einar Hope, professor Norges Handelshøyskole, Bergen och advokat Petri Kuoppamäki, Helsingfors samt advokat Johan Karlsson, Stockholm, och Anders Stenberg, Svenskt Näringsliv.

Författaren står själv för analys och slutsatser.

Stockholm i juni 2003

Mats Hellström
Ordförande för Sieps styrelse

OM FÖRFATTAREN

Ulf Bernitz, jur dr, dr jur h.c., är professor i europarätt vid Stockholms universitet, Director för the Oxford/Stockholm Venture in European Law och Senior Research Fellow vid Balliol College, University of Oxford.

1. UPPDRAGET

1.1 Bakgrund

Rapporten behandlar en mycket central sida av EU:s konkurrenspolitik, nämligen kontrollen av stora företagsförvärv, fusionskontrollen eller med ett annat ord förvärvskontrollen. EU upprätthåller en fusionskontroll som syftar till att motverka att det på EU-marknaden uppkommer sådana dominerande företag som skulle leda till att det inte längre kvarstår en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av densamma. Denna fusionskontroll har nu tillämpats under drygt tolv år och man har under de senaste åren kunnat iakta en skärpning i hanteringen av densamma. Detta har skapat särskilda problem för svenska och andra nordiska storföretag. Av de 18 företagsförvärv som totalförbjudits i EU har inte mindre än fem fall avsett nordiska företag och fyra av dem har haft stark svensk anknytning – en tydlig överrepresentation.

Ett sådant totalförbud, som blivit särskilt uppmärksammat och omdiskuterat i Sverige, är kommissionens beslut år 2000 att förbjuda Volvo att förvärva den konkurrerande svenska lastbils- och bussproducenten Scania. Ett annat observerat fall har varit det planerade samgåendet mellan FöreningsSparbanken och SEB, där parterna dock drog tillbaka sina planer och sin ansökan till kommissionen innan denna slutfört sin undersökning. Ett samgående på hushållspappersmarknaden mellan SCA och det finska företaget Metsä Tissue har förbjudits av kommissionen. Det gemensamma draget för dessa fall har varit att kommissionen lagt konkurrensförhållandena på en snävt avgränsad marknad, oftast den nationella marknaden, till grund för bedömningen (den s k relevanta geografiska marknaden). Företagen å sin sida har haft för avsikt att förstärka sin hemmamarknadsbas för att kunna bli mera slagkraftiga på EU-marknaden i övrigt och internationellt.

Rapporten belyser hur EU:s förvärvskontrollregler fungerar i förhållande till storföretag med bas i Sverige och övriga Norden. Ställer den tillämpade policyn de nordiska storföreta-

gen i en sämre ställning än företag i andra EU-länder som har tillgång till en väsentligt större hemmamarknad, t ex den tyska? Problemet kan formuleras i frågan: Har vi för stora företag för alltför små marknader? Mot bakgrund av de resultat som rapporten kommer fram till diskuteras åtgärder som kan vara ägnade att motverka en sådan obalans i EU:s fusionskontroll.

1.2 Avgränsningar och metod

Rapporten¹ har utförts med användning av i första hand juridisk metod. De centrala källorna har varit fördragstexter, lagstiftning och andra rättsakter, lagförslag och avgöranden av viktiga fall av domstolar och myndigheter, liksom diskussionen i litteraturen. Vad som studerats är i huvudsak kommissionens tillämpning av fusionskontrollen i förhållande till svenska och nordiska fusionsfall. Rapporten tar utgångspunkt i närmare fallstudier av några viktiga sådana fall. Speciell uppmärksamhet ägnas Volvo/Scania-fallet samt fallen FöreningsSparbanken/SEB samt SCA/Metsä Tissue och Enso/Stora, två svenskfinska fall inom cellulos- och pappersindustrin.

1.3 Rapportens disposition

Rapporten har följande uppläggning. I avsnitt 3 behandlas huvudprinciperna för EU:s kontroll av företagsförvärv. Detta är en översikt som även kort berör den svenska förvärvskontrollen. Framställningen går i avsnitt 4 över till att behandla Volvo/Scania-fallet. Detta fall diskuteras relativt ingående och utgör rapportens främsta case study. I avsnitt 5 tas de två nämnda fallen SCA/Metsä Tissue och Enso/Stora upp. I avsnitt 6 behandlas det avbrutna samgåendet FöreningsSparbanken/SEB. Avsnitt 7 berör mera kortfattat ytterligare två fusionsfall

¹ Rapporten är delvis baserad på en artikel av Ulf Bernitz och Inina Gutu Göransson, *The Effect of EU Merger Policy on Large Multinationals Based in Sweden and Other Smaller EU Member States: Is the Policy Discriminatory?*, *European Competition Law Review (E.C.L.R.)*, Vol. 24, London 2003 s 19 ff.

med svensk anknytning, Skanska/Scancem och Linde/AGA. De avslutande avsnitten 8 och 9 diskuterar den övergripande problematiken; i avsnitt 8 frågan om EU:s fusionskontrollregler sätter nordiska multinationella företag i en sämre ställning och i avsnitt 9 åtgärder som kan motverka obalansen i EU:s fusionskontroll.

2. SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER

2.1 Sammanfattning

Det framgår av rapporten att EU-kommissionens Generaldirektorat Konkurrens har en utomordentligt central ställning vid tillämpningen av fusionskontrollen. Också den kontroll som berör de stora svenska företagen ligger i huvudsak i händerna på kommissionen. Den fungerar som både undersökande och beslutande organ och har kommit att tillämpa förvärvsprövningsreglerna mycket aktivt. Detta har inte endast resulterat i 18 totalförbud utan också i inemot 150 fall där kommissionen krävt omfattande åtaganden från berörda företags sida. Kommissionens starka ställning har dock i viss mån blivit skadad genom att Förstainstansrätten (underinstans till EG-domstolen) under år 2002 i inte mindre än tre fall ogiltigförklarat av kommissionen meddelade förbud mot genomförande av förvärv. I dagens läge knyter sig intresset särskilt till ett av kommissionen strax före årsskiftet 2002-2003 framlagt förslag till omarbetad koncentrationsförordning som också föreslår vissa modifieringar i de materiella bedömningskriterierna.

Utslagsgivande för kommissionens bedömning av Volvo/Scania-fallet blev att kommissionen fann den relevanta nationella marknaden vara geografiskt avgränsad så att bland annat Sverige sågs som en separat marknad. Hade kommissionen följt Volvos uppfattning att hela EES-området utgjorde en enda marknad hade utgången med all sannolikhet blivit den motsatta. Fallet klargör att det fortfarande finns kvar betydande handelshinder inom EU. Även i det härefter behandlade fallet SCA/Metsä Tissue fann kommissionen den relevanta geografiska marknaden, i detta fall för hushållspapper, vara i huvudsak nationellt avgränsad. I linje härmed ansåg kommissionen i fallet angående det avbrutna samgåendet mellan FöreningsSparbanken och SEB att den relevanta marknaden för i vart fall bankservice till hushåll och småföretag endast omfattade Sverige. Med denna utgångspunkt fann kommissionen i alla tre fallen att det sammanslagna storföretaget skulle få en dominerande ställning i Sverige som inte kunde motvägas av kvarvarande konkurrens på marknaden eller potentiell konkur-

rens utifrån. Bilden kompletteras genom ytterligare några fall som behandlas i rapporten.

Mot bakgrund av de behandlade rättsfallen diskuteras i rapportens två avslutande avsnitt problemet hur EU:s förvärvskontrollregler fungerar i förhållande till storföretag med bas i Sverige och övriga Norden. Har vi för stora företag för alltför små marknader? De snäva marknadsdefinitioner som kommissionen ofta tillämpar kan ha starkt negativa effekter för nordiska företag och deras möjligheter att expandera och växa sig starka på europa- och världsmarknaderna. Kommissionen har nyligen i en rapport uttalat att den bedömer den geografiska marknaden vara enbart nationell i omkring hälften av fusionskontrollfallen.

I ett utvecklingsperspektiv bör man inte underskatta verkningarna av framför allt de två havererade svenska fusionerna Volvo/Scania och Föreningssparbanken/SEB. Ett svenskt företag når lätt en dominerande ställning på den svenska marknaden utan att därför behöva vara särskilt stort i ett europeiskt eller internationellt perspektiv. Rapporten konstaterar att till den del de geografiska marknaderna avgränsas nationellt vid tillämpning av EG:s fusionskontrollregler uppkommer en skevhet, en asymmetrisk tillämpning mellan små och stora medlemsländer. Detta innebär de facto ett missgynnande av svenska och andra nordiska storföretag i förhållande till konkurrenter i EU-länder med större hemmamarknader, t ex Tyskland. Det bör understrykas att det sagda är en konsekvens av det regelsystem som kommit att tillämpas och att häri inte ligger någon misstanke om någon negativ avsikt. Problemet motverkas endast delvis genom att stora företag med bas i små medlemsstater kan expandera genom fusioner med företag i andra delar av EU. Vid sådana fusioner ligger det också nära till hands att det nordiska företaget fortsättningsvis blir den mindre enheten och att strategiska funktioner flyttar från Norden.

2.2 Slutsatser

EU:s fusionskontroll har kommit att slå särskilt hårt mot svenska och andra nordiska företag, genom att dessa har små hemmamarknader och den relevanta marknaden ofta har bedömts vara det egna landet. Detta är ett reellt problem som på sikt har stor betydelse för möjligheterna att behålla storföretag med bas i de nordiska länderna. En del av lösningen ligger i ett påskyndat förverkligande av en välfungerande inre marknad. Principerna för kommissionens bedömning av företagsförvärv bör emellertid omorienteras mot ett mera dynamiskt och långsiktigt perspektiv, som i ökad utsträckning beaktar effektivitetsvinster och företagets behov av omstrukturering inför en kommande fördjupad Europaintegration. Kommissionens nyligen framlagda förslag till reviderad koncentrationsförordning ger härvid ett lämpligt tillfälle att verka för en sådan omprövning.

Rapporten diskuterar vilka lösningar som kan stå till buds för att lösa ”de små staternas dilemma” på fusionskontrollens område genom åtgärder som motverkar obalansen i EU:s fusionskontroll.

Rapporten uppmärksammar härvid att den inre marknaden inom EU är långt ifrån genomförd. Det finns ännu många barriärer i form av hinder för fri rörlighet över gränserna för varor och tjänster, något som bland annat framgår av en aktuell utredning från Kommerskollegium. En kraftfull avveckling av nu förekommande marknadssegmentering inom EU synes vara den primära åtgärden för att rätta obalansen vid tillämpningen av EU:s fusionskontroll. Samtidigt påpekas att det på många områden inte är möjligt att nå fram till geografiska marknader som omfattar hela EU eller en stor del av EU på grund av transportkostnader, verksamhetens lokala eller regionala karaktär, bestående konsumentpreferenser m.m.

Rapporten tar även upp den inom konkurrensrätten aktuella frågan om statisk eller dynamisk bedömning av företagsförvärv. Kommissionen tenderar i stor utsträckning att utgå från konkurrenssituationen i nuläget på grundval av fakta som avser tidigare förhållanden. Rapporten förordar att man anlägger ett mer dynamiskt perspektiv som tar ökad hänsyn till effektivitetsvinster vid en företagsfusion och företagens behov av omstrukturering inför en kommande fördjupad ekonomisk integration inom EU.

Rapporten förordar att man från Sveriges sida i konkurrensfrämjande syfte driver frågan om ökat förverkligande av den inre marknaden inom EU. Rapporten uppmärksammar att det under år 2003 förestår en prövning i EU:s råd av kommissionens nyligen framlagda förslag till reviderad koncentrationsförordning. Sverige bör enligt rapporten aktivt ta tillvara detta tillfälle att verka för att bedömningskriterierna för fusionskontrollen ges en mer markerad inriktning mot tillämpning av ett dynamiskt och långsiktigt synsätt, som tar hänsyn till uppkommande effektivitetsvinster och tillåter att företag omstruktureras med sikte på en fördjupad integration med därtill knuten ökande faktisk och potentiell konkurrens på Europa-marknaden.

3 HUVUDPRINCIPERNA FÖR EU:S KONTROLL AV FÖRETAGSFÖRVARV

3.1 EU:s konkurrensrätt

Den helt centrala ordningen för kontroll av konkurrensbegränsningar i näringslivet i Europa är numera EU:s konkurrensrätt.² Den utgör ett grundläggande komplement till fördragsreglerna om fri rörlighet för varor och tjänster och undanröjande av nationella statliga handelshinder genom att motverka åtgärder och förfaranden inom näringslivet självt som hindrar konkurrensen på den inre marknaden. Såsom särskilt allvarliga betraktas konkurrensbegränsande åtgärder som är ägnade att vidmakthålla uppdelning av marknader inom EU. Det slås fast redan i de inledande principbestämmelserna i EG-fördraget att det hör till Gemenskapens mål att säkerställa en ordning som gör att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids och att den ekonomiska politiken skall bedrivas enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.³ Huvudtanken är sålunda att den inre marknaden skall präglas av en effektiv konkurrens mellan varor och tjänster som rör sig fritt mellan medlemsländerna och produceras där det är ekonomiskt lämpligast.

EG:s konkurrensrätt bygger i första hand på ett allmänt förbud mot konkurrensbegränsande avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁴ Stort arbete har lagts ner på att finna den lämpligaste utformningen och avgränsningen av detta förbud, något som i dag styrs av en omfattande supplerande lagstiftning och en rik rättspraxis. Detta skall inte behandlas här. Till förbudets hårda kärna hör priskarteller och liknande prissamarbete, uppgörelser om kvotering av produktion m m som hindrar företags produktivitet utveckling samt avtal om geografisk marknadsdelning eller kunduppdelning

² Se för en översikt t ex Bernitz – Kjellgren, Europarättens grunder, 2 uppl 2002 s 265 ff. och mera generellt Gränslös konkurrens. Sverige i ett integrerat Europa, Ekonomirådets rapport, 2002 (SNS) s 81 ff.

³ Artikel 3.1g och artikel 4.1 och 4.2 EG-fördraget (EGF).

⁴ Artikel 81 EGF (äldre numrering artikel 85).

mellan företag som avgränsar nationella marknader och motverkar integrationsprocessen.

Såsom ett komplement till kartellförbudet förbjuder EG:s konkurrensrätt att dominerande företag missbrukar sin dominerande ställning.⁵ Även om denna bestämmelse är formulerad som ett förbud fordrar den i praktiken att det i varje särskilt fall konstateras att ett missbruk av dominerande ställning föreligger mot bakgrund av omständigheterna i det särskilda fallet. Ett typexempel på fall där missbruk ansetts föreligga är trohetsrabatter och liknande diskriminerande säljvillkor.

Ett system för kontroll av företagsförvärv (fusionskontroll) fanns inte från början i EU utan att har tillkommit senare. De främsta förebilderna har varit de amerikanska och tyska fusionskontrollsystemen. Kontrollsystemet i EU bygger på koncentrationsförordningen av 1989 som trädde i kraft 1990.⁶ Det utgör numera det helt grundläggande systemet för förvärvskontroll i Europa och har stått modell för senare tillkommen nationell förvärvskontrollagstiftning i ett flertal av EU:s medlemsstater och kandidatländer. Detta gäller även Sverige.

3.2 Huvudprinciperna i EU:s förvärvskontrollsystem

EU:s system för kontroll av företagsförvärv bygger på några centrala, grundläggande principer. Här kan först nämnas att EU:s systemet är exklusivt tillämpligt inom EU på särskilt stora förvärv, den s k one-stop-shop-principle. När EU:s kontrollsystem är tillämpligt får alltså inte medlemsstaterna själva tillämpa sina konkurrensregler på förvärvet. Detta ger självfallet en alldeles särskild tyngd åt EU:s kontrollsystem på området. Ett viktigt skäl till att denna ordning införts är att företagen och deras rådgivare i allmänhet finner det olämpligt och

⁵ Artikel 82 EGF (äldre numrering artikel 86).

⁶ Rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EEG) nr 4064/89, EGT (Europeiska gemenskapernas Officiella Tidning) 1989 L 14/37.

tyngande att behöva anmäla samma företagsförvärv i ett flertal olika länder inom EU enligt delvis olikartad lagstiftning och med risk för divergerande bedömning (s k multiple filings). Däremot måste multinationella företag ofta anmäla samma företagsförvärv också i olika länder utanför EU/EES, t ex USA och Japan.

En annan grundläggande princip är att man tillämpar en ordning med obligatorisk anmälningsskyldighet för särskilt stora förvärv och en därpå baserad förhandskontroll inom EU-kommissionens generaldirektorat Konkurrens. För att underlätta förutsebarheten för företagen har anmälningsskyldigheten knutits till storleken på de deltagande företagens omsättning efter förvärvet. Avgörande är om denna omsättning överstiger de särskilda tröskelvärden som angivits i koncentrationsförordningen. Huvudregeln är att anmälningsskyldighet föreligger om den totala omsättningen i världen för alla de berörda företagen (beräknad på koncernbasis) sammantaget överstiger 5 miljarder euro. Vidare måste omsättningen inom EU för vart och ett av minst två inbegripna företag överstiga 250 miljoner euro. I syfte att utvidga tillämpningsområdet för EU:s förvärvskontroll och minska utrymmet för ”multiple filings”, sänktes 1997 tröskelvärdet till 2,5 miljarder euro när de deltagande företagens omsättning i åtminstone tre medlemsstater överstiger vissa angivna värden. I syfte att föra åt sidan företagsförvärv som huvudsakligen endast rör ett medlemsland gäller dock den kompletterande regeln att EU:s förvärvskontrollsystem inte skall tillämpas om mer än 2/3 av de inblandade företagens gemensamma omsättning härrör från endast ett medlemsland.

En tredje huvudprincip för kontrollsystemets utformning är att kommissionens prövning sker i två steg. Vid anmälan av förvärvet måste mycket omfattande uppgifter lämnas på grundval av särskilt formulär och kommissionens anvisningar. Efter det att fullständig anmälan kommit in till kommissionen löper en s k stand-still-period på en månad (fas ett), inom vilken kommissionen måste besluta om en närmare undersökning av förvärvet skall genomföras. En sådan undersökning, det s k fas två-förfarandet, skall inledas om kommissionen finner att det

föreligger allvarliga tvivel om koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden.⁷ Beslutar inte kommissionen om någon sådan undersökning skall förvärvet anses godkänt. Antalet anmälningar för förvärvsprövning uppgår numera till ca 200–300 fall om året. Endast en liten del av de anmälda fallen går vidare till fas två-förfarandet, numera ca 10–20 fall årligen.⁸ Inom ramen för ett fas två-förfarande görs en mycket ingående undersökning av förvärvets förenlighet med koncentrationsförordningen på grundval av en inom kommissionens s k merger task force utarbetad metodik, som bland annat innefattar omfattande kontakter med andra marknadsaktörer såsom leverantörer och kunder till de berörda företagen. Kommissionen presenterar sin preliminära bedömning i ett, ofta utförligt, statement of objections, som parterna får ta ställning till och som normalt utgör det främsta underlaget för fortsatta överläggningar. Dessa har ofta ett starkt inslag av förhandling.

Den första grundläggande materiella förutsättningen för att kommissionen skall kunna förbjuda en företagskoncentration är att denna skapar eller förstärker en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna. Begreppet dominerande ställning har i princip samma innebörd som i den ovannämnda regeln om förbud mot missbruk av dominerande ställning. Av central betydelse för frågan om dominerande ställning föreligger är marknadsandelen. För att kunna avgöra detta måste man klargöra vilken marknad som skall läggas till grund för bedömningen, den s k relevanta marknaden. Härvid måste man avgränsa dels produktmarknaden och dels den geografiska marknaden. Framställningen återkommer till frågan om marknadsbedömning, inte minst av den relevanta geografiska marknaden. Utfallet av denna bedömning är ofta av avgörande betydelse.

EG-domstolens grundläggande definition på dominerande ställning är att ett företag har sådan ställning om det har en

⁷ Artikel 6.1b koncentrationsförordningen.

⁸ Statistisk tabell i Whish, Competition Law, 4 ed, London 2001 s 791 f.

ekonomisk styrka som sätter det i stånd att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att ge företaget makten att i avsevärd utsträckning uppföra sig oberoende av sina konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter.⁹ Enligt fördragstext och rättspraxis kan två eller flera företag tillsammans ha en dominerande ställning, s k gemensam dominans. Enligt aktuell rättspraxis torde det härvid räcka med att det föreligger ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan parterna på en utpräglad oligopolmarknad; det skulle alltså inte krävas att företagen har särskilda ekonomiska band mellan sig.¹⁰ Detta utvidgar väsentligt reglernas tillämpningsområde; rättsläget rörande gemensam dominans är dock ännu inte helt klart.

Enligt EG-domstolens praxis anses en marknadsandel på 50 % skapa en presumtion för dominerande ställning.¹¹ En marknadsandel på 40–45 % eller något därunder torde ofta räcka för att dominerande ställning skall bedömas föreligga. Å andra sidan framgår av ingresspunkten 15 till koncentrationsförordningen att det vid en marknadsandel på 25 % eller därunder knappast föreligger en dominerande ställning. Vid ställningstagande till om dominerande ställning föreligger eller ej ser man dock inte bara till marknadsandelen utan även till företagets styrka, bland annat finansiellt och tekniskt, och till konkurrenternas storlek och styrka.

En koncentration, som skapar eller förstärker en dominerande ställning, skall anses oförenlig med den gemensamma marknaden och förbjudas om den skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av

⁹ Mål 27/76, United Brands Co mot kommissionen, REG (Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och första instansrätt) 1978 s 207.

¹⁰ Mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999 s II-753, T-342/99, Airtours plc mot kommissionen, dom 6 juli 2002.

¹¹ Mål C-62/86, AKZO Chemie BV mot kommissionen, REG 1991 s 3359.

denna påtagligt hämmas.¹² Detta är det s k konkurrenstestet. Avgörande är sålunda att bedöma om styrkan i den på marknaden kvarstående konkurrensen kan anses tillräcklig för det fall förvärvet genomförs.

Antalet fall i vilka kommissionen helt förbjudit ett företagsförvärv är relativt sett få. Intill utgången av år 2001 hade kommissionen sammanlagt meddelat 18 totalförbud, varav inte mindre än 5 under år 2001.¹³ Intressant att konstatera att av dessa har inte mindre än fem fall avsett nordiska företag och fyra har haft en stark svensk anknytning. Det rör sig om avgörandena Nordic Satellite Distribution 1996,¹⁴ Kesko/Tuko 1997,¹⁵ Volvo/Scania 2000 och SCA/Metsä Tissue 2000 samt Skanska/Scancem 1999. Framställningen återkommer till de tre sistnämnda.

I de fall kommissionen finner att ett förvärv inte kan godkännas i den form det anmälts övervägs i regel s k korrigerande åtgärder. Oftast nås uppgörelser, som innebär att det förvärvande företaget gör särskilda, konkurrensfrämjande åtaganden eller går med på att låta viss verksamhet ligga utanför förvär-

¹² I den engelska textversionen används uttrycket ”effective competition would be significantly impeded”, artikel 2.2 i koncentrationsförordningen.

¹³ Whish, Competition Law, citerad ovan, tabellarisk fallsammanställning s 792 ff., Kommissionens XXXI Rapport om konkurrenspolitiken, 2002 s 55.

¹⁴ Fall IV/M. 490, beslut 19 juli 1995, EGT 2 mars 1996 L 053 s 20. Fallet avsåg ett planerat samriskföretag (Nordic Satellite Distribution) för tillhandahållande av tjänster för satellitsändning och distribution via kabelnät eller parabol av TV-program direkt till bostaden.

¹⁵ Kesko/Tuko, fall IV/M. 784, EGT 1997 L 110/53, avgjort 26 april 1997, överklagat utan framgång, mål T-22/97, REG 1999 s II-3775, C.M.L.R. (Common Market Law Reports) 2000:4 s 335. Fallet avsåg den stora finska detaljhandelskedjan Keskos förvärv av detaljhandelskedjan Tuko. Den geografiska relevanta marknaden bedömdes här vara den finska marknaden för dagligvaror. Förvärvet ansågs påverka handeln på den gemensamma marknaden särskilt såvitt avsåg importörers avsättningsmöjligheter för dagligvaror på den finska marknaden. Kesko ålades slutligen av kommissionen att återställa Tuko-kedjan i samma konkurrensmässiga tillstånd som den hade före Keskos övertagande och sälja kedjan till en kvalificerad, av Kesko helt oavhängig köpare.

vet, alternativt att viss verksamhet säljs ifrån i syfte att skapa fler konkurrerande aktörer på den aktuella marknaden. Också detta kommer att belysas i det följande. Åtaganden har gjorts i närmare 150 fall. Enligt författarens mening kan man under de drygt tolv år som förflutit sedan EU:s förvärvskontroll kom igång iakttä en utvecklingslinje i kommissionens praxis mot en successivt mera djupgående och kritisk bedömning.

Som framgått är kommissionen både undersökande och beslutande organ. Kommissionen har vittgående befogenheter att ålägga företag att tillhandahålla information. Kommissionens beslut att förbjuda ett företagsförvärv kan överklagas av direkt berörd part till Förstainstansrätten, som är administrativt inordnad i EG-domstolen. Detta har formen av en ogiltighetstalan, dvs man yrkar att Förstainstansrätten ogiltigförklarar kommissionens beslut.¹⁶ Förstainstansrätten kan däremot inte sätta ett eget beslut i sak i kommissionsbeslutets ställe. Förstainstansrätten gör i princip en laglighetsprövning av kommissionens beslut och inte en lämplighetsprövning. Förstainstansrättens dom kan i sin tur överklagas till EG-domstolen, dock endast i rättsfrågor.

Det har förelegat osäkerhet om hur pass ingående domstolsprövningen av förvärvskontrollärenden borde vara. Tidsutdräkten i överklagade fall har vidare varit ett stort problem för berörda företag. I inte mindre än tre avgöranden under år 2002 har emellertid Förstainstansrätten inte nöjt sig med att undersöka om kommissionen gjort ett uppenbart misstag i sin bedömning utan gått in i en ingående prövning som lett till ogiltigförklaring av kommissionens beslut att förbjuda dessa förvärv. I två av dessa fall har detta skett med användning av ett nyinförd s k snabbspår (fast track), en möjlighet för domstolen att behandla ett urval av särskilt angelägna fall med förtur. Detta utgör en mycket uppmärksam, ny utveckling i praxis som har skakat kommissionens tidigare mycket stora auktoritet på området. Fallen markerar en tydlig uppstramning av fordringarna på kommissionen i fråga om bevisning och kon-

¹⁶ Enligt artikel 230.4 EGF.

sistens i motiveringen för ett förbud, även om Förstainstansrätten också uttalat att kommissionen har ett betydande utrymme för diskretionär prövning ("discretionary margin").

Det första i denna uppmärksammade trilogi av avgöranden var *Airtours*¹⁷ som rörde ett företagsförvärv på den brittiska sällskapsresemarknaden. Förstainstansrätten godtog som nämnt förekomsten av en gemensam dominans, i sig en viktig precisering av rättsläget, men fann att kommissionen inte förmått bevisa de förhållanden som utgjorde underlaget för dess resonemang. Fallet *Schneider/Legrand*¹⁸ gällde ett samgående mellan två franska företag som tillverkar elektrisk utrustning. Förstainstansrätten fann bland annat allvarliga brister i den ekonomiska analysen som till stor del förtog denna dess bevisvärde. Bland annat hade kommissionen, sedan den fastställt att de geografiska marknaderna var nationella, likväl bedömt transaktionens effekt i olika medlemsländer med hänvisning till den ställning den sammanlagda enheten skulle få på transnationell nivå. Fallet *Tetra Laval/Sidel*¹⁹ avsåg den schweizisk-svenska kartongförpackningstillverkaren Tetra Laval's förvärv av den franska förpackningsmaskintillverkaren Sidel, som särskilt tillverkar dryckesförpackningar i plast (PET-flaskor). Detta var närliggande men inte direkt konkurrerande verksamheter, ett konglomeratförvärv. Förstainstansrätten godtog inte den bevisning kommissionen förde fram till stöd för sitt resonemang att det sammanslagna företaget sannolikt skulle ge sig in i missbruk förbjudet enligt artikel 82 i EG-fördraget (missbruk av dominerande ställning). Denna dom, men ej de övriga, har överklagats av kommissionen till EG-domstolen.

3.3 Reformförslag

I december 2001 publicerade kommissionen en Grönbok om översyn av koncentrationsförordningen.²⁰ Översynen har bland

¹⁷ T-342/99, *Airtours plc* mot kommissionen, dom 6 juni 2002.

¹⁸ Mål T-77/02 och T 310/01, *Schneider Electric SA* mot kommissionen, dom 22 okt. 2002.

¹⁹ Mål T-5/02, *Tetra Laval BV* mot kommissionen, dom 25 okt. 2002.

²⁰ KOM 2001 nr 745/6, slutlig, 11 dec. 2001.

annat föranletts av ett behov av anpassning till den förestående utvidgningen av EU. På grundval av Grönboken och inkomna synpunkter och den diskussion som varit i övrigt har kommissionen i december 2002 publicerat ett förslag till omarbetad koncentrationsförordning.²¹ Förslaget innefattar omfattande ändringar även om det bygger på ett vidareförändring av hittillsvarande grundprinciper. Förslaget kommer under 2003 att behandlas i Europaparlamentet och rådet med sikte på ikraftträdande under 2004.

I Grönboken diskuterades i vad mån koncentrationsförordningens nuvarande krav på uppkomst eller förstärkning av dominerande ställning såsom grundläggande kriterium för möjlighet till ingripande borde ersättas med det amerikanska testet ”substantial lessening of competition” (”the SLC-test”) som torde ge större möjligheter till ingripande i utpräglade oligopolsituationer men samtidigt generellt torde tillföra bedömningen ett större mått av flexibilitet. SLC-testet har nyligen införts också i Storbritannien och Irland.

Det nu framlagda förslaget till ändringar i koncentrationsförordningen föreslår inte någon sådan ändring utan det föreslås förbli grundläggande för bedömningen i vad mån en dominerande ställning skapas eller förstärks. Genom en viss omformulering av begreppet dominerande ställning och kommentarer till tolkningen av nuvarande bedömningskriterier söker dock kommissionen delvis tillgodose de framförda synpunkterna. Kommissionen föreslår att följande definition av begreppet dominerande ställning skall föras in i koncentrationsförordningen:

”Vid tillämpningen 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,

²¹ Förslag till rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (”EG:s koncentrationsförordning”), KOM (2002) 711 slutlig, EGT C 20/4 av 28 jan. 2003.

produktionskvalitet, distribution eller innovation eller att märkbart avskärma konkurrensen.”²²

I diskussionen kring Grönboken framfördes det från många håll att kommissionen vid bedömningen av företagsförvärv särskilt bör beakta effektivitetsvinster som följd av en koncentration. I motiveringen till det nu framlagda förslaget uttalar kommissionen att nuvarande lagtext tillåter att kommissionen tar hänsyn till sådana skäl genom att ange att kommissionen skall beakta bland annat ”utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen”.²³ Kommissionen har också offentliggjort ett utkast till tillkännagivande om bedömningen av koncentrationer mellan konkurrerande företag,²⁴ dvs. fall där de berörda företagen i nuläget är aktiva eller potentiella konkurrenter till varandra såsom säljare på samma marknad. Utkastet ger vägledning om de riktlinjer som kommissionen tillämpar för prövningen. Kommissionen förklarar i utkastet att den tar hänsyn till effektivitetsvinster, som uppkommer genom ett företagsförvärv, förutsatt att dessa vinster är betydande, snabbt kan förverkligas, går att bestyrka och är till direkt nytta för konsumenterna.²⁵ Utkastet har varit föremål för offentligt samråd, varvid intresserade parter uppmanades lämna sina synpunkter till kommissionen senast den 31 mars 2003.

I Grönboken konstaterades att nuvarande system med nedsatt tröskelvärde för att undvika ”multiple filing” till nationella konkurrensmyndigheter i medlemsländerna av företagsförvärv, som inte når upp till det grundläggande tröskelvärdet 5 miljarder euro, inte fungerar tillfredsställande. Endast ca 20 % av de förvärv som rör tre eller fler medlemsstater sägs i Grönboken

²² Föreslagen ny artikel 2.2, definitionen följer nära ny rättspraxis, se motiveringen p 56.

²³ Artikel 2.1b i koncentrationsförordningen, motiveringen p 59–60.

²⁴ Av 11 dec. 2002.

²⁵ Utkastet punkterna 87–95, särskilt punkt 90.

nå upp till tröskelvärde och därigenom falla under kommissionens förvärvskontroll. Kommissionen har dock frånfallit förslaget i Grönboken att tröskelvärde skulle tas bort så att alla företagsförvärv som berörde tre eller flera medlemsstater skulle anmälas endast till kommissionen. I stället föreslås en ordning med hänskjutanden, vars huvudtanke är att i ökad utsträckning göra det möjligt för kommissionen att hänskjuta prövningen av ett förvärvsärende till det närmaste berörda medlemslandet och å andra sidan ökade möjligheter för medlemsländerna att hänskjuta härför lämpade ärenden till prövning av kommissionen. Avsikten synes vara att det nätverk för nära samarbete mellan kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter, som i övrigt är under uppbyggnad inom konkurrensrätten, även skall fungera inom koncentrationskontrollen.

I förslaget till ny koncentrationsförordning föreslås även vissa procedurförenklningar, förbättrad partsinsyn, en möjlighet att ge förlängd tid i slutfasen för överläggningar om utformning av åtaganden, förstärkta befogenheter för kommissionen att inhämta uppgifter m.m. Kommissionen har även aviserat olika administrativa åtgärder för att förbättra kvaliteten på kommissionens beslutsfattande i koncentrationsärenden. Hit hör en upplösning av den nuvarande specialenheten för förvärvskontroll, Merger Task Force, och en överföring av förvärvskontrollärendena till kommissionens beslutsenheter för andra konkurrensfrågor. De administrativa förändringarna kan ses som ett svar på den kritik som kommit till uttryck i Första instansrättens ovannämnda ogiltigförklaring av kommissionens förbudsbeslut i tre fall under 2002.

3.4 Den svenska förvärvskontrollen

EU:s medlemsstater har i allmänhet nationell förvärvskontrollagstiftning, som i huvuddrag bygger på EU:s modell men som kan variera avsevärt i sin närmare utformning, t ex vad gäller förutsättningarna för anmälningsskyldighet för proceduren. I Sverige innehåller konkurrenslagen regler om förbud mot företagskoncentration, som reviderades år 2000 i huvud-

sakligt syfte att nå bättre anpassning till EU:s regler.²⁶ I Sverige gäller obligatorisk anmälningsskyldighet till Konkurrensverket av en företagskoncentration, när de berörda företagen tillsammans har en omsättning som överstiger fyra miljarder kronor under föregående räkenskapsår och minst två av de berörda företagen har en omsättning i Sverige som överstiger 100 miljoner kronor för vart och ett av företagen. Det svenska kontrollsystemet tillämpas alltså för förvärv som är förhållandevis stora men samtidigt ligger under EU:s tröskelvärden. I linje med vad som gäller i EU om fas två i undersökningsförfarandet kan Konkurrensverket besluta att inleda en särskild undersökning av en koncentration.

En viktig olikhet i förhållande till EU:s system är att Konkurrensverket inte har behörighet att självt besluta om att förbjuda en koncentration. Vill Konkurrensverket få till stånd ett förbud har verket att anhängigöra talan om detta vid Stockholms tingsrätt, som utgör forum för hela landet. Verket uppträder härvid som kärande och bär den grundläggande bevisbördan. Tingsrätten prövar målet i hela dess vidd, även bevisfrågor. Tingsrätten kan på talan av Konkurrensverket interimistiskt förbjuda företag att fullfölja en koncentration i väntan på slutlig prövning. Tingsrättens dom (och även interimistiska beslut) kan överklagas till Marknadsdomstolen som är slutinstans. För handläggningen i båda domstolarna gäller särskilda, lagstadgade och relativt snäva tidsfrister.

Enligt konkurrenslagens nya lydelse av 2000 skall en företagskoncentration förbjudas om den skapar eller förstärker en dominerande ställning, som väsentligt hämmar eller är ägnad att väsentligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det (34a § konkurrenslagen). Som framgår överstämmer

²⁶ Se Prop. 1998/99:144, Regler om företagskoncentration och Konkurrenslagsutredningens bakomliggande betänkande SOU 1998:98, Konkurrenslagens regler om företagskoncentration. Se allmänt om utformningen av svensk konkurrensrätt t ex Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, Sthlm 1996.

bedömningskriterierna nära med vad som gäller enligt EU:s koncentrationsförordning. Dock görs i den svenska lagen det inskränkande tillägget att ett förbud skall kunna meddelas utan att väsentliga nationella säkerhets- eller försörjningsintressen åsidosätts. Före lagändringens ikraftträdande 1 april 2000 uppställdes i Sverige ett krav på att ett företagsförvärv skulle medföra skadlig verkan från allmän synpunkt; ett bedömningskriterium som hade förts över från den konkurrenslag som gällde före 1993. Lagändringen har åsyftat att göra prövningen helt konkurrensinriktad. I lagförarbetena understryks betydelsen av det tungt vägande intresset av en långsiktigt väl fungerande marknad²⁷ och det betonas att inskränkningen med hänsyn till väsentliga nationella säkerhets- och försörjningsintressen utgör ett undantag.²⁸ Häri ligger bland annat att arbetsmarknads- och regionalpolitiska skäl inte är avsedda att beaktas. Konkurrensverket har ännu inte fört någon företagskoncentration till domstolsprövning på grundval av den nya lagtexten.

Svensk rättspraxis när det gäller ställningstaganden i domstol till förbud mot företagskoncentration (förvärv) är obetydlig. Främst märks det s k Optiroc-målet,²⁹ som gällde byggmaterialindustrin. Konkurrensverket förde i detta fall talan om att Optiroc Group AB:s förvärv av den svenska konkurrenten Stråbruken AB skulle förbjudas. Verkets talan ogillades både i Stockholms tingsrätt och, efter överklagande, i Marknadsdomstolen. Domstolarna fäste härvid stor vikt vid möjligheterna till importkonkurrens, särskilt potentiell sådan. Marknadsdomstolen uttalade att ”möjligheterna för nytillträde på marknaden (får) anses goda och intresse för sådant inträde har även uppvisats från utländskt håll”. Marknadsdomstolen framhöll även att köparkretsen visade tecken på ökad koncentration och att leverantörernas möjligheter att ta ut höjda priser torde vara

²⁷ Prop. 1998/99:144 s 56.

²⁸ Prop. 1998/99:144 s 87.

²⁹ Marknadsdomstolens avgörande 1998:10, se bl a tidskriften *Konkurrens* 1998:4 s 29. Närmare praxisredovisning i Wetter m fl, *Konkurrenslagen* – en handbok, 2 uppl, 2002 s 545 ff.

starkt begränsade.³⁰ Man fäste alltså särskild vikt inte vid uppkomsten av en dominans utan vid styrkan i den kvarvarande potentiella konkurrensen. Marknadsdomstolen kan sägas ha tillämpat ett ”substantial lessening of competition” test. Det torde stå öppet i vad mån de ändringar i konkurrenslagens bedömningskriterier för företagsförvärv, som gjordes 2000, påverkar avgörandets vägledande värde.

Sammanfattningsvis kan dock konstateras att den förvärvskontroll som berör de stora svenska företagen i huvudsak ligger i händerna på EU-kommissionen och inte på svensk myndighet. Utvidgade möjligheter för kommissionen att hänskjuta prövningen av till kommissionen anmälda förvärv till närmast berörd nationell konkurrensmyndighet kan dock komma att ge arbetsuppgifter för det svenska Konkurrensverket.

³⁰ Författaren har på Konkurrensverkets uppdrag gjort en utvärdering av handläggningen och bedömningen av Optiroc-målet, som i huvudsak återges i tidskriften *Konkurrens* 1999:4 s 4 ff. I utvärderingen ifrågasätts bland annat om de betydande tekniska handelshinder som föreligger i Sverige på byggmaterialområdet i form av detaljföreskrifter m m hade blivit tillräckligt tagna i beaktande. Det synes ännu vara långt kvar till en välfungerande gemensam EU-marknad för byggmaterial.

4. FALLET VOLVO/SCANIA

4.1 Inledning

I sin rapport om konkurrenspolitiken för år 2000 beskrev kommissionen fallet *Volvo/Scania* som ett av årets mest betydelsefulla fall.³¹ Fortfarande framkallar beslutet omfattande diskussion och kritik. Rapporten går nu över till en relativt utförlig behandling av detta fall såsom en särskilt intressant fallstudie.

Göteborgsbaserade AB Volvo, ett av svensk industris flaggskepp, genomgick 1999 en genomgripande omstrukturering. Volvo Personvagnar, som svarade för hälften av företagets hela verksamhet, såldes till Ford Motor Co. i Detroit och blev ett helägt amerikanskt dotterföretag. Volvos beslut att sälja personvagnsdivisionen sammanhängde med företagets beslut att koncentrera verksamheten på lastbilar, bussar och motorer. Volvo köpte under första halvåret 1999 över börsen stora aktieposter i Scania AB i Södertälje, Volvos huvudsakliga svenska konkurrent vad gällde produktion och försäljning av lastbilar och bussar. Volvo kom härefter den 6 augusti 1999 överens med Scantias huvudägare, investmentbolaget Investor AB, om att man skulle överta Investors aktieinnehav i Scania. Volvo klargjorde sin avsikt att omvandla Scania till ett helägt dotterbolag genom att samtidigt rikta ett offentligt uppköpserbjudande till Scantias övriga aktieägare. Bakom Volvos beslut att förvärva Scania torde ha legat en oro för att Volvo, om företaget inte fann ett produktivt sätt att använda den stora köpeskillingen från Ford Motor Co, riskerade att självt sväljas av en av sina konkurrenter. Scantias företagsledning förefaller dock ha betraktat Volvos agerande som fientligt. Scantias verkställande direktör Leif Östling har uttalat att en fusion skulle ha lett till tappade marknadsandelar, eftersom de två företagen överlappade varandra i stället för att komplettera varandra genom olika produktprogram och styrka på olika marknader.³²

³¹ Kommissionens XXX Rapport om konkurrenspolitiken, 2001 § 245.

³² Intervju med Leif Östling, Svenska Dagbladet, Näringsliv 4 nov. 2002 s 9.

Sedan Volvo anmält det planerade förvärvet till kommissionen fann denna att förvärvets förenlighet med den gemensamma marknaden gav anledning till allvarliga tvivel och beslutade inleda ett ”fas två”-förfarande. Som redan framgått ledde detta fram till att kommissionen beslöt att koncentrationen skulle förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden, dvs. att den inte kunde genomföras.³³ Beslutet överklagades inte till Förstainstansrätten.

Beslutet föregicks av en omfattande lobbyverksamhet och drog till sig stor mediebevakning och debatt i Sverige. De flesta kommentatorer visade liten förståelse för de grundläggande tankegångarna bakom EU:s konkurrensregler och kommissionens tillämpning av fusionskontrollreglerna. Den avgörande faktorn som styrde kommissionens beslut var, precis som i många andra ställningstaganden på området, bestämningen av relevanta geografiska marknaden och i viss mån produktmarknaden.

Volvo och Scania var förhållandevis jämbördiga vad gäller marknadsandelar på lastbils- och bussmarknaderna, och hade genom åren förblivit helt självständiga i förhållande till varandra i fråga om ägarstruktur och i övrigt. Företagen hade varit de huvudsakliga konkurrenterna på den svenska marknaden och övriga nordiska marknader under lång tid, och hade båda byggt upp sina positioner med en stark hemmamarknad som bas. Andra lastbils- och busstillverkare var små jämfört med Volvo och Scania på de nordiska marknaderna och i synnerhet i Sverige. Volvo och Scania hade utvecklat var sin tydlig image inom tung, avancerad fordonsteknologi och var huvudsakligen aktiva i de översta och dyraste segmenten av lastbils- och bussmarknaderna.

Vid sin bedömning av produktmarknaden lutade sig kommissionen, i vart fall delvis, mot den ståndpunkt man hade intagit

³³ Fall nr COMP/M.1672, beslut 14 mars 2000, EGT 2001/L 143/74, C.M.L.R. 2001:5 s 410. Beslutet fattades enligt artikel 8.3 koncentrationsförordningen. Rättsfallskommentar av Bernitz i Europarättslig Tidskrift 2000 s 481 ff.

redan 1991 i samband med beslutet att godkänna det partiella samgåendet mellan Renaults och Volvos buss- och lastbilsproduktion.³⁴ På lastbilssidan hade kommissionen funnit i *Renault/Volvo*-fallet att produktmarknaden var uppdelad i tre olika segment: lätta lastbilar (under 5 ton); medeltunga lastbilar (5–16 ton); och tunga lastbilar (över 16 ton). Kommissionen fann även nu att tunga lastbilar över 16 ton utgjorde en separat produktmarknad. Scania tillverkade endast denna typ av fordon. Kommissionen noterade att, enligt en särskild undantagsregel, var det tillåtet i Sverige och Finland med särskilt långa och tunga typer av lastbilar (upp till 25 meter och 60 ton), under det att sådana är förbjudna i resten av EU, där viktgränsen är 40 ton för tunga lastbilar. Undantaget tog i första hand sikte på timmertransporter och var ett resultat av finska och svenska krav framförda under förhandlingarna om EU-medlemskap.

Volvo hävdade i *Volvo/Scania*-fallet att bussar utgjorde en enhetlig produktmarknad. Kommissionen fann dock, mot bakgrund av sina ställningstaganden i flera tidigare fall,³⁵ att det finns tre skilda produktmarknader för bussar: stadsbussar, långdistansbussar och turistbussar. Olika design, funktion och

³⁴ Ärende IV/M.004-*Renault/Volvo*, beslut 10 juli 1990, OJ 9 nov 1990, C 281, C.M.L.R. 1991:4 s 297. Kommissionen godkände det partiella samgåendet. Fallet är välkänt eftersom det var det första beslut som kommissionen fattade enligt den då nya koncentrationsförordningen. Affären var upplagd som ett koncentrativt joint venture där parternas skulle reciprokt äga aktieposter i varandra, 25 % på personbilssidan och 45 % på lastbils- och bussidan. Den s k *Volvo-Renault*-affären rönt mycket stor uppmärksamhet i Sverige och avgjordes slutligt genom att en majoritet vid Volvos bolagsstämma beslöt att affären inte skulle genomföras sedan det hade framkommit att den franska staten, Renaults dåvarande majoritetsägare, skulle ha behållit s k gyllene aktier och därigenom en avgörande bestämmanderätt.

³⁵ Fall IV/M.477, *Mercedes-Benz/Kässbohrer*, EGT 1995 L 211/1, C.M.L.R. 1995:4 s 600, fall IV/M.1202, *Renault/Iveco*, EGT 10 dec 1998 C 384 s 9. Kommissionens beslut att godta Mercedes-Benz förvärv av Kässbohrer är omdiskuterat men torde ha hängt samman med Kässbohrers trängda ekonomiska läge (failing firm).

användningsområden medförde att dessa inte kunde användas som substitut för varandra.

4.2 Kärnfrågan – definitionen av den relevanta geografiska marknaden

Kommissionens för Volvo negativa ställningstagande berodde som redan antytts framför allt på dess snäva bestämning av den relevanta geografiska marknaden. Volvo hävdade i fallet att hela EES-området utgjorde den relevanta marknaden. Om marknaden bestämts på detta sätt hade det sammanslagna Volvo/Scania fått en marknadsandel på runt 30 %. Ett av Volvos huvudargument var att kommissionen ansett EU utgöra en enda marknad för turistbussar m m i det tidigare nämnda *Renault/Iveco*-fallet.³⁶ Kommissionen lade i första hand lastbilssidan till grund för sin bedömning. Den fann att den relevanta geografiska marknaden fortfarande var nationell, i vart fall såvitt avsåg de nordiska länderna och Irland (vartill den närmare prövningen inskränktes). Med denna nationella utgångspunkt fann kommissionen Volvos och Scantias marknadsandelar för tunga lastbilar utgöra i procent på de nämnda marknaderna för år 1998:

Marknad	Volvo	Scania	Totalt
Sverige	44,7	46,1	90,8
Finland	34,3	30,8	65,1
Danmark	28,7	30,2	58,9
Norge	38,0	32,2	70,2
Irland	22,0	27,1	49,1

Kommissionen konstaterade att det rått stor stabilitet över åren i marknadsandelarna. På alla fem marknaderna bedömde kommissionen att ett sammanslaget Volvo-Scania uppnådde en dominerande ställning.

³⁶ Renault/Iveco punkt 21. Också i fallet *Renault/Volvo* hade kommissionen i sin beslutsmotivering behandlat parternas marknadsandelar på europa-marknaden.

Bland de faktorer som Volvo hade anfört till stöd för sin uppfattning att den relevanta marknaden omfattade hela EES märks: (a) utvecklingen mot stora, privata, gränsöverskridande köpare som är fullt medvetna om priser och konkurrenslägen i andra medlemsstater vid förhandling med lastbilsdistributörerna; (b) ökad benägenhet att utnyttja flera leverantörer (dual sourcing), något som säkerställer kundernas självständighet gentemot tillverkarna; (c) standardisering av produkterna vilket leder till att samma baslastbil kan säljas och användas över hela Europa; (d) frånvaron av importbarriärer för utländska tillverkare.

Kommissionen bemötte dessa argument med följande:³⁷ (a) modeller och teknisk utformning varierar väsentligt mellan olika medlemsstater när det gäller tunga lastbilar; (b) trots att viss harmonisering på det europeiska planet har uppnåtts finns det fortfarande skiljaktigheter mellan EU-länderna vad gäller tekniska krav på tunga lastbilar; och (c) kundernas val av lastbilmärke beror till stor del på den service som tillverkarna lämnar efter försäljning, varvid Volvos och Scantias konkurrenter har ett betydligt mindre omfattande och spritt service- och reparationsnät i de nordiska länderna. Kommissionen kom vidare vid sin bedömning av pridfaktorer fram till att Volvo och andra tillverkare av tunga lastbilar tillämpade betydande ("significant") skillnader mellan sina priser och marginaler mellan jämförbara produkter i olika medlemsstater.

Vid sin bedömning av konkurrenstestet, dvs. frågan om en sammanslagning Volvo-Scania skulle påtagligt hämma den effektiva konkurrensen på en väsentlig del av den gemensamma marknaden, bedömde kommissionen vart och ett av de nämnda länderna för sig, eftersom de ansågs utgöra skilda relevanta marknader. Kommissionen fann att konkurrerande företag som försökte komma in på dessa marknader mötte stora etableringshinder, alldeles särskilt i Sverige. Kommissionen pekade speciellt på: (a) de nordiska marknaderna är små och glest befolkade;³⁸ (b) förekomsten av ett speciellt svenskt

³⁷ Punkterna 50–65 i beslutet.

krocksäkerhetstest (slagprov) för lastbilshytter som fungerade som ett tekniskt handelshinder, och (c) behovet av att skapa ett välfungerande service- och reparationsnätverk. Härvid pekade kommissionen bland annat på kundstrukturen som utmärktes av ett stort antal små köpare i form av mindre åkerier, ofta enmansföretag. För Sverige gavs uppgiften 21 000 ägare till 61 000 tunga lastbilar. Mot denna bakgrund fann kommissionen att det var högst osannolikt att tillräckligt effektiv konkurrens skulle kvarstå i de undersökta länderna efter en sammanlagning av Volvo och Scania.

Vidare ansåg kommissionen att även den geografiska marknaden för bussar var nationell.³⁹ Kommissionen fastställde bland annat att Volvo prissatte sina bussar avsevärt olikartat i skilda medlemsstater, vilket tydde på dålig konkurrens över de nationella gränserna. Kommissionen förde ett resonemang liknande det gällande lastbilar, och bedömde kundstruktur, köparnas preferenser och olika tekniska krav. Kommissionen fann att Volvo-Scania skulle få en dominerande ställning på bussmarknaden i de berörda länderna efter ett samgående och att konkurrensen skulle bli otillräcklig.⁴⁰

4.3 Korrigerande åtgärder

Kommissionens beslut behandlar de förändringar och åtaganden som Volvo var berett att göra i sina sista försök att få till stånd ett godkännande. Åtagandena bestod bland annat i att ge återförsäljare och serviceföretag full frihet att sälja och ge service på konkurrenternas produkter, att Volvo under en tvåårsperiod skulle avstå från att sälja tunga lastbilar under varumärket Scania och att några enheter i Scantias bussproduktion

³⁸ Punkt 40 i beslutet. Detta kan vara ett diskutabelt argument eftersom det kan uppfattas så att en högre grad av dominans skulle vara godtagbar i befolkningsmässigt koncentrerade områden såsom t ex Belgien och Nederländerna. Kommissionen torde särskilt ha observerat etableringshindren på glesa marknader.

³⁹ Vad gäller detta, se vidare *Renault/Iveco*-fallet, berört ovan.

⁴⁰ I beslutets offentliga version har kommissionen av sekretesskäl valt att inte offentliggöra de exakta siffrorna över marknadsandelar.

skulle avyttras. Volvo förklarade även att man skulle försöka övertala den svenska regeringen att avskaffa krocksäkerhetstestet av förarsäten. Kommissionen avfärdade dessa eftergifter som otillräckliga, bland annat med hänvisning till den kritik som framkommit vid kommissionens kontakter med andra aktörer på marknaden. Vad gäller de särskilda svenska säkerhetsbestämmelserna för lastbilshytter noterade kommissionen att Volvo inte hade någon kontroll över sådana frågor.

Volvo återkom två veckor efter det att företags sista tidsfrist enligt förfarandereglerne hade gått ut med förslag till en andra omgång åtaganden som kompletterade och modifierade de första.⁴¹ Detta gav kommissionen mindre än två veckor att analysera de föreslagna åtgärderna och fatta beslut. Även om kommissionen i vissa exceptionella fall kan förlänga tidsperioden beslöt man att bortse från de föreslagna åtgärderna eftersom de inte hade kommit in i tid.

Volvo/Scania är ett exempel på ett fall där högst betydande eftergifter skulle varit nödvändiga för att fusionen eventuellt skulle ha kunnat godkännas och där berörda företag sannolikt inte hade tillräckligt med tid i slutomgången för att kunna komma in med mer adekvata eftergifter. Dessa problem har diskuterats i kommissionens Grönbok från 2001 och i förslaget till reviderad koncentrationsförordning föreslås ökad flexibilitet i tillämpade tidsfrister med vissa förlängningsmöjligheter i slutstadiet av fas 2-förfaranden.⁴² Kan det ha förhållit sig så att Volvo hade varit redo att gå med på fler åtgärder men inte hade full information om vilka åtgärder som var erforderliga? Denna aspekt av Volvo/Scania-fallet speglar en olägenhet med kommissionens system för fusionskontroll som hänger samman med att kommissionen normalt drar sig för att rådge parterna med att finna åtaganden som kommissionen kan godta.

⁴¹ Kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer, EFT L61, 1998-03-02, artikel 18(2).

⁴² Se förslagens art. 10.3 och översikt i motiveringen till förslaget punkterna 70 ff.

Detta problem har diskuterats i några av medlemsstaternas kommentarer till Grönboken. Storbritannien har påpekat att kommissionen inte är förbjuden att svara på parternas frågor om möjliga sanktioner, dessas proportionalitet och effektivitet, och att man borde göra detta oftare.⁴³ Med tanke på kommissionens kombinerade roll som förhandlare, polis, åklagare och domare krävs dock stor försiktighet när det gäller att ge sådan rådgivning. Å andra sidan står uttryckligen i kommissionens tillkännagivande på området att man idag kan välja att informellt skicka in förslag på åtgärder till kommissionen även före det att en koncentration har anmälts.⁴⁴

Kommissionens beslut i Volvo/Scania-fallet att enbart tillåta förseningar i exceptionella fall överensstämde med dess tidigare praxis. Ett av de bästa exemplen på ett fall där kommissionen faktiskt har funnit sådana exceptionella omständigheter föreligga och godtagit en försening är fallet *Telia/Telenor*,⁴⁵ som gällde samgåendet mellan de två statsägda telekommunikationsföretagen i Sverige och Norge. I det fallet berodde förseningen av den andra omgången av föreslagna åtgärder på att åtgärderna först skulle godkännas av parlamenten i både Sverige och Norge och att de inkluderade en undersökning av ”politiska frågor av allmänt intresse”.⁴⁶

⁴³ Förenade Kungariket, svar på Grönboken,

<http://www.eetc.org.uk/cp/pdfs/ukresponsetoecmergersgp.pdf> punkt 80.

⁴⁴ Tillkännagivande från kommissionen om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 och kommissionens förordning (EG) nr 447/98, EGT C68/03 av 2 mars 2001 punkt 33.

⁴⁵ Fall IV/M.1439 – *Telia/Telenor*, 1999-10-13, EGT 9 feb. 2001 L 040 s 1. Denna fusion genomfördes som bekant aldrig beroende på politiska meningsskiljaktigheter mellan norska och svenska intressen. I detta fall hade kommissionen funnit att samgåendet *Telia/Telenor* skapade eller förstärkte en dominerande ställning på de svenska och norska marknaderna och att samgåendet i och för sig var oförenligt med koncentrationsförordningen. Kommissionen godtog dock samgåendet under förbehåll att parterna genomförde tämligen omfattande åtaganden angående avyttring av vissa verksamheter och gav konkurrenter tillträde till accessnät (punkterna 385 ff i beslutet).

⁴⁶ Dito, punkterna 378–380.

Kommissionen tillade emellertid i sitt beslut att förbjuda förvärvet av Scania att man inte skulle ha ändrat sitt beslut även om den andra omgångens eftergifter hade inkommit i tid. Kommissionen nämner *Volvo/Scania*-fallet tillsammans med fallet *WorldCom/Sprint*⁴⁷ i sitt Tillkännagivande om korrigerande åtgärder, publicerat nästan ett år senare. Kommissionen uttalar där under rubriken Situationer där det är svårt eller omöjligt att vidta korrigerande åtgärder:

”När parterna lämnar in förslag till lösningar som är så omfattande och komplicerade att det är omöjligt för kommissionen att med tillräcklig säkerhet avgöra om faktisk konkurrens kommer att återställas på marknaden, kan ett beslut om godkännande inte fattas”.⁴⁸

Emellertid var de åtgärder och åtaganden, som föreslogs av Volvo, enligt författarens mening knappast riktade mot vad som i ett konkurrensrättsligt perspektiv utgjorde huvudproblemet, nämligen att all konkurrens mellan Volvo och Scania skulle ha upphört. Åtagandena syftade endast till att i viss mån underlätta för andra aktörer att etablera sig på de nordiska marknaderna och Irland. Såsom framgår av kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder måste parterna inte enbart minska sin gemensamma närvaro på marknaden utan också återställa de villkor för effektiv konkurrens som störts som konsekvens av sammanslagningen.⁴⁹ Kommissionen hade antagligen godtagit avyttringar, vilket utan tvekan är det som normalt föredras i fusionsfall.⁵⁰ Även om det inte framgår av beslutet vad för slags åtgärder som kommissionen hade kunnat godta, har det framförts i olika nyhetsreportage att kommissionen skulle ha föreslagit att Scantias bussproduktion avyttrades

⁴⁷ Fall IV/M.1741 – *WorldCom/Sprint*, 2000-06-28

⁴⁸ Tillkännagivandet från kommissionen om korrigerande åtgärder, p 32.

⁴⁹ Dito, § 2.

⁵⁰ Tal av Mario Monti, kommissionär för konkurrensfrågor. Tillkännagivande från kommissionen om korrigerande åtgärder – ett år efter CERNA (Centre d'économie industrielle, Ecole Nationale Supérieure de mines), Paris, 18 januari 2002, SPEECH/02/10.

samt att lastbilar inte skulle säljas under namnet Scania i Irland och i de nordiska länderna.⁵¹

4.4 Slutsatser av Volvo/Scaniafallet

Volvo/Scania-beslutet illustrerar vilken utslagsgivande verkan definitionen av den relevanta geografiska marknaden har för kommissionens bedömning av tillåtligheten av företagsförvärv. Om kommissionen hade följt Volvos uppfattning att hela EES-området utgjorde en enda geografisk marknad hade villkoren för bedömningen varit helt annorlunda. Det sammanslagna Volvo-Scania hade då inte uppnått någon dominerande ställning och det hade således saknats legala förutsättningar för kommissionen att ingripa mot förvärvet. Beslutet förefaller emellertid vara i linje med gällande praxis och med de snäva marknadsdefinitioner som har använts i liknande fall.⁵² I vilket fall hade kommissionen enligt författarens mening inte kunnat komma fram till någon annan slutsats vad gäller den speciella typ av långa och tunga lastbilar som inom EU endast finns i Sverige och Finland och som knappast tillverkas av andra företag än Scania och Volvo. I denna del hade ett sammanslaget Volvo-Scania närmast fått ett monopol. Även om Volvo/Scania utgör en symbol som ofta använts av nordiska politiker och företagsledare när man kritiserat kommissionens bedömning hade fusionen, om den genomförts, sannolikt lett till pris-höjningar beroende på avsaknad av konkurrenstryck. Från konsument synpunkt hade detta varit till nackdel, även om i ett längre perspektiv en sådan fusion måhända påskyndat uppkomsten av konkurrerande nyetableringar.

⁵¹ Transport Topics, Volvo Rejects Calls for Further Concessions Over Scania Merger, av Jeff Johnson, 8 mars 2000, <http://www.ttnews.com>. Man kan spekulera i om bedömningen hade blivit en annan om Volvo hade föreslagit en trovärdig ordning, som inom ramen för en gemensam koncernstruktur hade bibehållit Scania som en självständigt konkurrerande företagsenhet på marknaden.

⁵² Se C. J. Cook och C. S. Kerse, *E.C. Merger Control*, 3 ed., London 2000, § 133.

Vägen mot en fullständig gemensam marknad inom EU förefaller lång, inte minst på buss- och lastbilssidan. Kommissionens beslut klargör med all tydlighet att betydande handels hinder av olika slag fortfarande finns kvar och att företagen på denna marknad kan upprätthålla betydande prisskillnader mellan olika EU-länder. Detta faktum slog i förevarande fall hårt mot Volvos fusionsplaner, men enligt författarens uppfattning tyder föreliggande fakta på att fordonstillverkarna inte hade arbetat aktivt för att fasa ut kvarvarande handelshinder mellan medlemsstaterna.⁵³

⁵³ I ett flertal fall har bilproducenter ålagts mycket höga böter för brott mot konkurrensreglerna därför att de sökt upprätthålla skilda prisnivåer på samma biltyper mellan olika EU-länder genom att utöva påtryckningar på återförsäljarna i syfte att hindra dem från att sälja bilar till kunder i andra EU-länder. I mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000 s II-2707, har Volkswagen ådömts böter på 90 miljoner euro för att ha vidtagit detta slags åtgärder. Förstainstansrätten reducerade det av kommissionen ålagda bötesbeloppet på 102 miljoner euro till 90.

5 FALLEN SCA/METSÄ TISSUE OCH ENSO/STORA

Det finns två mycket intressanta internordiska förvärvsprövningsfall inom cellulosa- och pappersindustrin. Nordiska företag är som bekant särskilt starka inom denna sektor, något som väl illustrerar de diskuterade problemen.

Liksom *Volvo/Scania* riktar fallet *SCA/Metsä Tissue*⁵⁴ uppmärksamheten mot de nordiska marknadernas, och i synnerhet den svenska marknadens typiska särdrag som ofta förhindrar stora aktörer att fusionera utan att konkurrensfrågor om åtgärdens tillåtlighet uppkommer. Bland de typiska särdragen ingår marknadernas relativt sett ringa storlek, som ofta gör dem mindre attraktiva för nya potentiella aktörer från övriga EU, framförallt när kostnaderna och ansträngningarna förbundna med sådan marknadspenetration tas i beaktande. Andra faktorer som reducerar den potentiella konkurrensens betydelse är förekomsten av tungviktiga nationella tillverkare med stora marknadsandelar och väl etablerade distributionskanaler,⁵⁵ begränsade ekonomiska tillväxtutsikter i kombination med marknadens mognad och mättnad⁵⁶ samt existensen av konsumentpreferenser för väletablerade nationella varumärken.⁵⁷

I *SCA/Metsä Tissue*-fallet anmälde SCA, helägt dotterbolag till Svenska Cellulosa AB, till kommissionen att företaget avsåg att förvärva kontrollen över det finska företaget Metsä Tissue Corporation. Båda företagen var verksamma inom marknaden för hygienbaserade tissueprodukter såsom hushållspapper, toalettpapper, servetter och pappershanddukar. Kommissionen lade i sitt beslut särskild vikt vid att definiera den relevanta nationella marknaden. Kommissionen definierade den relevanta geografiska marknaden för alla berörda produkter utom en (pappersservetter) som nationella. De relevanta geografiska

⁵⁴ Fall IV/M.2097 – *SCA/Metsä Tissue*, beslut 31 jan. 2000, EGT 2001-02-27 L 057 s 1, C.M.L.R. 2001:4 s 598.

⁵⁵ *SCA/Metsä Tissue* punkterna 147, 211.

⁵⁶ *SCA/Metsä Tissue* punkt 92.

⁵⁷ *SCA/Metsä Tissue* punkt 49.

marknaderna befanns alltså vara begränsade till vart och ett av länderna Sverige, Norge, Finland och Danmark. Parternas gemensamma andel på dessa marknader varierade mellan 40–50 % och 90–100 %. Ett belysande faktum är att nästan alla viktigare varumärken för de berörda konsumentprodukterna konstaterades vara enbart nationella, dvs. de användes endast i ett av länderna.

Kommissionen övervägde, i linje med vad som berörts ovan, förutsättningarna för potentiell importkonkurrens. Härvid noterade kommissionen den låga befolkningstätheten, det höga kostnadsläget, den långa tidsperiod som behövs för att etablera en ny distributör på den svenska marknaden och att den svenska marknaden för tissueprodukter fick anses ha stagnerat. Kommissionen fann dessa aspekter innefatta allvarliga importbarriärer som gjorde det osannolikt att nya tillverkare skulle komma att ge sig in utifrån på den svenska marknaden. Kommissionen fann det heller inte troligt att nya företag skulle börja importera till Sverige eftersom de höga transportkostnaderna skulle utjämna prisskillnaden. En fråga som man kan ställa sig är om dessa argument hade varit relevanta ifall fusionen hade gällt exempelvis den nederländska eller belgiska marknaden. Vissa drag i resonemanget tycker man sig känna igen från kommissionens uttalande om glesbefolkad marknad i Volvo/Scania-fallet. Samtidigt står det klart att Sverige relativt sett har en geografiskt stor och befolkningsmässigt gles marknad.

Sammanfattningsvis fann kommissionen att SCA hade dominerande ställning på var och en av de fyra nordiska marknaderna (i Finland i form av gemensam dominans med ett amerikanskt företag) och att ett förvärv av Metsä Tissue skulle påtagligt hämma den effektiva konkurrensen på berörda delar av den gemensamma marknaden. Förvärvet förbjöds alltså. Kommissionens beslut överklagades inte till Förstainstansrätten.⁵⁸

⁵⁸ Det kan noteras att parterna i detta fall nöjde sig med att i fas två-förfarandet lägga fram samma förslag till åtaganden som kommissionen hade avvisat som otillräckliga under förfarandets fas ett, kommissionens XXXI Rapport om konkurrenspolitiken, 2002 punkt 295. Detta förfaringsätt är klart ovanligt.

Det är intressant att jämföra *SCA/Metsä Tissue* och även *Volvo/Scania* med fallet *Enso/Stora* som fick motsatt utgång. Fallet rörde ett samgående mellan finska Enso och svenska Stora (Stora Kopparbergs Bergslags AB). Det sammanslagna företaget benämndes Stora Enso, där Stora skulle utgöra ett helägt dotterbolag till Enso. Företagen tillverkade massa, tidningspapper, kartong för konsumentförpackningar m m. Kommissionen identifierade i ärendet vätskekartong för förpackning av bland annat mjölk och juice som en särskild relevant produktmarknad. Kommissionen fann att det sammanslagna företaget skulle få dominerande ställning inom EES i fråga om detta produktsortiment (50–70 %) och var i avsaknad av starka konkurrenter. Kommissionen fann dock att det i detta fall fanns en motvägande köparmakt (countervereiling bying power). Enso och Stora hade bara tre kunder inom vätskepaketingsindustrin. En av dessa (Tetra Pak) köpte mer än 50 % av parternas totala produktion i EES-området. På grund av detta klassificerade kommissionen relationen mellan säljare och köpare som ett ömsesidigt beroende.⁵⁹ I *Enso/Stora*-fallet var sålunda förekomsten av stora och starka, inflytelserika kunder huvudanledningen till att fusionen godtogs av kommissionen.⁶⁰ Vissa åtaganden gjordes dock, bland annat angående en prisskyddsmekanism under en viss tidsperiod för mindre kunder.

I *SCA/Metsä Tissue*-fallet åberopade parterna förekomsten av en stark motverkande köparmakt i sitt svar beträffande den svenska marknaden, där de främsta konkurrensproblemen fanns. Man hänvisade härvid särskilt till kommissionens ställningstagande i *Enso/Stora*-fallet. Trots att *SCA:s* och *Metsä Tissues* tre största köpare tillsammans hade mer än 85% av den svenska återförsäljningsmarknaden fann dock kommissionen, i motsats till *Enso/Stora*-fallet⁶¹, att det inte fanns någon

⁵⁹ Dito, punkt 86.

⁶⁰ Fall IV/M.1225 – *Enso/Stora*, beslut 29 sept. 1999, EGT 1999-09-29L 254 s 9, C.M.L.R. 2000:4 s 372.

⁶¹ *Enso/Stora*, punkt 74 i beslutet.

fullgod alternativ tillverkare eller potentiella utmanare.⁶² I SCA/Metsä Tissue hade parterna alltså inte framgång med att åberopa argumentet om stark motverkande köparmakt.

⁶² I *Volvo/Scania*-fallet fann kommissionen som nämnt ovan att köparstrukturen till stor del kännetecknades av många små köpare (små transportfirmor, ofta enmansföretag).

6 FALLET FÖRENINGSSPARBANKEN/SEB⁶³

Utöver de fall som förbjudits av kommissionen brukar det avbrutna samgåendet mellan de två svenska storbankerna FöreningsSparbanken AB (FSB) och Skandinaviska Enskilda Banken AB (SEB) nämnas när man kritiserar kommissionens handhavande av förvärvskontrollen i förhållande till stora nordiska företag.⁶⁴

Det är förenat med svårigheter att bedöma fallet *FöreningsSparbanken/SEB*. Parterna drog tillbaka sin ansökan, avsedd att leda till skapandet av den sammanslagna SEB Swedbank, två månader före det att kommissionens slutgiltiga beslut skulle komma. Det är ovanligt att fusionsparter drar sig ur i detta skede av processen. Kommissionen hade inlett ett fas två-förfarande och tillställt parterna ett omfattande statement of objections. Man kan konstatera att de svenska bankerna före drog att avbryta fusionen och att alternativet att överklaga ett förutsett förbudsbeslut av kommissionen i Förstainstansrätten inte valdes.

Innehållet i kommissionens statement of objections har inte offentliggjorts och är ej känt för mig. På grundval av tillgängliga uttalanden och artiklar⁶⁵ kan man dock med stor sannolikhet dra slutsatsen att kommissionen inom många segment av bankverksamheten funnit att den svenska nationella marknaden utgjorde den relevanta geografiska marknaden. I vart fall definierades den relevanta geografiska marknaden för bank-service till hushåll och småföretag som nationell.⁶⁶ Med utgångspunkt i marknadsandelarna på den svenska marknaden för de två banker som skulle gå ihop, torde man likaledes

⁶³ Fall IV/M.2380 *FöreningsSparbanken/SEB*, ansökan inlämnad 2001-06-11, återtagen 2001-09-19.

⁶⁴ I engelskspråkig litteratur ofta omtalat såsom the Swedish banks case.

⁶⁵ En initierad artikel, som här utnyttjats, är Frydén, Montis konkurrensprövning drabbar Sverige – och EU, *Svensk Tidskrift* 2001:5 s 9 ff. Frydén var informationsansvarig i FöreningsSparbankens Integrations-Sekretariat för den planerade fusionen.

⁶⁶ Speech by Commissioner Mario Monti, Helsinki Fair Trade Centre 5 Oct. 2001 (speech/01/439).

kunna utgå från att kommissionen funnit att den nya sammanslagna banken skulle ha uppnått en dominerande ställning i Sverige inom olika segment av bankverksamheten. Det är ju för övrigt så att hade inte kommissionen funnit någon dominerande ställning uppkomma, hade kommissionen inte haft rättslig grund för att ingripa. Av de slutsatser som här dragits följer att kommissionen måste ha funnit att konkurrensen från andra länder på den svenska bankmarknaden eller potentiell konkurrens från nytillkommande aktörer varit otillräcklig, i vart fall inom viktiga segment.⁶⁷

Av fallets behandling i media och gjorda uttalanden av ledande företrädare för parterna framgår att kommissionen varit beredd att godkänna sammanslagningen om parterna hade gjort enligt kommissionens mening tillräckligt stora eftergifter i form av korrigerande åtgärder. Kommissionen torde härvid bland annat ha krävt att de två bankerna skulle i betydande omfattning reducera omfattningen av sitt kontorsnät för att minska sin marknadsandel i Sverige inom denna centrala banksektor. Enligt FöreningSparbankens styrelseordförande Göran Collert begärde kommissionen att den sammanslagna bankens marknadsandel härigenom skulle minskas från 55 % till 45 %. Detta, i förening med andra krav omintetgjorde, enligt Collert, fördelarna med fusionen.⁶⁸

Av den havererade, stora svenska bankfusionen kan ett flertal intressanta sammanfattande slutsatser dras. Vi står uppenbarligen inför ytterligare ett fall där kommissionen bedömt att en integrerad, gemensam marknad inom EU inte varit förverkligad och där kommissionen torde ha gjort en negativ bedömning av möjligheterna till en väsentlig ökning på den svenska bankmarknaden av konkurrensen genom etableringar utifrån, i vart fall i ett kortare perspektiv. En annan intressant slutsats är att

⁶⁷ I kommissionens XXXI Rapport om konkurrenspolitiken, 2002 punkt 251 har uttryckligen angivits att kommissionen i detta fall bedömde den relevanta geografiska marknaden som nationell och att fusionen skulle ha givit den nya banken exceptionellt höga marknadsandelar.

⁶⁸ Sveriges Television, 19 september 2001, <http://www.svt.se>.

kommissionens agerande under fas två-förfarandet kommit att utvecklas från ett ställningstagande att tillåta eller förbjuda ett anmält företagsförvärv till en ordning, där kommissionen inom ramen för instrumentet korrigerande åtgärder för att möjliggöra ett godkännande av förvärvet engagerar sig i en omfattande intervention i marknadsförhållandena. Kommissionens krav på parterna i detta fall förefaller i sak ha innefattat en väsentlig omstrukturering av den svenska bankmarknaden, för övrigt utifrån ett enligt vad det förefaller tämligen statistiskt marknads-perspektiv. En ytterligare slutsats är att en fusion i t ex Tyskland mellan två banker av motsvarande storleksordning knappast hade utgjort något problem från förvärvskontrollsynpunkt. Detsamma torde ha varit fallet i andra stora EU-länder. Det är den svenska marknadens relativa litenhet i förening med otillräcklig integration inom EU som ligger bakom problemet. Det bör dock tilläggas att kommissionen i ett senare beslut har godtagit samgåendet *Nordbanken/Postgirot* sedan vissa frivilliga åtaganden gjorts under handläggningens fas ett.⁶⁹

⁶⁹ Beslut 8 nov. 2001, fall COMP/M. 2567.

7 FALLEN SKANSKA/SCANCEM och LINDE/AGA

Mera i korthet skall ytterligare två, inbördes olikartade fall beröras där kommissionen tagit ställning till förvärv av särskild betydelse från svensk synpunkt.

Fallet *Skanska/Scancem*⁷⁰ har sin bakgrund i omstruktureringar på den nordiska byggmaterialmarknaden 1995 med särskild inriktning på cement och betong. Genom dessa åtgärder hade Skanska och norska Aker båda fått en ägarandel om 33,3 % i Scancem. Skanska och Aker gjorde gällande att de inte utövade någon gemensam kontroll över Scancem och att anmälningskyldighet till kommissionen enligt koncentrationsförordningen därför inte förelåg. Parternas ovilja att anmäla transaktionen föranledde kommissionen att underrätta dem om att kommissionen skulle särskilt övervaka Scancem mot bakgrund av att det fanns tecken på att Skanska och Aker avsåg att agera tillsammans. 1998 genomförde kommissionen en särskild undersökning (s k gryningsråd) i Skanskas och Scancems lokaler.

1997 anmälde Skanska att företaget genom köp utökat sitt aktieinnehav i Scancem till ca 48 %. Kommissionen bedömde att detta i praktiken gav Skanska majoritet vid Scancems bolagsstämma. Kommissionens beslut i fallet innefattade en mycket ingående bedömning av den svenska och nordiska byggmaterialmarknaden. Kommissionen bedömde härvid i huvudsak den svenska marknaden som en egen geografisk marknad och fann Skanska, inbegripet Scancem, ha dominerande ställning i fråga om betong, cement och betongelement. Kommissionen fann koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden men godtog ett åtagande från Skanska att avyttra sitt aktieinnehav i Scancem så att ägarandelen ånyo reducerades till 33,3 %. Åtagandet innefattade en skyldighet att sälja till en helt oberoende köpare.

⁷⁰ Fall IV/M.1157, beslut 11 nov. 1998, EGT 16 juli 1999 L 183 s 1, C.M.L.R. 2000:5 s 686.

Det är inte förvånande att den relevanta geografiska marknaden, som här skett, avgränsats nationellt på ett område, där transportkostnaderna är stora över längre distanser. Fallet illustrerar emellertid i hur hög grad konkurrensfrågor, som kan uppfattas såsom i huvudsak nationella eller nordiska, numera primärt innefattar uppgifter för EU-kommissionen.

Av intresse särskilt med hänsyn till kommissionens bedömning av den nordiska marknaden är tyska *Linde AG:s* förvärv av svenska *AGA AB*, som åsyftade att göra AGA till helägt dotterbolag till Linde.⁷¹ Företagen var i huvudsak direkta konkurrenter till varandra, framför allt verksamma med produktion och distribution av tekniska och medicinska gaser. För vissa sektorer fann kommissionen den relevanta geografiska marknaden vara hela EES men för det viktiga delområdet flaskgas bedömdes marknaden vara varje medlemsstats territorium. Kommissionen fann dominerande ställning uppkomma i Nederländerna och Österrike och krävde särskilda åtaganden för dessa länder i form av avyttringsåtgärder.

De nordiska länderna bedömdes samlat. Kommissionen fann att AGA hade dominerande ställning i stor omfattning med marknadsandelar långt över 50 % och ett totalt monopol i Island. Bortsett från Island fanns konkurrens från i huvudsak ett företag, det stora företaget Air Liquide. Trots att Linde var verksam i nästan hela EU i övrigt drog inte kommissionen slutsatsen att Linde var en viktig potentiell konkurrent på de skandinaviska marknaderna. Sammanfattningsvis uttalade kommissionen i beslutet:⁷²

”I betraktande av att marknaderna för flytande gaser och flaskgas överallt i Skandinavien är små och att hindren för inträde på marknaden är stora, anser kommissionen att Linde inte kan anses vara en viktig potentiell konkurrent genom ett inträde på de skandinaviska marknaderna.

Man kan utgå från att koncentrationen inte kommer att leda till någon förstärkning av AGA:s dominerande ställning på markna-

⁷¹ Fall COMP/M.1672, EGT 7 maj 2002 L 120 s 1.

⁷² Punkterna 88 och 89 i beslutsmotiveringen.

derna för flytande gaser och flaskgas i Finland, Sverige, Norge och Island.”

Denna motivering är enligt författarens mening inte helt övertygande. Vad har det för självständig betydelse i detta sammanhang att marknaderna i Skandinavien är ”små”? Med hindren för inträde torde främst åsyftas kostnader för transport- och distributionssystem. Varför skulle inte Linde varit en viktig potentiell konkurrent i Skandinavien? Det är författaren bekant att Linde tidigare bedrivit en priskonkurrens på i vart fall den svenska marknaden som AGA hade uppfattat som besvärande. Det sagda i förening med att den nordiska marknaden behandlats rätt översiktligt i beslutet efterlämnar en tveksamhet; kan kommissionen vid ärendets behandling i viss mån ha skjutit dessa ”små” och något avlägsna marknader litet åt sidan?

Man kan som framgått i ett flertal beslut av kommissionen på fusionskontrollområdet läsa att Sverige och övriga nordiska länder betecknats som ”små” marknader som också har betecknats som ”avlägsna” och ”glesbefolkade”. Finns det en risk för att de konkurrens- och näringslivsproblem som föreligger på dessa marknader riskerar att i viss mån bli skjutna åt sidan såsom mera marginella och att kommissionen primärt inriktar sin bedömning på effekterna i de stora europeiska länderna? Frågan förtjänar att observeras.

8 SÄTTER EU:S FUSIONSREGLER NORDISKA MULTINATIONELLA FÖRETAG I EN SÄMRE STÄLLNING?

8.1 De nordiska marknadernas speciella struktur

Marknaderna i Sverige och de andra nordiska länderna kännetecknas av stor öppenhet och de innehar tätpositioner på listan över världens 20 mest konkurrenskraftiga ekonomier⁷³. Ett karakteristiskt drag för näringslivet, framför allt i Sverige och Finland, är att det domineras av ett mindre antal stora företag. Dessa har en liten hemmamarknad, men har med denna som bas byggt upp en mycket omfattande internationell verksamhet som i många fall kan betecknas som global. Företagen har ofta varit mycket framgångsrika och nått ledande positioner i sina branscher. Deras största marknader ligger vanligtvis utanför Norden. Den huvudsakliga ekonomiska förklaringen till fusioner mellan multinationella företag med bas i Norden torde därför inte ligga i de positioner som man vinner på själva den nordiska marknaden.⁷⁴ Här kan dock kommissionen ha haft en annan uppfattning i de fall som behandlats.

Å andra sidan är det karakteristiskt för det svenska, och även finska, näringslivets struktur att medelstora företag spelar en mindre roll generellt sett än vad fallet normalt förefaller vara i EU-länderna. En viktig förklaring till detta torde vara att stora företagen ofta vuxit fram genom successiva fusioner och uppköp av mindre konkurrenter inom landet. Ett exempel är Electrolux successiva förvärv av svenska producenter av elektriska hushållsapparater såsom kylskåp, spisar och tvättmaskiner. Fusionskontroll har införts sent i de nordiska länderna och har

⁷³ Global Competitiveness Report 2001–2002, World Economic Forum.

⁷⁴ Detta kan illustreras av följande siffror: 4000 av världens 63000 multinationella företag är svenska enligt en undersökning gjord av UNCTAD. Detta gör Sverige relativt sett världsledande vad gäller antalet multinationella företag. De största svenska tillverkarna gör många gånger fler affärer utanför Sverige än de gör inom landet (*Country Commercial Guides FY 1999: Sweden*, rapport gjord av Förenta Staternas ambassad i Wien, utgiven i juli 1998).

tillämpats med stor återhållsamhet. Balansen inom näringslivet mellan storföretagen och övriga företag är sålunda en annan i Sverige och Finland än vad fallet typiskt sett är inom EU. Jämfört med andra jämförbara västeuropeiska länder finns det en obalans i företagsstrukturen. Det har i Sverige funnits en benägenhet att relativt okritiskt acceptera framväxten av "national champions" med en dominerande position på hemmamarknaden som utgångspunkt för framgångsrik konkurrens på exportmarknaderna.

Det torde även vara av betydelse att de nordiska länderna ligger geografiskt avlägset i förhållande till de stora ekonomiska centra i Västeuropa. Jämfört med Västeuropas centrala delar präglas strukturen av stora avstånd, relativt liten befolkning och låg befolkningstäthet. Det finns också språkliga, kulturella och historiska skillnader. Detta bidrar sannolikt till att de nordiska länderna knappast prioriteras av kontinentaleuropeiska eller engelska företag när det gäller nyetablering och expansion. Resultatet blir färre aktörer och försvagad aktiv och potentiell konkurrens på de nordiska marknaderna. Dagligvarumarknaden synes vara ett exempel på detta.

De stora likheterna mellan de nordiska länderna, sett i ett internationellt perspektiv, gör att man numera kan iaktta en tydlig tendens bland dessa företag att betrakta hela Norden som hemmamarknaden. För utvecklingen av företagen är det centralt att ha en görligaste mån fri tillgång till exportmarknaderna. Detta är en viktig del av förklaringen till den frihandelspolitik som de nordiska länderna fört sedan gammalt, i vart fall på det industriella området. Näringslivets struktur är också en viktig förklaring till varför de nordiska länderna anslutit sig till EU eller, för Norges del, genom EES-avtalet kunnat uppnå en till stora delar motsvarande lösning.

I linje med det sagda framstår det som ett viktigt nordiskt intresse att den gemensamma marknad (inre marknad) som EU åsyftar att etablera också fullt ut kommer till stånd i realiteten. Detta förutsätter undanröjande av många slag av rättsliga och faktiska handelshinder. Den inre marknaden kräver, för

att fungera väl, även ett konkurrens klimat, präglad av effektiv konkurrens på en europeisk marknad, där varor och tjänster rör sig fritt mellan medlemsländerna och produceras där det är ekonomiskt lämpligast. Det står klart att det ännu är ett gott stycke kvar innan man verkligen nått dit. Den som fortlöpande följer vad som händer i EG-rätten kan ofta konstatera att man, särskilt i vissa större medlemsländer, fortfarande kan möta en mera hemmamarknadsinriktad grundsyn och försök att slå vakt från staternas sida till vad som uppfattas som nationella företagsintressen.

8.2 Kommissionens geografiska marknadsbedömningar

Kommissionen har som framgått av fallstudierna i det föregående i åtskilliga fusionskontrollfall bedömt Sverige ensamt vara den relevanta geografiska marknaden, i några fall de nordiska länderna. Här märks särskilt fallen Volvo/Scania, FöreningsSparbanken/SEB och SCA/Metsä Tissue. Det kan noteras att kommissionen i sin 2002 framlagda Konkurrensrapport i avsnittet förvärvskontroll särskilt tagit upp frågan om definition av den relevanta geografiska marknaden.⁷⁵ Kommissionen uttalar att av de fall där en dylik definition behövs har den i ungefär lika många fall funnit marknaden vara nationell respektive vidare än så. Den främsta förklaringsgrunden till att den geografiska marknaden i cirka hälften av fallen bedömts vara endast nationell är givetvis att EU:s gemensamma (inre) marknad ännu inte är fullt integrerad.

Denna inriktning på snäva geografiska marknadsbedömningar ställer de nordiska storföretagen i en särskilt utsatt situation och kan föranleda berättigad oro. Genom att hemmamarknadsbasen är liten uppnår de långt snabbare en dominerande position än fallet är med jämstora företag som är verksamma utifrån en större hemmamarknad. Antag till exempel att kommissionen i ett fall (såsom i Volvo/Scaniafallet) har att be-

⁷⁵ Kommissionens XXXI Rapport om konkurrenspolitiken (avser 2001, framlagd 2002) punkt 253 ff.

döma ett samgående mellan två svenska lastbils- och bussproducenter och i ett annat fall mellan två tyska sådana företag och att kommissionen i båda fallen finner den relevanta geografiska marknaden vara begränsad till det egna landet. Frågan om en dominerande ställning uppkommer och hur pass denna i så fall hämmar styrkan i den kvarvarande konkurrensen på marknaden skall då i det ena fallet bedömas mot bakgrund av en marknad med knappt nio miljoner invånare och i den andra mot bakgrund av en marknad med ca åttio miljoner invånare, dvs. en marknad som är nio gånger större. En företagsstorlek som i absoluta tal medför en betydande dominans i Sverige behöver inte innebära några konkurrensproblem i Tyskland, EU:s största nationella marknad.

Det sagda illustreras av kommissionens beslut i fallet *Mercedes-Benz/Kässbohrer*⁷⁶, som rörde Mercedes övertagande av en stor tysk busstillverkare. Kommissionen, som godtog förvärvet, framhöll att de europeiska busstillverkarna är särskilt starka på sina hemmamarknader. Det kan nämnas att en sammanslagning av FöreningsSparbanken/SEB hade resulterat i en bank som storleksmässigt bara hade motsvarat ca 1/5 av Deutsche Bank.

Kommissionen tillägger i sin ovan berörda Konkurrensrapport, framlagd 2002, att i de fall där marknaden definierats som nationell har emellertid andra förhållanden såsom existensen av potentiella konkurrenter lett kommissionen att acceptera relativt höga nationella marknadsandelar. Uttalandena synes peka på en viss medvetenhet om problematiken från kommissionens sida.

8.3 Asymmetrisk tillämpning av fusionskontrollreglerna

Kommissionens ställningstaganden att i så stor utsträckning definiera den relevanta geografiska marknaden nationellt innebär att det föreligger en asymmetri vid bedömningen; en asymme-

⁷⁶ Fall IV/M.477 – Mercedes-Benz/Kässbohrer, nämnt i not 23, punkt 3.

trisk tillämpning i små och stora medlemsländer av EU:s fusionskontrollregler. Som framgått har av de 18 företagsförvärv som totalförbjuds inte mindre än fem fall avsett nordiska företag och fyra av dem har haft stark svensk anknytning. Härtill kommer det återkallade samgåendet FöreningsSparbanken/SEB. Detta framstår som en tydlig överrepresentation. Tillvägagångssättet att definiera relevant geografisk marknad medför ett *de facto* missgynnande av svenska och nordiska storföretag, eftersom vissa stater otvetydigt har väsentligt större marknader än andra. Det bör dock understrykas att i detta konstaterande av ett missgynnande *de facto* såsom en konsekvens av det regelsystem som tillämpas inte ligger någon misstanke om att missgynnandet skulle vara avsiktligt.

Problemet har nyligen behandlats i en studie av de svenska nationalekonomerna Henrik Horn och Johan Stennek.⁷⁷ De konstaterar, efter att ha behandlat skillnaden mellan små och stora geografiska marknader:

”An inescapable consequence of this is that large companies active in small countries are treated differently from equally large companies in large countries, in the sense that their possibilities to merge domestically (that is, with other firms in the same market) are more limited.”⁷⁸

Kommissionens ståndpunkt i den debatt som dragits igång inom de nordiska länderna tycks klar: dominerande ställning hämmar konkurrensen. Om man inte förhindrar sådant, oavsett marknadens storlek, kommer detta att leda till (a) diskriminering mot kunder och konsumenter i små medlemsstater, som skulle få ta de ekonomiska konsekvenserna av dominansens negativa konsekvenser⁷⁹ och (b) diskriminering mot företag i

⁷⁷ Horn – Stennek, EU merger control and small member state interests, i The Pros and Cons of Merger Control 10th Anniversary of the Swedish Competition Authority 2002, Konkurrensverket 2002 p 83 ff.

⁷⁸ Anförda arbete s 87 f.

⁷⁹ Tal av kommissionär Mario Monti, kommissionens kommissionär för konkurrensfrågor, Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki Fair Centre, Helsingfors, oktober 2001, SPEECH/01/439.

stora medlemsstater eftersom dessa skulle få svårare att komma in på marknader med ett företag med dominerande ställning och också bli hindrade i sitt agerande av ett ”small market defence”.⁸⁰

I sin ovan i 3.3 omnämnda Grönbok av 2001 om översyn av koncentrationsförordningen tog kommissionen upp en särskild aspekt på små marknader som sannolikt bland annat riktade sig mot de nordiska länderna:

”I materiellt hänseende har det dessutom på vissa håll föreslagits att man i koncentrationsförordningen borde införa ett tröskelvärde för koncentrationer av mindre betydelse, s.k. de *minimis*-tröskelvärde, i likhet med vad som nu finns i vissa nationella lagstiftningar, så att kommissionen inte längre skulle behöva granska problem rörande dominerande ställning som kan uppstå på små marknader.”⁸¹

De problem som diskuteras i denna rapport skulle emellertid inte lösas med en sådan ordning. Tanken har heller inte förts vidare i det nya förslaget till reviderad koncentrationsförordning. Huvudproblemet är som framgått att tendensen att avgränsa den geografiska marknaden nationellt gör det svårt för storföretag i Norden att växa på hemmaplan, något som de ofta anser sig behöva göra för att kunna nå tillräcklig styrka för att vara fullt konkurrenskraftiga europeiskt och globalt. Det förefaller helt osannolikt att *de minimis* skulle kunna sättas så högt att den skulle kunna lösa detta problem.⁸²

⁸⁰ Dan Sjöblom i den av kommissionen utgivna Competition Policy Newsletter 2000:2 s 48.

⁸¹ Grönboken, citerad i not 16, punkt 178.

⁸² Detta syns lättast om man studerar de största svenska multinationella företagen såsom parterna i *Volvo/Scania*-fallet. 1998 hade Volvo en global omsättning på € 12,9 miljarder, medan dess omsättning inom gemenskapen var € 6,4 miljarder. Scantias omsättning 1998 var € 5,1 miljarder respektive € 3,1 miljarder (*Volvo/Scania*-beslutet punkt 11). Ericssons omsättning 2001 var ungefär € 23 miljarder globalt och € 7 miljarder inom EU (Ericsson Annual Report 2001-Financial Statements, s 22). Electrolux hade 2001 en global omsättning på € 14 miljarder, och inom EU på € 5,5 miljarder (Electrolux Årsredovisning 2001, 2002-04-02, s 82). Det finns ett antal nordiska multinationella företag som räknar sin omsättning i EU och globalt i miljarder euro.

Kommissionen har vid flera tillfällen fört fram uppfattningen att framgången för företag som Volvo och Scania till stor del har berott på den stabila inhemska konkurrenssituation som rått mellan dem⁸³ och att stora företag från små medlemsstater inte hindras från att expandera genom fusioner över gränserna. Ehuru kommissionären för konkurrensfrågor Mario Monti har förklarat varför de nuvarande fusionsreglerna är nödvändiga, förefaller han dock inte uttryckligen ha förnekat att fusionsreglerna innebär större begränsningar i rätten att fusionera för stora företag från de nordiska staterna.

Europaparlamentet har understrukt i en av sina resolutioner att ”stora företag med bas i små medlemsstater inte kategoriskt får förbjudas att fusionera för att kunna bli konkurrenskraftiga i Europa och globalt”.⁸⁴ Enligt parlamentet är det i synnerhet stora företag från små medlemsstater som ser sin konkurrenskraft minska jämfört med företag från resten av världen beroende på att den inre marknaden inte är färdigutvecklad.

Enligt Världsbanken brukar länder med små marknader kännetecknas av näringsliv med få industriföretag och hög koncentration. Därför ökar den potentiella risken att använda konkurrenslagstiftningen på ett felaktigt sätt i dessa länder och genomslaget av lagstiftningens tillämpning tenderar att bli större. Framför allt kan tillämpning av strukturella medel för att säkerställa konkurrens i form av fusionskontroll hindra inhemska företag från att uppnå den minsta storlek som behövs för kunna konkurrera effektivt på den internationella marknaden.⁸⁵ Detta resonemang kan tillämpas också på situationer där

⁸³ Se noterna 78 och 79 ovan.

⁸⁴ Europaparlamentets resolution gällande Kommissionens XXIXe rapport om konkurrenspolitiken – 1999 ((SEC(2000)720 – C5-0302/2000 – 2000//2153(COS)), EP Nr: A5-0290/2000, antagen 2000-10-24, punkt 18.

⁸⁵ *What are the typical structural provisions in competition law?* The World Bank Group, <http://www.worldbank.org> Den engelska texten lyder: ”[a]pplying structural measures to ensure competition in such matters as mergers and acquisitions may prevent domestic firms from achieving the minimum size needed to compete in international markets”.

fusionsparter har varit tvungna att göra omfattande avyttringar av verksamheter för att tillgodose kommissionens krav på korrigerande åtgärder. Detta är betydelsefullt även med tanke på att i dagens globaliserade värld förefaller de stora västliga industriernas hårdaste konkurrens många gånger vara primärt inriktad på nya marknader.⁸⁶ På flertalet produktmarknader har dessa regioner ännu inte uppnått samma mognadsgrad och storlek som marknaderna i EU:s medlemsstater. I allmänhet kan de emellertid antas ha en större tillväxtpotential och de är därför särskilt attraktiva för industriföretag i väst.

⁸⁶ I Volvo/Scania-fallet anförde Volvo att fusionen åsyftade att öka företagets konkurrenskraft på "emerging markets" i Asien, Sydamerika m m.

9 ÅTGÄRDER SOM KAN MOTVERKA OBALANSEN I EU:S FUSIONSKONTROLL

9.1 Utvecklingsperspektivet

I ett utvecklingsperspektiv bör man inte underskatta verkningarna av framför allt de två havererade svenska fusionerna Volvo/Scania och FöreningsSparbanken/SEB. Kommissionens ställningstaganden och hårda förhandlingslinje i dessa fall torde fungera potentiellt avskräckande för planer på framtida fusioner som skulle leda till att den nya enheten skulle få en dominerande ställning på någon av de nordiska marknaderna.

Det sagda innebär att EU:s fusionskontroll torde påverka företagen och företagsstrukturen starkare i Sverige och i övriga Norden och även i andra EU-länder med mindre hemmamarknader än den torde påverka de stora EU-länderna. Häri visar sig som framgått en skevhet, en asymmetri i systemet sådant det fungerar i realiteten. Detta kan vara ägnat, särskilt på sikt, att skapa betydande problem för de nordiska ländernas näringslivsstruktur, framför allt genom att försvåra möjligheterna att bygga upp tillräcklig styrka i hemmabasen och därigenom negativt påverka expansionsmöjligheterna. I den mån den ekonomiska utvecklingen bedöms fordra större enheter blir de nordiska företagen i ökande utsträckning nödgade att gå samman med partners utanför Norden. Volvos förvärv av Renaults lastvagnsverksamhet⁸⁷ år 2000 och Volkswagens ägarengagemang i Scania är exempel på detta. Utvecklingen får visa i vilken utsträckning de svenska bankerna beträder denna väg. Sådana fusioner över gränserna kan i och för sig vara ägnade att påskynda utvecklingen mot ökad integration på den gemensamma marknaden. Det ligger emellertid nära till hands att det nordiska företaget ofta blir den mindre enheten efter en fusion

⁸⁷ *Renault Véhicules Industriels, RVI*. Detta förvärv har godkänts av kommissionen, dock med betydande åtaganden från parternas sida. Volvo har åtagit sig att avhända sig sitt aktieinnehav i Scania inom en viss, utåt inte känd, tidpunkt. RVI har åtagit sig att upplösa sitt joint venture med Fiat angående Iveco turistbussar och avhända sig sina intressen i den finska lastbilstillverkaren Sisu. Beslut IP/00/962, 4 sept. 2000, se Kommissionens XXX Rapport om konkurrenspolitiken, 2001 s 72.

och att strategiska funktioner såsom ledningsfunktioner och forskningsfunktioner flyttar från Norden.⁸⁸

Det kan nämnas att i anslutning till de uppmärksammade förbudsbeslut som diskuterats i det föregående har de högsta politiska ledarna i både Sverige och Finland uttryckt missnöje med kommissionens nuvarande fusionsregler. Enligt Sveriges statsminister Göran Persson är risken ”att bara fusioner med franska och tyska företag inblandade kommer att godkännas i framtiden”⁸⁹. På liknande sätt framförde Finlands statsminister Paavo Lipponen sin oro över att kommissionen ser till regionala marknader istället för bredare europeiska och globala marknader när den bedömer marknadsdominans: Vi kan inte acceptera att de nordiska länderna hålls tillbaka som speciella marknader med våra små företag och att giganterna kan köpa upp med fria händer.⁹⁰ Denna kraftfulla kritik har dock inte fått någon återspeglning i den svenska regeringens yttranden över kommissionens i 3.3 ovan berörda Grönbok av 2001 om översyn av koncentrationsförordningen, som i huvudsak behandlat mera rättstekniska frågor.

Vilka lösningar kan stå till buds för att lösa ”de små staternas dilemma” på fusionskontrollens område? Man kan dra slutsat-

⁸⁸ I en intervju, återgiven på DN:s ledarsida 29 dec. 2002 har före AGA-chefen Magnus Storch uttalat angående fusionen Linde/AGA (se avsnitt 7 härom): Det går fort i sådana här sammanhang. I fallet AGA tog det sex månader efter uppköpet. Sedan var allt borta: forskning, huvudkontor, finansfunktioner, marknadsföring. Ett annat exempel är utvecklingen efter fusionen mellan de jämstora företagen Pharmacia och amerikanska Upjohn. Forsknings- och ledningsfunktionerna m.m. har lämnat Sverige.

⁸⁹ Citat ur *Finanstidningen*, *Fusionsmissar inte EU:s fel*, av Peter Lindskog, 2 maj 2002. <http://www.finanstidningen.se> Å andra sidan är det känt att Konkurrensverket avrådde kommissionen inom ramen för kommissionens rådgivande kommitté för konkurrensfrågor från att godkänna Volvo/Scaniaaffären.

⁹⁰ ”We cannot accept that Nordic countries would be bottled up as special markets with out small companies, and the giants would go shopping with free hands”, *Financial Times*, FT.com, *EU competition policy "biased to big countries"*, av Lionel Barber, Christopher Brown-Humes och Francesco Guerrera, 4 oktober 2001, <http://news.ft.com>

sen att dessa är att söka i en förändring av marknadsstrukturen eller i tillämpade bedömningsprinciper eller, mest sannolikt, i en kombination av dessa.

9.2 Reellt förverkligande av den inre marknaden

Att fullt ut förverkliga den inre marknaden inom EU genom kraftfull avveckling av nu förekommande marknadssegmentering synes vara den optimala vägen att rätta till den obalans som följer av tillämpningen av de nuvarande reglerna för fusionskontroll. En fullt integrerad marknad har endast uppnåtts:

- (a) när företag av liknande storlek påverkas likartat av fusionsreglerna, i huvudsak oberoende av storleken på den medlemsstat där de är verksamma, eftersom den relevanta geografiska marknaden i väsentligt fler fusionsfall än nu skulle komma att omfatta hela eller i vart fall huvuddelen av EU; och
- (b) när behovet av kommissionsingripanden med inriktning på att göra förändringar i marknadens struktur kraftigt minskat beroende på den europeiska marknadens ökade attraktivitet som följd av dess storlek i kombination med huvudsaklig avsaknad av interna barriärer för fri rörlighet över medlemsstaternas gränser för varor och tjänster.

Om en aktör med dominerande ställning i ett sådant framtida läge missbrukar sin ställning till att höja priser, försämra kvalitén eller vidtar andra åtgärder som är negativa för konsumenterna, skulle nya aktörer kunna komma in och kompensera dessa negativa effekter. I ett sådant läge finns med andra ord normalt stort utrymme för potentiell konkurrens. Detta förutsätter dock en huvudsaklig avveckling av de offentliga nationella regleringar som fungerar som etableringshinder.

Kommissionen har som framgått vidsträckta befogenheter på det konkurrensrättsliga området och i praktiken alldeles särskilt när det gäller fusionskontroll. Detta avviker dock från vad som är den normalt gällande situationen inom EU. I allmänhet är EU starkt beroende, både direkt och indirekt, av

medlemsstaterna och dess regeringars agerande inom ramen för rådet när det gäller åtgärder i syfte att uppnå en integrerad inre marknad. Även om vägen till en fullständig inre marknad säkerligen ännu är lång, torde allt som kan uppnås i den riktningen vara viktigt för konkurrenspositionen för multinationella företag med bas i mindre medlemsstater.

I detta sammanhang kan påpekas att man bör kritiskt ompröva hållningen när det gäller EU:s benägenhet att använda sig av internationella handelssanktioner, inte minst antidumpningsåtgärder. Dessa har normalt formen av påläggande av höga antidumpningstullar. Även om sådana åtgärder kan vara försvarliga i mycket specifika fall, torde ingripanden med antidumpningsåtgärder i allmänhet vara ägnade att minska konkurrensen inom EU och ge där verksamma företag skydd mot en många gånger välbehövlig konkurrens ägnad att påskynda strukturrationalisering.⁹¹

Horn – Steneck konstaterar i sin ovan berörda studie om den asymmetriska tillämpningen av fusionskontrollen i små och stora EU-länder:

“Market segmentation is the root of the problem of asymmetric treatment of companies from small and large member states. The most obvious strategy for curbing the problem would therefore be to hit against the barriers to competition between different countries within Europe, as well as between Europe and the rest of the world.”⁹²

I Sverige har Kommerskollegium nyligen framlagt en omfattande utredning med titeln Problem för fri rörlighet på den inre marknaden.⁹³ Denna utredning utvisar entydigt att en stor mängd handelshinder ännu kvarstår och att en avveckling av dessa skulle medföra betydande ekonomiska vinster. Fenomenet är känt såsom ”the costs of non-Europe”. Kommerskollegium för fram olika förslag till konkreta åtgärder.

⁹¹ För Sverige är detta en i huvudsak ny erfarenhet. Före EU-inträdet 1995 tillämpades Sveriges dåvarande antidumpningslagstiftning endast vid ett fåtal tillfällen.

⁹² Horn – Steneck i *The Pros and Cons of Merger Control* s 98.

⁹³ Kommerskollegium, Dnr 100-111-2002, yttrande 16 sept. 2002.

Mot bakgrund av det sagda bör det vara en uppgift för svenska staten att kraftfullt stöda arbetet på fortsatt utveckling mot en verkligt integrerad inre marknad och att inta en negativ hållning till kortsiktiga strävanden att behålla olika slags handelshinder ägnade att bevara en marknadssegmentering.⁹⁴

Samtidigt måste framhållas att det inte är realistiskt, i vart fall inte inom en rimligt överblickbar framtid, att nå fram till en fullständigt integrerad europeisk marknad. För detta finns många andra hinder än handelshinder i form av offentliga regleringar och liknande som knappast låter sig åsidosättas. Det handlar bland annat om språksvårigheter, kulturella olikheter och konsumentpreferenser. Det sistnämnda kommer bland annat till uttryck i preferenser för nationella varumärken, något som fallet SCA/Metsä Tissue tydligt visar. På många områden är verksamhetens art sådan att marknaden inte kan bli EU-vid. Hit hör bland annat många servicebranscher. På andra områden, t ex byggnadsmaterial, sätter transportkostnaderna gränser för den geografiska marknadens möjliga storlek.

9.3 Övergång till en mer dynamisk bedömning av effekterna av företagsförvärv

De problem som här uppmärksammas kan sålunda inte lösas enbart genom en fördjupad marknadsintegration. Man måste också överväga bedömningsprinciperna.

Man kan vid studium av kommissionens praxis i fusionskontrollärenden notera en skillnad mellan statistiskt kontra dynamiskt synsätt. Kommissionens marknadsbedömningar utgår från befintliga förhållanden, vilka ofta beläggs med ingående statistiska uppgifter som helt naturligt främst avser förfluten tid. Likaledes utgår kommissionens överväganden vad gäller produkt- och kundstruktur, konsumenternas preferenser osv. från vad som föreligger i nuläget och som ofta beläggs med

⁹⁴ Betydelsen av detta understryks i SNS Ekonomiråds rapport Gränslös konkurrens. Sverige i ett integrerat Europa, 2002 s 97 ff. Rapporten intar dock en mera positiv hållning till kommissionens förvärvskontrollpraxis än vad här har redovisats.

vad som hittills har förevarit. Man bedömer alltså marknadsförhållandena i ett ex post-perspektiv. Företagen för däremot i fusionskontrollfallen ofta fram vad som kan kallas dynamiska argument. De vill göra företagsförvärv inför kommande produktutveckling, kraftinsatser på nya växande marknader, förutser viktiga förändringar i kundernas önskemål osv. Denna typ av överväganden är emellertid svåra att belägga, framför allt statistiskt.

Man kan iaktta denna spänning mellan statiskt och dynamiskt synsätt bland annat i Volvo/Scania- och FöreningsSparbanken/SEB-fallen. Man finner vanligen i kommissionens beslut föga av resonemang om långsiktiga effektivitetsvinster och skalfördelar. Kommissionen har uppenbarligen inte velat betrakta en fusion FöreningsSparbanken/SEB som en lämplig omstrukturering inför en kommande integrerad europeisk finansmarknad. Måhända har även den potentiella konkurrensen underskattats i ett mera långsiktigt perspektiv.⁹⁵ Särskilt i fråga om branscher i snabb utveckling är det diskutabelt att fästa stort avseende vid historiska förhållanden. Bakom företagens beslut att fusionera ligger normalt långsiktiga överväganden och ett långsiktigt synsätt bör även prägla myndighetsbedömningen i fusionskontrollfall. I svårbedömda situationer torde det vara klokast att inte ingripa.⁹⁶

⁹⁵ För en starkt kritisk svensk studie av konkurrenspolitiken, däribland förvärvskontrollen, med utgångspunkt bl.a. i det amerikanska Microsoft-fallet och utvecklingen inom konkurrensteorin, kan hänvisas till Bergström – Erixon (red.), *Sila kamelerna och svälj myggen? Hur bör konkurrensen främjas?*, Sthlm 2001, särskilt s 49 ff, 183 ff.

⁹⁶ Det skulle även kunna övervägas att vidareutveckla kommissionens nuvarande praxis när det gäller att förbinda godkännanden av fusioner med särskilda ålägganden. I nuläget är åläggandena primärt inriktade på att förbinda parterna att avyttra viss verksamhet som i fortsättningen skall drivas i konkurrens med den tidigare ägaren och därmed jämförliga åtgärder, s k strukturella åtaganden (structural measures). Man skulle kunna tänka sig en ökad användning av ålägganden som förpliktat det sammanslagna företaget att fortsättningen agera på visst sätt, t ex när det gäller att ge konkurrenter access till viktig verksamhet, servicenät m m.,

⁹⁶ *Fortsätter på nästa sida.*

Bedömningskriterierna i koncentrationsförordningen är mycket allmänt hållna. Den analysmodell som kommissionen tillämpar vid sin prövning har successivt utvecklats inom ramen för kommissionens praxis, som också förefaller ha skärpts över tiden. Det skulle i och för sig inte fordra någon egentlig ändring i lagstiftningen för att förskjuta fokus i kommissionens praxis i riktning mot ett mer dynamiskt, utvecklingsinriktat perspektiv, som gav större tyngd åt av företagen framförda resonemang om effektivitetsvinster.

9.4 Förslaget till reviderad koncentrationsförordning – tillfälle för svenskt agerande?

Kommissionen har som nämnts i 3.3 i december 2002 lagt fram ett förslag till reviderad koncentrationsförordning. Här framförs inga förslag till större förändringar i bedömningskriterierna. Kommissionen vill dock föra in en definition av begreppet dominerande ställning och gör uttalanden i motiveringen som synes tyda på ökad beredvillighet att vid bedömningen beakta sådana effektivitetsvinster som kan förväntas om ett förvärv tillåts. En sådan inställning kommer tydligare till uttryck i utkastet till tillkännagivande om bedömning av horisontella koncentrationer. Det ter sig dock osäkert i vilken mån det sagda uttrycker någon egentlig omorientering i kommissionens praxis. De förutsättningar för beaktande av effektivitetsvinster, som kommissionen ställer upp i utkastet till tillkännagivande, ter sig påtagligt snäva. Enligt utkastet måste effektivitetsvinsterna för att bli beaktade kunna bestyrkas, kunna förverkligas snabbt, vara betydande och till direkt nytta för konsumenterna. De tre avgöranden i Förstainstansrätten under 2002, nämnda i 3.3, i vilka viktiga förbudsbeslut från

s k behavioural (eller conduct) measures. Sådana förekommer i och för sig redan nu i viss utsträckning men torde kunna vidareutvecklas. Det borde i så fall finnas möjlighet för kommissionen att fortlöpande följa tillämpningen och kunna ingripa med sanktioner. Samtidigt måste emellertid påpekas att det föreligger en fara att behavioural measures leder till en stelhet med inslag av pris- och beteendekontroll, särskilt om de förblir bestående under längre tid.

kommissionen ogiltigförklarats, kan emellertid bidra till att framtvunga en mer djupgående överprövning av kommissionens hittillsvarande praxis. Gemensamt för dessa avgöranden är att de ställer högre krav på kommissionens underlag och beslutsmotiveringar än vad kommissionen, åtminstone i dessa fall, hade presterat. Det är tänkbart att vi får se en utveckling där kommissionen blir mer försiktig med att ingripa med krav på korrigerande åtgärder för att godkänna förvärv och i sista hand med förbud.

Sverige som medlemsstat kommer under år 2003 att vara engagerad i rådets behandling av kommissionens förslag till reviderad koncentrationsförordning. Europaparlamentet kommer också att behandla förslaget. Detta ger såväl staten genom regeringen och Konkurrensverket som det svenska näringslivets organisationer möjligheter att söka påverka förordningens utformning. Det torde härigenom i nuläget finnas särskilda möjligheter att få till stånd en viss omprövning av kommissionens hittillsvarande praxis. Enligt författarens mening bör detta tillfälle tas till vara i syfte att med utgångspunkt i de stora nordiska företagens situation ge större utrymme för att beakta dynamiska synergieffekter och företagens behov av omstrukturering inför en kommande, längre driven marknadsintegration i Europa. De försiktiga resonemang om hänsynstagande till effektivitetsvinster, som kommissionen för i anslutning till förslaget, skulle kunna vidareutvecklas. Härvid bör man särskilt observera de dynamiska effekterna av en ökande aktiv och potentiell konkurrens som följer av en successiv fördjupning av EU:s inre marknad.

LITTERATURFÖRTECKNING

Bergström, F – Erixon, F (red.), Sila kamelerna och svälj myggen! Hur bör konkurrensen främjas?, Eli Heckscher Papers No. 1 (Timbro), Sthlm 2001.

Bernitz, U., Den svenska konkurrenslagen, Sthlm 1996.

Bernitz, U., Optirocmålet – en utvärdering, Konkurrens (tidskrift utg. av Konkurrensverket), Sthlm 1999:4 s 4 ff.

Bernitz, U.- Gutu Göransson, I, The Effect of EU Merger Policy on Large Multinationals Based in Sweden and other smaller EU Member States: Is the Policy Discriminatory?, European Competition Law Review, Vol. 24, London 2003 s 19 ff.

Bernitz, U. – Kjellgren, A., Europarättens grunder, 2 uppl., Sthlm 2002.

Braunerhjelm, P. (red.), Gränslös konkurrens. Sverige i ett integrerat Europa, SNS, Sthlm 2002.

Cook, C.J. – Kerse, C.S., E.C. Merger Control, 3 ed., London 2000.

Frydén, E., Montis konkurrensprövning drabbar Sverige – och EU, Svensk Tidskrift 2001 nr 5 s ff.

Konkurrensverket (ed.), The Pros and Cons of Merger Control, Sthlm 2002.

Wetter, C. m fl, Konkurrenslagen – en handbok, 2 uppl, Sthlm 2002.

Whish, R., Competition Law, 4 ed., London 2001.



Sieps ●●●

Svenska institutet för europapolitiska studier

Universitetsvägen 10 F
106 91 Stockholm
Stockholms universitet,
Frescati, Hus F, plan 6
Tel: 08-16 46 00
Fax: 08-16 46 66
E-post: info@sieps.su.se
www.sieps.su.se